

Doutrina

Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas

CARLA AMADO GOMES | Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO | Assistente da Faculdade de Direito da universidade de Lisboa. Advogado

Visto do Tribunal de Contas, Alguns Problemas

DIOGO DUARTE CAMPOS | Advogado

PEDRO MELO | Advogado

O contrato de empreitada por preço global no Código dos Contratos Públicos

LICÍNIO LOPES MARTINS | Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

O instituto da convalidação da tutela cautelar em tutela final urgente consagrado no artigo 121.º do CPTA

MARLENE SENNEWALD | Advogada

Alterações ao Código dos Contratos Públicos – O Decreto-Lei nº 278/2009, de 2 de Outubro

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO | Assistente da Faculdade de Direito da universidade de Lisboa. Advogado

Decretamento provisório de providências cautelares no contencioso administrativo

SOFIA VENTURA | Advogada

Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados

SUZANA TAVARES DA SILVA | Professora da Faculdade de Direito de Coimbra

Informações



FICHA TÉCNICA

Director

Vital Moreira

Director-Adjunto

Pedro Gonçalves

Secretária de Redacção

Ana Cláudia Guedes

Proprietário

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
(CEDIPRE)

Editor

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
(CEDIPRE)

Composição Gráfica

Ana Paula Silva

Morada

Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra
Pátio da Universidade
3004-545 Coimbra – Portugal

NIF

504736361

Sede da Redacção

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
(CEDIPRE)

Nº do Registo da ERC

125642

ISSN

1647-2306

Periodicidade

Bimestral

S U M Á R I O

Doutrina	3
Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas	3
CARLA AMADO GOMES <i>Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.</i>	
MIGUEL ASSIS RAIMUNDO <i>Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado</i>	
Visto do Tribunal de Contas, Alguns Problemas	27
DIOGO DUARTE CAMPOS <i>Advogado</i>	
PEDRO MELO <i>Advogado</i>	
O contrato de empreitada por preço global no Código dos Contratos Públicos	47
LICÍNIO LOPES MARTINS <i>Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
O instituto da convalidação da tutela cautelar em tutela final urgente consagrado no artigo 121.º do CPTA	63
MARLENE SENNEWALD <i>Advogada</i>	
Alterações ao Código dos Contratos Públicos – O Decreto-Lei nº 278/2009, de 2 de Outubro	81
MIGUEL ASSIS RAIMUNDO <i>Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado</i>	
Decretamento provisório de providências cautelares no contencioso administrativo	103
SOFIA VENTURA <i>Advogada</i>	
Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados	127
SUZANA TAVARES DA SILVA <i>Professora da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Informações	141

www.fd.uc.pt/cedipre

D O U T R I N A

**Topicamente – e a quatro mãos... - sobre o novo regime da responsabilidade civil
extracontratual do Estado e demais entidades**

Carla Amado Gomes
Miguel Assis Raimundo

0. Introdução e sequência
1. Âmbito de aplicação
2. Obrigação de indemnizar
3. Culpa do lesado
4. Prescrição do direito à indemnização
5. Direito (ou dever?) de regresso

0. A Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, aprovou o novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (=RRCEE)¹. Como se sabe, esta lei pretendeu vencer o imobilismo que se instalara em sede de regulação da responsabilidade civil pública, fundamentalmente centrada num diploma de 1967 que se aplicava somente à função administrativa². Vários factores concorreram para a tomada de posição do legislador, sendo porventura a mais próxima a necessidade de adequar, na lógica do Estado de Direito democrático, o quadro normativo às directrizes constitucionais do

¹ Com as alterações introduzidas pela Lei 31/2008, de 17 de Julho.

² O que não significa que a responsabilidade por actos de outras funções fosse totalmente proscribida pelo legislador, como se depreendia do artigo 4º/a) e b) do ETAF (DL 129/84, de 27 de Abril) que aludia às responsabilidades das funções política e legislativa.

artigo 22º, mas não menos decisiva a pressão da jurisprudência comunitária no sentido de responsabilizar os Estados por violações, por acção e omissão, do Direito europeu.

A inserção no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) de 2002/04 de normas de competência relativas à apreciação de acções de responsabilidade das entidades públicas, a vários títulos, pelos tribunais administrativos, constituiu um primeiro sinal da iminente mudança³. Ela concretizar-se-ia quatro anos depois, com a entrada em vigor do RRCEE, num clima misto de expectativa e tensão, em virtude de um veto presidencial onde se manifestava preocupação devido a uma alegada liberalidade das soluções da lei. Na verdade, para além de expressamente se consagrarem deveres de indemnizar no plano de três funções do Estado, estabeleceu-se também o princípio da indemnização por falta leve na função administrativa (a cargo da pessoa colectiva), e ainda se alargou generosamente o leque de situações indemnizáveis no domínio da responsabilidade administrativa pelo risco⁴.

Não cabe aqui analisar pormenorizadamente cada um destes temas – já o fizemos, relativamente a alguns deles, noutras ocasiões. A tarefa que nos foi cometida traduz-se na análise, forçosamente sintética porque funcionalmente introdutória, dos cinco tópicos que se deixaram enunciados. Passemos-los então em revista, tendo em consideração as suas refacções específicas em cada sector de responsabilidade.

1. Âmbito de aplicação

O âmbito de aplicação do RRCEE é descrito no seu artigo 1º, que se assume como regulação geral, não se sobrepondo, portanto, a regimes especiais (como, de resto, se afirmara já no artigo 2º/1 da Lei 67/07, embora circunscritamente à função administrativa...). Este dispositivo incide expressamente sobre as funções administrativa e jurisdicional, eximindo-se a disciplinar, em razão da natureza da função, a responsabilidade dos órgãos e seus titulares em sede político-legislativa⁵.

³ Reportamo-nos às alíneas g), h) e i) do artigo 4º/1 do ETAF.

⁴ Cfr. os artigos 7º/1 e 11º do RRCEE, respectivamente. Para a análise crítica das duas soluções, veja-se desenvolvidamente Carla AMADO GOMES, **A responsabilidade civil extracontratual da Administração por facto ilícito. Reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro**, in *Três textos sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, 2008, pp. 23 segs, 75-76 e 86-87, e **A responsabilidade administrativa pelo risco na Lei 67/2007, de 31 de Dezembro: uma solução arriscada?**, in *Três textos sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, 2008, pp. 61 e segs.

⁵ Sobre o artigo 1º do RRCEE, Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, Anotado**, Coimbra, 2008, pp. 24 e segs.

1.1. Função administrativa

Do artigo 1º/2 do RRCEE retira-se uma definição da função administrativa que assenta na prática de acções ou omissões que traduzam prerrogativas de poder público e/ou que sejam reguladas por normas jurídico-administrativas. Do confronto desta norma com o artigo 2º/2 da Lei 67/07 fica-nos a dúvida de saber se devemos entender que sobrevive no RRCEE a distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, constante do agora revogado DL 48.051 – mas aparentemente condenada a desaparecer pelo artigo 4º/1/h) do ETAF –, descartando por completo a aplicação do regime plasmado nos artigos 500º e 501º do Código Civil (CC); ou se, ao contrário, devemos interpretar restritivamente a norma do artigo 2º/2 citado, reportando-o apenas às situações de remissão legal para normas de direito privado a título de disciplina da responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público (e também às pessoas colectivas de direito privado "equiparadas", nos termos do artigo 1º/5 do RRCEE?) por actos de gestão pública, remissão que ficaria assim proscrita.

Arriscaríamos a segunda hipótese interpretativa, pois parece-nos que, apesar da anunciada intenção de acabar com a distinção gestão pública/gestão privada pelo ETAF, o legislador do RRCEE pretendeu, por um lado, fazer prevalecer os regimes (especiais) de responsabilidade regulados por normas de direito público sobre o RRCEE e, por outro lado, fazer deste o padrão normativo de resolução de todos os casos de responsabilidade civil extracontratual que envolvam entidades actuando no exercício de funções materialmente administrativas revelando prerrogativas de poder público. Ou seja, uniformizar o regime de responsabilidade por actos de gestão pública, sem prejudicar regimes especiais, continuando a sediar no CC as normas aplicáveis aos casos de responsabilidade por actos de gestão privada.

Não é por se deslocar uma fronteira conceptual para conceitos *linguisticamente* diversos dos tradicionais que essa fronteira se clarifica. Este nosso caso é um bom exemplo, já que poucas noções ao longo da História do Direito terão sido tão discutidas como as que atentam na natureza jurídico-pública ou jurídico-privada do regime substantivo que regula uma dada acção ou omissão; permanecerão, por isso, os conflitos de jurisdição⁶. Podemos até ir mais longe: a tradicional distinção entre actos de gestão pública e gestão privada traçava-se, precisamente, de acordo com os critérios das prerrogativas de direito público e do regime substantivo da acção ou omissão⁷; ou seja, de acordo com os

⁶ Saliendo este ponto, José Manuel SÉRVULO CORREIA, **Direito do Contencioso Administrativo**, Vol. I, Lisboa, 2005, pp. 783-784.

⁷ Assim, por exemplo, Rui Chancerelle de MACHETE, **A acção para efectivação da responsabilidade civil extracontratual**, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra, 2004, pp. 189 e segs, 192.

mesmos critérios que surgem agora nos n.ºs 2 e 5 do artigo 1º do RRCEE, que foram “recauchutados” pelo legislador⁸.

Trata-se claramente de um caso de mudança terminológica sem mudança substantiva: o legislador, pretendendo acolher as muitas críticas que se faziam sentir à distinção entre gestão pública e gestão privada, abandonou-a, e passou a falar na função administrativa; todavia, ou por impossibilidade teórica ou prática, ou por entender que não era o local adequado, ou ainda por não o considerar a melhor solução, a verdade é que não forneceu um critério material que caracterize *as actividades que concretamente fazem parte da função administrativa* (critério material, que seria o único a resolver o problema de modo *qualitativamente* diferente⁹), tendo-se limitado a continuar o caminho que vinha sendo trilhado, consagrando um entendimento, que acaba por ser o clássico, sobre a divisão entre actividade submetida ao direito público e actividade não submetida ao direito público.

O n.º 3 do artigo 1º, ressalvando embora a aplicação de lei especial, determina a aplicação do regime do RRCEE a "titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de acções ou omissões adoptadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício"¹⁰. Repare-se no inciso final da norma, que restringe a noção de função administrativa aos actos praticados com uma finalidade juspública. Se o fim é condição essencial da natureza administrativa do acto¹¹, o regime substantivo do RRCEE só cobre a actuação *funcionalmente* administrativa¹², descartando os chamados "actos pessoais" (o artigo 8º/2 do RRCEE confirma esta postura)¹³. A inclusão da função jurisdicional neste n.º 3 não deve causar estranheza, dada a estrutura da

⁸ Carla AMADO GOMES, **As novas responsabilidades dos tribunais administrativos na aplicação da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro: primeiras impressões**, in *Três textos sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, 2008, p. 99.

⁹ Mas cuja *possibilidade* há longo tempo vem sendo peremptoriamente negada na Doutrina jusadministrativista; v. por exemplo EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, **Verso un concetto del Diritto Amministrativo come diritto statutario**, in *RTDPubblico*, 1960, pp. 317 e segs. Mesmo partindo do princípio de que uma tal possibilidade exista, questão que exorbita o âmbito do presente trabalho, a verdade é que até hoje essa identificação material do âmbito da função administrativa não parece ter existido.

¹⁰ Confessamos a nossa incompreensão relativamente ao sentido do advérbio "também" neste n.º 3...

¹¹ Note-se que do artigo 123º [1/c)] do CPA não se retira claramente que o fim do acto administrativo faça parte do seu objecto (muito menos que integre os seus "elementos essenciais", para os efeitos do artigo 133º/1 do CPA). Porém, no limite, da teleologia do artigo 120º do CPA consegue extrair-se uma sintonia entre o fim de conformação de uma relação jurídico-administrativa através de normas de direito público e o conceito de acto administrativo.

¹² Cfr. Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade...**, *cit.*, p. 38.

¹³ Para um insólito caso sobre a distinção entre acto funcional e pessoal, veja-se o Acórdão do STA, I, de 12 de Julho de 1990, in *Apêndice ao DR* de 31 de Janeiro de 1995, pp. 4275 e segs.

máquina judicial, na qual, de uma banda, se integram muitos servidores públicos sem estatuto de magistrado que praticam actos administrativos e, de outra banda, se encontram magistrados a praticar, acessoriamente à função jurisdicional, actos administrativos. No entanto, reconhece-se que a distinção entre falta estritamente pessoal e falta funcional levanta problemas de operacionalidade teórica e prática (desde logo porque envolve habitualmente a prova de factos puramente subjectivos), e pode cifrar-se em esquemas dilatatórios (do servidor público ou da própria entidade pública) para adiar a apreciação jurisdicional do litígio mediante a suscitação de incompetência absoluta do tribunal¹⁴, em prejuízo do direito a uma tutela jurisdicional célere. Este parece ser um problema de difícil solução, mantendo-se os quadros tradicionais em matéria de repartição de jurisdições, que aliás são constitucionalmente impostos¹⁵.

Deve sublinhar-se a necessidade de actualização da terminologia do RRCEE à luz da Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que estabelece o regime de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exerçam funções públicas. Escreve FERNANDES CADILHA que, "mantendo-se as noções de *funcionário* e *agente administrativo* como meras categorias conceituais, a primeira deverá ser atribuída dentro do actual regime legal a quem obtenha uma nomeação definitiva no exercício de funções públicas, aplicando-se o qualificativo de *agente administrativo* àqueles que devam ser objecto de nomeação transitória, sendo a estas duas posições profissionais que se reporta o presente artigo 1º, nº 3 quando se refere a funcionários ou agentes públicos. Os trabalhadores contratados caem no âmbito aplicativo do artigo 1º, nº 4"¹⁶. Nos termos do artigo 21º da Lei 12-A/2008, o contrato de trabalho em funções públicas pode ser a termo certo ou incerto, sendo reservado aos trabalhadores que não possam ser nomeados – que são, actualmente, a maior parte dos servidores públicos¹⁷... Constatação que, *continuidades terminológicas* à parte, convida porventura a inverter a ordem proposta.

Do nº 5 retira-se uma extensão a todos os títulos relevante, que consiste na aplicação do regime do RRCEE a pessoas colectivas privadas no exercício de funções administrativas

¹⁴ Reconhecendo isso mesmo, Carla AMADO GOMES, *As novas responsabilidades...*, cit., pp. 99-100, e também em Carla AMADO GOMES, *A responsabilidade civil extracontratual...*, cit., p. 32 e nota 18.

¹⁵ A propósito deste último ponto, Miguel Assis RAIMUNDO, *As empresas públicas nos tribunais administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra, 2007, p. 369.

¹⁶ Carlos FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade...*, cit., p. 44.

¹⁷ Para além das categorias dos trabalhadores nomeados e contratados, há ainda que ter em consideração a figura da comissão de serviço (artigos 23º e 24º da Lei 12-A/2008), bem assim como os titulares de cargos dirigentes da Administração central, regional e local (Lei 2/2004, de 15 de Janeiro, com as alterações introduzidas pela Lei 51/2005, de 30 de Agosto), e da Administração autárquica (DL 93/2004, de 20 de Abril, com as alterações introduzidas pelo DL 104/2006, de 7 de Junho).

que exprimam prerrogativas de poder público. Poder-se-ia considerar que esta extensão já decorria do disposto no nº 2; porém, este parece dedicado à manutenção do conceito de "gestão pública" (como se anotou *supra*), articulando-se com actuações de entidades organicamente públicas, enquanto o nº 5 tem vocação aplicativa a entidades privadas que colaboram com a Administração no desenvolvimento das suas missões e cuja submissão a normas jurídico-privadas poderia levar a crer imunes às regras do RRCEE. Caem sob o seu âmbito tanto as empresas públicas (sob forma societária, pois as entidades públicas empresariais e as entidades empresariais locais, como pessoas colectivas públicas que são¹⁸, entram na referência do n.º 2), como os concessionários, como demais entidades particulares, desde que a acção ou omissão geradora de responsabilidade traduza prerrogativas de poder público ou se reja por normas jusadministrativas, possibilidades expressamente admitidas para a generalidade das empresas dos sectores empresariais estadual e local: v. artigos 14º do Regime do Sector Empresarial do Estado (RSEE) e 17º do Regime do Sector Empresarial Local (RSEL). Também aqui, por conseguinte, sobreleva a noção de "gestão pública" ou equiparada (embora destacada do seu "ambiente natural"): com efeito, e isto é verdade sobretudo no contencioso da responsabilidade dos empreiteiros de obras públicas, a jurisprudência tende a considerar que os danos causados a terceiros no âmbito da execução de um contrato de empreitada são actos integrados na gestão privada do empreiteiro, respondendo este, em princípio, exclusivamente e nos termos do direito civil¹⁹.

No fundo, o critério de imputação assenta no mesmo padrão escolhido pelo legislador para desenhar os contornos da função administrativa e que passa pela adesão à teoria estatutária, que tanto expulsa do regime do RRCEE – mas não necessariamente do contencioso administrativo (cfr. o artigo 4º/1/g) e h) do ETAF)²⁰ – actos praticados por entidades formalmente públicas à margem de exercício de poderes de autoridade, como e por maioria de razão, actos do mesmo género praticados por entidades privadas que

¹⁸ Cfr., respectivamente, os artigos 23º/1 do RSEE (Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei nº 300/2007, de 23 de Agosto), e 33º/1 do RSEL (Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro).

¹⁹ Para uma crítica exaustiva – que subscrevemos – deste entendimento, Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade...**, *cit.*, pp. 60-63.

²⁰ Por isso já se afirmou que, embora a distinção entre gestão pública e gestão privada deixe de ser um critério para a divisão entre a jurisdição administrativa e a jurisdição comum *no que diz respeito às pessoas colectivas públicas e seus trabalhadores* (alíneas g) e h) do artigo 4º/1 do ETAF), ela permanece, indirectamente, por força do artigo 1º/5 do RRCEE, como uma distinção «ineliminável» para efeitos de sujeição à jurisdição administrativa dos litígios sobre responsabilidade civil dos sujeitos privados [artigo 4º/1/i) do ETAF]: assim, Marcelo REBELO DE SOUSA e André SALGADO DE MATOS, **Direito Administrativo Geral - Actividade administrativa**, III, 2ª ed., Lisboa, 2009, pp. 38-39.

colaborem com a Administração e no âmbito dessa colaboração²¹ – ainda que ambos os casos traduzam prossecução de actividade *finalisticamente* administrativa.

1.2. Função jurisdicional

Neste ponto cumpre apenas retomar a chamada de atenção anterior, no tocante à prática de actos administrativos (ou a omissões jurídicas e materiais) no âmbito da função jurisdicional, quer por funcionários administrativos, quer por magistrados, judiciais e do Ministério Público. O nº 2 do artigo 1º do RRCEE é depois confirmado nos artigos 12º e 14º/1 (este exclusivamente dirigido aos magistrados), remetendo-se o regime de responsabilidade aplicável para os artigos 7º a 10º do RRCEE²².

1.3. Função (político-)legislativa

A função legislativa é a única função do Estado a cujos titulares o artigo 1º do RRCEE se não refere directamente, o que é explicável em razão do tipo de actos em causa (sobretudo se pensarmos na lei e no decreto legislativo regional, por força da irresponsabilidade dos deputados: artigo 157º/1 da Constituição da República Portuguesa (CRP); já não necessariamente no decreto-lei). A referência é meramente indirecta e consta do segmento final do nº 1, na remissão para lei especial: trata-se dos artigos 45º a 48º da Lei 34/87 de 16 Julho (sobre responsabilidade criminal e civil dos titulares de cargos políticos, com as alterações introduzidas pela Lei 108/2001, de 28/11). Deles se extrai um princípio de responsabilização do titular por danos decorrentes da prática de crimes relacionados com a função nos termos da lei civil, sendo o Estado solidário e detendo direito de regresso (artigo 45º/2). A absolvição do pedido criminal não extingue o dever de indemnizar no plano civil (artigo 46º/1).

Uma dúvida que nos fica neste domínio prende-se com a oscilação terminológica no seio do RRCEE entre *função legislativa* (artigo 1º/1) e *função político-legislativa* (artigo 15º/1), antecedida pelo aparente desdobramento a que procedeu o ETAF, em 2002/04, quando no artigo 4º/2/a) exclui da jurisdição administrativa os actos da "função [não funções...] política e legislativa". Admitindo que na previsão do artigo 22º da CRP cabe

²¹ Quanto à responsabilidade de sujeitos privados a qual se reja por um regime de direito público, vale a alínea i) do nº 1 do artigo 4º do ETAF, que deve ser articulada com o nº 5 do artigo 2º do RRCEE – o qual deixa de fora da jurisdição administrativa a apreciação dos danos causados por actos de "gestão privada" destas entidades.

²² Cfr. Carla AMADO GOMES, **A responsabilidade civil do Estado por actos materialmente administrativos praticados no âmbito da função jurisdicional, no quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, em curso de publicação n' O Direito.**

também a função política, a sua ausência do RRCEE – mas não do ETAF – causa algum desconforto.

Ainda que a competência para o julgamento de tais acções, *de jure condendo*, pudesse eventualmente caber ao Tribunal Constitucional, tem sido entendimento comum que de acordo com o Direito constituído, ela cabe aos tribunais comuns. Esta posição baseia-se na existência, na Constituição e na lei ordinária, de uma norma atributiva de jurisdição aos tribunais comuns em casos residuais: nos termos do artigo 26º/1 da Lei nº 52/2008, de 28 de Agosto (a actual Lei de organização e funcionamento dos tribunais judiciais), os tribunais comuns são competentes para apreciar as acções excluídas e não atribuídas a qualquer outra jurisdição.

Nesta linha, no sumário do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 5 de Março de 1998 (proc. 043438) podia ler-se a este propósito o seguinte:

I - "Actos políticos" são os "actos próprios da função política ou do governo", que embora eventualmente "ofensivos de direitos individuais, escapam, em princípio, à competência contenciosa, em atenção ao móbil político que gera a sua prática, apenas podendo ser objecto de crítica por parte da opinião pública ou das assembleias representativas". II - A actuação de divulgação pública, através de meio televisivo, por parte do Ministro da Saúde, da ordem de encerramento temporário de um estabelecimento de saúde particular, possui, sem dúvida, subjacentes as funções governamentais no âmbito da execução da política de protecção da saúde que ao governo compete assegurar, "ex-vi" do postulado nos arts. 64 e 185 da CRP. III - O móbil político do "se" e do "an" de tal intervenção, traduzindo a transmissão ou divulgação de uma mensagem ao público em geral sobre um tema de inegável impacto social, surge assim, "prima facie", como evidente. IV - Se tal conduta se apresenta ou não como ofensiva de quaisquer direitos ou interesses individuais ou subjectivos, v.g. se houve ou não abuso e (lesivo para outrem) do direito de antena e, como tal, relevante ou irrelevante para fins indemnizatórios, é matéria exorbitante da competência contenciosa dos tribunais administrativos, e como tal, apenas eventualmente sindicável perante os tribunais comuns de jurisdição ordinária por força da delimitação negativa constante do art. 14 da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (LOTJ) 87 (L38/87, de 23/12) e do art. 4 n. 1, al. a), do ETAF84".

Contudo, em nosso entender pode questionar-se este modo de encarar o problema. A norma do artigo 4º/1/g) do ETAF pode ser vista, pela sua manifesta amplitude, como estabelecendo uma genérica competência dos tribunais administrativos e fiscais para julgamento de pedidos de responsabilidade civil extracontratual relacionados com a actividade do Estado; assim sendo, uma das consequências dessa perspectiva seria a da necessária inclusão, no âmbito da jurisdição administrativa e fiscal, da responsabilidade civil por actos da função política²³, apesar de os mesmos não serem referidos na alínea g) do artigo 4º/1 do ETAF. As cláusulas constitucional e legal sobre competência residual dos tribunais comuns podem porventura ser encaradas como normas auxiliares do princípio da proibição de denegação de justiça (ou seja, servem como garantia de que existe sempre uma jurisdição competente), não sendo incompatíveis com uma leitura ampla e abrangente das normas atributivas de jurisdição a outras ordens de tribunais, orientada pelo princípio de especialização das matérias²⁴. Deste ponto de vista (da especialização das matérias), não temos dúvidas de que a solução mais curial é a sujeição destes litígios à jurisdição administrativa²⁵. Repetimos que a primeira parte da alínea g) tem uma amplitude que permite a defesa deste nosso entendimento *de jure condito* e não apenas *de jure condendo*.

Questões de competência jurisdicional à parte, ponto estará em saber que regime de responsabilização aplicar nestes casos, uma vez que o RRCEE não autonomiza os actos políticos dos actos (político-)legislativos. E já vimos que determina a aplicação do regime civil no âmbito da Lei 34/87, à reparação de danos conexos com crimes funcionais...

O regime da responsabilidade por actos e omissões de titulares de cargos políticos²⁶ dificilmente se consegue ancorar, analogicamente, no artigo 15º do RRCEE, uma vez que

²³ No mesmo sentido, VASCO PEREIRA DA SILVA, **O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**, 2ª ed., Coimbra, 2009, pp. 527-528.

²⁴ Miguel Assis RAIMUNDO, **As empresas públicas...**, *cit.*, pp. 91-92, e referências aí citadas.

²⁵ Assim, quanto ao princípio, Rui MACHETE, **A acção...**, *cit.*, p. 197.

²⁶ Leia-se o artigo 3º da Lei 34/87:

"1 - São cargos políticos, para os efeitos da presente lei:

- a) O de Presidente da República;
- b) O de Presidente da Assembleia da República;
- c) O de deputado à Assembleia da República;
- d) O de membro do Governo;
- e) O de deputado ao Parlamento Europeu;
- f) O de ministro da República para região autónoma;
- g) O de membro de órgão de governo próprio de região autónoma;
- h) O de governador de Macau, de secretário-adjunto do Governo de Macau ou de deputado à Assembleia Legislativa de Macau;
- i) O de membro de órgão representativo de autarquia local;
- j) O de governador civil.

este está construído tendo em consideração a figura do acto legislativo (v.g., a questão do incidente de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade por omissão) e não faz, por definição, qualquer alusão à regra da solidariedade – porque a responsabilidade pelo acto é imputado ao Estado (ou à Região Autónoma). Em contrapartida, a restrição ao "dano anormal" e mesmo à redução equitativa do montante indemnizatório parece-nos fazerem sentido também nesta sede – vejam-se os nºs 1 e 6 do artigo 15º. Restará ao juiz a construção de um regime que o RRCEE não deveria ter omitido e que o coloca, nessa medida, sob suspeita de inconstitucionalidade à luz dos artigos 22º e 117º/1 da CRP. Até por essa tarefa pretoriana de construir um regime valorativamente adequado e, por isso, necessariamente próximo do estabelecido no RRCEE, consideraríamos mais adequada a sujeição destes litígios à jurisdição administrativa.

2. Obrigação de indemnizar

O artigo 3º do RRCEE²⁷, cuja epígrafe é "Obrigação de indemnizar", contém três normas que reproduzem o regime civilístico:

- i.) Quem causa dano, deve reparar e reconstituir a situação actual hipotética (artigo 3º/1, que ecoa o artigo 562º do CC);
- ii.) A reconstituição *in natura* prefere à compensação pecuniária, salvo se se revelar impossível ou excessivamente onerosa (artigo 3º/2, correspondente ao artigo 566º/1 do CC);
- iii.) A indemnização cobre danos morais e patrimoniais, tanto presentes como futuros (artigo 3º/3, que reflecte hipóteses contempladas identicamente na lei civil: artigos 496º e 564º do CC).

Cientes das dificuldades que a aplicação de cada uma destas normas levanta, teceremos apenas algumas considerações sobre questões relacionadas com as especificidades de cada uma das funções visadas pelo RRCEE.

2 - Para efeitos do disposto nos artigos 16.º a 19.º, equiparam-se aos titulares de cargos políticos nacionais os titulares de cargos políticos da União Europeia, independentemente da nacionalidade e residência e, quando a infracção tiver sido cometida, no todo ou em parte, em território português, os titulares de cargos políticos de outros Estados-Membros da União Europeia".

²⁷ Sobre o artigo 3º do RRCEE, Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade...**, *cit.*, pp. 69 segs.

2.1. Função administrativa

No que tange à função administrativa, o problema que imediatamente aflora, tendo em conta o princípio de reconstituição *in natura* da situação actual hipotética, é o da conjugação do pedido indemnizatório com o efeito reconstitutivo da sentença anulatória ou de declaração de nulidade do qual este pode ser subsidiário (cfr. os artigos 4º e 47º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)). Na verdade, quando da execução da decisão de acolhimento do pedido principal resultar a reconstituição da situação actual hipotética, essa decisão consumirá tendencialmente o pedido indemnizatório²⁸ – salvo, porventura, no tocante a danos morais. FERNANDES CADILHA alude ainda aos danos decorrentes da inexecução em espécie, ou seja, de execução deficitária tanto em face de alegação pela Administração (e aceite pelo juiz) de causa legítima de inexecução, como da necessidade de compensar o lesado em virtude de impossibilidade de reparação *in natura*²⁹. No primeiro caso, estará em jogo, além da indemnização substitutiva da execução de sentença – a fixar na fase executiva do processo, nos termos dos artigos 166º e 178º do CPTA –, alguma outra indemnização por dano remanescente, a reclamar em acção autónoma. No segundo caso, tratar-se-á identicamente de uma acção autónoma. Em ambos, a via adequada será a da acção administrativa comum (artigo 37º/1/f) do CPTA).

A acção administrativa comum para efectivação da responsabilidade civil da Administração terá também pleno cabimento nas situações de caducidade do direito de acção (de impugnação da validade de actos administrativos), contempladas no artigo 38º do CPTA. Aqui o pedido circunscreve-se à compensação pecuniária, uma vez que a reconstituição *in natura* está, por definição, vedada (cfr. o artigo 38º/2). E o montante indemnizatório pode sofrer redução em virtude da caracterização de culpa do lesado, materializada no não uso atempado do meio jurisdicional que permitiria uma tutela plena e efectiva da pretensão do autor.

Caso especial é o descrito no artigo 45º do CPTA, de convolação de uma acção, comum ou especial, de condenação à prática de actos materiais ou jurídicos ou de anulação/declaração de nulidade de actos/normas administrativos/as, numa acção de efectivação da responsabilidade por inexecução legítima, em razão de antecipação de uma

²⁸ Anote-se, neste particular, a mais-valia de uma disposição como o artigo 90º/3 do CPTA, que permite ao juiz (na acção especial) fasear a instrução em atenção à existência de pedidos subsidiários, de entre os quais se destacam os indemnizatórios.

²⁹ Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade...**, *cit.*, pp. 74-75.

causa legítima de inexecução que viria a manifestar-se na fase executiva³⁰. O artigo 45º do CPTA consagra assim uma regra processual instrumental da regra substantiva do artigo 3º/2 do RRCEE (e do artigo 566º/1 do CC, a admitir-se que o mesmo pode ser aplicado directamente no foro administrativo), pois ambas as regras estabelecem limites à reconstituição em espécie³¹. Conforme se explicita no nº 5, o arbitramento de indemnização por inexecução legítima não tolhe o autor de reclamar, noutra acção, o ressarcimento de todos os danos remanescentes que tal inexecução lhe cause³².

De ressaltar é também a diferença entre quantias devidas a título indemnizatório e quantias devidas a título de sanções compulsórias (para esta noção, veja-se o artigo 169º do CPTA). As duas são cumuláveis; todavia, como dispõe o nº 6 do artigo 169º do CPTA, "a parte em que o valor das segundas exceda o das primeiras constitui receita consignada à dotação anual, inscrita à ordem do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais".

Acrescente-se que, no plano da indemnização pelo sacrifício – ou por actos lícitos –, regulada no artigo 16º do RRCEE, os princípios consignados no artigo 3º não se aplicam. Na verdade, uma das especificidades desta hipótese prende-se precisamente com a impossibilidade de remover o dano em virtude da necessidade de sacrifício dos interesses do particular. Os critérios de cálculo fogem também à regulação pelo artigo 3º, arbitrando-se a compensação com base na ponderação do grau de afectação do interesse/direito violado.

³⁰ A lei refere que nestes casos, o tribunal julga improcedente o pedido do autor; mas como demonstra a melhor Doutrina e como a Jurisprudência igualmente já reconheceu, não é isso que se passa: se há um convite para acordar numa indemnização, isso só pode significar que o tribunal considerou que se verificam os pressupostos da condenação que estiveram na base do pedido, ou seja, que deu razão ao autor. Se assim não fosse, certamente que a decisão deveria ser, não a de convidar as partes a acordarem num montante indemnizatório, mas a de proferir uma simples absolvição do pedido. Sobre isto v. Mário ESTEVES DE OLIVEIRA e Rodrigo ESTEVES DE OLIVEIRA, **Código do Processo nos tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Anotados, I**, Coimbra, 2004, nota VI ao artigo 45º; na jurisprudência, cfr. o Acórdão do STA, I, de 29 de Novembro de 2006 (RUI BOTELHO), proc. 843/06, disponível em www.dgsi.pt.

³¹ Assim, Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade civil...**, *cit.*, nota 3 ao artigo 3º.

³² Refira-se que, tanto nesta situação, como nas hipóteses "normais" de inexecução legítima, é duvidosa a possibilidade de reclamação de indemnização por inexecução por autores populares, em virtude da não individualidade do interesse. Neste sentido, muito recentemente, veja-se o acórdão do STA, I, de 25 de Junho de 2009 (FREITAS CARVALHO), proc. 913/08, disponível em www.dgsi.pt.

Sempre que a lei substantiva não prever uma destinação em estreita relação com a natureza dos bens em jogo (caso do ambiente, com o *Fundo de Intervenção Ambiental* – artigo 6º/1/d) do DL 150/2008, de 30 de Julho –, e do património cultural, com o *Fundo de salvaguarda do património cultural* – artigo 5º/1/e) do DL 138/09, de 15 de Junho), julgamos que as quantias apuradas devem reverter para a dotação anual a que se reporta o artigo 172º/3 do PTA.

2.2. Função jurisdicional

No que toca à responsabilidade por facto da função jurisdicional, as considerações produzidas relativamente à articulação entre pedido condenatório em prestação de *facere*, anulatório ou de declaração de nulidade são, em certa medida, para aqui transponíveis. Note-se que o artigo 13º/2 impõe a prévia revogação da decisão danosa por tribunal de instância superior como pressuposto de efectivação da responsabilidade por facto da função jurisdicional. Independentemente da avaliação da bondade desta solução³³, vale a pena sublinhar que a responsabilidade a reclamar aqui será a que remanescer à reposição das condições de exercício do direito pelo autor realizada pelo acórdão que operou a revogação da decisão lesiva. Ou seja, tratar-se-á, tendencialmente, de compensação de danos morais e patrimoniais provocados (temporariamente) pela decisão revogada, mas não da reconstituição *in natura* – essa operada pelo acórdão revogatório.

A preocupação do RRCEE é, por um lado, a salvaguarda da credibilidade da função jurisdicional e, por outro lado, a preservação do caso julgado. Ora, tais desígnios comprometem a tutela dos direitos do autor sempre que a decisão lesiva for proferida por tribunal superior, ou quando dela não caiba recurso (em virtude do sistema de alçadas). A válvula de escape aberta pelo artigo 771º/1/f) do Código de Processo Civil (CPC), pensada à medida dos acórdãos prolatados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, é curta, mesmo só no que ao Direito de fonte internacional diz respeito – nomeadamente, nela não cabem situações de violação de jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Ainda que descartando a possibilidade de revisão de sentença com vista à efectivação da responsabilidade do julgador perante casos de criação de uma corrente jurisprudencial (*maxime* jurisprudência uniformizada) interpretativa de norma anteriormente interpretada e aplicada erroneamente (desde logo tendo em mente o disposto no artigo 13º/1 do CC, relativo à salvaguarda do caso julgado em face da eficácia retroactiva de leis interpretativas), perguntamo-nos se, em casos deste tipo, não seria concebível a aceitação de uma indemnização compensatória em situações de dano especial e anormal (com manutenção do caso julgado). Ressalvadas as devidas distâncias, há aqui reminiscência da figura da causa legítima de inexecução, porquanto a decisão inválida se mantém, sendo o autor compensado por não poder materializar a sua razão...

³³ A que já aludimos em texto anterior – Carla AMADO GOMES, *As novas responsabilidades...*, cit., pp. 95 e segs, 110-115.

2.3. Função político-legislativa

Relativamente à função legislativa, reitera-se a observação feita nos dois pontos anteriores: fica para o pedido indemnizatório o que não puder ser reconstituído através da sentença que reconstruir a situação jurídica despojada de base, por a norma ser inconstitucional. A reconstrução, que caberá ao tribunal *a quo* após confirmação do juízo de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, poderá passar quer pela repriminção de direito anterior, quer pela elaboração de uma norma *ad hoc*, dentro do espírito do sistema (nos quadros do artigo 10º do CC). O que restar de prejuízo após tal reconstituição deverá ser deduzido em acção autónoma – que, por maioria de razão, terá que ser utilizada nas situações em que se pretende obter ressarcimento na sequência de uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (com efeitos *extunc*).

Permitir-nos-íamos somente acrescentar a necessidade de articular o artigo 3º do RRCEE com o requisito do dano anormal (artigo 15º/1 do RRCEE) – que reduz sensivelmente o universo aplicativo do RRCEE –, mas sobretudo com a hipótese de fixação equitativa do montante indemnizatório em quadros de proliferação de cidadãos anormalmente lesados. Perante um número considerável de lesados, o nº 6 do artigo 15º do RRCEE admite, sob invocação de um interesse público de excepcional relevo, atribuir indemnizações que não satisfaçam integralmente o interesse ressarcitório dos autores. O princípio da reconstituição *in natura* pode ser posto em causa, bem como a garantia de reconstituição da situação actual hipotética (naquilo que exceder a primeira).

A aplicação do artigo 15º/6 do RRCEE levanta problemas processuais delicados, a cuja análise a primeira autora já se dedicou em estudo anterior, para o qual se remete³⁴.

3. Culpa do lesado

O artigo 4º do RRCEE³⁵ consagra a figura da culpa do lesado, sediada em termos gerais no artigo 570º do CC. O conceito aproxima-se do princípio *tu quoque*, que concretiza uma situação de abuso de direito: é proibido forjar um facto ilícito e pretender invocá-lo, em seu favor, contra outrem. Nesta versão, passiva, o lesado não pode pretender neutralizar o facto de o seu comportamento ter contribuído para a produção ou agravamento do dano.

³⁴ Carla AMADO GOMES, *As novas responsabilidades...*, cit., pp. 135-139.

³⁵ Sobre o artigo 4º do RRCEE, Carlos FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade...*, cit., pp. 86 e segs.

A letra do artigo indicia a consideração de uma vertente puramente processual da figura, ao exemplificar uma hipótese de verificação da culpa do lesado com o facto de o autor "não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo". Julgamos que esta referência não preclude, de todo, a vertente material da noção, nem esgota os casos de lapso processual. Isto porque, de uma banda, o juiz da acção de responsabilidade terá que aferir, em primeira linha, se o comportamento substantivo do lesado contribuiu para a ocorrência do facto lesivo ou se agravou o seu potencial lesivo – por exemplo, se induziu a Administração em erro na prática de um acto e agora pede indemnização por danos causados pela revogação deste; se erigiu construção numa arriba e sofreu uma derrocada e agora pretende ser indemnizado por alegada falta de fiscalização³⁶...

De outra banda e em segunda linha, só uma vez estabelecida a imputação do facto (também) à entidade administrativa/jurisdicional se poderá passar à fase seguinte, isto é, à avaliação da conduta estritamente processual do autor, a qual também poderá constanciar um elemento de redução ou mesmo isenção da responsabilidade. Recupere-se a hipótese anterior, da construção na arriba e imagine-se que um outro particular, vizinho e identicamente ciente do risco e da situação de clandestinidade, deixou que a derrocada total acontecesse e lhe provocasse danos colaterais para propor a acção, em vez de lançar mão de uma providência cautelar de intimação da Administração a agir.

Naturalmente que a verificação destas duas fases dependerá em muito da configuração de cada situação concreta – o que queremos sublinhar é a tendência de ultrapassar uma imagem algo redutora veiculada pelo artigo 4º do RRCEE.

3.1. Função administrativa

A letra do artigo 4º tem um antecedente de má memória: o artigo 7º do DL 48051. Rezava esta disposição:

"O dever de indemnizar, por parte do Estado e demais pessoas colectivas públicas, dos titulares dos seus órgãos e dos seus agentes, não depende do exercício pelos lesados do seu direito de recorrer dos actos causadores do

³⁶ Caso anedótico de aplicação da figura foi o decidido pelo Acórdão do STA, I, de 9 de Abril de 1991 (*in Apêndice ao DR* de 15 de Setembro de 1995, pp. 1857 e segs – veja-se o voto de vencido a pp. 1863), no qual o Tribunal considerou haver culpa do lesado e isenção total de responsabilidade da Administração numa situação de reboque de uma viatura que se encontrava ilegalmente estacionada que lhe danificou o pára-choques...

dano; mas o direito destes à reparação só subsistirá na medida em que tal dano se não possa imputar à falta de interposição de recurso ou a negligente conduta processual da sua parte no recurso interposto".

Atente-se em que o anterior dispositivo não se limitava a apontar para a redução do quantitativo indemnizatório em razão de negligência processual; antes tolhia por completo o direito à indemnização em caso de superveniência de conduta processual deficiente ou extemporânea. Esta norma era gravemente atentatória do direito à tutela jurisdicional efectiva, porque penalizava excessivamente o autor. Actualmente, o artigo 38º do CPTA vem esclarecer a possibilidade de obter indemnização em face da caducidade do direito de acção impugnatória da validade do acto/norma, pelo que a sombra desta norma foi totalmente expurgada.

O artigo 4º do RRCEE, na sua vertente tipicamente processual, prende-se sobretudo com a possibilidade – hoje muitíssimo ampla – de lançar mão de providências cautelares no contencioso administrativo (jurisdição competente em sede de efectivação da responsabilidade civil das entidades públicas). O autor poderá ser penalizado pela não tentativa de travar a actuação lesiva ou de promover a paralisação, ainda que provisória, dos efeitos desta – mas não pela não obtenção de ganho de causa nessa sede. Por exemplo, tratando-se da ordem de demolição de um imóvel, será aconselhável requerer de imediato a suspensão dos efeitos do acto, sob pena de a acção de impugnação se transformar (eventualmente logo pela via do artigo 45º do CPTA) em acção de efectivação da responsabilidade...

Nessa vertente processual que o preceito claramente inculca, a nosso ver, a tarefa mais importante que caberá ao juiz administrativo, a propósito da regra do artigo 38º/1 e da sua articulação com a do artigo 4º do RRCEE, será a de determinar que margem de autonomia é admissível, do ponto de vista da posição do destinatário do acto lesivo, no que toca à conformação da sua posição processual; ou seja, que margem haverá para que a utilização de meios não impugnatórios como reacção a actos ilegais seja ainda considerada como “meio processual adequado” para os efeitos do artigo 4º RRCEE.

Por outras palavras, a questão que aos tribunais administrativos poderá ser colocada é a de saber se, em casos onde a eliminação do acto lesivo fosse uma possibilidade, mas onde o autor escolheu não a utilizar - quer por antever que após a decisão da acção (qualquer que ela seja) já não será possível a reconstituição natural³⁷, quer por simples

³⁷ Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade civil...**, *cit.*, nota 2 ao artigo 4º, dá exemplos de casos em que isto poderá acontecer: actos denegatórios de licenças precárias ou de curta duração, actos de concessão de serviços públicos temporalmente limitados.

escolha, tendo em conta os seus interesses -, poderá posteriormente vir a invocar a invalidade do acto apenas em sede de acção administrativa comum, *sem ser por isso considerada a existência de culpa do lesado*.

FERNANDES CADILHA dá um exemplo que nos parece ilustrar bem os casos mais problemáticos, que são os da *escolha* entre meios processuais impugnatórios e não impugnatórios: o caso do acto de demissão ilegal, não impugnado pelo funcionário demitido, que depois apresenta pedido de indemnização pelos danos causados pelo acto ilegal³⁸. É verdade que, neste caso, o destinatário do acto poderia tê-lo impugnado e eliminado da ordem jurídica, o que permitiria a reconstituição da situação jurídica violada, implicando, em princípio, reconstituição natural através da reintegração e pagamento de todas as quantias não recebidas durante o período de demissão ilegal. Contudo, dificilmente poderá negar-se ao lesado uma possibilidade alternativa: não pretendendo a reintegração, peticionar exclusivamente a atribuição de uma indemnização pecuniária pelos danos causados por demissão ilegal, sem ser por isso prejudicado ao nível do *quantum* indemnizatório devido, nos termos do artigo 4º do RRCEE³⁹.

A norma do artigo 4º do RRCEE é de saudar, lamentando-se apenas, no que à função administrativa mais directamente concerne, a terminologia algo arcaica do preceito. Na realidade, surgindo após a reforma da legislação processual administrativa, o artigo 4º ainda circunscreve (mesmo que exemplificativamente) "a via processual adequada" à "eliminação do acto lesivo"⁴⁰, em vez de ter adoptado uma fórmula mais abrangente — como, por exemplo, a *cessação de efeitos da conduta lesiva* (que cobriria, quer actuações materiais e jurídicas, quer acções e omissões).

3.2. Função jurisdicional

No âmbito da função jurisdicional, a culpa do lesado interfere sobretudo no plano da actividade administrativa dos tribunais, dificilmente se vislumbrando situações em que o lesado possa influenciar decisivamente a actividade *in judicando* — salvo, porventura, quando falsifica dados e documentos carreados para o processo, levando a uma errónea avaliação por parte do julgador.

³⁸ Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade civil...**, *cit.*, nota 2 ao artigo 4º.

³⁹ Assim, Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade civil...**, *cit.*, nota 2 ao artigo 4º.

⁴⁰ Recorde-se que, nos termos do artigo 58º/4 do CPTA, o prazo de impugnação dos actos administrativos anuláveis estabelecido no nº 2/b) do mesmo preceito, não é peremptório, dada a possibilidade de, invocando ter sido induzido em erro, ter laborado em erro desculpável ou ter sido confrontado com um justo impedimento, o interessado poder propor a acção de anulação até ao prazo-limite de um ano, contado nos termos do artigo 59º/1, 2 e 3 do CPTA.

O princípio de colaboração, com sede no artigo 519º/1 CPC, investe as partes no dever de cooperação com o tribunal com vista à descoberta da verdade. A violação deste dever importa em atrasos na administração da justiça, pois o tribunal terá que se valer dos seus poderes inquisitórios para apurar factos e prova relevante – o que tem custos temporais na tramitação do processo. Por isso o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem elege como um dos critérios de apuramento e gradação da responsabilidade dos Estados nos processos em que são acusados de violação do direito à tutela efectiva na vertente de administração de justiça em prazo razoável (artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, desde 1997 expressamente incorporado no artigo 20º/4 da CRP) o comportamento das partes, nomeadamente daquela que reclama a indemnização⁴¹.

3.3. Função político-legislativa

No que tange à função político-legislativa, em razão da sua unidireccionalidade, não se vislumbra espaço útil para a figura da culpa do lesado na efectivação da responsabilidade por facto da mesma.

4. Prescrição do direito à indemnização

O artigo 5º do RRCEE⁴² dispõe sobre a prescrição do direito à indemnização por factos de qualquer uma das funções inscritas no diploma. Fá-lo de forma remissiva, para o artigo 498º do CC, bem assim como para os artigos 318º a 322º (no que toca à suspensão da prescrição) e 323º a 327º (no que importa à interrupção da prescrição), todos do CC.

O artigo 498º/1 do CC fixa em 3 anos o prazo-regra de prescrição do direito a reclamar indemnização por danos (bem como o direito de regresso entre responsáveis), contados desde a data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe assiste, sendo certo que nunca depois de decorridos mais de 20 anos sobre o facto lesivo (cfr. o artigo 309º do CC). Caso o facto ilícito também constitua crime sujeito a prazo prescricional mais longo, este prevalece sobre o prazo civil (artigo 498º/3 do CC)⁴³.

⁴¹ Cfr. Ireneu CABRAL BARRETO, **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Anotada**, 2ª ed., Coimbra, 1999, p. 148.

⁴² Sobre o artigo 5º do RRCEE, Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade...**, *cit.*, pp. 93 e segs.

⁴³ Cfr. o artigo 118º/1 do Código Penal, que consagra prazos prescricionais do procedimento criminal que oscilam entre 15 a 2 anos, consoante a moldura penal do ilícito.

4.1. Função administrativa

No plano da função administrativa, cumpre anotar que, no plano da acção comum – através da qual se efectiva o direito à indemnização, salvo cumulação de pedidos nos termos do artigo 4º/2/f), que determina a utilização da acção especial, de acordo com o artigo 5º/1, ambos do CPTA –, não existe prazo de propositura, conforme reza o artigo 41º/1 do CPTA. Todavia, a ressalva feita na norma à lei substantiva remete-nos, em sede de acção de responsabilidade, para o artigo 498º do CC e para a regra dos 3 anos. Caso o autor não opte pela cumulação e pretenda efectivar o seu direito a ser indemnizado num momento posterior ao da impugnação do acto – se for o caso –, vale o nº 3 do artigo 41º do CPTA (que reproduz o princípio consignado no artigo 323º do CC).

De sublinhar identicamente que as acções de regresso também se submetem ao prazo prescricional de 3 anos, contados desde o cumprimento da obrigação por um dos devedores solidários (artigo 498º/2 do CC). Esta norma releva para os casos de apuramento de faltas graves e/ou dolosas cometidas pelos funcionários, sempre que o funcionário não for chamado a juízo (e se apurar a falta grave) ou se, tendo-o sido, o lesado tiver decidido executar a pessoa colectiva.

Caso o facto constitutivo da responsabilidade consubstancie também um crime – nomeadamente, um dos crimes cometidos no exercício de funções públicas tipificados nos artigos 372º e segs do Código Penal (CP) –, o prazo prescricional poderá revelar-se mais longo (artigo 498º/3 do CC). No entanto, esta previsão suscita uma dúvida de interpretação, relacionada com os direitos efectivamente abrangidos pela extensão do prazo de prescrição. Uma posição possível é a de entender que tal extensão afastará o regime de solidariedade caso a acção seja proposta para além do prazo-regra de 3 anos, devendo o pedido indemnizatório circunscrever-se, nessa hipótese, somente ao autor do acto, cuja falta grave caberá caracterizar e provar. Contudo, a entender-se assim, a partir do decurso do prazo de três anos, a pessoa colectiva não garantiria a responsabilidade do agente, solução que do nosso ponto de vista seria de duvidosa constitucionalidade, à luz da regra de solidariedade consagrada no artigo 22º da CRP. Assim, parece-nos que nestes casos, não é apenas o prazo prescricional relativo à responsabilidade do titular de órgão, funcionário ou agente da pessoa colectiva demandada que é estendido, mas também o prazo de responsabilidade da própria pessoa colectiva, e isto apesar de as pessoas colectivas serem, em princípio, insusceptíveis de censura penal⁴⁴; deve refe-

⁴⁴ Defendendo a posição que perfilhamos, referindo também outra jurisprudência conforme, veja-se o acórdão do TCANorte, I, de 22 de Novembro de 2007 (ARAÚJO VELOSO), proc. 2121/04.1BEPRT, disponível em www.dgsi.pt.

rir-se que mesmo em geral, o tradicional princípio da não responsabilização penal das pessoas colectivas está em claro recuo.

4.2. Função jurisdicional

A propósito da prescrição por facto da função jurisdicional, cumpre apenas anotar que os 3 anos se contam desde a notificação ao lesado do trânsito em julgado do acórdão revogatório da decisão lesiva – nos casos acolhidos no artigo 13º do RRCEE – ou, no caso de mau funcionamento da justiça, desde o momento do conhecimento da prática do facto originário do dano, ou ainda da notificação do acto jurisdicional que tardiamente põe fim ao processo (aqui sob a égide do artigo 12º do RRCEE).

O caso especial a que se refere o artigo 771º/1/f) do CPC envolve uma particularidade: a revisão da decisão deve ser requerida num prazo de cinco anos após o trânsito em julgado da decisão prolatada pela instância internacional, o que consubstancia um prazo especial relativamente ao inscrito no artigo 498º/1 do CC.

4.3. Função político-legislativa

A vocação de aplicação continuada das normas contidas em acto legislativo pode fazer duvidar da aplicação da regra da prescrição. Na realidade, tal suspeita é válida para os factos instantâneos, não relativamente a factos continuados. Ou seja, os 3 anos contar-se-ão desde o momento em que a aplicação da norma ao lesante esgotou a produção de efeitos lesivos, o que pode reflectir-se num único momento temporal – norma sobre sucessão no direito ao arrendamento, que veda a aquisição deste direito uma vez reunidos certos pressupostos cujo preenchimento o atribuía num momento anterior –, ou perdurar no tempo – *v.g.*, norma sobre progressão na carreira que restringe direitos do trabalhador. Este prolongamento não poderá, em qualquer caso, ir além dos 20 anos contados desde o momento em que se iniciou a produção de efeitos lesivos pelo facto continuado, em nome do princípio da boa fé.

5. Direito (ou dever?) de regresso

O último dos cinco tópicos que nos foram propostos prende-se com o direito de regresso. O artigo 6º do RRCEE⁴⁵ versa sobre o tema, transparecendo algum desconforto relativamente à figura que, de acordo com a epígrafe, envolve discricionariedade mas, nos

⁴⁵ Sobre o artigo 6º do RRCEE, Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade...**, *cit.*, pp. 101 e segs.

termos do nº 1, consubstancia na verdade um dever – "é obrigatório", lê-se na norma. Esta oscilação é ainda mais palpável no confronto com a norma do artigo 14º/2 do RRCEE. Vejamos porquê.

5.1. Função administrativa

A questão do direito/dever de regresso coloca-se nas situações em que a responsabilidade administrativa deriva de falta grave ou dolosa do funcionário e em que a regra da solidariedade permite ao lesado propor acção apenas contra a pessoa colectiva – ou, propondo-a contra ambos, opte por executar apenas esta última (cfr. o artigo 8º do RRCEE). Na verdade, é a questão do regresso que se constitui como penhor do princípio da responsabilização dos funcionários decorrente do artigo 271º/1 da CRP – não tanto a regra da solidariedade nas relações externas, plasmada no artigo 8º do RRCEE. A consagração de um dever de regresso promove a diligência e cuidado dos titulares dos órgãos e dos agentes e garante que o erário público só subsidiariamente responde por danos causados pela incúria daqueles em face dos seus deveres funcionais. Na linha destas considerações e também para tornar mais fluido o mecanismo processual de exercício do direito de regresso⁴⁶, pode mesmo questionar-se se não seria adequado consagrar o *dever*, para a entidade pública, de proceder ao chamamento à demanda (ao abrigo dos artigos 10º/8 do CPTA e 330º do CPC) de eventuais titulares de órgãos ou trabalhadores os quais, de acordo com os factos que integram a causa de pedir e com o próprio pedido, sejam demandados a título de actuações dolosas ou com negligência grave. Tal actuação permitiria antecipar um eventual exercício do direito de regresso.

Trata-se, contudo, de um dever imperfeito, uma vez que o RRCEE não associa à ausência da sua efectivação qualquer reacção. Tenderíamos a defender a utilização da acção pública, pela via da acção administrativa comum (artigo 37º/1/d) do CPTA), para forçar a condenação da entidade à propositura da acção – mas a legitimidade do Ministério Público é duvidosa. Por um lado, porque esta acção se traduz num meio processual de defesa de direitos – e, no limite, interesses colectivos –, não da legalidade objectiva (veja-se que o MP surge referenciado no artigo 40º do CPTA, especificamente em sede contratual, mas não no artigo 37º). Por outro lado, em virtude da difícil posição processual a que o artigo 11º/2 do CPTA condena o MP no contencioso da responsabilidade – mas que não obsta, todavia, a uma certa esquizofrenia no plano do contencioso dos contratos...

⁴⁶ Sobre as dúvidas sérias colocadas, neste aspecto, pelo artigo 8º/4 do RRCEE, v. Carla AMADO GOMES, *A responsabilidade civil extracontratual...*, *cit.*, pp. 48-50.

Acresce que, para que a intervenção do MP seja possível, será necessário esclarecer sobre a obrigatoriedade da comunicação das decisões condenatórias pela secretaria do tribunal administrativo ao representante do MP nesse tribunal – finalidade mais relevante, de resto, do que a comunicação à entidade condenada, que estará ciente da condenação... Enfim, sempre restará a fé na fiscalização levada a cabo pelo Tribunal de Contas (cfr. a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis 35/2007, de 13 de Agosto, e 48/2006, de 29 de Agosto) pois, por um lado, o não exercício do direito de regresso, quando obrigatório, pode dar origem à responsabilidade financeira reintegratória ou sancionatória dos obrigados a esse exercício (cf. respectivamente os artigos 60º e segs, e 65º/1/a) e segs da LOPTC) e, por outro lado, o Ministério Público tem, perante o Tribunal de Contas, legitimidade pública para iniciar processos tendentes ao julgamento de responsabilidades financeiras (artigo 89º/1/a) da LOPTC).

Uma outra dúvida que desponta é a de saber se também no caso da extensão do regime do RRCEE a entidades privadas investidas em funções materialmente administrativas este dever se impõe. A solução é pelo menos discutível, pois um sujeito realmente privado, ao contrário de uma entidade (formal ou materialmente) pública, deveria em princípio ter liberdade de fazer a gestão dos seus recursos como entender (porque são *os seus recursos*); e um privado pode entender, por exemplo, que ao exigir o regresso (ou ao exigi-lo na totalidade) a um seu colaborador, está a contribuir para que a sua estrutura laboral seja encarada como desmotivante⁴⁷. Arriscaríamos considerar que o regresso é obrigatório, em razão da idêntica valência do argumento da responsabilização. Quanto ao segundo argumento que em geral justifica o dever de regresso: embora o erário público não saia directamente beliscado com a não actuação do dever de regresso pelas pessoas colectivas privadas, a verdade é que se existe o exercício, por uma entidade privada, da função administrativa (o que é condição para ser condenada na jurisdição administrativa), essa entidade receberá dinheiros públicos ou de origem pública (o preço da empreitada, a remuneração da concessão, por exemplo). Ora, assim sendo, a obrigatoriedade do regresso até pode ficar justificada mesmo com base em considerações financeiras, porquanto o seu não exercício poderia traduzir-se, no fundo, numa situação onde acabaria por ser o dinheiro público, directa ou indirectamente, a pagar uma falta dolosa ou grosseiramente negligente de uma pessoa privada.

⁴⁷ Recorde-se que no veto presidencial do diploma que veio a ser a Lei n.º 67/2007, o Presidente da República chamou a atenção para a relevância potencialmente desmotivadora, para o pessoal da Administração Pública, do regime do direito de regresso: v. o n.º 6 da mensagem de veto dirigida à Assembleia da República (disponível em www.presidencia.pt).

A favor desta ideia de sujeição de uma entidade realmente privada a uma vinculação fundamentalmente jurídico-pública, em atenção à natureza da sua ligação com a função administrativa, poderia invocar-se o lugar paralelo da contratação pública, onde mesmo as pessoas realmente privadas, não qualificáveis como entidades adjudicantes, estão obrigadas a cumprir certas regras jurídico-públicas na atribuição dos seus contratos (cf. artigos 274º a 276º do Código dos Contratos Públicos).

Quanto aos tribunais competentes para o conhecimento destas acções de regresso propostas por sujeitos privados que tenham sido condenados na jurisdição administrativa, fica-nos identicamente a interrogação sobre se deverão ser os administrativos ou os comuns – inclinar-nos-íamos, numa lógica de continuidade, para a primeira hipótese, apesar de se tratar de uma relação de pura gestão privada da entidade privada⁴⁸...

5.2. Função jurisdicional

O problema do regresso no plano da função jurisdicional é ainda mais agudo, dado que o artigo 14º/2 do RRCEE entrega a questão à discricionariedade decisória do Conselho Superior da Magistratura e do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais. O que se retira da norma é que a iniciativa pode ser oficiosa ou externa – do Ministro da Justiça –, mas depende de uma decisão dos Conselhos, que gerirão a necessidade e oportunidade de reclamarem o regresso contra os juízes faltosos de acordo com sensibilidades mais políticas que jurídicas. A delicadeza da questão, fortemente condicionada pelo princípio da irresponsabilidade (directa) dos juízes, com sede no artigo 216º/1 da CRP, está certamente na base desta opção.

5.3. Função político-legislativa

Os contornos da responsabilidade por factos lesivos da função legislativa, por acção ou omissão, afastam a figura do direito de regresso, uma vez que as únicas entidades responsáveis são Estado ou as Regiões Autónomas. □

⁴⁸ E considerando que, caso a execução seja deduzida contra o funcionário, a questão, na realidade, fica resolvida pelo tribunal administrativo.

Visto do Tribunal de Contas, Alguns Problemas

Diogo Duarte Campos
Pedro Melo

1. Introdução

No final do ano de 2009, a comunidade jurídica pátria foi confrontada com um conjunto de cinco Acórdãos do Tribunal de Contas¹, nos quais foi negado visto prévio a outros tantos cinco contratos de subconcessão rodoviária promovidos pela EP – Estradas de Portugal, S.A., (“EP”) na sua qualidade de concessionária da rede rodoviária nacional², todos em regime de parceria público-privada (“PPP”). Note-se que alguns dos referidos contratos já se encontravam em execução, pelo que as referidas decisões do Tribunal de Contas assumiram uma particular importância, com impactos jurídicos, económicos e financeiros muito significativos no desenvolvimento das PPP em causa.

De uma análise, ainda que perfunctória, da Doutrina nacional, facilmente se respiga que as questões relativas ao visto prévio do Tribunal de Contas não têm merecido uma especial atenção por parte da mesma³.

O presente artigo pretende contribuir, de forma modesta, para a reflexão que entendemos que urge fazer, especificamente no que concerne aos poderes de fiscalização prévia do Tribunal de Contas no domínio das PPP, atenta a indisfarçável insegurança

¹ Acórdãos da 1ª Secção do Tribunal de Contas, n.ºs 160/09, de 2 de Novembro, 161/09, de 2 de Novembro, 164/09, de 17 de Novembro, 168/09, de 23 de Novembro, e 169/09, de 23 de Novembro, todos disponíveis em www.tcontas.pt.

² Cfr. Decreto-Lei n.º 374/2007, de 7 de Novembro.

³ Sem prejuízo, cfr. GUIDA COELHO JORGE, “Inconstitucionalidade e Necessidade de Harmonização Legislativa do Actual Regime de Fiscalização Prévia de Actos e Contratos pelo Tribunal de Contas”, Revista O Direito, Ano 141º, IV, Almedina, Coimbra, 2009. Veja-se, ainda, TIAGO DUARTE, “Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efectiva? Yes, we can!”, in “Cadernos de Justiça Administrativa”, n.º 71; JOSÉ TAVARES, “O Tribunal de Contas – Do Visto em Especial”, Almedina, 1988, e, do mesmo autor, “Recomendações do Tribunal de Contas”, Almedina (edição digital); FERNANDO XAREPE SILVEIRO, “O Tribunal de Contas, as sociedades comerciais e os dinheiros públicos”, Coimbra Editora, 2003.

jurídica que as aludidas decisões deste Tribunal vieram gerar; considerando aliás os autores que se justificará uma intervenção legislativa nesta matéria, porquanto a manter-se a orientação de tais arestos do Tribunal de Contas poderemos estar perante um verdadeiro entrave ao desenvolvimento de projectos infra-estruturais em Portugal, designadamente, daqueles (quase todos) que são modelados em PPPs financiadas com recurso à técnica de *Project Finance*.

Com efeito, embora este não seja o momento para se analisar, com profundidade e pormenor, as características de um financiamento em regime de *Project Finance*⁴, em traços gerais dir-se-á que o elemento essencial deste método de financiamento consiste no facto de serem os *cash flows* gerados e libertos pela exploração da “infra-estrutura” que permitem o pagamento do investimento inicial (necessariamente vultuoso) e, ainda, a remuneração dos capitais investidos.

Deste modo, facilmente se concluirá que a recusa de concessão de visto prévio implica um problema particularmente constrangedor, sobretudo quando os respectivos contratos foram assinados há mais de um ano (como sucedeu nalguns casos aqui em apreço) *et pour cause* os investimentos também já se haviam iniciado. Na verdade, ao contrário do que sucede nos “contratos clássicos” relativamente aos quais a respectiva suspensão, tendo embora quase sempre efeitos gravosos, não coloca, por princípio, em risco a sua prossecução ulterior, nos contratos que enformam as PPPs já assim não sucede, na medida em que o equilíbrio do contrato depende da possibilidade de exploração da infra-estrutura em causa de forma continuada no tempo, sob pena de as entidades financiadoras, antecipando atrasos no serviço da dívida por parte da designada “*Special Purpose Vehicle*”, poderem exercer os seus direitos de vencimento antecipado da dívida colocando em crise o “projecto”. Note-se, ademais, que até do ponto de vista da entidade adjudicante o pagamento dos trabalhos realizados até à recusa de visto prévio por parte do Tribunal de Contas não é uma opção, na medida em que a mesma, não raras vezes, recorre a uma PPP exactamente porque não dispõe dos meios financeiros para proceder ao pagamento da obra⁵.

⁴ Sobre o assunto cfr., em geral, a monumental obra de GRAHAM D. VINTER, “Project Finance”, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, London, 1998. Ainda com bastante interesse, v., E. R. YESCOMBE, “Public-Private Partnerships – Principles of Policy and Finance”, Elsevier, London, 2007. Entre nós, cfr., por todos, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, “As Parcerias Público-Privadas”, Cadernos IDEFF n.º 9, Almedina, Coimbra, 2009, em especial, pp. 91 a 103.

⁵ Como nos diz PEDRO GONÇALVES, “na grande maioria das suas manifestações, é óbvia a conexão entre as parcerias e a privatização do financiamento” (cfr. PEDRO GONÇALVES, “Entidades Privadas com Poderes Públicos”, Almedina, Coimbra, 2005, p. 328).

Por outro lado, aceitando-se, por ora, a competência do Tribunal de Contas para conceder visto prévio neste género de contratos (que apresentam como característica fundamental uma execução prolongada no tempo) implicará aceitar-se, de igual modo, a competência do Tribunal de Contas para se pronunciar sobre eventuais adicionais aos contratos já visados⁶ (designadamente aditamentos ao contrato inicial decorrentes, por exemplo, de decisões judiciais ou, mais comumente, arbitrais), prolongando a indefinição jurídica do momento constitutivo da PPP para toda a sua vida de execução.

Se a sujeição a visto prévio do Tribunal de Contas poderia ser minimizada (ainda que com dificuldades), fazendo coincidir o *financial close* com a obtenção do visto do Tribunal de Contas⁷, já o prolongamento da indefinição jurídica durante toda a vida de execução do contrato implica que não seja fácil encontrar medidas de minimização que não consubstanciem a pura e simples isenção de visto prévio.

Com efeito, porventura o mais avisado – embora este não seja, manifestamente, o local para se analisar com profundidade as alterações a introduzir neste regime – seria rever todo o sistema relativo à sujeição de visto prévio de PPPs, dispensando daquele os contratos que consubstanciem este tipo de parcerias; antes sujeitando-os apenas a fiscalização sucessiva obrigatória, com vista a efectivar eventuais responsabilidades financeiras dos responsáveis públicos.

Sem prejuízo do que se entenda ser a melhor solução de *lege ferenda*, a verdade é que, até que sobrevenha uma intervenção legislativa, é com a lei actual que o intérprete terá que lidar, pelo que será sobre a actual solução normativa que deteremos a nossa atenção.

Embora o presente contributo tenha por pano de fundo os recentes arestos do Tribunal de Contas, ele situa-se simultaneamente aquém e além dos mesmos.

O Tribunal de Contas analisou, no essencial⁸, dois problemas: por um lado, deteve-se sobre o cumprimento – ou não – dos aspectos procedimentais constantes da denominada Lei das PPP⁹, designadamente, sobre os estudos prévios (estudos, autorizações e pareceres) necessários ao lançamento de uma PPP (designadamente quando promovida por uma entidade empresarial e não pelo Estado directamente); por outro lado, deteve-

⁶ Cfr. arts. 47º, n.º 2 e 49º, n.º 2, ambos da Lei do Tribunal de Contas.

⁷ Ou estabelecendo um prazo máximo curto e improrrogável para que o Tribunal de Contas conceda o visto prévio.

⁸ O Tribunal deteve-se ainda sobre os emolumentos pagos pelos concorrentes para obterem as peças do procedimento (em termos inovadores até), mas esta é, claramente, uma questão com menor importância.

⁹ Cfr. Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

se sobre a eventual violação de regras procedimentais decorrentes da apresentação de uma proposta “pior” na fase das negociações do que a inicialmente apresentada a concurso.

Neste último conspecto, teremos especialmente em vista a questão de saber se a denominada teoria da imprevisão é aplicável à fase pré-contratual.

Ora, no presente estudo apenas nos deteremos sobre estes últimos dois problemas, relegando a análise do primeiro para outro momento. Todavia, como se disse, estaremos também para além dos arestos invocados, tomando posição sobre duas questões prévias que nos parecem ser da maior importância: a primeira, concerne à posição dos particulares que podem ser directamente afectados pelas decisões do Tribunal de Contas, mas que parecem encontrar-se numa situação de (absoluta) sujeição; a segunda, respeita directamente à competência do Tribunal de Contas, pressuposto processual¹⁰ imprescindível, mas que apenas é afluída lateralmente nos acórdãos em causa¹¹.

2. O recurso dos Particulares no Tribunal de Contas

Este é um ponto que durante muito tempo não mereceu grande atenção seja da Doutrina, seja dos próprios particulares (tanto quanto é do conhecimento dos autores), na medida em que são desconhecidas concretas decisões sobre a possibilidade de recurso interposto por particulares (isto é, dos co-contratantes) das decisões do Tribunal de Contas.

É, assim, posição corrente afirmar-se que os co-contratantes (privados) não têm legitimidade para defender, nos processos de visto, os direitos e demais posições jurídicas subjectivas de que são titulares e que sejam directamente afectados pelas decisões de recusa de visto por parte do Tribunal de Contas.

Porém, o facto de ser esta a posição corrente, não implica que não se possa ou não se deva questionar a mesma; como também não implica que não se deva considerar tal solução contrária às exigências e garantias que decorrem para os particulares da Lei Fundamental.

¹⁰ Sobre a noção de pressuposto processual vide, por todos, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A Justiça Administrativa (Lições)”, Almedina, 2007, pág. 284 e ss.

¹¹ O Tribunal de Contas apreciou esta questão em sessão diária de visto (cfr. art. 71º, n.º 5 da Lei do Tribunal de Contas).

Com efeito e salvo melhor opinião, a posição *supra* exposta consubstancia uma frontal violação do princípio do direito axial à tutela jurisdicional efectiva e, em consequência, um gravíssimo desrespeito do princípio constitucional do Estado de direito¹².

É sabido que se discute na Doutrina a natureza jurídica das decisões finais do TC tomadas sobre a concessão ou recusa do visto, inclinando-se uns para a sua natureza materialmente administrativa^{13 14}e, outros, para o seu carácter materialmente jurisdicional¹⁵. Porém, sem prejuízo da importância da questão, quer do ponto de vista teórico, quer do ponto de vista prático, não será essa questão que aqui apreciaremos em particular.

Efectivamente, o que nas páginas seguintes tentaremos demonstrar é que, independentemente da solução conceptual que cada um perfilhe, terá sempre como consequência (embora por motivos diferentes) o reconhecimento da possibilidade de os particulares directamente afectados pela recusa de visto prévio poderem interpor recurso dessas decisões¹⁶.

2.1. A concessão de visto como decisão materialmente jurisdicional e a possibilidade de recurso particular

A faculdade de recorrer das decisões de recusa de visto da 1ª Secção para o Plenário da 1ª Secção do Tribunal de Contas está regulada pelo art.º 96.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, Lei da Organização e Processo do Tribunal de Contas, doravante “LOPTC”.

O n.º 1 do art.º 96º da citada Lei indica as entidades que podem recorrer, a saber: (i) o Ministério Público; (ii) o Autor do acto ou a autoridade que tiver autorizado o contrato e

¹² No mesmo sentido, cfr. GUIDA COELHO JORGE, ob. cit., p.p. 863 a 866.

¹³ TIAGO DUARTE, no seu recente artigo “Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efectiva? Yes, we can!”, in “Cadernos de Justiça Administrativa”, n.º 71, pág. 31 e esp. pág. 33 e segs.

¹⁴ Os Autores também consideram que a concessão de visto prévio apresenta uma natureza materialmente administrativa e não judicial, podendo, portanto, ser impugnada junto dos Tribunais Administrativos. Ou seja, a concessão de visto prévio, na óptica dos Autores, integra-se na denominada “fase integrativa da eficácia” (ROGÉRIO SOARES) dos actos administrativos e consequentemente é materialmente administrativa. Aliás, a não ser assim (isto é, caso a concessão de visto prévio seja vista como materialmente jurisdicional) temos para nós que todas as decisões de concessão de visto prévio seriam inconstitucionais por violação do princípio do Juiz natural. Com efeito, na 1ª Secção do Tribunal de Contas não há verdadeira distribuição de processos, não havendo qualquer garantia de imparcialidade na escolha dos juízes encarregues da concessão de visto prévio.

¹⁵ Cfr. JOSÉ TAVARES, “O Tribunal de Contas – Do Visto em Especial”, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 122 e segs.

¹⁶ Questão diferente e que também deverá merecer a atenção da Doutrina é a de saber se os particulares a quem não foi adjudicado um determinado contrato e que invoquem ilegalidades no procedimento de formação do mesmo podem intervir junto do Tribunal de Contas.

a quem foi recusado o visto e (III) aqueles sobre quem recair, nas decisões sobre emolumentos, o respectivo encargo.

Da enumeração legal, tem-se entendido que os co-contratantes que não pediram o visto, na maioria dos casos pessoas colectivas privadas, não se encontrando no elenco da norma *supra* referida carecem de legitimidade activa e, logo, do direito de recorrerem das decisões finais proferidas em matéria de visto pela primeira subsecção do Tribunal de Contas.

E, face à letra da lei, parece que, numa primeira leitura, posição diferente seria de difícil sustentação. Com efeito, a redacção utilizada (*“podem ser impugnadas, por recurso para o plenário da 1.ª Secção, pelas seguintes entidades”*), parece não deixar qualquer margem de dúvida quanto à existência de uma enumeração taxativa daqueles que dispõem do direito a interpor recurso das decisões que não concedam visto.

Porém, na eterna guerra entre o “ser” e o “dever-ser”, a questão que se coloca é se aquela norma tal como é, pode ser. Ou, dito de outra forma, será que a enumeração (taxativa) dos que podem interpor recurso para o plenário da 1ª Secção está de acordo com a nossa Lei Fundamental?

Estamos em crer que não.

O art. 20.º da Constituição da República Portuguesa¹⁷ sob a epígrafe “Acesso ao Direito e Tutela Jurisdicional Efectiva” refere no seu n.º 1 que *“a todos é assegurado o acesso ao direito e aos Tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos...”*, e, o seu art. 268º, n.º 4, prescreve ser *“garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus interesses ou direitos legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas”*.

Reflexamente e dando cumprimento àquele mandamento constitucional, o art.º 2º, n.º 2 do Código de Processo Civil, garante que a todo o direito ou situação subjectiva legalmente protegida corresponde uma acção adequada a fazê-los reconhecer em juízo, a prevenir ou a reparar a violação deles e a realizá-los coercivamente bem como os procedimentos necessários para acautelar os efeitos úteis da acção.

¹⁷ Vide, por todos, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 406 a 419.

Note-se que as garantias de que vimos dando conta, por força dos preceitos constitucionais atrás citados, consubstanciam um verdadeiro direito fundamental gozando da força jurídica consignada no art.º 18º, n.º 1 da nossa Lei Constitucional: os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

Note-se também que ao Tribunal de Contas, como verdadeiro órgão jurisdicional – art. 209º, n.º 1, c), da Constituição – incumbe assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos – art. 202º, n.º 2 da Constituição – e que tal defesa tem de entender-se como reportando-se a todos os sujeitos de direito, pessoas singulares ou colectivas, cujos direitos e interesses legalmente protegidos sejam apreciados e tutelados por via do exercício da sua jurisdição.

Deste modo, decorre dos preceitos atrás citados que quando um sujeito de direito, seja ele pessoa singular ou colectiva – art. 12º, n.º 2 da Constituição -, não disponha ou não seja claro de que dispõe, de um meio processual adequado para tutelar um direito ou interesse legalmente protegido, a primazia do direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva impõe uma interpretação correctiva conforme à Constituição ou, na hipótese de a lei ordinária ser completamente omissa, a concessão de um direito de tutela que supra essa omissão e que permita agir em juízo propondo a acção ou interpondo o recurso.

Na verdade, parece não haver qualquer dúvida que os particulares co-contratantes da Administração têm um verdadeiro direito subjectivo ao contrato, designadamente quando o mesmo tenha já sido celebrado. Ora, a recusa de um visto, nos termos do n.º 2 do artigo 45.º da LOPTC “(...) implica apenas ineficácia jurídica dos respectivos actos (...)”, pelo que, salvo em casos excepcionalíssimos, em que o vício em causa possa ser sanado, a referida ineficácia, muito embora não respeite à validade do contrato em si mesma, poderá implicar a extinção do procedimento em causa, mesmo após a escolha do adjudicatário e, em consequência, o lançamento de um novo procedimento.

Ora, nesse novo procedimento o anterior adjudicatário não terá qualquer “direito especial”: não tem um direito de preferência, nem reconhece a Lei qualquer mecanismo que lhe atribua uma vantagem sobre os demais concorrentes¹⁸. Assim, parece claro que a recusa de visto por parte do Tribunal de Contas bule de forma clara e directa com os

¹⁸ O que, aliás, bem se percebe porquanto, nas mais das vezes, o fundamento de recusa do visto estriba-se na existência de um procedimento de formação da vontade administrativa ilegal, donde não haverá, em principio, qualquer razão para proteger o adjudicatário (em face aos demais concorrentes; que não, entenda-se, em face da Administração, *maxime*, em sede de responsabilidade civil administrativa).

direitos do particular a quem foi adjudicado o contrato. Sublinhe-se que ao particular não cumpre fiscalizar nem sequer aferir se a vontade administrativa foi legalmente formada: da sua óptica o que acontece é que lhe foi adjudicado um determinado contrato (ou até já assinou um contrato) e se vê impossibilitado de o cumprir por deficiência da própria Administração.

Parece assim chocante que quem tão fortemente pode – e na prática é – afectado por uma eventual decisão de recusa de visto tenha que ficar silente, sem outra alternativa que não seja a de aceitar de forma inelutável uma determinada decisão. Tendo, inclusivamente, que aceitar, *rectius*, sujeitar-se a uma eventual decisão da entidade adjudicante de não interpor recurso!

Como se dizia, impor aos particulares um tal estado de sujeição é de tal forma chocante que, porventura, será imperiosa uma interpretação correctiva do n.º 1 do art. 96º da LOPTC, sustentando-se que a expressão “autor do acto” utilizada pelo legislador abrangge, no caso dos contratos administrativos, as duas partes, a pública e a privada. Isto é, considerar-se-ia que o legislador apenas tomou por referência a mais importante forma de actuação administrativa (o acto administrativo), havendo ainda que considerar a possibilidade de recurso a contrato administrativo, sendo que, neste caso, não há, pela própria natureza das coisas, qualquer Autor, mas sim Partes.

Não seria, de resto, uma interpretação que violentasse o teor literal do preceito, encontrando mesmo naquele um mínimo de correspondência verbal (ainda que de forma imperfeita).

Todavia, essa interpretação correctiva é substancial e decisivamente reforçada pela circunstância de as alíneas a) e b), do n.º 1, do art. 96.º, da LOPTC, a serem interpretadas em termos de uma enumeração taxativa e portanto excludente das entidades aí não mencionadas, ofenderem claramente o direito fundamental à tutela jurisdicional plena e efectiva consagrado no art. 20º, n.ºs 1 e 5 e 268º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa e ainda também o art.º 202º, n.º 2 do Título V da Parte III da Constituição sobre a Função Jurisdicional¹⁹.

Assim, salvo melhor opinião, não só se justifica, como verdadeiramente se impõe uma interpretação correctiva da enumeração do artigo 96º, n.º 1, alíneas a) e b) da LOPTC, quer porque se considere que a expressão “autor do acto” inclui, no caso destes serem bilaterais, as partes contratantes, quer por aplicação subsidiária do art. 680º, n.º 2, do

¹⁹ Tal interpretação violará ainda, porventura, o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Código de Processo Civil, que deve considerar-se uma concretização do princípio da tutela jurisdicional efectiva em matéria de recursos jurisdicionais.

Destarte, antolha-se que tendo em consideração as exigências decorrentes da lei fundamental e os referentes axiológicos constantes da Lei Processual Civil que concretizam precisamente, a Constituição, são vários os fundamentos que possibilitam ao intérprete rasgar o apertado espartilho da Lei do Tribunal de Contas; espartilho esse que, afinal, pode ser mais aparente do que real²⁰.

2.2. A concessão de visto como decisão materialmente administrativa e a possibilidade de recurso particular

Como já se referiu, não se pretende no presente estudo tomar posição sobre a qualificação das decisões de recusa do visto do Tribunal de Contas, mas mais modestamente (mas também com maior interesse prático), demonstrar que, em qualquer um dos casos, tem que ser admitido recurso a interpor pelo particular co-contratante da administração.

Naturalmente, se a decisão do Tribunal de Contas dever ser considerada como uma mera decisão materialmente administrativa (como os autores se inclinam a considerar²¹), a resposta é substancialmente mais fácil: tal decisão será recorrível, ou nos termos do Código do Procedimento Administrativo, qualificando ainda o processo e decisão do Plenário da Secção como procedimento e decisão administrativos; ou nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e no Código do Processo Civil se para o efeito da apreciação da recusa do visto, considerássemos a 1ª Secção do Tribunal de Contas como um tribunal administrativo especial de 1ª Instância.

3. A (in)competência do Tribunal de Contas

Uma segunda questão sobre a qual os arestos em causa apenas se pronunciaram de forma incidental consiste em determinar a própria competência do Tribunal de Contas no caso concreto. Na verdade, embora seja claro que, em abstracto, o regime do Tribu-

²⁰ Sendo admitida a possibilidade de recurso para o Plenário ao particular, ficará ainda por resolver se a referida decisão é definitiva. Com efeito, não nos parece sem fundamento argumentar que, mesmo neste caso, não foi verdadeiramente salvaguardada a necessidade de haver um duplo grau de jurisdição, com as legais consequências.

²¹ Uma singela razão implica que os Autores tendam a considerar que a decisão de recusa de visto prévio é materialmente administrativa: não existe no âmbito da 1ª secção do Tribunal de Contas uma verdadeira distribuição dos processos, pelo que, a sua consideração como actos judiciais implicaria, salvo melhor opinião, uma violação do princípio do Juiz natural.

nal de Contas é subjectivamente aplicável à EP, isto é, que esta sociedade se encontra sujeita – em abstracto, reforça-se – aos poderes de fiscalização do Tribunal de Contas, já não se nos afigura claro que o Tribunal de Contas tenha, neste particular, a faculdade de conceder visto prévio aos contratos celebrado por essa entidade, na medida em que a mesma não se subsume nem no primeiro, nem tão pouco no segundo segmento da alínea c), do n.º 1, do art. 5.º, da Lei do Tribunal de Contas ²².

Com efeito, não há uma perfeita sintonia entre as entidades que se encontram sujeitas aos poderes do Tribunal de Contas e os contratos sujeitos a visto prévio. Ou, dito de outro modo, nem todos os contratos celebrados por entidades sujeitas aos poderes de fiscalização do Tribunal de Contas necessitam de visto prévio para que possam surtir efeitos financeiros. Assim, necessariamente, se terá que concluir que o âmbito subjectivo de aplicação da norma que sujeita a visto prévio determinados actos e contratos não só não é idêntica ao âmbito subjectivo de fiscalização do Tribunal de Contas, como é bastante mais restrita. Note-se que tal falta de sintonia é perfeitamente justificável, na medida em que os poderes do Tribunal de Contas não se limitam à fiscalização prévia, englobando muitas outras competências, donde uma entidade pode perfeitamente estar sujeita aos poderes do Tribunal de Contas, mas não à sua fiscalização preventiva.

Mas, se aquela conclusão é relativamente simples de retirar do confronto das duas normas referidas, já definir com clareza quais os contratos sujeitos a fiscalização prévia é algo mais difícil, dada a formulação intrincada da alínea c), do n.º 1, do art. 5.º, da Lei do Tribunal de Contas, a qual estipula o seguinte:

“Compete, em especial, ao Tribunal de Contas: (...)

c) Fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para as entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º e os das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou sempre que daí resulte a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.”

²² Note-se que o art. 46.º da Lei do Tribunal de Contas (*“Incidência da fiscalização prévia”*), remete, expressamente, para a alínea c) do n.º 1 do art. 5.º da referida Lei, sendo certo que o art. 47.º, n.º 1, alínea a) da mesma Lei (*“Fiscalização prévia: isenções”*) salvaguarda, também expressamente, o disposto na mencionada norma (*“sem prejuízo do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º”*).

Numa tentativa de “decomposição” analítica do presente preceito legal, pode dizer-se que a fiscalização prévia do presente Tribunal deve ter lugar numa de duas hipóteses:

- a) Quando os “actos e contratos de qualquer natureza (...) sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para as entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º”;
- b) Quando os actos e contratos advenham de um ente “de qualquer natureza” que:
 - i. Seja criado pelo “Estado ou por quaisquer outras entidades públicas”;
 - ii. Seja criado para desempenhar “funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública”;
 - iii. Tenha encargos suportados por “transferência do orçamento” da entidade que o criou.

Prescreve ainda o segmento final da alínea c), do n.º 1, do art. 5.º da Lei do Tribunal de Contas – enquanto elemento teleológico ou requisito autónomo que deve nortear a interpretação dos demais requisitos legais consagrados na segunda parte desse preceito – que a fiscalização prévia do presente Tribunal se encontra legitimada quando a criação de uma nova entidade constitua um expediente para “subtração de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas”.

Ora, sendo a EP uma empresa pública – em rigor, uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos²³ – é indubitável que a situação em apreço não se enquadra na primeira parte da alínea c) do n.º 1 do art. 5.º da Lei do Tribunal de Contas – primeira alternativa de preenchimento – já que para a mesma apenas releva a geração de despesa ou a representação de quaisquer encargos e responsabilidades para as entidades referidas no n.º 1 do artigo. 2.º da mesma Lei, disposição na qual não se incluem as empresas públicas ou as empresas concessionárias de serviço público²⁴.

Assim, a resolução da questão que inicialmente enunciámos apenas será lograda mediante análise detalhada da complexa segunda parte da alínea c), do n.º 1, do artigo

²³ Cfr. o n.º 1 do art. 1.º e art. 3.º do Decreto-Lei n.º 374/2007, de 7 de Novembro.

²⁴ O referido n.º 1 do art. 2.º reza o seguinte:

1 — Estão sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas as seguintes entidades:

- a) O Estado e seus serviços;
- b) As Regiões Autónomas e seus serviços;
- c) As autarquias locais, suas associações ou federações e seus serviços, bem como as áreas metropolitanas;
- d) Os institutos públicos;
- e) As instituições de segurança social.

5.º, da Lei do Tribunal de Contas, na qual se encontram legalmente consagrados os supramencionados critérios, de verificação cumulativa, que, uma vez preenchidos, levam a que os respectivos actos e contratos das entidades aí referidas sejam sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Naturalmente, sendo critérios de preenchimento cumulativo, bastará que um desses critérios não se encontre preenchido, para que uma entidade que se enquadre no leque descrito no n.º 2, do art. 2.º, da Lei do Tribunal de Contas – desde logo, uma empresa pública ou uma concessionária de serviço público, como é o caso da EP – não tenha os respectivos actos ou contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas. Tratam-se, portanto, insista-se, de critérios de verificação cumulativa.

Especificamente no que concerne aos contratos de subconcessão outorgados pela EP é óbvio que o primeiro e o segundo requisitos enunciados²⁵ na segunda parte da alínea c) do n.º 1 do art. 5.º da LOPTC se encontram satisfeitos.

Com efeito, atento o disposto no n.º 1, do artigo 1.º, e no art. 3.º, do Decreto-Lei n.º 374/2007, de 7 de Novembro, dúvidas não podem restar de que a EP é uma empresa pública, que foi criada pelo Estado através do referido Decreto-Lei²⁶, em resultado da modificação da EP - Estradas de Portugal, EPE, tal como, de resto, esta última já havia tido origem numa transformação do Instituto das Estradas de Portugal e, por sua vez, este havia resultado de uma modificação da extinta Junta Autónoma de Estradas.

Também quanto ao segundo critério dúvidas sérias da sua verificação não se poderão levantar, na medida em que, à EP, foram outorgados poderes de autoridade por diploma legal²⁷, ela desempenha funções de gestão da rede rodoviária nacional – concepção, projecto, construção, conservação, exploração, requalificação e alargamento da referida rede²⁸ – disponibilizando ainda bens e serviços que se encontram, por natureza, fora das regras de mercado, tendo em vista a prossecução de um inegável fim de interesse público geral.

É, aliás, isento de dúvidas que as referidas funções sempre se encontraram a cargo da Administração Pública, dado que, conforme se indicou *supra*, a EP sucedeu a outras entidades de natureza pública que indubitavelmente integram o conceito (orgânico) de

²⁵ A saber: (i) seja criado pelo “Estado ou por quaisquer outras entidades públicas”: (ii) seja criado para desempenhar “funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública”;

²⁶ Especificamente sobre a constituição de sociedades por Decreto-Lei, cfr. PAULO OTERO, “Da criação de sociedades comerciais por Decreto-Lei”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura* Vol II, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 103 e ss.

²⁷ Cfr. os n.º 2 e n.º 3 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 374/2007, de 7 de Novembro.

²⁸ Cfr. n.º 1 do artigo 2.º dos Estatutos da EP aprovados pelo Decreto-Lei n.º 374/2007, de 7 de Novembro.

“Administração Pública”, enquanto “*sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas colectivas públicas, que asseguram em nome da colectividade a satisfação regular e contínua das necessidades colectivas (...)*”²⁹.

Assim sendo, centremos a nossa atenção no terceiro e quarto requisitos, nos termos dos quais, recorde-se, os encargos da entidade em causa – no caso, a EP – devem ser “*suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou*” (“*entidade-mãe*”) e essa criação deve constituir um meio idóneo de “*subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas*”.

Ora, no que concerne ao terceiro requisito, parece ser absolutamente seguro que a actividade da EP não é suportada “*por transferência do orçamento da entidade que a criou*”, ou seja, por transferência do Orçamento de Estado anualmente aprovado pela Assembleia da República.

Com efeito, da análise do Orçamento de Estado para o ano de 2009, aprovado pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, respiga-se que não se encontra previsto naquele documento qualquer transferência para a EP, nem tão pouco no Orçamento de Estado para o ano de 2008 – aprovado pela Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro – se pode encontrar uma qualquer dotação a favor da referida entidade.

Por outro lado, analisando a Base 3 das Bases da Concessão da EP³⁰ constata-se que não existe qualquer referência ao Orçamento de Estado como possível fonte de receitas aquela instituição, o que significa que os encargos e as responsabilidades com o funcionamento da EP, e, por conseguinte, com os cinco contratos de subconcessão outorgados, são única e exclusivamente assegurados com meios próprios da EP, designadamente, com receitas provenientes das cobranças das portagens ou do produto de financiamento colhido junto da banca ou ainda com receitas advenientes do produto da Contribuição de Serviço Rodoviário³¹.

Destarte, verdadeiramente o que está em causa não será saber se a EP é financiada mediante transferências do Orçamento de Estado (porque já se viu não ser esse o caso), mas antes se o facto de parte substancial das receitas desta empresa pública provir da

²⁹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Curso de Direito Administrativo”, Volume I, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 33 e 34.

³⁰ As Bases da concessão foram aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 380/2007, de 13 de Novembro, recentemente alterado pelo Decreto-Lei n.º 110/2009, de 18 de Maio.

³¹ Cfr. cláusulas 19, 20 e 56 a 66 do Contrato de Concessão, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 174-A/2007, de 14 de Novembro.

Contribuição de Serviço Rodoviário³², implica que se deva considerar que a EP é “suportada”, *rectius*, financiada, “*por transferência do orçamento da entidade que as criou*”.

Ou seja, por outras palavras, a questão que verdadeiramente se coloca ao intérprete será saber se, pese embora a norma em causa se refira apenas a “*transferência do orçamento*”, esta abarca todos os casos de “*financiamento público*”.

É que o conceito de “*transferência do orçamento*” encerra uma natureza, um conteúdo e um alcance técnico-jurídico no qual não se incluem todos os fluxos positivos – *vulgo*, receitas – que resultam de um processo de “*financiamento público*”. Dito de outro modo, se é certo que o conceito de “*financiamento público*” abarca o conceito de “*transferência do orçamento*”, a verdade é que o segundo conceito constitui apenas um segmento ou uma parcela circunscrita do primeiro.

Pode, pois, afirmar-se que “*financiamento público*” e “*transferência do orçamento*” não são conceitos equivalentes ou sinónimos, já que no ordenamento jurídico português o conceito de “*transferência do orçamento*”, correspondente ao “movimento” de fluxos de recursos de fonte orçamental; possui, portanto, um âmbito restrito e bem determinado que não se confunde minimamente com a extensão ou amplitude do conceito de “*financiamento público*”.

Geralmente a questão que se coloca ao intérprete é exactamente a oposta: isto é, saber até que ponto se deve ou pode distinguir, quando a Lei não distingue. Porém, neste caso concreto, o problema é exactamente o oposto: distinguindo a Lei, parece claro que não caberá ao intérprete ignorar essa distinção, sujeitando “o todo” a fiscalização do Tribunal de Contas, quando manifestamente apenas se pretendeu sujeitar “uma parte”. Aliás, se assim não fosse ter-se-ia alcançado uma solução que não apresenta um mínimo de correspondência verbal com a letra da Lei, o que ofenderia de forma clara as regras da boa hermenêutica jurídica, tal como se encontram estabelecidas no art. 9.º do Código Civil.

Ainda no mesmo sentido, milita o facto de a noção de “*financiamento público*” se encontrar fortemente enraizada num conceito de origem comunitária, utilizado a propósito dos denominados contratos subsidiados no âmbito da contratação pública³³.

Aliás, caso fosse intenção do Legislador recorrer a tal conceito certamente tê-lo-ia feito de forma directa, dado não ser crível que em 2007 – data da última alteração da Lei do Tribunal de Contas e onde precisamente se deu nova redacção à alínea c) do n.º 1 do

³² Criada pela Lei n.º 55/2007, de 31 de Dezembro

³³ Cfr. artigo 175.º do Código dos Contratos Públicos.

art. 5.º – não se conhecesse já o referido conceito comunitário de “*financiamento público*”.

Porém, a verdade é que a relevância axiológica da noção comunitária de “*financiamento público*” se encontra umbilicalmente entrosada com os princípios da não discriminação em razão da nacionalidade e do princípio da concorrência.

Ora, a sujeição a controlo prévio do Tribunal de Contas tem como racionalidade subjacente e como intencionalidade própria o controlo dos gastos anuais do Estado (daí a remissão para “*transferência do orçamento*”) e não o controlo de opções de fundo que apenas serão sindicáveis em termos políticos. Deste modo, não há qualquer razão para assimilar aqueles dois conceitos, na medida em que se forjaram e se destinam a dar soluções para problemas não assimiláveis.

Assim, antecipa-se que não só não foi intenção do legislador sujeitar a visto prévio todos os actos e contratos de entidades que recorrem a financiamento público (mas tão só cujo funcionamento da respectiva actividade dependa de “*transferência do orçamento*”), como também que não existe qualquer razão material ou axiológica que imponha ao intérprete uma outra solução que, em todo o caso, não encontraria na letra da Lei um mínimo de correspondência verbal, como sempre seria mister.

Como se referiu *supra*, a enumeração constante da alínea c) do n.º 1 do art. 5.º da Lei do Tribunal de Contas é cumulativa, pelo que, concluindo-se que a EP não é financiada mediante transferências do Orçamento de Estado, ter-se-á, necessariamente, que concluir que o Tribunal de Contas, afinal, não tem competência para conceder visto prévio a actos e contratos outorgados pela EP.

Seria, portanto, desnecessária a análise do elemento/requisito finalístico que se encontra legalmente consagrado na parte final (do segundo segmento) da alínea c) do n.º 1 do art. 5.º da Lei do Tribunal de Contas.

Porém, face à sua relevância dogmática não podemos deixar de analisar esse requisito final, tecendo alguns – breves – comentários, até porque o referido requisito parece enformar axiologicamente toda a segunda parte da alínea c) do n.º 1 do art. 5.º da LOPTC.

Com efeito, o legislador considerou que mesmo no caso de a entidade primitivamente administrativa ser financiada por transferências do Orçamento de Estado, o Tribunal de Contas apenas se encontra legitimado para conceder visto prévio quando a criação de uma entidade (naturalmente, privada) constitua um expediente para a “*subtração de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas*”.

Ou seja, apenas quando a fuga para o direito privado³⁴ tenha por fim um intuito fraudulento, isto é, apenas quando exista um verdadeiro abuso da forma jurídico-privada de actuação da administração é que o Tribunal de Contas tem competência para aferir os actos e contratos da entidade em causa.

No caso concreto, parece-nos particularmente difícil sugerir sequer que tenha havido na transformação da EP (aliás, já anteriormente EPE) um qualquer intuito fraudulento materializado na “*subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas*”. A sua transformação insere-se, antes, no reordenamento do sector rodoviário nacional, tendo em vista a sua sustentabilidade financeira e até eventual abertura a capitais privados³⁵.

A reforma em causa culminou na decisão de concessionar toda a rede rodoviária a uma entidade de cariz empresarial, a qual terá o poder / dever de gerir toda a referida rede. Ora, a referida decisão concessória que implicou ajustes em vários contratos de concessão e a criação de uma nova entidade reguladora - o Instituto de Infra-estruturas Rodoviárias, IP – poderá, obviamente, ser discutível do ponto de vista político, mas do ponto de vista jurídico não é mais do que uma opção totalmente legítima do legislador, aliás, de longo prazo.

Nestes termos, não há, neste caso concreto, o mínimo indício de qualquer abuso das formas jurídicas-privadas e, muito menos, de qualquer actividade fraudulenta.

4. A Aplicação da Teoria da Imprevisão à fase pré-contratual

Seguindo o modelo, já tradicional entre nós na adjudicação de contratos de concessão de obras públicas, em todos os procedimentos relativos aos cinco contratos de subconcessão referidos previa-se um concurso dividido em duas fases: num primeiro momento todos os concorrentes poderiam apresentar proposta e, num segundo momento, seriam encetadas negociações com os dois concorrentes mais bem classificados, os quais, a final, deveriam apresentar uma nova proposta, a denominada BAFO (“*Best and Final Offer*”).

Embora com algumas diferenças temporais, pode-se dizer que as primeiras propostas em todos os concursos foram apresentadas em momento anterior à crise económica de 2008/2009, tendo as respectivas propostas BAFO sido apresentadas em plena crise pelo

³⁴ Detalhadamente estudada, entre nós, por MARIA JOÃO ESTORNINHO, “A Fuga para o Direito Privado”, Almedina, Coimbra, 1999, em especial, pp. 79 e 80.

³⁵ Cfr. o preâmbulo do DL n.º 380/2007, de 13 de Novembro.

que, ao contrário do que seria expectável, as propostas BAFO vieram a revelar-se globalmente piores, em termos de classificação, do que as propostas iniciais.

Face a este circunstancialismo e atenta a análise dos diversos acórdãos citados do Tribunal de Contas, resulta que este, partindo do facto de os concorrentes seleccionados para a fase das negociações já conhecerem todas as propostas anteriormente apresentadas pelos restantes concorrentes, concluiu que a possibilidade de, em fase ulterior do concurso, os concorrentes seleccionados para negociações piorarem o que tinham oferecido de início, traduzir-se-ia numa violação dos princípios da igualdade, da concorrência e da transparência e, bem assim, de uma norma específica dos programas de concursos que expressamente vedava essa possibilidade (a possibilidade de adjudicação de uma proposta final com pior classificação do que a proposta inicial).

Naturalmente, em princípio, a fase de negociações tem por fim melhorar as propostas apresentadas, numa dupla faceta: por um lado, adaptá-las aos reais interesses da entidade adjudicante e, por outro lado, introduzir um grau de concorrência adicional que tende a melhorar a sua valoração.

Assim, não se poderá deixar de considerar que a apresentação de uma proposta BAFO pior que a proposta inicial constitui uma excepção e não, naturalmente, a regra. Todavia, a questão que se coloca do ponto de vista jurídico é a de saber se a lei contempla ou permite tal excepção.

A este propósito invocou a entidade adjudicante, EP, e em síntese, que a crise financeira vivida consubstanciava uma alteração de circunstâncias, instituto previsto no art. 198º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março (REOP - temporalmente aplicável a estes casos), tendo os diversos acórdãos do Tribunal de Contas concluído, ao invés, que aquele preceito e a teoria da imprevisão que lhe subjaz apenas se aplica à fase de execução dos contratos e não à fase da sua formação.

Embora seja indubitável que o art. 198º do Decreto-Lei n.º 59/99 se reporta, *prima facie* à aplicação da chamada teoria da imprevisão relativamente à execução dos contratos administrativos incluídos no âmbito de aplicação daquele diploma, não nos parece que seja de rejeitar a possibilidade da referida teoria, sublinhe-se, se aplicar também aos actos unilaterais da Administração, incluindo os procedimentais, na medida que a mesma não pode deixar de ser vista como uma decorrência do princípio da boa-fé.

Na verdade as cláusulas de carácter geral “*rebus sic stantibus*”, e a sua contraposição “*pacta sunt servanda*”, bem como as eventuais consequências de uma alteração importante das circunstâncias, dizem efectivamente respeito aos efeitos dos actos, ou seja, ao modo e estabilidade que estes revelam no tempo.

Compreende-se, por isso, a relevância de uma análise dogmática que olhe sobretudo para a estatuição da norma e não tanto para a sua previsão (relativa aos actos e contratos) e que, do ponto de vista hermenêutico, se esteja particularmente atento aos efeitos que se prolongam no tempo, ou que condicionam decisivamente outros actos e efeitos duradouros posteriores.

A perspectiva a privilegiar será assim a da relação jurídica ou a das situações jurídicas activas dos sujeitos de direito, constituídas pelos actos e contratos.

De resto, a Doutrina nacional dos últimos anos³⁶ tem vindo a conferir cada vez maior importância ao valor operacional ou funcional das relações jurídicas e, em particular, das relações poligonais e das relações de carácter duradouro.

Vários são, na verdade, os Autores que reconhecem a íntima articulação entre a boa-fé, a aplicação da cláusula “*rebus sic stantibus*” com a teoria da imprevisão e a decorrência que esta tem daquelas. Tem-se sobretudo sublinhado o carácter fundamental do princípio da boa-fé na actividade administrativa³⁷. A sua primazia e influência conformadora e correctiva é particularmente forte e não carece de longas e complexas demonstrações dogmáticas quando consignada expressamente na Constituição (a boa-fé é expressamente acolhida no art. 266º, n.º 2 da Constituição e enfaticamente reiterado no art.º 6 – A do Código de Procedimento Administrativo).

Com estas indicações, necessariamente sucintas, pretendemos apenas evidenciar que a relevância da alteração das circunstâncias, que normalmente envolve o escrutínio da existência da boa-fé no comportamento das partes e a protecção do equilíbrio comutativo dos contratos, não é de modo algum exclusiva da execução dos contratos administrativos; sector este, é verdade, onde historicamente no direito administrativo se afirmou através da acção pretoriana do *Conseil d'État*.

Poderia eventualmente objectar-se que o carácter “rápido” e efémero das relações procedimentais vocacionadas para serem substituídas pelo acto final do procedimento, o

³⁶ Vasco Vieira da Silva, “Em Busca do Acto Administrativo Perdido”, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 149 e segs., e Carla Amado Gomes, “Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, sobretudo, pp. 629 e segs.

³⁷ Cfr., por todos, sobre o princípio da boa-fé e o instituto da alteração das circunstâncias, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da Boa Fé no Direito Civil”, Almedina, Coimbra, 3ª Reimpressão, 2007, pp. 903 a 1114. No domínio do Direito Administrativo, sobre a genérica subordinação do Estado ao princípio da boa-fé, v., PAULO OTERO, “Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade”, Almedina, Coimbra, Reimpressão, 2007, p. 916. Em particular, no que toca à incidência do instituto da alteração das circunstâncias nas PPP, cfr. PEDRO MELO, “O Juízo de Eficiência na Alteração de Circunstâncias das parcerias Público-Privadas”, Revista O Direito, Ano 141º, IV, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 935 a 948.

acto ou contrato, e pelas relações jurídicas que estes constituem, não facilitaria, nem a aplicação da cláusula “*rebus sic stantibus*” nem a relevância da alteração das circunstâncias.

Porém, tal conclusão escamotearia que nos procedimentos jurídicos e, de uma maneira mais aparente e visível nos procedimentos que antecedem os contratos, mas também nos procedimentos que se concluem por actos administrativos, os efeitos jurídicos destes actos são em grande parte determinados pelos actos e relações procedimentais que os antecedem. Sobretudo no domínio dos contratos, o conteúdo das condições contratuais, e até a própria decisão de contratar, são fixados no início ou ao longo do procedimento, sendo o contrato (final) mais um acto de reafirmação e de reconhecimento dos compromissos tomados “entre as partes”, no decurso do procedimento, do que propriamente um facto inovador e criador de novas relações entre as partes.

Os princípios da boa-fé e da tutela da confiança e a sua decorrência em situações de alteração de circunstâncias têm, porém, de ser convenientemente ajustados ao tratamento das relações concursais. Nestas, a boa-fé e a sua aplicação em caso de alteração grave das circunstâncias tem de ser conciliada com os princípios da igualdade de oportunidades, da concorrência e da transparência próprios dos concursos. Por isso, a alteração das circunstâncias e as suas implicações não podem ser apenas pessoais, têm de ser objectivas e repercutir-se através das condições de mercado ou de regulamentações de carácter geral em todos os concorrentes.

No que respeita à crise financeira de carácter global, iniciada com a falência da *Lehman Brothers* em finais de 2008 e que de algum modo ainda perdura, as suas repercussões incidiram nas condições de financiamento do mercado de capitais e não podem, por isso, considerar-se particulares a um ou outro concorrente e geradoras de desigualdade entre estes, pelo menos no que concerne à matéria dos custos de financiamento que foi a matéria determinante para piorar a classificação das propostas em causa entre a primeira fase do concurso e a segunda. Ou seja, esta é uma circunstância que sempre e forçosamente se repercutiria sobre todos os concorrentes, incluindo os que não passaram à fase de negociações.

Ora, podendo concluir-se com segurança – por se tratar de uma circunstância objectiva e que afecta todos os concorrentes por igual – que também os concorrentes que não passaram à segunda volta, caso tivessem sido os seleccionados teriam igualmente que apresentar uma proposta pior do que a inicial, não vemos qualquer razão para não se admitir também nesta sede a teoria da imprevisão, com vista a defender quer os interesses dos privados (que tiveram custos com a preparação da sua proposta), quer da

entidade adjudicante (que de outro modo veria o concurso que promoveu ficar “deserto”, sendo forçada a excluir todos os concorrentes).

Com efeito, admitindo-se que a teoria da imprevisão ou, se quisermos ser mais genéricos, que o princípio da boa-fé e a sua actuação face à alteração das circunstâncias, impõe uma revisão das condições de financiamento propostas e que o mesmo se aplicaria aos concorrentes que não passaram à fase das negociações, não se vê razão para considerar ilegal que se possam rever tais propostas culminando estas, afinal, em propostas com uma classificação pior do que as inicialmente apresentadas.

É que, note-se bem, as circunstâncias alteraram-se drasticamente ao longo dos muitos meses transcorridos entre as propostas iniciais e as propostas finais (facto, aliás, sempre reconhecido pelas Comissões de Avaliação destes concursos).

Também daqui decorre que a previsão concursal que impedia a adjudicação a propostas com classificação inferior à da primeira fase deveria ter sido desatendida por efeito da aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, posto que, *in casu*, como vimos, não se poria em causa o princípio da igualdade entre os concorrentes; nem, em nosso entender, qualquer outro princípio norteador da actividade procedimental da Administração.

Pelo que antecede, parece-nos claramente excessiva a conclusão presente em todos os acórdãos em exame de que a utilização da teoria de alteração das circunstâncias, fora do restrito campo da execução dos contratos, significaria a arbitrariedade e o sacrifício do interesse público e também do interesse dos concorrentes preteridos na primeira fase dos concursos em alusão.

Esta posição, salvo o devido respeito, resulta de uma óptica conducente à inobservância do princípio da boa-fé e da protecção da confiança por parte da Administração Pública e, mais ainda, à exasperação de um formalismo estéril com resultados perversos, altamente negativos. Será, naturalmente, uma solução extraordinária, mas não é certamente arbitrária. E será uma solução extraordinária justamente porque motivada num contexto extraordinário de alteração de circunstâncias.

Por último, há que ter em conta que a negação do recurso à teoria da imprevisão poderia ter, em nossa opinião, consequências mais gravosas para o interesse público.

Na verdade, para além de defender pior quer os interesses dos concorrentes, quer da entidade adjudicante (donde, necessariamente, o interesse público), a verdade é que sendo todas as propostas excluídas abrir-se-ia caminho para, nos termos do artigo 24º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos se poder recorrer ao ajuste directo, com tudo o que isso implicaria, nos casos em apreço, em termos de redução da “concorrência”, logo do interesse público. □

O contrato de empreitada por preço global no Código dos Contratos Públicos

Licínio Lopes Martins

Com o presente texto é apenas nosso objectivo tentar contribuir para o esclarecimento da seguinte questão: no âmbito da realização de uma empreitada, cujo contrato foi celebrado por preço global, como deve ser efectuado o pagamento ao empreiteiro no âmbito do regime do Código dos Contratos Públicos, naquelas situações em que se verifiquem erros de medição, por excesso, da obra a realizar?

Para facilitar o esclarecimento da questão colocada, vamos partir de uma hipótese prática.

Suponha-se que numa empreitada por preço global se apurou um erro de medição da estrutura do edifício objecto da obra correspondente em mais de 5% do valor global da obra, representando um custo na ordem de quinhentos mil euros. Este valor em excesso deve ser pago ao empreiteiro por se tratar de um contrato de empreitada por preço global, não obstante não se tenha efectivamente reflectido na realização de trabalhos, em virtude da verificação daquele erro de medição por excesso? Ou dito de outro modo: numa empreitada por preço global deve o empreiteiro ser pago pela totalidade do preço contratual naquelas situações em que, por erro de cálculo do projecto, se verifique uma evidente desnecessidade de executar trabalhos?

1. A classificação das empreitadas em função do modo de pagamento ao empreiteiro

Segundo uma classificação que já se pode considerar clássica, quer na lei, quer na doutrina, as empreitadas de obras públicas, quando ao modo de remuneração do empreiteiro distinguem-se segundo os termos a seguir enumerados.

A empreitada é por preço global – também designada por preço único e fixo, a corpo, à *forfait ou per avisionem* - quando a remuneração é fixada adiantadamente numa soma

certa, correspondente à realização de todos os trabalhos necessários para a execução da obra, objecto do contrato.

Será por série de preços - também designada por medição - quando a remuneração resultar da aplicação dos preços unitários previstos no contrato para cada espécie de trabalho a realizar, às quantidades desse trabalho realmente executadas, segundo se comprovar por medição periódica.

Por último, a empreitada é por percentagem quando o empreiteiro assume a obrigação de executar a obra por preço correspondente ao seu custo, acrescido de uma percentagem destinada a cobrir os encargos de administração e a remuneração normal da empresa^{1 2}.

Das classificações referidas, as que se afirmaram mais importantes na prática foram, sem dúvida, as empreitadas por preço global e por série de preços.

Olhando para cada uma destas classificações do ponto de vista do risco, isto é, do ponto de vista da repartição do risco entre o dono da obra e o empreiteiro, é unânime a conclusão de que a primeira – a empreitada por preço global - é (ou era) aquela que menos riscos transferia ou implicava para o dono da obra, uma vez que este ficava a saber de antemão – ou seja, no momento da celebração do contrato -, o valor/montante da remuneração que teria de pagar ao empreiteiro, sem prejuízo, naturalmente, da sua posterior alteração em virtude quer de uma possível revisão de preços, quer da necessidade de proceder a trabalhos a mais e/ou a trabalhos de suprimentos de erros e omissões.

E quanto ao empreiteiro, dizia-se que, por força da álea do risco, poderia ficar (ou vir) a ganhar ou ficar (vir) a perder, tudo dependendo da sua diligência em conseguir ganhos de economia ao longo da execução da obra. E porque assim é, esta dinâmica contratual na empreitada por preço global era lapidarmente traduzida por um autor, tantas vezes citado a este propósito, do seguinte modo: o preço aleatório ou à *forfait* é um preço global e invariável, apesar da variabilidade das quantidades; é uma noção de preço e de risco, de tal sorte que o empreiteiro, nem poderá reclamar aumento de preço, se a obra ficar mais cara do que fora calculada, nem está sujeito à redução, se ela sair mais barata³.

Contudo, e continuando a seguir o raciocínio do mesmo Autor, dado que, na prática, as alterações às quantidades de trabalho previstas se traduziam geralmente num aumento

¹ Cfr. Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 2.º volume, Almedina, pág. 1006.

² As classificações referidas no texto foram acolhidas na lei pelo menos a partir de 1969, tendo tido seguimento no Decreto-Lei n.º 48.871 (artigo 2.º), no Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto (artigo 6.º), no Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro (artigo 6.º) e no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (artigo 8.º).

³ Cfr. Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, VII, Coimbra, 1934, pág. 613.

das quantidades realmente utilizadas e quase nunca numa diminuição delas, a empreitada por preço global apresentava-se, por regra, como mais vantajosa para o dono da obra, porque ficava, desde logo, a conhecer o preço que lhe seria exigido. Pelo lado do empreiteiro, os riscos seriam maiores na medida em que teria de se sujeitar a suportar eventuais maiores despesas se a sua previsão, quanto à realização de toda a obra, não estava correcta.

Pelo contrário, já a empreitada por série de preços implica maiores riscos para o dono da obra, pois que lhe é impossível saber com segurança, no momento da celebração do contrato (embora pudesse e devesse fazer uma estimativa), o preço que teria de suportar no final da obra, na medida em que dono da obra sabe os preços unitários dos tipos de trabalhos e materiais a utilizar, mas desconhece em termos exactos a quantidade dos mesmos – a quantidade necessária para a execução da obra –, pelo que o preço a pagar terá sempre de ser apenas o estimado⁴.

Refira-se que no regime imediatamente anterior ao Código dos Contratos Públicos havia uma preferência legal pelas empreitadas por preço global, tendo o legislador determinado, através da Lei n.º 163/99, de 14 de Setembro, que deviam ser contratadas por preço global as obras cujos projectos permitissem determinar a natureza e as quantidades dos trabalhos a executar, bem como os custos dos materiais e da mão-de-obra a empregar.

3. O Código dos Contratos Públicos e as modalidades das empreitadas de obras públicas em função da retribuição do empreiteiro

Ao contrário do regime anterior, o Código dos Contratos Públicos não estabelece uma classificação das empreitadas em função do modo de remuneração do empreiteiro, o que significa que deixa tal matéria para a autonomia contratual das partes, ou melhor, para a autonomia pública contratual da Administração que, nas peças do procedimento – no caderno de encargos –, há-de definir os termos em que se propõe pagar ao contratante.

Efectivamente, o Código, na parte especificamente dedicada ao contrato de empreitadas de obras públicas (Parte III, artigos 343.º e segs.), em parte alguma se refere às respectivas modalidades em função do modo de retribuição do empreiteiro.

⁴ Para uma excelente síntese das posições a que se faz referência no texto, Rui Medeiros, *O Controlo de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos de suprimento de erros e omissões e de trabalhos a mais*, in *Estudos de Contratação Pública, II*, Coimbra Editora, 2010.

Consequentemente, haverá que procurar na Parte Geral do Código as disposições que tenham por objecto a fixação contratual do preço. Disposições estas que, por serem gerais, abrangem também o contrato em causa, salvo a existência de disposição legal que expressamente as afaste.

E, nesta Parte Geral, o Código dos Contratos Públicos, na alínea d) do n.º 1 do artigo 96.º, sob a epígrafe “**Conteúdo do contrato**”, determina que faz parte integrante do contrato – de todos os contratos públicos e não apenas dos contratos administrativos -, quando este for reduzido a escrito, um clausulado que deve conter, sob pena de nulidade daquele, entre outros elementos, “O preço contratual ou o preço a receber pela entidade adjudicante ou, *na impossibilidade do seu cálculo*, os elementos necessários à sua determinação” (alínea d).

Resulta desta alínea que a remuneração pode ser fixada de duas maneiras:

- a) Por via da estipulação de preço contratual;
- ou
- b) Na impossibilidade do seu cálculo – ou seja, na impossibilidade de fixar de antemão um preço – através da definição dos elementos necessários à sua determinação.

O Código, no artigo 97.º, n.º 1, dá também a *definição de preço contratual*, estabelecendo que é o preço a pagar, pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato.

As disposições citadas são aplicáveis ao contrato de empreitadas de obras públicas, salvo, como se referiu, a existência de lei especial que expressamente as afaste.

Significa isto que também nos contratos de empreitadas de obras públicas a regra há-de ser a da fixação de um preço contratual, o que se traduz no preço a pagar pelo contraente público ao empreiteiro ***pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato***. Termos, portanto, semelhantes ao que vimos suceder na empreitada por preço global.

Em todo caso, o Código dos Contratos Públicos não deixou, pelo menos em parte, de replicar o que se previa no regime jurídico das empreitadas de obras públicas, permitindo, quando não seja desde logo possível determinar o preço contratual, que do contrato constem apenas os elementos necessários à respectiva determinação⁵.

⁵ No fundo, o Código dos Contratos Públicos generalizou o anterior regime do contrato de empreitadas de obras públicas à generalidade dos contratos públicos, como, aliás, o próprio legislador confessa no preâmbulo do diploma do Código.

Portanto, o Código dos Contratos Públicos permite pelo menos a fixação de dois modos de remuneração do empreiteiro:

- a) A modalidade da empreitada por preço global;
- b) E, nos termos referidos – isto é, na medida em que não seja possível a definição do preço contratual por não existirem dados ou elementos suficientes no momento em que é celebrado o contrato -, a modalidade de empreitada por série de preços.

3. Na empreitada por preço global a entidade adjudicante é sempre obrigada a pagar o preço contratual?

A questão, em termos gerais, pode ser enunciada conforme o título deste ponto do texto. Mas o nosso âmbito é mais específico, consistindo tão só em saber se a entidade adjudicante está obrigada a pagar ao empreiteiro o preço contratualmente ajustado naquelas situações em que, por erro do projecto, se previu uma determinada quantidade de trabalhos que, na realidade, não existem, isto é, que na realidade não fazem parte da obra a executar.

3.1. Os dados do Código dos Contratos Públicos

Como ponto prévio, deverá desde já dizer-se que o facto de o Código dos Contratos Públicos não conter uma norma semelhante ao anterior regime do contrato de empreitadas de obras públicas em nada altera, como se verá, a solução que por nós será adiantada.

Efectivamente, sobre a empreitada por preço global dizia o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que “se realizados todos os trabalhos, subsistir ainda um saldo a favor do empreiteiro, ser-lhe-á pago com a última liquidação”.

Esta disposição, segundo a interpretação doutrinal que dela era feita, traduzia expressivamente o modo como se procedia à repartição do risco na empreitada por preço global, uma vez que o empreiteiro ficava obrigado a executar a obra projectada pelo preço contratualmente definido, ficando, conseqüentemente, onerado com o risco que naturalmente daí poderia advir. Assim, se para a boa execução da obra, o empreiteiro se visse “forçado” a utilizar mais quantidades de material ou a mobilizar mais recursos, de pessoal, financeiros ou outros, para além dos previstos nas peças de programação da obra, o risco – o mesmo é dizer, o prejuízo – seria por conta dele, dado que, precisamente, se tinha obrigado a executar a obra nos termos programados e pelo preço contratualmente ajustado. Aliás, este preço até tinha resultado de uma proposta que ele apresentou a concurso.

Mas se, eventualmente, o empreiteiro conseguisse mobilizar menos recursos e, portanto, ter menos dispêndios na execução da obra dos que os programados, então já seria ele a recolher os benefícios do risco que havia assumido.

Mas isto, obviamente, tudo ponderado num *quadro de normalidade contratual*, ficando de fora todas as situações que, segundo a lei ou até a equidade contratual, fugissem aos riscos próprios do contrato. Por isso, dizia-se que, por força da álea do risco, o empreiteiro poderia ficar (ou vir) a ganhar ou ficar (vir) a perder, tudo dependendo da sua diligência em conseguir ganhos de economia ao longo da execução da obra. Fora desta lógica ficariam, conseqüentemente, de fora as *situações que pudessem adulterar o equilíbrio económico do contrato* e conduzir a um *injusto enriquecimento* do dono da obra, *sem causa e à custa* do empreiteiro, ou do empreiteiro, também *sem causa e à custa* do dono da obra, o mesmo é dizer *à custa* do erário público. Ou seja, *a empreitada por preço global não tem de ser um preço firme, inalterável*⁶.

O Código dos Contratos Públicos não acolheu a disposição citada do anterior regime - “se realizados todos os trabalhos, subsistir ainda um saldo a favor do empreiteiro, ser-lhe-á pago com a última liquidação” -, o que só por si poderia indiciar uma indicação decisiva do Código, isto é, a indicação de que no contrato de empreitadas de obras públicas a entidade adjudicante apenas deverá pagar os trabalhos efectivamente executados pelo empreiteiro.

Algumas indicações literais do Código poderiam levar, *ab initio*, àquela conclusão, ou seja, à conclusão de que o contraente público se encontraria impedido de pagar os trabalhos que não fossem executados e, portanto, não fossem medidos. Tal conclusão levaria a que em todos os casos em que houvesse trabalhos previstos no projecto, mas não fossem necessários à execução/conclusão da obra, em caso algum deveriam ser liquidados e, portanto, pagos ao empreiteiro, contrariando-se assim a lógica do preço contratual resultante do artigo 97.º daquele Código – *et pour cause* – a lógica das empreitadas por preço global.

Esta interpretação poderia ainda encontrar reforço em alguns artigos do regime substantivo do contrato de empreitadas de obras públicas constante do Código dos Contratos Públicos, designadamente:

- 1) Do artigo 387.º, nos termos do qual o dono da obra deve proceder à medição de todos os trabalhos executados, incluindo os trabalhos não previstos ou não devidamente ordenados pelo dono da obra;

⁶ Neste sentido, embora acentuando a parte do empreiteiro, Jorge Andrade da Silva, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, págs. 54 e segs.

- 2) Do artigo 392.º, n.º 1, nos termos do qual, após a assinatura, pelo empreiteiro, dos documentos que constituem a situação dos trabalhos, promove-se a liquidação dos preços correspondente às quantidades de trabalhos medidos sobre as quais não haja divergências, depois de deduzidos os descontos a que houver lugar nos termos contratuais, notificando-se o empreiteiro dessa liquidação para o efeito do respectivo pagamento, no prazo estipulado;
- 3) E do artigo 400.º, por força do qual na conta final da empreitada devem constar os dados seguintes:
 - uma conta corrente à qual são levados, por verbas globais, os valores de todas as medições e revisões ou acertos decorrentes de reclamações decididas, o prémio por cumprimento antecipado do contrato e as sanções contratuais aplicadas;
 - um mapa dos trabalhos a mais, dos trabalhos de suprimento de erros e omissões e dos trabalhos a menos, com a indicação dos preços unitários pelos quais se procedeu à sua liquidação;
 - um mapa de todos os trabalhos e valores sobre os quais subsistem reclamações ou reservas do empreiteiro ainda não decididas, com expressa referência ao mapa da alínea anterior, sempre que os mesmos também constem daquele.

Tudo somado poderia então concluir-se que o Código dos Contratos Públicos teria definitivamente assumido uma nova doutrina quanto à empreitada por preço global.

Por nós, não vamos tão longe.

Em primeiro lugar, por decorrer do próprio tráfego jurídico e económico, que é inerente ao universo contratual, uma dose de risco; o risco que é próprio a qualquer contrato, seja no universo civil, seja no universo dos contratos administrativos⁷.

Em segundo lugar, este risco é naturalmente acrescido nos contratos em que o preço é fixado de antemão, designadamente nos contratos que implicam investimentos avultados e que, de algum modo, a respectiva execução implica diversos factores produtivos, incluindo uma especial habilitação técnica, a pressupor, portanto, uma diligência qualificada do executante. É o que sucede com o contrato de empreitadas de obras públicas.

Neste tipo de contratos o benefício que resultar para o executante emerge como uma decorrência natural ou normal do risco que, de antemão, assume, assim como surge, do mesmo modo, como uma decorrência natural ou normal o prejuízo que desse risco resultar. Tudo isto pode suceder no contrato de empreitada por preço global. Efectivamente, nesta modalidade, o empreiteiro tanto pode vir a ganhar como a perder, tudo dependen-

⁷ Para uma abordagem geral dos riscos nos contratos de direito civil, Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação*, Coimbra, Almedina, 2010.

do do modo como decorrer a execução do contrato, podendo ou não o empreiteiro conseguir economizar ou obter poupanças ou ganhos de economia ao longo da execução da obra⁸.

Mas isto é assim por tal circunstância ser inerente à natureza própria do contrato, ou melhor, à natureza da modalidade de empreitada adoptada em função do modo de remuneração do empreiteiro. Mas já não faz sentido ser assim quando ocorram *situações de patologia ou de anomalia contratual*, que, por assumirem esta configuração, excedem ou ficam excluídos daquele quadro de normalidade contratual, seja por razões ligadas à formação do contrato, seja por razões ocorridas na respectiva execução. É isto que sucede, como é sabido, mesmo nos contratos de empreitadas por preço global, em que *são excluídos dos riscos próprios do contrato* os trabalhos a mais e, designadamente, os erros e omissões, que, conduzindo a trabalhos de suprimento, têm por pressuposto o princípio geral de que os mesmos não devem correr por conta do empreiteiro, salvo nas hipóteses legalmente previstas⁹.

Nestes termos, se, por *princípio geral*, o empreiteiro – mesmo, repetimos, num contrato de empreitadas por preço global –, não deve suportar o risco resultante de erros e omissões do projecto – excepto, como é natural, nas empreitadas de concepção-construção –, justamente *por se entender que são erros – isto é, anomalias contratuais – e não riscos próprios do contrato*, então por que razão o empreiteiro já deve ser pago pela totalidade do preço contratual nos casos em que por erro de projecto se previu a realização de trabalhos que, na realidade, se veio a verificar serem absolutamente desnecessários à execução da obra?

3.2. O erro contratual *versus* o risco contratual

A resposta à pergunta anteriormente formulada não dispensa a convocação da doutrina geral do erro no contrato, ou melhor, na formação do contrato, seja do contrato de direito civil, seja de direito administrativo.

E aqui fazemos nossas as palavras de Rui Medeiros, a propósito dos erros e omissões no contrato de empreitadas de obras públicas, fixando como doutrina de que também aqui o erro constitui um errada (ou falsa) representação da realidade actual, da realidade presente ou contemporânea da formação do contrato¹⁰.

⁸ Cfr. Marcelo Caetano e Luiz Cunha Gonçalves, *Obs. cit.*

⁹ Para uma visão da repartição da responsabilidade pelos trabalhos de suprimento por erros e omissões, Licínio Lopes Martins, *Alguns aspectos do contrato de empreitadas de obras públicas I*, in *Estudos de Contratação Pública II*, Coimbra Editora, 2010.

¹⁰ Cfr. Rui Medeiros, *O Controlo de custos...*

Esta errada ou falsa representação da realidade subjacente à formação do contrato determina um regime próprio em termos de trabalhos de suprimentos por erros e omissões e da respectiva responsabilidade.

E o Código dos Contratos Públicos apenas se ocupou de uma parte dos erros e omissões, por, justamente, em termos práticos, ser o tipo de erros e omissões os que, por tradição, conduzem a uma derrapagem dos custos das obras públicas. A força da tradição, como é consabido, tem levado a que o legislador apenas se preocupe em disciplinar os erros e omissões que se traduzem em acréscimos de custos, não se ocupando dos casos em que tais erros consistam numa previsão por excesso, isto é, numa previsão de realização de obra superior à realmente necessária.

Mas – repetimos – a responsabilidade por aqueles primeiros erros e omissões fica excluída dos riscos próprios do contrato, isto é, não são transferidos para o empreiteiro pelo mero efeito do contrato mesmo tratando-se de um contrato de empreitada por preço global, tendo, pelo contrário, um regime específico ao nível da respectiva responsabilidade, tal como sucede com os trabalhos a mais.

E bem vistas as coisas, o regime legal para os erros e omissões até poderia ser outro.

Efectivamente, e tomando por base a aplicação que Rui Medeiros faz da doutrina do erro ao contrato de empreitadas de obras públicas, para distinguir, no plano científico, os erros e omissões dos trabalhos a mais, então a coerência desta doutrina poderia levar-nos a outras consequências de regime diferentes daquelas que o legislador tem adoptado para o efeito.

Na verdade, se o erro constitui uma errada (ou falsa) representação da realidade actual, da realidade presente ou contemporânea da formação do contrato¹¹, a sequência natural seria a inserção desta problemática, como sucede no direito civil, no domínio do erro na formação do contrato e, portanto, no âmbito das invalidades contratuais. Solução que, em geral, foi igualmente transposta para o contrato administrativo, no passado pelo Código do Procedimento Administrativo (artigo 185.º n.º 2)¹² e hoje pelo Código dos Contratos Públicos, estabelecendo o n.º 2 do artigo 285.º que *“Aos demais contratos administrativos [entre os quais se inclui o contrato de empreitadas de obras públicas por ser um contrato administrativo por força da lei, não sendo substituível por acto administrativo] é aplicável o regime de invalidades consagrado no direito civil”*.

¹¹ Cfr. Rui Medeiros, *O Controlo de custos...*

¹² Por força do n.º 2 do artigo 185.º do Código do Procedimento Administrativo *“São [eram] aplicáveis a todos os contratos administrativos as disposições do Código Civil relativas à falta e vícios da vontade”*.

Em todo o caso, por razões práticas, o legislador tem afastado tal solução do contrato de empreitadas de obras públicas, estabelecendo para o efeito um regime específico. Regime este que exclui também os erros e omissões dos riscos próprios do contrato mesmo que se trate de um contrato de empreitadas por preço global. *E assim sucede por, justamente, se tratar de erros e não de riscos próprios ou conaturais ao contrato.*

Ora, se assim é nas situações tipicamente configurados pelo legislador, mesmo – repetimos – nos contratos de empreitada por preço global, por que razão ou razões uma entidade adjudicante - quando faz, através dos seus próprios serviços ou através de uma encomenda ao exterior, um projecto no qual se prevêem medições superiores à realidade da obra a executar, o que tecnicamente se traduz num erro – já será obrigada a pagar o preço contratual ao empreiteiro só porque a empreitada é por preço global?

São muitas as razões que inequivocamente nos conduzem a uma resposta negativa. Nas palavras seguintes adiantamos apenas algumas.

3.3. A relevância do “erro contratual” e o juízo de prognose “retrospectivo” sobre a ordenação das propostas

Em primeiro lugar, não prevendo o Código dos Contratos Públicos, como se salientou, um regime específico para as situações em que a entidade adjudicante faz uma errada representação da realidade, constituindo esta errada representação a causa directa da realização de trabalhos absolutamente desnecessários para a execução da obra, por não haver uma correspondência entre as medições projectadas e a realidade da obra a executar, então necessário se torna fazer apelo à teoria do erro na formação dos contratos.

Na verdade, como igualmente já se salientou, também nestes casos o erro constitui uma errada (ou falsa) representação da realidade actual, da realidade presente ou contemporânea da formação do contrato. Só que o Código dos Contratos Públicos não prevê para eles, no âmbito do regime substantivo do contrato de empreitadas de obras públicas, um regime próprio ou específico.

Ora, tratando-se tecnicamente de um erro na formação do contrato, por consubstanciar uma “representação inexacta”¹³ da realidade que constitui objecto do contrato, forçoso é, para o aplicador do Código e para o intérprete, ter de seguir a pauta metódica que o mesmo impõe para as situações do género.

Desde logo, a indicação que resulta do n.º 3 do artigo 280.º, sob a epígrafe “Direito aplicável” (entenda-se direito aplicável ao contrato administrativo), nos termos do qual “Em tudo quanto não estiver regulado no presente Código ou em lei especial e não for sufi-

¹³ Cfr. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 505.

cientemente disciplinado por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, são subsidiariamente aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas, com as necessárias adaptações, as restantes normas de direito administrativo *e, na falta destas, o direito civil*".

Por força desta disposição, constando-se a falta de regras de direito administrativo, somos, pois, remetidos para o direito civil e, dentro deste, para o regime que no caso se afigura aplicável, ou seja, o que disciplina a formação da vontade contratual.

Mas sobre a matéria o Código contém outras disposições ainda mais decisivas. Trata-se do artigo 285.º, relativo ao regime da invalidade do contrato administrativo. Diz-nos este artigo o seguinte:

“1 — Aos contratos com objecto passível de acto administrativo e outros contratos sobre o exercício de poderes públicos é aplicável o regime de invalidade previsto para o acto com o mesmo objecto e idêntica regulamentação da situação concreta.

2 — Aos demais contratos administrativos é aplicável o regime de invalidade consagrado no direito civil.

3 — ***Todos os contratos administrativos são susceptíveis de redução e conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, independentemente do respectivo desvalor jurídico***".

Aplicando esta disposição à hipótese prática de que partimos, é de concluir que nela se verifica uma representação inexacta – ou seja, um erro – concretizada no seguinte: no edifício, em vez de ser medida ou calculada a altura real da estrutura que seria objecto da obra a realizar, foi calculada erradamente uma altura muito superior, correspondente à altura total do edifício, o que conduziu ao encarecimento da obra em mais de quinhentos mil euros.

Segundo a doutrina geral do direito civil, estamos, no caso, ante uma situação em que o erro, na perspectiva da entidade adjudicante, assume a qualidade de erro como vício da vontade¹⁴. A entidade adjudicante sempre teria celebrado o contrato de empreitada, mas nunca nos termos em que o celebrou, desde logo quanto ao preço contratual adjudicado.

Ora, se em situações deste género o Código dos Contratos Públicos manda recorrer ao direito civil, tal remissão traduz-se na aplicação do regime que o Código Civil prevê em matéria de erro na (ou da) formação da vontade.

¹⁴ Sobre a caracterização e relevância do erro como vício da vontade, Mota Pinto, *Ob. cit.*, págs. 504 e segs.

Em todo caso, tendo o Código dos Contratos Públicos acolhido também a doutrina da conservação do negócio jurídico, deve, conseqüentemente, proceder-se nos termos indicados no n.º 3 do artigo 285.º, segundo o qual *“Todos os contratos administrativos são susceptíveis de redução e conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, independentemente do respectivo desvalor jurídico”*.

Sendo possível, na realidade, identificar a parte sobre que incide o erro, deve haver lugar à redução do contrato de empreitada naquela parte, que coincide, precisamente, com a parte em que a formação da vontade da entidade adjudicante não se formou de forma correcta e são.

E contra o que aqui sugerimos não procede um eventual argumento de que a redução do contrato teria sempre de ser equacionada com o facto de saber se a mesma não poderia ter alguma consequência ao nível da ordenação das propostas na fase da selecção.

Como nos parece ser óbvio, esta questão não faz sentido ser colocada nesta sede. Desde logo, por não estar em causa um problema de ordenação de propostas, mas um problema de “extrair” do contrato uma parte viciada. Depois porque é o próprio Código dos Contratos Públicos que admite a redução (e a conversão) do contrato administrativo nos termos gerais e, portanto, com ampla latitude. Por último, aquele mesmo Código admite que entre trabalhos a mais e erros e omissões se perfaça 50% do preço contratual, o que pode ir para além do preço base que foi concursado, não curando no caso de saber se tal circunstância bule com uma eventual ordenação das propostas obtida no concurso que precedeu a celebração do contrato. Conseqüentemente, não faz sentido mobilizar tal argumento nas situações em que, por um erro do projecto, se peca por excesso, isto é, por excesso de medição relativamente à efectiva realidade da obra a executar.

3.4. O locupletamento sem causa, a justiça contratual e o princípio da boa fé

Mesmo que, eventualmente, se entendesse que as razões anteriormente expostas não procederiam, sempre teria de se enfrentar um outro problema.

Já nos referimos ao facto de a Administração, na empreitada por preço global, não dever locupletar-se sem causa e à custa do empreiteiro. Ora, no plano da justiça contratual, também o mesmo princípio deve valer para o empreiteiro. No domínio contratual, o princípio do equilíbrio económico-financeiro do contrato não é unilateral; a equidade e a justiça contratual impõem que seja bilateral. Um contrato, qualquer que seja a sua natureza – civil ou administrativa – assenta estruturalmente na justiça comutativa, no sinalagma do “dou para que me dê”, traduzindo expressivamente o princípio do equilíbrio económico-financeiro do contrato.

Referindo-se a esta dimensão do contrato de empreitada por preço global, mas apenas na perspectiva do empreiteiro, escreve Jorge Andrade da Silva o seguinte: “Porém, tudo isto só em princípio, já que, na realidade, o processo não pode desenvolver-se com uma rigidez total, sob pena de, injustamente, se adular o *equilíbrio económico-financeiro do contrato* e conduzir a um injusto enriquecimento do dono da obra, sem causa e à custa do empreiteiro que, assim, em vez de ser um colaborador da Administração na realização de determinado fim de interesse público, acabaria por ser submetido a um sacrifício superior ao exigido à generalidade dos cidadãos, transformando-o num contribuinte especial relativamente àquele interesse público. (...). Assim, não será justo fazer o empreiteiro suportar as consequências onerosas de erros de concepção e até de medição se estes lhe não forem imputáveis; as flutuações dos preços dos elementos de produção são aleatórios (...) a que o empreiteiro é totalmente alheio (...), e alheio será o empreiteiro à verificação” de outras situações. “Por isso, só em termos relativos se pode afirmar que, na empreitada por preço global, tal preço está desde logo fixado. O preço global não tem, pois, que ser um preço firme, inalterável”¹⁵.

Tudo isto vale do lado do empreiteiro, não valendo, portanto, em relação a ele a rigidez do contrato por preço global. Mas se assim é, então o mesmo deve valer quando a questão for colocada do lado da entidade adjudicante. Se a rigidez da empreitada por preço global não pode funcionar para o empreiteiro, por isso ser exigido por um elementar princípio de justiça contratual, o mesmo princípio deve funcionar quando o problema seja equacionado pelo lado da Administração, isto é, do contraente público. Como é óbvio, o facto de se tratar de um contraente com a qualidade de entidade adjudicante não pode transformar um problema estruturalmente contratual, e, portanto, de natureza bilateral, num problema de uma só parte, no caso do co-contratante, ficcionando que só para este valeria o desvio à rigidez do contrato por preço global, ficando a entidade adjudicante, sucedesse o que sucedesse, eternamente aprisionada ao preço global!

O que se vem dizendo torna-se ainda mais consistente *quando o erro de projecto, concretizado na previsão de medições, de quantidades de trabalhos ou de cálculos se revelem manifestos ou de relativa facilidade de percepção para um empreiteiro médio colocado na concreta ou real posição do empreiteiro contratado*. Na verdade, estando em causa um erro de medição de estruturas físicas existentes na obra a executar, a qualquer empreiteiro minimamente diligente, colocado na real posição do empreiteiro contratado, seria, com a mínima diligência, de acessível detecção; senão ante o projecto, pelo menos quando confrontado, no local da obra, com a real dimensão e configuração do respectivo edifício.

¹⁵ Cfr. Jorge Andrade da Silva, *Ob. cit.*, pág. 55.

A este aspecto está inevitavelmente associado um outro.

Na verdade, a qualquer cidadão que contrata com a Administração deve ser exigido um patamar mínimo de boa fé, quer na fase da formação do contrato, quer sobretudo na fase da sua execução. Esta máxima, como é sabido, não precisaria de estar positivada em norma legal; ela resulta dos princípios gerais do direito, quer no plano civil, quer no plano administrativo. Trata-se da relevância do princípio da boa fé na fase de formação do contrato e na sua execução, a impor uma particular conduta às respectivas partes, no caso ao empreiteiro e ao dono da obra¹⁶.

Se, ante os dados concretos da realidade da obra, um empreiteiro minimamente diligente e pautado pelo espírito de boa fé na execução do contrato, colocado na real posição do contraente, teria percepcionado o erro em que incorreu a entidade adjudicante, “alertando” o dono da obra para o erro de medição do projecto, isto é, para o facto de este – o dono da obra – ter feito uma errada representação da realidade, então é de concluir que o real contraente, ao não proceder de tal modo, não pauta a sua conduta pelo princípio da boa fé na execução dos contratos administrativos.

Nestes termos, a defender-se a tese de que num contrato de empreitada por preço global o dono de obra tem sempre de pagar o preço contratual pode facilmente correr-se o risco de estar a “legitimar” a atribuição de um prémio aos co-contraentes que não pautam a sua conduta segundo o princípio da boa fé.

3.5. A empreitada por preço global e a legalidade financeira

Uma eventual interpretação que defenda que a entidade adjudicante, numa empreitada por preço global, tem sempre de pagar o preço contratual, mesmo naquelas situações que objectivamente não cabem no risco normal do contrato, como é o caso em que aquela faz uma errada representação da realidade, designadamente quando prevê a realização de trabalhos que, a qualquer empreiteiro medianamente diligente, se apresentem como desnecessários à execução da obra, tem de confrontar-se com um *sério problema de legalidade financeira*, pois um agente administrativo que injustificadamente ordene o pagamento de trabalhos que em nada beneficiam o interesse público, antes onerando o erário público, terá sempre ante si um possível *problema da responsabilidade financeira* em sede de reintegração do património financeiro público por despesa ilegalmente realizada. Assim sucederá quando o projecto for da autoria da própria entidade adjudicante, isto é, quando o projecto for concebido nos seus próprios serviços. Mas não deixará de

¹⁶ Sobre a relevância do princípio da boa fé no domínio contratual, António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 1997.

ser assim mesmo naquelas situações em que encomende a respectiva concepção “fora de portas”, desde logo se o erro tiver resultado dos elementos que forneceu à equipa de projectistas.

3.6. Ainda os dados do Código dos Contratos Públicos

Por último, e apoiando o que vimos dizendo, é o próprio Código dos Contratos Públicos que, no artigo 97.º, n.º 1, dá a noção de preço justo, *ao definir o preço contratual*, como aquele que a entidade adjudicante tem de pagar à proposta adjudicada *pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato*.

Note-se que o Código não fala (apenas) em prestações objecto do contrato; *fala* expressa e inequivocamente *na execução de todas as prestações*, isto é, na execução de todas as prestações previstas no contrato. Redacção que, pela sua clareza e imperatividade, tem forçosamente de excluir pelo menos as prestações que, de forma originária ou superveniente, se tornaram impossíveis de executar, seja por erro do projecto, seja por outra circunstância juridicamente relevante. Com tal redacção, o Código dos Contratos Públicos não pretende, naturalmente, eliminar o já mencionado risco contratual, que é inerente à generalidade dos contratos, especialmente daqueles que, por regra, assumem alguma complexidade e um risco de investimento. É o que sucede, como vimos, com o contrato de empreitada por preço global. Mas seguramente, a disposição citada do Código dos Contratos Públicos já não abrangerá aquelas situações em que o dono da obra, por evidente erro do seu projecto, prevê uma medição de obra a executar que excede visivelmente a obra real.

Ora, em situações como esta, que, claramente, não cabem no risco próprio ou normal do contrato, será legítimo defender que a entidade adjudicante, mesmo assim, tenha de pagar o preço contratual ao empreiteiro só porque se parte da lógica geométrica e formal de que estamos ante uma empreitada por preço global, sendo que o Código dos Contratos Públicos até impõe à entidade adjudicante que *apenas pague a execução* das prestações contratuais?

Por último, como nos parece óbvio, contra o que se vem dizendo, não vale o argumento de que no regime de erros e omissões previsto no Código o empreiteiro, quando lhe seja imputável, também é responsável, cujo montante da responsabilidade pode variar entre 50% e 100%. Então, por contraposição, num contrato de empreitada por preço global, também deveria ser pago por todo preço contratual, mesmo naquelas situações em que existe tecnicamente um erro-vício na formação do contrato, por inexacta representação da realidade, podendo, conseqüentemente, receber mais 20%, 30%, 40%, 50% ou, levan-

do a lógica formal ao cúmulo, até em mais 100%, ou seja, receber todo o preço contratual sem executar qualquer obra!

Conclusão final

Quando, por erro de projecto, a entidade adjudicante fizer uma errada representação da realidade da obra executar, originada por um excesso de medição relativamente à obra que efectivamente deve ser executada, estamos ante uma *situação de patologia ou de anormalidade contratual*, que cai fora dos riscos próprios do contrato, sendo, consequentemente, ilegítimo defender que o empreiteiro mesmo assim deve ser pago pelo preço contratual quando a empreitada for por preço global. O empreiteiro só deve ser prejudicado pelo risco que assume quando este for próprio ou normal ao contrato que celebra; de igual modo só deve beneficiar dele em iguais circunstâncias, e não quando ocorram situações de anomalia ou patologia contratual, *maxime* quando elas são originárias, traduzindo-se tecnicamente num “erro contratual” por representação inexacta da realidade. Quando assim suceda, o Código dos Contratos Públicos impõe a aplicação do regime civil, o que, em termos práticos, obriga a uma redução (parcial) do contrato, desde que a natureza deste não se oponha a tal redução. Num contrato de empreitada por preço global, tendo havido por parte da entidade adjudicante, na fase do projecto, uma representação inexacta, por excesso, da realidade da obra a executar, e não se opondo a natureza do contrato ao mecanismo da redução, deve, consequentemente, proceder-se nos termos do regime que aquele Código prevê para tais situações, ou seja, que se proceda à redução do contrato nos termos do Código Civil. Naturalmente que o facto de o contrato de empreitadas de obras públicas poder assumir, quanto ao modo de pagamento do empreiteiro, a modalidade de empreitada por preço global não constitui argumento válido que obste à realização daquela operação metódica. □

O instituto da convalidação da tutela cautelar em tutela final urgente consagrado no artigo 121.º do CPTA

Marlene Sennewald

Introdução

A reforma da justiça administrativa operada em 2002, por via da aprovação do novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) e do novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)¹, veio trazer grandes inovações, quer ao nível da organização e funcionamento dos tribunais administrativos e fiscais, quer ao nível do regime processual².

No que se refere ao plano processual, a reforma procurou, na esteira do ditado pelo direito comunitário, dar cumprimento ao direito fundamental a uma tutela jurisdicional efectiva³, consagrado na Constituição da República Portuguesa, no artigo 20.º, n.ºs 4 e 5, bem como, no que respeita ao plano do contencioso administrativo, no artigo 268.º, nos 4 e 5, nomeadamente, no sentido de assegurar o direito ao processo efectivo e temporalmente

¹ Operadas, respectivamente, pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro e pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

² Vide MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Considerações sobre o novo regime do contencioso administrativo” in *Colóquio A Reforma da Justiça Administrativa*, Coimbra, Almedina, 2005, pgs. 11 e ss..

³ Nesta senda, escreve Paulo Gouveia que esta Reforma representa “o início de uma revolução jurídica e política, em direcção à Justiça, à legalidade efectiva e à civilização”. Cfr. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, “As realidades da nova tutela cautelar administrativa” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 55 (Jan/Fev), 2006, pg. 3. Por sua vez, Isabel Fonseca fala de uma *europeização* do direito processual administrativo da urgência. Com efeito, o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva do qual decorre o direito ao processo efectivo e temporalmente justo está consagrado no *ius commune* europeu, estando presente no direito processual administrativo europeu, entendendo o TEDH e o TJ que daqueles direitos decorre para os cidadãos “o direito a obterem a decisão de urgência, cautelar ou de mérito, conservatória ou de intimação para prestação, que se mostre adequada para realizar a defesa de direitos subjectivos que lhes são atribuídos pelo direito europeu”. Cfr.: ISABEL FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pg. 1036.

justo⁴, através da criação de novos meios processuais e uma dinamização profunda dos meios existentes, com um evidente reforço dos poderes dos tribunais administrativos, nos vários planos de tutela: declarativa, executiva e cautelar.

É, porventura, no plano da tutela cautelar que a reforma se fez sentir mais profundamente, dada a imensa amplitude que foi conferida à mesma. Todavia, o legislador não se que- dou pela consagração de meios de tutela urgente de carácter provisório e instrumental, procedendo, ainda, à consagração de processos urgentes autónomos que visam dar res- posta a situações que requerem uma resolução judicial definitiva célere, quase de nature- za instantânea⁵.

Estes processos principais urgentes encontram-se previstos na lei de forma taxativa, são eles: (i) o contencioso eleitoral; (ii) o contencioso pré-contratual; (iii) a intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões e; (iv) a inti- mação para protecção de direitos, liberdades e garantias. Contudo, em concomitância, o legislador criou uma “válvula de escape” para que outras situações dotadas de pontual urgência pudessem ser tratadas de forma adequada e se alcançasse, igualmente quanto a elas, uma tutela jurisdicional efectiva. É neste sentido que foi introduzido o artigo 121.º no CPTA, o qual permite que, verificados determinados requisitos, haja uma convoção da tutela cautelar em tutela final urgente. Esta possibilidade encontra-se igualmente con- sagrada no artigo 132.º, n.º 7, que possibilita ao juiz, no âmbito de um processo cautelar relativo a um procedimento de formação de um contrato, considerar, logo nesse proces- so, demonstrada a ilegalidade de especificações contidas nos documentos do concurso invocada como fundamento do processo principal e, assim, decidir sobre o mérito da cau- sa, determinando imediatamente a sua correcção, de acordo com o disposto no artigo 121.º do mesmo diploma⁶.

⁴ Na definição de Isabel Fonseca, este direito significa que “a duração do processo não pode pôr em causa a efectividade da tutela jurisdicional, mormente quando o pleno exercício do poder jurisdicional depende ou está condicionado à actuação na *dimensão-do-tempo-presente*”. Cfr. ISABEL FONSECA, cit., pg. 1036.

⁵ FERNANDA MAÇÃS, “As formas de tutela urgente previstas no código de processo nos tribunais adminis- trativos” in *Colóquio “A Reforma da Justiça Administrativa”*, Coimbra, Almedina, 2005, pg. 210.

⁶ Estes casos de convoção diferenciam-se, no entanto, quanto aos seus pressupostos, bem como, quanto aos seus fundamentos. Efectivamente, no âmbito da antecipação da decisão principal constante do artigo 121.º assume relevo principal o fundamento da tutela jurisdicional efectiva dos direitos das pessoas, enquanto o fundamento principal da antecipação constante do artigo 132.º, n.º 7 constitui o princípio da economia processual. No que respeita ao artigo 132.º, n.º 7, este facto está bem patente nas seguintes palavras de Dora Lucas Neto: “Na verdade, considerando que se tratam de concursos públicos, cuja matéria de facto subjacente aos autos se desenrola num espaço de tempo curto, face à duração provável da acção principal, será do interesse de todas as partes que a situação esteja definitiva antes de o procedimento em causa terminar”. Cfr. DORA LUCAS NETO, “Notas sobre a antecipação do juízo sobre a causa principal” in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, www.fd.uc.pt/cedipre, pg. 63.

1. A apresentação do instituto da convalidação da tutela urgente em tutela final definitiva

Como vimos, ao consagrar a possibilidade de antecipação do juízo sobre a questão de mérito no processo cautelar, o legislador propõe uma solução equilibrada para situações atípicas de urgência, na medida em que consagrou, no capítulo I do CPTA, quatro tipos de processos urgentes principais nominados, permitindo, todavia, que outras situações não enquadráveis num dos pedidos da tutela urgente, mas dotadas de manifesta urgência dadas as circunstâncias concretas do caso e que, assim, requeiram também uma decisão rápida sobre a questão de fundo, possam receber também um tratamento especial de urgência⁷.

Visa-se, deste modo, garantir, por um lado, que não haja demasiadas situações de urgência processual – pois “se tudo é urgente, nada é urgente”⁸ – e, por outro lado, que tal limitação não comprometa a tutela jurisdicional efectiva em casos pontuais de urgência, constituindo o mecanismo consagrado no artigo 121.º como que uma “válvula de escape” para essas situações concretas e inominadas de urgência.

Neste sentido, é possível averiguar a existência de um certo paralelismo de natureza e sentido entre os processos principais urgentes e o artigo 121.º, dado que, nuns e noutro, se encontra subjacente a intenção de conceder uma solução de mérito de carácter urgente a casos que, pela sua natureza, requerem uma tal solução. Deste modo, é compreensível que encontremos também paralelismos quanto ao seu regime, sobretudo entre o

⁷ Vieira de Andrade fala aqui na abertura do sistema para a criação *ad hoc* de novos processos urgentes. Cfr.: CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 10.ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2009, pg. 255. Neste sentido, o artigo 121.º constitui, em concomitância, a expressão do reconhecimento, por parte do legislador, da sua limitação ou impossibilidade de previsão de todas as situações típicas de urgência, nas palavras de Isabel Fonseca: “a impossibilidade de o *sujeito-legislativo* tipificar à partida o tipo de *pretensões-jurídicas-de-urgência* a tutelar prioritariamente prende-se com a incapacidade de previsão do perigo de dano ou da ameaça de prejuízo para um direito”. Cfr.: ISABEL FONSECA, cit., pg. 1033. Ao mesmo tempo, note-se que, conforme aponta Isabel Fonseca “a atipicidade de tais *pretensões-jurídicas-urgentes* acentua-se numa sociedade de risco, mormente quando se entra numa *terceira fase da sua história* e o risco se assume com um outro rosto e a uma outra escala, contornando os tradicionais instrumentos de prevenção. Nesta fase, o *sujeito-jurisdicional-de-urgência* tem, pois, um papel relevantíssimo na interpretação das normas de acordo com o princípio da prevenção e da precaução e na aplicação do direito, devendo poder servir-se de novos instrumentos e técnicas. E o legislador tem, pois, de seguir um novo tópico: o tempo justo ou *la durée* justa dos procedimentos e do processo em ordem a proteger efectivamente as *pretensões-jurídicas* que só existem na *dimensão-do-presente* – dimensão que pode ser mais ou menos curta, conforme o tempo que demora a configurar-se a produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal ou conforme o tempo que demora a constituir-se uma situação de facto consumado. É dessa dimensão do tempo que depende a efectividade processual”. Cfr.: ISABEL FONSECA, cit., pgs.1033-1034.

⁸ VIERA DE ANDRADE, cit., pgs. 255-256.

artigo 121.º e os artigos 109.º e 110.º, respeitantes aos processos urgentes para a protecção de direitos, liberdades e garantias⁹.

Portanto, o artigo 121.º do CPTA prevê a possibilidade de, em situações de manifesta urgência, o juiz decidir a questão de mérito no seio de um processo cautelar, desde que verificados determinados pressupostos substantivos e processuais. Significa isto que, pelo accionamento deste instituto, sucede uma antecipação do juízo principal no processo cautelar, e, portanto, uma convolução da tutela cautelar em tutela urgente definitiva¹⁰.

Daqui decorre, por um lado, que o juízo de mérito sobre a causa principal é proferido no âmbito do processo cautelar, operando-se uma verdadeira transformação da decisão cautelar em decisão principal, e não uma prolação antecipada da decisão principal, no processo principal, com prejuízo da decisão cautelar¹¹. Subsequentemente, e por outro lado,

⁹ Neste sentido escreve Isabel Fonseca que “não obstante possuírem âmbitos distintos, sendo, por isso, que um exclui o outro, os dois processos realizam uma função idêntica, que é antecipar a decisão de mérito que versará sobre uma *pretensão-urgente-especial*, por não ser suficiente a decretação de uma providência cautelar, sendo que nos dois casos, não obstante ter sido realizada uma instrução sumária, o julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito é exactamente igual, não diferindo em nada de outro qualquer julgamento”. Cfr.: ISABEL FONSECA, cit., pgs. 1025-1026. Refira-se que, para além deste paralelismo, há Autores que apontam igualmente o paralelismo do instituto da convolução da tutela cautelar em tutela final urgente com a prolação da decisão de mérito no âmbito do despacho saneador, nos termos do artigo 87, n.º 1, al. b), do CPTA. Porém, enquanto o primeiro se caracteriza por uma convolução do tipo de tutela inicialmente requerida (convolução de tutela cautelar em tutela final urgente), no âmbito de um saneador-sentença, estamos perante uma convolução de fases de um mesmo processo (fase do saneamento do processo em fase final de julgamento).

¹⁰ A este respeito, frequentemente se lê que por esta via opera uma convolução do processo cautelar em processo principal urgente. *Vide* a título de exemplo, DORA LUCAS NETO, cit., pp. 57-58, E, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA E CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2007, pg. 717 e PAULO GOUVEIA, cit., pg. 11. No entanto, dado que o artigo 121.º do CPTA fala de uma mera antecipação do juízo principal no âmbito do processo cautelar, consideramos que, em bom rigor, o que sucede é uma mera convolução da tutela cautelar em tutela principal urgente, ou seja, no que respeita ao processo propriamente dito, não sucede nenhuma convolução, pelo que o processo em causa continua a ser um processo meramente cautelar, possuindo as características dos processos cautelares. Esta diferença terminológica e, portanto, o entendimento de uma convolução somente do tipo de tutela e não do tipo de processo em causa parece estar presente no Ac. do TCA Norte, de 18.06.2009, proferido no âmbito do processo n.º 01313/08.9BEBRG, onde se lê: “Trata-se duma situação de convolução da tutela cautelar em tutela final urgente que se concretiza na antecipação da decisão final a qual é emitida ainda no âmbito da providência cautelar sem perder o carácter urgente e que está sujeita a condições legais rigorosas (...)”, *in* www.dgsi.pt.

¹¹ É o que resulta, nomeadamente, do Ac. do TCA Norte, proferido em 26.07.2007, no âmbito do Proc. 03160/06.3 BEPRT *in* www.dgsi.pt. Este Ac. esclarece além disso que, em termos consequentes, não faz qualquer sentido alegar, nestes casos, a violação do princípio do juiz natural ou legal, pois é a lei que determina que é o juiz do processo cautelar que profere a decisão da causa principal, no âmbito do processo cautelar – o que, aliás, carecia de qualquer fundamento, quer teórico, quer prático. A acção administrativa especial de anulação de acto administrativo em causa tinha sido intentada durante a pendência do processo cautelar, tendo este último sido apensado àquela, tal como o determina a lei (artigo 113.º, n.º 3). Por conseguinte, a decisão sobre a questão principal foi proferida em sede de processo cautelar, de acordo com o disposto no artigo 121.º, n.º 1 do CPTA, tendo, portanto, sido proferida pelo julgador titular de ambos os processos. Desta forma, e como ordena a lei, a decisão de mérito foi proferida pelo julgador que, de acordo

em consequência da antecipação do juízo sobre a causa principal no seio do processo cautelar – o processo principal do qual o processo cautelar era instrumental – deixa de ter qualquer utilidade e extingue-se, por utilidade superveniente da lide, em virtude do efeito operado pela força de caso julgado material da decisão de mérito proferida no âmbito do processo cautelar¹².

2. Os requisitos do artigo 121.º

A possibilidade de antecipar o juízo da causa principal no seio do processo cautelar depende da verificação de três requisitos cumulativos, um de natureza substantiva e dois de natureza processual, a enumerar: (a) a manifesta urgência na resolução definitiva do caso; (b) o tribunal dispor de todos os elementos necessários para o efeito e (c) a audição das partes.

a) A manifesta urgência na resolução definitiva do caso

Em primeiro lugar, a lei exige que haja *manifesta urgência na resolução definitiva do caso*, a qual é aferida atendendo à natureza das questões, por um lado, e à gravidade dos interesses envolvidos, por outro, e deverá permitir concluir que a situação em causa não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar¹³.

A natureza das questões terá aqui, normalmente, a ver com o seu especial nexo ao factor tempo e com os efeitos irreversíveis da tutela apropriada. Ou seja, entende-se facilmente que uma questão carece de uma decisão definitiva urgente quando se verificam dois factos: quando, por um lado, haja um prazo temporal durante o qual o exercício do direito

com as regras aplicáveis, deveria intervir no caso concreto e não por julgador designado de forma arbitrária ou ilegal. Portanto, não só foram estritamente cumpridas as regras legais a que apela o princípio do juiz natural ou legal como ainda o juiz que proferiu a decisão de mérito por força dos mecanismos de antecipação do artigo 121.º era exactamente o mesmo juiz que teria decidido essa mesma questão no caso de não se ter procedido àquela antecipação.

¹² Todavia, é preciso estabelecer a ressalva para aqueles casos em que o *thema decidendum* da providência cautelar requerida não esgota o *thema decidendum* da causa principal. Nesses casos, e na medida em que as pretensões jurídicas em causa sejam distintas ou divisíveis, a acção principal prosseguirá necessariamente os seus termos quanto à pretensão que não contende com a decisão de mérito proferida no âmbito do processo cautelar à luz do artigo 121.º do CPTA. Isto porque, a inutilidade superveniente da lide que se referiu apenas opera *na medida da força do caso julgado material daquela decisão*.

¹³ Dora Lucas Neto divide este requisito substantivo em dois, diferenciando o requisito (1) da manifesta urgência na resolução definitiva do caso do requisito de (2) a situação em presença não se compadecer com a adopção de uma simples providência cautelar (Cfr. DORA LUCAS NETO, cit., pg. 55). Entendemos, no entanto, que se trata de apenas um requisito substantivo, na medida em que este segundo aspecto constitui um mero critério para se aferir a manifesta urgência na resolução definitiva do caso. Isto é, se o caso revela manifesta urgência em ser resolvido de forma definitiva, é, precisamente, porque a situação em causa não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar.

em causa poderá produzir efeitos úteis e após o qual se torna, conseqüentemente, inútil qualquer pretensão de tutela; e quando, por outro lado, estiver em causa uma questão que exija uma tutela que, pelas suas características, uma vez concedida, produza efeitos irreversíveis.

Só verificados ambos os pressupostos se torna evidente que estamos em face de uma *situação-de-urgência*¹⁴, que não se compadece com uma solução cautelar, marcada pelas características de provisoriedade e instrumentalidade e que, por esse motivo, é apenas concedida quando se verifique o requisito da sua reversibilidade¹⁵.

A referência à gravidade dos interesses envolvidos aponta para o facto de dever estar em causa um direito ou interesse legalmente protegido que tenha um determinado grau de importância e que, por isso, mereça uma tutela especial¹⁶. Esclareça-se que, porém, não se tratará, pelo menos directamente, de um direito, liberdade ou garantia, visto que esses já estão concretamente protegidos de forma expressa pelo processo urgente de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, consagrado nos artigos 109.º e 110.º. Assim, os interesses envolvidos terão a ver com outros direitos e valores importantes, podendo-se apontar como “universo natural” aqueles que são enunciados no artigo 9.º, n.º 2 do CPTA, nomeadamente, a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordena-

¹⁴ Terminologia utilizada por Isabel Fonseca, a qual escreve: “A *situação-de-urgência* pressupõe o perigo de dano com relevância jurídica, falando-se de irreparabilidade, de irreversibilidade ou de prejuízos graves e irreparáveis, sendo certo que o dano é relevante se for adequado a causar a perda da efectividade da decisão a proferir no processo ou se for adequado a causar a perda da efectividade do próprio processo. De qualquer modo, a *situação-de-urgência* pressupõe a existência de uma pretensão jurídica ameaçada de lesão, num quadro temporal imediato ou muito próximo, sendo que a actuação jurisdicional que necessariamente se requer para obstar à consumação da ameaça deve concretizar-se necessariamente num quadro temporal curto, sob pena de perda de efectividade do processo ou sob pena de perda da efectividade da decisão jurisdicional que vier posteriormente a ser proferida no processo. A urgência condiciona directa e indirectamente a efectividade processual”. Cfr.: ISABEL FONSECA, cit., pg. 1033.

¹⁵ Neste sentido, Vieira de Andrade sublinha que só se pode proceder a uma antecipação do juízo sobre a causa principal tendo em conta o carácter (provisório e instrumental) da providência cautelar. Cf.: JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Meios urgentes e tutela cautelar” in ***A nova justiça administrativa: trabalhos e conclusões do Seminário comemorativo do 1º ano de vigência da Reforma do Contencioso Administrativo / [org.] Centro de Estudos Judiciários***, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pg. 115.

¹⁶ De acordo com Isabel Fonseca, para efeitos deste critério deve atender-se “por um lado, à intensidade do dano ou da lesão a que os interesses públicos e privados em presença ficam expostos com a não antecipação da decisão para a causa principal, por a tutela desses interesses não se compadecer com uma simples providência cautelar, e, por outro lado, numa lógica de repartição de riscos, deve atender-se à seriedade, ou ao grande significado e ao valor dos interesses em presença, em termos que o tribunal deve ponderar se o dano que eventualmente decorrerá para o interesse público da decisão de antecipação da causa é superior ao dano que resultará da não antecipação. A natureza dificilmente reparável dos bens e valores subjacentes aos interesses envolvidos é um factor importante a ter em conta na consideração daquilo que é a urgência (que tem de ser ostensiva) na resolução definitiva da questão de facto e de direito que fundamenta o processo sumário”. Cfr.: ISABEL FONSECA, cit. Pg. 917.

mento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais.

Como já foi referido, a inadequação de uma providência cautelar derivará dos limites resultantes da natureza provisória de tais providências, os quais obstam à concessão de uma providência que seja apta a evitar uma situação irreversível. Neste sentido se torna igualmente evidente que, conforme escreve Dora Lucas Neto, o campo privilegiado de aplicação do instituto da convolução da tutela cautelar em tutela final urgente são os processos relativos a providências cautelares de natureza antecipatória¹⁷.

O juízo substantivo sobre a manifesta urgência na resolução definitiva do caso impõe significativa cautela por parte do julgador. A doutrina e a jurisprudência referem-se aqui, por isso, a uma *urgência qualificada*, apontando para o facto de só excepcionalmente dever haver uma antecipação da decisão da causa principal.

Certos Autores apontam-nos para algumas situações típicas em que o requisito substancial da manifesta urgência na resolução definitiva se pode verificar. Assim, Carlos Cadilha e Aroso de Almeida indicam os casos em que, no caso concreto, falte a verificação de um requisito para a atribuição de uma providência cautelar, exemplificando com o caso de estarem verificados os pressupostos da alínea b) e c) do artigo 120.º, n.º 1, mas, no entanto, a tutela dever ser recusada porque a sua adopção teria custos desproporcionais (artigo 120.º, n.º 2)¹⁸. Por sua vez, Fernanda Maçãs refere as situações em que, estando em causa um direito, liberdade ou garantia, apenas supervenientemente à propositura de um processo cautelar, devido a uma alteração do estado de facto, se encontrarem verificados os pressupostos do artigo 109.º do CPTA¹⁹. Por fim, Dora Lucas Neto aponta os casos em que a situação se articula com os actos inseridos num procedimento concursal e quando esteja em causa a situação profissional das partes²⁰.

b) Constarem do processo todos os elementos necessários

Em segundo lugar, o tribunal deve sentir-se em condições de decidir a questão de fundo, por constarem do processo todos os elementos necessários para o efeito.

Para expressar o sentido deste requisito processual, a doutrina alemã emprega o conceito de *Spruchreife*, o qual exprime a ideia de a matéria estar madura para a decisão.²¹

¹⁷ DORA LUCAS NETO, cit, pg. 60.

¹⁸ CARLOS CADILHA e AROSO DE ALMEIDA, cit., pg. 718.

¹⁹ FERNANDA MAÇÃS, cit., pgs. 229-230.

²⁰ DORA LUCAS NETO, cit., pg. 58.

²¹ *Apud* AROSO DE ALMEIDA, cit., pg. 315.

Compreende-se que seja muito difícil constatar-se a verificação deste requisito antes de a acção principal – da qual o processo cautelar instaurado depende – estar proposta. Isto porque apenas nesse momento é possível aferir se as partes trouxeram ao processo principal outros elementos relevantes para a decisão da questão de mérito, para além daqueles que já constam do processo cautelar.

c) A audição das partes

Em terceiro e último lugar, o legislador determina que *sejam ouvidas as partes pelo tribunal no prazo de 10 dias*. Desta forma, o juiz deve ouvir as eventuais objecções que as partes formulem acerca da verificação dos dois requisitos anteriormente apontados, ou seja, sobre a verificação de uma situação de manifesta urgência na decisão definitiva do caso e sobre a existência, no processo, de todos os elementos necessários para uma decisão sobre a questão de mérito da causa.

Geralmente, este requisito ou não é, sequer, referido expressamente, ou aparece desprovido de autonomia relativamente ao requisito processual da existência, no processo, de todos os elementos necessários para a decisão de mérito²². Entendemos, porém, que é relevante que este requisito seja referido expressamente e de forma autónoma. Desde logo, deve ser referido expressamente, dada a sua importância – dá cumprimento ao princípio do contraditório nesta fase do processo. E deve ser autonomizado, por duas ordens de razões: (i) porque se distingue, claramente, do requisito processual da existência, no processo, de todos os elementos necessários à decisão da questão de fundo, dado que, uma coisa é o juiz estar na posse de todos os elementos necessários à decisão da questão de mérito, outra coisa é o seu dever legal de ouvir as partes; (ii) porque só através da sua autonomização é possível a sua correcta compreensão, tornando mais claro que as partes podem apresentar objecções quanto à verificação de ambos os demais requisitos e não só relativamente à manifesta urgência na resolução definitiva do caso. Por fim, acresce ainda que, como iremos ver, a decisão de antecipar a decisão de mérito no processo cautelar pode ser objecto de impugnação, podendo a falta de audiência dos interessados constituir um fundamento autónomo dessa impugnação. Ora, isto apenas se

²² Compreende-se o motivo pelo qual isto sucede. O artigo 121.º constitui uma novidade criada pela reforma do processo administrativo e os dois requisitos que caracterizam profundamente este instituto são, de facto, o requisito da manifesta urgência na decisão definitiva do caso, por um lado, e o requisito da existência, no processo, de todos os elementos necessários a decisão da questão de mérito, por outro. O requisito da audiência das partes, por sua vez, enquanto cumprimento do princípio do contraditório, constitui um mero passo da tramitação do processo, que não levanta quaisquer problemas teóricos e cujo cumprimento é de fácil verificação. Deste modo, é natural que a atenção da doutrina e também da jurisprudência caia especialmente sobre os primeiros dois requisitos, visto darem mais azo a discussão doutrinal e fundamentação jurisprudencial.

compreende se concebermos essa audiência enquanto requisito autónomo do mecanismo de antecipação da decisão de mérito no processo cautelar.

3. A iniciativa

A antecipação do juízo de mérito no processo cautelar pode ser promovida por iniciativa oficiosa do tribunal ou suscitada pelas partes. É esta a solução que melhor se coaduna com os fundamentos do instituto em causa e é esta a solução praticada pelos tribunais, visto que, em termos legais, nada obsta à mesma.

Porém, e como aponta a doutrina, no caso de a iniciativa ser da parte, a eventual pronúncia expressa do tribunal no sentido de não proceder à convolação não é passível de recurso.²³ É a solução mais fiel à letra da lei, visto que o n.º 2 do artigo 121.º apenas refere que “a decisão de antecipar o juízo sobre a causa principal é passível de impugnação (...)”, ficando de fora, portanto, a decisão de *não* antecipar o juízo sobre a causa principal, não sendo esta susceptível de recurso. Além disso, esta solução está em consonância com a natureza excepcional do mecanismo em causa²⁴.

Deste modo, torna-se visível que a decisão de antecipar o juízo de mérito sobre a causa principal constitui sempre, e em última análise, uma decisão do juiz e, portanto, apesar de constituir um instituto legal que está ao serviço da tutela efectiva das partes da causa, o accionamento deste mecanismo não está na sua disponibilidade²⁵.

4. A impugnação da decisão de antecipação da decisão principal

a) A admissibilidade expressa

O n.º 2 do artigo 121.º prevê, expressamente, a possibilidade de impugnação da decisão de antecipar o juízo sobre a causa principal.

²³ CARLOS CADILHA e AROSO DE ALMEIDA, cit., pg. 717.

²⁴ Este entendimento é consensual igualmente na jurisprudência. Vide, a título de exemplo, o Ac. do TCA Sul, proferido em 31.03.2005 no âmbito do processo 00634/05, in www.dgsi.pt: “De acordo com o previsto no artigo 121º nº 1 do CPTA, para que o tribunal lance mão deste mecanismo necessário se torna que, em seu critério, seja manifesta a urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos, levando-o a antecipar juízo sobre a causa principal, não bastando para isso que as partes o requeiram”.

²⁵ Desta forma se torna igualmente visível que, conforme escreve Isabel Fonseca, “a realização da tutela judicial das *pretenções-de-urgência* é vulgarmente realizada por um juiz detentor de amplos poderes, um *sujeito-jurisdicional-de-urgência* que é um verdadeiro administrador da justiça, quer do ponto de vista da gestão procedimental do processo, quer do ponto de vista dos poderes de pronúncia”. Cfr.: ISABEL FONSECA, cit., pgs. 1056-1057.

Em primeiro lugar, e como já foi referido, há que sublinhar que apenas é passível de recurso a decisão de antecipar o juízo positivo sobre a causa principal e não o juízo negativo no sentido de não o fazer, no caso de este mecanismo ter sido requerido por uma das partes.

O artigo 121.º, n.º 2, estabelece, além disso, que essa impugnação decorre nos termos gerais. Deste modo, o critério a seguir é o critério geral constante do artigo 142.º, n.º 1, ou seja, o do valor da causa. Ora, estando o processo cautelar dependente do processo principal e, conduzindo a antecipação do juízo sobre a causa principal à resolução definitiva do caso, questiona-se, então, qual é o valor que deve relevar para efeitos da impugnação da decisão da antecipação da decisão sobre a causa principal – o valor do processo cautelar ou o valor do processo principal? Responde a doutrina²⁶ e a jurisprudência que, em caso de esses valores não serem idênticos, se deve atender ao valor do processo principal. Só assim se garante que não haja qualquer encurtamento das garantias dos interessados.

A fundamentação da impugnação deverá consistir, como é natural, na alegação da não verificação dos pressupostos exigidos pelo artigo 121.º para a antecipação do juízo sobre a questão principal. Consequentemente, o tribunal *ad quem* poderá, caso dê provimento ao recurso, revogar a decisão de antecipação do juízo da causa principal e ordenar que o processo cautelar prossiga os seus termos normais, *id est*, que seja apreciada apenas a providência cautelar requerida.

É importante não confundir a impugnação da decisão de antecipação do juízo sobre a causa principal com a impugnação da decisão sobre a questão de mérito propriamente dita, a qual é recorrível nos termos gerais²⁷. Portanto, sempre que haja antecipação do juízo sobre a questão de mérito, a parte vencida poderá recorrer ou da decisão de antecipação dessa decisão ou do mérito dessa decisão final ou de ambas conjuntamente. Porém, note-se que, se for apenas impugnada a decisão de mérito, esta impugnação poderá abranger, ainda assim, a verificação de pelo menos um dos pressupostos da antecipação do juízo sobre a questão principal. Vejamos porquê.

Quando está em causa o mérito da questão, o tribunal de recurso tem plenos poderes de cognição podendo, inclusive, censurar a decisão recorrida por insuficiência dos elementos de facto que hajam sido recolhidos (artigo 712.º, n.º 3 e 4 e artigo 729.º, n.º 3 do Código de Processo Civil), abarcando, assim, a verificação do requisito processual da existência, no processo cautelar, de todos os elementos necessários à antecipação do juízo de mérito.

²⁶ Vide CARLOS CADILHA e AROSO DE ALMEIDA, cit., pg. 719.

²⁷ Com base em erro de facto, erro de direito ou contradição ou insuficiência da matéria de facto para decidir o direito.

to, nos termos do artigo 121.º. Desta forma, uma impugnação da decisão de mérito pode conduzir à inutilização da antecipação da decisão principal sem que esta antecipação tenha sido directamente impugnada à luz do artigo 121.º, n.º 2 do CPTA²⁸.

b) Os efeitos do recurso: efeito suspensivo ou efeito meramente devolutivo?

Uma outra questão a tratar, a respeito da impugnação da decisão de antecipar o juízo de mérito sobre a causa no âmbito do processo cautelar, é a questão dos efeitos a atribuir a essa impugnação.

De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 143.º, a regra geral é a de que os recursos têm efeito suspensivo. Por sua vez, a lei determina que os recursos interpostos de decisões respeitantes à adopção de providências cautelares têm efeito meramente devolutivo (artigo 143.º, n.º 2, *in fine*). Neste sentido, se considerarmos que o recurso da decisão de antecipar o julgamento da causa não constitui uma decisão respeitante à adopção de providências cautelares, o seu efeito teria que ser, de acordo com a regra geral, suspensivo.

A atribuição de mero efeito suspensivo ao recurso acarretaria, contudo, consequências injustas, na medida em que o interessado ficaria sem a providência e, ao mesmo tempo, sem uma decisão final que produza efeitos imediatos. Essa injustiça é tanto maior nos casos em que o interessado intenta um processo cautelar no âmbito do qual o juiz, oficiosamente, decreta a antecipação do juízo sobre a causa principal não obstante essa parte ter manifestado a sua oposição (já que, como fora referido, o juiz tem o dever de ouvir as partes sem, todavia, ficar vinculado a uma eventual oposição destas). Deste modo, poderia suceder que, requerida uma providência cautelar, caracterizada pela sua natureza urgente, no final, o requerente, contra a sua própria vontade, ficasse sem qualquer tutela imediata.

Pelas razões apontadas e tendo em conta o tão decisivo aspecto temporal deste tipo de processos, a doutrina, bem como a jurisprudência, defendem uma interpretação extensiva do n.º 2 do artigo 143.º, de modo a abranger também as decisões de antecipar o juízo da causa principal no âmbito de um processo cautelar. Esta interpretação extensiva justifica-se pelo facto de se tratar de uma decisão que é tomada num processo cautelar e que vem pôr termo a esse processo, decidindo o mérito da causa em substituição do decretamento da providência cautelar requerida²⁹. Consequentemente, e nas palavras de Aro-

²⁸ Subscrevemos, quanto a este assunto, plenamente Aroso de Almeida e Carlos Cadilha. Cf.: CARLOS CADILHA e AROSO DE ALMEIDA, cit., pg. 721.

²⁹ Escreve Paulo Gouveia que “a não ser assim (...), o CPTA, com este art. 121.º, estaria a dar com uma mão o que o art. 143.º, n.º 1 retiraria com a outra”. Cfr. PAULO GOUVEIA, cit., pg. 11.

so de Almeida, “essa decisão não pode deixar de ser qualificada como uma decisão respeitante à adopção de providências cautelares”³⁰.

Igual raciocínio é aplicado, pela doutrina, ao prazo de interposição, bem como à tramitação, da impugnação da decisão proferida nos termos do artigo 121.º, n.º 1, defendendo-se igualmente a interpretação extensiva do artigo 147.º, n.º 1.

5. O(s) fundamento(s) da antecipação da decisão principal

A antecipação do juízo sobre o mérito da causa em sede de um processo cautelar tem como principal fundamento o *princípio da tutela jurisdicional efectiva* dos titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, tendo em vista assegurar o direito ao processo efectivo e temporalmente justo.

Tal fundamento decorre expressamente do artigo 121.º, na medida em que refere a necessidade de haver “manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos” que “permita concluir que a situação não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar”. Deste modo, a antecipação do juízo sobre a questão de fundo baseia-se no facto de uma tutela cautelar não ser adequada ou suficiente e por, deste modo, uma decisão urgente sobre o mérito da causa ser o único meio eficaz para assegurar uma tutela efectiva do direito ou interesse legalmente protegido em causa.

A jurisprudência³¹, bem como alguns Autores³², apontam, ainda, como fundamento da antecipação da decisão da causa principal o *princípio da economia processual*. Neste sentido, é atribuída especial relevância ao requisito de estarem presentes, no processo cautelar, todos os elementos que sejam necessários para decidir a questão de mérito, devendo o tribunal, face à sua verificação, antecipar essa decisão por razões de economia processual, ficando resolvida de vez a questão de fundo e passando a ser desnecessário prosseguir com uma acção principal.

Compreende-se esta orientação da jurisprudência, no sentido de contribuir para a “fluidez” nos tribunais e evitar o arrastamento de processos que, aparentemente, podem ser decididos com rapidez, em termos definitivos. Porém, é ao legislador que cabe estabelecer as regras das leis de processo, bem como fazer uma escolha dos fins que tais regras

³⁰ AROSO DE ALMEIDA, cit., pg. 314. É este o entendimento igualmente acatado pela jurisprudência. Vide, a título de exemplo, o Ac. do TCA Sul, proferido em 01.03.2007, no âmbito do processo n.º 02343/07, bem como o Ac. do mesmo Tribunal, proferido em 05.11.2009 no âmbito do processo 05506/09, ambos *in* www.dgsi.pt.

³¹ Esta orientação é especialmente visível no âmbito do Acórdão do STA de 16.01.2008, processo 0717/07, *in* www.dgsi.pt.

³² Vide, a título de exemplo, DORAS LUCAS NETO, cit., pg. 56:

devem servir. Aos tribunais cabe, por sua vez, aplicar essas regras jurídicas através de uma interpretação fiel à *ratio* da lei. Ora, o artigo 121.º exige, como pressuposto substantivo, a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, urgência essa que é analisada atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos e que se funda no facto de a situação não se compadecer com a adopção de uma providência cautelar. Nesses termos, e como fora *supra* exposto, a antecipação do juízo de mérito no âmbito do processo cautelar apenas se justifica dado o especial nexo ao factor tempo da tutela adequada na situação em causa, bem como os efeitos irreversíveis da mesma, donde resulta a inadequação de uma providência cautelar para o efeito, em virtude do seu carácter provisório e instrumental.

Daí que, não estando verificado este requisito da manifesta urgência, e na medida em que os requisitos exigidos pelo artigo 121.º são *cumulativos* e não alternativos, não poderá haver qualquer antecipação do juízo de mérito da causa, *ainda que* estejam no processo todos os elementos necessários para o efeito³³.

Termos em que o princípio da economia processual apenas poderá ser invocado como fundamento do instituto da convoção da tutela cautelar em tutela final urgente, na medida em que o mesmo serve a própria tutela jurisdicional efectiva do interesse em causa, no sentido de viabilizar a existência de um processo efectivo e temporalmente justo³⁴.

³³ Note-se que não pretendemos emitir qualquer juízo sobre o mérito de uma tal escolha elaborada pelo legislador, mas somente expor a interpretação estrita do texto legal actual.

³⁴ Nestes termos, consideramos que a racionalidade e a teleologia subjacente ao artigo 121.º do CPTA não foram respeitadas no âmbito do douto Acórdão proferido pelo STA, de 16.01.2008, no âmbito do processo 0717/07. Neste Acórdão, o STA entendeu que uma questão como a prescrição pode, por si só, justificar a antecipação de um juízo sobre a causa principal, na medida em que os custos financeiros para as partes provocados pela mora (desnecessária) da decisão principal constituiria uma violação da tutela jurisdicional efectiva plasmada no artigo 268.º, n.º 4 da CRP: “Na verdade, emitido que seja um juízo sobre a efectiva verificação da prescrição da obrigação em causa, pode manifestar-se desde logo a necessidade premente de uma resolução definitiva do caso, já que se afigura perdulário e inútil adoptar em tal circunstância uma simples providência cautelar”. Nestes termos, o Tribunal entendeu que havia manifesta urgência na resolução definitiva do caso, tendo em conta a natureza da questão (prescrição) e a gravidade dos interesses em causa (custos financeiros para as partes).

Neste Acórdão, o fundamento essencial para a antecipação do juízo sobre a causa principal foi, claramente, o princípio da economia processual. Na verdade, a manifesta urgência alegada pelo Tribunal apenas derivava da inutilidade de se arrastar o caso, quando, à partida, a resolução da causa principal, estava mais que dada, em virtude da verificação da prescrição. Portanto, o juízo de antecipar a decisão sobre a causa principal assentou, sobretudo, na simplicidade da respectiva resolução, afigurando-se, nas palavras do Tribunal, “perdulário e inútil” adoptar uma simples providência cautelar. Assim, apesar de o Tribunal ter fundamentado a sua decisão na alegada manifesta urgência da decisão definitiva do caso, na medida em que os custos financeiros para as partes provocados pela mora desnecessária da decisão principal constituiria, por si só, uma violação da tutela jurisdicional efectiva, este juízo assemelhou-se, antes, com o juízo subjacente à decisão da questão de mérito no âmbito de um despacho saneador. Claramente esta decisão não obedece à teleologia subjacente ao requisito da manifesta urgência na decisão definitiva do artigo 121.º. Com efeito,

6. A (in)dependência da antecipação da decisão de mérito de um juízo de prognose favorável sobre a acção principal

Uma questão relativamente à qual a doutrina e a jurisprudência aparentam divergir é a de saber se o accionamento do instituto da convoção da tutela cautelar em tutela final urgente, previsto no artigo 121.º, n.º 1 do CPTA, está dependente da formulação, por parte do Juiz da causa, de um juízo de prognose favorável quanto à viabilidade da pretensão jurídica em causa³⁵.

A lei nada diz sobre este aspecto. Todavia, é possível encontrar argumentos que sustentem as soluções em ambos os sentidos. Vejamos.

No sentido de defender que a operacionalização do mecanismo constante do artigo 121.º do CPTA fica sempre na dependência de um juízo de prognose favorável sobre a procedência da causa principal, poder-se-ia invocar o fundamento nuclear deste instituto – o princípio da tutela jurisdicional efectiva. Assim, uma vez que a possibilidade de ser proferida a decisão de mérito logo no processo em que foi pedida uma tutela cautelar serve, essencialmente, para garantir uma protecção útil e eficaz do direito ou interesse em causa, ou seja, para ir de encontro com o que favorece a parte interessada, seria defensável a ideia de que, sendo assim, apenas se poderia proceder a uma antecipação do juízo de mérito se essa antecipação fosse favorável ao interessado, isto é, se a decisão de mérito fosse no sentido da procedência do pedido feito na acção principal. Isto porque, no caso de uma decisão de mérito desfavorável, o interessado teria sido prejudicado pelo encurtamento dos prazos de que dispunha para fundamentar a sua pretensão jurídica e para exercer o contraditório³⁶. Portanto, nesta senda, apenas seria defensável haver uma antecipação da decisão de mérito, com a transformação da cognição normal numa cognição sumária dos factos que isso acarreta, se daí resultasse uma decisão favorável à parte interessada.

No sentido oposto, ou seja, no sentido de defender que a antecipação da decisão de mérito não está dependente de qualquer juízo de prognose favorável quanto à viabilidade da causa principal, é possível invocar a letra da lei, *rectius*, o silêncio eloquente da lei.

o facto de o caso não se compadecer com uma mera providência cautelar derivará das características da provisoriedade e da instrumentalidade que caracterizam a tutela cautelar, pelo que - saliente-se novamente - apenas excepcionalmente o juiz se deve decidir pela antecipação do juízo sobre a causa principal em detrimento do decretamento da providência cautelar requerida.

³⁵ Em sentido positivo *vide* DORA LUCAS NETO, cit, pg. 56.

³⁶ O que deriva do facto de, conforme escreve Dora Lucas Neto, “a urgência, ou um aumento de celeridade, seja sob a forma de tutela urgente definitiva, seja sob a forma de tutela urgente cautelar, implica sempre uma diminuição de garantias de defesa, em virtude, designadamente, da *summario cognitio*, do prazo diminuído para a decisão do juiz, da limitação dos meios de prova e da limitação do contraditório”. Cfr. DORA LUCAS NETO, “Meios cautelares” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 76 (Jul/Ag. 2009), pg. 63.

Desta forma, se a lei enumera os pressupostos de que fica dependente a antecipação da decisão principal, mas nada diz acerca de um juízo de prognose favorável sobre a viabilidade da causa principal, então, significaria que um tal juízo não está entre os requisitos de que depende a operacionalização do mecanismo constante do artigo 121.º do CPTA, logo, a antecipação do juízo sobre a causa principal é, de todo, indiferente a um tal juízo de prognose favorável.

No segundo sentido apontado, veio decidir o TCA Norte, em Acórdão proferido em 26.07.2007, no âmbito do processo n.º 03160/06.3BEPRT, invocando, que, estando verificados todos os requisitos do artigo 121.º, n.º 1, não faria sentido que o juiz ficasse inibido da possibilidade de antecipar esse juízo, projectando no tempo e sem razões válidas uma lide inglória para o demandante³⁷.

Em nosso entender, a resposta a esta questão deriva dos fundamentos do instituto em causa. Assim, por um lado, é preciso ter uma compreensão correcta do princípio da tutela jurisdicional efectiva, enquanto princípio que visa garantir a todos uma resolução judicial da sua questão jurídica em tempo útil e através de meios justos, não garantindo, no entanto, que a resolução seja favorável ao interessado (desde que seja uma decisão *justa*). Por outro lado, entendemos que é possível convocar, para o efeito, razões de economia processual, porque, conforme vimos, o princípio da economia processual serve igualmente o princípio da tutela jurisdicional efectiva, na vertente de direito a um processo efectivo e temporalmente justo. Deste modo, justifica-se a prolação imediata da decisão de mérito sobre a causa principal, quando estão verificados todos os pressupostos do artigo 121.º, desde que tal decisão não represente uma diminuição efectiva das garantias processuais das partes – o que, aliás, se visa assegurar por via dos dois requisitos processuais elencados. É nisto que consiste, na verdade, o direito a um processo temporalmente justo.

Portanto, nada obsta a que haja uma antecipação da decisão de mérito sobre a causa principal à luz do artigo 121.º do CPTA, ainda que tal decisão de mérito seja desfavorável à parte interessada, desde que a antecipação seja justa.

³⁷ O Acórdão teve na sua origem um processo disciplinar que culminou na aplicação de uma sanção disciplinar de inactividade pelo período máximo de 2 anos. Foi pedida a suspensão de eficácia da decisão administrativa de punição, tendo sido requerida igualmente a antecipação da decisão principal, isto é, a anulação do acto administrativo de decretamento da sanção, ao abrigo do artigo 121.º, n.º 1 do CPTA. O tribunal de 1.ª instância procedeu, efectivamente, à antecipação da decisão de fundo, porém julgando improcedente o pedido de anulação de acto administrativo.

7. A excepcionalidade da antecipação da decisão da causa principal

Vimos que o mecanismo da antecipação da decisão principal no seio de um processo cautelar obedece a apertados requisitos que permitem apreender o regime restritivo a que tal mecanismo está sujeito, ao mesmo tempo que deixam transparecer que o objectivo essencial desta antecipação é a tutela jurisdicional efectiva dos direitos das pessoas. Todavia, como refere Vieira de Andrade, há que ter especial cautela com este instituto, pelo facto de permitir a emanção de um juízo de mérito definitivo sobre uma questão, quando o conhecimento do juiz é meramente sumário³⁸. Ou seja, estamos no seio de um processo cautelar, caracterizado pela urgência e pela *summario cognitio* – por definição legislativa e pela natureza da tutela em causa –, permitindo-nos a lei adjectiva que, no âmbito deste processo urgente, possa logo haver uma decisão definitiva sobre a causa principal, com os perigos que uma tal decisão definitiva com cognição meramente sumária acarreta. Por estes motivos, aponta-se a necessidade de haver uma especial prudência por parte do tribunal, que só excepcionalmente se deve decidir pela convocação e, assim, sempre que possível, deverá preferir fazer um juízo meramente cautelar e não um juízo de mérito³⁹.

Conclusão

O instituto da convocação da tutela cautelar em tutela definitiva urgente constitui uma novidade criada pela Reforma do processo administrativo, que procura dar cumprimento ao princípio da tutela jurisdicional efectiva através da abertura do sistema à concessão da tutela adequada a casos pontuais de urgência que carecem de uma solução urgente definitiva. Vimos que isto não significa que a antecipação da decisão principal depende de um juízo positivo de probabilidade de procedência da acção principal e, neste sentido, o julgamento da acção principal pode ir no sentido da sua procedência ou da sua improcedên-

³⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pg. 370.

³⁹ VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pgs. 370-371. A necessidade de prudência é sublinhada, igualmente, pelo Acórdão do TCA Norte, de 18.06.2009, proferido no âmbito do processo 01313/08.9BEBRG, in www.dgsi.pt: “O juízo de antecipação permitido pelo art. 121.º do CPTA importa e impõe ao julgador um grande rigor e exigência na interpretação e verificação dos pressupostos ali enunciados, bem como uma grande prudência naquela avaliação, tanto para mais que estamos perante um poder de exercício excepcional e cujo exercício irrestrito ou de fácil preenchimento conduzirá ou poderá conduzir a um claro deficit do direito de acesso aos tribunais e a um processo justo e equitativo, na certeza de que razões de realização de economia processual não conduzem e não legitimam limitações em sede de tutela jurisdicional a ponto de se poder pôr em causa tal direito e garantia”.

cia. Um tal juízo de prognose quanto à viabilidade da providência judiciária requerida no processo principal apenas releva para efeito da adopção de uma providência cautelar.⁴⁰

Como já foi referido, a antecipação do juízo sobre a questão principal deve ter na sua base, especialmente, não só um juízo prudente acerca da manifesta urgência de uma decisão final como deve ser operada apenas excepcionalmente, ou seja, apenas quando uma tutela cautelar não se apresenta como adequada e suficiente. Este apelo à prudência deriva essencialmente do facto de o mecanismo do artigo 121.º levar à resolução definitiva da questão em causa no seio de um processo que é urgente – pela sua natureza e por exigência legal – e, no qual, conseqüentemente, se procede a uma cognição meramente sumária dos factos jurídicos relevantes, com os perigos que isso acarreta.

Deste modo, terminamos precisamente com o apelo à prudência do julgador, o qual, como já foi destacado, se deverá orientar, acima de tudo, pelo princípio da tutela jurisdicional efectiva, procurando resolver a questão em análise da forma mais justa possível, sem se deixar levar por impulsos de antecipar a decisão sobre a causa principal sem dar cumprimento minucioso e cauteloso a todas as exigências legais, de modo a não conduzir à frustração das boas intenções que o legislador parece ter tido com a previsão de tal mecanismo processual. □

⁴⁰ Vide AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, cit., pg. 623.

**Alterações ao Código dos Contratos Públicos – O Decreto-Lei n.º 278/2009,
de 2 de Outubro**

Miguel Assis Raimundo

1. O Decreto-Lei n.º 278/2009 – *occasio legis*, entrada em vigor e aplicação no tempo

O Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, veio introduzir alterações importantes ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (e rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março), tendo procedido à sua republicação¹.

De acordo com o preâmbulo do diploma, há dois elementos essenciais a justificar a alteração: o primeiro prende-se com a necessidade de conferir às actividades de ensino superior e investigação um enquadramento adequado, do ponto de vista das exigências de contratação impostas às entidades que desenvolvem essas actividades; o segundo, mais genérico, corresponde à introdução de algumas alterações que resultam da prática de aplicação do Código dos Contratos Públicos durante o seu período de vigência, e que resultaram da apreciação da Comissão de Acompanhamento do Código dos Contratos Públicos.

¹ Além disso, o Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, já havia trazido uma alteração importante, mas ao próprio diploma preambular que aprovou o Código: tratou-se de alterar o artigo 9.º, n.º 1, do diploma preambular, para alargar, até ao dia 31 de Outubro de 2009, o prazo durante o qual as entidades adjudicantes ainda poderão realizar procedimentos de formação sem recurso a plataformas electrónicas; e o Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, ao consagrar um regime excepcional de contratação pública para certos contratos, veio também retirar (ainda que com vigência limitada) algum âmbito de aplicação ao Código. Sobre este último diploma, v. no entanto, muito criticamente e colocando mesmo em causa a sua conformidade com normas constitucionais e de Direito comunitário, JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNANDEZ SÁNCHEZ, *As medidas excepcionais de contratação pública para os anos de 2009 e 2010. Breve comentário ao decreto-lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, passim.

Em matéria de produção de efeitos, o novo diploma estabelece que “só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor” (artigo 5º do Decreto-Lei n.º 278/2009), ou seja, em relação aos procedimentos cuja decisão de contratar, acto que marca o início do procedimento de formação (artigo 36º do CCP)², tenha sido praticada até às 24.00h do dia 7 de Outubro, data de entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 278/2009 (nos termos do artigo 2º, n.º 2, da Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro, na sua redacção actual), pois o diploma não indica outra.

A norma de produção de efeitos vai, como se vê, na linha do disposto no artigo 16º do Decreto-Lei n.º 18/2008, que aprovou o Código. No entanto, uma omissão é de notar face a essa outra norma: o artigo 5º do Decreto-Lei n.º 278/2009 nada diz acerca da aplicação do diploma *aos contratos*, apenas se referindo à produção de efeitos face *a procedimentos*. O artigo 16º do diploma preambular que aprovou o Código, pelo contrário, fazia cuidadosamente essa distinção, ao dispor que “O Código dos Contratos Públicos só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da sua entrada em vigor e à execução dos contratos que revistam natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 18.º” (itálico nosso).

A omissão não se deve à ausência de regras no Decreto-Lei n.º 278/2009 em matéria de execução de contratos: como se verá adiante, existe um conjunto significativo de alterações ao regime do contrato de empreitada de obras públicas.

Assim, há um problema de aplicação da lei no tempo, que o Decreto-Lei n.º 278/2009 não resolveu expressamente: o problema da aplicação da lei no tempo *aos contratos administrativos*. Na ausência de regras especiais (como era a regra da segunda parte do n.º 1 do artigo 16º do Decreto-Lei n.º 18/2008), a aplicação do regime geral do artigo 12º do Código Civil (*ex vi* artigo 280º, n.º 3, do CCP) parece levar a considerar que as novas regras, uma vez que dispõem directamente sobre o conteúdo das relações jurídicas (neste caso, as relações jurídicas criadas pelo contrato de empreitada de obra pública), abstraindo dos factos que lhes deram causa, são aplicáveis aos contratos de empreitada em vigor à data de entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 278/2009 (artigo 12º, n.º 2, segunda parte, do Código Civil)³, e também aos contratos a celebrar após essa data de entrada em vigor, *independentemente da data de início do procedimento*.

² Sobre isto, v. TIAGO DUARTE, *A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos: da idade do armário à idade dos porquês*, in PEDRO GONÇALVES (COORD.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2008, pp. 147-180 (147 ss.).

³ Sobre a aplicação do artigo 12º, n.º 2, do CC, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 1997 (10ª reimpressão), 233 ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed. refundida, Coimbra: Almedina, 2008 (reimpressão da edição de 2005),

Em suma:

- As alterações sobre matéria *procedimental* feitas pelo Decreto-Lei n.º 278/2009 (ou seja, as alterações a preceitos da parte I e da parte II do Código) só se aplicam a *procedimentos* iniciados após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 278/2009;
- As alterações sobre matéria *contratual* feitas pelo Decreto-Lei n.º 278/2009 (ou seja, as alterações a preceitos da parte III do Código) aplicam-se de imediato, a todos os contratos já celebrados e que ainda estejam em vigor, ou a celebrar a partir da entrada em vigor do diploma, independentemente da data de início do procedimento que lhes der origem.

2. Alterações à Parte I do Código (âmbito de aplicação)

2.1. Instituições de investigação e desenvolvimento

No que diz respeito às instituições de ensino e investigação, as alterações são muitíssimo significativas e visam esclarecer ou alterar aspectos de base que se prendem com o recorte do âmbito subjectivo de aplicação das regras do Código em matéria de procedimentos de formação de contratos (isto é, com a parte II).

Isso mesmo é anunciado logo no preâmbulo, onde se reconhece que o regime trazido pelo Código em matéria de instituições de “I&D” “nem sempre se adequa à natureza da actividade das mencionadas instituições, verificando-se, nalgumas situações, constrangimentos à prossecução dos seus objectivos que importa reduzir ou remover, quando confrontadas com as suas congéneres internacionais, ou ainda no quadro da crescente cooperação com empresas em matéria de I&D”.

O sentido, como se vê, é o da “redução ou remoção” de “constrangimentos”; a sugerir que as alterações passam por um aligeiramento da sujeição destas entidades às exigências em matéria de procedimentos de formação de contratos.

Assim, o Decreto-Lei n.º 278/2009 intervém, nesta matéria, em relação a dois tipos de instituições com conexão ao universo da I&D: as instituições de ensino superior público e as associações privadas de fins científicos ou tecnológicos dominadas por entidades que sejam, elas próprias, entidades adjudicantes. As alterações incidem sobre o artigo 2º, n.º 2, precisamente sobre a noção de entidade adjudicante, essencial para recortar o âmbito de aplicação da parte II do Código, e sobre o artigo 5º, n.º 3, que consagra um regime especial de formação dos contratos públicos.

Em relação aos estabelecimentos de ensino superior público, a primeira alteração passa por intervir no artigo 2º, n.º 2, alínea a), do CCP, estabelecendo expressamente que os estabelecimentos organizados sob a forma de fundação (prevista na Lei n.º 67/2007, de 10 de Setembro) *não* integram o conjunto de entidades adjudicantes aí previstas.

A técnica legislativa é má, consistindo numa interpolação que prejudica a fluidez e a inteligibilidade da norma do artigo 2º, n.º 2, alínea a), do CCP, já de si exigente; para mais, a interpolação era desnecessária, tendo em conta a alteração que se fez ao artigo 5º, n.º 3 do CCP. O resultado final, contudo, é claro: as fundações que sejam estabelecimentos de ensino superior público, que já eram expressamente excluídas do elenco do n.º 1 do artigo 2º (cf. a sua alínea e)), são agora expressamente excluídas do elenco do n.º 2 do artigo 2º.

No que diz respeito às associações de fins científicos ou tecnológicos, é revogada a alínea c) do n.º 2 do artigo 2º (cf. art. 3º do Decreto-Lei n.º 278/2009), que continha uma referência às “associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica” que estivessem sob influência dominante de entidades do artigo 2º, n.º 1.

Como notava RUI MEDEIROS⁴, a alínea c) do n.º 2 do artigo 2º do CCP merecia destaque por representar um entendimento alargado do que são necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial. Essa alínea não incluía qualquer referência à prossecução de actividades de satisfação de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, ao contrário que sucede com a alínea a), pelo que se fazia, implicitamente, uma qualificação automática, como entidades adjudicantes, das associações privadas referidas na alínea c), por se entender que a prossecução, a título principal, de finalidades de natureza científica e tecnológica por uma associação sujeita à influência dominante de uma entidade adjudicante do artigo 2º, n.º 1, se coloca *sempre* no âmbito da satisfação de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial.

A intervenção do legislador no artigo 2º, n.º 2, alíneas a) e c) do CCP foi, já o vimos, no sentido de dele expressamente retirar quer os estabelecimentos de ensino superior público sob a forma de fundação, quer as associações privadas de fins científicos ou tecnológicos dominadas por entidades adjudicantes.

No entanto, como não podia deixar de ser, sob pena de flagrante violação do Direito Europeu em matéria de âmbito subjectivo de aplicação das regras que impõem a utilização de certos procedimentos para a celebração de contratos, o legislador, ao retirar tais

⁴ RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 69, (Maio/Junho), 2008, pp. 3-29, (22).

entidades do artigo 2º, teve de as enquadrar de outro modo, para que se tornasse claro que estão submetidos às normas da parte II do Código, pelo menos, na formação dos contratos com valores acima dos limiares comunitários. Simultaneamente, aproveitou-se para, de forma pouco clara, esclarecer uma dúvida que a interpretação do artigo 2º, n.º 1, gerava: a de saber onde se enquadravam, no complexo emaranhado do âmbito subjectivo do Código, os estabelecimentos de ensino superior público que *não* assumam a forma de fundação.

A técnica escolhida para fazer tudo isto foi a inclusão destas entidades (as “associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica” e “exclusivamente no âmbito da actividade científica e tecnológica, as instituições de ensino superior públicas e laboratórios de Estado”) no artigo 5º, n.º 3, do CCP, que, em conjunto com o artigo 5º, n.º 6, estabelece um regime específico de contratação para os chamados “hospitais EPE” (os hospitais do Serviço Nacional de Saúde organizados sob a forma de entidade pública empresarial).

Esse regime específico passa, como se sabe, por dois aspectos essenciais: a não sujeição dos contratos dessas entidades, de valor até aos limiares comunitários, à parte II do Código (artigo 5º, n.º 3), estando esses contratos sujeitos “apenas” aos princípios gerais da actividade administrativa e às normas do Código do Procedimento Administrativo que concretizem preceitos constitucionais (artigo 5º, n.º 6, alínea a), do CCP)⁵. Por isso, aliás, é incorrecto afirmar-se que as entidades referidas no artigo 5º, n.º 3, não são entidades adjudicantes: pelo contrário, é por o serem que o artigo 5º, n.º 3 tem necessidade de estabelecer essa ressalva⁶: esta é uma regra *restritiva* do âmbito de aplicação da parte II do Código, e se não existisse, as entidades aí previstas entrariam no regime geral resultante da sua integração no artigo 2º do CCP.

Sobre a alteração introduzida, duas observações de natureza técnica.

Em primeiro lugar: o legislador, aparentemente, esqueceu-se de o dizer, mas parece que as “associações privadas” de fins científicos ou tecnológicos às quais o artigo 5º, n.º 3 passa a referir-se, obviamente, só podem ser aquelas que sejam objecto de influência dominante (através dos três modos típicos: financiamento maioritário, controlo de gestão ou susceptibilidade de nomear a maioria dos membros de órgãos de gestão) por uma entidade que seja, ela própria, uma entidade adjudicante, tal como se previa na alínea c)

⁵ Cf. sobre as normas que estiveram na origem do regime de contratação dos hospitais E. P. E. que o CCP manteve, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007, 296 ss.

⁶ Assim, MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública*, 23.

do n.º 2 do artigo 2º, agora revogada. Tal omissão só pode tratar-se de um lapso, pois qual seria a justificação para obrigar uma associação *realmente* privada, independentemente dos seus fins, a adjudicar os seus contratos mediante os procedimentos da parte II, mesmo que só para os contratos superiores aos limiares comunitários?

Em segundo lugar: suscita as maiores dúvidas a expressão “exclusivamente no âmbito da actividade científica e tecnológica” no contexto da norma. Ela parece ter o intuito de restringir a aplicação do regime de contratação do artigo 5º, n.º 3, à formação dos contratos dos estabelecimentos públicos de ensino superior e laboratórios do Estado⁷ que tenham por objecto “exclusivamente” a actividade científica e/ou tecnológica, o que tem duas desvantagens: a quebra da unidade do regime de contratação pública destas entidades (que passam a ter de gerir dois regimes diferentes) e a dificuldade em qualificar um contrato como tendo por objecto “exclusivamente” a actividade científica ou tecnológica. As obras de remodelação do edifício da instituição de I&D; ou a compra de computadores para salas de aulas; ou a prestação de serviços de limpeza industrial e especializada dos laboratórios – são contratos que se situam “exclusivamente no âmbito da actividade científica e tecnológica”?

No fim de contas, reduzem-se (quase⁸) só a isto as alterações destinadas a “reduzir ou remover” os “constrangimentos” das instituições de I&D face às suas congéneres e às “empresas” de I&D: os estabelecimentos de ensino superior público (todos, fundações ou não); os laboratórios do Estado; e as associações privadas de fins científicos ou tecnológicos dominadas por entidades públicas passam a dispor do regime de contratação mais flexível de todos os previstos no Código: o regime anteriormente previsto apenas para os hospitais E. P. E.. Para as associações e os estabelecimentos de ensino superior que fossem fundações, a mudança é menos significativa, pois já dispunham de um regime flexível, concretizado, sobretudo, nos valores até aos quais se poderia utilizar os procedimentos de ajuste directo, de concurso público ou limitado sem anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia* (artigos 19º a 21º do CCP), por serem qualificados como entidades adjudicantes do artigo 2º, n.º 2; mas para os estabelecimentos de ensino superior com natureza jurídico-pública, a mudança é abissal, pois, no que diz respeito aos contratos exclusivamente relacionados com a sua actividade científica ou tecnológica, passam de entidades enquadradas no artigo 2º, n.º 1 (alíneas d) ou f), consoante a posição que se perfilhasse em relação à sua natureza jurídica), para um regime muitíssimo mais aberto.

⁷ Pois quanto às associações privadas de fins científicos ou tecnológicos não se aplica esta secção restritiva da norma; ou seja, são todos os contratos dessas associações que estão abrangidos pelo regime do artigo 5º, n.º 3.

⁸ Há também que ter em conta a nova redacção do artigo 58º, n.º 4, como veremos, que procura libertar as entidades de I&D do “constrangimento” de receberem propostas em língua portuguesa.

A versão originária do Código correspondia, pois, de forma mais clara, a uma concepção “desinteressada”, ou “clássica”, como também já foi chamada⁹, da actividade de investigação científica ou tecnológica, que a encara sempre como expressão de altruísmo e da promoção do conhecimento, com características de desinteresse, ou pelo menos de *independência*, em relação ao resultado (financeiro) das suas actividades; a esta concepção está subjacente a ideia de que a economia e o mercado não devem regular todos os sectores de actividade, e que a investigação é precisamente um dos sectores que deve ficar isolado de considerações económicas¹⁰.

Acaba por ser esta a concepção da investigação científica que a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 278/2009 vem implicitamente questionar. O preâmbulo é claro, ao dar a entender, por exemplo, que as instituições de I&D não podem ficar atrás das “empresas” de I&D com as quais “colaboram” e com as quais, embora isso não seja dito, também *competem* pela adjudicação em procedimentos de formação de contratos por outras entidades adjudicantes, pois convém não esquecer que mesmo os contratos interadministrativos estão hoje sujeitos à concorrência, excepto no caso das relações *in-house*¹¹. De modo coerente com estas considerações, as instituições de I&D, mesmo com ligações relevantes ao universo jurídico-público, só ficam sujeitas, na sua contratação, aos “constrangimentos” que o legislador considerou que não poderiam ser ultrapassados sob pena de violação de comandos do Direito Europeu ou do Direito Constitucional nacional: daí a sujeição à parte II dos contratos acima dos limiares e a sujeição dos contratos abaixo dos limiares aos princípios e às regras do CPA que concretizam preceitos constitucionais.

Cabe, contudo, questionar esta lógica de crescente criação de excepções à regra. Cabe questioná-la em geral, por questão de princípio: nos últimos tempos, temos assistido à criação *ad hoc* de vários regimes de contratação excepcionais, que normalmente vão no sentido do aligeiramento das exigências de publicidade e concorrência. O Decreto-Lei n.º 34/2009 veio fazê-lo com uma amplitude significativa, consagrando um regime (temporalmente limitado, é certo, mas a um horizonte que ainda assim é de dois anos) aplicável a obras em estabelecimentos públicos de educação e a obras em edifícios públicos, para promover a eficiência energética¹². O Decreto-Lei n.º 278/2009, vem agora acrescentar ao caso dos hospitais E. P. E. também o dos estabelecimentos públicos de ensino superior

⁹ MERCEDES FUERTES, *Grupos públicos de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2007, 217.

¹⁰ Assim, MERCEDES FUERTES, *Grupos públicos de sociedades*, 217.

¹¹ MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública*, 10 ss.; ALEXANDRA LEITÃO, *Os contratos interadministrativos*, IN PEDRO GONÇALVES (COORD.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2008, pp. 733-779.

¹² Sobre o âmbito do regime consagrado pelo Decreto-Lei n.º 34/2009, v. AMARAL E ALMEIDA/FERNANDEZ SÁNCHEZ, *As medidas excepcionais*, 15 ss.

sob forma de fundação e o das associações de fins científicos. Mesmo que só tivéssemos em conta estes regimes, conclui-se que hoje, para os contratos abaixo dos limiares comunitários (que nos contratos de empreitada, são muitíssimo elevados para os padrões nacionais), uma parcela muito significativa da Administração Pública portuguesa – desde logo, a que tem a seu cargo os fundamentais serviços públicos em matéria de saúde e educação – tem a possibilidade de não aplicar procedimentos de formação submetidos de modo “forte” à publicidade e à concorrência. Conclusão surpreendente, que leva a perguntar a partir de que altura as exceções se tornam a regra.

Por outro lado, questiona-se a justificação de abranger as entidades públicas ou publicamente dominadas de I&D ao regime que vigora para os hospitais E. P. E., pois parece que os motivos que justificam esse regime muitíssimo flexível no caso dos “hospitais-empresa” não se verificam para os novos casos. Os hospitais E. P. E. funcionam no contexto do Serviço Nacional de Saúde, um serviço público que assegura o direito à prestação de cuidados de saúde com determinadas características – acesso universal, tendencialmente gratuito, obrigação de levar a cabo todas as prestações que sejam necessárias ao restabelecimento da saúde e estejam disponíveis tecnicamente. Tal serviço público, por se enquadrar na categoria daqueles a que já se chamou serviço de “assistência à vida”¹³, tem características específicas: dele dependem os bens que são comumente considerados os mais valiosos de todos os bens da personalidade: a integridade física e psíquica e a própria vida, e isso faz com que se coloquem aqui exigências de flexibilidade e rapidez de actuação que porventura não se colocam relativamente a outras actividades¹⁴. Por outro lado, e não com menor importância, a dimensão e relevância das tarefas e o enorme universo dos utilizadores fazem com que a actividade de aprovisionamento (em sentido lato) dos hospitais E.P.E., mesmo quotidiana, implique gastos sempre avultados, que na grande maioria dos contratos excedem os limiares comunitários, o que implica, desde logo, enorme afectação de recursos à actividade de contratação pública.

Não nos parece que o contexto seja, de todo, este que acabamos de descrever, no que toca às unidades de I&D. Isto não significa menorizar estas instituições: significa compreender, e levar às últimas consequências, a ideia de que o legislador nacional, hoje, está vinculado a ponderar bem o regime de formação que estabelece para *todos* os con-

¹³ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, 1º volume, Lisboa: AAFDL, 1994 (3ª reimpressão), 240 ss., definindo como tais aqueles serviços necessários “para a manutenção da sociedade e dos elementos que a compõem, num plano de mera conservação”, e que por isso, segundo o Autor, têm uma especial vocação para a prestação através do esquema da empresa pública, por oposição ao modelo burocrático.

¹⁴ É essa também a justificação para a opção pela forma da empresa pública como modo de organização dos hospitais do SNS.

tratos públicos, mesmo os situados abaixo dos limiares de aplicação das Directivas¹⁵e, neste caso, essa ponderação poderá não ter sido bem feita.

3. Alterações à Parte II do Código (regime da contratação pública)

3.1. Requisitos e modo de apresentação de propostas e candidaturas

O Decreto-Lei n.º 278/2009 vem clarificar o conteúdo da proposta em procedimentos de formação de contratos de empreitada, reduzindo o nível de detalhe exigido na fase de apresentação de propostas, facilitando a elaboração desta pelo concorrente e a avaliação pela entidade adjudicante. O artigo 57º, n.º 2, alínea c), do CCP, anteriormente referia o projecto de execução como um dos elementos da proposta, se a sua elaboração fosse atribuída ao co-contratante da Administração; no entanto, como se compreende, essa regra implicaria um esforço desproporcionado por parte dos concorrentes, que teriam todos de elaborar um projecto de execução.

Assim, determina-se, na nova redacção do artigo 57º, n.º 2, alínea c), que nesses casos os concorrentes apresentem um estudo prévio (que é mais detalhado do que o programa a que se refere o artigo 43º, n.º 3, do CCP), que é objecto de avaliação; depois caberá ao adjudicatário elaborar o projecto de execução propriamente dito.

Alteração disparatada vem a ser a do artigo 58º do CCP, que passa a contar com um novo n.º 4, com a seguinte redacção: “Na celebração de contratos de empreitada de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços pelas entidades mencionadas no n.º 3 do artigo 5.º, pode o programa do procedimento concursal permitir que os documentos que constituem a proposta e os documentos de habilitação a entregar sejam redigidos em língua estrangeira, indicando quais os idiomas admitidos.”

O artigo 58º, em geral, padece de diversos defeitos¹⁶, sendo o pior deles, em nossa opinião, o de estabelecer regras injuntivas numa matéria onde deveria vigorar a supletividade, com remissão para as peças procedimentais. A rigidez desnecessária com que o artigo 58º regulou esta matéria causou, efectivamente, um problema: sobretudo em empreitadas e fornecimentos de bens, onde a complexidade das prestações leva a que sejam apresentados documentos técnicos com centenas de páginas, muitas vezes de fornecedores estrangeiros, torna-se difícil cumprir estas regras.

¹⁵ V. por último AMARAL E ALMEIDA/FERNANDEZ SÁNCHEZ, *As medidas excepcionais*, sobretudo 113 ss., e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos* (entregue para publicação nos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia), 2009.

¹⁶ Cf. também, criticamente, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, comentários ao art. 58º.

A alteração agora introduzida, demasiado centrada na *occasio legis* do Decreto-Lei n.º 278/2009, não resolve estes problemas, ou, talvez melhor, resolve-os para uma parte dos procedimentos de formação, quando deveria resolvê-los para todos. Com efeito, a cada passo do novo n.º 4 do artigo 58º se encontra uma restrição absurda: porquê só “na celebração de contratos de empreitada de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços” – os outros contratos não podem ter complexidade que leve à conveniência da apresentação de elementos em outras línguas? Porquê só nos contratos das “entidades mencionadas no n.º 3 do artigo 5.º” – só os hospitais E. P. E. e as unidades de I&D celebram contratos onde é conveniente que as propostas possam ser apresentadas em língua estrangeira? Porquê só em “procedimento *concurso*” – e não em todo e qualquer procedimento?

O conjunto formado agora pelos diversos números do artigo 58º é caricato, pela desarmonia e, afinal de contas, pela ínfima diferença que existe entre as soluções: as únicas diferenças entre o regime dos n.ºs 1 a 3 (aplicável à generalidade das entidades adjudicantes) e o regime do n.º 4 (aplicável às entidades adjudicantes do n.º 3 do artigo 5º) são: (i) a declaração prevista no artigo 57º, n.º 1, alínea a), pode ser apresentada em língua estrangeira (trata-se de pouco mais de uma página...); e (ii) as entidades do artigo 5º, n.º 3, não têm de invocar a especificidade técnica para permitir a apresentação de elementos em língua estrangeira, ao invés das restantes entidades adjudicantes.

Diferenças injustificadas, introduzidas com péssima técnica, a pedir (infelizmente) uma nova intervenção do legislador a breve trecho, quando se precisaria de estabilidade.

O artigo 83º do CCP é também alterado, neste caso de forma útil, para assegurar que o adjudicatário, na apresentação dos documentos de habilitação, dispõe de uma alternativa à plataforma electrónica, quando esta não funcione, e para assegurar que essa alternativa é *única* (quer seja um endereço de correio electrónico ou outro meio de transmissão escrita electrónica de dados), de modo a evitar que os concorrentes procurem desobrigar-se da sua obrigação de apresentação enviando os documentos para qualquer endereço de correio electrónico do domínio da entidade adjudicante.

No entanto, mais uma vez, a alteração ao artigo 83º do CCP é injustificadamente restritiva, pois a solução deveria igualmente ser consagrada para os outros casos de entrega electrónica de documentos. Supomos que não haverá dificuldade em fazer aplicação analógica, ou simplesmente em integrar uma norma semelhante, mas de âmbito geral, nas peças de cada procedimento.

3.2. Caducidade da adjudicação por falta de apresentação de documentos

O artigo 86º do CCP passa a ter um novo n.º 2, que obriga a entidade adjudicante a ouvir o adjudicatário em audiência prévia antes de declarar a caducidade da adjudicação e proceder ao passo seguinte (normalmente, a adjudicação da proposta ordenada em lugar subsequente: anterior n.º 3, que passa a n.º 4, do artigo 86º)¹⁷.

Trata-se de clarificação útil, na medida em que, não sendo a caducidade obrigatoriamente declarada por acto autónomo, justifica-se ainda assim o contraditório, na medida em que os factos que originam a caducidade da adjudicação (previstos no n.º 1 do artigo 86º) podem não ser imputáveis ao adjudicatário, caso em que é de justiça que lhe seja fixado novo prazo para a apresentação dos documentos.

Relacionadas com esta alteração, surgem diversas outras que mandam fixar de antemão, nas peças dos diversos procedimentos de formação, o prazo para a apresentação, pelo adjudicatário, dos documentos de habilitação, bem como o prazo a conceder pela entidade adjudicante para a supressão de irregularidades detectadas nos documentos apresentados que possam levar à caducidade da adjudicação nos termos do disposto no artigo 86º. Isto é feito pela inclusão de uma nova alínea j) no n.º 1 do artigo 115º, sobre o convite em ajuste directo, e pela alteração da alínea g) do n.º 1 do artigo 132º, sobre o programa de procedimento em concurso público e da alínea g) do n.º 1 do artigo 164º, que detalha os elementos do programa de procedimento em concurso limitado.

Causa estranheza a obrigatoriedade de definir de antemão o prazo que será dado para a correcção das “irregularidades” que poderão dar origem à caducidade da adjudicação, pois, como resulta até do n.º 3 (alterado) do artigo 86º, o prazo a conceder para este efeito deveria ser determinado “em função das razões invocadas”, que podem ser bem diferentes, o que não parece compadecer-se com uma fixação *a priori*. Parece, por isso, existir alguma desarticulação entre estas alterações; a solução razoável, que deveria ser mantida, é a do n.º 3 do artigo 86º. Mantendo-se todos os preceitos, há que compatibilizá-los: assim, deve entender-se que o prazo pode sempre ser prorrogado se as razões invocadas pelo adjudicatário o aconselharem.

3.3. Ajuste directo (e outros procedimentos com fase de negociação)

O Decreto-Lei n.º 278/2009 introduz importantes alterações ao regime do ajuste directo. Sendo uma dessas alterações ao regime da fase de negociação, acaba essa alteração por

¹⁷ A renumeração do artigo 86º é o fundamento da alteração agora introduzida ao artigo 180º, que referia o n.º 3 do artigo 86º e refere agora o n.º 4.

ter relevância também para outros procedimentos nos quais exista essa fase, pois o CCP remete nesses casos para as regras do ajuste directo (cf. artigos 151º e 202º do CCP).

A primeira alteração no regime do ajuste directo é ao n.º 5 do artigo 113º. À redacção inicial do preceito acrescenta-se agora uma ressalva final que, na prática, o esvazia de sentido: agora, desde que uma atribuição patrimonial gratuita seja feita ao abrigo do “Estatuto do Mecenato” (leia-se, dos artigos 61º a 66º do Estatuto dos Benefícios Fiscais), não releva para o efeito de impedir o seu autor de ser convidado para um procedimento de ajuste directo. Nesta alteração, parte-se do pressuposto – errado – segundo o qual o simples facto de uma atribuição patrimonial gratuita ser declarada para efeitos de benefícios fiscais é garantia de que não constitui um perigo para os valores que o n.º 5 do artigo 113º pretende proteger (a imparcialidade na escolha das entidades a contratar e o princípio da concorrência).

Noutro local¹⁸ analisamos mais detidamente as perplexidades geradas por esta alteração; por agora basta sublinhar que o legislador, mais uma vez, apesar de intervir em pontos carecidos de esclarecimento, passa ao lado da sua resolução.

A segunda alteração ao regime do ajuste directo é de reduzida expressão e prende-se com o artigo 115º, n.º 1, que passa a ter uma nova alínea j); já analisámos esta alteração acima (3.2.).

Finalmente, o importante artigo 118º, sobre a negociação em ajuste directo, sofre alterações significativas.

A primeira alteração, ao n.º 1 do artigo, destina-se a clarificar aquilo que já resultaria da redacção inicial do seu n.º 2: que a negociação só tem por objecto os atributos das propostas.

A segunda alteração consiste na clarificação de que as propostas objecto de negociação são apenas as que não devam ser excluídas (novo n.º 2 do artigo 118º). Compreende-se a alteração do ponto de vista da eficiência do procedimento: evitar perder tempo a negociar propostas que à partida são de excluir.

Duas formas possíveis de proceder se apresentariam neste caso: ou se faria audiência prévia aos potencialmente excluídos, *antes* de se fazer a negociação, que nesse caso teria lugar só com os admitidos e deixaria de fora os excluídos, tal como resulta da tramitação do concurso público no qual exista fase de negociação e do procedimento por negociação (artigos 146º, n.º 5, aplicável também ao procedimento de negociação, *ex vi* artigo 200º); ou notificava-se para a negociação apenas os admitidos, e só depois da negociação, na audiência prévia do relatório preliminar, se fazia também o contraditório relativamente à

¹⁸ RAIMUNDO, *Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo*, já citado.

exclusão. Esta segunda hipótese, evidentemente, traria consigo uma desvantagem: poderia ser necessário repetir a negociação, caso um concorrente viesse a convencer a entidade adjudicante da inexistência de motivo para a sua exclusão.

Assim, o Decreto-Lei n.º 278/2009 aditou um n.º 3 ao artigo 118º, que, em nosso entender, veio consagrar aquela primeira solução, ao prever que “[à] exclusão de propostas a que se refere o número anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime de audiência prévia constante do artigo 123.º”; ou seja, o legislador introduziu, na tramitação do ajuste directo, uma formalidade (eventual) de audiência prévia relativa a propostas de exclusão, que tem lugar antes da fase de negociação.

Resta saber quem é a entidade competente para decidir, a título definitivo, da exclusão: é que ao contrário do que sucede no concurso público dotado de fase de negociação e no procedimento por negociação (artigo 148º, n.ºs 3 e 4, aplicável ao procedimento por negociação nos termos do artigo 200º), não está prevista, no ajuste directo, a intervenção constitutiva da entidade competente para a decisão de contratar, sobre o relatório final, *antes* de se passar à fase de negociação: no ajuste directo, passava-se da recepção das propostas à negociação sem qualquer intervenção da entidade competente para a decisão de contratar. Surge a dúvida: a competência para a exclusão a que se refere o n.º 2 do artigo 118º é própria do júri, ou impõe-se a intervenção da entidade competente para a decisão de contratar? Parece que, respeitando a sistemática do Código, terá de ser a entidade competente para a decisão de contratar a praticar este acto de exclusão, e talvez nem sequer deva entender-se esta competência como delegável no júri, já que ela assume uma eficácia constitutiva e uma centralidade incompatível com a função instrutória do júri (artigos 67º, n.º 1, e 69º)¹⁹, aproximando-se decisivamente do acto de qualificação de candidatos e da decisão de adjudicação²⁰, que, não por acaso, configuram competências absolutamente vedadas ao júri (artigos 69º, n.º 2, e 109º, n.º 1 do CCP). Em qualquer caso, esta decisão de exclusão é imediatamente impugnável, administrativa ou judicialmente (artigos 268º e 269º, n.º 1 do CCP e artigos 51º, n.º 1 e 100º ss. do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

¹⁹ Sobre essa função do júri, v. ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos*, comentário ao artigo 69º, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa. Das Fontes às Garantias*, Coimbra: Almedina, 1998, 497; definindo o júri como o órgão responsável pela instrução procedimental, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III - *Actividade administrativa*, 2ª ed., Lisboa: D. Quixote, 2009, 360.

²⁰ Porque a decisão de exclusão de uma proposta é, num certo sentido, uma decisão de *não adjudicação individual*; é uma decisão que põe termo ao procedimento para aquele que é o seu destinatário – ALEXANDRA LEITÃO, *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2002, 211.

Difícil de compreender, no contexto desta alteração ao artigo 118º, é o facto de o novo n.º 2 só se referir, nesta fase (antes da negociação) à exclusão de propostas com fundamento nas alíneas a) a n) do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 146º; ou seja, fica de fora a alínea o) do n.º 2 do artigo 146º, que remete para os fundamentos de exclusão previstos no artigo 70º, n.º 2. É verdade que alguns dos fundamentos previstos no n.º 2 do artigo 70º podem apenas ser definitivamente identificados após a fase de negociação, mas não é assim em todos os casos: imagine-se, por exemplo, um ajuste directo onde o único aspecto submetido à negociação é o preço, e um concorrente apresenta bens que não se conformam com os aspectos não submetidos à concorrência ou com os parâmetros base de qualidade. Tais factos, obviamente, levarão à exclusão da sua proposta, nos termos do artigo 70º, n.º 2, alínea b); no entanto, numa interpretação literal do artigo 118º, n.º 2, na sua nova redacção, o legislador não permitiria a sua exclusão antes da negociação, obrigando (depreende-se) a que essa proposta fosse submetida à negociação. Por isso pensamos que é necessário entender o n.º 2 do artigo 118º como se aí se dissesse também que é permitida a exclusão, nesta fase, com base nos fundamentos a que se reporta a alínea o) do n.º 2 do artigo 146º, *se a sua verificação puder ser feita, de modo definitivo, ainda antes da fase de negociação*.

3.4. Impedimentos à participação em procedimentos de formação

Em matéria de impedimentos à participação em procedimentos de formação, veio o Código estabelecer duas alterações: à redacção inicial da alínea a) do artigo 55º do CCP acrescenta-se uma secção final para clarificar que o sujeito submetido a um processo de insolvência pode, mesmo assim, apresentar-se a procedimento de formação, se estiver abrangido por um plano de insolvência (regulado nos termos dos artigos 192º ss. do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas).

Já a alteração à alínea g) do mesmo artigo 55º entra no número das alterações legislativas (hoje em dia, frequentes até à exasperação) destinadas simplesmente a corrigir remissões legislativas: neste caso, para o Código do Trabalho, recentemente alterado.

Além destas alterações às regras que consagram os impedimentos, o artigo 2º do Decreto-Lei n.º 278/2009 adita ao Código um artigo 83º-A, que traz um regime inteiramente novo, o qual, de acordo com a sua epígrafe, se refere à “força probatória dos documentos de habilitação”.

Trata o novo artigo 83º-A, no seu n.º 1, da prova da ausência dos impedimentos a que se reportam as alíneas a), b) e i) do artigo 55º, e no seu n.º 2, da prova da ausência dos

impedimentos referidos nas alíneas d) e e) do mesmo artigo 55.º. O n.º 3 regula os casos onde não seja possível obter os documentos referidos nos dois números anteriores.

Estabelece, então, o n.º 1 do preceito que “As entidades adjudicantes devem aceitar como prova bastante de que o adjudicatário não se encontra abrangido por nenhum dos casos referidos nas alíneas a), b) e i) do artigo 55.º a apresentação de um certificado de registo criminal ou, na sua falta, de documento equivalente emitido pela autoridade judicial ou administrativa competente, do qual resulte que aqueles requisitos se encontram satisfeitos”.

Só pode tratar-se de um manifesto lapso, a corrigir, espera-se, por declaração de rectificação, a referência à alínea a) do artigo 55.º, pois a ausência do facto a que ela se reporta (a situação de insolvência), manifestamente, não se prova por certificado de registo criminal, nem por “documento equivalente”; aliás, essa situação nem sequer é objecto de prova por apresentação de documentos de habilitação, como resulta do artigo 81.º, n.º 1, alínea b)²¹. Assim, a única solução (no caso de não haver declaração de rectificação) é fazer interpretação ab-rogante dessa menção à alínea a), mas apenas no que diz respeito ao n.º 1, pois a referência do n.º 3 (que permite substituir documento por declaração) faz sentido também relativamente à inexistência de situação de insolvência.

O n.º 2, por sua vez, reporta-se à prova da ausência dos factos referidos no artigo 55.º, alíneas d) e e), dispondo que a mesma se basta com “um certificado emitido pela entidade competente” – ou seja, pela Administração tributária ou pela Segurança Social, ou pelas entidades equivalentes de outros Estados. Apesar de o legislador não o dizer, só se torna necessário tomar em conta este documento caso o adjudicatário não permita o acesso à informação por via electrónica, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 83.º, pois se o permitir, é dispensada a apresentação de documentos comprovativos²².

O n.º 3, por sua vez, estabelece um regime para os casos onde faltem os documentos previstos nos n.ºs 1 e 2: “No caso de não emissão dos documentos ou certificados referidos nos números anteriores ou se estes não se referirem a todos os casos referidos nas alíneas a), b) e i) do artigo 55.º, podem os mesmos ser substituídos por uma declaração solene, sob compromisso de honra, feita pelo interessado perante a autoridade judicial ou administrativa competente, um notário ou um organismo profissional qualificado.”

A primeira dificuldade suscitada por esta norma é a de saber que casos de “não emissão” dos documentos estão em causa. Só pode tratar-se de não emissão por recusa ou atraso

²¹ A não ser, claro, que a entidade adjudicante tenha dúvidas e solicite a comprovação da não verificação desse impedimento.

²² O Decreto-Lei n.º 114/2007, de 19 de Abril, regula os termos da permissão de consulta *online* da informação tributária ou contributiva.

ilegais por parte das entidades que estão obrigados a emití-los, e não, por exemplo, uma não emissão por facto imputável ao próprio adjudicatário (por exemplo, falta de pagamento de emolumentos ou taxas, ou atraso no pedido), pois esta só pode levar à caducidade da adjudicação (artigo 86º, n.º 1, do CCP). Só assim delimitados os casos de não emissão se compreende que se possa substituir o documento por declaração. Mas assim sendo, parece que pode dizer-se o seguinte: se a recusa ou atraso na emissão são ilegítimas, o adjudicatário pode apresentar uma declaração, para efeitos de habilitação e celebração do contrato; *mas quando vier a dispor da declaração ilegitimamente não emitida, deve apresentá-la à entidade adjudicante.*

A segunda dificuldade prende-se com a previsão de declaração solene “feita pelo interessado perante a autoridade judicial ou administrativa competente, um notário ou um organismo profissional qualificado”. Não se vislumbra facilmente a exequibilidade ou a utilidade desta norma, que parece pressupor que alguém declare que não se encontra numa determinada situação, *perante uma entidade que não a entidade adjudicante*, para depois apresentar a prova dessa declaração perante a própria entidade adjudicante. Por exemplo, não se vislumbra a que título (e com que eficácia) um particular se poderá dirigir a uma “autoridade judicial” e declarar perante ela que não se encontra numa das situações previstas no artigo 55º; ou qual o efeito de uma empresa se dirigir, por exemplo, à Administração tributária e aí declarar, solenemente e sob compromisso de honra, que não tem dívidas ao fisco; ou de ir perante um notário e declarar o mesmo. Parece ter ocorrido aqui a introdução de uma formalidade inútil e de difícil cumprimento, perante terceiros. Se a ideia (razoável) era a de obrigar a uma declaração solene, sob compromisso de honra, não se compreende porque razão essa declaração não poderia apenas ser feita *à própria entidade adjudicante*. Se porventura a declaração provasse ser falsa, a entidade adjudicante poderia sempre anular o contrato por erro sobre as qualidades da pessoa do co-contratante (artigos 251º e 247º do Código Civil, *ex vi* artigo 284º, n.º 3, do CCP) e responsabilizá-lo por *culpa in contrahendo* (artigo 227º do Código Civil), para além de o co-contratante incorrer na prática de contra-ordenação muito grave (artigo 456º, alínea e), do CCP), podendo levar à aplicação de sanção acessória de inibição de participar em procedimentos de formação (artigo 460º do CCP).

3.5. Outras alterações

As alíneas f) e h) do n.º 1 do artigo 132º são alteradas, em ambos os casos alargando-se a referência aos documentos cuja apresentação é necessária.

Assim, a alínea f) deixa de se restringir aos documentos de habilitação a apresentar nos termos do “artigo 81º, n.º 6”, para passar a referir-se simplesmente aos documentos de

habilitação a apresentar nos termos do “artigo 81º”; e a alínea h), que se referia à apresentação dos documentos mencionados “na alínea c) do n.º 1 do artigo 57º”, se necessários, passa a referir-se aos “documentos referidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 57º e no n.º 4 do artigo 60º”; obviamente, em cada procedimento eles poderão ou não ser obrigatórios (por exemplo, os do n.º 2 do artigo 57º apenas serão necessários em contratos com prestações típicas do contrato de empreitada de obras públicas).

A alteração feita ao n.º 1 do artigo 186º tem por objecto apenas substituir a referência aí feita, por lapso, aos “concorrentes” (encontramo-nos, aí, na fase de qualificação do concurso limitado, onde ainda não há concorrentes – artigos 52º e 53º do CCP) pela referência correcta a “candidatos”.

4. Alterações à parte III do Código (regime substantivo dos contratos administrativos)

4.1. Disposições gerais

O n.º 7 do artigo 295º (integrado em sede de disposições gerais aplicáveis aos contratos administrativos e relativo à liberação da caução) é totalmente reformulado pelo Decreto-Lei n.º 278/2009.

Passa a dispor-se que “[n]os contratos sujeitos, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 397.º, a diferentes prazos de garantia e, conseqüentemente, a recepções provisórias e definitivas parciais, a liberação parcial da caução, nos termos do disposto nos números anteriores, é promovida na proporção do valor respeitante a cada um dos conjuntos de elementos que compõem a obra, designadamente estruturais, construtivos não estruturais ou instalações técnicas e equipamentos”.

A alteração ao n.º 7 do artigo 295º assenta, a nosso ver, num equívoco relativo ao seu âmbito de aplicação.

Na verdade, essa norma era, na versão inicial, uma verdadeira disposição geral, e com a intervenção do Decreto-Lei n.º 278/2009 passou a ser, pelo menos literalmente, uma disposição específica sobre o contrato de empreitada de obra pública ou que contenha uma prestação típica desse contrato (é a consequência de o legislador restringir a solução aí prevista aos casos do n.º 2 do artigo 397º e de se referir expressamente à “obra”).

É uma má opção: a versão inicial do n.º 7, embora pudesse precisar de clarificação, podia aplicar-se a outros contratos, que não os de empreitada, onde os prazos de garantia fossem diversos. Não é preciso ir muito longe para encontrar exemplos: no fornecimento de uma máquina pesada, pode perfeitamente ter-se estabelecido um prazo de garantia para certos elementos da máquina (estruturais, como o motor ou o revestimento) e outro para elementos mais frágeis e fungíveis (como dispositivos de *interface*: monitores, teclados),

já que o Código, embora tenha uma regulação supletiva em matéria de garantias no fornecimento de bens (artigos 441º e 444º, n.ºs 1 e 2), não impede soluções mais criativas, enquadráveis no exercício da autonomia contratual (v. nesse sentido o próprio artigo 444º, n.ºs 4 e 5).

Mais uma vez, o legislador teve as vistas limitadas ao âmbito da sua própria intervenção²³ – neste caso, pressupôs, erradamente, que o único escopo possível do n.º 7 do artigo 295º era a aplicação ao contrato de empreitada. A solução para mais uma intervenção desastrosamente restritiva só pode ser, em nossa opinião, a sua extensão, através de interpretação, a outros casos que entram no espírito da norma cuja letra o legislador limitou indevidamente: neste caso, parece-nos possível “devolver” ao n.º 7 do artigo 295º o seu carácter de disposição geral (não esquecer o capítulo onde o preceito se integra), admitindo a aplicação da norma aí prevista a todos os contratos (sejam ou não de empreitada) onde haja diferentes prazos de garantia e/ou diferentes fases de recepção.

4.2. Empreitada de obras públicas

As alterações introduzidas ao regime do contrato de empreitada de obras públicas versam (com apenas uma excepção) sobre aspectos que se prendem com a modificação objectiva do contrato: alterações de prazos, preços, trabalhos de suprimento de erros e omissões, trabalhos a mais e supressão de trabalhos. Não é surpreendente, pois trata-se de matérias especialmente sensíveis, onde o Código veio inovar bastante.

O n.º 3 do artigo 361º é alterado, passando a incluir três novos casos que permitem ao empreiteiro a alteração do plano de trabalhos, além do caso em que se torne necessário compatibilizá-lo com o plano final de consignação. Esses novos casos são os seguintes: (i) a prorrogação do prazo de execução, (ii) a detecção de erros e omissões reclamados na fase de execução, e (iii) os trabalhos a mais.

Em qualquer um destes novos casos, já resultaria, sem dúvida, das regras gerais, a possibilidade de alteração do plano de trabalhos: o contrato é (tem de ser) um todo coerente, e a modificação objectiva de um dos seus elementos implica os necessários ajustamentos a todos os outros elementos com os quais esse se relaciona.

Contudo, mais uma vez, estamos perante uma alteração que denota, na sua execução, falta de cuidado e de atenção aos preceitos relacionados com os preceitos que são alterados. Neste caso, a alteração introduzida ao n.º 3 torna parcialmente incompreensível o n.º 4 (que o Decreto-Lei n.º 278/2009 não altera), pois este n.º 4 dispõe que “Os ajusta-

²³ No que diz respeito à intervenção na parte III do Código, as alterações referem-se todas ao contrato de empreitada – mesmo esta ao n.º 7 do artigo 295º.

mentos referidos no número anterior não podem implicar a alteração do preço contratual, nem a alteração do prazo de execução da obra, nem ainda alterações aos prazos parciais definidos no plano de trabalhos constante do contrato, para além do que seja estritamente necessário à adaptação do plano de trabalhos ao plano final de consignação”.

Assim, torna-se agora necessário fazer interpretação restritiva do n.º 4, no sentido de ele só se aplicar às alterações ao plano de trabalhos referidas na primeira parte do n.º 3 (as que estão relacionadas com o plano final de consignação), pois obviamente, os três casos introduzidos na segunda parte do n.º 3 podem perfeitamente levar a alteração de preço, de prazo global ou de prazos parciais de execução.

A alteração introduzida ao n.º 3 do artigo 370º é claramente uma intervenção “a pedido”, pois sem nenhuma justificação sistemática, acrescenta-se aos casos que, de acordo com a redacção actual, poderiam levar à subida para 25% do valor dos trabalhos a mais – ou seja, “obras cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade, nomeadamente as obras marítimas-portuárias e as obras complexas do ponto de vista geotécnico, em especial a construção de túneis”, os casos de “obras de reabilitação ou restauro de bens imóveis”.

O legislador, não querendo “perder a face” numa matéria cara à manutenção da imagem de preocupação financeira de controlo de custos das obras públicas²⁴, optou por manter formalmente os limites das alíneas c) e d) do n.º 2 do artigo 370º, que são exigentes (sobretudo o da alínea c)), mas incluiu na excepção do n.º 3 do mesmo artigo o caso das “obras de reabilitação ou restauro de bens imóveis”.

Esta alteração, para não constituir uma quebra sistemática clara, deve ser interpretada no sentido de não dispensar a apreciação do teste da existência de “condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade” aos quais a obra esteja sujeita – ou seja, deve ser interpretada no sentido de ser apenas mais um caso da enumeração exemplificativa (que abrange as obras portuárias-marítimas e as obras complexas do ponto de vista geotécnico) com que o legislador complementa a cláusula geral²⁵.

Fazemos esta observação porque, literalmente, fica a dúvida sobre se o legislador quis separar as obras de reabilitação e restauro de bens imóveis das demais obras previstas no n.º 3, dando a entender que a categoria de obras agora acrescentada permitiria sempre o

²⁴ Recorde-se a origem das novas limitações ao valor dos trabalhos a mais em LINO TORRALBA, *A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos - breves notas sobre algumas das principais novidades*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, (64), Julho/Agosto 2007, pp. 55-69, (57 ss.).

²⁵ Referindo que o limite dos 25% se prende com a “especificidade” das obras, v. TORRALBA, *A empreitada de obras públicas*, 58. Parece-nos que assim se deve manter.

aumento do valor dos trabalhos a mais, *independentemente* de serem afectadas pelos tais “condicionalismos naturais”. A verdade é que, a ser assim, não pareceria existir justificação bastante para esta excepção, pois por sua própria natureza, os trabalhos de reabilitação e restauro não oferecem especial risco de aumento imprevisível, inevitável e inadiável dos custos da obra (ao contrário do que acontece com os casos previstos na primeira parte da norma) e não se compreenderia, conseqüentemente, que só por serem trabalhos de restauro ou reabilitação pudessem implicar um aumento tão considerável dos trabalhos a mais. Se era essa a intenção do legislador, deveria tê-lo dito expressamente.

Uma outra observação suscitada pela alteração: prevê-se que, a partir de agora, haja muitas obras de reabilitação e restauro de imóveis. Não é bom sinal, tendo em conta que não se trata de conceitos de fácil densificação, por exemplo, se comparados com os outros tipos de obras profusamente referidos no artigo 343º, n.º 2 – como distinguir claramente uma obra de reabilitação ou restauro de uma obra de “ampliação”, “alteração ou adaptação”, “conservação”, “reparação” ou “beneficiação” de um bem imóvel? É esta mais uma razão, parece, para entender que mais importante para efeitos de aplicação do n.º 3 do artigo 370º, é interpretar a cláusula geral de “obra sujeita a condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade”, pois se uma obra (qualquer uma: de construção, reconstrução, reabilitação, etc.) preencher essa cláusula geral, o n.º 3 do artigo 370º poderá aplicar-se, sem necessidade de outras indagações.

O Decreto-Lei n.º 278/2009 altera o n.º 2 do artigo 373º, alterando a referência ao termo inicial de contagem do prazo de dez dias de que o empreiteiro dispõe para apresentar a proposta de preço e prazo para os trabalhos a mais. Enquanto a redacção inicial se referia à “data da notificação da ordem de execução”, a nova redacção refere-se à “data da recepção da ordem de execução dos mesmos”.

Na mesma linha, o Decreto-Lei n.º 278/2009 altera ainda o n.º 5 do artigo 394º, que regula o prazo de realização da vistoria em fase de recepção provisória da obra. De acordo com a redacção inicial, nos casos em que vistoria é solicitada pelo empreiteiro, o prazo de 30 dias de que o dono da obra dispunha para a realizar começava a contar-se a partir “da data em que fo[sse] notificado da referida solicitação”; a nova redacção estatui que o prazo se conta “da data da recepção da referida solicitação”.

Embora estas alterações tenham a vantagem de uniformizar os termos iniciais de contagem dos prazos a que se reportam²⁶, a verdade é que a solução material não parece alte-

²⁶ E no caso do n.º 2 do artigo 373º, há a vantagem de o tornar consonante com o n.º 1 do artigo 372º, pois ambas as normas se referem a actos (alternativos) que cabe ao empreiteiro praticar na sequência do mesmo acto: a ordem de execução de trabalhos a mais.

rar-se grandemente, face às regras gerais em matéria de notificações (artigos 467º e 469º, n.º 1); no entanto, com estas alterações, podem verificar-se soluções marginalmente discrepantes entre essas regras gerais e as regras específicas na empreitada²⁷, o que não é vantajoso para a unidade sistemática do Código; sobretudo quando não parece existir justificação suficiente para consagrar regras específicas sobre notificações no âmbito do contrato de empreitada. Acresce ainda que as regras específicas estabelecidas podem criar incerteza e dificuldades de prova sobre a data da efectiva recepção da notificação²⁸.

O artigo 381º sofre uma alteração à epígrafe, que passa de “Indemnização por redução do preço contratual” a “Indemnização por supressão de trabalhos”. Além disso, o n.º 1 sofre igualmente uma alteração: onde se lia “ordem de suspensão de trabalhos” passa a ler-se “ordem de supressão de trabalhos” (tratando-se claramente da correcção de um lapso que permaneceu após a declaração de rectificação).

Se a alteração do n.º 1 é feliz, não o é a alteração da epígrafe, que não reflecte o conteúdo do artigo. Com efeito, a epígrafe dá agora a entender que a indemnização tem por fundamento a supressão de trabalhos, e apesar de ser esse o caso mais comum, não é necessariamente assim. Basta aliás confrontar o próprio n.º 1: não só a supressão de trabalhos mas “outros actos ou factos imputáveis ao dono da obra” podem levar à redução do preço contratual²⁹; é este facto – a redução do preço contratual – e não aquele – a ordem de supressão – que constitui o fundamento, a *causa jurídica*, do direito à indemnização.

²⁷ Como sucede se a notificação for enviada por via postal registada sem aviso de recepção, caso em que contaria a data do registo, nos termos da regra geral (artigo 469º, n.º 1, alínea c)), e a data da recepção, nos termos das regras específicas da empreitada.

²⁸ Problema que as regras gerais em matéria de notificação por meios electrónicos – hoje em dia, a via mais frequente – resolvem, partindo da presunção, tecnicamente correcta, de que o momento do envio da mensagem de correio electrónico ou da telecópia é o momento em que ela chega ao seu destinatário: cf. artigo 469º, n.º 1, alíneas a) e b).

²⁹ Dois exemplos: - o empreiteiro tinha-se obrigado a afectar à obra 20 operários por dia, porque o prazo inicialmente fixado, por motivos de urgência do dono da obra, era de 3 meses; mas desaparecendo posteriormente os motivos de urgência, o dono da obra, para redução de custos, determinou que a obra pudesse fazer-se em 4 meses, o que permitiu ocupar apenas 10 operários por dia. Podendo haver redução do preço contratual, não há supressão de trabalhos; e no entanto a indemnização do artigo 381º é devida, se se verificarem os seus pressupostos;

- estava prevista a aplicação de materiais (por exemplo: azulejos) de determinada qualidade, que o empreiteiro deveria fornecer, mas o dono da obra determinou a aplicação de outros, de menor custo. O trabalho – a aplicação dos materiais – é exactamente o mesmo, mas há uma alteração de materiais que gera diminuição do preço contratual, pelo que mais uma vez, é devida a indemnização do artigo 381º, se se verificarem os respectivos pressupostos.

5. Balanço

Em termos globais, as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 278/2009 não beneficiam a coerência interna do Código dos Contratos Públicos e consagram algumas más soluções, não constituindo um bom prenúncio para uma codificação que se pretende uniforme e estável – sem o que poderá facilmente desmoronar-se.

Algumas alterações são feitas sem atender de forma adequada às repercussões com preceitos conexos com os preceitos alterados. Por outro lado, manifesta-se em alguns casos a incapacidade do legislador em desprender-se da *occasio legis*, o que se concretiza em algumas alterações onde o espírito é correcto, mas a letra é excessivamente restritiva, pelo que o intérprete-aplicador precisa de estender essas soluções aos casos onde, teleológica e valorativamente, essa extensão se justifique.

Ano e meio após a aprovação do Código, começa a sentir-se a “pressão” para inflectir opções fundamentais, neste caso em matéria de âmbito de aplicação dos procedimentos da parte II (com uma injustificada alteração relativa às instituições de I&D) e de limites aos trabalhos a mais. Querendo manter-se essas opções, há que ser firme; querendo inflectir-se essas opções, há que fazer previamente o devido debate e reflexão, sob pena de se começar, sem rumo, a introduzir excepções arbitrárias que, de tantas e tão amplas, poderão inverter a própria regra. □

Decretamento provisório de providências cautelares no contencioso administrativo

Sofia Ventura

«São piores os homens que os corvos. O triste que foi à força, não o comem os corvos senão depois de executado e morto; e o que anda em júizo, ainda não está executado nem sentenciado, e já está comido.»

Padre António Vieira – in Sermão de Santo António (aos Peixes), 1654

INTRODUÇÃO: A Reforma da justiça Administrativa – Da catarse à acção

É redundante afirmar que a reforma da justiça administrativa, materializada, antes de mais, na aprovação do novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), representa uma alteração de fundo na concepção, até então ferozmente objectivista, do contencioso administrativo. Se indagarmos, porém, quanto às razões que presidiram à assunção da empreitada de reformar a justiça administrativa, o que nos remete, necessariamente, para a realidade precedente, o nosso esforço (porventura, sobretudo, o esforço do jovem operador do direito) é, imediatamente, tolhido pela sensação de se tratar de um Estado com uma *perturbação dissociativa da identidade*. A concepção política de um Estado Social de Direito convivia, sob as mesmas vestes, com uma concepção ultrapassada, e eminentemente liberal, da função administrativa. É certo que a inspiração francesa do anterior contencioso e, em particular, uma compreensão rígida (purista, se quisermos) do princípio da separação de poderes, tem muito que ver com esta realidade, mas, sobretudo depois da revisão constitucional de 1997, o particular adormecia confortado nos

braços de um “Estado-Dr. Jekyll”, acordando, ocasionalmente, para uma luta desigual com uma “Administração-Mr. Hyde”¹.

Acompanhamos, por isso, na íntegra Carla Amado Gomes² quando vai advertindo que *“Num Estado Social de Direito, a Administração deve estar submetida, na plenitude das suas múltiplas manifestações, ao controlo jurisdicional. Isso em nada deslutra, antes a legitima aos olhos do cidadão, como um poder igual entre os seus pares, cuja actividade se deve pautar pela Lei e pelo Direito, sem privilégios nem arbitrariedades”*. Trata-se, essencialmente, de superar o preconceito de que «julgar a Administração é ainda administrar» e admitir que toda a actividade administrativa terá, necessariamente, de estar sujeita a escrutínio judicial, seja porque a Administração está também adstrita ao direito, seja porque a sua actividade vai bulindo, diariamente, com direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos dos administrados.

A inversão de um modelo contencioso tendencialmente objectivista (dirigido à defesa da legalidade) como o que vigorava antes da reforma; no sentido de um outro largamente subjectivista (dirigido à tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares) acompanha o “reequilíbrio”, finalmente acolhido pelo legislador ordinário, entre uma concepção actualista do princípio revolucionário da separação de poderes e o princípio da tutela jurisdicional efectiva. E, neste ponto, é particularmente feliz Vasco Pereira da Silva³ ao falar numa espécie de “revolução copernicana” na justiça administrativa, na medida em que, sem desprezo pela esfera de discricionariedade administrativa, todo o contencioso passa a gravitar em torno do imperativo último de assegurar que, a cada putativa pretensão regularmente deduzida em juízo, corresponda uma acção em condições de garantir uma decisão, em tempo útil, a quem tenha legitimidade e interesse em agir. Mas a parcimónia da anterior Lei do Processo dos Tribunais Administrativos (LPTA), no que aos processos cautelares respeitava, faz com que as novidades introduzidas nessa sede pelo CPTA, ofusque a importância da previsão do n.º 1 do art. 37.º do CPTA.

Efectivamente, em nenhum outro domínio foi a reforma tão audaz como em matéria cautelar. O interessado, que tinha ao seu dispor apenas a medida conservatória de suspensão de eficácia de actos administrativos (sem prejuízo das interpretações jurisprudenciais que admitiam, pelo menos por princípio, a aplicação subsidiária das providências previs-

¹ A mesma imagem foi já explorada por Maria João Estorninho, na tese *“A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública”*, embora em contexto diverso e com diferente diagnóstico.

² In *“Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e o seu Controlo jurisdicional”*, 1999, Coimbra Editora, pág. 439, apud *“Das Intimações – Considerações sobre uma (Nova) Tutela de Urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos”*, Sofia David, 2005, Almedina, pág. 181.

³ In *“Ventos e mudança no Contencioso Administrativo”*, 2000, pág. 100

tas no Código de Processo Civil), passa a poder requerer o decretamento de qualquer providência, de conteúdo negativo ou positivo, desde que apta a acautelar a utilidade da decisão a proferir no processo principal. Mais reveladora será, no entanto, a atribuição ao juiz cautelar do poder-dever de averiguar (de acordo com diferentes gradações) da “aparência do bom direito”, eliminando, positivamente, qualquer “presunção de legalidade” do acto administrativo.

Por outro lado, somos da opinião que, inexistindo no nosso ordenamento um mecanismo de “queixa constitucional” semelhante ao que se encontra previsto noutros países, o legislador quis regular - de forma integrada - a matéria dos direitos fundamentais, na medida em que sindicável nos tribunais administrativos. Parecendo, de resto, acertado caracterizá-la como uma tutela “qualificada”, no sentido em que, aqui, e sempre em homenagem àquele princípio da tutela jurisdicional efectiva, os poderes do juiz são de tal modo intensos (permitindo-lhe emitir sentenças substitutivas da Administração, logo na fase declarativa do processo de intimação previsto nos art.s 109.º e segs e decretar provisoriamente a providência cautelar requerida - ou outra proporcionalmente adequada) que, também nesta sede, à semelhança do que acontece relativamente à tutela cautelar, se pode falar, com a mesma propriedade, de um “super-juiz”. No mesmo sentido parece, de resto, pronunciar-se Rosendo Dias José⁴, com a vantagem de, tendo participado na elaboração do anteprojecto sujeito a discussão pública, nos proporcionar um contributo relevante para uma interpretação historicamente orientada.

DECRETAMENTO PROVISÓRIO

1. Objecto e natureza do art. 131.º:

A previsão da possibilidade de decretamento provisório de providências ainda na pendência do processo cautelar é, pelo que vem dito, absolutamente inovatória. Sendo certo, porém, que o anteprojecto sujeito a discussão pública previa já esta possibilidade no seu art. 114.º, em termos muito próximos dos que vieram a ficar consagrados na nova lei de processo, embora sob a confusa epígrafe “dispensa de audição prévia”⁵.

Ora, o que prevê o n.º 1 do art. 131.º do CPTA é que *“Quando a providência cautelar se destine a tutelar direitos, liberdades e garantias que de outro modo não possam ser*

⁴ In “Os Meios do CPTA Próprios para a Tutela de Direitos Fundamentais e o Recurso do Artigo 150.º”, «A Nova Justiça Administrativa», Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2006, pág. 207 a 235.

⁵ As duas únicas alterações dignas de registo (para além da alteração da epígrafe que passou a falar num “decretamento provisório da providência”) são: o alargamento da previsão do preceito de modo a abarcar todos os direitos, liberdades e garantias e não apenas aqueles que se revistam de natureza “pessoal”; e a dispensa da intervenção do Ministério Público, de harmonia com o regime consagrado no art. 36.º, n.º 2 para os processos urgentes.

exercidos em tempo útil [por se estar perante uma sua lesão iminente e irreversível, esclarece o n.º 3] ou quando entenda haver *especial urgência*”, pode o requerente solicitar o seu decretamento provisório.

Somos da opinião que daqui se devem extrair, desde logo, três ilações: primeiro, que o decretamento provisório só é admissível quando estejam em causa *direitos, liberdades e garantias* ou outra situação que se revista de *especial urgência*, não se aplicando nos restantes casos; segundo, que se exige, para que a providência seja provisoriamente decretada, um *periculum in mora* qualificado⁶, no sentido em que não basta que o não decretamento da providência ponha em causa a utilidade da decisão no processo principal, exige-se, isso sim, que haja fundado receio que o não decretamento (provisório) possa fazer perigar a utilidade da própria decisão cautelar; e, por último, que este é um mecanismo a aplicar cumulativamente (veremos à frente em que termos) com as disposições comuns a todas as providências, mas também com as disposições particulares que rejam cada uma delas (“Quando a providência se destine...”). Para já, acentuamos apenas o facto do art. 131.º não excluir do seu âmbito de aplicação qualquer das medidas cautelares admissíveis (tipificadas ou outras).

Parece-nos depois acertada (agora já não apenas em resultado do previsto no n.º1, mas da interpretação conjugada do art. 131.º) a doutrina que vem qualificando o decretamento provisório como uma forma de tutela pré-cautelar^{7 8}. De facto, se aceitarmos que o decretamento provisório está para a decisão cautelar, como a decisão cautelar está para a decisão no processo principal, na medida em que ambos se justificam pela necessidade de assegurar a utilidade de decisão superveniente, temos de reconhecer ao decretamento, nos termos do art. 131.º, as mesmas características que atribuímos às decisões cautelares, *maxime*, a natureza instrumental, provisória e sumária - embora agravadas em

⁶ Mário Aroso de Almeida, in O Novo Regime de Processo nos Tribunais Administrativos, 4.ª edição, Almedina, 2005, pág. 327.

⁷ De modo diverso, pronunciam-se Rosendo Dias José, *ob. Cit.*, pág. 217 (“Esta segunda decisão proferida nos termos do n.º 6 já não é uma decisão provisória da providência. Nem é uma decisão para acautelar os efeitos de uma outra a proferir posteriormente. É a decisão final da acção urgentíssima de protecção de direitos, liberdades e garantias a que se refere a última parte do n.º 1 do art. 109.º e que se distingue daquela apenas pela especial adequação”) e Jorge Manuel Lopes de Sousa, “Notas práticas sobre o Decretamento Provisório de Providências cautelares”, «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 47, Setembro/Octubre de 2004, pág. 53 (“Proferida a decisão, ela será a decisão definitiva do procedimento cautelar, sem prejuízo da possibilidade de recurso, nos termos gerais. (...) [os interessados] podem requerer a revogação, alteração ou substituição tanto da decisão de recusa como da que decreta a providência (art. 124.º), agora numa providência normal, com a possibilidade de realização de diligências, pois estará ultrapassada a fase de urgência, e com a apreciação dos requisitos gerais das providências, previstos no art. 120.º.”).

⁸ Pela natureza “pré-cautelar” do art. 131.º, processado como incidente no processo cautelar, pronunciou-se já o TCAS, pelo Acórdão de 19.01.2006, proferido no âmbito do recurso n.º 1295/05, relatado por Rogério Martins.

grau, em função dos constrangimentos temporais e de prova. Um primeiro indício da natureza pré-cautelada da decisão prevista no n.º 6 do art. 131.º é, à cabeça (embora seja, porventura, o menos importante), o elemento literal – a epígrafe refere-se, expressamente, a um decretamento “provisório” da providência e o n.º 6 em nada contraria a natureza transitória da decisão, limitando-se a impor a revisão da decisão inicialmente proferida (o que se entende, desde logo, e como veremos adiante, pela necessidade de assegurar o contraditório); depois, há que considerar que, admitir que a decisão proferida no n.º 6 do art. 131.º consubstancia já a decisão final do processo cautelar, constitui um entorse desproporcionado das garantias processuais das partes⁹, garantias essas que lhes são também constitucionalmente reconhecidas e que, por isso, apenas podem ser constrangidas de acordo com exigências rigorosas de proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2 CRP) – pelo que se impõe que a decisão produzida nos termos daquele n.º 6 se mantenha apenas pelo tempo estritamente necessário à prolação de outra que, embora ainda sumária, resulte da ponderação de elementos e meios de prova que não puderam ser atendidos no momento da aplicação do art. 131.º. De facto, não se vislumbra qualquer razão para, acautelada que esteja a utilidade da decisão cautelar, se eximir o tribunal da verificação dos restantes pressupostos de decretamento da providência previstos no art. 120.º, designadamente, da “aparência do bom direito” e da circunstância do não decretamento gerar para o requerente prejuízos superiores aos que adviriam do decretamento da providência para os interesses que se lhe opõem. Poder-se-ia defender que a ponderação dos restantes pressupostos de decretamento (que não o da lesão iminente e irreversível de um qualquer direito, liberdade e garantia ou outra situação de especial urgência - o “*fumus qualificado*”) deve ser feita no momento da decisão do n.º 6 do art. 131.º, mas, então, sempre se teria de admitir que quis o legislador criar a situação inaudita de se impor ao tribunal a produção de uma decisão final assente, em larga medida, na alegação das partes e sem que possa averiguar da sua veracidade. Ora, não sendo esta uma exigência que decorra da necessidade de assegurar a tutela jurisdicional efectiva do requerente, militar por esta possibilidade seria, manifestamente, desproporcional.

Importa, depois, saber em que casos deve o operador sentir-se habilitado a lançar mão deste mecanismo. E se a compreensão do que seja “*lesão iminente e irreversível*” de “*direitos, liberdades e garantias*” se reveste apenas de relativa dificuldade, o mesmo não

⁹ É fundamental ter em consideração que a decisão prevista no n.º 3 do art. 131.º pode ser tomada sem qualquer contraditório e sê-lo-á sempre sem que se produza qualquer outra prova, além da que o requerente faça juntar aos autos, em suporte documental, por altura do pedido de decretamento da providência. Por outro lado, a decisão prevista no n.º 6, impondo a audição das “partes” (e, portanto, também dos contra-interessados), exclui a possibilidade de realização de quaisquer diligências probatórias, pelo que não irá além da apreciação da prova documental produzida, agora já não só pelo requerente, mas também das contra-partes.

se pode dizer da densificação do conceito de “*especial urgência*”. Como bem adianta Maria Fernanda Maçãs¹⁰, a previsão do art. 131.º, na parte que remete para a verificação da iminência de lesão irreversível de um direito, liberdade e garantia, deve ser interpretada de forma sistemática, socorrendo-se o intérprete do disposto no art. 109.º do CPTA, relativamente ao processo autónomo de intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias. De facto, se a eliminação da referência ao carácter pessoal dos direitos, liberdades e garantias com cabimento no art. 131.º, prevista no anteprojecto do CPTA, nos diz alguma coisa, é que o legislador expressou correctamente a sua vontade (art. 9.º, n.º 3 do Código Civil) e todos os direitos, liberdades e garantias (previstos nos Capítulos I, II e III do Título II da CRP) são reconduzíveis às previsões do art. 109.º e 131.º. O legislador quis, como podia, ir além das injunções constitucionais do art. 20.º, n.º 5 da CRP, garantindo, assim, tutela qualificada à generalidade dos direitos, liberdades e garantias. Resta, pois, apurar o que possa consubstanciar situação de “*especial urgência*”, para efeitos de decretamento provisório de providências. A este propósito pronunciou-se já o Tribunal Central Administrativo do Sul¹¹, pela referência desta especial urgência à “*situação do direito invocado*”, para concluir que só na medida em que estejam em causa direitos fundamentais, nomeadamente, os de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias a que se refere o art. 17.º da CRP, se justificaria a dispensa de produção de prova dos indícios suficientes da existência do direito invocado. É certo que o equilíbrio muito particular vertido no art. 131.º impõe, sempre, parcimónia na sua aplicação, não parece, contudo, que tenha sido intenção do legislador circunscrevê-lo à tutela de direitos fundamentais do requerente, pois que os direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias sempre estariam incluídos na previsão daquele preceito por força do art. 17.º CRP, pelo que, fosse esse o conteúdo da “*especial urgência*” ali prevista, e esta referência seria pleonástica¹². Parece-nos, isso sim, que a referência a situações de especial urgência se terá de interpretar em concordância com a teleologia do decretamento provisório: ocorrerá uma situação de especial urgência, apenas, quando o não decretamento provisório da providência importe a inutilidade de posterior decisão cautelar, independentemente,

¹⁰ In “*Meios Urgentes e Tutela Cautelar – Perplexidades quanto ao Sentido e Alcance de alguns Mecanismos de Tutela urgente*”, «A Nova Justiça Administrativa», Centro de estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2006, pág. 102.

¹¹ Acórdão de 8.03.2007, proferido no âmbito do processo n.º 2202/06, relatado por Cristina dos Santos.

¹² Há ainda a registar que a posição adoptada no referido acórdão conduz (na medida em que não se consiga, em concreto, avertir a violação de qualquer direito fundamental do interessado), à impossibilidade de decretamento provisório das providências relativas a procedimentos relativos à formação de contratos, como, de resto, ali se decidiu. Isto, apesar do decretamento de providências nos procedimentos pré-contratuais se caracterizar, por natureza, pela sua especial urgência – descrevendo Vieira de Andrade esta como uma situação de “*periculum in mora in re ipsa, em que o perigo reside na própria situação litigiosa*”, in “*A Justiça Administrativa (Lições)*”, 8.ª Edição, Almedina, 2006, pág. 373.

do objecto litigioso¹³. A referência autonomizada aos direitos, liberdades e garantias deverá, parece-nos, ser interpretada no sentido de lhes fazer corresponder um tratamento de “favor”, entendendo-se que a averiguação do preenchimento dos requisitos de decretamento provisório deverá ser feita de forma particularmente benévola, quando o objecto do litígio se prenda com direitos fundamentais¹⁴.

2. Critérios de decretamento provisório de providências:

A decisão cautelar está, no CPTA, condicionada, nos termos do art. 120.º, à verificação de três pressupostos cumulativos, a saber, o *periculum in mora*, a “aparência do bom direito” e a circunstância do não decretamento da providência comportar para o requerente prejuízos superiores aos que resultariam do seu decretamento para os interesses antagónicos (públicos ou privados)¹⁵. No que concerne o primeiro dos pressupostos do decretamento de qualquer providência cautelar, parece-nos que, se a morosidade processual não for apta a fazer perigar a utilidade da decisão no processo principal (*periculum in mora*), não há, de facto, interesse processual em agir¹⁶. Este é, pois, um pressuposto transversal a todas as providências, mesmo, entenda-se, aquelas decretadas ao abrigo da al. a), do n.º 1, do art. 120.º, pelo que, ainda que a procedência do pedido na acção principal seja evidente, a providência não deve ser decretada se o ganho que advirá de, eventual, decisão favorável no processo principal não estiver em risco. Já quanto à “aparência do bom direito”, há que atender à graduação da intensidade do *fumus boni iuris*. Assim, caso a procedência da pretensão deduzida (ou a deduzir) no processo principal seja “evidente”, dispensa-se a ponderação, cumulativa, dos prejuízos decorrentes do decretamento (ou não) para os interesses em confronto (pressuposto que é, vimos, o interesse em agir), devendo o tribunal, nestes casos, deferir o requerimento, nos termos da al. a) do n.º 1 e

¹³ Nestes casos, e na medida em que a omissão da intervenção judicial redundaria em denegação de justiça, sempre se deverá entender que o que se pretende acautelar com o decretamento provisório é o direito a uma tutela jurisdicional efectiva, consagrado nos art.s 20º, n.º 5 e 268.º, n.º 4 CRP, e ele próprio entendido como direito fundamental de natureza análoga.

¹⁴ Trata-se, lá está, de reconhecer que quis o legislador constituinte e, agora, o legislador ordinário revestir a tutela de direitos fundamentais de especiais cautelas. No mesmo sentido, veja-se também Diogo Freitas do Amaral, “As Providências Cautelares no Novo Contencioso Administrativo”, «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 43, Janeiro/Fevereiro de 2004, pág.14.

¹⁵ No sentido da ponderação dos danos morais que advirão do não decretamento da providência para o requerente, veja-se o Acórdão do TCAN de 17.02.2005, proferido no processo n.º 552/04.6BECBR e relatado por Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro.

¹⁶ Neste ponto, acompanhamos Tiago Amorim, vide “As Providências Cautelares no CPTA: Um Primeiro Balanço”, «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 47, pág. 44. Não o seguimos, porém, na parte em que entende que o *periculum in mora* está “*ínsito na ponderação de danos*”.

do n.º 2 - *a contrario* do art. 120.¹⁷; caso a providência requerida vise “*manter ou preservar uma situação existente*”¹⁸ (providência conservatória), exige-se apenas que não seja manifesta a improcedência da pretensão deduzida no processo principal e que inexistam circunstâncias que obstem ao conhecimento do seu mérito (n.º 1, al. b), do art. 120.º), é justo, por isso, afirmar que aqui se prevê o critério da “aparência do bom direito” na sua formulação negativa; por último, estando em causa o decretamento de providência que vise “*prevenir um dano, obtendo antecipadamente a disponibilidade de um bem ou o gozo de um benefício a que o particular pretende ter direito*” (providências antecipatórias)¹⁹, a providência só deverá ser decretada quando seja provável que a pretensão deduzida pelo requerente no processo principal venha a ser julgada procedente (n.º 1, al. c), do art. 120.º) – consagra-se aqui, por isso, o critério do *fumus boni iuris*, na sua vertente positiva. Na medida em que, apenas quanto seja evidente a procedência do pedido na acção principal, estará o tribunal dispensado de proceder à ponderação prevista no n.º 2 do art. 120.º, nos restantes casos, quando o requerente tenha interesse em agir e se verifique o *fumus* (na sua vertente negativa ou positiva), ter-se-á ainda de fazer a ponderação dos interesses antagónicos, i.e., ao tribunal cabe ainda averiguar, segundo um juízo de prognose, se os prejuízos do não decretamento da providência, para o requerente, serão superiores aos que resultariam, em caso decretamento, para os interesses que se lhe opõem²⁰.

Importa, então, apurar em que medida estes serão também pressupostos do decretamento das providências cautelares a título provisório. Ora, a previsão do art. 131.º, à parte da circunstância da providência se dispor a tutelar direitos, liberdades e garantias ou outra situação de especial urgência, apenas exige que se reconheça a possibilidade de lesão iminente e irreversível do direito invocado (na pendência da decisão cautelar,

¹⁷ Da formulação da al. a) do art. 120.º do CPTA tem a doutrina retirado *a contrario* que, do mesmo modo que a evidente procedência da pretensão deduzida determina, sem mais, o decretamento da providência; também a evidente improcedência da pretensão ali deduzida implicará, sem necessidade de averiguar dos restantes pressupostos, o indeferimento do requerimento cautelar.

¹⁸ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, in *Ob. Cit.*, pág. 345.

¹⁹ *ibidem*

²⁰ Note-se ainda que - resulta da parte final do n.º 2 do art. 120.º- caso o tribunal antecipe que os prejuízos decorrentes do decretamento da providência requerida sejam mais gravosos para o interesse público (ou outro que se oponha ao do requerente) que os implicados no seu não decretamento, deve, antes de indeferir o pedido, averiguar se existirá qualquer outra providência em condições de acautelar os interesses do requerente, em condições de superar o critério da ponderação dos prejuízos. Por outro lado, ainda que a providência requerida esteja em condições de ser decretada, por se verificarem todos os requisitos previstos na lei, o n.º 3 do art. 120.º, apelando ao princípio da proporcionalidade (na vertente de proibição do excesso) prevê que, havendo outra em condições de acautelar os interesses do requerente, que comporte menores prejuízos para os interesses do requerido ou contrapartes, o tribunal deve, ouvidas as partes, optar por esta última.

entenda-se), pelo que parece ser esta a condição única do decretamento provisório. O mesmo é dizer que o critério de decretamento provisório de providências é (pelo menos, no momento previsto no n.º 3), exclusivamente, o *periculum in mora* que, no entanto, é qualificado – não importa que se imponha garantir a utilidade da decisão no processo principal (pois que, para tanto, bastaria o decretamento da providência nos termos gerais), exige-se, isso sim, que a própria decisão cautelar apenas mantenha a sua utilidade, na medida em que a providência seja decretada a título provisório. Vimos, porém, que a decisão do n.º 3 está, necessariamente, condicionada à sua revisão, nos termos do n.º 6 e, portanto, depois de ser dada às partes a possibilidade de exercerem o contraditório. A exigência do contraditório apenas se compreende na medida em que estejam as partes em condições de trazer à consideração do tribunal elementos de que este não dispunha anteriormente e os quais deva conhecer. É certo que a sua ponderação será, fatalmente, sumarássima, já que o juiz dispõe de um prazo curto de cinco dias para decidir da manutenção da providência provisoriamente decretada e não se prevê, nesta fase, realização de diligências de prova. Mas as vulnerabilidades da decisão proferida de harmonia com o n.º 6 são consistentes com a circunstância de esta não ser ainda a decisão cautelar final. Daí que, com vista à manutenção, levantamento, alteração ou substituição da providência provisoriamente decretada, devam as partes alegar todos os factos com revelo para que se possa indagar da verificação dos demais pressupostos de decretamento da providência (e já não apenas daquele *periculum* qualificado)^{21 22}. Acompanhamos, no entanto, o entendimento de Mário Aroso de Almeida que, atendendo, à premência da necessidade de tutela que legitima o decretamento provisório, por um lado; e à transitoriedade da decisão do n.º 6, por outro, apenas admite o indeferimento do decretamento provisório quando as razões que se oponham à pretensão do requerente sejam “evidentes”²³.

3. Possibilidade de decretamento oficioso:

A generalidade da doutrina tem-se pronunciado favoravelmente à possibilidade de decretamento oficioso de providências a título provisório, entendendo que a interpretação do art. 131.º mais consentânea com o princípio da tutela jurisdicional efectiva é aquela que permite ao tribunal, sempre que reconheça a existência da possibilidade de lesão iminente e irreversível de um direito, liberdade e garantia ou outra situação de especial urgência

²¹ No mesmo sentido pronuncia-se Jorge Manuel Lopes de Sousa, *Ob. Cit.*, pág.52.

²² Pela ponderação dos pressupostos de decretamento de providências previstos nos n.º 1 e 2 do art. 120.º no “segundo estágio de decisão” de decretamento provisório (n.º 6), pronunciou-se já o TCAS, no Acórdão de 11.10.2006, proferido no recurso n.º 1471/06 e relatado por Rogério Martins; e no Acórdão de 8.03.2007, relatado por Cristina dos Santos e proferido no processo n.º 2202/06.

²³ Mário Aroso de Almeida, *Ob. Cit.*, pág. 328

(e independentemente de impulso processual do requerente), decretar provisoriamente a providência requerida ou outra proporcionalmente adequada²⁴. É certo que o legislador atribuiu ao juiz cautelar importantíssimos poderes de conformação do pedido, nomeadamente, quando consagrou o dever do tribunal averiguar da proporcionalidade da medida a decretar. Não nos parece, contudo, que daí se possa retirar que tenha sido seu intento investir o juiz do dever de promover os interesses de qualquer das partes, substituindo-as naquela que é a sua posição processual. Efectivamente, o art. 114.º não dispensa o requerente de indicar a providência ou as providências que, em concreto, queira ver adoptadas (n.º 3, al. f)), cominando a notificação do requerente para que supra a omissão, o que, não acontecendo, determina a rejeição liminar do requerimento por ineptidão da petição inicial, nos termos do art. 116.º, n.º 2, al. a). Por outro lado, decompondo os poderes de adequação do juiz cautelar, rapidamente nos apercebemos que estes não militam pelas necessidades de tutela do requerente. Se o n.º 3 do art. 120.º acomete ao juiz a possibilidade de decretar *“outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição daquela ou daquelas que tenham sido concretamente requeridas”*, só o faz na medida em que, acautelando o interesse que o requerente se propôs salvaguardar, isso se revele *“menos gravoso para os demais interesses, públicos ou privados, em presença”*. E ainda, se o n.º 2 – *in fine* do art. 120.º, incumbe o tribunal de decretar outra ou outras providências susceptíveis de acautelar os interesses do requerente em condições de superar o critério da ponderação dos prejuízos para os interesses em confronto, quando, segundo um juízo de prognose, seja de antecipar que os prejuízos do seu decretamento para os interesses opostos sejam superiores aos prejuízos do seu não decretamento para o requerente, também parece estar latente que a providência efectivamente decretada será um *minus*, (quanto muito, equiparável) em relação à inicialmente peticionada. Num e noutro caso, a proibição do excesso investe o juiz de um poder conformador que tem por limite a extensão da providência individualizada no requerimento inicial de decretamento. O art. 131.º (que entendemos ter natureza especial) não derroga, neste ponto, o regime previsto no Capítulo I. Também aqui se prevê que o juiz decrete *“a providência requerida ou outra que julgue mais adequada”* (n.º 3), devendo esta adequação ser entendida, lá está, como proibição do excesso. Parece-nos que o elemento literal, que põe o interessado a requerer o decretamento provisório, será, porventura, mais facilmente contornado que os elementos sistemático e teleológico. O que parece resultar da globalidade das disposições relativas à tutela cautelar é que o legislador quis (apenas) confiar ao tribunal a tarefa de, uma vez chamado a intervir, ponderar a solução que, sem pre-

²⁴ Por todos, leiam-se Mário Aroso de Almeida, in *Ob. Cit.*, pág. 324; e J. C. Vieira de Andradre, *Ob. Cit.*, pág. 368.

juízo da sua eficácia, seja menos gravosa para os interesses antagônicos em presença. O poder de conformação do juiz justifica-se pela necessidade de compor, proporcionalmente, os interesses em presença, estando, em todo o caso, condicionado pelo pedido formulado pelo requerente. Não alcançamos, de facto, em que medida se poderá admitir o decretamento provisório a título oficioso, se não estivermos preparados para aceitar que possa o tribunal decretar oficiosamente também (provisoriamente ou a final) uma providência diversa da requerida pelo interessado, ainda que mais gravosa para os interesses públicos ou privados em confronto, quando apenas assim se logre obviar a perda de utilidade da decisão no processo principal (ou cautelar, no caso do decretamento provisório). Sendo seguro, como vimos, que o legislador afastou, expressamente, esta última possibilidade, não vemos como admitir a primeira²⁵.

4. Impugnabilidade da decisão de decretamento provisório:

O n.º 5 do art. 131.º prescreve a inimpugnabilidade absoluta da “*decisão provisória*”. Entendendo que decisão provisória é ainda aquela a que se refere o n.º 6, a questão que se coloca é a de saber se também esta última é impassível de reacção. Em nossa opinião, há duas ordens de razões que depõem pela impugnabilidade da decisão proferida ao abrigo do n.º 6: a primeira, de ordem sistemática, prende-se com a inscrição da impossibilidade de impugnar em momento posterior à previsão do primeiro momento decisório (n.º 3) e anterior ao momento da decisão de decretamento provisório final (n.º 6); a segunda, de ordem funcional, justifica-se pela natureza composta do mecanismo de decretamento provisório. Acompanhamos, na íntegra, a doutrina²⁶ que vê no decretamento previsto no n.º 3, uma decisão sujeita a revisão obrigatória num curtíssimo espaço de tempo. A ser assim, apenas a decisão provisória revista é dotada da “definitividade”

²⁵ Neste tópico, importa ressaltar a posição defendida por Lopes de Sousa, *Ob. Cit.*, pág. 56 a 58, na medida em que se pronuncia, simultaneamente, pela decisão de improcedência do pedido quando a providência requerida não seja adequada a tutelar a posição do requerente e apenas outra, mais gravosa para os interesses que se lhe opõem, esteja em condições de alcançar os resultados pretendidos; e pela possibilidade de decretamento provisório oficioso. No entanto, a posição deste autor tem de ser contextualizada com o entendimento, muito próprio, da natureza do mecanismo do art. 131.º. Interpretando o regime do art. 131.º como um procedimento cautelar autónomo, que culmina com a decisão prevista no n.º 6, este será o único meio processual adequado quando se reconheça a possibilidade de lesão iminente e irreversível de direito, liberdade e garantia ou outra situação de especial urgência. Neste pressuposto, o pedido de decretamento de providência cautelar sem que se requeira ainda o seu decretamento provisório, faz o interessado incorrer em *erro na forma do processo*, de conhecimento oficioso, nos termos dos art.s 199.º e 202.º do CPC. Como o próprio autor reconhece, não se trata então de decretar, oficiosamente, uma providência que o interessado não requereu, mas de corrigir oficiosamente, nos termos gerais de direito, o erro na forma do processo.

²⁶ Nesse sentido, vejam-se Lopes de Sousa e Vieira de Andrade, ambos *Ob. Cit.*, pág.s 58 e 369, respectivamente.

pressuposta na susceptibilidade de impugnação. A questão levantou-se já na nossa jurisprudência de saber se seria indistinto, no que à impugnação da decisão provisória (não revista) respeita, que a decisão fosse de deferimento ou indeferimento - abrindo alas a uma interpretação que admitisse a impugnação da decisão de indeferimento do decretamento provisório, quando este ocorresse logo no primeiro momento decisório do art. 131.º²⁷. A questão não é despicienda, sobretudo se atendermos a que a decisão de indeferimento do decretamento provisório da providência não está abrangida pela obrigatoriedade de revisão de que falámos. Apenas quando haja sido decretada a providência nos termos do n.º 3, são as partes convidadas a exercer o contraditório e a decisão é revista. Assim, se para o requerido (ou contra-interessado) não é excessivamente gravoso que tenha de aguardar pela revisão da decisão de decretamento provisório, para que possa dela interpor recurso (caso esta lhe seja desfavorável, naturalmente); para o requerente, o indeferimento *prima facie* do decretamento provisório, na medida em que este não é passível de revisão ou recurso, pode, em última instância, redundar em denegação de justiça (se, porventura, se perder a oportunidade de obviar à inutilidade da lide cautelar). Sem embargo, tem a jurisprudência entendido que, não introduzindo o n.º 5 qualquer distinção entre decisão de deferimento ou indeferimento do decretamento provisório, não cabe ao intérprete fazê-la²⁸. Quer-nos parecer que, nestes casos, seria, em princípio, de admitir a possibilidade do requerente recorrer da decisão de indeferimento: primeiro, porque se trata já, para todos os efeitos, de decisão final do incidente de decretamento provisório; depois, por ser a única interpretação conforme com o princípio da tutela jurisdicional efectiva. Dissemos, contudo, que admitimos esta hipótese, “*em princípio*” – o que se deve, exclusivamente, ao facto das exigências de tutela “ultra-sónica” que justificam o decretamento provisório não se compadecerem com os tempos de recurso (ainda que também aí sejam tramitados como processos urgentes), tornando as questões relativas à sua impugnabilidade, virtualmente, académicas. Note-se que a situação é tão mais perniciososa se considerarmos que o recurso resulta inútil (por perda do objecto litigioso), precisamente, naqueles casos que o decretamento provisório se impunha e, portanto, é o erro judicial - e a inoperância dos mecanismos de tutela - que permite fazer o diagnóstico póstumo da doença²⁹.

²⁷ Acórdão TCAS de 10.03.2005, proferido no âmbito do processo n.º 575/05, relatado por António Coelho da Cunha; e Acórdão TCAS de 7.04.2005, proferido no processo n.º 672/05, relatado por Xavier Forte.

²⁸ Ironicamente, os citados acórdãos (nota de roda pé 20), pronunciando-se, ambos, sobre recursos de decisões de indeferimento de decretamento provisório, socorrem-se, para justificar a sua irrecorribilidade, para além do elemento literal do n.º 5, da circunstância de se tratar de decisão sujeita a revisão – ora, este último argumento não colhe, já que à decisão de indeferimento não se aplica, de facto, o n.º 6 do art. 131.º.

²⁹ Sobre este tópico, pronuncia-se também Rosendo Dias José, *Ob. Cit.*, pág. 218.

5. DLG: Intimação e decretamento provisório de providência cautelar:

As questões relativas à tutela de direitos, liberdades e garantias dos administrados, já o dissemos supra, terá, necessariamente, de ser tratada de forma integrada, i.e., o entendimento a retirar de cada normativo atinente a esta matéria terá de resultar do estudo sistemático de todos os outros. É nosso pressuposto (também já o dissemos) que quis o legislador ordinário, com a reforma, regular a matéria dos direitos, liberdades e garantias atribuindo-lhes uma tutela reforçada, quer na obtenção de decisões de mérito – prevenindo um processo principal urgente de intimação (art. 109.º e seg.s); quer na obtenção de tutela cautelar que as favoreçam – admitindo o seu decretamento provisório. A redacção do art. 109.º, na medida em que condiciona a apreciação urgente de mérito à circunstância de ser impossível ou insuficiente o decretamento provisório de providência cautelar, tem suscitado nalguma doutrina pronúncia pela natureza subsidiária da intimação relativamente ao regime de decretamento provisório do art. 131.º. Salvo o devido respeito, parece-nos a nós não haver subsidiariedade possível entre um e outro. De facto, têm objectos absolutamente distintos: na intimação compõe-se um litígio definindo a solução de direito substantivo; no decretamento provisório de providência cautelar, acautela-se o interesse processual na obtenção da solução substantiva. Por isso, pelo menos em tese, a intimação e o decretamento provisório de providência poderão mesmo ser cumulados, o que exclui qualquer subsidiariedade. Subsidiariedade do regime de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, haverá, certamente, mas relativamente à acção administrativa comum ou especial (em função do pedido), já que aquele apenas se aplica quando se imponha a definição urgente do mérito do litígio, de tal modo que a acção administrativa comum ou especial (mesmo munida dos seus instrumentos cautelares) não esteja em condições de assegurar uma tutela jurisdicional efectiva do interesse do autor³⁰. E, portanto, a referência no art. 109.º ao regime especial de decretamento provisório de providências cautelares, visa, isso sim, deixar o intérprete avisado para um regime cautelar particularmente benéfico, no que aos direitos, liberdades e garantias concerne. Acompanhamos, no resto, a generalidade da doutrina quando adopta como critério para aferir da necessidade de uma decisão demérito urgente, como é a alcançada por via da intimação, a circunstância da acção administrativa comum ou especial não garantir uma decisão em tempo útil e o recurso a providência cautelar, com o objectivo de preservar a utilidade do objecto do litígio na sua pendência, representar efectivo ganho de cau-

³⁰ No mesmo sentido, Anabela Costa Leão, “Intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias – Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 5/06”, «Jurisprudência Constitucional», n.º 10, Abril – Junho, 2006, Coimbra Editora.

sa para qualquer das partes - por os seus efeitos se equipararem (de forma irrepitível) aos que resultariam de uma pronúncia de mérito, o que é, compreende-se, absolutamente incompatível com a natureza perfunctória da decisão cautelar^{31 32}. A questão que a seguir se coloca é a de saber qual deve ser a decisão do juiz administrativo quando se venha a constatar, em concreto, que a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias não é o meio processual adequado – por ser a utilidade da pretensão deduzida em juízo compatível com a apresentação de acção administrativa principal não urgente e decretamento de providência cautelar (ainda que, porventura, também a título provisório). A doutrina tem entendido que o pedido formulado deve, nestes casos, ser requalificado como pedido cautelar, i.e., o juiz deve convolar, oficiosamente, o processo de intimação em processo cautelar e, sendo caso disso, com decretamento provisório^{33 34}. Naturalmente, a hipótese inversa também se coloca, ou seja, pode o interessado pedir o decretamento (porventura, provisório) de providência cautelar, quando os efeitos pretendidos apenas devam ser obtidos mediante prolação de uma decisão (urgente) de mérito. Nestes casos, parece-nos ser de destrinçar duas hipóteses: a primeira, a de recebida a

³¹ Por todos, vejam-se Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, in *“Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”*, Almedina, 2005, pág. 662; e J. C. Vieira de Andrade, *Ob. Cit.*, pág. 276 e 277.

³² Sobre o âmbito de aplicação da intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias e a sua relação com o art. 131.º, pronunciou-se já o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 5/2006, de 3 de Janeiro, relatado pelo Conselheiro Mário Torres, em conformidade com o que vinha sendo aventado pela doutrina.

³³ Nesse sentido, Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Cadilha, *Ob. Cit.*, pág. 663; Miguel Prata Roque, in *“Reflexões sobre a Reforma da Tutela Cautelar Administrativa”*, Almedina, 2005, pág. 42; e Rodrigo Esteves de Oliveira, *“Meios Urgentes e Tutela Cautelar”*, «A Nova Justiça Administrativa», Centro de Estudos Judiciários, 2006, pág. 90 – este último propugnando pela absolvição da instância quando a situação não seja de *“excesso de processo”*, mas de *“erro puro e simples na forma do processo”*.

³⁴ Note-se que esta possibilidade do juiz, convolvando o processo de intimação em processo cautelar, decretar oficiosamente a providência a título provisório, não bule com o que dissemos supra acerca da possibilidade do tribunal eximir o requerente do ónus de requerer o decretamento provisório de providências. Ali pronunciámo-nos acerca da possibilidade de, requerendo o meio adequado de decretamento de providência cautelar, o interessado não acautelar a utilidade do objecto litigioso, peticionando o seu decretamento provisório; aqui, o requerente está em erro quanto ao meio processual adequado e, portanto, apresentando em juízo petição com vista à intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias, nunca poderia requerer, simultaneamente, o decretamento provisório de uma qualquer providência cautelar. Nestes casos, na medida em que se confia ao juiz administrativo a convolação da intimação em meio processual adequado, sempre que a tutela do direito ou interesse legalmente protegido do requerente não se compadeça com a morosidade do procedimento cautelar, deve o juiz, dentro daquela lógica de conformação, proceder ao decretamento provisório da providência.

Na sequência do que sustentámos supra [nota de rodapé n.º 21 (embora noutro contexto)], nestes casos, o decretamento oficioso da providência que se revele adequada, surge como decorrência da correcção oficiosa do erro sobre a forma de processo. Ora, em sede cautelar, essa correcção, em homenagem ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, pode implicar o decretamento provisório de providência cautelar – sob pena de se esvaziar de utilidade este poder-dever de convolação do juiz, quando estejam em causa situações que careçam de decretamento provisório e, por inerência, não se compadeçam com posterior intervenção do requerente nesse sentido.

petição inicial de decretamento de providência cautelar, o juiz constatar que este não é o meio processual adequado à tutela dos interesses em litígio e, no momento do art. 116.º (antes da citação do requerido e contra-interessados), convolar o processo cautelar em processo de intimação que, a partir desse momento, seguirá a tramitação prevista para este meio de tutela principal urgente, adoptando-se um dos quatro andamentos³⁵ aventados nos art.s 110.º e 111.º; a segunda, é a hipótese da necessidade de conhecimento urgente de mérito da causa só se tornar evidente depois da citação do requerido. Aqui, apenas se poderá lançar mão do expediente consagrado no art. 121.º, antecipando o juízo sobre a causa principal, pressupondo que estejam reunidos os pressupostos ali previstos, designadamente, quando estejam em causa questões que o justifiquem pela sua natureza e pela gravidade dos interesses envolvidos (como será o caso na medida em que se discutem direitos, liberdades e garantias) e tenham sido trazidos aos autos todos os elementos necessários para o efeito. Este último requisito é de máxima importância, já que operando a convolação (em momento anterior à citação do requerido, portanto), é de admitir que o requerente da providência convolada em intimação seja convidado a aperfeiçoar a sua petição – o que lhe permitirá carrear aos autos toda a informação relevante para o conhecimento do mérito da sua pretensão; já quando se trate apenas de antecipar juízo sobre a causa principal, nos termos do art. 121.º, nenhuma diligência neste sentido é admissível – sendo antes pressuposto da antecipação que todos os elementos necessários à decisão da causa já constem dos autos.

6. Proibição de execução de acto administrativo e/ou decretamento provisório de providência cautelar de suspensão de eficácia de acto administrativo:

De entre as questões que a aplicação do art. 131.º suscita, a articulação (ou não) do decretamento provisório de providência de suspensão de eficácia com a proibição de executar o acto consagrada no n.º 1 do art. 128.º do CPTA, é a que maiores dificuldades tem levantado. A maioria na doutrina entende que os art.s 128.º e art. 131.º são excludentes - ou, rigorosamente, que a providência de suspensão de eficácia de actos administrativos (art. 128.º), que implica a proibição de executar o acto administrativo suspendendo, exclui a aplicação do regime de decretamento provisório (art. 131.º)³⁶. Se con-

³⁵ Por todos, Mário Aroso de Almeida, *Ob. Cit.*, pág. 287.

³⁶ Neste sentido, leiam-se Maria Fernanda Maças, *Ob. Cit.*, pág. 103 e “*As formas de tutela urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, in «Revista do Ministério Público», n.º 100, 2004, pág. 229 (às providências cautelares de cariz conservatório aplicar-se-ia o mecanismo de proibição de execução do acto; às providências de natureza antecipatória, ajusta-se o regime de decretamento provisório); J. C. Vieira de Andrade, *Ob. Cit.*, pág. 367 e 368 (qualificando o regime da proibição da execução como

cluímos que o decretamento provisório da providência de suspensão de eficácia nada acrescenta aos efeitos conseguidos pela proibição de executar o acto suspendendo, então, é prudente interpretar o art. 128.º no sentido de que exclua a possibilidade de decretamento provisório, pois que, nesse caso, se trataria de duplicar procedimentos em prejuízo na simplificação, e conseqüente eficácia, do processo. Mas não parece, de facto, que seja assim. Desde logo, como aponta Mário Aroso de Almeida³⁷ e tem vindo a ser afirmado pela jurisprudência, o n.º 1 do art. 128.º, (apenas) proíbe que se inicie ou prosiga a execução do acto na pendência do processo de suspensão, pelo que se, porventura, a suspensão do acto implicar que a Administração realize certas operações, esta não está já obrigada a antecipá-las por força do art. 128.º, i.e., a Administração apenas não pode adoptar medidas que resultem na execução do acto; inversamente, o art. 131.º prevê, precisamente, o decretamento (ainda que a título provisório) da providência de “suspensão”, que é um *plus* relativamente à proibição de executar o acto. Depois, há que considerar que o mecanismo do art. 128.º admite que a Administração, mediante resolução fundamentada, inutilize o efeito previsto no n.º 1 do art. 128.º do CPTA, conseguindo assim executar o acto suspendendo e, possivelmente, tornar inútil o posterior decretamento da providência requerida. Nos casos de irrepetibilidade da situação previamente existente, uma vez declarada a ilegalidade da execução (seja porque não foi apresentada resolução fundamentada, porque esta foi apresentada fora de prazo ou porque dos fundamentos apresentados não resultasse que o diferimento da execução do acto fosse “gravemente prejudicial para o interesse público”), restará ao particular reclamar reparação pelos danos causados. Nestes casos, haverá verdadeira denegação de justiça³⁸. E,

“*alternativa excludente*” do decretamento provisório; Tiago Amorim, *Ob. Cit.*, pág. 43 (no domínio da suspensão de eficácia, a aplicação do art. 128.º dispensa a aplicação do art. 131.º, por produzir os mesmos efeitos práticos); e Mário Aroso de Almeida, *Ob. Cit.*, pág. 332 (embora, mais cauteloso, diga apenas que o regime do art. 128.º leva a que “*em princípio, não se justifique admitir o decretamento provisório*” – o que parece pressupor que se, em concreto, o decretamento provisório se revelar necessário à preservação da utilidade da decisão cautelar, se deve poder lançar mão do mecanismo do art. 131.º).

³⁷ *Ob. Cit.*, pág. 331. No mesmo sentido, leia-se ainda Ana Gouveia Martins, “*A tutela Cautelar no Contencioso Administrativo (em especial, nos procedimentos de formação de contratos)*”, 2005, Coimbra Editora, pág. 349.

³⁸ É entendimento de alguns autores, acompanhados por, pelo menos, uma das Unidades Orgânicas do TAF de Lisboa, que quando esteja em causa a suspensão da eficácia de acto administrativo, os efeitos do decretamento provisório são produzidos com o conhecimento do incidente de declaração de ilegalidade da resolução fundamentada, que poderá/deverá ser antecipando (e não conhecido em bloco, na decisão cautelar final). Neste ponto, registamos que este expediente, que, à primeira vista, se revela mais “respeitador” da actividade administrativa, se revela, na prática, mais gravoso para os interesses que se propõe tutelar. Senão, vejamos: o decretamento provisório de providências pressupõe, pelo menos no momento do n.º 6, que os contra-interessados sejam chamados a pronunciar-se e são conhecidos, ainda que de forma muito sumária, dos critérios do *fumus*, do *periculum* “qualificado” e da ponderação dos interesses em confronto; por sua vez, a declaração da ilegalidade da resolução oportunamente apresentada, apenas pressupõe que não resulte dos fundamentos da resolução que o diferimento da execução do acto seria “gravemente pre-

infelizmente, a experiência atesta que situações como esta não são raras e, com alguma frequência, são mesmo provocadas, de má fé, pela Administração. É por isso que o decreto provisório da providência (que, de resto, apenas será possível quando estejam em causa direitos, liberdades e garantias ou outras situações de especial urgência, pois que só estes casos estão previstos no art. 131.º), reforçando o controlo jurisdicional dos interesses em confronto, cuja ponderação já não é feita unilateralmente pela Administração em resolução fundamentada, mas pelo juiz administrativo, constitui, indubitavelmente, uma mais valia na tutela dos interesses dos administrados³⁹. Neste pressuposto, parece-nos que o intérprete se deve perguntar se não é a interpretação mais consequente do princípio da tutela jurisdicional efectiva, do regime reforçado de tutela de direitos, liberdades e garantias (em sede principal e cautelar) e da presunção da correcta expressão pelo legislador da sua vontade (já que este não excluiu, na previsão do art. 131.º, qualquer classe de providências), aquela que garante ao interessado a intervenção atempada do Tribunal, quando se trate de tutelar os seus direitos fundamentais ou assegurar a utilidade da decisão cautelar. Ou, pela negativa, terá sido intenção do legislador, que reformou a justiça administrativa fazendo-a gravitar em torno do propósito último da tutela jurisdicional efectiva, permitir que quando se trate de acautelar direitos fundamentais ou assegurar a utilidade da decisão cautelar, para mais, bastando para isso a suspensão da eficácia do acto, se produzam situações de facto consumado? Não vemos como. Sobre tudo quando se reconhece que não é contestável a possibilidade de decretamento provisório de providências de conteúdo positivo ou antecipatório. Se não colhessem os argumentos de que se trata de tutelar interesses que mereceram do legislador tutela qualificada, sempre sucumbiríamos ao argumento de “maioria de razão” – quem pode o mais (decretar provisoriamente providências que antecipam direitos ainda não definitivamente reconhecidos), pode o menos (decretar, a título provisório, providências que apenas conservam na ordem jurídica do interessado direitos litigiosos). De resto, nos casos que caibam na previsão do art. 131.º, o decretamento provisório permite suplantar algumas das insu-

judicial para o interesse público”, o que implica, por um lado, que não sejam levados em conta outros interesses conflituantes com os do requerente (que não o interesse público); e, por outro, que não sejam ponderados os prejuízos implicados na execução do acto para o requerente (que poderão ser desproporcionalmente inferiores). Ainda, excluindo-se a ponderação do *fumus*, torna-se irrelevante a manifesta improcedência da pretensão formulada pelo interessado na acção principal.

³⁹ Note-se que, há muito, vinha alguma doutrina a reivindicar a ponderação dos interesses em confronto pelos tribunais a quem estava confiada a questão do decretamento da providência. Foi o caso de Diogo Freitas do Amaral, *apud* Maria Fernanda Maçãs “Meios Urgentes e Tutela Cautelar...”, pág. 110; manifestando-se ainda no mesmo sentido Ana Gouveia Martins, *Ob Cit.*, pág 349 e 350 (“Efectivamente, não parece razoável que a administração, num momento em que o litígio está pendente no tribunal, possa pela simples prática de um acto administrativo e sem qualquer controlo judicial prévio, afastar o efeito suspensivo ope legis da execução do acto.”)

ficiências apontadas pela doutrina ao mecanismo do art. 128.º, designadamente, na parte que se referem à desprotecção dos interesses dos contra-interessados nas relações jurídicas poligonais⁴⁰, pois que, se o decretamento provisório ocorre, numa primeira fase, sem que se atendam aos interesses do requerido e contra-interessados, esta decisão, vimos, está obrigatoriamente sujeita a revisão, num prazo curtíssimo de 5 dias, ponderando-se, nessa altura, todos os interesses antagónicos e, portanto, também os dos contra-interessados. Somos, por isso, da opinião que o art. 131.º está para o art. 128.º exactamente na mesma posição que Vieira de Andrade coloca o art. 132.º⁴¹. É nosso entendimento que o Capítulo II, relativo a Disposições Particulares em sede de processos cautelares, regula, em especial, a providência de suspensão de eficácia, nos art. 128.º a 130.º; a providência de regulação provisória do pagamento de quantias, no art. 133.º; e a providência de produção antecipada de prova, no art. 134.º. Os art. 131.º e 132.º, contrariamente, não se destinam a regular, em concreto, qualquer providência cautelar especificada, mas a prever *regimes cautelares especiais*, aplicáveis às diversas providências, por referência à natureza dos direitos ou interesses controvertidos (direitos, liberdades e garantias⁴²) ou às exigências específicas de determinada situação (procedimentos relativos à formação de contratos). Conosco, embora mais timidamente⁴³, Rodrigo Esteves de Oliveira, sustenta que “à primeira vista” é de admitir o recurso à disciplina do art. 131.º. Repare-se que o autor reconhece o interesse processual do requerente no decretamento provisório da providência de suspensão de eficácia, já que se esta for decretada *ab initio*, a ponderação dos interesses conflituantes fica, desde logo, confiada ao tribunal, excluindo a hipótese da Administração obviar à proibição de execução do acto, mediante a apresentação de resolução fundamentada; por outro lado, se a suspensão for provisoriamente decretada após a apresentação pela Administração de resolução fundamentada, nos termos do n.º 1 do art. 128.º, esta cessa, necessariamente, os seus efeitos⁴⁴, por força do art. 205.º, n.º 2 da CRP. A posição defendida por Lopes de Sousa⁴⁵ coincide com aquela

⁴⁰ Cfr. J. C. Vieira de Andrade, *Ob. Cit.*, pág. 365 (nota de rodapé n.º 825)

⁴¹ Ainda, J. C. Vieira de Andrade, *Ob. Cit.*, pág. 370.

⁴² E, excepcionalmente, especial urgência de tutela (*vide* nota de rodapé n.º 12 – reportando-se ainda a um direito do administrado a uma tutela jurisdicional efectiva, direito fundamental de natureza análoga).

⁴³ Rodrigo Esteves de Oliveira, *Ob. Cit.*, pág. 90. A “timidez” que lhe imputamos ficar-se-á, porventura, a dever a uma interpretação diferente da nossa dos critérios de decretamento provisório, já que as preocupações do autor deixam de fazer sentido se considerarmos que, pelo menos, no momento da revisão da decisão provisória, todos os critérios de decretamento de providências (os previstos no art. 120.º) devem ser ponderados, embora de forma sumaríssima.

⁴⁴ Haverá ainda interesse em agir quando a posição do requerente apenas se realize integralmente mediante efectiva “suspensão” do acto impugnado (ou a impugnar), não se bastando com a mera “proibição de executar o acto”, que onera a Administração com deveres meramente omissivos.

⁴⁵ *Ob. Cit.*, pág. 55 e 56.

defendida pelo TCAS, no único aresto que temos conhecimento que se tenha debruçado sobre esta matéria⁴⁶, e prevê que, sempre que a proibição de execução cesse por força da apresentação de resolução fundamentada, possa haver lugar ao decretamento provisório da suspensão. Este entendimento tem implicada a impossibilidade de decretamento provisório *ab initio*, sendo este possível apenas em função de uma alteração superveniente das circunstâncias (apresentação de resolução fundamentada), constrangimento que nos parece sem fundamento e contrário aos apelos de eficácia processual⁴⁷.

Rigorosamente, as reticências em admitir a possibilidade de decretamento provisório de providência de suspensão de eficácia estão, parece-nos, intimamente associadas à noção enraizada de que é à Administração que cabe prosseguir o interesse público e que, portanto, esta há-de, ainda que excepcionalmente⁴⁸, poder inutilizar a proibição de execução automática do acto suspendendo, quando entenda que o diferimento da execução causa grave prejuízo para o interesse público. Ora, é bom de ver, que é ainda aquele princípio de separação de poderes que se discute. Como é indisputável que o legislador nos dá uma série de sinais quanto ao que terá sido a sua intenção de flexibilizar o entendimento demasiado rígido daquele princípio. Lembre-se que o contencioso administrativo foi, mais até que concebido, expressamente declarado, no art. 6.º CPTA, um processo de partes, não gozando a Administração, em juízo, de qualquer ascendente sobre o administrado; por outro lado, o art. 120.º ao prever como requisito de decretamento de providências cautelares a verificação de “aparência de bom direito”, arreda, além de qualquer margem para dúvida, aquilo que vinha sendo entendido como uma “presunção de legalidade dos actos administrativos”, remetendo, isso sim, para os tribunais a averiguação sumária da bondade da pretensão do interessado; ainda, e no que respeita as questões relativas à tutela de direitos, liberdades e garantias, não é despreciando que tenha o legislador previsto a possibilidade do tribunal emitir, logo na fase declarativa da intimação, sentenças substitutivas da Administração. Ora, do que dissemos parece resultar que a reforma da justiça administrativa reforçou os poderes de fiscalização da actividade administrativa pelos tribunais e, com particular acuidade, quando se configure a possibilidade de lesão

⁴⁶ Acórdão de 11.10.2006, proferido no âmbito do proc. n.º 1471/06, relatado por Rogério Martins. Parece ser esse também o entendimento perfilhado por pelo menos alguns dos juizes do Tribunal Administrativo e Fiscal de Lisboa.

⁴⁷ Neste tópico, uma nota final para a posição de Miguel Prata Roque que, numa perspectiva *de iure condendo*, professa o entendimento que o sistema português se deveria aproximar da solução alemã, de suspensão automática da eficácia dos actos administrativos impugnados. Defendendo com maior acuidade esta posição quando estejam em causa direitos, liberdades e garantias, a defesa do interesse público ou actos nulos ou inexistentes, *Ob. Cit.*, pág 100 e 103.

⁴⁸ Não é despreciando constatar que a prática nos revelou que o exercício desta faculdade pela Administração está muito além do recurso excepcional, não podendo deixar de se considerar que o expediente de apresentação de resolução fundamentada é usado, inúmeras vezes, em abuso de direito.

de direitos fundamentais dos administrados. Não vemos razão para que o intérprete se vista de pudores em assumir esta opção que é, desde logo, uma exigência de justiça material, sendo de assumir, sem compromisso, a realidade daquilo que Gomes Canotilho classifica como um “Estado de Direitos Fundamentais”, conferindo o estatuto jurídico-constitucional decorrente dos direitos fundamentais uma posição de vantagem ao administrado, em relação à administração⁴⁹. Vimos, o decretamento provisório só se impõe quando estejam em causa, precisamente, direitos, liberdades e garantias, já que, mesmo as situações de especial urgência, apenas justificam o decretamento provisório quando exista o risco de perda de utilidade da lide cautelar, i.e., quando apenas o decretamento provisório garanta a tutela jurisdicional efectiva do administrado, que é também um direito fundamental de natureza análoga. Em síntese, diríamos que o legislador é consequente quando admite que o requerente da providência para tutela de direitos, liberdades e garantias remeta para o tribunal a ponderação dos interesses em confronto (por oposição à declaração unilateral da Administração, prevista no n.º 1 do art. 128.º)⁵⁰.

7. Providências relativas a procedimentos de formação de contratos:

Por outro lado, o legislador incorporou no CPTA um regime cautelar *especial*, concernente a actos administrativos relativos à formação de contratos⁵¹, com vista à correcção de ilegalidades⁵² ou a impedir a produção de outros danos aos interesses em presença. Para o que nos ocupa, importa considerar o disposto no n.º 3 do art. 132.º, designadamente, quando remete para as disposições constantes do capítulo anterior (Capítulo I – Disposições Comuns), em tudo o que não se encontre especialmente regulado nos números seguintes⁵³. É seguro que, nem o art. 128.º nem o art. 131.º se encontram inscritos

⁴⁹ Freitas do Amaral, *Ob. Cit.*, pág.14.

⁵⁰ É este também o entendimento de Ana Gouveia Martins, *Ob. Cit.*, pág.349 e 353.

⁵¹ Todos aqueles que caiam no âmbito da jurisdição administrativa e não apenas aqueles descritos no art. 100.º, não se vislumbrando qualquer fundamento para que aqui se faça uma interpretação restritiva do preceito. No mesmo sentido, leia-se J. C. Vieira de Andrade, *Ob. Cit.*, pág. 371.

⁵² Note-se que a previsão da correcção de ilegalidades em sede cautelar, e no art. 132.º em particular, tem de ser interpretada em articulação com a previsão do n.º 7, que esclarece que há lugar à correcção de ilegalidades apenas quando o juiz entenda que está demonstrada a “*ilegalidade de especificações contidas nos documentos do concurso que era invocada como fundamento no processo principal*”, procedendo-se então à decisão antecipada do mérito da causa, nos termos previstos no art. 121.º.

⁵³ Com particular relevância para os critérios de decretamento da providência, parecendo ser de entender que o legislador estabeleceu para estas providências uma presunção de *periculum in mora* e excluiu, com a excepção da manifesta procedência (ou improcedência, leia-se) da pretensão do requerente na acção principal, a consideração do *fumus boni iuris*, remetendo para o tribunal apenas a ponderação dos interesses em confronto. Embora noutro sentido se possa ler o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.10.2006, proferido no âmbito do proc. 1013A/06 e relatado por Costa Reis.

naquele Capítulo I, pelo que se tem levantado a questão de saber se, nas providências relativas a contratos, recebido o duplicado da petição inicial, a Administração está proibida de executar o acto suspendendo e, bem assim, se será possível decretar provisoriamente providências atinentes a actos funcionalmente orientados à formação de contratos (ou ao próprio procedimento contratual). Temos assim, por um lado, autores como Tiago Amorim⁵⁴ e Polábio Henriques⁵⁵ que entendem que, com a remissão daquele n.º 3, o legislador excluiu a possibilidade de aplicação quer do art. 128.º, quer do 131.º às providências pré-contratuais; outros, por sua vez, entendem que o sentido a retirar daquela disposição é apenas o de afastar a aplicação das disposições comuns, quando entrem em contradição com o regime especial ali previsto - concluindo, no entanto, que o art. 128.º não se adequa à tutela de interesses inscritos no âmbito de relações jurídicas poligonais, como acontece comumente em matéria de contratos, mas que o decretamento provisório terá aqui especial relevância, já que se verificarão, com frequência, situações de urgência qualificada⁵⁶. É entendimento do Supremo Tribunal Administrativo, que se pronunciou no Acórdão de 20.03.2007, proferido no Proc. n.º 1191/06 (relatado pelo Conselheiro São Pedro), que apelando a uma interpretação literal, histórica e teleológica, se impõe concluir que o legislador quis excluir do âmbito de aplicação das providências cautelares relativas a contratos, quer o mecanismo da proibição de execução do acto quer a possibilidade de decretamento provisório de providências. Não é de desconsiderar o facto de, referindo-se expressamente ao Acórdão do STA a que fizemos referência, ter já o Tribunal Administrativo do Sul, a 5.07.2007, no Proc. n.º 2692/07, contrariado este entendimento⁵⁷, sustentando a aplicabilidade do art. 128.º relativamente aos actos pré-contratuais. Quer-nos parecer, de facto, que a intenção do legislador terá sido a de afirmar o carácter especial das disposições inscritas no art. 132.º, justificando-se assim a referência às disposições do Capítulo I, na medida em que estas, sendo aplicáveis, deverão considerar derogadas em tudo quanto ali estejam contrariadas. Assim, surgem-nos como inusitadas as posições que afastam, simultaneamente, a aplicação do art. 128.º e do art. 131.º do domínio dos contratos, mesmo porque as relações pré-contratuais são propícias a gerar situações de “especial urgência” incompatíveis com tão acentuada des-

⁵⁴ *Ob. Cit.*, pág. 43.

⁵⁵ In “*Processos Urgentes – algumas reflexões*”, «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 47.º, Setembro/Outubro, 2004.

⁵⁶ É o caso de J. C. Vieira de Andrade, *Ob. Cit.*, pág. 371 e 372; e de Maria Fernanda Maçãs, “*Meios Urgentes e Cautela Cautelar...*”, pág. 111 e 112.

⁵⁷ Mantendo o entendimento que havia já perfilhado no Acórdão de 13.10.2005, proferido no proc. n.º 1041/05 e no Acórdão de 11.10.2006, proferido no proc. n.º 1471/06 (e que advogava a aplicação, nas **providências relativas a contratos, quer da proibição de executar do art. 128.º, quer do decretamento provisório do art. 131.º**).

protecção dos interesses das partes. Somos da opinião, isso sim, que a natureza propen-samente poligonal das relações concursais, por um lado; e a urgência qualificada que mui-tas vezes preside ao decretamento das providências relativas a procedimentos de forma-ção de contratos, por outro; adequam-nas, em primeira linha, ao mecanismo do decre-tamento provisório, desde logo, por ser o mais garantístico da posição dos contra-interessados e o único em condições a dar resposta às necessidades ultra-sónicas de tute-la que, pela própria natureza do procedimento contratual, se podem gerar. Diríamos mesmo que, na medida em que o decretamento provisório, por via da “especial urgên-cia”, se encontra em condições de assegurar o interesse processual do requerente da providência e garantir maior protecção dos seus antagonistas, teria sido positivo que o legislador tivesse afastado a aplicação do art. 128.º do âmbito dos procedimentos de formação de contratos, em benefício da segurança jurídica. Contudo, do ponto de vista do direito constituído, não vemos que tenha o legislador dado tratamento diferenciado a qualquer destes mecanismos, devendo-se entender ambos aplicáveis, nos termos gerais.

CONCLUSÃO: O Repto

Em síntese, somos da opinião que o legislador, procedendo à reforma da justiça adminis-trativa, embora nem sempre da forma mais clara e linear, dotou o operador do direito administrativo dos instrumentos necessários à realização última do direito. Possa ele assumir agora esta irreverência, sem pudores ou falsas modéstias.

É este o meu (reconhecidamente condicionado) contributo para que, apropriando-me das palavras do Padre António Vieira, o sal salgue e a terra seja compelida a deixar-se salgar.

BIBLIOGRAFIA

- Almeida, Mário Aroso de “*O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*”, 4.ª Edição, 2005, Almedina;
- Almeida, Mário Aroso/Cadilha, Carlos Alberto Fernandes “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, 2005, Almedina;
- Amorim, Tiago “*Providências Cautelares do CPTA: Um primeiro Balanço*”, in «*Cadernos de Justiça Administrativa*», n.º 47, Setembro/Outubro de 2004, Pág. 41 a 44;
- Cardoso, Dora Neto “*Relato – Meios Urgentes e Tutela Cautelar*”, in «*A Nova Justiça Administrativa*», 2006, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Pág. 71 a 85;
- David, Sofia “*Das intimações – Considerações sobre Uma (Nova) Tutela de Urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, 2005, Almedina;

- Esteves de Oliveira, Rodrigo “*Meios Urgentes e Tutela Cautelar*”, in «A Nova Justiça Administrativa», 2006, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Pág. 87 a 91;
- Freitas do Amaral, Diogo “*As Providências Cautelares no Novo Contencioso Administrativo*”, in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 43, Janeiro/Fevereiro de 2004, Pág. 4 a 15;
- Henriques, Políbio “*Processos Urgentes – Algumas Reflexões*”, in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 47, Setembro/Outubro de 2004, Pág. 37 a 40;
- José, Rosendo Dias “*Os Meios do CPTA Próprios para a Tutela de Direitos Fundamentais e o Recurso do art. 150.º*”, in «A Nova Justiça Administrativa», 2006, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Pág. 207 a 235;
- Leão, Anabela Costa “*Intimação para Protecção de Direitos, Liberdades e Garantias, Anotação ao Acórdão do tribunal Constitucional n.º 5/06*”, «Jurisprudência Constitucional», n.º 10, Abril/Junho, 2006, pág. 61 a 85;
- Lopes de Sousa, Jorge Manuel “*Notas Práticas sobre o Decretamento Provisório de Providências Cautelares*”, in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 47, Setembro/Outubro de 2004, Pág. 45 a 58;
- Maçãs, Maria Fernanda “*As Formas de Tutela Urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, in «Revista do Ministério Público», n.º 100, 2004, Pág. 209 a 238;
- Maçãs, Maria Fernanda “*Meios Urgentes e Tutela Cautelar – Perplexidades quanto ao Sentido e Alcance de alguns Mecanismos de Tutela Urgente*”, in «A Nova Justiça Administrativa», 2006, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Pág. 93 a 112;
- Martins, Ana Gouveia “*A Tutela Cautelar no Contencioso Administrativo (Em Especial, Nos Procedimentos de Formação dos Contratos)*”, 2005, Coimbra Editora;
- Ministério da Justiça “*Reforma do Contencioso Administrativo – Discussão Pública*”, Janeiro de 2000;
- Roque, Miguel Prata “*Reflexões sobre a Reforma da Tutela Cautelar Administrativa*”, 2005, Almedina;
- Vieira de Andrade, José Carlos “*A Justiça Administrativa (Lições)*”, 8.ª Edição, 2006, Almedina; □

Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados

Suzana Tavares da Silva

Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados (algumas notas)

A *garantia da tutela jurisdicional efectiva* encontra-se expressamente consagrada na Constituição da República Portuguesa, em geral, no art. 20º, e no n.º 4 e n.º 5 do art. 268º, no âmbito dos direitos e garantias dos administrados. É precisamente do sentido actual deste segundo preceito constitucional que iremos cuidar.

Começemos por uma verificação pacífica: a Constituição reconheceu a necessidade de *autonomizar* as garantias dos administrados relativamente à garantia da tutela jurisdicional efectiva em geral, indiciando, desta forma, que estaria aqui em causa uma situação diferente daquela que se verificaria nos litígios em geral. Assim, da leitura conjugada dos preceitos constitucionais resulta que ao administrado não basta apenas a *garantia* do acesso ao direito e aos tribunais, à informação e consulta jurídica, a fazer-se acompanhar por advogado, a obter uma decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo, e a dispor de procedimentos judiciais céleres e prioritários para defesa de direitos, liberdades e garantias pessoais, é ainda necessário que *a lei assegure os seus direitos e interesses legalmente protegidos*, podendo, em última instância, em caso de “falha do legislador”, essa garantia ser dada pelo tribunal, em decorrência da aplicação directa dos preceitos constitucionais.

A autonomização da tutela jurisdicional efectiva dos administrados pode não acrescentar nada de novo à garantia geral consagrada no art. 20º, e ter apenas como móbil compelir o legislador a superar o modelo objectivista do contencioso administrativo, através da consagração de acções destinadas a reconhecer e tornar efectivos direitos e interesses dos administrados perante o Estado no âmbito do exercício de poderes de autoridade (Cano-telho / Moreira, 2007, pp. 416, 417). Mas pode também querer enfatizar, como pensa-

mos, as particularidades de uma protecção judicial que em regra opõe um administrado-particular a uma entidade dotada de poder de autoridade e que, por essa razão, suscita especial atenção quanto à efectividade das sentenças desfavoráveis ao poder público (art. 205º C.R.P.) e exige especial cautela no respeito pela separação de poderes (Vieira de Andrade, 2009, pp. 164). Vejamos, pois, o “estado da arte”.

I - garantia

Em primeiro lugar, nunca é demais lembrar que a *garantia* consagrada no art. 268º/4 da C.R.P. é uma *garantia fundamental*, o mesmo é dizer que se trata de uma norma que consagra um direito (ou melhor, um *direito-garantia* na expressão de Vieira de Andrade, 2009, pp. 164) de natureza análoga a *direitos, liberdades e garantias*, o que significa que, beneficiando do regime jurídico contemplado no art. 18º da C.R.P. (*ex vi* art. 17º), goza de *aplicabilidade directa*. Em termos pragmáticos, vale por dizer que *na ausência* de norma legal que consagre um meio de defesa adequado ou *na presença* de uma norma legal que consagre um entrave ou uma limitação injustificada (ex. limitação dos meios de prova) a uma defesa adequada de um *direito ou de um interesse legalmente protegido*, a *primazia* do art. 268º/4 aliada à sua *operatividade* sem necessidade de mediação do legislador, permite, no primeiro caso, accionar a defesa sem lei e, no segundo caso, afastar o entrave ou a limitação aposta, garantindo a plena eficácia da defesa do direito ou do interesse legalmente protegido.

Isto não significa, contudo, que a aplicabilidade directa da norma neutralize o seu carácter de *direito legalmente conformado* e de *direito prestacionalmente dependente* (Canotilho / Moreira, 2007, pp. 408) – do qual se retira um comando para o legislador na consagração de um regime legal adequado a garantir a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados (*dependência da conformação legal*) e na instituição em concreto dos meios institucionais e humanos para o efeito (*dependência de prestações estaduais materiais*) –, mas apenas que, em última instância, podemos sempre fazer apelo directo à norma constitucional para obter o que não foi possível alcançar, ou o que foi ilegitimamente negado, no plano legislativo.

O actual art. 2º do CPTA parece assegurar uma concretização legal adequada daquele comando da lei fundamental quer quando autonomiza e identifica no n.º 1 os pontos fulcrais da tutela “direito a obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter providências cautelares (...) destinadas a assegurar o efeito útil da decisão”, quer quando determina, no n.º 2, a título residual, que “a

todo o direito ou interesse legalmente protegido corresponde a tutela adequada junto dos tribunais administrativos”.

II – tutela

Elucidado o sentido da *garantia*, é importante perceber também o sentido da expressão *tutela*. Ora, tutela reporta-se, neste caso, à *função de protecção da norma* ou pelo menos ao reconhecimento de um *núcleo de protecção subjectiva pública* presente na norma. Esta dimensão é, provavelmente, a que maior desenvolvimento conhece no momento actual.

Com efeito, tomando como ponto de partida o valioso trabalho já desenvolvido pela doutrina nacional na elucidação dos conceitos de *direito subjectivo* e de *interesse legalmente protegido*, bem como das categorias intermédias identificáveis na *continuidade gradativa* entre aquelas figuras (Vieira de Andrade, 2009, pp. 67-76), parece legítimo concluir que hoje, na senda das propostas mais recentes da doutrina alemã (Schoch, 2009, pp. 767ss.), a *europização e internacionalização* do direito público, e sobretudo do direito administrativo, têm contribuído para aumentar o leque das normas que comportam um *núcleo de protecção subjectiva pública* e, por esse efeito, também o rol dos interesses legalmente protegidos (Pereira da Silva, 2005, pp. 138ss).

Veja-se, em primeiro lugar, a proliferação de fenómenos de *colectivização de interesses individuais* em resultado da *publicização dos conflitos de direitos verificados nas relações jurídicas horizontais*, que a doutrina denomina como *interesses agregados* (Schoch, 2009, pp. 773), reconduzíveis a “novos interesses legalmente protegidos”.

Um campo de eleição para a aplicação desta categoria será, em nosso entender, o conjunto de prestações e serviços fornecidos pelo mercado que integram o “mínimo de existência condigna”. Aquilo que poderíamos designar como “mochila da dignidade humana” e que o Estado tem o dever de assegurar (*Estado garantidor*), em primeira linha, através da aprovação de regimes jurídicos que garantam a efectividade da prestação dos serviços essenciais pelos operadores do mercado. Neste caso, embora grande parte dos litígios envolva apenas os utentes e as empresas de fornecimento dos serviços, estando, por essa razão, subtraídos da competência dos tribunais administrativos, não pode deixar de equacionar-se a possibilidade de os consumidores de um desses serviços, por exemplo, do serviço de electricidade, pretenderem impugnar normas ou outras medidas regulatórias (ex. aumento desrazoável das tarifas) que ponham em causa a garantia ao nível elevado de protecção dos seus direitos como utentes de um serviço essencial (arts. 6º e 53º da Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, e art. 48º/2b) do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23

de Agosto). Trata-se, no fundo, de saber se os utentes dos serviços essenciais podem atacar a fonte do problema, a medida regulatória, ou se terão de esperar pelo acto de aplicação dessa medida, decorrente das consequências que a mesma implique no âmbito do fornecimento do serviço. A diferença é enorme. No primeiro caso, estaremos perante um litígio de direito administrativo, no segundo, perante uma questão de direito do consumo, em regra integrada no âmbito da jurisdição civil.

Se atentarmos nos preceitos da lei do sector eléctrico (arts. 6º e 53º da Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, e art. 48º/2b) do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto), exemplo que tomámos como referência, percebemos que o legislador localiza os litígios que envolvem os utentes dos serviços essenciais no universo do direito privado, cuidando apenas de instituir meios administrativos adequados para garantir a protecção extrajudicial dos respectivos direitos. Todavia, se o acesso ao serviço essencial ou outra dimensão dos direitos dos utentes for posta em crise directamente pela actuação das entidades administrativas reguladoras não se compreenderia que estes não pudessem assegurar imediatamente a *tutela* dos respectivos direitos e interesses perante as entidades judiciais nacionais. Sobretudo hoje, quando se reconhece no plano interno a possibilidade geral de impugnar normas administrativas e se consagra no plano europeu a fundamentidade da defesa dos consumidores nas políticas europeias e o reconhecimento do acesso a serviços de interesse económico geral nos termos previstos nas legislações nacionais, fruto da entrada em vigor da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais.

Assim, não temos dúvidas em aceitar que os utentes dos serviços essenciais devem poder lançar mão do pedido de impugnação de normas (ex. regulamentos aprovados pela ERSE) ou de impugnação de actos, de acordo com a natureza jurídica da medida regulatória que afecte os seus direitos ou interesses legalmente protegidos. Mas esta não será, provavelmente, uma *via eficaz* de obter a desejada tutela, desde logo porque grande parte da actividade reguladora tenderá a ser qualificada pela jurisprudência como actos normativos, levando o utente a ter de se debater com os termos limitados em que o legislador conformou o pedido de ilegalidade de normas (art. 73º/1 do CPTA). Com efeito, embora a lei admita a impugnação directa das *normas imediatamente operativas* (art. 73º/2 do CPTA) pode ser difícil conceber grande parte dos regulamentos aprovados pelas autoridades reguladoras como normas imediatamente operativas em relação aos utentes, se atentarmos no facto de em boa verdade eles apenas sentirem a lesão efectiva do seu direito após a aplicação das medidas neles contempladas pelas empresas prestadoras do serviço. A hipótese alternativa seria considerar que os regulamentos aprovados pelas autoridades reguladoras consubstanciam na realidade *medidas regulatórias*, que não devem reconduzir-se à categoria de regulamentos, uma vez que os mesmos não resultam

de um poder de desenvolvimento ou execução das leis, mas sim ao resultado do exercício de uma *função administrativa que encerra uma dimensão concreta*, por se traduzir na fixação de medidas (soluções individualizáveis que visam prevenir conflitos inevitáveis e latentes no âmbito de relações jurídicas horizontais) aplicáveis a um conjunto determinável de situações e de destinatários, podendo incluir-se no âmbito da categoria dos *actos administrativos gerais* que “prevendo uma situação concreta se referem a um grupo de pessoas” (Soares, 1978, pp. 81). Neste caso, passaríamos para o controlo dos actos administrativos, contornando as limitações do contencioso de impugnação de normas.

Mas caso esta construção não seja aceite, restará, então, um pedido de condenação da entidade reguladora, em sede de acção administrativa comum (art. 37º do CPTA), para exigir o restabelecimento ou o respeito pelo direito violado. Mas também esta via enfrenta dificuldades, pois cabe não esquecer que na arrumação que o CPTA dá aos meios processuais, exige que na presença de um acto administrativo ou de uma norma que tenha sido emitida ao abrigo de disposições de direito administrativo se utilize a forma de acção administrativa especial (arts. 37º/1 e 46º/1 do CPTA).

O problema fundamental reside, em nosso entender, não na conformação da lei do processo nos tribunais administrativos, mas sim na deficiente arrumação jurídico-dogmática dos regulamentos das autoridades administrativas reguladoras, que, em nome da alegada independência (art. 267º/3 da C.R.P.) conferida a essas entidades para assegurar o “bom funcionamento” dos mercados, acaba por criar embaraços no âmbito do controlo judicial da actividade desenvolvida pelas mesmas. Com efeito, estas entidades vêm “beneficiando” dos “claros-escuros” que sempre ensombraram o controlo de normas entre nós, quer quando se distinguia entre regulamentos do Governo e regulamentos do poder local, limitando o controlo dos primeiros pelo facto de se entender que estaria ali em causa um poder quase-político, quer pelo facto de se presumir que as normas, pelo seu carácter geral e abstracto, não são susceptíveis de produzir efeitos lesivos na esfera jurídica dos administrados.

Ora, os regulamentos das autoridades administrativas reguladoras não devem beneficiar de nenhuma destas presunções, pois eles são, como vimos, expressão de uma função administrativa pura (comportam um conjunto de medidas concretas para a organização e funcionamento dos mercados de bens e serviços essenciais ao bem-estar da população e ao funcionamento da economia) e as suas “normas” são o único “elo de ligação” entre o Estado e o utente do serviço essencial, o qual, ao ver frustrada a possibilidade de atacar judicialmente o regulamento, verá a defesa dos seus direitos remetida para o âmbito da relação de direito privado que estabelece com a empresa encarregada do fornecimento do serviço, onde dificilmente consegue atacar, de forma efectiva, a fonte do problema.

Em nosso entender, a economia social de mercado não alcançou ainda um estágio que permita remeter, definitivamente, os utentes destes serviços essenciais para o estatuto de meros consumidores e, por esta via, para uma tutela no âmbito da jurisdição comum baseada exclusivamente nas relações que os mesmos estabelecem com as empresas fornecedoras dos serviços. Julgamos poder ainda afirmar que neste caso – quando se pretende atacar um acto regulador – se reclama a justiciabilidade de uma relação jurídica que o Estado português mantém com os cidadãos nacionais, apesar de já não ser o seu fornecedor dos serviços, e que se inscreve, por isso, no âmbito da função administrativa.

Outra questão é saber se a pretensão dos utentes do serviço de electricidade que tomámos como exemplo pode ser enquadrada no âmbito da *acção popular social* (art. 9º/2 do CPTA), considerando que estaria em causa a protecção do bem jurídico-constitucional da qualidade de vida, enquanto concretização do mínimo de existência condigna. A doutrina não deixa dúvidas ao afirmar que a tutela judicial efectiva em matéria administrativa não se refere apenas aos direitos dos cidadãos, estendendo-se também à *protecção do interesse público* e dos *valores comunitários* (Vieira de Andrade, 2009, pp. 164), que hoje se devem estender também aos *valores da União Europeia* (art. 2º do TUE). Na linha do que antes afirmámos, o reconhecimento da legitimidade popular no caso concreto afigura-se-nos até um instrumento essencial do *aprofundamento da cidadania*, uma vez que as mais recentes orientações europeias em matéria energética exigem aos Estados a adopção de medidas concretas de combate à pobreza energética que se podem traduzir num encargo financeiro levado à tarifa para suportar as tarifas bonificadas daqueles que venham a ficar incluídos no nível da pobreza energética, reforçando, assim, a natureza jurídico-pública da relação jurídica em presença.

Note-se que a extensão da tutela aos valores comunitários motivou a discussão sobre a pertinência e a necessidade de introduzir no direito processual uma *acção popular dos consumidores* para impugnar *decisões administrativas* da autoridade da concorrência adoptadas no âmbito do exercício dos respectivos poderes de supervisão, quando as mesmas admitam a prática de comportamentos anticoncorrenciais (ex. decisões sobre a compatibilidade de acordos entre empresas com as regras da concorrência ou operações de concentração de empresas). De acordo com o quadro legal actualmente em vigor, aos consumidores apenas é reconhecido o *direito de acção popular civil* (art. 12º/2 da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto) para intentar *acções inibitórias* nos termos dos arts. 10º a 13º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, na sua redacção actualizada, e do art. 2º da Lei n.º 25/2004, de 8 de Julho.

Com efeito, o que se pretende com o alargamento da legitimidade processual para a impugnação destes actos administrativos da autoridade da concorrência junto do Tribu-

nal de Comércio de Lisboa (arts. 53º e 54º da Lei n.º 18/2003), que aparentemente não resulta de forma expressa dos arts. 9º/2 e 55º/1f) do CPTA pelo facto de a defesa dos consumidores não integrar o leque de bens constitucionalmente protegidos aí mencionados, é, na senda do que vem sendo proposto por outros ordenamentos, fruto da europeização dos ordenamentos jurídicos e da assumpção pelos Estados da tarefa de construção da União Europeia, reconhecer a tutela pública do interesse objectivo da concorrência no quadro de uma economia social de mercado. Fenómeno que a doutrina apelida de *public enforcement* do direito comunitário da concorrência (Scuffi, 2009, pp. 255ss) e que, a nosso ver, tem já acolhimento constitucional expresso no art. 52º/3 da C.R.P.

A proposta de estender a acção popular social aos consumidores para impugnar decisões administrativas no âmbito da actividade de regulação dos mercados parece-nos razoável atendendo também à ideia, já antes avançada, de que hoje os utentes dos serviços de interesse económico geral (*ex-administrados* no contexto político-económico do modelo de serviços públicos) estão também incluídos na *massa* dos consumidores (art. 3º da Lei n.º 18/2003) e dificilmente se podem albergar na tutela de outras normas para defender os seus direitos e interesses legalmente protegidos perante eventuais actos lesivos resultantes de acordos que as *utilities* firmem entre si, e que a Administração-reguladora não neutralize de forma efectiva.

Ainda a propósito do sentido da expressão *tutela*, e da sua extensão, é importante dar conta das cautelas que actualmente se impõem no âmbito da justiciabilidade de pretensões que podem pôr em crise valores e bens com expressão patrimonial das partes pelo simples efeito da aplicação das regras processuais. É o caso, por exemplo, da utilização de um processo de intimação para a obtenção de informações ou documentos administrativos quando a intenção do autor seja apenas a de obter informação sobre matérias que se incluem no âmbito do segredo profissional ou comercial da contra-parte, e que a mesma foi obrigada a disponibilizar à Administração no âmbito de procedimentos concursais ou de procedimentos para a obtenção de autorizações administrativas. Neste caso, é essencial, sobretudo entre nós que adoptámos um processo urgente para a garantia do acesso à informação “excessivamente permissivo” (Vieira de Andrade, 2009, pp. 272), construir expedientes processuais que defendam as partes contra estas situações de *abuso de tutela judicial*. Veja-se o exemplo do “processos *in camera*” adoptado pela Lei das Telecomunicações Alemã (§ 138º TKG), nos termos do qual se garante o segredo da empresa através da imposição do dever de sigilo ao juiz e demais intervenientes no processo quer na fase procedimental junto a autoridade reguladora, quer na fase judicial (Schoch, 2009, pp. 834, 835).

III – jurisdicional

A expressão jurisdicional indica, em regra, que a *garantia da tutela* é efectivada por um tribunal, ou seja, por um órgão jurisdicional, o que *em si* constitui, em termos jurídico-constitucionais, uma garantia de independência (art. 203º C.R.P.) e de efectividade (art. 205º/2 e 3 da C.R.P.) da resolução dos litígios. É certo que a *efectividade* da tutela não depende apenas da existência de um tribunal (*dimensão institucional*), mas também de leis processuais adequadas que garantam os poderes de pronúncia, a execução das decisões, que acautelem o respectivo efeito útil, e que não contemplem entraves injustificados à concretização ou restabelecimento do direito em prazo razoável, de acordo com uma decisão fundada no direito correspondente ao resultado de um pleito justo com igualdade de oportunidades das partes (*dimensão processual*).

Neste contexto, muito se escreveu na vigência da anterior lei processual, questionando, entre outras coisas, a necessidade do recurso hierárquico prévio (art. 25º/1 da LPTA), a limitação dos meios de prova (art. 12º da LPTA), os poderes cognitivos e de pronúncia quando estivessem em causa direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados (art. 69º LPTA) e os efeitos das sentenças (Decreto-Lei n.º 256-A/77). Por essa razão, grande foi o júbilo da doutrina com a aprovação da reforma do modelo legal do processo administrativo (Aroso de Almeida, 2007) que estabeleceu um modelo subjectivista sem pôr em crise o sistema de administração executiva e sem renunciar aos “momentos objectivistas” do regime (Vieira de Andrade, 2009, pp. 50-51).

Todavia, pensamos que o momento é outra vez de reflexão e até, dirão alguns depois de ler a nossa proposta, de inflexão. Com efeito, a *tecnicização* e a *economicização* do agir administrativo obrigam-nos hoje a tomar uma opção urgente entre três caminhos possíveis: 1) limitar o controlo jurisdicional da actividade administrativa à tutela subjectiva, deixando para outras formas de controlo (*maxime*, para as entidades administrativas independentes, dotando-as ou aumentando os seus poderes para-judiciais) o escrutínio da eficiência e das actuações fundadas em juízos técnicos; 2) jurisdicionalizar plenamente o controlo destas actuações e dotar os tribunais dos instrumentos de apoio técnico adequado para poder fundamentar as suas decisões; 3) recuperar o controlo jurisdicional de segunda linha ou de segundo nível (*reviewability*) relativamente a este tipo de actuações administrativas, desta feita por razões que se prendem com os juízos de base técnica e económica que sustentam as decisões e que requerem o desenvolvimento de novos instrumentos (extrajudiciais) de controlo primário das mesmas.

A nossa proposta é, pois, no sentido da recuperação e desenvolvimento de um controlo extrajudicial prévio, obrigatório, das decisões administrativas de base técnica e económica, que visaria, num primeiro estágio, testar a decisão administrativa adoptada no âmbito

dialéctico da sua natureza genética (discussão de argumentos entre iguais), instruindo o procedimento com meios adequados para que, numa segunda fase, quando a questão é colocada perante o tribunal, este possa subordiná-la aos testes típicos do controlo judicial no âmbito da *discricionariedade técnica*, designadamente: razoabilidade, fundamento suficiente em caso de adopção de solução divergente de *standards* estabilizados por organismos internacionais especializados, respeito pelos direitos fundamentais, sobretudo ressalva do núcleo essencial, quando o seu sacrifício se apresente fundamentado num juízo de proporcionalidade. Trata-se de “adaptar” ao modelo continental os pressupostos da *doutrina Chevron* que é apontada pelos autores como um *leading case* em matéria de controlo das decisões das entidades reguladoras (Gnes, 2008, pp. 114ss.)

É claro que esta proposta tem pressupostas algumas pré-compreensões que não podemos deixar de “confessar”. Em primeiro lugar, somos sensíveis ao facto de a *discricionariedade técnica* ser hoje agitada por alguns sectores para tentar furtar ao controlo judicial determinadas decisões que não só interessam aos cidadãos pelo especial impacto que têm sobre o seu bem-estar e o das gerações futuras, como muitas vezes não gozam do grau de complexidade técnica que se quer fazer crer. Como alguma doutrina bem sublinha, a *europeização* revela, por exemplo, que é mais fácil hoje alcançar o controlo judicial de uma decisão administrativa de demarcação de uma zona vinícola do que de uma decisão relativa à implementação de uma política (Enriquez Sancho, 2009, pp. 119). Em segundo lugar, é impensável que numa sociedade que é hoje tributária de um avultado investimento em educação, do qual resultou uma elevação exponencial da qualificação dos seus membros, que está dotada de tecnologias que permitem a divulgação da informação em tempo real e onde são investidos milhões no estudo e aprofundamento de áreas sensíveis ao bem-estar da população como a saúde e o ambiente, se continue a processar um controlo das decisões administrativas em “termos clássicos”, reconhecendo às entidades administrativas ampla margem de decisão na escolha da melhor forma de prossecução do interesse público em determinadas áreas sectoriais, sob o pretexto da existência de uma alegada margem de discricionariedade técnica. Em terceiro lugar, a *abertura da estadualidade* e a colocação em rede do nosso ordenamento jurídico com outros ordenamentos jurídicos internacionais e supranacionais, que “trazem para dentro” novos *standards* em áreas especializadas, constituindo um golpe fundamental nas pretensões de uma “Administração instalada em torre de marfim”. Por último, as diversas e imaginativas formas de privatização de inúmeras tarefas administrativas mostraram que é possível, também no âmbito do controlo, privatizar (e com isso repartir os custos) uma parte do controlo das actividades desenvolvidas pelos particulares que exigem vigilância

pública (ex. monitorização no domínio ambiental), tornando sustentável o modelo de controlo aqui proposto.

Neste conspecto, concluímos que a tutela jurisdicional não tem necessariamente que coincidir com o controlo por um tribunal, podendo reconduzir-se a situações em que esse controlo assenta numa *partilha* ou numa *relação de complementação* com outras entidades que actuam segundo procedimentos jurisdicionalizados. É precisamente no âmbito das normas procedimentais e processuais que será fundamental realizar um grande investimento para que estas normas assegurem a *tutela* dos direitos.

IV – efectiva

Depois de tudo quanto fomos avançando, parece não restar um conteúdo autónomo para o qualificativo *efectividade*. Em regra, o *controlo efectivo* no domínio administrativo pretendia sublinhar a necessidade de garantir a execução das decisões judiciais num domínio onde o juiz teria de lidar não só com limites aos seus poderes de cognição, em virtude do *reconhecimento dos espaços de livre valoração da Administração*, mas também à efectividade das suas decisões, atendendo ao reconhecimento do *direito de a Administração proceder espontaneamente à execução das decisões judiciais num determinado prazo*.

Estes dois problemas clássicos da jurisdição administrativa foram enfrentados pelo legislador da reforma em termos considerados bastantes satisfatórios pela doutrina, atendendo à possibilidade que o juiz hoje tem de *condenar a Administração*, designadamente, à adopção ou abstenção de um comportamento e à não emissão de um acto administrativo (art. 37º/2c) do CPTA), bem como à adopção das condutas necessárias ao restabelecimento de direitos e interesse violados (art. 37º/2d) do CPTA), de explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do acto devido (art. 71º/2 CPTA), de adoptar as providências necessárias para efectivar a execução da sentença quando a Administração não dê execução ao julgado nem deduza oposição ou a mesma venha a ser julgada improcedente (art. 167º/1 CPTA) ou de impor uma sanção pecuniária compulsória (art. 168º e 169º do CPTA).

Por resolver, fica apenas um problema que não é processual, nem institucional, nem sequer privativo do contencioso administrativo. Um problema que se reporta à administração da justiça, mas que põe em causa a garantia da tutela jurisdicional *efectiva*. Referimo-nos ao tempo que demora uma decisão judicial a transitar em julgado. Com isto não queremos apenas nem fundamentalmente juntar-nos ao coro daqueles que denunciam os atrasos dos processos judiciais, mas antes alertar para outra dimensão, para o facto de esta situação gerar uma atractividade inevitável por soluções alternativas de resolução de

litígios, algumas ainda jurisdicionalizadas como a *arbitragem*, e outras com contornos bem diferentes como a *mediação*, que se reconduz muitas vezes à tentativa de *contratualização* dos litígios, especialmente difundida em áreas como o ambiente e o urbanismo, por nelas confluírem inevitavelmente dimensões de *discricionariedade técnica* e de *discricionariedade administrativa* propriamente dita. Apesar dos avanços que a mediação nestas áreas conhece em ordenamentos como o alemão, o nosso não dispõe ainda de instrumentos legislativos adequados nesta matéria.

Por último, uma referência à *ultima ratio* da garantia da tutela jurisdicional efectiva, que muitas vezes constitui a única via de tornar *efectiva* a protecção jurídica de um direito violado: a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulta violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem, expressamente consagrado no art. 22º da C.R.P., e que hoje goza também entre nós de um regime legal concretizador (aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro) que abrange todas as funções estaduais, incluindo a responsabilidade no exercício da função político-legislativa.

V – Desenvolvimentos próximos

Revisitado, de forma breve e sumária, o conceito de *garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados*, pensamos que é ainda oportuno deixar um brevíssimo apontamento sobre as propostas mais recentes em matéria de *controlo da actividade administrativa* que desde já revelamos não nos entusiasmarem grandemente.

Assim, a doutrina mais recente tende a distinguir entre o *controlo da Administração* e o *controlo da actividade administrativa*.

Ao primeiro conceito reconduz o conjunto de meios e instrumentos que têm vindo a ser implementados com o objectivo de controlar a *performance* e a *qualidade* dos agentes administrativos (com a *europaização* parece cada vez mais certa a secundarização da estrutura organizatória da Administração por um conceito funcional congregador de todos aqueles que desempenham uma função administrativa quando se encontrem no exercício da mesma) e da actividade desenvolvida pela Administração, *deixando cair* o controlo assente nas regras tradicionais típicas dos poderes de hierarquia, superintendência e tutela, que passam a contar com esquemas de avaliação de resultados, auditorias e procedimentos de certificação, e *substituindo* a organização assente em ordens e comandos por novas formas de contratualização de tarefas (mesmo dentro das entidades estaduais) e por esquemas de *governance* nas relações interpessoais e inter-orgânicas.

Já o *controle da actividade administrativa*, integra, a par do controle judicial, todas as outras formas de garantia dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados.

Se bem percebemos o *rumo da mudança*, a tendência será substituir progressivamente os momentos objectivistas do controle judicial que envolvem relações jurídicas da Administração por fórmulas de relacionamento entre os sujeitos que desempenham a função administrativa, capazes de prevenir e reduzir substancialmente a litigiosidade. É certo que a multiplicação dos “sujeitos” e das “legitimidades” processuais é insustentável para qualquer máquina judicial, mas a complexidades dos esquemas propostos não augura uma redução de conflitos. Por outro lado, não é menos preocupante a obsessão pela *qualidade* da actuação administrativa fundada em avaliações de carácter pretensamente técnico, promovidas “intestinamente”, que não auguram igualmente nem justiça, nem transparência, nem sequer a tão almejada redução da litigiosidade.

Referências Bibliográficas

- AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, Almedina, Coimbra, 2007.
- ENRIQUEZ SANCHO, «Control jurisdiccional de la discricionalidad técnica», *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare sugli atti delle autorità indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 93-124.
- GNES, Matteo, «Le autorità indipendenti», *in Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 114ss
- GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007.
- KAHL, «Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle», *in Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, Beck, München, 2009, pp. 427-540.
- PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, Almedina, Coimbra, 2005.
- SCHOCH, «Gerichtliche Verwaltungskontrollen», *in Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, Beck, München, 2009, pp. 687-941.

- SCUFFI, Massimo «Tutela antitrust del consumatore e class action», *Il private inforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Cedam, Milano, 2009.
- SOARES, Rogério, *Direito administrativo*, Lições policopiadas, Coimbra, 1978.
- VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2009. □

I N F O R M A Ç Õ E S

i) Decisões e actos de reguladores

BANCO DE PORTUGAL (www.bportugal.pt)

- Boletim Oficial do Banco de Portugal (BP), cujo conteúdo é composto por Instruções do BP, Avisos do BP publicados em Diário da República, Cartas Circuladas emitidas pelo BP e Informações;
- Boletim Estatístico do Banco de Portugal – Março de 2010;
- Indicadores de Conjuntura – Março de 2010;
- Comunicado do Banco de Portugal relativo à divulgação de taxas máximas aplicáveis aos contratos de crédito aos consumidores no 2º trimestre de 2010;
- Comunicado do Banco de Portugal sobre o início da publicação do Folheto de Comissões e Despesas das instituições de crédito no Portal do Cliente Bancário;
- Aviso e Carta-Circular do Banco de Portugal sobre política de remuneração das instituições financeiras;
- Informação sobre a contrafacção de notas de euro em Portugal em 2009.

ERC (www.erc.pt)

- Deliberação a instar a RTP-Madeira a uma maior observância do princípio da imparcialidade, na condução do seu programa *Dossier de Imprensa*;
- Deliberação no sentido de reprovar veementemente a conduta da *Rádio Jornal da Madeira*, por violação manifesta dos deveres de rigor e separação clara entre informação e opinião; instada a *Rádio Jornal da Madeira* a observar escrupulosamente os princípios da isenção jornalística e da separação clara entre informação e opinião, em respeito pelos deveres ético-deontológicos da actividade jornalística e dirigido, a Recomendação 3/2010;
- Deliberação no sentido de considerar procedente a queixa de Manuel Marques contra a peça de abertura do Jornal Nacional da TVI de 20 de Março de 2009 sobre o caso Freeport, por comprovada violação do direito à imagem e por desrespeito do dever do jornalista de relatar os factos com rigor e exactidão, tendo ainda o Conselho Regulador considerado reprovável tal actuação por parte da TVI e instado ao rigoroso cumprimento futuro das normas relativas aos direitos de personalidade, valores que beneficiam de tutela constitucional, criminal e civilística, e do dever de rigor jornalístico;
- Deliberação no sentido de reprovar a conduta do jornal *Sol*, por ter violado deveres deontológicos dos jornalistas e direitos de personalidade de cidadãos e de instar o mesmo jornal à observância dos deveres de rigor e de diversificação das fontes, de não formular acusações sem provas e de respeito pela presunção de inocência, assim como ao respeito pelo direito ao bom nome e à reserva da intimidade da vida privada;
- Deliberação no sentido de recomendar ao jornal *24 horas* a adopção de uma conduta mais responsável e conforme à deontologia jornalística, abstendo-se de publicar notícias sem que sejam respeitados os princípios do contraditório e do rigor jornalístico;
- Deliberação no sentido de recomendar que a SIC garanta uma supervisão adequada da antena do serviço de programas SIC Internacional, designadamente na exibição de acontecimentos em directo, de modo a prevenir a ocorrência de perturbações indesejadas na emissão, como sucedeu no caso em apreço;
- Deliberação no sentido de considerar que a SIC não deu cabal cumprimento ao dever de rigor informativo previsto e de sensibilizar a SIC para a necessidade de um tratamento mais rigoroso das matérias, com vista a evitar interpretações erró-

neas acerca da realidade dos factos no presente, nomeadamente no que se refere à datação dos depoimentos recolhidos, já que novos factos entretanto ocorridos podem tornar desfasados os testemunhos recolhidos meses antes.

- Deliberação no sentido de sensibilizar o operador SIC Radical para que as exposições e reexposições dos programas em causa sejam efectuadas no período horário das 22h30m às 6h, evitando, deste modo, a sua assistência por franjas da população mais impressionáveis;
- Deliberação, no âmbito do direito de resposta, no sentido de ordenar a publicação de texto de resposta, acompanhado da menção de que tal publicação decorre de determinação da ERC, ficando o jornal “Correio da Manhã” sujeito ao pagamento de uma quantia pecuniária, no valor de €500 por cada dia de atraso no cumprimento da obrigação de publicação; de instar o “Correio da Manhã” à adopção de uma conduta, no tocante ao direito de resposta, mais consentânea com as suas responsabilidades como órgão de comunicação social e de determinar a abertura de processo contra-ordenacional contra o jornal “Correio da Manhã”, por denegação do direito de resposta;
- Deliberação, no âmbito do direito de resposta, a convidar o Recorrente Carlos Queiroz a, querendo, expurgar o seu texto de resposta da expressão “intrigalhada”, considerada desproporcionadamente desprimorosa, assim como a rectificar certos dados cronológicos do texto que se encontram desactualizados, e a remeter, no prazo de 10 dias a contar da data de notificação da presente deliberação, a nova versão ao director do *Diário de Notícias*, através de meio que comprove a sua recepção e a determinar ao *Diário de Notícias*, caso o Recorrente cumpra o ónus indicado supra, a publicação da nova versão do texto de resposta;
- Deliberação a considerar improcedente a pretensão da PT Comunicações, SA, no sentido de ser revogado o título de operador de distribuição que lhe foi atribuído no âmbito do concurso público aberto pela Portaria n.º 207-A/2008;
- Deliberação, na sequência de queixa de órgãos de comunicação social contra o Sport Lisboa e Benfica, agremiação desportiva de utilidade pública (“Benfica Clube”), e Sport Lisboa e Benfica, Futebol, SAD, (Benfica, SAD), por alegada restrição do direito de acesso dos jornalistas, no sentido de considerar procedente a queixa que lhe foi submetida relativamente à Sport Lisboa e Benfica, Futebol, SAD, por violação do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 9º e n.ºs 1 e 2 do artigo 10º do Estatuto do Jornalista e de Participar os factos ao Ministério Público para efeitos do apuramento da eventual responsabilidade penal dos agentes envolvidos;

- Comunicado da ERC a solicitar ao Senhor Procurador-Geral da República um conjunto de informações e esclarecimentos em virtude da divulgação em diferentes meios de comunicação social da existência de um alegado "plano em que está directamente envolvido o Governo para interferência no sector da comunicação social visando o afastamento de jornalistas incómodos e o controlo dos meios de comunicação social".
- Comunicado da ERC sobre o pedido de revogação da PT Comunicações do título habilitante de operador de distribuição;
- Comunicado da ERC relativo à transparência da propriedade dos meios de comunicação social em Portugal;
- Parecer da ERC sobre a operação de concentração relativa ao Grupo Media Capital.

ERS (www.ers.pt)

- Parecer sobre os limites impostos à colaboração entre prestadores de cuidados de saúde visando o encaminhamento de utentes de outros prestadores pelos direitos e interesses legítimos dos utentes;
- Parecer emitido na sequência de uma exposição apresentada pela Ordem dos Médicos Dentistas relativa "à legalidade e à transparência da organização, estrutura e funcionamento do sistema de Convenção ADSE";
- Parecer emitido na sequência da exposição da Ordem dos Médicos Dentistas suscitando diversas questões relativas a "entidades de mediação ou de gestão que vendem saúde (...) sob a designação de Seguros de Saúde";
- Recomendação da ERS à Administração Regional de Saúde do Centro, IP no sentido de efectuar as diligências que permitam minimizar o incómodo causado aos utentes do distrito de Leiria com necessidades de assistência de Nefrologia, resultante das deslocações para fora do distrito, designadamente a implementação da Rede de Referência Hospitalar de Nefrologia;
- Recomendação da ERS ao Instituto Cuf Diagnóstico e Tratamento, S.A. no sentido da adopção urgente de todas as medidas julgadas necessárias e adequadas para assegurar a privacidade e a intimidade do doente na Unidade de Recobro de Gastroenterologia, nomeadamente conceber um local destinado a área de vestíário dos utentes, sem a presença de qualquer meio de vigilância, ou caso tal não se afigure viável, adaptar aquela Unidade com um tipo de protecção física que garanta a efectivação dos direitos do doente.

ANACOM (www.anacom.pt)

- Relatório final do estudo sobre o impacto das e.iniciativas e a avaliação das políticas relacionadas à adesão e utilização de tecnologias de comunicação;
- Aprovação de sentido provável de decisão sobre a obrigação de controlo de preços em mercados grossistas de terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais;
- Deliberação sobre o sentido provável de decisão de revogar licença da PT para a TDT paga;
- Código de Conduta da ANACOM que estabelece as linhas de orientação em matéria de ética profissional que devem ser consideradas e adoptadas por todos os seus colaboradores;
- Deliberação da ANACOM, na sequência do pedido da PT Comunicações, a autorizar alterações à rede de televisão digital terrestre associada ao multiplexer A (Mux A) da Região Autónoma dos Açores;
- Relatório final do concurso público para desenvolvimento e implementação de um modelo de custeio de terminação móvel;
- Deliberação da ANACOM a aprovar a decisão sobre a proposta de tarifário de postos públicos apresentada pela PTC;
- Deliberação da ANACOM a aprovar a decisão sobre a proposta de tarifário aplicável às comunicações originadas na rede da PTC e com destino à rede dos OPS, apresentada pela PTC;
- Deliberação da ANACOM a aprovar a decisão sobre a proposta de tarifário residencial do serviço telefónico em local fixo no âmbito do Serviço Universal apresentada pela PT Comunicações;
- Deliberação da ANACOM a aprovar a decisão final sobre o acordo entre a ZON TV Cabo e a PT Comunicações relacionado com as listas telefónicas e o serviço informativo no âmbito do serviço universal;
- Deliberação da ANACOM a aprovar os sentidos prováveis de decisão relativos aos mercados de terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais e obrigação de controlo de preços;
- Deliberação da ANACOM no sentido de não se opor à proposta de tarifário da PTC para as comunicações originadas na sua rede e com destino à rede de outros prestadores de serviço (PTC-OPS).

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (www.concorrenca.pt)

- Comunicado 24/2009 a condenar cinco empresas de restauração colectiva;
- Comunicado 01/2010 a divulgar o Relatório sobre Mobilidade dos Consumidores no Sector das Comunicações Electrónicas;
- Comunicado 02/2010 a concluir a análise a aumentos de preços nas comunicações móveis.

ii) Relatórios e outros documentos

- Estudo "Imigração e diversidade étnica, linguística, religiosa e cultural na imprensa e televisão: 2008", desenvolvido pela Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra para a ERC com o patrocínio do ACIDI (www.erc.pt);
- Apresentação do Governador na Assembleia da República - II Assembleia Parlamentar da CPLP sobre "A crise internacional: significado e consequências" (www.bportugal.pt);
- Respostas do Governador do Banco de Portugal ao questionário da Comissão de Assuntos Económicos e Monetários do Parlamento Europeu (www.bportugal.pt);
- Apresentação do Governador sobre "O Estado e a competitividade da economia" - Conferência Antena 1/Negócios (www.bportugal.pt);
- Relatório Preliminar sobre as Relações Comerciais entre a Grande Distribuição Agro-Alimentar e os seus Fornecedores (www.concorrenca.pt);
- Relatório sobre a Mobilidade no Sector da Banca a Retalho em Portugal (www.concorrenca.pt). □