

PROVIDÊNCIAS CAUTELARES, SUSPENSÕES AUTOMÁTICAS E RESOLUÇÕES FUNDAMENTADAS: PIOR A EMENDA DO QUE O SONETO? *

TIAGO DUARTE

Sumário: Regressando a um tema já visitado pelo autor, podemos esperar do presente texto duas coisas: uma análise exaustiva das principais debilidades do artigo 128.º do CPTA e uma crítica incisiva à solução apresentada no projeto de revisão do CPTA, concluindo que seria possível outra *emenda*, que deveria passar, sobretudo, pela simplificação de formas processuais e pela eliminação da duplicação desnecessária de procedimentos, de modo a fomentar a celeridade das decisões judiciais e a garantia de uma tutela judicial efetiva.

Descritores: Código de Processo nos Tribunais Administrativos; tutela cautelar; suspensão de acto administrativo; resolução fundamentada.

I. INTRODUÇÃO

O projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) é o momento oportuno para se revisitar um tema que, desde a sua consagração, tem sido alvo de críticas, de abusos, de incompreensões e, há que dizê-lo, de uma jurisprudência nem sempre estável ¹.

Com efeito, no sempre problemático tema da tutela cautelar, a questão relativa aos efeitos dos requerimentos de providências cautelares destinadas a obter a suspensão de actos administrativos é, porventura, a mais problemática, sendo ponto de cruzamento entre o interesse do requerente, o interesse da entidade requerida e o interesse do beneficiário do acto, quando o mesmo não seja o requerente da providência cautelar.

O modo de resolver o referido cruzamento de interesses encontra-se actualmente previsto no art. 128.º do CPTA, mas de modo não totalmente satisfatório, avizinhandose uma resposta radical ao modelo vigente, no projecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais, que justifica bem uma primeira ponderação sobre a justeza dessa nova solução proposta.

* Este artigo foi elaborado antes de ser pública a Proposta de Lei 331/XII e com base no ante-projecto de CPTA publicitado pelo Governo.

¹ Escrevemos sobre este tema, pela primeira vez, em Tiago Duarte, *Providência cautelar e resolução fundamentada: the winner takes it all?*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 55, 2006, pág. 36 e segs.

O regime previsto no art. 128.º do CPTA tem-se prestado, cada vez mais, a abusos, seja dos requerentes de providências cautelares, que, por vezes, parecem contentar-se com o efeito “político-mediático” decorrente da suspensão automática dos efeitos do acto administrativo suspendendo, seja da Administração, através da emissão sistemática de resoluções fundamentadas, mesmo quando os requisitos para a sua emissão parecem longe de estar reunidos.

As fragilidades do modelo previsto no art. 128.º do CPTA tornam-se ainda mais visíveis, tendo em conta o extremo mediatismo que muitas providências cautelares têm tido recentemente, quando são usadas, como último reduto, até para tentar impedir, ou pelo menos adiar, a materialização de actos com uma componente político-legislativa ². Ora, na voragem mediática, é muito difícil perceber-se que um acto administrativo foi suspenso, após a apresentação da providência cautelar, mas que tal suspensão não decorreu de uma decisão judicial que se tenha pronunciado sobre o mérito da mesma, nem indicia, sequer, uma aparência de ilegalidade do acto ³.

Do mesmo modo, é ainda mais difícil perceber-se que esse mesmo acto deixe de estar suspenso uns dias depois, por virtude da emissão de uma resolução fundamentada, tudo isto sem que o tribunal ainda se tenha pronunciado sobre o mérito do pedido de suspensão de eficácia do acto administrativo. Finalmente, torna-se ainda mais incompreensível que esse mesmo acto volte a ser notícia, uns meses depois, quando, finalmente, o tribunal decide aquilo que, na óptica da opinião pública, já estava (duplamente) decidido.

Face a este cenário, a que se somam ainda as dúvidas interpretativas relativamente a um conjunto de normas que se relacionam com o artigo 128.º do CPTA, as variações jurisprudências sobre esta temática e o completo afastamento legal face aos interesses do beneficiário do acto (contra-interessado na providência cautelar), era urgente rever este procedimento urgente.

A esta situação acrescia ainda o facto de o regime jurídico previsto para as providências cautelares em matéria pré-contratual, previstas no art. 132.º do CPTA (quer lhes seja aplicável o art. 128.º, quer não) continuar a não respeitar as exigências da Directiva n.º 2007/66/CE, de 11 de Dezembro de 2007, cujo prazo de transposição terminou em 20 de Dezembro de 2009.

Aqui chegados, importa então analisar, ainda que de modo preliminar, a solução encontrada pelo projecto de revisão do CPTA, para ver se a mesma aparenta ser satisfatória ou se, pelo contrário, será *pior a emenda do que o soneto*.

² Tema muito interessante, mas que não se poderá analisar aqui é o de saber se os actos formalmente legislativos mas materialmente administrativos podem ser suspensos (seja no âmbito do art. 128.º do CPTA, seja mesmo por decisão judicial, sobretudo tendo em atenção que a suspensão dessas leis com alegado conteúdo administrativo ocorreria num momento em que a decisão judicial sobre a natureza materialmente administrativa do diploma legislativo ainda não se encontraria definitivamente tomada).

³ Neste sentido, Dora Lucas Neto, *Meios Cautelares*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 76, pág. 65.

II. AS PRINCIPAIS DEBILIDADES DO ART. 128.º DO CPTA

Para além do abuso, que por vezes se nota, no recurso a providências cautelares destinadas a obter a suspensão de eficácia de actos administrativos, bem como no abuso, que por vezes igualmente se nota, na emissão de algumas resoluções fundamentadas por parte das entidades requeridas, o regime actualmente previsto no art. 128.º do CPTA contém alguns pontos cuja interpretação ainda não se pode dar como assente na doutrina e ou na jurisprudência e que urgia, por isso mesmo, em qualquer caso, reformular ⁴.

Assim, em primeiro lugar, não é ainda hoje claro qual o momento a partir do qual a autoridade administrativa se encontra investida no dever de não iniciar ou prosseguir a execução do acto administrativo, bem como no dever de impedir, com urgência, que os serviços competentes ou os interessados procedam ou continuem a proceder à execução do acto.

Com efeito, o n.º 1 do art. 128.º do CPTA refere, de modo a dar azo a dúvidas interpretativas, que esse dever se inicia uma vez *recebido o duplicado do requerimento*, não sendo claro se com essa expressão se quer referir a citação judicial ou se bastará qualquer outro modo de recepção do duplicado do requerimento por parte da autoridade administrativa, nomeadamente pelo envio directo por parte do Requerente e mesmo antes de a citação judicial ter lugar.

Crê-se que a melhor solução interpretativa será a que considera que o dever de não iniciar ou prosseguir a execução do acto, bem como o dever de impedir que os serviços competentes ou os interessados o façam, deve apenas surgir com a citação judicial, que deve ser urgente, pois só esta citação assegura que a providência cautelar foi liminarmente admitida ⁵. Foi este, também, o entendimento do projecto de revisão do CPTA, que, em boa hora, clarificou as dúvidas, passando a referir, no n.º 1 do novo art. 128.º, que, *a entidade requerida, uma vez citada no âmbito do processo cautelar*, não pode

⁴ Sobre a questão relativa ao modo de contar o prazo dos 15 dias, previsto no n.º 1 do art. 128.º do CPTA, para a autoridade administrativa emitir a Resolução Fundamentada, veja-se o que se escreveu em Tiago Duarte, *Providência cautelar e resolução fundamentada: the winner takes it all?*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 55, 2006, pág. 44 e segs. A este propósito, salienta-se a sugestão de Mário Aroso de Almeida, *Art. 128.º do CPTA: realidade e perspectivas*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 93, 2012, pág. 3, com a qual se concorda, no sentido de se eliminar o prazo de 15 dias para a emissão das resoluções fundamentadas, o que reduziria a pressão para a sua emissão, com pouca ponderação e fundamentação, apenas de modo a evitar a preclusão do prazo.

⁵ Neste sentido, Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, 2010, pág. 461. Contra, Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa*, 2011, pág. 320, nota 870 e Dora Lucas Neto e Esperança Mealha, *O Contrainteresado e o art. 128.º do CPTA*, Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território — Estudos, Vol. II, 2012, pág. 615. A relevância dos argumentos de ambos os lados justificava plenamente uma intervenção legislativa clarificadora. Discordando da opção do projecto de revisão do CPTA, Fernanda Maçãs, *a tutela pré-cautelar em revisão: breves reflexões*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 106, 2014, pág. 104.

iniciar ou prosseguir a execução do acto, devendo impedir igualmente os serviços competentes ou os beneficiários do mesmo acto de o fazerem ⁶.

Em segundo lugar, levanta-se igualmente hoje a dúvida sobre se a decisão da autoridade administrativa de “*impedir, com urgência, que (...) os interessados procedam ou continuem a proceder à execução do acto*” consubstancia um verdadeiro e próprio acto administrativo (impugnável) ou se a proibição de os interessados procederem à execução do acto é um efeito que decorre *ope legis*, não sendo, por isso mesmo, a actuação da autoridade administrativa, informando o interessado disso mesmo, passível de impugnação, nem tendo a autoridade administrativa de praticar actos administrativos que obstem efectivamente à execução (indevida) do acto suspendendo, por parte dos interessados no mesmo ⁷.

Crê-se que a melhor solução é a que defende que não se está aqui (pelo menos numa primeira fase) perante acto administrativo impugnável, mas apenas perante informação, seja aos serviços competentes, seja aos interessados, dos efeitos que decorrem *ope legis* do pedido de suspensão de eficácia do acto administrativo. Apenas no caso de haver incumprimento dessa determinação legal devidamente notificada pela entidade requerida é que esta deve, para cumprir a lei, tomar as medidas necessárias (incluindo a prática de actos administrativos) para o efeito, podendo o Requerente da providência cautelar deduzir, também, o incidente processual previsto no n.º 4 do art. 128.º do CPTA, solicitando a declaração de ineficácia de tais actos de execução indevida.

⁶ É também de aplaudir a substituição da expressão “autoridade administrativa” pela expressão “entidade requerida”, sobretudo tendo em conta que a entidade requerida pode ser uma entidade privada, exercendo funções materialmente administrativas. Também a expressão “beneficiários” do acto administrativo, em vez de “interessados” parece ser clarificadora.

⁷ No sentido de que o dever de abstenção de execução do acto, previsto no n.º 2 do art. 128.º do CPTA, é uma decorrência directa da lei, Diogo Calado, *O novo regime da suspensão de eficácia de acto administrativo no âmbito das providências cautelares impugnatórias*, O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate, 2014, pág. 210. Contra, de modo que parece ser demasiado restritivo do disposto no art. 128.º do CPTA, considerando que os actos da autoridade administrativa, no sentido de impedir que os interessados iniciem ou prossigam com a execução do acto administrativo suspendendo, são verdadeiros actos administrativos impugnáveis, Pedro Gonçalves e Bernardo Azevedo, *Impugnabilidade dos actos praticados ao abrigo do art. 128.º, n.º 2, do CPTA e inconstitucionalidade da norma habilitante*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 90, 2011, pág. 4 e segs.. No mesmo sentido, considerando que a autoridade administrativa não tem de embargar uma obra, no caso de ter sido requerida a suspensão do acto de licenciamento, como forma de dar cumprimento ao disposto no n.º 2 do art. 128.º do CPTA, Elisabeth Fernandez, *Revisitando o art. 128.º, n.º 2, do CPTA: agora na perspectiva do contra-interessado*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 90, 2011, pág. 13. Esta visão restritiva foi acolhida no acórdão do TCA-Norte, de 1 de Abril de 2011 (proc. 01910/09.5BEPRT-A-B). Considerando que essa opção jurisprudencial “*não é isenta de críticas*” Dora Lucas Neto e Esperança Mealha, *O Contrainteressado e o art. 128.º do CPTA*, Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território — Estudos, Vol. II, 2012, pág.625, que consideram, acertadamente, que, *tal interpretação quase equivale a excluir do âmbito do artigo 128 os casos de suspensão de eficácia de actos que são favoráveis ao respectivo destinatário (...)*.

Note-se, aliás, que o legislador equipara os “serviços competentes” aos interessados, salientando o dever de a entidade requerida impedir que ambos executem o acto suspendendo, o que acentua a ideia de que quem impõe a suspensão da execução é, em ambos os casos, a lei mas que a Administração deve diligenciar no sentido de que isso mesmo aconteça, seja face aos seus serviços competentes, seja face aos interessados no acto.

De qualquer forma, face a estas dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais, lamenta-se que o projecto de alteração do CPTA não tenha introduzido uma clarificação nesta temática, antes tendo mantido, em termos substanciais, a redacção existente. Assim, nos termos do n.º 1 art. 128.º do projecto de CPTA pode ler-se que, *quando seja requerida a suspensão de eficácia de um acto administrativo, a entidade requerida, uma vez citada no âmbito do processo cautelar, não pode, salvo em estado de necessidade, iniciar ou prosseguir a execução, devendo impedir, com urgência, que os serviços competentes ou os beneficiários do acto procedam ou continuem a proceder à execução.*

Crê-se que se o projecto de CPTA pretendesse clarificar que a actuação da entidade requerida, no sentido de impedir a execução do acto, se deveria traduzir na prática de actos administrativos nesse sentido, tal deveria ficar consagrado expressamente, afirmando-se, por exemplo, que a entidade requerida deveria praticar os actos necessários, no sentido de impedir a execução do acto suspendendo. Pelo contrário, se a opção do projecto de CPTA fosse no sentido de clarificar que é a lei, e não a entidade requerida, que impede a execução do acto, então deveria mencionar-se que, quando seja requerida a suspensão da eficácia de um acto administrativo, a entidade requerida (incluindo, naturalmente, os seus serviços) e os beneficiários do acto não podem proceder à execução do referido acto administrativo.

Em terceiro lugar, o modelo previsto no art. 128.º do CPTA, seja na determinação da proibição de executar o acto suspendendo, seja na determinação de pôr fim a esse efeito suspensivo automático, através da emissão de uma resolução fundamentada, não pondera os interesses do beneficiário do acto administrativo, quando o mesmo não é o requerente da providência cautelar, mas um terceiro, numa relação administrativa multipolar.

Face a esta situação, há mesmo quem considere que o modelo previsto no art. 128.º do CPTA é inconstitucional, por pôr em causa o princípio da tutela jurisdicional efectiva do beneficiário do acto, na medida em que o seu interesse na execução do acto não é tomado em consideração, o que é tanto mais relevante quando a autoridade administrativa opta por não emitir uma Resolução Fundamentada, permitindo, assim, a manutenção da suspensão automática do acto, pela mera apresentação do pedido de suspensão de eficácia do mesmo e sem que o beneficiário do mesmo seja “tido nem achado”, de modo a poder contrapor o seu interesse na execução do acto, ao interesse do requerente.

Faz a esse défice de consideração dos interesses do beneficiário do acto suspendendo, saúda-se o facto de o projecto de CPTA passar a conferir legitimidade ao beneficiário do acto para requerer ao tribunal o levantamento

da proibição de executar o acto, devendo o tribunal ponderar todos os interesses envolvidos (incluindo os do contra-interessado e não apenas os do requerente e os da entidade requerida), quando tomar a decisão sobre a manutenção ou não do efeito suspensivo automático do referido acto ⁸.

Em quarto lugar, da leitura do art. 128.º do CPTA surge a dúvida sobre o exacto alcance da expressão “*procedam ou continuem a proceder à execução do acto*”, seja no que respeita à autoridade administrativa e respectivos serviços competentes, seja no que respeita aos interessados na execução do acto, sendo viável proceder a uma interpretação mais ampla, que considere que qualquer actividade consequente do acto administrativo ou tornada viável por virtude da existência do acto administrativo é apta a consubstanciar, para este efeito, uma “*execução do acto*”, ou a uma interpretação mais restritiva, que considere que apenas corresponde à execução de um acto administrativo, aquilo que o acto administrativo impõe ou permite que seja directamente realizado ⁹.

Crê-se que o sentido literal da norma, referindo-se ao facto de a execução do acto tanto poder ser levada a cabo pelos serviços da autoridade administrativa, como pelos próprios interessados no acto administrativo e, sobretudo, a teleologia da mesma, no sentido de impor a manutenção do *status quo*, até à emissão da resolução fundamentada ou até à decisão do tribunal, aponta no sentido de estar vedada qualquer actuação (da autoridade administrativa ou dos interessados no acto) relacionada com o acto administrativo suspendendo e que apenas pudesse ocorrer por virtude da emissão do referido acto administrativo, enquanto não for emitida resolução fundamentada ou não for indeferida a providência cautelar.

Em qualquer caso, também aqui seria muito oportuno que o projecto de revisão do CPTA pudesse ter aproveitado a ocasião para clarificar estas dúvidas interpretativas, lamentando-se que o mesmo tenha optado por manter a equívoca terminologia vigente, assim permitindo a continuação de um dissenso que levará a litígios acrescidos entre o requerente da providência cautelar, a entidade requerida e o beneficiário do acto administrativo suspendendo, que eram perfeitamente desnecessários. Para o efeito, a optar-se pela

⁸ Neste sentido, Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa, Lições*, 2011, pág. 320, nota 871, Pedro Gonçalves e Bernardo Azevedo, *Impugnabilidade dos actos praticados ao abrigo do art. 128.º, n.º 2, do CPTA e inconstitucionalidade da norma habilitante*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 90, 2011, pág. 7 e segs., Elisabeth Fernandez, *Revisitando o art. 128.º, n.º 2, do CPTA: agora na perspectiva do contra-interessado*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 90, 2011, pág. 14 e Dora Lucas Neto e Esperança Mealha, *O Contrainteressado e o art. 128.º do CPTA*, Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território — Estudos, Vol. II, 2012, pág. 622 e segs..

⁹ Manifestando clara preferência pela interpretação restritiva, Pedro Gonçalves e Bernardo Azevedo, *Impugnabilidade dos actos praticados ao abrigo do art. 128.º, n.º 2, do CPTA e inconstitucionalidade da norma habilitante*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 90, 2011, pág. 3 e segs., e Elisabeth Fernandez, *Revisitando o art. 128.º, n.º 2, do CPTA: agora na perspectiva do contra-interessado*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 90, 2011, pág. 11 e segs. Na jurisprudência, veja-se a decisão do TCA-Norte, de 1 de Abril de 2011, que a acolheu.

interpretação mais ampla, bastaria referir que, após a citação, nem a entidade requerida, nem o beneficiário do acto poderiam iniciar ou prosseguir a execução do mesmo, ou promover qualquer actividade consequente da emissão do referido acto, devendo a entidade requerida tomar todas as medidas necessárias para assegurar a efectividade disso mesmo.

Em quinto lugar, levanta-se a questão de saber se o regime previsto no art. 128.º do CPTA se aplica ou não às providências cautelares pré-contratuais, tendo em conta o disposto no n.º 3 do art. 132.º do CPTA que, aparentemente, pelo menos numa leitura literal, poderia inculcar a ideia de que o disposto no art. 128.º não era aplicável a essas providências cautelares. As dúvidas interpretativas, neste caso, adensam-se na medida em que a própria jurisprudência não tem contribuído para as afastar¹⁰.

Também aqui se crê que a melhor solução interpretativa e a que melhor se adequa à Directiva n.º 2007/66/CE, de 11 de Dezembro de 2007 (ainda que não a respeitando na totalidade, na medida em que o efeito suspensivo automático pode cessar por virtude da emissão de uma resolução fundamentada e não, apenas, por virtude de uma decisão judicial) é a considera que o disposto no art. 128.º do CPTA também se aplica às providências cautelares pré-contratuais. Neste sentido, aplaude-se a clarificação efectuada pelo projecto de revisão do CPTA, através da nova redacção dada ao n.º 2 do art. 132.º do CPTA.

¹⁰ A comparação entre a redacção do n.º 3 do art. 132.º e a redacção do n.º 4 do art. 130.º do CPTA poderia indicar que uma diferença de redacções deveria implicar uma diferença de soluções legais, mas esse não é um elemento determinante. No sentido da não aplicação do regime do art. 128.º às providências cautelares pré-contratuais, veja-se o acórdão do STA 20 de Março de 2007 (proc. 1191/06 — 1.ª secção), anotado, com discordância, por Cláudia Viana, *A prevenção do “facto consumado” nos procedimentos de contratação pública — uma perspectiva de direito comunitário*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 68, 2008, pág. 26 e segs. No mesmo sentido do STA, mas com fundamentação diferente, sobretudo baseada na protecção dos contra-interessados, Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa (Lições)* 2011, pág. 327 nota 895. Contra, no sentido que se subscreve, Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2010, pág. 880 e segs., Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, 2010, pág. 465 e segs., e Ana Gouveia Martins, *Perspectivas de evolução da tutela provisória do processo cautelar*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 79, 2010, pág. 15 e segs. Para esta autora, *constituiu um imperativo hermenéutico presumir que o legislador é racional e que, por conseguinte, não negaria, a título absolutamente excepcional, a efectividade da tutela cautelar num domínio em que se procurou exactamente reforçar essa mesma tutela*. No mesmo sentido (e posteriormente ao acórdão do STA de 20 de Março de 2007) veja-se o acórdão do TCA Sul de 28.10.2010 (proc. 6616/10) anotado, com concordância, por Cláudia Viana, *A interpretação e aplicação do art. 128.º do CPTA em conformidade com o direito europeu dos contratos públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 91, 2012, pág. 41 e segs. Para um resumo da polémica interpretativa, Pedro Borges Gonçalves Fontes, *Da aplicabilidade da proibição automática da suspensão do acto administrativo e do decretamento provisório da providência na tutela contratual: o som do silêncio do art. 132.º n.º 3*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, pág. 1 e segs. e Diogo Neves, *Decretamento Provisório das Providências Cautelares e Proibição Automática de Execução do Acto em Sede de Procedimentos Pré-Contratuais — relançar do tema à luz do Direito Comunitário*, Cedipre online, n.º 20, Maio de 2014, pág. 3 e segs.

Em sexto lugar, crê-se que o modelo actualmente previsto no art. 128.º do CPTA não é muito ágil, na medida em que não permite que o requerente da providência cautelar impugne directamente a resolução fundamentada, no caso de considerar que a mesma foi emitida fora de prazo, ou por órgão incompetente ou que não está devidamente fundamentada, ou que faz uma errada apreciação dos pressupostos de facto ou de direito, por exemplo.

Com efeito, o requerente da providência cautelar terá de esperar pelos eventuais actos de execução do acto administrativo, que só conhecerá, na maioria dos casos, depois de terem sido praticados, sendo forçado a identificá-los e a pedir a referida declaração de ineficácia (que pode não ter utilidade prática se os referidos actos se consumaram no plano fáctico), tendo, depois, necessidade de ir ampliando o pedido de declaração de ineficácia ou apresentando novos pedidos, se forem posteriormente praticados ou conhecidos novos actos de execução, que o requerente repute de ilegítimos.

Ora, se fosse possível pedir a anulação urgente da resolução fundamentada, a decisão de deferimento desse pedido, por parte do tribunal implicaria que quaisquer actos já praticados ou a praticar ao abrigo dessa mesma resolução seriam inválidos, o que seria clarificador, até para a própria entidade requerida e para os interessados no acto, que podem estar a executar o acto suspendendo convencidos da legalidade da resolução fundamentada apresentada ¹¹.

Em sétimo lugar, não é clara a articulação entre o art. 128.º e o art. 131.º do CPTA, sobretudo porque o art. 128.º começa por conferir ao requerente uma protecção superior à concedida pelo art. 131.º, por ser automática a suspensão dos efeitos do acto, mas que poderá ser eliminada pela mera emissão de uma resolução fundamentada, algo que não pode ocorrer no caso do decretamento provisório da providência cautelar ¹².

¹¹ No sentido da não impugnabilidade directa da resolução fundamentada, Mário Aroso de Almeida, *Art. 128.º do CPTA: realidade e perspectivas*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 93, pág. 4 e jurisprudência concordante citada na nota 2. Quanto à limitada capacidade do Tribunal no sentido de se pronunciar sobre a fundamentação da resolução fundamentada, veja-se o Acórdão do TCA-Sul, de 10 de Julho de 2014 (Proc. 11202/14).

¹² Defendendo a eliminação do art. 128.º do CPTA, tendo em conta as potencialidades do art. 131.º do CPTA, Dora Lucas Neto, *Meios Cautelares*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 76, 2009, pág. 65. No sentido de que o art. 131.º é compatível com o art. 128.º do CPTA, mas que a opção de um dos mecanismos preclude o outro, Ana Gouveia Martins, *Perspectivas de evolução da tutela provisória do processo cautelar*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 79, 2010, pág. 27. Se a solução apresentada por esta Autora parece ser de saudar, de um ponto de vista de *iure condendo*, não parece que a mesma tenha acolhimento na lei vigente, que, segundo se crê, permite a cumulação de ambos os regimes, permitindo, assim, o que é criticável, que um tribunal possa indeferir o pedido de decretamento provisório de uma providência, ao abrigo do art. 131.º, permanecendo o acto, ainda assim, suspenso, pela aplicação do art. 128.º. Para uma análise do modo como o projecto de CPTA pretende compatibilizar ambos os regimes, Rui Guerra da Fonseca, *A suspensão de eficácia de actos administrativos no projecto de revisão do código de processo nos tribunais administrativos*, Revista Electrónica de Direito Público, n.º 2, Junho 2014, pág. 11. Em sentido crítico, Fernanda Maças, *a tutela pré-cautelar em revisão: breves reflexões*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 106, 2014, pág.109.

Como se vê, haveria bastante por onde melhorar o actual regime previsto no art. 128.º do CPTA, tendo, no entanto, o legislador optado antes por uma solução diversa, e mais radical, que, segundo se crê, não se adequará satisfatoriamente à nossa realidade prática.

III. A SOLUÇÃO APRESENTADA PELO PROJECTO DE CPTA

De acordo com a nova redacção do art. 128.º da proposta de CPTA, *quando seja requerida a suspensão da eficácia de um acto administrativo, a entidade requerida, uma vez citada no âmbito do processo cautelar, não pode, salvo em estado de necessidade, iniciar ou prosseguir a execução, devendo impedir, com urgência, que os serviços competentes ou os beneficiários do ato procedam ou continuem a proceder à execução.*

Posteriormente, prevê-se, no n.º 2 do mesmo art. 128.º, que, *a entidade requerida e os beneficiários do ato podem requerer ao juiz cautelar o levantamento do efeito previsto no número anterior, alegando que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos, havendo lugar, na decisão, à aplicação do critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º.*

A solução proposta altera, assim, radicalmente o modelo actual.

A alteração mais relevante decorre do facto de o chamado efeito suspensivo automático, resultante da mera citação da providência cautelar à entidade requerida, apenas poder terminar — salvo estado de necessidade — por decisão judicial e já não através da emissão de uma resolução fundamentada, por parte da entidade requerida.

Desaparece, assim, a figura da resolução fundamentada, tendo o legislador preferido eliminá-la do que reformá-la, de modo a moderar o seu uso abusivo, o que poderia ter sido, pelo menos parcialmente, conseguido permitindo-se a impugnação urgente da própria resolução fundamentada¹³.

Ora, naturalmente que esta alteração legislativa, a concretizar-se, vai fomentar, só por si, um aumento do número de providências cautelares, sobretudo das que têm como propósito principal ou mesmo único o aproveitamento “político-mediático” do efeito suspensivo automático produzido pela citação do requerimento inicial, efeito esse que, a partir de agora, se irá prolongar (mesmo contra a vontade do legislador) durante mais tempo, até uma eventual decisão judicial no sentido do levantamento desse mesmo efeito suspensivo automático.

¹³ Considerando que a resolução fundamentada vai manter-se, sempre que a entidade requerida quiser invocar e fundamentar a existência de estado de necessidade, Diogo Calado, *O novo regime da suspensão de eficácia de acto administrativo no âmbito das providências cautelares impugnatórias*, O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate, 2014, pág. 217.

Com efeito, se a entidade requerida ou os beneficiários do acto suspendendo quiserem pôr termo ao efeito suspensivo automático, decorrente da mera apresentação (e citação) da providência cautelar, terão de requerer ao tribunal o levantamento desse mesmo efeito, *alegando que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesse envolvidos*.

Ora, o tribunal, antes de decidir, terá de permitir o exercício do direito de contraditório ao requerente da providência cautelar (não resulta claro do texto se o beneficiário do acto também será notificado para se pronunciar, no caso de requerimento apresentado pela entidade requerida ou se terá de deduzir incidente autónomo, para fazer valer os seus argumentos), o que ocorrerá no prazo de 5 dias, devendo depois o tribunal decidir no prazo de 5 dias.

Não obstante o optimismo legislativo, é evidente hoje, e resulta da experiência acumulada, que estes prazos legais (quando aplicáveis aos tribunais) são irrealistas, sobretudo atendendo ao expectável aumento do número de providências cautelares que a presente opção legislativa acarretará, bem como ao facto de a decisão do Tribunal passar a ser mais complexa, devendo proceder a uma ponderação dos vários interesses em presença, onde se encontrarão, muitas vezes, para lá do interesse público, dois interesses privados em oposição (o do beneficiário do acto e o do requerente da providência cautelar)¹⁴.

Com efeito, enquanto, actualmente, a intervenção do tribunal, nos casos em que é suscitada pelo requerente da providência cautelar a ineficácia de actos de execução praticados ao abrigo de resoluções fundamentadas, se resume a uma apreciação judicial sobre se a autoridade administrativa demonstrou tempestiva e fundamentadamente que o diferimento da execução do acto suspendendo seria causador de graves perturbações para o interesse público, com a opção prevista no projecto de CPTA, o critério para o tribunal vir a decidir o levantamento do efeito suspensivo automático passa a ser outro.

Assim, nos termos do n.º 2 do art. 128.º do projecto de CPTA, o tribunal terá de passar a efectuar uma ponderação dos interesses públicos e privados em presença, nos termos previstos no n.º 2 do art. 120.º do CPTA, o que leva a que, no fundo, venha a haver uma pré-decisão da providência cautelar, antes de se decidir a própria providência cautelar, usando os mesmos critérios de decisão da própria providência cautelar.

Ora, crê-se que esta solução poderá vir a ter mais inconvenientes do que a solução actual.

¹⁴ Note-se, por exemplo, que o CPTA vigente já hoje determina que as providências cautelares sejam decididas em 5 dias, nos termos do n.º 1 do art. 119.º do CPTA, sendo que a experiência desmente diariamente essa proclamação legislativa, que não passa de um *wishful thinking*.

Em primeiro lugar, porque permitirá o prolongamento do efeito suspensivo automático do acto, sem qualquer controlo, nem da Administração, nem do Tribunal. Com efeito, enquanto no CPTA vigente havia críticas relativamente ao facto de a autoridade administrativa conseguir unilateralmente manter a execução do acto administrativo através da emissão de uma resolução fundamentada, com o modelo previsto no projecto de CPTA será o Requerente quem conseguirá, unilateralmente, e independentemente da valia da sua pretensão cautelar, suspender um acto administrativo durante um período mais ou menos longo.

Em segundo lugar, porque vai congestionar ainda mais os tribunais, passando a haver seguramente mais providências cautelares, por estar assegurada a suspensão automática por um período de tempo mais longo do que actualmente sucede, e, nessas providências cautelares, haverá seguramente mais casos em que a entidade requerida ou o beneficiário do acto pedirão ao tribunal o levantamento do efeito suspensivo automático, do que os actuais casos em que o requerente vem pedir a declaração de ineficácia dos actos praticados ao abrigo da resolução fundamentada.

Em terceiro lugar, porque o que a entidade requerida ou o beneficiário do acto irão pedir ao tribunal implicará uma tarefa mais exigente por parte deste, na medida em que o Tribunal, para decidir se levanta ou não o efeito suspensivo automático previsto no n.º 1 do art. 128.º do projecto de CPTA, terá de proceder a uma ponderação dos interesses públicos e privados em presença, nos termos previstos no n.º 2 do art. 120.º do CPTA, o que implicará necessariamente um conhecimento mais aprofundado da providência cautelar, não parecendo que o tribunal possa abstrair-se totalmente da questão de saber se há *fumus de fumus non malus juris*, bem como se há *fumus de periculum in mora*, quando estiver a proceder à ponderação dos interesses públicos e privados em presença.

Com efeito, se o tribunal considerar que não há *fumus de fumus* nem *fumus de periculum*, não parece fazer sentido que, ainda assim, seja chamado a proceder a uma ponderação dos interesses em presença, decidindo, por exemplo, pela manutenção do efeito suspensivo automático de um acto cujo pedido de suspensão está condenado a ser improcedente.

Em quarto lugar, porque vai potenciar ainda mais que a decisão judicial que se pronuncie sobre o pedido de levantamento do efeito suspensivo automático seja tomada (ao contrário do que o legislador pretende) juntamente com a decisão da providência cautelar propriamente dita, assim permitindo ao tribunal poupar precioso tempo de trabalho e proceder a uma apreciação integrada da questão em causa, não estando a decidir duas vezes o mesmo litígio, usando parcialmente os mesmos critérios, o que também contribuirá para inviabilizar o cumprimento do prazo legal de decisão do requerimento em que se solicita o levantamento do efeito suspensivo automático.

Em quinto lugar, vai trazer para o incidente relativo ao pedido de levantamento do efeito suspensivo automático, as dificuldades de prova, já hoje existentes quanto à fundamentação do *periculum in mora*, neste caso relati-

vamente ao facto de a suspensão do acto gerar, nos termos previstos no n.º 2 do art. 128.º do projecto de CPTA, *consequências lesivas claramente desproporcionadas* para o beneficiário do acto.

Com efeito, na generalidade dos casos, essas consequências lesivas que o requerente invoca virem a ocorrer e que reputa virem a ser claramente desproporcionadas ainda não aconteceram ou só começaram a acontecer, sendo, na maior parte dos casos, prejuízos futuros e potenciais decorrentes da não execução do acto e, como tal, de difícil alegação e prova, sobretudo atendendo à criticável jurisprudência restritiva que tem vingado neste domínio, no que respeita à prova do *periculum in mora*.

Face a tudo o exposto, é de crer que entre a solução actualmente prevista no art. 128.º do CPTA e a solução prevista no projecto de CPTA deva ser equacionada uma solução intermédia, que permita que não se passe directamente de um extremo para o outro.

Com efeito, enquanto com a situação actual, se critica vulgarmente a banalização do uso da resolução fundamentada e, como tal, a ineficácia do efeito suspensivo automático produzido pela apresentação do pedido de suspensão de eficácia de acto administrativo, que, por vezes, dura apenas 24 ou 48 horas, até à emissão da resolução fundamentada, com a solução prevista no projecto de revisão do CPTA, irá passar a criticar-se a banalização da suspensão automática dos actos administrativos, por mera vontade do requerente, que vai manter-se durante semanas ou meses (e nunca 5 dias, como o projecto prevê), até que o tribunal se pronuncie sobre a questão.

Mesmo a situação dos contra-interessados, que parece melhorar com as modificações introduzidas pelo projecto de CPTA, na medida em que passam a ter legitimidade para solicitar o levantamento judicial da suspensão automática do acto administrativo de que são beneficiários, devendo o seu interesse ser devidamente ponderado, pode ficar numa situação pior do que aquela que está actualmente, na medida em que terão sempre de aguardar que o efeito suspensivo automático do acto suspendendo seja levantado por uma decisão judicial, que, seguramente, demorará mais tempo a ser tomada do que actualmente a decisão da autoridade administrativa de elaborar uma resolução fundamentada ¹⁵.

Aqui chegados, importa notar que, se a solução prevista no projecto de CPTA não parece boa, mais pelo que é expectável que venha a acontecer, do que pela solução em si mesma, se aplicada num mundo ideal, o certo é que existem duas *nuanças* introduzidas no modelo previsto no projecto de CPTA que parecem ainda piorar as coisas.

¹⁵ Importa deixar claro que a previsão que aqui se faz quanto à incapacidade de, por regra, o tribunal decidir o levantamento do efeito suspensivo automático em 5 dias, tal como previsto no n.º 4 do art. 128.º do projecto de CPTA nada tem que ver com a capacidade de trabalho e eficácia dos juízes, em concreto, mas antes com o complexo problema dos atrasos na justiça, que tem variadas causas, que não cabe aqui discutir. A crítica efectuada dirige-se, assim, ao legislador que continua a fixar prazos que sabe não serem passíveis de ser cumpridos nas condições existentes.

A primeira *nuança* resulta do facto de se prever a possibilidade de a entidade requerida poder iniciar ou prosseguir a execução do acto administrativo suspendendo, desde que entenda estar-se perante um estado de necessidade, nos termos do n.º 1 do art. 128.º do projecto de CPTA.

A segunda *nuança* resulta do facto de se prever a possibilidade de o levantamento do efeito suspensivo automático poder ser pedido com carácter de urgência, nos termos do n.º 5 do art. 128.º do projecto de CPTA.

a) O estado de necessidade

A menção ao estado de necessidade é inovadora no CPTA e pode causar, pelo menos enquanto não se estabilizar — desde logo a nível jurisprudencial — o seu alcance, bastantes dúvidas e problemas interpretativos ¹⁶.

Com efeito, esta menção ao estado de necessidade pode transformar-se numa espécie de substituto da resolução fundamentada, permitindo à entidade requerida levantar unilateralmente o efeito suspensivo automático do acto administrativo, através da invocação, mais ou menos fundamentada, de que se está em estado de necessidade, justificativo da execução do acto suspendendo ¹⁷.

Na verdade, o projecto de revisão do CPTA não diz se essa declaração de estado de necessidade tem de ser consubstanciada num acto administrativo fundamentado e se o mesmo é impugnável e em que termos, se há prazo para a sua emissão e se esse estado de necessidade permite apenas à entidade requerida iniciar ou prosseguir a execução do acto ou se permite também que o beneficiário do acto inicie ou prossiga com essa mesma execução.

¹⁶ Sobre o estado de necessidade administrativo, veja-se Sérvulo Correia, *Revisitando o Estado de Necessidade Administrativo*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Freitas do Amaral, 2010, pág. 720 e segs. onde o Autor considera que um dos pressupostos para a existência de um estado de necessidade é a existência de um perigo iminente e actual *para um interesse público essencial*, o inviabilizaria a invocação do estado de necessidade, no caso em apreço, para proteger interesses do beneficiário do acto administrativo. Sobre o estado de necessidade no projecto de CPTA, Rui Guerra da Fonseca, *A suspensão de eficácia de actos administrativos no projecto de revisão do código de processo nos tribunais administrativos*, Revista Electrónica de Direito Público, n.º 2, Junho 2014, pág. 10 e segs. e Diogo Calado, *O novo regime da suspensão de eficácia de acto administrativo no âmbito das providências cautelares impugnatórias*, O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate, 2014, pág. 214 e segs.

¹⁷ Considerando que a referência ao estado de necessidade tornará mais difícil à entidade requerida emitir uma “resolução fundamentada” decretando esse estado de necessidade, do que actualmente acontece com as resoluções fundamentadas de interesse público, Diogo Calado, *O novo regime da suspensão de eficácia de acto administrativo no âmbito das providências cautelares impugnatórias*, O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate, 2014, pág. 217. Em sentido crítico da substituição da expressão “grave prejuízo para o interesse público” por “estado de necessidade”, Fernanda Maças, *a tutela pré-cautelares em revisão: breves reflexões*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 106, 2014, pág. 105.

Da leitura do n.º 3 do art. 128.º do projecto de CPTA, parece resultar que a reacção do requerente da providência cautelar à prática de actos de execução, baseados em declaração de estado de necessidade, terá de passar pela consideração dos mesmos como actos indevidos, por serem consequência de declaração indevida de estado de necessidade, recorrendo ao incidente do n.º 3 do art. 128.º do projecto de CPTA, o que, a ser assim, não permitindo a impugnação directa e urgente do acto que decreta o estado de necessidade, transportará para o novo modelo previsto todos os problemas que a resolução fundamentada já continha.

A manter-se a solução do recurso ao estado de necessidade, então crê-se que o melhor será que se permita ao requerente da providência, a impugnação directa e urgente dessa mesma declaração de estado de necessidade, impondo-se que a mesma seja junta ao processo judicial, antes de começarem a ser praticados os actos de execução justificados pela mesma.

Com efeito, o projecto de CPTA, ao apresentar o estado de necessidade como uma excepção à regra geral do efeito suspensivo automático do acto administrativo suspendendo, parece estar a prever que esta possibilidade seja uma opção de aplicação muito residual, funcionando como válvula de segurança do sistema, mas a realidade pode bem vir a ser outra, nada impedindo que se comece a vulgarizar o decretamento do estado de necessidade, como se vulgarizou o decretamento de resoluções fundamentadas, o que, a acontecer, eliminará por completo o propósito inovador do art. 128.º do projecto de CPTA.

O conceito de estado de necessidade encontra-se, actualmente, plasmado no n.º 2 do art. 3.º do CPA, onde se pode ler que *os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito a ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração.*

Significa isto que o acto que reconheça o estado de necessidade, para efeitos da execução do acto administrativo suspendendo, deverá ser qualificado como acto administrativo, sendo que parece que os resultados ocorridos com o estado de necessidade (execução do acto suspendendo) nunca poderão ser alcançados de outro modo, visto que sem a menção ao estado de necessidade, o acto ficava automaticamente suspenso, pelo mero efeito da citação da providência cautelar, o que dificultará a anulação da referida declaração do estado de necessidade com esse fundamento, por parte do tribunal.

Também o eventual direito à indemnização a que o requerente da providência cautelar poderá vir a ter direito parece ser pouco dissuasor da emissão de declarações de estado de necessidade, na medida em que a sua obtenção sempre implicará que os requerentes da providência cautelar iniciem uma acção de responsabilidade civil contra a Administração e, aí, consigam provar prejuízos indemnizáveis, pelo levantamento do efeito suspensivo automático e pela sua execução.

b) O pedido de levantamento da suspensão automática, com carácter de urgência

Apesar de o pedido de levantamento da suspensão provisória automática, deduzido pela entidade requerida ou pelo beneficiário do acto, ter carácter de urgência, prevendo-se que o exercício do contraditório seja realizado no prazo de 5 dias e a decisão judicial seja tomada igualmente no prazo de 5 dias, o certo é que o n.º 5 do art. 128.º do projecto de CPTA prevê um modo ainda mais urgente de requerer e de decidir esse mesmo incidente relativo ao pedido de levantamento do efeito suspensivo automático.

Assim, nos termos do n.º 5 do referido art. 128.º do projecto de CPTA, pode ler-se que, *quando, no caso previsto no n.º 2, a entidade requerida tenha pedido o levantamento do efeito com carácter de urgência, o juiz promove a realização, no prazo de quarenta e oito horas, de uma audiência oral, no termo da qual a decisão é tomada de imediato.*

Perante esta possibilidade, e na falta de um elemento dissuasor da sua utilização abusiva, que não consta do projecto de CPTA, crê-se haver o sério risco de a entidade requerida e, sobretudo, o beneficiário do acto, solicitarem sempre o levantamento do efeito suspensivo com carácter de urgência, o que inviabilizará ainda mais o cumprimento dos prazos aí previstos e levará, ainda mais, ao alargamento do prazo de decisão dos requerimentos de levantamento do efeito suspensivo que sejam “apenas” urgentes, nos termos do n.º 2 do art. 128.º do projecto de CPTA.

Por outro lado, não fica claro se esta possibilidade de pedido de levantamento do efeito suspensivo com carácter de urgência é uma prerrogativa de que apenas a entidade requerida beneficia (como parece apontar o elemento literal) ou se também se aplica aos contra-interessados da providência cautelar, que, tal como previsto no n.º 2 do art. 128.º do projecto de CPTA, têm legitimidade para solicitar o levantamento do efeito suspensivo do acto administrativo.

Finalmente, crê-se (embora tal não esteja previsto) que o tribunal terá de decidir se se justifica ou não a referida urgência, não sendo este um direito potestativo do requerente, nada se dizendo, no entanto, nem sobre os moldes em que essa decisão é tomada, nem sobre se haverá direito ao contraditório, nem sobre a consequência de o tribunal entender que a urgência solicitada não se justifica.

Em qualquer caso, será equacionável que um dos requerentes solicite o levantamento do efeito suspensivo com carácter de urgência e outro não (por preferir ter mais tempo para estruturar a sua argumentação, por exemplo) ou que esteja pendente um pedido de levantamento do efeito suspensivo sem carácter de urgência (ainda não decidido) e surja depois um pedido, no mesmo sentido, mas com carácter de urgência, nada se dizendo sobre o que pode ou deve o tribunal fazer nesses casos.

IV. AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES PRÉ-CONTRATUAIS NO PROJECTO DE CPTA

Como já foi *supra* referido, uma boa parte da necessidade de reformulação do art. 128.º do CPTA teve que ver com a questão das providências cautelares pré-contratuais, abrangidas pela Directiva n.º 2007/66/CE, de 11 de Dezembro de 2007¹⁸.

Com efeito, o art. 132.º do CPTA consagra um regime especial para as providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos (quaisquer contratos e não apenas os contratos mencionados no art. 100.º do CPTA), não sendo claro se o regime previsto no art. 128.º do CPTA seria de aplicar às providências cautelares de suspensão de eficácia de actos administrativos pré-contratuais, como seja o acto de adjudicação, por exemplo.

As dúvidas interpretativas resultam do facto de o art. 128.º se incluir no mesmo capítulo que o art. 132.º, sendo que o n.º 3 do art. 132.º prevê que se aplicam a estas providências cautelares pré-contratuais *as regras do capítulo anterior*, podendo entender-se que esta menção significa que, para além das regras do capítulo em que o art. 132.º (e o art. 128.º) estão integrados, se aplicam, também, as regras do capítulo anterior, havendo, no entanto, quem entenda, como se viu, que, ao prever-se a aplicação das regras do capítulo anterior, se está, implicitamente, a excluir a aplicação das regras do próprio capítulo (onde se integra o art. 128.º do CPTA).

O certo é que, seja por não se aplicar o art. 128.º do CPTA, seja aplicando-se o mesmo, mas permitindo-se que a suspensão automática do acto administrativo suspendendo seja levantada por iniciativa da autoridade administrativa, através da emissão de uma resolução fundamentada, nenhuma das alternativas cumpre, na íntegra, a imposição decorrente da “Directiva-recursos”, quando a mesma impõe — relativamente ao acto de adjudicação do contrato — a suspensão automática desse acto pré-contratual, por virtude da mera apresentação de providência cautelar, até uma decisão judicial¹⁹.

Aqui chegados, importa notar que o art. 132.º do projecto de CPTA veio clarificar algumas das questões problemáticas, tornando inequívoco que o art. 128.º se aplica também às providências pré-contratuais, o que significa que, também aí, se produz o efeito suspensivo automático do acto suspendendo, que apenas poderá ser levantado (fora os casos de estado de necessidade) através de decisão judicial.

¹⁸ Sobre a matéria, veja-se, entre outros, Adolfo Mesquita Nunes, *Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da Directiva 2007/66/CE*, Revista de Direito Público e regulação, n.º 1, Maio de 2009, pág. 35 e segs.

¹⁹ Nos termos do n.º 3 do art. 2.º da Directiva, *caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso. (...).*

Do mesmo modo, esclarece-se que se pode requerer, no âmbito de uma providência cautelar relativa a procedimentos de formação de contratos, a *proibição da celebração ou da execução do contrato*, o que é uma clarificação útil, para os casos em que, quando a providência cautelar é apresentada, já o contrato tenha sido celebrado, requerendo-se, assim, a suspensão da sua execução, que é algo que não se encontra expressamente previsto no CPTA vigente ²⁰.

A maior dificuldade de articulação normativa neste domínio encontra-se agora entre o disposto no art. 132.º e o disposto nos novos artigos 103.º-A e 103.º-B do projecto de CPTA.

Com efeito, não obstante o art. 132.º do projecto de CPTA se aplicar a todas as providências cautelares pré-contratuais, relativamente a todos os contratos, e implique um efeito suspensivo automático do acto suspendendo, tendo em conta o disposto no novo art. 128.º do projecto de CPTA, o certo é que, na economia do projecto de CPTA, entendeu-se — não se sabe porquê — que tal não era suficiente.

Assim, no n.º 1 do art. 103.º-A do projecto de CPTA, prevê-se que, a *impugnação de atos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual urgente faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado, se tal não tiver já sido obtido através de a adoção de providência cautelar* ²¹.

Em primeiro lugar, importa notar que esta norma se aplica apenas à impugnação de actos de adjudicação, e não a quaisquer outros actos pré-contratuais, relativamente aos contratos referidos no art. 100.º do projecto de CPTA, que são os únicos abrangidos pelo contencioso pré-contratual urgente ²².

Ainda assim, convém referir que esses mesmos actos de adjudicação desses mesmos contratos também se encontram sujeitos ao efeito suspensivo automático decorrente da aplicação do art. 128.º às providências pré-contratuais previstas no art. 132.º. Assim sendo, a primeira dúvida que fica é a de saber se se terá entendido que o facto de o efeito suspensivo automático decorrente da aplicação do art. 128.º do projecto de CPTA (aplicável às providências cautelares pré-contratuais) poder ser levantado pela invocação administrativa de estado de necessidade, poderia ser considerado violador da

²⁰ De qualquer modo, o art. 128.º do CPTA não se aplicará aos casos em que se peça a suspensão da execução do contrato, já aí não se está a pedir a suspensão de um acto administrativo, mas de um contrato, opção que, ainda assim, poderia ser repensada pelo legislador.

²¹ Concordando com a solução, Marco Caldeira, *As providências cautelares pré-contratuais no Projecto de revisão do CPTA*, Revista Electrónica de Direito Público, n.º 2, Junho de 2014, pág. 9, apesar de reconhecer que a compatibilização desta figura com o disposto no art. 132.º do CPTA se afigura, *no mínimo, problemática*.

²² Defendendo que a impugnação prevista no art. 100.º do CPTA (pelo menos quanto ao acto de adjudicação) tivesse efeito suspensivo automático, mas sem explicar se manteria, nesse caso, a possibilidade de utilização cumulativa da providência cautelar prevista no art. 132.º, Adolfo Mesquita Nunes, *Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da Directiva 2007/66/CE*, Revista de Direito Público e regulação, n.º 1, Maio de 2009, pág. 40.

exigência prevista na “Directiva-recursos”, que impõe que o efeito suspensivo automático do acto de adjudicação decorrente do pedido de suspensão judicial do mesmo, apenas possa ser levantado por decisão judicial.

Com efeito, só isso é que parece poder justificar a autonomização do art. 103.º-A face ao art. 132.º do projecto de CPTA, sendo que essa especificação (não poder ser invocado estado de necessidade quando o acto suspendendo seja o acto de adjudicação de um contrato previsto na “directiva-recursos”) poderia bem ser mencionada no próprio art. 132.º do projecto de CPTA, assim simplificando as diversas vias de impugnação judicial. Em alternativa, que seria a preferível, poderia o regime do art. 103.º-A e o do art. 132.º ser fundido com o do art. 100.º, passando a prever-se uma acção principal, urgente e com suspensão automática do acto de adjudicação até à decisão judicial^{23 24}.

Mais difícil de compreender é a razão de ser do art. 103.º-B do projecto de CPTA, que prevê uma providência cautelar (apelada de “medidas provisórias”), destinada a ser usada no âmbito de qualquer processo do contencioso pré-contratual urgente (procedimentos pré-contratuais relativos aos contratos mencionados no art. 100.º do projecto de CPTA), salvo se estiver em causa o pedido de anulação do acto de adjudicação, caso em que esse efeito suspensivo decorre directamente do art. 103.º-A.

Da leitura do referido projecto de art. 103.º-B do projecto de CPTA, parece resultar que as referidas “medidas provisórias” serão um incidente do processo principal de contencioso pré-contratual, sendo que o facto de apenas estarem previstas para prevenir situações de “facto consumado” leva a duvidar sobre se noutros casos (prevenir prejuízos de difícil reparação, por exemplo), deverá o interessado lançar mão de uma providência cautelar prevista no art. 132.º, cumulando, na dúvida, ambas as figuras (medidas provisórias e providência cautelar).

Note-se que o pedido de adopção de medidas provisórias, tal como previsto no art. 103.º-B, não implica a suspensão automática do acto impugnado, razão pela qual não se vislumbra qual a sua vantagem face ao art. 132.º do CPTA, que prevê a aplicação do art. 128.º e do seu efeito suspensivo automático. Do mesmo modo, não se prevê qual o prazo de audição das partes, nem o prazo para a decisão do tribunal, para além de se referir que

²³ Não se vê utilidade e só vai gerar confusões o facto de o prazo para o pedido de levantamento do efeito suspensivo automático, no caso do art. 128.º ser de 5 dias e no caso do art. 103.º-A ser de 7 dias.

²⁴ Marco Caldeira, *As providências cautelares pré-contratuais no Projecto de revisão do CPTA*, Revista Electrónica de Direito Público, n.º 2, Junho de 2014, pág. 9. lança a pertinente questão de saber se o efeito suspensivo automático da acção principal se deverá manter, no caso de ter sido indeferida a providência cautelar. Pela nossa parte, crê-se que, nesse caso, a entidade requerida ou o beneficiário do acto deverão pedir ao tribunal o levantamento do efeito suspensivo automático da acção principal, precisamente com esse argumento, o que só vai aumentar o número de processos e de incidentes num procedimento que se quer simples e célere.

o juiz decide as medidas *oficiosamente*, apesar de o incidente ser da iniciativa dos interessados, o que denota uma grande imperfeição técnica, desde logo ao nível da terminologia utilizada, uma vez que a expressão “medidas provisórias”, estando prevista na “directiva-recursos”, não faz parte da nossa tradição jurídica.

Aqui chegados, importa notar que, numa altura em que se pedia simplicidade nos procedimentos, com as inegáveis vantagens daí advenientes, seja para os cidadãos, seja para os tribunais, o que o projecto de CPTA trouxe foi maior complexidade e duplicação de procedimentos, o que levará, pelo menos numa fase inicial, a que os requerentes queiram usar todos os meios ao dispor, com receio de estarem a fazer más escolhas, deixando de fora os meios que melhor os serviriam no caso concreto.

Assim, não será de estranhar que, num caso em que se queira impugnar um acto de adjudicação de um contrato, por exemplo, o requerente venha cumular uma providência cautelar destinada a obter a suspensão desse acto, com um pedido de decretamento provisório dessa mesma providência cautelar, com uma acção principal de anulação do acto, com efeito suspensivo do mesmo, com um pedido de medidas provisórias e, em resposta, não será de estranhar que, perante este arsenal processual, a entidade requerida e o beneficiário do acto venham (cada um por si) ripostar, requerendo, cada um deles, o levantamento do efeito suspensivo automático, com carácter de urgência, seja da providência cautelar, seja da acção principal, em cumulação com a declaração de estado de necessidade, por parte da entidade requerida, o que levará, com probabilidade, o requerente da providência a impugnar essa mesma declaração de estado de necessidade, pedindo até a sua suspensão e anulação, bem como a declaração de ineficácia dos actos entretanto praticados ²⁵.

V. CONCLUSÃO

Face a tudo o exposto, crê-se haveria outra *emenda* possível para as debilidades evidentes do *soneto*. Essa emenda deveria passar, sobretudo, pela simplificação de procedimentos de modo a fomentar a celeridade das decisões judiciais e a garantia de uma tutela jurisdicional efectiva.

²⁵ Saliendo também a sobreposição entre o art. 103.º-A e o art. 103.º-B, com o art. 132.º, Alexandra Leitão, *O novo contencioso pré-contratual: em especial, o âmbito de aplicação e o prazo de propositura da acção*, O Anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate, 2014, pág. 181. Tal sobreposição é ainda mais criticável tendo em conta que o art. 132 continua a ter um critério de decisão baseado apenas na ponderação dos interesses, que se afasta (mais na letra, do que na prática, é certo) do tradicional critério de decisão das providências cautelares, previsto no art. 120.º e que se aplica nas decisões baseadas no art. 103.º-A e no art. 103.º-B do projecto de CPTA.

Assim, teria sido possível que, em relação aos casos em que se pretenda a impugnação do acto de adjudicação de um contrato previsto no art. 100.º do CPTA, o legislador abandonasse a dicotomia entre acção principal e providência cautelar, fundindo ambas numa única acção principal urgente, com suspensão automática do acto de adjudicação, após a citação, podendo essa mesma suspensão terminar apenas por decisão judicial, a pedido da entidade requerida/demandada ou do beneficiário do acto ²⁶.

Quanto aos demais procedimentos, teria sido possível manter o modelo actual do art. 128.º do CPTA, com as melhorias que acima se identificaram e que permitiriam um melhor, porque mais simples e mais eficaz, funcionamento do sistema actual ²⁷.

Com efeito, na falta de condições para que os tribunais possam efectivamente decidir o levantamento do efeito suspensivo automático dos actos suspendendos em 5 dias, crê-se ser preferível que possa ser a Administração — e não o requerente — a ponderar e decidir se deve haver ou não suspensão automática do acto, até à decisão judicial da providência cautelar (sabendo que a execução do acto suspendendo lhe pode custar caro, no caso de se provar a ilegalidade do mesmo). Na verdade, o atraso do funcionamento dos tribunais não pode ser um trunfo para que todos os requerentes de providências cautelares suspensivas possam ter, na sua mão, a capacidade de conseguirem obter a suspensão privada de actos administrativos ^{28 29}.

²⁶ Concorde-se, assim, com Margarida Cabral, *Processos urgentes principais — Em especial, o contencioso pré-contratual*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 94, 2012, pág. 43 que, *aquilo que me parece mais acertado é que se acabe com esta duplicação de processos no contencioso pré-contratual e que deixemos os nossos juizes concentrar-se na decisão da acção principal a correr em tempo curto, para que se chegue a uma decisão de fundo o mais rapidamente possível. Deixaria de haver providências cautelares nesta matéria e teríamos apenas acção principal urgente*. Isso mesmo já havia de resto sido sugerido por Dora Lucas Neto, *Meios Cautelares*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 76, 2009, pág. 66. quando referia que, *um único regime de contencioso pré-contratual urgente, principal e cautelar, seria um caminho possível para se alcançar a sempre almejada efectividade de tutela judicial nos procedimentos pré-contratuais (...)*. Iguualmente críticos do modelo previsto no art. 103.º-A e 103-B do projecto de CPTA, vejam-se Ana Gouveia Martins, *Os processos urgentes no anteprojecto de revisão do CPTA*, Revista Julgar, n.º 23, 2014, pág. 183 e segs. e António Cadilha, *Contencioso pré-contratual*, Revista Julgar, n.º 23, 2014, pág. 212 e segs.

²⁷ Entre outras, poderiam ser introduzidas as seguintes regras: tomada em consideração do interesse dos beneficiários do acto, eliminação do prazo para a emissão da resolução fundamentada, possibilidade de se impugnar (em processo urgente) essa mesma resolução fundamentada, densificação de critérios mais apertados para o uso da resolução e eventuais consequências para o seu uso abusivo. Para uma apreciação crítica das alterações constantes do projecto no domínio da chamada tutela pré-cautelar, Fernanda Maças, *a tutela pré-cautelar em revisão: breves reflexões*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 106, 2014, pág. 110.

²⁸ Discorde-se, assim, da visão optimista (sobre o funcionamento do sistema), pessimista (sobre a actuação da administração) e silente (sobre os abusos dos requerentes das providências) de Isabel Celeste M. Fonseca, *As alterações ao regime da suspensão de eficácia do acto administrativo: o equilibrar da balança?*, O anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate, 2014, pág. 201. Segundo esta autora, *o fim da “resolução fundamentada” de interesse público prevista no artigo 128.º do CPTA que vem projectar, no nosso modesto entender e a partir*

A revisão do CPTA era urgente e em muitos domínios as alterações são muito bem-vindas, por isso mesmo se espera que ainda se vá a tempo de introduzir algumas alterações neste domínio da tutela cautelar urgente, de modo a que se consigam obter decisões efectivamente urgentes, o que não se consegue com a inscrição legal de prazos condenados a não serem cumpridos, mas antes com a simplificação de formas processuais e com a eliminação da duplicação desnecessária de procedimentos.

Como dizia Sophia de Mello Breyner Andersen: *Vemos, ouvimos e lemos. Não podemos ignorar.*

da ótica do administrado-requerente, um reequilíbrio da justiça e equidade perante uma Administração Pública, muito convenientemente, munida amiúde de uma (re)solução padrão.

²⁹ Para uma visão crítica do modelo alemão, agora parcialmente importado, seja para as acções de contencioso urgente pré-contratual (relativamente aos actos de adjudicação), seja para a generalidade das providências cautelares, Sérvulo Correia, *Direito do Contencioso Administrativo I*, 2005, pág. 117 e segs. Para o referido Professor, *a suspensão em conexão com a impugnação jurisdicional dos actos existe para parar a execução claramente nociva para o requerente de actos possivelmente ilegais e não para deixar a execução dos actos administrativos na dependência da vontade de impugnar por parte de quem por eles seja afectado.* O autor conclui mesmo (pág. 121) que *a suspensão automática é um princípio destinado a continuar a conhecer sucessivos encurtamentos de âmbito, se não mesmo a ser globalmente repensado.*