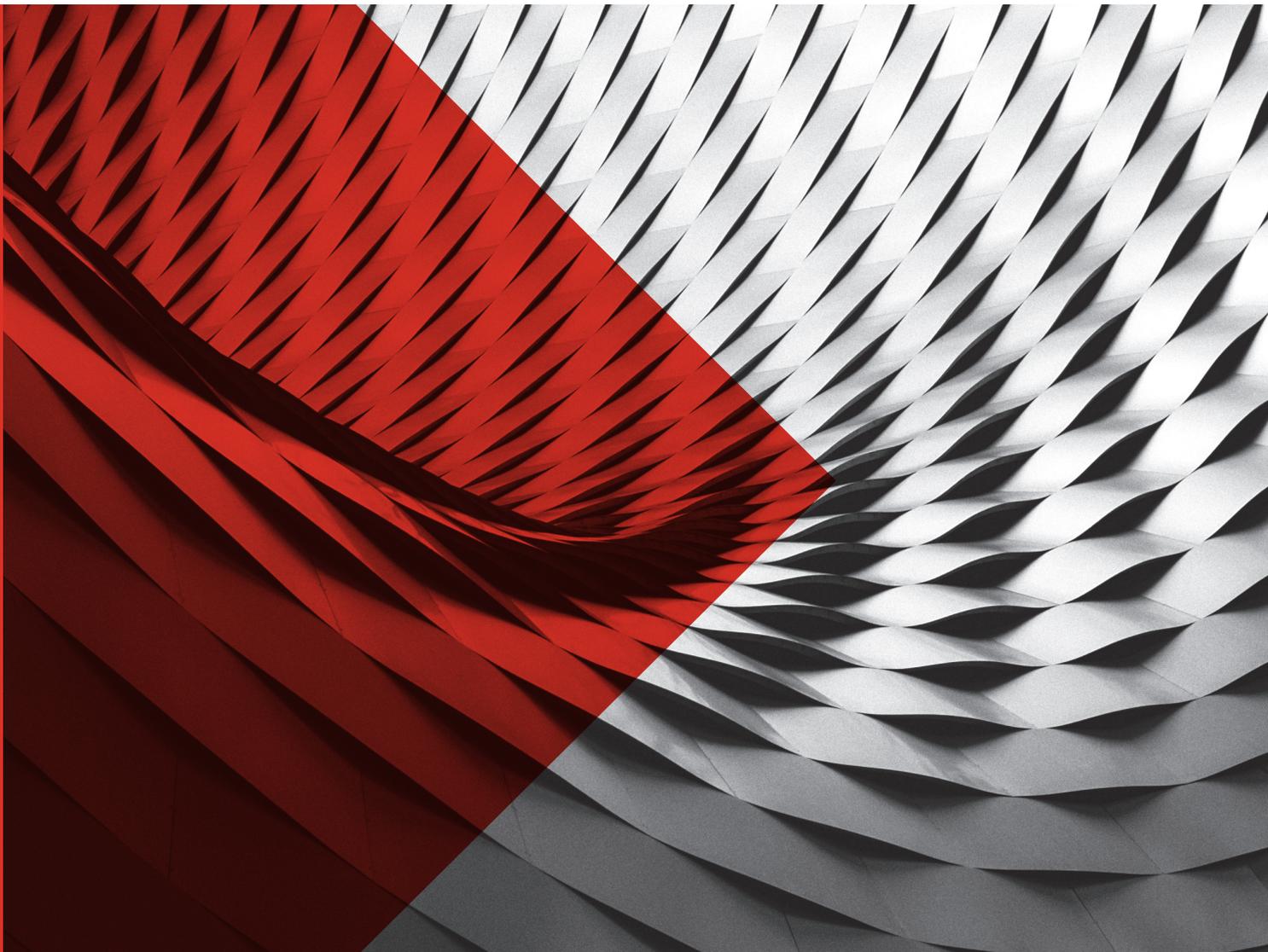


**DA APLICABILIDADE DA PROIBIÇÃO AUTOMÁTICA
DA SUSPENSÃO DO ACTO ADMINISTRATIVO E DO
DECRETAMENTO PROVISÓRIO DA PROVIDÊNCIA
NA TUTELA CONTRATUAL:
O SOM DO SILÊNCIO DO ARTIGO 132.º, N.º 3**

PEDRO BORGES GONÇALVES FONTES



INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

“DA APLICABILIDADE DA PROIBIÇÃO AUTOMÁTICA DA SUSPENSÃO DO ACTO ADMINISTRATIVO E DO
DECRETAMENTO PROVISÓRIO DA PROVIDÊNCIA NA TUTELA CONTRATUAL: O SOM DO SILÊNCIO DO
ARTIGO 132.º, N.º 3”

PEDRO BORGES GONÇALVES FONTES

29 de Junho de 2011

ÍNDICE

Índice	2
O Problema e a sua relevância	3 e 4
1. A Perspectiva excludente	5 a 8
1.1. Apoio na Doutrina	5
1.2. Apoio na Jurisprudência	5
1.3. Argumentos	6 a 8
a) Literal	6
b) Sistemático	6
c) Histórico	6 e 7
d) Teleológico	7 e 8
2. A Perspectiva includente	9 a 17
2.1. Apoio na Doutrina	9
2.2. Apoio na Jurisprudência	10
2.3. Argumentos	10 a 17
a) Literal	10 e 11
b) Sistemático	11 e 12
c) Histórico	12
d) Teleológico	12 a 17
3. Análise Crítica	17 a 22
Argumentos	
a) Argumento Literal e Sistemático	17 e 18
b) Argumento Histórico	18 e 19
d) Argumento Teleológico	19 a 22
Bibliografia	23

O problema e a sua relevância

Determina o número 3 do artigo 132.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA) que se aplicam, *neste domínio, as regras do capítulo anterior, com ressalva do disposto nos artigos seguintes.*

Na sua simplicidade, a norma requer um exercício de derivação para descortinar o seu conteúdo. Quando a disposição se refere a *este* domínio, refere-se (pelo menos, como veremos adiante) às providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos, conforme explanado na epígrafe do artigo 132.º.

Quando se refere às *regras do capítulo anterior*, refere-se às *Disposições comuns* dos processos cautelares, indicadas no Capítulo I do Título V do Código, continentes das especiais cominações processuais estabelecidas para aquele meio processual: a sua acessoriedade, a tempestividade e forma do seu pedido, as suas margens de inquisitório e contraditório, prazos, critérios de atribuição e vicissitudes.

Em resumo, e simplificando, o artigo 132.º, n.º 3 do CPTA diz-nos que, nas providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos, são aplicáveis as disposições comuns dos processos cautelares.

No que a norma verbaliza, cremos não existirem dúvidas. Gratos embora pela companhia de La Palisse até ao momento, entendemos que o interesse não está no que a lei diz, mas naquilo que não diz.

O interesse está em compreender se o artigo 132.º, n.º 3, quando se absteve de convocar a aplicação das *Disposições particulares* das providências cautelares, previstas no capítulo II, do Título V do CPTA, visou excluir a aplicação destes mecanismos ou, pelo contrário, se optou pelo silêncio na convicção de que este seria preenchido pelo âmbito destas normas.

A discussão não é inconsequente. O capítulo das disposições particulares inclui o artigo 128.º, que determina a proibição automática de execução do acto administrativo cuja execução é requerida, e o artigo 129.º, que estabelece a suspensão automática de eficácia do acto já executado. Além disso, inclui o artigo 131.º, que prevê a possibilidade de requerer o decretamento imediato da providência

em casos de insuficiência dos meios comuns ou de especial urgência.

Mais do que meras ferramentas processuais, estes mecanismos são de grande importância para a avaliação da pertinência da providência cautelar, e a sua aplicação é determinante para saber se o recurso a meios contenciosos vale a pena..

Saber se o acto cuja execução se visa prevenir cessa os seus efeitos imediatamente com a notificação da autoridade administrativa do requerimento da providência cautelar de suspensão de eficácia de um acto, ou apenas com o decretamento daquela, representa, pois, um elemento fundamental do enquadramento da tutela cautelar, cuja utilidade e razão de ser radica precisamente na prevenção de efeitos nefastos causados pelo decurso do tempo.

A possibilidade de requerer o decretamento imediato da providência, ainda que noutro âmbito (com eventuais excepções¹), realiza essencialmente a mesma função, e, embora destinada a casos mais raros, possui igual importância simbólica.

É esta possibilidade que nos propomos a analisar neste breve excuro. Apropriando-nos de expressões utilizada por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA E CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA², vamos dividir as posições quanto ao efeito do silêncio do artigo 132.º, n.º 3 entre “excludente” e “includente”, identificar os defensores e argumentos utilizados, em percurso com forte pendor jurisprudencial. Seguindo a orientação dos tribunais, os argumentos serão divididos pela sua proximidade ao elemento literal, histórico, teleológico e sistemático.

As categorias não serão (como, aliás, não podiam ser) estanques, mas servirão de ponto de referência para o confronto de argumentos e como ponto de ligação com a categorização efectuada pela jurisprudência.

O trabalho terá um forte pendor organizativo, esperando fazer uma súmula não exaustiva dos argumentos mais relevantes de ambos os lados.

Concluiremos com um juízo crítico, um confronto de posições, e uma manifestação de adesão.

¹ Distinção de âmbitos melhor esgrimida por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA E CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo dos Tribunais Administrativos*, 3ª edição, Almedina, 2010, pág 851 e ss

² *Ob. cit.* P. 880

1. A Perspectiva excludente

A perspectiva excludente considera que o artigo 132.º, n.º 3, ao referir que *se aplicam, neste domínio, as regras do capítulo anterior*, **exclui**, a contrario, as regras do capítulo onde pertence.

1.1. Apoio na Doutrina

POLÍBIO HENRIQUES³ revela entender que o legislador não quis submeter os pedidos de suspensão de eficácia no contencioso pré-contratual, ao regime de proibição automática de execução.

JORGE DE SOUSA⁴, embora apenas se pronunciando sobre o decretamento provisório da providência, entende que a referência ao capítulo anterior *parece não poder ter outra interpretação do que excluir deste meio cautelar a aplicação das outras disposições do capítulo II, do Título V do CPTA, em que se insere aquele art. 132.º*.

VIEIRA DE ANDRADE⁵, apesar de reconhecer “dúvida” quanto a “saber se, quando seja pedida a suspensão de eficácia de um acto no âmbito da impugnação de actos pré-contratuais, valerá a proibição de execução do artigo 128.º, tendo em conta que o texto do artigo 132.º, n.º 3 (comparado com o artigo 130.º, n.º 4) não assegura tal aplicação parece-nos agora, ao contrário do que antes sustentámos, que não deverá admitir-se aqui a proibição (...)”

1.2. Apoio na Jurisprudência

Notável e paradigmaticamente, esta doutrina foi seguida no Acórdão de 20-03-2007 do Supremo Tribunal Administrativo (Processo 01191/06), o acórdão de referência nesta matéria, que servirá de base à sistematização de argumentos feita no ponto seguinte.

Ainda na vigência da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos, e em termos algo diversos, foi acolhida pelos Acórdãos de 03-09-2003 (recurso 01392/03) e de 11-12-2002 (recurso 0551/02) do mesmo Tribunal⁶

³ “Processos urgentes, algumas reflexões”, in Cadernos de Justiça Administrativa, 47, pág. 39

⁴ “Notas práticas sobre o decretamento provisório de providências cautelares”, Cadernos de Justiça Administrativa 47, página 57, bem como notas 7 e 22

⁵ “A Justiça Administrativa (Lições)”, 9ª Edição, 2008, pág. 364, nota 850

⁶ Todos disponíveis em www.dgsi.pt

1.3. Argumentos

a) Literal

Consideram os juízes do STA⁷, mais destacados e fundamentados defensores desta tese, que o *elemento literal não deixa margem para dúvidas*. De acordo com os meritíssimos Juízes, dizendo-nos o art. 130.º, n.º 4 do CPTA (suspensão de eficácia de normas) que *aos casos previstos no presente artigo aplica-se, com as adaptações que forem necessárias, o disposto no capítulo I e nos artigos precedentes*, e manifestando o art. 132.º, n.º 3, que se aplicam “*neste domínio, as regras do capítulo anterior, com ressalva no disposto nos números seguintes*, tornar-se ia necessário concluir que “quando o legislador, no art. 130.º, 4, fez menção expressa das regras dos dois artigos anteriores, e omitiu essa menção no artigo 132.º, n.º, 3” só há uma interpretação literal possível: “o legislador ao mandar aplicar as regras do capítulo anterior está a excluir as regras que não constem do capítulo anterior”⁸.

b) Sistemático

De acordo com a jurisprudência em análise, embora não lhe chame de argumento sistemático, também o lugar sistemático que compete à norma interpretanda no ordenamento global, assim como a sua consonância com o espírito ou unidade intrínseca de todo o ordenamento jurídico⁹, ajudam a justificar o sentido sustentado.

Com efeito, de acordo com o Ac. de 05-07-2007 do STA, o argumento dos autores contrários a esta posição tem origem no facto de ser *possível* aplicar os artigos 128.º e 131.º às providências cautelares pré-contratuais. De acordo com o Acórdão, contudo, a questão não deve ser colocada quanto à *possibilidade* (abstracta) de aqueles artigos serem aplicados às providências cautelares pré-contratuais, mas quanto à *existência da intenção legislativa* que permitisse a sua aplicação em concreto.

c) Histórico

⁷ Vide Acórdão de 20-03-2007

⁸ Neste sentido, JORGE DE SOUSA, *op. cit.*

⁹ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 2ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1987, 193

De acordo com o mesmo acórdão, o elemento literal estaria em consonância com o elemento histórico. Segundo o Tribunal, este regime teria origem na adaptação do regime previsto no Dec. Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro, respeitante a procedimentos a adoptar em matéria de recursos no âmbito da celebração de contratos de direito público de obras, de prestação de serviços e de fornecimento de bens.

No artigo 5.º desse regime previa-se, sob a epígrafe de “medidas provisórias”, um procedimento cautelar autónomo. “Moldado sobre o pedido de suspensão de eficácia”¹⁰, tal meio processual remetia expressamente para os artigos que o regulavam – 6.º, 77.º, 78.º, 79.º, 113.º e 120.º da LPTA – ignorando o artigo 80.º, onde se previa a suspensão provisória, actualmente condicionada pelo art. 128.º, sob o nome de “proibição de executar”.

Por outras palavras, a lei antecessora da actual não previa a possibilidade da “notificação de que foram requeridas medidas provisórias suspender imediatamente a execução do acto”¹¹.

d) Teleológico

Quanto a este elemento, o acórdão de 20-03-2007 reproduz o acórdão de 11-12-2002 (recurso 0551/02), do Pleno da 1ª secção do STA, que afirma que, sendo admitida, pelo Decreto-Lei n.º 134/98, a impugnação de “todos os actos administrativos relativos à formação do contrato” (art. 2.º, n.º 1), e não apenas do acto final, a atribuição de efeito suspensivo automático a qualquer requerimento de suspensão de eficácia poderia resultar em várias suspensões injustificadas do procedimento.

A acontecer, tal seria uma solução legislativa manifestamente desacertada que, por isso, tem de presumir-se não ter sido adoptada, em obediência ao art. 9.º, n.º 3, do Código Civil, o que justificaria, ademais, a não inclusão daquele art. 80.º na lista das normas subsidiariamente aplicáveis.

Para além disso, o n.º 3 do art. 2.º Directiva n.º 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que foi transposta para o direito interno nacional por aquele Decreto-Lei n.º 134/98, “proíbe expressamente” (*sic*) a possibilidade de no âmbito deste contencioso da formação de contratos serem atribuídos efeitos suspensivos não derivados da adopção ponderada de medidas provisórias,

¹⁰ Vide Ac. de 20-03-2007

¹¹ Idem

ao estabelecer que “os processos de recurso, por si só, não devem ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos sobre os processos de adjudicação de contratos a que se referem”

Acrescentando o acórdão de 2007, nesta matéria, que o Dec. Lei 134/98 resultara da transposição para o Direito interno da Directiva Comunitária n.º 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro, que no seu art. 2.º, n.º 3, afirmava que *os processos de recurso, por si só, não devem ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos sobre os processos de adjudicação de contratos a que se referem*. Como explica o tribunal, quando o legislador não incluiu o regime do artigo 80.º da LPTA no elenco das normas supletivamente aplicáveis às medidas provisórias estava (também) a evitar que a mera interposição do recurso e do pedido de suspensão de eficácia pudesse paralisar automaticamente a eficácia do acto recorrido.

Esta “preocupação” (*sic*) justificar-se-ia pelo facto de o mecanismo de suspensão automática previsto em ambas as leis não prever qualquer mecanismo de protecção dos contra-interessados, uma vez que só razões de interesse público poderiam despoletar esse efeito, através da resolução fundamentada. Este mecanismo não seria suficiente, uma vez que no contencioso pré-contratual o “conflito de interesses mais relevante nem sequer é necessariamente entre a Administração e cada um dos concorrentes, mas entre estes, visando o regime legal garantir as condições de igualdade dos concorrentes, sendo desse modo justificado que não existam meios processuais onde a posição de cada um deles acabe por estar mais protegida.

Nesta senda, VIEIRA DE ANDRADE¹² aponta, ainda, que não se deverá admitir a aplicação do artigo 128.º “não tanto por razões textuais ou genéticas (v., nesse sentido, o Ac. Do STA de 20/03/2007, P. 1191/06, em revista), mas em face da autonomia e da lógica global própria desta providência, que não se aplica apenas a verdadeiros actos administrativos e a regulamentos e para a qual a lei faz referência expressa ao pedido de “suspensão do procedimento”. De resto, a aplicar-se, a proibição de execução só se justificaria quanto ao acto de adjudicação (e diga-se ainda que uma vantagem suplementar desta exclusão é a de reduzir as situações de desprotecção dos contra-interessados, que constituem presença típica nestes casos.”

2. A Perspectiva includente

¹² *Ob cit.*, nota 850

A perspectiva includente considera que o artigo 132.º, n.º 3, ao referir que *se aplicam, neste domínio, as regras do capítulo anterior*, **inclui**, por maioria de razão, por complementariedade, ou por ausência de disposição em contrário, as regras do capítulo a que pertence.

2.1. Apoio na Doutrina

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA E CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA¹³ defendem que o n.º 3 do art. 132.º do CPTA “tem o propósito, que resulta do conteúdo dos números subsequentes, para os quais remete, de regular a tramitação do processo cautelar, e é nesta óptica que se inscreve a remissão que faz para os arts. 112.º a 127.º (...) Não tem, por isso, a nosso ver, o sentido e o alcance de afastar a aplicabilidade, neste domínio, de outras disposições incluídas no Capítulo II, como as dos artigos 128.º e 131.º”

ANA GOUVEIA MARTINS¹⁴ explicita que “os elementos de ordem sistemática, teleológica e histórica convergem exactamente no sentido oposto” à não aplicabilidade do disposto no art. 128.º e no art. 131.º no âmbito das providências cautelares a conceder em sede de procedimentos pré-contratuais.

Numa perspectiva de Direito Comunitário, mas manifestando-se favorável à posição includente, CLÁUDIA VIANA¹⁵ considera que “a aplicação do artigo 128.º do CPTA, impedindo a *corrida à assinatura* do contrato e o *facto consumado* (...) constitui, em nosso entender, o meio adequado ao cumprimento do Direito Comunitário, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, e à efectividade da tutela judicial dos interessados num procedimento de contratação pública”.

Apenas em relação ao artigo 128.º, MARIA JOÃO ESTORNINHO¹⁶ e TIAGO DUARTE¹⁷ manifestam-se também a favor da doutrina includente.

2.2. Apoio na Jurisprudência

¹³ “Comentário ao C.P.T.A.”, 3ª. edição revista, 2010, pág. 880

¹⁴ “Perspectivas de evolução da tutela provisória do processo cautelar”, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 79, pág. 15

¹⁵ “A prevenção do *facto consumado* nos procedimentos de contratação pública – uma perspectiva de Direito Comunitário”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 68, pp. 26 e seguintes.

¹⁶ “Direito Europeu dos Contratos Públicos – um olhar português”, Almedina, 2006, p. 409

¹⁷ “Providência cautelar e resolução fundamentada: the winner takes it all?”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 47, pp. 45 e ss.

Esta doutrina foi seguida nos acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS) de 13-10-2005, no processo 1041/05, 11-10-2006, no processo 01471/06, de 05-07-2007, no processo 02692/07, e de 28-10-10, no processo 06616/10.

Ainda que em termos um pouco diferentes – definindo que o art. 133.º, n.º 3 se aplicaria apenas no âmbito do art. 133.º, n.º 2, a doutrina includente foi também apoiada no acórdão do TCAS de 14-01-2010, no processo 05746/09¹⁸

2.3. Argumentos

a) Literal

Apesar de nunca defenderem explicitamente a letra como favorável à sua concepção, os perceptores da doutrina includente apontam o facto de o argumento literal não possuir a capacidade de afastar. No uso da expressão utilizada na organização deste estudo e, portanto, na esteira de ESTEVES DE OLIVEIRA E FERNANDES CADILHA¹⁹, consideram, em grande parte, que “o sentido do preceito é o de estabelecer que a tramitação do processo contratual em matéria pré-contratual se rege pelo disposto nos arts. 112.º a 127.º, com as adaptações que resultam dos números subsequentes. O preceito desempenha, portanto, uma função que se qualificaria como includente e não como excludente”. Prosseguindo os autores com a consideração de que “ como claramente resulta do n.º 1, as providências relativas a procedimentos de formação dos contratos podem assumir as mais diversas formas, podendo, assim, concretizar-se, também, na suspensão de eficácia de actos administrativos pré-contratuais. Ora, é perfeitamente conciliável, nesse caso, a aplicação, por um lado, do disposto no artigo 132.º e no capítulo I e, por outro lado, do disposto nos artigos 128.º e 129.º, que, para o efeito, não estabelecem qualquer restrição. Com efeito, a suspensão dos efeitos de um acto administrativo pode ser pedida no âmbito de um processo relativo à formação de um contrato e, nesse caso, parece claro que, logo no momento em que o processo cautelar seja desencadeado com a apresentação do pedido, se produz o efeito previsto no art. 128.º”²⁰.

Por outro lado, em parecer do Ministério Público citado e adoptado no Acórdão do TCAS de 05-07-2007, rebate-se directamente a defesa do argumento excludente com base nas diferenças entre o artigo 130.º n.º 4 e 132.º, n.º 3.

¹⁸ Todos disponíveis em www.dgsi.pt

¹⁹ *Op cit.*, pág. 880

²⁰ *Op cit.*, pág. 880 e 881

Com efeito, “o artigo 130.º rege sobre a suspensão de eficácia de normas, pelo que tem justificação a remissão expressa para os artigos precedentes, que se reportam à suspensão de eficácia de actos administrativos. Por isso, a remissão ressalva *as adaptações que forem necessárias.*”

Tal remissão seria já desapropriada, no entanto, quando se trata de aplicar o artigo 128.º “exactamente às situações” que se compreendem no seu âmbito – a suspensão de eficácia de actos administrativos.²¹

b) Sistemático

Como refere o Ac. do TCAS de 05-07-2007, o artigo 128.º estabelece uma regra geral que não é “excepcionada ou sequer complementada” pelo artigo 132.º, que se destina a regular outras matérias, não havendo, por isso, qualquer possibilidade de colisão entre as normas.

Desenvolvendo a célebre explicação de AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA quanto à natureza includente do preceito, descrita *supra*, ANA GOUVEIA MARTINS lembra que o CPTA estabeleceu uma disciplina geral de suspensão provisória de actos e normas e de decretamento de providências cautelares, não sendo por isso necessário especificar a aplicação desses institutos gerais à formação de contratos²².

Em leitura solitária, o Ac. do TCAS de 14-01-2010 interpreta a norma visada no art. 132.º, n.º 3 no sentido de que esta se aplicaria apenas aos casos do n.º 2 do mesmo artigo, por entender que essa leitura atende à “localização deste preceito (n.º 3) e presumindo um labor ponderado e congruente do legislador a par duma preocupação com a correcção gramatical, a utilização da contracção da preposição em com o pronome demonstrativo este, “neste [domínio]” expressa uma relação espacial de proximidade ou vizinhança, obviamente apenas com os casos especiais previstos no n.º 2 do art.º 132.º, e não uma pretensa relação com todas as situações contempladas no art.º 132.º

Por último, tal interpretação “do n.º 3 do art.º 132.º do CPTA, no sentido de que a norma visa apenas os casos mencionados no número anterior e não todas as providências relativas a procedimentos de formação de contratos seria, no entender do tribunal, a mais respeitadora do art.º 9.º, n.º 1 e n.º 2, do Código Civil, sendo consequente com o tipo de actos previstos no n.º 2 do art.º 132.º do CPTA, que legitimam a opção do legislador por um “contencioso puramente anulatório”, diferente da tutela “urgentíssima” atribuída pelos artigos 128.º, n.º 1 e 131.º, n.º 1.

²¹ Posição seguida, igualmente, por ANA GOUVEIA MARTINS, *op. cit.*, p. 16

²² *Idem* p. 17.

c) Histórico

Embora seja reconhecido algum mérito ao desenvolvimento do elemento histórico, os acórdãos do TCAS que se debruçam sobre essa matéria²³ relativizam ou esvaziam a referência histórica na base do raciocínio do STA, contido no acórdão de 20-07-2007 e descrito acima. Fazem-no, em grande medida, através da excisão dos vínculos de sequência entre as leis e directivas anteriores com a legislação em vigor, estabelecendo distinções de âmbito e sentido que não permitem a interpretação histórica que a leitura antagónica visava impor. Por isso, em grande medida, a base do argumento que inviabiliza o argumento histórico é teleológica – é na interpretação actualizada dos propósitos legais que se identifica a mudança de modelo que inviabiliza a vinculação interpretativa criada pela sucessão de leis.

ANA GOUVEIA MARTINS²⁴, no entanto, foi mais temerária, contrariando directamente o argumento histórico do Ac. do STA de 20-03-2007. Pese embora o regime do art. 5.º do DL n.º 134/98, de 15/5, e ainda o art. 2.º, n.º 3 da Directiva 89/665/CEE, de 21 de Dezembro, considerou a autora que, mesmo na vigência daquela lei, não se devia considerar inaplicável o regime do art. 80.º da LPTA (que consagrava a suspensão provisória e automática da execução). Ainda que sem remissão expressa, esse artigo devia ser aplicado em virtude de se assistir neste diploma a uma “notória colagem ao texto da Directiva”, sem desenvolvimento ou adequação ao nosso sistema contencioso, o que deu lugar a “espaços inteiros de falta de regulação e graves disfunções”, que puseram em causa a eficácia da lei.

d) Teleológico

Os argumentos teleológicos utilizados para rebater a doutrina excludente possuem duas naturezas: ou desmentem a interpretação conforme das Directivas comunitárias realizada pelo Ac. do STA de 20-03-2007, ou (em doutrina especialmente visada no Ac. de 14-01-2010 do TCAS) acolhem os riscos da suspensão automática de execução, encontrando valores mais altos no alargamento dessa prerrogativa à tutela pré-contratual.

i) A negação da interpretação conforme do Direito Comunitário efectuada pelo Ac. do STA

No acórdão de 05-07-2007 do TCAS, em parecer do MP nele referido e adoptado como base para decisão, aponta aquele órgão que “o argumento extraído do n.º 3 do art. 2.º Directiva n.º

²³ De forma mais completa, os de 14-01-2010 e de 28-10-2010

²⁴ *Op. cit.*, p. 19

89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, ao estabelecer que «os processos de recurso, por si só, não devem ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos sobre os processos de adjudicação de contratos a que se referem», não é relevante no caso concreto (...).”

ANA GOUVEIA MARTINS²⁵ vai mais longe, considerando que o argumento extraído do n.º 3 do art. 2.º não só não é relevante como não é aplicável de todo. De acordo com a autora, a consequência de o Direito comunitário não proibir a suspensão automática da eficácia do acto administrativo é precisamente a contrária da que foi retirada pelo Ac. do STA de 05-07-2007. Com efeito, a Directiva não impõe, “necessariamente, no sentido de obrigatoriamente”, que a impugnação de um acto pré-contratual implique sempre a suspensão automática do acto, “embora tal possibilidade seja vista com bons olhos”.

Permite, outrossim, que haja liberdade no estabelecimento legislativo dessa suspensão. Isso mesmo seria asseverado pelo art. 2.º, n.º 4 da Directiva, quando estabelece que “os Estados Membros podem prever que, sempre que a instância responsável se debruce sobre a necessidade de tomar medidas provisórias, lhe seja possível tomar em consideração as prováveis consequências dessas medidas para todos os interesses susceptíveis de serem lesados, bem como o interesse público...”.

Nas palavras da autora em quem nos apoiamos, “podem prever o critério da ponderação de interesses os Estados-Membros que, tendo optado por não consagrar o efeito suspensivo automático (possibilidade que lhes assiste, mas não *necessariamente*), confiem a decisão de *necessidade de tomar medidas provisórias* a uma instância responsável pelo seu decretamento.

Refere ainda o digníssimo MP que o artigo 132º não se aplica “apenas” nos casos a que se refere a referida Directiva comunitária (contratos de direito público de obras, de prestação de serviços e de fornecimento de bens), mas a todas as situações de natureza pré-contratual, tendo por isso uma natureza mais lata do que a directriz comunitária, inviabilizando a interpretação conforme.

Como também indica ANA GOUVEIA MARTINS²⁶, esta diferença de âmbito não se verificaria apenas no objecto contratual, mas também a um nível adjectivo, já que não seria a suspensão automática derivada da mera interposição de recurso a estar em crise, mas a suspensão automática derivada da decisão expressa (suscitada pela requerente) da providência cautelar de suspensão de eficácia do acto.

O MP considera ainda que a estipulação constante do nº 3 do artigo 2º da Directiva 89/665/CEE

²⁵ *Idem*, p. 19

²⁶ *Idem*

não obsta à existência, no direito interno, de uma norma como a do n.º 1 do artigo 128.º do CPTA, pois não parece que a Directiva inclua no conceito de recurso o pedido de medidas cautelares, como é possível extrair do seu artigo 2.º, n.º 1, al. a), que prevê que “Os Estados-membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recursos referidos no artigo 1.º prevejam os poderes que permitam (...) tomar o mais rapidamente possível, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, **incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa ou a execução de qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes**” (destaque nosso).

Além destes elementos literais da Directiva, os propugnadores da teoria includente ressalvam que a Directiva ‘meios contenciosos’ tem como ideia basilar a antecipação da tutela, visando condicionar as infracções comunitárias com a maior celeridade possível, ao invés de adiar o reconhecimento e tutela dos interesses afectados para a fase final do procedimento pré-contratual²⁷.

Esta realidade foi certificada²⁸ no acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 11/08/1995, *Comissão/Alemanha*, processo n.º C-433/93, no qual o TJCE confirmou que a Directiva 89/665/CEE não vinha conferir direito à tutela efectiva nos procedimentos contratuais, mas “reforçar os mecanismos existentes (...) para garantir a efectiva aplicação das directivas comunitárias em matéria de empreitadas de obras públicas, **em particular numa fase em que as violações ainda podem ser sanadas**”. Ora, se a Directiva vem reforçar os meios de tutela contenciosa pré-contratual existentes na ordem nacional, não pode ser interpretada no sentido de os limitar²⁹

Por fim, neste âmbito, saliente-se o abordado no Ac. de 28-10-2010 do TCAS, com referência à já referida obra de ANA GOUVEIA MARTINS – dúvidas houvesse quanto à regulação comunitária neste aspecto, e seriam liminarmente dissipadas com a entrada em vigor da Directiva 2007/66/CE, que alterou as Directivas ‘meios contenciosos’ (89/665/CEE e 92/13/CEE). Com efeito, o principal propósito dessa Directiva seria a melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos, capacitando as ordens jurídicas a garantir a tutela adequada dos interesses dos operadores económicos no campo da contratação pública.

²⁷ ANA GOUVEIA MARTINS, *Idem*, p. 20 e *A tutela cautelar no Contencioso Administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 109 a 118, pp. 363 e ss.; CLÁUDIA VIANA, *op.cit.*, pp. 31 e ss.

²⁸ ANA GOUVEIA MARTINS, “Perspectivas...” *ob. cit.*, p. 20.

²⁹ *Idem*

De acordo com o considerando n.º 4 dessa Directiva, ela visou prevenir a ‘corrida à assinatura’, um “fenómeno” de aceleração da assinatura do contrato que se verificava em simultâneo com a impugnação contenciosa nos processos viciados, com o intuito de criar uma situação de facto consumado e assim prejudicar ou inutilizar a tutela pré-contratual.

Para combater essa realidade, a Directiva concebeu dois mecanismos:

– A adopção de uma cláusula de *standstill* (literalmente, “ficar quieto”), prevista no art. 2.º-A, n.º 2, um prazo suspensivo obrigatório mínimo de 10 dias entre a decisão de adjudicação e a celebração do contrato, exigência que veio a ser plasmada no art. 104.º, n.º 1, al. a), do CCP;

– A imposição da consagração do efeito suspensivo automático decorrente da impugnação do acto de adjudicação, feita no art. 2.º, n.º 3 da Directiva.

É o próprio Direito Comunitário que impõe, por isso, a suspensão automática da eficácia do acto de adjudicação. Os procedimentos pré-contratuais representam, por isso, um domínio onde a existência de regimes como o dos artigos 128.º e 131.º é mais premente, tendo em conta os interesses de prevenção de facto consumado consagrados nas Directivas comunitárias³⁰. Lembramos que a jurisprudência comunitária é pacífica na consagração de uma obrigação interpretativa sobre os destinatários das normas comunitárias, em sentido conforme com o direito comunitário, e para além dos casos em que se verificam os pressupostos do “efeito directo” das directivas³¹. Assim, a suspensão automática de eficácia de outros actos pré-contratuais resulta perfeitamente conforme com o Direito comunitário, manifestando-se, até, como consequente em relação ao conteúdo programático da(s) Directiva(s).

ii) A prevalência de outros valores sobre a estabilidade concursal

Considera o Ac. 14-01-2010 do TCAS que não tem sentido *lógico* excluir a aplicação dos mecanismos de *suspensão automática* e de *decretamento provisório* às providências cautelares relativas à formação de contratos, porque, (e nisto refere ANA GOUVEIA MARTINS³²), *o contencioso pré-contratual, a ser objecto de alguma diferenciação face ao regime geral, será no sentido da instituição de uma tutela reforçada e não de uma tutela diminuída.*

³⁰ Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA E CARLOS FERNANDES CADILHA, *op. cit.*, p. 881

³¹ ANA GOUVEIA MARTINS, “Perspectivas de evolução...”, *op. cit.*, p. 24, e DAMIEN CHALMERS, GARETH DAVIES e GIORGIO MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Second edition, Chapter 7, especialmente pp. 294 a 300.

³² ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar ...*, *op. cit.*, p. 283

A tutela cautelar no contencioso pré-contratual visaria, essencialmente, a protecção dos princípios da concorrência, transparência e imparcialidade, como decorre do art.º 1.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos (CCP), colocados ao serviço do interesse público e, *indirectamente*, de todos os interesses em presença, incluindo eventuais direitos ou interesses dos contra-interessados, os quais – sob pena de violação do princípio da igualdade – não poderiam merecer tratamento mais favorável que o concedido ao direito ou interesse do impugnante.

Nessa esteira, ANA GOUVEIA MARTINS deixa claro, que o argumento de que a Directiva 89/665/CE impõe um juízo de ponderação dos interesses dos contra-interessados é falso. Não só a Directiva admite expressamente o efeito suspensivo automático pela mera interposição da acção principal, sem qualquer valoração, como reserva o critério de ponderação de interesses para os casos em que os Estados escolham exigir uma decisão da autoridade responsável em relação à concessão ou recusa de medidas provisórias. Além disso, a ponderação de interesses nunca ficaria posta em causa, uma vez que, nos casos do 128.º, seria sempre feita a final e, nos casos de decretamento provisório da providência do 131.º, essa decisão seria sempre objecto de uma decisão prévia³³

Refere ainda o Tribunal, citando a autora na qual nos temos vindo a apoiar, e sendo consequente com a protecção indirecta conferida pelo interesse público ao interesse de todos os interessados em presença, não fazer *logicamente* sentido que o art.º 128.º, n.º 1, do CPTA não seja aplicável aos procedimentos cautelares previstos no art.º 132.º, uma vez que a *suspensão automática* pode ser paralisada pela *resolução fundamentada* que o n.º 1 do art.º 128.º prevê, que adequadamente protege os diversos interesses em jogo³⁴.

Logo, o argumento de que o art.º 80.º da LPTA não foi incluído na remissão constante do art.º 5.º do Dec.-Lei n.º 134/98 por se entender que “a atribuição de efeito suspensivo automático a qualquer requerimento de suspensão de eficácia” poderia “traduzir-se em múltiplas suspensões injustificadas do procedimento respectivo” não serve para sustentar idêntico argumento no domínio do art.º 132.º, n.º 3, do CPTA, não só porque *é essencial garantir a correcção das ilegalidades numa fase em que o procedimento de formação do contrato ainda está em curso, por forma a evitar que a morosidade da prolação da decisão final nos recursos interpostos de actos prévios equivalha, as mais das vezes, a uma verdadeira denegação de justiça*³⁵, mas também porque o interesse público fica

³³ ANA GOUVEIA MARTINS, “Perspectivas de evolução...”, *op. cit.*, p. 21

³⁴ Neste sentido, ANA GOUVEIA MARTINS, *Idemt.*, p. 25

³⁵ *A tutela cautelar (...)* *op. cit.*, p. 283

adequadamente acautelado pelo mecanismo de paralisação do efeito suspensivo automático. “

3. Análise Crítica

A análise será realizada de forma sumária, recorrendo ao confronto directo entre ambas as posições em cada categoria de argumentos e procurando fazer uma síntese conclusiva. Sempre salvo melhor opinião, e com as cautelas que a ignorância recomenda.

a) Argumento literal e sistemático

Por terem âmbitos e argumentos conflitantes, especialmente em virtude da comparação com o 130.º, n.º 4, analisaremos estes dois argumentos em conjunto.

No confronto de posições, parece-nos haver uma clara prevalência da teoria includente. Por duas ordens de razões:

- i) Seria redundante exigir que as normas gerais de suspensão provisória de actos e normas e de decretamento provisório das providências cautelares (arts. 128.º, 129.º e 131.º do CPTA, respectivamente) fossem explicitamente decretadas como aplicáveis às providências de formação de contratos. Reversamente, seria precipitado retirar da ordem de aplicação do capítulo I do título V às providências pré-contratuais uma proibição de aplicação de qualquer outra parte do Código.

A perversidade dessa ideia é melhor exposta *ad ridiculum*: na falta de indicação de normas subsidiariamente aplicáveis ao capítulo I do título V, poderíamos considerá-lo um sistema fechado? A exclusão, *a contrario*, do título II do capítulo V não resultaria, em exercício autofágico, na desaplicação do artigo 132.º pelo próprio artigo 132.º, n.º 3? Parece-nos claro que este argumento literal sofre de severos obstáculos lógicos.

- ii) A comparação com o art. 130.º, n.º 4 não tem razão de ser. Com efeito, e como explorámos até à saciedade *supra*, esse artigo aplica-se à suspensão da eficácia de *normas*.

Uma vez que as normas e os actos possuem alcances diferentes – o primeiro tendo por objecto uma situação geral e abstracta, o segundo uma situação individual e concreta – o

silêncio do 130.º, n.º 4 em relação à aplicação dos artigos precedentes descartá-los-ia do âmbito do artigo, uma vez que aqueles visam apenas aplicar-se a “decisões de um órgão da administração pública que, ao abrigo de normas de direito público, visa produzir efeitos numa situação *individual e concreta*”³⁶ (destaque nosso). Ora, o efeito da norma do artigo 130.º, n.º 4, é precisamente o de alargar a aplicação dessas normas a decisões que visem produzir efeitos sobre situações gerais e abstractas.

Comprovando que as decisões que produzem efeitos sobre situações individuais e concretas – os actos – e as decisões que produzem efeitos sobre situações gerais e abstractas – as normas – são assinalavelmente diferentes, tanto substantiva como adjectivamente, recomenda o artigo, com a devida cautela, que a aplicação dos arts. 129.º e 128.º seja feita “com as adaptações que forem necessárias”. “Necessárias” é, de facto, uma feliz expressão. No artigo 130.º, a referência à aplicação dos artigos precedentes não é uma conveniência, é uma necessidade, uma vez que aqueles artigos regulam, à partida, âmbitos paralelos.

No artigo 132.º, a referência à aplicação dos artigos precedentes não seria uma necessidade (uma vez que têm âmbitos compatíveis e, como veremos abaixo, desejáveis como tal), mas uma redundância – a referida no ponto i);

Refira-se ainda que, à semelhança de ANA GOUVEIA MARTINS³⁷, não encontramos fundamento para a excluir a tutela provisória do âmbito das providências relativas a “actos praticados por sujeitos privados no âmbito de procedimentos contratuais”. Embora esta concepção aparente ter sido defendida pelo Ac. de 14-01-2010, ela entra em colisão com os próprios argumentos teleológicos invocados no acórdão, e não se encontra outra explicação para a mesma que não a tentativa de evitar a contradição directa da jurisprudência do STA.

b) Argumento histórico

Também aqui a teoria includente merece a nossa aprovação.

De facto, como defendeu, melhor do que nós, Ana Gouveia Martins, o artigo 80.º da LPTA não merecia ver a sua aplicação totalmente descartada por interpretação *a contrario* do artigo 5.º do Dec. Lei 134/98, de 15 de Maio, uma vez que o mesmo representava, não raras vezes, um imperativo de tutela jurisdiccional efectiva.

³⁶ MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, D. Quixote, Lisboa, 2007, p. 67 e ss.

³⁷ “Perspectivas de evolução...”, *ob. cit.*, nota 25

Mesmo discordando dessa posição, e mantendo “os olhos no prémio”, é inegável que o espírito da Lei sofreu uma notória transição. Não é possível invocar o argumento histórico quando a coerência e linearidade na sucessão de leis e de fontes do Direito foi propositadamente quebrada para dar lugar a uma mudança de paradigma. Aproveitando alguns argumentos acima incluídos no elemento teleológico, a norma cuja antecedência histórica foi invocada na defesa da teoria excludente tinha um âmbito muito mais específico e limitado do que o artigo 132.º, que se aplica indiscriminadamente a todas as providências pré-contratuais.

Ainda que não seja determinante, o facto de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA ter sido o legislador histórico do CPTA e defender uma posição incluyente não pode deixar de ser sintomático da bondade da versão da História que ora se defende.

A sucessão de leis e directivas seguintes à raiz histórica identificada pelo Ac. do STA de 20-03-2007 reconheceu, explícita e implicitamente, o falhanço do modelo anterior. Veja-se, por todas as referências, o apontado no considerando 3 da Directiva 2007/66/CE, de 11 de Dezembro de 2007 que altera as Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos: “A consulta dos interessados directos, bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça, revelaram algumas deficiências nos mecanismos de recurso existentes nos Estados-Membros. Devido a tais deficiências, os mecanismos estabelecidos pelas Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE nem sempre permitem garantir o respeito do direito comunitário, em especial numa fase em que as violações ainda podem ser corrigidas. Assim, as garantias de transparência e de não discriminação que as referidas directivas consagram deverão ser reforçadas, a fim de assegurar que a Comunidade no seu conjunto beneficie plenamente dos efeitos positivos da modernização e da simplificação das regras relativas à adjudicação de contratos públicos alcançados pelas Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE”.

Não foi coincidência que leis posteriores, substantivas e adjectivas, tenham adoptado mecanismos mais alargados de tutela dos concorrentes e tenham regulado de forma mais específica a tramitação concursal.

O argumento histórico invocado pelos adeptos da teoria excludente caiu pela superveniência de um facto que o inviabilizou – está caduco. Não podemos confundir a consideração da sucessão legislativa na hermenêutica com a ressurreição de ideias que a lei entendeu condenar, pela sua própria mão, ao desaparecimento.

c) **Argumento teleológico**

Neste âmbito, a doutrina includente superioriza-se, igualmente, face à sua congénere.

Não pretendendo repetir o que acima discutimos exaustivamente, nomeadamente ao nível da interpretação conforme das directivas, desejamos apenas salientar o seguinte face ao que já foi trazido à discussão:

O propósito fundamental da lei administrativa não é proteger os contra-interessados do recurso à justiça por outrem. Sem prejuízo da ponderação de todos os interesses em presença, o certo é que, como tem afirmado o Tribunal de Justiça, as disposições das “directivas-recursos” visam, antes de mais, proteger os proponentes contra o arbítrio das decisões das entidades adjudicantes, garantindo que as decisões tomadas por aquelas entidades possam ser objecto de recursos eficazes, e, por isso, tão céleres quanto possível³⁸.

A invocação dos interesses dos contra-interessados, com todo o respeito pelos signatários de tal posição, parece estar enfermada de uma certa transição imponderada para o subjectivismo enquanto modelo de justiça administrativa.

Com efeito, uma posição menos comedida poderia recomendar a satisfação de todas as posições individuais em causa nos processos pré-contratuais. Podia concluir pela prevalência dos interesses dos contra-interessados no prosseguimento da execução ou na continuação do processo sobre os direitos que se acautelariam com a suspensão daquelas realidades.

Cabe-nos chamar a atenção para esta miragem garantística. Na tentativa de proteger os contra-interessados, ela contém a génese de uma ideia que os desprotege a todos. À semelhança do Tribunal de Justiça, lembramos que são as entidades públicas, dotadas de poderes e condições especiais, as principais adversárias dos interesses protegidos dos particulares.

O modelo subjectivista, naquilo que tem de virtuoso, não visa criar uma protecção abstracta dos administrados face às prerrogativas da Administração. Tal concepção, na melhor das intenções, resvala para o mais puro dos objectivismos – o que fornece às entidades públicas as ferramentas para determinar o que deve e não deve ser considerado uma “protecção” face aos poderes públicos. O modelo subjectivista visa, outrossim, assegurar aos particulares uma protecção plena dos seus direitos e interesses legalmente protegidos perante a Administração, colocando os meios para levá-

³⁸ CLÁUDIA VIANA, *ob. cit.*, p. 35

la a cabo à disposição desses mesmos particulares³⁹.

Inviabilizar a suspensão da execução do acto ou o decretamento provisório da providência na tutela pré-contratual pode parecer um benefício para todos os contra-interessados, mas, na verdade, é uma lesão para cada um deles.

Embora pareça ao concorrente que inviabilizar a aplicação dos artigos 128.º, 129.º e 131.º à tutela pré-contratual constitua a remoção de um poder aos restantes concorrentes (e, por isso, uma vantagem), representa na verdade a perda de um meio de reacção contra a actuação da entidade pública (e, por isso, uma desvantagem).

O Direito Comunitário só podia apoiar esta concepção. De facto, foi já constatado pela Comissão que as violações de Direito Comunitário típicas neste âmbito eram formais e anteriores à adjudicação⁴⁰. Esta realidade reforçou a necessidade de uma antecipação da tutela, de maneira a garantir a correcção atempada das infracções e, dessa forma, lograr a reposição do respeito pela Directiva Comunitária ainda no decurso do processo adjudicatório, naquela que é a satisfação de todos os interesses envolvidos com menor medida de sacrifício⁴¹. A “lógica própria” destas providências a que se refere VIEIRA DE ANDRADE recomenda mais tutela jurisdicional, não menos.

Este “empowerment” dos privados é, aliás, absolutamente coerente com as linhas de argumentação fundamentais do Tribunal de Justiça. É aos privados que cabe, no exercício dos seus direitos, controlar a actuação do Estado. No limite, fazendo uso da tutela jurisdicional que lhes é constitucionalmente concedida, é aos privados que cabe “provocar” a eficácia das directivas nos Tribunais e, por inerência, garantir a própria vinculação dos Estados ao Direito Comunitário⁴².

A isto acresce que, ao contrário do que os partidários da teoria excludente afirmam, a resolução fundamentada é hoje um instrumento perfeitamente apto para acautelar os interesses dos contra-interessados, embora não tenha sido desenhada para tal. Os princípios da concorrência, boa-fé, e igualdade são hoje vinculativos para qualquer entidade pública. Embora existam com o propósito de promover a integridade e a competitividade no mercado e estejam instrumentalizados à busca do

³⁹ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 44

⁴⁰ Vide Comunicação C(88) 2510 da Comissão, publicada no Jornal Oficial n.º 22 de 28/01/1989

⁴¹ ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar... op. cit.*, p. 116.

⁴² Para exposição mais completa deste conceito, vide jurisprudência atributiva de efeito directo às Directivas: paradigmaticamente, Ac. Van Gend en Loos, P. 26/62, Ac. Van Duyn, P. 41/74, Ac. Ratti, P. 148/78, e Ac. Cohn-Bendit, P. 283/81; e de efeito indirecto às Directivas, paradigmaticamente: Ac. Von Colson, P. 14/83, e Ac. Marleasing, P. C-106-89, disponíveis em www.EUR-LEX.europa.eu. Na Doutrina, vide DAMIEN CHALMERS, GARETH DAVIES e GIORGIO MONTI, *op. cit.*, especialmente pp. 268 a 275 e pp. 285 a 289 e 294 a 300.

preço mais baixo pela entidade adjudicante, é inegável que fornecem protecção indirecta a todos os participantes nos procedimentos pré-contratuais, e fornecem um adequado contrapeso a um eventual excesso garantístico que a aplicação dos artigos 128.º, 129.º e 131.º a estas matérias pudesse causar.

Diga-se, ainda, que estamos na presença de um processo urgentíssimo, e que a proximidade da decisão final e da sua paz jurídica não permitem, ou não devem permitir, o surgimento de danos assinaláveis na esfera dos contra-interessados na pendência da decisão.

Em conclusão, e pese embora a quantidade de outras perspectivas apontáveis para defender ou condenar esta ideia, queríamos deixar uma reflexão que nos parece estar na base da nossa opção pela aplicabilidade do disposto nos arts. 128.º, 129.º e 131.º às providências cautelares pré-contratuais.

A contratação pública é uma área crítica para a gestão da coisa pública. Tem influência directa na gestão orçamental do Estado, bem como na distribuição de riqueza pelos membros da comunidade. A concepção, tramitação, adjudicação e execução de um contrato público são processos em grande medida regulados pela lei, que revela grandes preocupações de tutela da confiança, de igualdade, de sã concorrência, e de transparência – por outras palavras, de segurança jurídica, justiça relativa, justiça económica, e, até, disciplina orçamental.

Se alguma coisa pudermos deixar claro, neste breve excurso, que seja a *directa correlação* que existe, a nossos olhos, entre a operabilidade destes princípios e a possibilidade de os privados os invocarem *eficazmente* em juízo. Qualquer retrocesso nesta matéria, ainda que sob uma máscara de celeridade processual ou respeito pelos interesses privados em presença, representa uma desoneração das entidades públicas destes deveres e, em consequência, um enfraquecimento da imperatividade dos princípios regentes da contratação pública e uma traição dos desígnios comunitários nesta matéria. Nisso consiste o ouro do silêncio. Ele não nos limita, dá-nos espaço.

BIBLIOGRAFIA

AROSO DE ALMEIDA, Mário e FERNANDES CADILHA, Carlos *Comentário ao Código de Processo dos Tribunais Administrativos*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2010

BAPTISTA MACHADO, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 2ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1987

CHALMERS, Damien DAVIES, Gareth e MONTI, Giorgio, *European Union Law*, Cambridge, Second edition, 2010

DUARTE, Tiago, “Providência cautelar e resolução fundamentada: the winner takes it all?”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 47

ESTORNINHO, Maria João, “Direito Europeu dos Contratos Públicos – um olhar português”, Coimbra, Almedina, 2006

GOUVEIA MARTINS, Ana “Perspectivas de evolução da tutela provisória do processo cautelar”, *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 79; e *A tutela cautelar no Contencioso Administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

HENRIQUES, Políbio “Processos urgentes, algumas reflexões”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 47

REBELO DE SOUSA, Marcelo, e SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, D. Quixote, Lisboa, 2007

SOUSA, Jorge de “Notas práticas sobre o decretamento provisório de providências cautelares”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 47

VIANA, Cláudia, “A prevenção do *facto consumado* nos procedimentos de contratação pública – uma perspectiva de Direito Comunitário”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 68

VIEIRA DE ANDRADE, “A Justiça Administrativa (Lições)”, 9ª Edição, Almedina, 2008