

## Regime jurídico do contencioso pré-contratual não urgente <sup>(1)</sup>

Pedro Costa Gonçalves

### 1 – Âmbito do contencioso pré-contratual não urgente

No presente texto, o conceito de *contencioso pré-contratual* refere-se aos *litígios pré-contratuais de natureza administrativa*, isto é, os litígios sobre a conformidade legal do disposto nas *peças e nos documentos* que disciplinam o procedimento administrativo de formação de contratos da Administração Pública – ou de entidades exteriores, mas que se encontram sujeitas aos procedimentos de formação de contratos nos mesmos termos da Administração Pública – e que definem as condições em que aquela se propõe contratar (programas de procedimento e caderno de encargos), bem como com os *atos administrativos praticados ou omitidos* no desenvolvimento desse mesmo procedimento (*atos pré-contratuais*), o qual agrega todos os momentos que se situam entre a *decisão administrativa de contratar* e a *celebração do contrato*.

Por sua vez, o conceito de contencioso pré-contratual *não urgente* tem o sentido de delimitar a análise ao regime jurídico processual de reação contra aqueles documentos, peças e atos praticados ou omitidos excluindo do nosso horizonte o regime jurídico do designado *contencioso pré-contratual urgente*, atualmente disciplinado, como *ação administrativa urgente*, nos artigos 97.º, n.º 1, alínea c), e 100.º a 103.º-B do CPTA.

O CPTA de 2015 manteve a “opção dualista” – adotada desde 1998 –, no sentido de consagrar dois regimes processuais de contencioso pré-contratual: o *regime geral*, para os litígios ocorridos na formação da generalidade dos contratos da Administração, e um *regime especial*, de natureza urgente, fundamentalmente pensado para os litígios ocorridos em procedimentos de formação de “contratos públicos submetidos a regulamentação europeia”.

Assim, o âmbito do contencioso pré-contratual de que aqui nos ocupamos, correspondente ao *regime geral*, delimita-se de uma forma residual, pela negativa: a ele se reconduzem todos os litígios pré-contratuais de natureza administrativa cuja resolução judicial não tenha de ser encaminhada através de uma *ação administrativa urgente*. O campo desta e, portanto, do contencioso pré-contratual urgente encontra-se

---

<sup>1</sup> Publicado em Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves/Tiago Serrão, *Comentários à Revisão do CPTA e do ETAF*, Lisboa, AAFDL, 2016 (541-550).

definido no artigo 100.º, n.º 1, do CPTA: impugnação e condenação à prática de atos administrativos relativos à formação de contratos (i) *de empreitada de obras públicas*, (ii) *de concessão de obras públicas*, (iii) *de concessão de serviços públicos*, (iv) *de aquisição ou locação de bens móveis* e (v) *de aquisição de serviços*.

Não existe correspondência absoluta entre este catálogo e a “regulamentação europeia”, especificamente, a regulamentação que consta das *diretivas da contratação pública* sobre os *contratos públicos* e os *contratos de concessão*.

Em primeiro lugar, quanto aos contratos de concessão, a Diretiva 2014/23/UE visa a figura ampla da “concessão de serviços”, não restringindo, como faz o CPTA, à “concessão de serviços públicos”.

Em segundo lugar, as diretivas têm em vista apenas os contratos públicos e as concessões cujo valor se situa acima dos respetivos limiares de aplicação. Diferentemente, a opção do CPTA foi no sentido de remeter para o contencioso pré-contratual urgente a formação dos “tipos” de contratos sujeitos a regulamentação europeia (salvo quanto às concessões de serviços), mesmo que os atos impugnados ou omitidos digam respeito à formação de contratos *concretamente* não abrangidos pela incidência das diretivas europeias.

Suscita-se a dúvida sobre se, em relação aos documentos e peças do procedimento, o contencioso pré-contratual urgente também abrange apenas os litígios que se reportem a procedimentos de formação dos contratos identificados no n.º 1 do artigo 100.º. Numa leitura imediata e intuitiva, responder-se-ia que sim. Contudo, uma interpretação mais atenta dos dados literais, desde logo do n.º 1 do artigo 103.º (sobre *impugnação dos documentos conformadores do procedimento*), pode conduzir a um outro resultado. Ali se estabelece o seguinte: “regem-se pelo disposto no presente artigo e no artigo anterior, os processos dirigidos à declaração de ilegalidade de disposições contidas no programa do concurso, no caderno de encargos ou em qualquer outro documento conformador do procedimento de formação de contrato, designadamente com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras que constem desses documentos”. Ora, a referência a “procedimento de formação de contrato”, sem mais esclarecimentos permite todas as dúvidas quanto a saber se está em causa o procedimento de formação de qualquer contrato ou, pelo contrário, apenas dos contratos referidos no artigo 100.º, n.º 1. Aceita-se que o propósito do legislador terá sido o de definir, também neste caso, um *regime especial* – regras de tramitação urgente, bem como sobre legitimidade e tempestividade do pedido de declaração de

ilegalidade – exclusivamente para os *contratos submetidos a regulamentação europeia*. Mas, insiste-se, o elemento literal permite outra compreensão. Ao que acresce que, mesmo considerando a “opção dualista” de base, poderia, apesar disso, aceitar-se uma *universalização desse regime especial*, no exato sentido de o aplicar aos pedidos de declaração de ilegalidade das peças e dos documentos *de todos* os procedimentos de formação de contratos. De facto, a aplicação do regime especial constante dos artigos 102.º e 103.º do CPTA a todas as peças e documentos de conformação de procedimentos pré-contratuais justificar-se-ia, além do mais, pelas especificidades desses instrumentos, que, mesmo quando qualificados legalmente como regulamentos, não podem deixar de se considerar “regulamentos *especiais*”, desde logo quanto ao seu “tempo de aplicação”, o que justifica um regime especial quanto à tramitação urgente dos processos e à tempestividade dos pedidos de declaração de ilegalidade, mas também quanto ao seu “universo de aplicação”, a justificar particularismos em matéria de legitimidade processual. Sem prejuízo do que vem de se expor, não deixamos aqui mais do que a dúvida sobre o exato alcance do artigo 103.º, n.º 1.

Retomando o tema da delimitação do âmbito do contencioso pré-contratual não urgente, acrescenta-se, por fim, que ali se acolhem apenas os *litígios de natureza jurídico-administrativa* – sobre atos administrativos e documentos do procedimento com natureza de regulamento administrativo ou, em todo o caso, de natureza jurídico-administrativa. De fora ficam, por conseguinte, os *litígios relativos a eventuais atos jurídico-privados de formação de contratos da Administração Pública*. Vem a este propósito questionar a possibilidade de atos de direito privado na formação de contratos da Administração Pública. Trata-se de um tema autónomo em relação ao da natureza jurídica dos contratos: estes podem ser *submetidos a um regime de direito privado* (cf. artigos 200.º, n.º 1, e 202.º, n.º 2, do CPA), mas daí não se segue que seja de direito privado o respetivo procedimento de formação e os atos praticados no decurso deste. Passa-se exatamente o contrário: a decisão da Administração no sentido de se vincular por contratos é um assunto de Direito Administrativo, além de ser sempre este a disciplinar as condições de validade orgânica, formal e substancial de quaisquer “atos pré-contratuais”.

Uma observação se impõe ainda, para evidenciar a diferença entre a estrutura e a função dos procedimentos pré-contratuais que podem dar origem ao contencioso pré-contratual urgente e a estrutura e a função dos procedimentos de formação de contratos

que podem dar origem a litígios de contencioso pré-contratual não urgente. Assim, no primeiro caso, os atos pré-contratuais em litígio inserem-se, invariavelmente, num procedimento de adjudicação de contratos que segue um dos modelos de procedimento previstos no Código dos Contratos Públicos: ajuste direto, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, diálogo concorrencial e negociação. Diferentemente, no caso do contencioso pré-contratual não urgente, podem estar em causa atos pré-contratuais praticados em procedimentos como esses (por exemplo, procedimento de ajuste direito ou de concurso limitado para formação do contrato de concessão de exploração de domínio público ou de concessão de jogos de fortuna ou azar), mas também procedimentos de outro tipo (por exemplo, hasta pública na venda de um bem imóvel, procedimento de iniciativa particular para a cedência de um bem imóvel) ou até procedimentos não regulados especificamente, mas que incluem a prática necessária de atos pré-contratuais (de formação e exteriorização da vontade de contratar, como, por exemplo, a deliberação no sentido de aceitação da doação de uma obra de arte).

## **2 – Regime jurídico das ações principais de contencioso pré-contratual não urgente**

Nas páginas que se seguem, analisamos os contornos fundamentais do regime jurídico das ações principais de contencioso pré-contratual não urgente: por um lado, as ações relativas a atos administrativos praticados ou omitidos no desenvolvimento do procedimento pré-contratual; por outro lado, as ações relativas às peças e documentos do procedimento de formação do contrato.

### **2.1 – Ações relativas a atos administrativos praticados ou omitidos**

A revisão do CPTA de 2015 eliminou o artigo 46.º (sobre o objeto da extinta ação administrativa especial), cujo n.º 3 estabelecia o seguinte: “a impugnação de atos administrativos praticados no âmbito do procedimento de formação de contratos rege-se pelo disposto no presente título, sem prejuízo do regime especial dos artigos 100.º e seguintes, apenas respeitante à impugnação de atos relativos à formação dos contratos aí especificamente previstos”. Apesar da eliminação desse preceito, não subsistem dúvidas de que as *ações relativas à impugnação de atos administrativos pré-contratuais* seguem o regime geral de impugnação de atos administrativos previsto na Secção I do Capítulo II do Título II do CPTA (artigos 50.º a 65.º) e de que as *ações relativas à condenação à*

*prática de atos pré-contratuais devidos* seguem o regime geral da condenação à prática de atos devidos previsto na Secção II do mesmo Capítulo e Título (artigos 66.º a 71.º).

Por outro lado, não existe na disciplina do regime geral de impugnação de atos administrativos (ou de condenação à prática de ato devido) uma norma como a do artigo 100.º, n.º 2, que, “para os efeitos do disposto na [...] secção” sobre contencioso pré-contratual urgente, determina serem considerados atos administrativos “os atos praticados por quaisquer entidades adjudicantes ao abrigo de regras de contratação pública”. Apesar disso, não nos sobram dúvidas de que o conceito de ato administrativo pré-contratual no âmbito do contencioso não urgente abrange qualquer *ato impugnável*, nos termos do artigo 51.º, e que, por aí, os atos praticados por quaisquer entidades adjudicantes ao abrigo de regras de contratação pública são atos administrativos também para os efeitos das Secções I e II do Capítulo II Título II do CPTA.

Neste âmbito, das ações relativas a atos administrativos (praticados ou omitidos), podemos identificar três diferenças essenciais entre o *regime geral do contencioso pré-contratual não urgente* e o *regime especial do contencioso pré-contratual urgente*: i) prazos de impugnação ou de reação contra a omissão de atos administrativos; ii) regime da tramitação do processo quanto a prazos, à existência de alegações e de audiência pública; iii) efeito suspensivo automático, ou não, da impugnação.

Por sua vez, o contencioso pré-contratual urgente segue os regimes gerais do CPTA sobre a impugnação de atos administrativos e a condenação à prática de atos devidos. Deve, contudo, dizer-se que esse regime geral contempla algumas *regras especiais ou especialmente aplicáveis*, especificamente ditadas para responder a situações que resultam da existência de uma sequência entre o procedimento ou o contencioso pré-contratual e o contencioso contratual (relacionado com o pretensão de invalidação do contrato). Eis o que se verifica com o 63.º, n.º 2, sobre a ampliação da instância, bem como, embora com um outro alcance, com o disposto nos artigos 45.º-A, sobre a modificação do objeto do processo.

#### *a) Ampliação da instância*

Nos termos do artigo 63.º, n.º 1, até ao encerramento da discussão em primeira instância de uma ação de impugnação de ato administrativo, o objeto do processo pode ser ampliado à impugnação de atos que venham a surgir no âmbito ou na sequência do procedimento em que o ato impugnado se insere. O n.º 2 do mesmo preceito estende

essa possibilidade “ao caso de o ato impugnado ser relativo à formação de um contrato e este vir a ser celebrado na pendência do processo”. Assim, por exemplo, o processo em que se impugna a deliberação camarária de permuta de terrenos pode ser ampliado, por via da dedução do pedido de anulação (consequente ou derivada) do contrato que efetiva a permuta. Pode discutir-se, em casos como este, se a jurisdição administrativa não depende da natureza jurídico-administrativa do contrato. Embora em geral assim deva ser, cremos que, neste cenário – em que está presente uma *invalidade consequente ou derivada* que resulta de uma *invalidade originária de natureza administrativa* –, se justifica a competência da jurisdição administrativa independentemente da natureza jurídica do contrato. Esta solução, da atribuição da competência jurisdicional aos tribunais administrativos para apreciar a invalidade derivada de *quaisquer contratos* (administrativos ou de direito privado), resultava expressamente da versão do ETAF anterior a 2015 <sup>(2)</sup>. Ora, apesar de esta norma ter sido eliminada, cremos que a igual resultado conduz o próprio artigo 63.º, n.º 2, do CPTA, que admite a ampliação do processo, independentemente da natureza do contrato. Além de fundado nessa disposição legal, trata-se de um resultado que está em linha com outros casos de atribuição de competência aos tribunais administrativos para apreciar litígios sobre contratos independentemente da natureza destes <sup>(3)</sup>.

#### *b) Modificação do objeto do processo*

O artigo 45.º, n.º 1, do CPTA estabelece que, quando se verifique no processo que a pretensão do autor é fundada, mas que à satisfação dos seus interesses obsta, no todo ou em parte, a existência de uma situação de impossibilidade absoluta, ou a entidade demandada demonstre que o cumprimento dos deveres a que seria condenada originaria um excecional prejuízo para o interesse público, o tribunal profere decisão na qual: *a)* reconhece o bem fundado da pretensão do autor; *b)* reconhece a existência da circunstância que obsta, no todo ou em parte, à emissão da pronúncia solicitada; *c)* reconhece o direito do autor a ser indemnizado por esse facto; e *d)* convida as partes a acordarem no montante da indemnização devida no prazo de 30 dias, que pode ser

---

<sup>2</sup> O artigo 4.º, n.º 1, alínea *b)*, do ETAF (antes de 2015) estabelecia a competência dos tribunais da jurisdição administrativa para a “verificação da *invalidade de quaisquer contratos* que diretamente resulte da invalidade do ato administrativo no qual se fundou a respetiva celebração”.

<sup>3</sup> Com efeito, na sua atual versão, o ETAF, que recupera o conceito de *contrato administrativo*, admite claramente a competência dos tribunais da jurisdição administrativa para apreciar litígios sobre a interpretação, validade e execução [de contratos administrativos ou] de *quaisquer outros contratos* celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por pessoas coletivas de direito público ou outras entidades adjudicantes: cf. artigo 4.º, n.º 1, alínea *e)*.

prorrogado até 60 dias, caso seja previsível que o acordo venha a concretizar -se dentro daquele prazo.

Pois bem, nos termos do artigo 45.º-A, n.º 1, esse mesmo regime pode aplicar-se “quando, tendo sido deduzido pedido respeitante à invalidade de contrato por violação das regras relativas ao respetivo procedimento de formação, o tribunal: *a)* verifique que já não é possível reinstruir o procedimento pré-contratual, por entretanto ter sido celebrado e executado o contrato; *b)* proceda, segundo o disposto na lei substantiva, ao afastamento da invalidade do contrato, em resultado da ponderação dos interesses públicos e privados em presença”.

Esta possibilidade de modificação do objeto do processo não se reporta ao contencioso pré-contratual propriamente dito, porquanto tem subjacente uma ação sobre contratos (pedido respeitante à invalidade do contrato); mas a via da modificação – e a atribuição de indemnização em vez de invalidação do contrato – aceita-se aqui quando não se mostre possível a reinstrução do procedimento pré-contratual.

## **2.2 – Ações relativas às peças do procedimento**

Como vimos acima, revela-se adequado e oportuno interpretar o artigo 103.º no sentido de o considerar aplicável à impugnação das peças de todos procedimentos administrativos de formação de contratos. Expressámos aí a bondade dessa solução, mesmo tendo em consideração a “opção dualista” que o CPTA acolheu. Não obstante, reconhecemos que uma tal interpretação pode não suscitar a adesão da jurisprudência, que, legitimamente, se inclinará para valorizar o argumento segundo o qual o bloco de normas incluído na Secção do CPTA dedicada ao *contencioso pré-contratual urgente* se aplica, todo ele, apenas aos contratos indicados no n.º 1 do artigo 100.º (“contratos públicos submetidos a regulamentação europeia”).

Pois bem, a ser assim, teremos então a aplicação neste âmbito das regras sobre a impugnação de normas: artigo 72.º e segs. do CPTA. É verdade que a qualificação das peças do procedimento como normas (regulamentos) apenas se revela legalmente pacífica em relação ao “programa do procedimento” (cf. artigo 41.º do Código dos Contratos Públicos), mas, por exemplo, já não para o “caderno de encargos”. Todavia, por razões elementares de carácter prático e também por um imperativo de homogeneidade com a opção do artigo 103.º, n.º 1 – que equipara, para efeitos processuais, o caderno de encargos ao “programa do concurso” – não nos parece razoável qualquer resultado que não passe por se considerarem “normas”, para efeitos

do artigo 72.º, quaisquer *peças, documentos, especificações, memórias descritivas, etc.*, que a entidade pública elabore com o objetivo de conformar o desenvolvimento do procedimento de formação do contrato e de definir as condições em que se propõe contratar.

### **3 – Regime jurídico dos processos cautelares em contencioso pré-contratual não urgente**

A revisão do CPTA de 2015 introduziu, neste capítulo, uma importante alteração, na medida em que exportou a “opção dualista” também para a tutela cautelar. Assim, a tutela cautelar no âmbito do contencioso pré-contratual urgente processa-se, exclusivamente, nos termos dos artigos 103.º-A (efeito suspensivo automático) e 103.º-B (adoção de medidas provisórias). Por seu lado, a tutela cautelar no contencioso pré-contratual não urgente – processos relativos às peças e documentos do procedimento de formação de contratos e aos atos administrativos pré-contratuais –, a tutela cautelar efetiva-se, também exclusivamente, nos termos previstos no artigo 132.º. A diferença entre os dois regimes apresenta-se muito relevante, designadamente por força do *efeito suspensivo automático* que a lei associa à impugnação de atos de adjudicação em contencioso pré-contratual urgente e que não existe no contencioso pré-contratual não urgente.

O artigo 132.º, n.º 1, tem o cuidado de esclarecer que os processos cautelares relativos a procedimentos de formação de contratos se regem “pelo presente Título” (em concreto, o Título IV, que abrange os artigos 112.º a 134.º). Isso permite imediatamente considerar aplicável neste âmbito o disposto no artigo 128.º, sobre a *proibição de executar o ato administrativo*, no artigo 130.º, sobre a *suspensão de eficácia de normas*, ou no artigo 131.º, sobre o *decretamento provisório da providência*. Por outro lado, ali se indicam ainda alguns dos possíveis pedidos de tutela cautelar: a suspensão da eficácia de atos praticados no âmbito do procedimento, a suspensão do próprio procedimento e a proibição da celebração ou da execução do contrato (esta última – a proibição da execução do contrato – pressupõe que o processo principal foi ou vai ser ampliado, para apreciação da invalidade do contrato).

Nos termos do n.º 4, a decisão sobre o pedido de concessão da providência depende do juízo de probabilidade do tribunal quanto a saber se, ponderados os interesses suscetíveis de serem lesados, os danos que resultariam da adoção da providência requerida se mostrem superiores aos prejuízos que podem resultar da sua



não adoção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adoção de outras providências. A lei define aqui um critério de custos-benefícios tendo como parâmetros de ponderação, por um lado, os interesses suscetíveis de serem lesados e, por outro, os danos que resultariam da adoção ou da não adoção da providência.

O disposto no n.º 5 releva no cenário de estar envolvida uma providência cautelar relativa aos documentos conformadores do procedimento (v.g., suspensão da sua aplicação), mas também no de estar em causa uma reação contra um ato pré-contratual, praticado com fundamento em disposições daqueles documentos. Em qualquer destas duas eventualidades, se o juiz considerar demonstrada a ilegalidade de especificações contidas nesses documentos conformadores do procedimento que era invocada como fundamento do processo principal, pode determinar a sua imediata correção, decidindo, desse modo, o mérito da causa, segundo o disposto no artigo 121.º.

#### **4 – Arbitragem no contencioso pré-contratual não urgente**

Uma nota final, para recordar que, nos termos do artigo 180.º, n.º 3, os litígios relativos a atos administrativos pré-contratuais, e quando estiver em causa uma pretensão de impugnação de tais atos (aparentemente apenas estes) são arbitráveis. O alcance deste preceito suscita problemas muito complexos que não podem ser tratados no presente texto <sup>(4)</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre o tema, com muito interesse, cf. Marco Caldeira/Tiago Serrão, “As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco de ineffectividade”, in Carla Amado Gomes/Domingos Farinho/Ricardo Pedro, *Arbitragem e Direito Público*, da AAFDL, 2015, p. 289 e segs.