

ACTAS

I CONGRESSO SOBRE COMPRAS PÚBLICAS PARA UMA CONTRATAÇÃO PÚBLICA ESTRATÉGICA

Coordenação: Isabel Celeste M. Fonseca

BRAGA 2015





INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

UNIVERSIDADE DE CABO VERDE

**ACTAS
I CONGRESSO SOBRE
COMPRAS PÚBLICAS: PARA
UMA CONTRATAÇÃO
PÚBLICA ESTRATÉGICA**

19 -21 de Novembro, Cidade da Praia, Cabo Verde

Coord.

Isabel Celeste M. Fonseca

ACTAS

**I CONGRESSO SOBRE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UMA
CONTRATAÇÃO PÚBLICA ESTRATÉGICA**

Coordenação de:
Isabel Celeste M. Fonseca

ACTAS

I Congresso Sobre Compras Públicas: Para Uma Contratação Pública Estratégica

Coordenação

Isabel Celeste M. Fonseca

Colaboradores

Isabel Celeste M. Fonseca, Carla Soares de Sousa, Raquel Carvalho, Érico Andrade, Vânia Grilo, Ana Luísa Castro Ferreira, Susana Gonçalves, Maria Tereza Fonseca Dias, Fernando Oliveira Silva, Joana Duro, Cátia Marques Cebola, Nuno de Villalobos, Ângela Vieira, Ana Rita Carneiro, Rita Barros, Luciana Sousa Santos, Joana de Matos Fernandes Gonçalves, Miguel Patacas de Areia Losa, Alessandra Silva dos Santos Celente

Edição e Apoio

ELSA UMINHO

Escola de Direito da Universidade do Minho

www.elsauminho.com | editora@elsauminho.com

NEDip Núcleo de Estudos de Direito - Ius Publicum

Avenida 1.º de Maio, 44, 3.º

4600-013 Amarante

www.nedip.pt | geral@nedip.pt

Apoio Científico e Técnico

Rita de Sousa Costa

Tiago Sérgio Cabral

Impressão

Empresa Diário do Minho, Lda. - Braga

ISBN: 978-989-8783-13-4

Depósito Legal: 395654/15

Julho de 2015

Toda a reprodução desta obra sem a prévia autorização dos Autores e Editor é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

A protecção efectiva no domínio do contencioso dos contratos administrativos: uma Ária de (in)útil precaução

Isabel Celeste M. Fonseca*

Sumário: 1. Nota introdutória. 2. O problema. 3. A solução.

1. Nota Introdutória

Não queremos aqui falar de um *melodrama em dois actos*¹, nem lembrar uma chegada tardia do juiz à cena do contencioso dos contratos administrativos, tal qual a *guarda* numa ópera bufa². Não queremos, na verdade, descrever uma cena onde paira um ambiente de inútil precaução – só comparável à ópera *O Barbeiro de Sevilha*, ou *Ária da inútil precaução*, como o autor pensou também em chamar-lhe.

* Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Diretora do Mestrado em Direito Administrativo. Investigadora do NEDip.

¹ Este texto resulta da revisitação de um outro que foi o primeiro que escrevemos sobre este tema. Esse outro, intitulado *A Justiça Administrativa dos Contratos da Administração: da (ainda) Ária de inútil precaução*, surgiu na sequência de uma aula dada ao 3.º ano do Curso de Direito da Universidade do Minho (ano lectivo 2000/2001), em que tivemos o objectivo de cativar (e sensibilizar) os alunos para o conjunto das dificuldades que o tema do contencioso português dos contratos da Administração Pública nessa altura encerrava. Considerando que *ridendo castigat mores*, publicámos esse texto na nossa colectânea, *A batalha pela tutela de urgência. Estudos de direito processual (europeu)*, ELCLA, Porto, 2011, exactamente com o mesmo propósito, de suscitar alguma reflexão (e discussão) em torno deste tema. Agora, impõe-se revisitá-lo e reajustá-lo. O propósito mantém-se.

² Neste texto inspiramo-nos, pois, na ópera de *O Barbeiro de Sevilha*, cujo libreto é de Cesare Sterbini (baseado na comédia homónima *Le barbier de Séville*, de Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais) e que ficou eternizada pela música de Gioacchino Rossini.

Ainda assim é possível identificar semelhanças entre o que se passa no contencioso dos contratos na Europa (e, estou certa, também em Cabo Verde) e o melodrama que nos inspira. Afinal, quanto às personagens, configuramos uma semelhança entre D. Bártolo e os operadores económicos interessados em contratar com a Administração Pública, entidade adjudicante. O primeiro é quem se socorre de uma «inútil precaução» para evitar os encontros entre Rosina, de quem é tutor, e o Conde de Almaviva. Os operadores económicos, tal qual D. Bártolo, são aqueles que, tendo sido lesados durante a formação do contrato, aguardam, sem poder lutar contra um final que está pré-anunciado: a consumação da situação de facto. O sistema *paradoxal* de garantias ao dispor das duas personagens é também muito semelhante. É idêntico, designadamente, o desconchavo da actuação da Autoridade que resolve o conflito. Ironicamente, verificamos a existência de uma afinidade entre o juiz administrativo e a guarda que, nesta ópera, socorre D. Bártolo. Esta é não só timorata perante o título de nobreza do conde, e, por isso, se chega a tempo não actua por receio, como também na maioria das vezes, chega sempre tarde demais. Enfim, precisamente, a cena final – a chegada tardia da Autoridade – é a mesma para os dois melodramas cómicos. Na ópera verdadeira, o cenário fica composto pela entrada da guarda no palco quando o Conde de Almaviva acabara de desposar Rosina, em segredo; na justiça administrativa, a cena final acontece com a notificação ao particular da sentença anulatória favorável, proferida quando o contrato foi já celebrado ou está a ser (ou já foi) cumprido (na íntegra).

Em ambos cenários, fica a prova da inútil precaução: a resignação perante a invocação de «*quel ch'è fatto è fatto*». No melodrama que decorre no palco, a quem acaba de casar, já só pode desejar-se que «os céus abençoem o casamento»; na justiça administrativa, ao operador económico já só pode acontecer a sujeição à invocação de causa legítima de inexecução pela Administração. Mas, mais, se para D. Bártolo ainda sobra o dote, já relativamente quanto aos operadores económicos lesados durante a formação do contrato, fica a dúvida sobre se lhes restará uma compensação económica.

Finalmente, cumpre tão só reflectir sobre a moral da história. Na ópera de Rossini há uma personagem que planeia tudo ao pormenor, (quase) em segredo: Fígaro (o barbeiro de Sevilha) que, bem sucedido no seu plano, em gargalhadas valentes, explica, definitivamente, a D. Bártolo o que significa o «rondó ou aria da precaução inútil», que Rosina tantas vezes entoava – a inútil precaução é

exactamente aquela, sem natureza eficaz, que ele tomou para evitar os encontros (e o casamento) entre Rosina e o Conde, a de mandar retirar a escada da varanda!

Cumpre-nos, então, descobrir as situações de inútil precaução que o sistema cabo-verdiano actualmente mantém (ou prevenir, no sentido de que nunca os venha a acolher) e contrariar o *enredo* deste *teatro cómico*. Aliás, reduzir o sistema global de garantias cautelares ao *velhinho* mecanismo de suspensão da eficácia de actos, recusar a aplicação de tutela cautelar não especificada com conteúdo inovador e estrutura antecipatória e recusar interpretar em harmonia temporal as regras substantivas com as regras processuais, em conformidade com o princípio da tutela jurisdicional efectiva, «*ecco che fa una inutil precauzione!*» que deve contrariar-se na justiça administrativa dos contratos.

2. O problema: da inútil precaução e da ausência de repartição de riscos da demora do processo

Em Cabo Verde, não tendo o recurso de anulação de actos e peças do procedimento (com carácter normativo) efeito suspensivo, não existindo garantia de que a suspensão do procedimento da formação do contrato é decretada, e atendendo a que, ao contrário da ópera que nos inspira, em que a acção se desenrola em 24 horas, no contencioso dos contratos a demora processual é de dezenas de meses, tudo nos leva a crer que no contencioso dos contratos da Administração pode existir o risco de produção das sentenças platónicas. E assim é pois tantos são os problemas que existem na realidade, a começar pelo *complicado* regime de invalidades dos contratos da Administração (privados e administrativos) e pela existência da dualidade de meios processuais próprios do contencioso dos contratos administrativos (recurso de anulação de actos destacáveis relativos à formação ou execução do contrato e acção contratual), a que acresce a ausência de mecanismos cautelares adequados.

É esta última proposição que aqui pretendemos discutir: de que boa parte do conjunto das dificuldades do contencioso dos contratos da Administração Pública se fica a dever à ausência, neste contencioso, de processos urgentes (cautelares) adequados e à *autocontenção* na aplicação dos meios previstos. Antes de discutirmos quanto o modelo de tutela provisória deste contencioso é (ou não)

eficaz, cumpre referir que o próprio modelo dos meios processuais principais encerra um conjunto de dificuldades, já que não obstante o sistema processual de Cabo Verde consagrar meios processuais relativos aos conflitos resultantes da execução, interpretação, validade e responsabilidade do contrato administrativo – a acção contratual – e conter solução processual perante o «acto destacável» da formação e da execução do contrato, traduzida na sua impugnação por via do recurso de anulação, o ligamento entre os meios processuais principais não funciona.

Julgamos que um dos problemas do sistema, que é relativo à dualidade de meios processuais recurso de anulação e acção contratual, se deve à ausência de mecanismos processuais acessórios que façam a *ponte* entre o recurso de actos destacáveis e a execução *in natura* da sentença anulatória, bem como entre aquele e a acção, visto que é incerta a legitimidade de terceiros para propor acções sobre a validade do contrato, incluindo a do terceiro que obteve a anulação de acto administrativo procedimental *de que dependeu* a celebração do contrato (inválido).

A história deste contencioso tem revelado que a suspensão da eficácia do acto administrativo lesivo, inserido no procedimento de formação do contrato, poderia ter permitido a paralisação da realização do contrato até à verificação, certa e plena, de que nenhuma invalidade contaminaria a actuação da Administração durante a fase de formação do contrato. E este meio processual cautelar teria, com certeza, evitado que a sentença anulatória, no momento em que viesse a ser proferida, não teria, como foi a regra, o efeito meramente «platónico», decorrente da realização (e da eventual execução) do contrato.

Como temos vindo a afirmar, e sem ser necessário apelar a uma solução *radical*, do reconhecimento da natureza jurisdicional à CRL da ARAP, importa assegurar a suspensão da eficácia do acto de adjudicação até ao momento em que o juiz se pronuncia sobre a questão da legalidade daquele acto e em momento anterior à assinatura do contrato, pois, só assim, se evita a formação da situação de facto consumado. Mas, não verdade, nem o mecanismo da impugnação de actos tem sido bem gerido, nem a suspensão da eficácia dos actos tem tido essa função asseguradora do efeito útil da sentença anulatória do acto procedimental. No contencioso dos contratos tem sido preferível «tirar a escada da varanda» a tomar as úteis precauções, pois, tantas vezes a prioridade de actuação dos tribunais parece ser realizar um juízo excessivamente formalista e redutor do conceito de

acto destacável e interpretar *literalmente* o regime da suspensão da eficácia desses actos, a realizar justiça efectiva, conforme com o artigo do Texto Fundamental de Cabo Verde.

Neste contexto, tudo nos leva a crer que o contencioso dos contratos administrativos é um *melodrama em dois actos*. Na lógica do que temos vindo a dizer, no primeiro acto, as personagens que entram em *cena* são os terceiros interessados em contratar com a Administração, que ilegalmente afastados ou lesados durante o procedimento pré-contratual e, após terem recorrido desses actos, não podem senão *(des)esperar* que, enquanto aguardam a anulação das decisões ilegais, a Administração se não *case* definitivamente com outro.

Como já afirmámos, em Portugal, a suspensão da eficácia de actos destacáveis do procedimento contratual não tem conseguido evitar o *drama* que paira neste *teatro cómico*, a da *inútil precaução*, pois tem vingado uma interpretação restritiva do conceito de acto destacável, o que tem consequências negativas para quem deseja requerer tutela cautelar. Ainda que o acto destacável seja mais facilmente aceite durante a fase de formação do contrato do que durante a fase de execução (sendo que nesta última o seu reconhecimento deveria ser igualmente claro, como reverso da medalha da questão dos poderes de decisão unilateral da Administração Pública em matéria de contratos) de entre os actos *mais ou menos* considerados destacáveis só o acto de adjudicação tem congregado consenso.

Mas não é somente reduzido o número de actos a impugnar autonomamente perante o contrato. E de entre estes, só tem sido requerida a suspensão de eficácia de alguns, a que se acrescenta, a apreciação formalista, bem como a interpretação separada das condições de procedência da suspensão e a sobrevalorização do pressuposto negativo de «grave lesão para o interesse público» que os tribunais têm feito ao aplicar este meio processual. Mais concretamente, salvas raras excepções, a aplicação jurisprudencial do preceito da legislação portuguesa ao contencioso dos contratos tem sido de molde a não facilitar a suspensão do procedimento contratual, já que à valorização economicista do interesse do particular tem vindo a crescer a consideração de que a prossecução imediata do interesse público é, por regra, lesada com a suspensão do procedimento contratual. E a solução da indemnização pelos danos causados aos terceiros lesados durante a fase de formação do contrato, para o caso de a sentença anulatória lhes vir a ser favorável, é uma solução de antemão preferida à hipótese da produção duma situação de

facto consumado, sendo esta aceite como perfeitamente legítima não obstante o princípio da tutela jurisdicional efectiva inspirar todo o modelo de justiça administrativa. Espera-se que em Cabo Verde não aconteça o mesmo.

Para completar este cenário de *inútil precaução* do contencioso global dos contratos administrativos, decorrente dos *obstáculos* ao decretamento da suspensão, cumpre-nos só trazer à nossa memória a ausência de tutela cautelar com conteúdo claramente ampliador e com estrutura antecipatória, sendo certo que este problema existe em Cabo Verde também.

Este tipo de garantia cautelar em que se concretiza a técnica da antecipação, não obstante em relação a ela se proibir a antecipação da solução para a causa principal, tem *um lugar à sua espera* no contencioso dos contratos, pois esta é própria, funcional e estruturalmente, para alcançar pronúncias judiciais de condenação provisórias e instrumentais perante a efectividade da sentença do meio principal. Através deste tipo de tutela poderá intimar-se a Administração a cumprir regras e princípios gerais que regem o procedimento contratual e a interditar-lhe certos comportamentos, entre os quais o da continuação do procedimento, o da realização do contrato (designadamente, a intimação para o adiamento da assinatura do contrato), bem como o de permitir, provisoriamente, o regresso antecipado ao procedimento de um candidato dele excluído, partindo do princípio que esta decisão é apta a causar um menor dano ao interesse público, já que não se traduz na suspensão do procedimento.

E, enfim, a tutela cautelar com estrutura antecipatória, se consagrada numa cláusula aberta ou inominada que positive o princípio do *numerus apertus*, pode ser mais útil ainda, porque permitirá que, perante o caso concreto, seja o juiz a decretar a medida mais adequada a proteger o efeito útil do processo principal. Reforçando a ideia da necessidade de tutela cautelar com conteúdo ampliador, já que a prática jurisprudencial não é de molde a permitir que através da suspensão da eficácia do acto alguma vez se alcance tutela antecipatória, muito menos inovadora, tanto em Portugal como em Cabo Verde, cumpre-nos dizer que no contencioso dos contratos a tutela cautelar tem espaço para realizar a sua função do direito material controvertido. Aqui, nem somente as medidas preparatórias e de garantia inominadas são desejáveis, também aquelas que permitem satisfazer definitivamente a pretensão de um terceiro perante o contrato são de aceitar, já que, entre outras, poderão traduzir-se na intimação à administração para que

corrija as ilegalidades de que possa padecer o programa ou o caderno de encargos, conformadores do procedimento pré-contratual.

Neste contexto, depois do referido a propósito da suspensão e da ausência de tutela cautelar não especificada, cumpre lamentar a existência de uma *útil precaução* ao dispor dos particulares interessados em contratar com a Administração que, por causa da ineficiência dos sistemas de tutela jurisdicional (principal e acessória) a que se acrescenta a demora patológica do processo, são verdadeiramente os prejudicados com a demora do processo. Este é um facto em Portugal.

Se os danos resultantes da *incompressível* demora processual raramente são repartidos entre as partes na justiça administrativa, somos obrigados a reconhecer que na dos contratos quem padece da demora do processo não é a entidade adjudicante.

Mais uma vez, à semelhança da guarda na ópera bufa, o fim do primeiro acto é marcado pela «imobilidade» dos particulares interessados em contratar com a Administração (terceiros lesados perante o contratos), que, tal como D. Bártolo, ficam «sem palavra» perante a atitude «deferente da guarda» em face do aceno do título de nobreza do Conde de Almaviva (que disfarçado de soldado, entra em casa do tutor com o objectivo de planejar com Rosina a fuga para o casamento). E quanto à cena final deste I acto, «fredda e immobile».

E, perante a *condescendência da guarda* só um desfecho se pode esperar na ópera bufa. Dando um salto para o final do II acto, é também de «imobilidade» a situação de D. Bártolo perante a surpresa do efeito negativo das precauções que tomara. Mandar chamar o notário e remover a escada da varanda só fez acelerar a produção de um facto consumado, já que, tendo D. Bártolo voltado costas, os apaixonados em fuga, «*zitti, zitti, piano, piano, non facciamo confusione*», casaram mesmo ali, já que alguém havia retirado a escada da varanda. Também a situação dos particulares se assemelha à de D. Bártolo, quando o juiz do recurso de anulação entra tardiamente em *cena* e não vem a tempo de evitar a execução do contrato, e muito menos a sua celebração. É uma situação de resignação aquela em que fica o particular perante a sentença que determina a «inutilidade superveniente da lide», provocada pela celebração do contrato e da qual decorre o esvaziamento do objecto do recurso, e perante a invocação «de causa legítima de inexecução», já que «o que está feito, está feito». Resta-lhe aceitar a duvidosa, porque complicada, compensação económica, já que nada poderá fazer para obter

a invalidade do contrato. Tal com a D. Bártolo, a questão da validade do *contrato* já não lhe diz respeito.

3. A solução: uma ária de útil precaução. Da necessidade de repartir riscos da demora do processo.

Enfim, o *desespero* dos operadores económicos perante a ausência de tutela jurisdicional efectiva no contencioso de formação dos contratos da Administração Pública passa pelo acolhimento de um processo urgente dirigido a alcançar a anulação ou a declaração de nulidade de actos administrativos, relativos à formação dos contratos da Administração que lesem os respectivos direitos ou interesses legalmente protegidos, bem como de um processo que desemboque na emissão de medidas provisórias, que podem ser requeridas previa ou juntamente com o primeiro processo. Através deste mecanismo urgente, que se há muito se impõe no âmbito do contencioso dos contratos administrativos também em Cabo Verde, o juiz decide sobre a questão de fundo, que se traduz na pretensão de anulação de um acto administrativo inserido no procedimento de formação do contrato ou de uma norma relativa a documento com carácter normativo pelo qual a entidade adjudicante se vincula procedimentalmente a adjudicar (é nos termos da adjudicação) bem como no conteúdo do contrato a celebrar.

Quanto ao conteúdo destas medidas provisórias, o juiz administrativo pode ordenar medidas com conteúdo funcionalmente assegurador ou inovador, podendo também traduzir-se numa medida correctiva, cujo efeito permita a realização da pretensão de quem a solicita. Através deste processo, o juiz pode ordenar à correcção de uma ilegalidade alegada inserida no programa do procedimento ou no cadernos de encargos, impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, e, suspender, ainda, o procedimento de formação do contrato.

Enfim, à semelhança da ópera *O Barbeiro de Sevilha*, não deveria o notário, D. Basílio, antes de casar Rosina e o Conde de Almaviva perguntar «*se há alguém que tem alguma coisa a dizer contra a realização deste casamento, que fale agora ou se cale para sempre?*». Pois bem, também no contencioso dos contratos da Administração, salvo raras excepções, vale mais perder algum tempo, diferindo no tempo a celebração do contrato (ou o cumprimento das respectivas prestações,

caso o mesmo já tenha sido celebrado), em vez de eliminar pela raiz a tutela efectiva dos operadores económicos afastados do procedimento ou preteridos na decisão final e da concorrência. Só assim fará sentido dizer, com Figaro, «*di si felice innesto serbiam memoria eterna!*»!