

COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA

CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E FISCAL

FEVEREIRO 2017



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ e elétrico n.º 28



O contencioso pré-contratual tem merecido um justo destaque nas acções de formação organizadas pelo Centro de Estudos Judiciários.

O e-book que agora se publica reúne várias comunicações (algumas já publicadas pelo CEJ) sobre esta temática, cumprindo o objectivo não só de melhor sistematizar os textos (de enorme qualidade) e de lhes dar o máximo rendimento (ao fazê-los chegar ao maior número de destinatários), como também o de proporcionar aos juízes e magistrados do MP que têm de lidar com a matéria (mas também a advogados, juristas e estudantes de Direito), mais um instrumento de trabalho que, acima de tudo, se pretende útil.

O Centro de Estudos Judiciários dá, assim, mais este contributo para que a Comunidade Jurídica tenha acesso aos conteúdos das acções de formação que organiza.

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Ana Celeste Carvalho (Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição)

Sofia David (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ)

Cristina Flora (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ)

Margarida Reis (Juíza de Direito e Docente do CEJ)

Nome:

Contencioso Pré-Contratual

Categoria: Formação Contínua

Conceção e organização:

Ana Celeste Carvalho

Sofia David

Plano de Formação 2015/2016:

– A revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos - 17 e 18 de dezembro de 2015 (programa)

– Contratos Públicos - 27 de novembro 2015 (programa)

Plano de Formação 2014/2015:

– O Ministério Público na Justiça Administrativa - 17, 24 e 31 de outubro de 2014 (programa)

– A Reforma do Direito Processual Administrativo - 12 e 13 de fevereiro de 2015 (programa)

– Temas de Direito Administrativo - 29 de maio de 2015 (programa)

Plano de Formação 2012/2013:

– Responsabilidade Civil do Estado - 10 de maio 2013 (programa)

Intervenientes:

Rodrigo Esteves de Oliveira – Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Advogado

Marco Caldeira – Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogado

Margarida Olazabal Cabral – Docente na Universidade Católica Portuguesa e Advogada

Rui Cardona Ferreira – Docente Universitário e Advogado

Carlos Cadilha – Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional

Pedro Fernández Sánchez – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos seus Autores não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet:<URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na internet:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

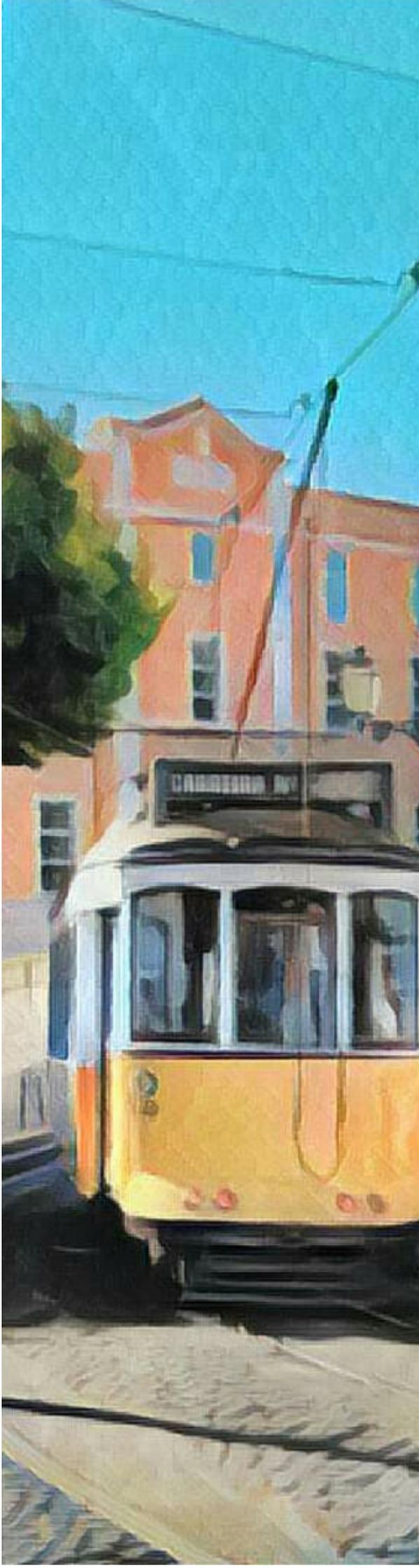
Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 16/02/2017	

Contencioso Pré-Contratual

Índice

1. Contencioso pré-contratual	9
Rodrigo Esteves de Oliveira	
2. O novo contencioso pré-contratual	17
Marco Caldeira	
3. Alterações ao contencioso pré-contratual	51
Margarida Olazabal Cabral	
4. Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de <i>chance</i>	67
Rui Cardona Ferreira	
5. Responsabilidade civil pré-contratual das entidades públicas	89
Carlos Cadilha	
6. Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de <i>chance</i> nos procedimentos de contratação pública	107
Pedro Fernández Sánchez	

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1. Contencioso Pré-Contratual

Rodrigo Esteves
de Oliveira

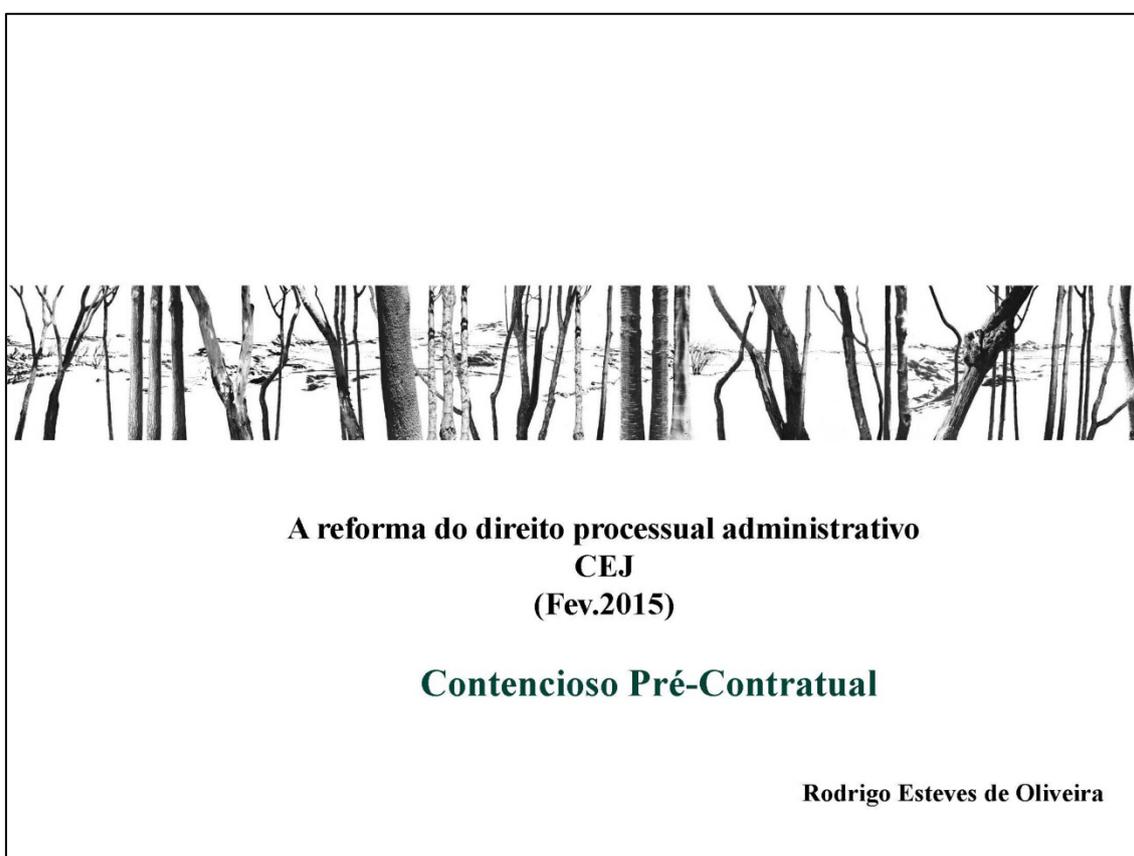
CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL*

Rodrigo Esteves de Oliveira**

Apresentação Power Point
Vídeo

Apresentação em *Power Point*



* Exposição efectuada nos dias 12 e 13 de Fevereiro de 2015, no CEJ, Lisboa, no âmbito da formação "A Reforma do Direito Processual Administrativo".

** Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Advogado.



Apreciação geral

Litígios pré-contratuais abrangidos (“contratos do catálogo” e “contratos fora do catálogo”)

- Litígios emergentes de procedimentos de direito público (desde o mais formalizado concurso público até ao mais singelo ajuste directo) tendentes à celebração de contratos de empreitada de obra pública, concessão de obra pública, concessão de serviço público, aquisição de serviços e aquisição (locação) de bens móveis
- Exclusão dos litígios pré-contratuais de contratos “fora do catálogo”
 - Exploração de domínio público / uso privativo de domínio público / gestão de estabelecimentos / gestão de tarefas / jogos de fortuna ou azar / alienação de bens / aquisição de bens imóveis
- Exclusão dos litígios concorrenciais não contratuais: litígios relativos à formação de actos administrativos através de procedimento concursal (vg, licenciamento ou autorização do exercício de actividades económicas de privados, como licenças de telecomunicações, de televisão e de rádio atribuídas por concurso)
 - Mesmo que se trate de actos substitutivos de contratos públicos (1º/4 CCP)? A solução será imposta pela directiva recursos? Interpretação em conformidade com direito comunitário?

2



- Contratos com prestações típicas de várias espécies contratuais: coligação de contratos (em que não há perda da individualidade jurídica de cada uma das prestações contratadas) e de contratos mistos
 - Critérios possíveis para decidir se se aplica ou não contencioso pré-contratual
 - Critério da componente de maior relevância económica ou financeira?
 - Critério do contributo relevante para a fisionomia do contrato?
 - Critério da contratação pública (32º CCP)?
 - Critério da força atractiva do contencioso pré-contratual (sendo suficiente a presença de uma “prestação do catálogo”)?
 - Critério do direito comunitário?
 - Casos da jurisprudência:
 - TCAS de 17.9.2009 (p. 4800/09): concurso para “concepção, financiamento, construção e exploração por conta e risco do adjudicatário de unidade comercial a implantar sobre domínio privado municipal em regime de direito de superfície da LS”
 - aplica-se 100º CPTA se as “prestações de, pelo menos, um dos tipos negociais combinados em coligação ou contrato misto corresponder a uma das quatro categorias nominadas do catálogo legal”
 - TCAS de 6.12.2012 (p. 9267/12): concessão para uso privativo e concessão de obra pública

3



A impugnação de documentos conformadores do procedimento (103º)

- Impugnação directa, independentemente do *modo de projecção* dos efeitos da “norma”
- A inexistência da alternatividade do uso da acção administrativa especial para efeitos pré-contratuais
- Os vícios dos documentos conformadores do procedimento
 - Ilegalidade (vício normal em face do bloco denso CCP)
 - Violação das directivas
 - Violação dos princípios gerais da contratação pública (inconstitucionalidade e violação do direito comunitário)
- Legitimidade (103º/2): “*por quem participe ou tenha interesse em participar*”
 - Restrição face ao 101º
 - O interesse em obter o contrato, mesmo que isso se traduza num direito a não ter de participar no procedimento
 - Terceiros e MP
 - Segue regime geral de impugnação de regulamentos? Ou a tutela faz-se através da decisão de contratar ou da decisão de adjudicação ou da condenação à abstenção da adjudicação?

4



- Tempestividade da impugnação: “*durante a pendência do procedimento a que os documentos em causa se referem*” (103º/3)
 - “*Durante a pendência*” apela ao conceito de “*termo do procedimento*”
 - “*Termo do procedimento*”: celebração do contrato
- Estado actual do problema
 - 1 mês a contar da data do conhecimento (STA 26.8.2009, p. 471/09, TCAS 14.06.2012)
 - 1 mês a contar do conhecimento, com perda do direito de invocar contra as decisões concretas a ilegalidade contida no documento e que nelas se repercutam (STA 27.1.2011, p. 850/10, TCAS 29.03.2012)
 - 1 mês a contar do conhecimento, sem perda do direito de impugnação de qualquer decisão do procedimento de aplicação directa ou pressuposta (STA 4.11.2010, p. 795/10, 20.11.2012 e 20.12.2012)
 - Impugnação do documento até 1 mês após o último acto do procedimento?
- Relação entre a impugnação do documento e impugnação do acto de sua aplicação
 - “*sem prejuízo do ónus da impugnação autónoma dos respectivos actos de aplicação*” (103º/3)
 - Ónus de impugnação dos actos de aplicação?
 - Ver limites da declaração de ilegalidade do documento (76º/4)
 - Evitar fraude à lei
 - A falta de impugnação do documento conformador não prejudica a possibilidade de impugnação autónoma dos actos subsequentes de sua aplicação
- As invalidades comuns (próprias e não derivadas) ao procedimento e ao contrato
 - A questão pré-contratual e a questão contratual: quando o caderno de encargos se torna cláusula contratual

5



Prazo geral do contencioso pré-contratual (101º)

- Influência no regime da anulação administrativa dos actos administrativos pré-contratuais?
- A influência das impugnações administrativas facultativas (atempadas)
 - Os dois modos de contagem da suspensão do prazo (59º/4)
 - As impugnações necessárias: STA, 24.9.2009, p. 702/09 (“que constituam a entidade no dever legal de decidir”): 1 mês a contar da data em que a impugnação se considera indeferida
- Impugnação de actos nulos
 - A intenção do 101º e a imprestabilidade jurídica dos actos nulos
 - 1 mês:
 - STA, 12.12.2006, p. 528/06, 6.2.2007, p. 598/06
 - TCAS, 12.5.2005, p. 756/05, 29.1.2009, p. 4218/08, 12.1.2012, p. 8300/11
 - O 283º/1 CPP (“possa ainda sê-lo”)
 - No mínimo, quando a causa da nulidade seja oculta ou velada (não se revele no acto pré-contratual), o prazo só deveria começar a contar do seu conhecimento (cognoscibilidade)
 - A manutenção da operatividade da nulidade para outros efeitos, distintos da invalidação do acto e da invalidação do contrato

6



Legitimidade activa geral (101º)

- Subsumem-se no contencioso pré-contratual os litígios que não respeitam a interesses de operadores económicos sobre o contrato objecto do procedimento?
- Os litígios intraorgânicos: um presidente de um órgão colegial pretende impugnar a decisão de contratar tomada pelo respectivo colégio
- Os litígios interorgânicos: a assembleia municipal pretende impugnar um concurso lançado pela câmara municipal sem a sua prévia autorização, que era legalmente devida
- Os litígios populares sociais: um cidadão pretende impugnar um concurso lançado por um ministério porque entende que a obra a contratar devia ter sido precedida de avaliação do impacto ambiental
- Os litígios populares locais: um cidadão eleitor local pretende impugnar um concurso lançado pela câmara municipal do “concelho” onde se encontra recenseado
 - A “história”, a razão de ser e a força centrípeta ou atractiva
 - O problema do prazo
 - O caso da “escolha ilegal do procedimento” e o caso do “procedimento (concurso) lesivo”

Tramitação (102º)

- Audiência pública para discussão da matéria de facto e de direito (102º/5)
- Aplicabilidade do regime da convolação do processo: modificação objectiva da instância (102º/6)

7



Contencioso Pré-Contratual
A reforma do direito processual administrativo
CEJ
(2014)

(reo@fd.uc.pt)

Vídeo da comunicação



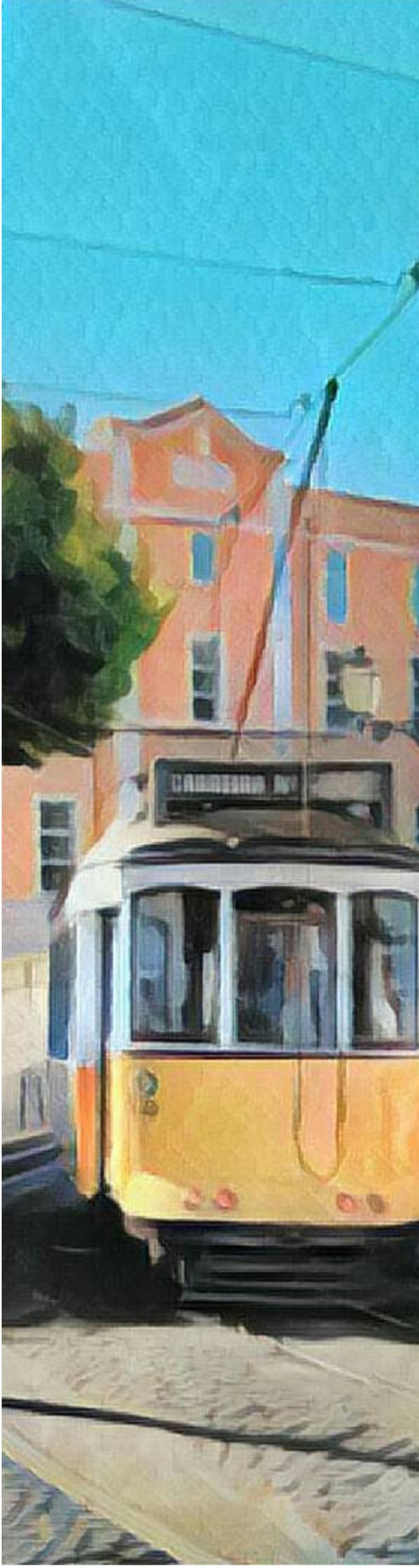
CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

A Reforma do Direito Processual Administrativo **Rodrigo Esteves de Oliveira, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra** Centro de Estudos Judiciários - Auditório 13.02.2015 10:00

FCT FCCN
www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1xwdbocml0/flash.html>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



2.
O novo
contencioso
pré-contratual

Marco Caldeira

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O “NOVO” CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL (TÓPICOS DESENVOLVIDOS PARA UMA INTERVENÇÃO)*

Marco Caldeira**

1. Através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, o legislador procedeu a uma revisão do regime do contencioso administrativo, constante do CPTA, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

Entre as múltiplas alterações agora introduzidas no CPTA, destaca-se a revisão do regime do contencioso pré-contratual, numa transposição tardia da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007 (que reviu as denominadas “Directivas recursos”¹) e que já há muito era reclamada pela doutrina, já que o regime do Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro – que anteriormente alterara o CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, com esse fito –, não se mostrava suficiente para dar resposta aos imperativos do Direito da União Europeia².

O presente texto visa assim, de forma sumária e, por vezes, quase tópica, dar a conhecer as principais alterações do regime do processo de contencioso pré-contratual, regulado nos artigos 100.º e seguintes do CPTA³, não deixando de, aqui e ali, problematizar algumas questões suscitadas pelas novas soluções legais.

* Em 24 de Outubro de 2014, tive a oportunidade de participar numa acção de formação promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (“CEJ”), intitulada “Ministério Público na Justiça Administrativa”, na qual efectuei uma intervenção subordinada ao tema do “Contencioso dos Contratos”.

Nessa sequência, vim depois a ser convidado a contribuir para este *e-book* com um texto sobre o tema em causa. Tendo em conta o tempo entretanto decorrido e, sobretudo, os desenvolvimentos verificados durante esse lapso temporal – com a revisão operada através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015 e com o surgimento de diversos contributos doutrinários sobre o novo regime –, pareceu-me que não haveria já grande vantagem em limitar-me a passar a escrito os tópicos da exposição que então apresentei no CEJ, afigurando-se-me bem mais relevante, pelo contrário, traçar agora um panorama global (ainda que não exaustivo) da “nova” disciplina legal do contencioso pré-contratual. Foi o que procurei fazer nas modestas linhas que se seguem.

Ressalvo que, para não maçar o leitor com simples (e inúteis) repetições do que, nos últimos anos, já fui escrevendo sobre o tema, muitas das notas deste artigo são meramente remissivas para outros meus textos anteriores, nos quais, aí sim, poderá o leitor encontrar uma abordagem mais desenvolvida e um elenco bibliográfico mais completo sobre as questões tratadas.

Por fim, a concluir este apontamento inicial, agradeço publicamente à Dra. ANA CELESTE CARVALHO os dois convites que me formulou (primeiro para a participação na acção de formação e, agora, para a escrita deste texto), esperando, em ambos os casos, ter ido ao encontro do que tão amavelmente me foi solicitado.

** Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogado.

¹ A Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, e a Directiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992.

² Cf. as referências no nosso “Novidades no domínio do contencioso pré-contratual”, in AA.VV., *O Anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), AAFDL, Lisboa, 2014, página 150, nota 6.

Para uma descrição da evolução da tutela pré-contratual no Direito da União Europeia e um olhar sobre a sua deficiente transposição para o ordenamento jurídico Português, cf., por último, CLÁUDIA VIANA, “A conformação do processo administrativo pelo Direito da União Europeia: o caso paradigmático da cláusula de *standstill* nos contratos públicos”, in AA.VV., *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, páginas 131 a 145.

³ De sublinhar que o presente texto se cingirá unicamente à resolução de litígios pré-contratuais através do processo urgente de contencioso pré-contratual, disciplinado nos artigos 100.º a 103.º-B do CPTA, não entrando

2. A primeira alteração a destacar prende-se com o **âmbito objectivo** deste meio processual, que passa agora a abranger também os (litígios suscitados no seio de procedimentos pré-contratuais de formação de) contratos de **concessão de serviços públicos**⁴. De notar que, até ao Decreto-Lei n.º 214-G/2015, só os contratos de concessão de empreitadas de obras públicas (mas já não de concessão de serviços públicos) estavam abrangidos pelo contencioso pré-contratual⁵. Esta alteração legislativa não pode também ser integralmente compreendida se não se tiver em conta que, do ponto de vista procedimental/substantivo (e não processual), os contratos de concessão ganharam uma dignidade acrescida, com a aprovação e publicação de uma Directiva especificamente destinada a regular a adjudicação de concessões: a Directiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014⁶. Como se refere no ponto 5.2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, a ampliação do âmbito de aplicação do contencioso pré-contratual teve como resultado que este meio processual passasse “a abranger o contencioso relativo à formação de todos os tipos contratuais compreendidos pelo âmbito de aplicação das diretivas da União Europeia em matéria de contratação pública”⁷.

aqui a analisar o regime das arbitragens pré-contratuais de Direito Público, ao abrigo da inovadora possibilidade agora expressamente prevista no 180.º, n.º 3 do Código de Processo.

Como já tivemos oportunidade de dedicar um texto especificamente a essa temática, permitimo-nos agora remeter para o que já escrevemos (com TIAGO SERRÃO) em “As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo Português: entre a novidade e o risco de ineffectividade”, in AA.VV., *Arbitragem em direito público* (coord. CARLA AMADO GOMES, DOMINGOS SOARES FARINHO e RICARDO PEDRO), AAFDL, Lisboa, 2015, páginas 289 a 329.

Cf. ainda, sobre o assunto, mais recentemente, TIAGO SERRÃO, “A arbitragem no CPTA revisto: primeiras impressões”, in AA.VV., *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, páginas 284 a 289, PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, in AA.VV., *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, páginas 676 a 678 e 680, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Apontamento sobre o regime da arbitragem respeitante a litígios relativos à formação de contratos públicos”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2016, páginas 843 a 853, e JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, “Breves considerações sobre a arbitragem pré-contratual no CPTA revisto”, *Revista de Arbitragem Administrativa*, n.º 2, CAAD, 2016, páginas 18 a 23.

Também o recente Anteprojecto de revisão do CCP, neste momento em fase de aprovação (depois de ter estado sujeito a discussão pública entre 2 de Agosto e 10 de Outubro de 2016), se propõe aditar a este diploma um novo artigo 476.º, epígrafado “Resolução alternativa de litígios” e que regula – aliás, de forma que, numa primeira leitura, nos parece restritiva – “[o] recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios (...) para a resolução de litígios emergentes da aplicação do presente Código” (in <http://www.portugal.gov.pt/pt/consultas-publicas/consultas-legislativas/20160802-mpi-cod-contratos-publicos.aspx>). Esta é, no entanto, matéria que não cabe aqui apreciar. Sobre o tema, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Nota sobre a arbitragem no Anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Arbitragem Administrativa*, n.º 2, CAAD, 2016, páginas 24 a 29, bem como JOÃO MIRANDA, “Novidades sobre arbitragem no anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos”, in AA.VV., *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos* (coord. MARIA JOÃO ESTORNINHO e ANA GOUVEIA MARTINS), Lisboa, 2016, páginas 313 a 323 (in www.icjp.pt).

Do mesmo modo, também não analisaremos aqui o contencioso pré-contratual não urgente: sobre este tema, cf., por todos, PEDRO COSTA GONÇALVES, “O regime jurídico do contencioso pré-contratual não urgente”, in AA.VV., *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, páginas 541 a 550.

⁴ Cf. a nova redacção do artigo 100.º, n.º 1 do CPTA.

De salientar, no entanto, que só as concessões de *serviços públicos* são agora aditadas ao âmbito objectivo do contencioso pré-contratual, mas outros contratos de concessão (v.g., de exploração e de uso privativo do domínio público, bem como de exploração de jogos de fortuna ou azar) continuam a estar dele excluídos: cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 15.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, página 240, nota 564, bem como PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., página 658.

⁵ Cf. “Novidades...”, cit., página 152, nota 10.

⁶ Cf. “Novidades...”, cit., página 153, nota 11.

⁷ Realce-se, contudo, que não há uma correspondência integral entre o âmbito do processo de contencioso pré-contratual e o âmbito da aplicação das Directivas europeias. Como salienta PEDRO COSTA GONÇALVES, por um lado, quanto aos contratos de concessão, as Directivas têm em vista um conceito amplo de “concessão de serviços”, não

Sublinha-se, no entanto, que, apesar deste alargamento do âmbito objectivo do contencioso pré-contratual, o mesmo **ainda não coincide totalmente com o âmbito de aplicação do CCP**, pois, além de este se aplicar também a contratos não tipificados, desde que o seu objecto abranja prestações submetidas (ou que são passíveis se ser submetidas) à concorrência de mercado⁸, mesmo de entre os contratos típicos continua a **faltar o contrato de sociedade**, cuja formação é regulada pelo CCP⁹ mas cujos litígios não se inserem no escopo do contencioso pré-contratual, mesmo depois da revisão de 2015¹⁰. Além disso, este processo não abrange igualmente outros contratos relevantes no contexto da actividade da Administração Pública, como os de alienação e aquisição de bens imóveis¹¹.

3. Também relativamente às **pretensões** que podem ser formuladas no âmbito do contencioso pré-contratual o legislador veio introduzir alterações, embora, aqui, se tenha tratado de consagrar expressa e formalmente algo que já resultava de uma interpretação conjugada do regime e que, na prática, era pacificamente admitido.

Assim, enquanto anteriormente o contencioso pré-contratual parecia apenas vocacionado para a impugnação de actos administrativos¹² (e das peças de procedimentos pré-contratuais), com o Decreto-Lei n.º 214-G/2015 passou a tornar-se inequívoco que este meio processual compreende não só as acções de impugnação como também as de **condenação à prática de actos administrativos**, num esclarecimento útil mas que, como se referiu, não traz uma *verdadeira* inovação face ao regime anteriormente vigente¹³.

Por outro lado, o legislador – apesar de a versão final do diploma ter abandonado a previsão expressa que anteriormente constava do artigo 100.º, n.º 3, na versão do Anteprojecto – veio ainda clarificar que também no contencioso pré-contratual, sem prejuízo da sua natureza urgente, é **admitida a cumulação de pedidos** (que deve ter-se como permitida nos termos gerais do artigo 4.º¹⁴), mesmo que aos demais pedidos cumulados, se isoladamente deduzidos, não correspondesse um processo urgente.

se restringindo (como o faz o CPTA) à “concessão de serviços públicos”; por outro lado, as Directivas apenas visam disciplinar os contratos públicos e os contratos de concessão cujos valores se situem acima dos limiares comunitários, enquanto o CPTA se aplica a tais contratos independentemente do respectivo valor: cf. “O regime jurídico do contencioso...”, cit., página 542.

⁸ Cf. artigos 5.º, n.º 1 (*a contrario*) e 16.º, n.º 2 do CCP.

⁹ Cf. artigos 16.º, n.º 2, alínea *f*) e 31.º, n.ºs 1 e 3 do CCP.

¹⁰ Cf. “Novidades...”, cit., páginas 153 e 154, nota 12.

¹¹ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., página 240, nota 564.

¹² Para um elenco (exemplificativo) dos actos administrativos relativos à formação de contratos que podem ser impugnados através deste meio processual, cf. PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., página 656, nota 1.

¹³ Cf. “Novidades...”, cit., página 162, nota 36.

Problema distinto é o de saber se, sendo apenas deduzido um pedido de impugnação de acto administrativo, sem o pedido de condenação da entidade adjudicante à prática do acto devido, também aqui o juiz deve ou não convidar o autor a deduzir a correspondente pretensão condenatória, nos termos do artigo 51.º, n.º 4 do CPTA (que não se encontra abrangido pela remissão do artigo 102.º, n.º 1).

¹⁴ E nos termos específicos do artigo 103.º, n.º 2, que prevê expressamente que o pedido de impugnação das peças procedimentais pode ser cumulado com o pedido de impugnação de um acto administrativo de aplicação das determinações contidas nesses documentos.

Neste caso, deverá apenas ter-se presente que a tramitação a observar é, “*com as adaptações que se revelem necessárias*”, a do processo urgente, “*devendo as adaptações que impliquem menor celeridade do processo cingir-se ao estritamente indispensável*” (cf. artigo 5.º, n.º 1), podendo ainda o Tribunal, quando “*a complexidade da apreciação do pedido ou pedidos cumulados*” o justifique, “*antecipar a decisão do pedido principal em relação à instrução respeitante ao pedido ou pedidos cumulados, que apenas tem lugar se a procedência destes pedidos não ficar prejudicada pela decisão tomada quanto ao pedido principal*” (cf. artigo 5.º, n.º 2).

4. No que respeita ao **prazo**, numa primeira leitura dir-se-ia não terem existido quaisquer alterações, já que o artigo 101.º do CPTA continua a prever que os processos do contencioso pré-contratual devem ser intentados “no prazo de um mês” – o que abarca, tanto os pedidos de impugnação de actos administrativos como, agora, também os pedidos de condenação na prática de actos devidos¹⁵.

No entanto, sob a capa desta aparente inalterabilidade¹⁶, ocultam-se, pelo menos, duas diferenças relevantes.

A primeira é a de que este prazo de um mês não se aplica à impugnação das peças procedimentais.

De facto, no regime anterior, a jurisprudência orientou-se no sentido de o prazo de um mês ser aplicável tanto à impugnação de actos *administrativos* como à de actos *normativos*, ou seja, das peças procedimentais¹⁷ – o que, além das críticas que a este entendimento mereceu por parte da doutrina¹⁸, suscitava ainda a questão de saber se, decorrido esse prazo de um mês para a impugnação autónoma (a título *directo* e *principal*) das peças, os interessados ainda poderiam, mais tarde – *maxime*, no âmbito da impugnação da adjudicação – vir a

¹⁵ Cf. ALEXANDRA LEITÃO, “O novo contencioso pré-contratual: em especial, o âmbito de aplicação e o prazo de propositura da ação”, in AA.VV., *O Anteprojecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate* (COORD. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), AAFDL, Lisboa, 2014, página 195, bem como PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., página 659.

¹⁶ O que, desde logo, significa que a lei se absteve de esclarecer se o prazo em causa é ou não também aplicável à impugnação de actos com fundamento em nulidade, sendo que se impunha uma tomada de posição *expressa* por parte do legislador quanto a matéria desta gravidade (cf. “Novidades...”, cit., páginas 157 e 158). Considerando que, atenta a divergência doutrinária na matéria (que o legislador não desconhecia) e a uniformidade jurisprudencial no sentido da aplicação deste prazo aos actos nulos, o silêncio do legislador deve ser interpretado como sinal de prevalência do entendimento da jurisprudência, tanto mais que o artigo 101.º do CPTA só remete para o n.º 3 (mas não para o n.º 1) do artigo 58.º do Código de Processo e que, substantivamente, também os artigos 283.º, n.º 1 do CCP e 162.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo admitem que a nulidade possa estar sujeita a prazo, cf. PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., páginas 660 a 662 e 679. Também neste sentido, se bem entendemos, cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., página 244, nota 583, e, mais dubitativamente, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, cit., página 328.

¹⁷ Cf. as referências no nosso “Da legitimidade activa no contencioso pré-contratual – em especial, os pedidos impugnatórios baseados na ilegalidade das peças procedimentais”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 34, n.º 134, Abril/Junho de 2013, página 276, nota 3.

¹⁸ A crítica mais contundente pertenceu, sem dúvida, a ANDRÉ SALGADO DE MATOS. “Contencioso pré-contratual urgente e invalidade dos actos administrativos pré-contratuais”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 62, Março/Abril de 2007, *maxime* páginas 24 e 25 (que considera mesmo inconstitucional o entendimento jurisprudencial em causa).

invocar em juízo as ilegalidades das peças, agora a título indirecto e incidental; questão que suscitou, também ela, divergências jurisprudenciais¹⁹ mas que agora é expressamente resolvida pelo legislador (cf. ponto n.º 21 *infra*). Para este efeito, o que importa salientar é que **o prazo de um mês previsto no artigo 101.º do CPTA só se aplica à impugnação de actos administrativos**, e já não à impugnação das peças procedimentais, que passam agora a poder ser impugnadas “*durante a pendência do procedimento a que os documentos em causa se referem*” (cf. ponto n.º 21 *infra*).

A segunda prende-se com as alterações às regras gerais de contagem dos prazos de impugnação, para as quais o artigo 101.º do CPTA continua a remeter²⁰ e que têm alguma relevância prática, nomeadamente as introduzidas no novo n.º 3 do artigo 58.º do Código de Processo quanto às circunstâncias em que a acção pode (validamente) ser proposta após o prazo-regra legalmente fixado para esse efeito²¹. Certo é que, independentemente da verificação dessas circunstâncias, o prazo de um mês previsto no artigo 101.º do CPTA continua a ser “*um prazo de caducidade – substantivo – e não processual – adjectivo*”, pelo que não pode o autor prevalecer-se da faculdade de apresentação da petição inicial em qualquer dos três dias úteis subsequentes ao termo desse prazo, pois que essa possibilidade concedida pelo artigo 139.º, n.º 5, do CPC cinge-se unicamente aos prazos *processuais*²².

5. Um outro ponto a assinalar na reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015 é o da **eliminação da remissão para a tramitação da acção administrativa especial**, que deixaram (remissão e forma de processo) de existir.

Como se sabe, o legislador reuniu as anteriores acção administrativa comum e acção administrativa especial numa única forma de processo, a acção administrativa, com uma tramitação comum, embora com especificidades pontuais.

Assim, a tramitação da acção de contencioso pré-contratual deixa de ser “decalcada” da anterior acção tipicamente impugnatória, a acção administrativa especial²³, para passar a

¹⁹ Cf., sobre o tema, o nosso “Da legitimidade...”, cit., *maxime* páginas 287 e seguintes.

²⁰ Ou seja, as alterações são aqui *indirectas: formalmente*, a contagem dos prazos de impugnação no contencioso pré-contratual mantém-se inalterada, continuando a remeter-se para as regras gerais de impugnação de actos administrativos em processos não urgentes; mas, porque estas regras gerais foram alteradas, *na prática* também o regime do contencioso pré-contratual se vê, em consequência, alterado, por força da sua interpretação necessariamente conjugada com os ditames dos artigos 58.º, n.º 3, 59.º e 60.º do CPTA.

²¹ Sobre estas situações, cf. o nosso “A impugnação de actos no novo CPTA: âmbito, delimitação e pressupostos”, in AA.VV., *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, *maxime* páginas 392a 395.

²² Neste sentido, cf. o recente Acórdão do TCA Sul de 16 de Junho de 2016, processo n.º 13349/16.

²³ O contencioso pré-contratual deixa assim de poder ser definido como uma “acção administrativa especial com tramitação acelerada com prazo de propositura mais curto”, conforme o apelidava PEDRO GONÇALVES, “Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 62, Março/Abril de 2007, página 3 (em sentido próximo, cf. ADOLFO MESQUITA NUNES, *A urgência no contencioso pré-contratual*, inédito, Lisboa, 2004, páginas 233 e 248).

Questão controvertida é a de saber se o prazo de três meses previsto no artigo 58.º, n.º 3, alínea b) do CPTA é também aplicável no contencioso pré-contratual ou se deve antes aplicar-se o prazo de um mês previsto no respectivo artigo 101.º: colocando a questão, cf. PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., página 663, nota 23.

reger-se pela tramitação estabelecida no capítulo III do título II do CPTA (artigo 102.º, n.º 1), com os afastamentos ditados pelos números 2 a 7 do mesmo artigo 102.º.

Quanto à tramitação propriamente dita, apenas duas notas.

Por um lado, mantém-se a possibilidade de realização de audiência pública, “*para discussão da matéria de facto e de direito*”, quando o Tribunal “*o considere aconselhável ao mais rápido esclarecimento da questão*” (cf. artigo 102.º, n.º 5); no entanto, abandonou-se a exigência, anteriormente constante do artigo 103.º, de que, nesses casos, as partes proferissem aí as suas alegações por forma oral e de que o Tribunal ditasse de imediato a sentença. Na verdade, o legislador terá provavelmente considerado que essas exigências desincentivaram a realização da audiência pública – pelo que, agora, espera a doutrina que o novo regime do artigo 102.º, n.º 5 do CPTA “*possa dar resposta mais adequada, para o efeito de, por exemplo, permitir a realização de audiências com a intervenção de peritos*”²⁴.

Por outro lado, a modificação do objecto do processo – por impossibilidade absoluta de satisfação das pretensões do autor ou por verificação antecipada de um excepcional prejuízo para o interesse público – deixa de ter uma regulação própria no seio do regime do contencioso pré-contratual (e cuja compatibilização com o regime geral suscitava problemas), passando, simplesmente, a remeter-se para o regime geral constante dos artigos 45.º e 45.º-A (ex vi artigo 102.º, n.º 6) do CPTA²⁵. Regime este que, esclarece o artigo 102.º, n.º 7, é igualmente aplicável “*nas situações em que, tendo sido cumulado pedido respeitante à invalidade de contrato por violação das regras relativas ao respetivo procedimento de formação, o tribunal proceda, segundo o disposto na lei substantiva, ao afastamento dessa invalidade em resultado da ponderação dos interesses públicos e privados em presença*” – no que tem de ser visto em articulação com a possibilidade de afastamento do efeito anulatório de uma invalidade derivada dos contratos administrativos, prevista no artigo 283.º, n.º 4 do CCP²⁶.

²⁴ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, página 389. PEDRO MELO e MARIA ATÁIDE CORDEIRO, concordando com a eliminação da obrigatoriedade de prolação imediata de sentença, consideram porém que o legislador poderia ter mantido a produção de alegações orais logo na audiência: cf. “O regime...”, cit., página 666, nota 28.

²⁵ Criticando esta simples remissão, em face da Proposta de Lei n.º 331/XII, por considerar que se torna “*mais fácil ou apelativa a convalidação da tutela impugnatória em tutela indemnizatória nas situações de excecional prejuízo para o interesse público a que se refere o n.º 1 do artigo 45.º*”, isto à revelia “*da teleologia do Direito da União Europeia e da versão inicial do CPTA*”, cf. PAULO PEREIRA GOUVEIA, “A nova ação administrativa de contencioso pré-contratual”, in *Julgar*, n.º 26, Maio-Agosto de 2015, página 49.

²⁶ Nos termos do qual “[o] efeito anulatório previsto no n.º 2 pode ser afastado por decisão judicial ou arbitral, quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença e a gravidade da ofensa geradora do vício do acto procedimental em causa, a anulação do contrato se revele desproporcionada ou contrária à boa fé ou quando se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjectiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial”.

Cf. o nosso “Novidades...”, cit., página 177, nota 65.

De facto, a jurisprudência tem pacificamente entendido que, “[s]e não obstante a verificação de vício anulatório do acto recorrido, se concluir que tal anulação não traria qualquer vantagem para o Recorrente, deixando-o na mesma posição, a existência de tal vício não deve conduzir à anulação, por aplicação do princípio da inoperância dos vícios ou *utile per inutile non vitiatur*”: cf., por último, o Acórdão do TCA Norte de 7 de Outubro de 2016, processo n.º 00819/14.5BELSB,

6. A grande novidade da revisão, no entanto – como, aliás, é expressamente reconhecido pelo legislador, no ponto 5.2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 214-G/2015 –, consiste na atribuição de um **efeito suspensivo automático, *ope legis***, à acção de contencioso pré-contratual.

Com efeito, em cumprimento das “Directivas recursos”, dispõe o novo artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA que “[a] impugnação de atos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual urgente faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado”.

Esta solução permite assim superar o défice de tutela jurisdicional que resultava da postura extremamente conservadora da jurisprudência administrativa no que respeita à concessão de providências cautelares pré-contratuais, sendo que o entendimento muito rígido e restritivo na verificação do preenchimento dos pressupostos legais conduzia a um sistemático indeferimento deste tipo de providências e, em consequência, a um total esvaziamento da utilidade prática da sentença a proferir na acção principal, permitindo invariavelmente a criação de situações de facto consumado e irreversível e relegando os interessados, fatalmente, para uma mera tutela indemnizatória²⁷.

Com o mecanismo do artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA, o legislador “enxerta” no processo principal um momento cautelar prévio (com semelhanças face à suspensão automática prevista no artigo 128.º, n.º 1, mas também com importantes diferenças, como a seu tempo se dará conta) – “importando” também para a acção, conforme adiante se verá, a discussão sobre a ponderação de prejuízos normalmente feita em sede cautelar.

Entre outras consequências, isto significa que, para os (litígios decorrentes de procedimentos de formação de) contratos previstos no artigo 100.º, n.º 1 do CPTA, **não há tutela cautelar**, ou melhor, não há tutela cautelar **autónoma**, a ser apreciada e concedida (ou negada) no âmbito de um processo paralelo à acção principal.

Pelo contrário: se o processo tiver por objecto a impugnação da adjudicação, a própria acção principal já conduz à suspensão de eficácia que normalmente se visaria obter com o processo cautelar; se o processo visar satisfazer outras pretensões (que não a impugnação da adjudicação), a eventual suspensão de eficácia terá de ser requerida através do mecanismo das medidas provisórias. Em qualquer dos casos (os previstos no artigo 103.º-A e no artigo 103.º-B), será sempre no âmbito da acção principal que se procederá à discussão sobre a (produção,) manutenção ou levantamento dessa suspensão.

Em coerência e em contraposição, as providências cautelares pré-contratuais aplicam-se unicamente, como resulta da nova redacção do n.º 1 do artigo 132.º, aos litígios emergentes

²⁷ Cf. o nosso “As providências cautelares pré-contratuais no projecto de revisão do CPTA”, in *Epública – Revista Eletrónica de Direito Público*, ICJP, n.º 2, Junho de 2014, páginas 11 a 17 (in www.e-publica.pt).

de “procedimentos de formação de contratos não abrangidos pelo regime dos artigos 100.º a 103.º-B” do CPTA²⁸.

Em suma, no panorama pós-revisão do CPTA, a suspensão de eficácia no contexto de litígios pré-contratuais pode esquematizar-se do seguinte modo:

- (i) Litígios emergentes de procedimentos de formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º, n.º 1 do CPTA:
 - (i.1) Nos quais se impugna a decisão de adjudicação: suspensão automática (artigo 103.º-A);
 - (i.2) Nos quais não se impugna a decisão de adjudicação: medidas provisórias (artigo 103.º-B);
- (ii) Litígios emergentes de procedimentos de formação de contratos não previstos no artigo 100.º, n.º 1 do CPTA: providência cautelar (artigo 132.º).

7. Não obstante o exposto, convém notar que o efeito suspensivo automático não é uma consequência necessariamente decorrente de *toda e qualquer acção* de contencioso pré-contratual, *independentemente da pretensão* que, em concreto, aí seja formulada: pelo contrário, como resulta do n.º 1 do artigo 103.º-A, a suspensão só opera quando o processo se destine (apenas ou também) à **impugnação de um acto de adjudicação**. Quanto às demais pretensões abstractamente formuláveis nesta sede – *maxime*, a impugnação das peças procedimentais – apenas poderão, quando muito, socorrer-se das medidas provisórias previstas no artigo 103.º-B do CPTA.

Sem prejuízo de a prática mostrar que a esmagadora maioria dos processos de contencioso pré-contratual se destinam à impugnação da adjudicação²⁹ (o que significa que o efeito suspensivo automático do artigo 103.º-A do CPTA terá um enorme campo de aplicação), cumpre ter presente a ressalva acima formulada³⁰.

²⁸ Não era esta a solução do Anteprojecto, o que se prestava a sobreposições injustificadas e dificuldades de compatibilização entre os regimes da acção principal e do processo cautelar pré-contratuais, conforme criticámos no nosso “As providências...”, cit., páginas 22 e seguintes.

²⁹ Cf. o nosso “Da legitimidade...”, cit., página 287.

³⁰ Ressalva esta que, de resto, tem consequências noutros planos, não apenas no da produção (ou não) do efeito suspensivo automático, já que a determinação do objecto da acção e das pretensões do autor tem implicações, nomeadamente, em matéria de prazos e de legitimidade activa (conforme veremos melhor adiante), bem como, para o que aqui importa, em matéria de valor da acção: na verdade, se “[n]o acto de adjudicação há uma ligação directa e imediata com o contrato, pois este é o objecto da adjudicação, o que permite dar um valor certo à acção, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 33º e 32º, n.º3, ambos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, “[j]á no caso em que se impugnem os documentos do procedimento pré-contratual – que podem ser atacados de forma autónoma em relação ao acto de adjudicação, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 103º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos – a regra daqueles preceitos não vale pois não é possível estabelecer uma ligação directa entre o valor do contrato e o valor da acção pois os elementos do contrato que se questionam num processo podem ser, como geralmente são, apenas um aspecto parcelar do contrato a celebrar e o contrato pode até não vir a celebrar-se, nos termos e com o valor posto a concurso, se se concluir que os instrumentos que o conformam são ilegais”, pelo que, “[n]ão sendo possível, por qualquer outro modo, estabelecer neste caso um valor exacto para a acção, vale a regra subsidiária, consignada no artigo 34º do Código de Processo

8. Importa igualmente assinalar que o efeito suspensivo automático previsto no artigo 103.º-A, n.º 1 abrange não só a decisão de adjudicação como também a **execução do próprio contrato, se este já tiver sido celebrado**. Com esta previsão – que não era imposta pelas “Directivas recursos” e constitui uma inovação do legislador nacional³¹ –, visa-se assim evitar (ou reduzir a tendência das entidades adjudicantes para se lançarem n)as denominadas “corridas à assinatura do contrato”³², já que, agora, a celebração e início da execução do contrato podem ser mais facilmente bloqueadas pelos interessados que pretendam discutir as ilegalidades do procedimento pré-contratual, repercutidas na sua decisão final.

Este mecanismo afasta-se assim do (e revela-se, neste âmbito, mais efectivo do que o) regime do artigo 128.º, n.º 1 do CPTA, pois, mesmo considerando que este regime de *suspensão automática cautelar* se aplicava às providências pré-contratuais previstas no artigo 132.º do CPTA³³, o que é certo é que o mesmo apenas tinha a virtualidade de suspender os efeitos do acto de adjudicação, mas não a execução do contrato, se este já tivesse sido celebrado antes da citação da entidade requerida no processo cautelar³⁴. Agora, a lei prevê expressamente a suspensão automática do próprio contrato, se este já tiver sido celebrado³⁵.

A suspensão a que se refere o novo artigo 103.º-A do CPTA mostra-se, portanto, bastante **garantística**, representando uma significativa **melhoria** (face ao regime que vigorava antes do Decreto-Lei n.º 214-G/2015) na tutela judicial da posição dos autores no seio de litígios pré-contratuais.

9. De notar que esta vertente garantística foi levada ao extremo, na medida em que a lei não exige que o autor invoque quaisquer prejuízos para efeitos da concessão da suspensão³⁶: de

nos Tribunais Administrativos, fixando-se à acção o valor (actual) de 30.000,01 € (trinta mil euros e um cêntimo)” (cf., neste sentido, o Acórdão do TCA Norte de 4 de Novembro de 2016, processo n.º 00426/16.8BEAVR).

³¹ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, cit., página 134.

Falando num *triplo* ou mesmo *quíntuplo alargamento* da tutela do impugnante, na legislação nacional, comparativamente ao que seria estritamente exigível à luz das “Directivas recursos”, cf. DUARTE RODRIGUES SILVA, “O levantamento do efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual” in *Cadernos Sêrvulo de Contencioso e Arbitragem*, n.º 01/2016, página 8, nota 15 (in <http://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/Caderno-Servulo-de-Contencioso-Administrativo-e-Arbitragem-I/5616/>).

³² Recorde-se a preocupação expressa no Considerando (4) da Directiva 2007/667CE.

No mesmo sentido, afirmando que “[o] fim ou o objetivo do efeito suspensivo automático constante do artigo 103º-A/1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos é a tutela jurisdicional efetiva da posição jurídica do autor, evitando o facto consumado resultante da “corrida ao contrato” e favorecendo ex legis a apreciação jurisdicional útil ou consequente da legalidade do ato administrativo de adjudicação”, cf. o Acórdão do TCA de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 919/16.7BELSB.

³³ Como deveria entender-se: cf. o nosso “As providências...”, cit., páginas 18 e 19.

³⁴ Cf. ANTÓNIO CADILHA, “Aplicabilidade e alcance do art. 128.º do CPTA no âmbito do contencioso pré-contratual”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 108, Novembro/Dezembro de 2014, páginas 28 a 30.

³⁵ Esta opção legal não é, todavia, isenta de críticas.

Assim, CLÁUDIA VIANA entende ser excessiva a suspensão do contrato em todos e quaisquer casos, já que, em seu entender, tal solução “é susceptível de gerar instabilidade e insegurança, não apenas de natureza jurídica mas também e sobretudo económica, afectando ou podendo afectar o mercado e a confiança dos operadores económicos no sistema de contratos públicos”. A Autora defende assim que, *de iure condendo*, a suspensão do próprio contrato deveria ficar “reservada apenas para as situações de ajuste directo ilegal”: cf. “A conformação...”, cit., páginas 147 a 151.

³⁶ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 115, Janeiro/Fevereiro de 2016, cit., página 19, nota 15.

facto, esta é-lhe atribuída mesmo que o autor nada diga e que, objectivamente, a prossecução do procedimento pré-contratual não provoque quaisquer danos à sua esfera jurídica do autor, o que, no limite, poderá até “*redundar em situações manifestamente injustas e mesmo premiar ocultos intuitos meramente dilatatórios*”^{37 - 38}.

Como assinalam alguns Autores, em tese o legislador poderia, porventura, ter optado, em vez da suspensão automática, por uma suspensão determinada pelo autor, ou seja, pelo reconhecimento de um *direito potestativo* deste de requerer a suspensão, “*sem necessidade de fundamentação ou justificação*”, já que é o autor que “*verdadeiramente sabe qual a tutela de que carece (ou a tutela que quer) ou não*”³⁹. No entanto, reconhece-se que é difícil encontrar um justo equilíbrio entre os diversos valores aqui em jogo⁴⁰.

Independentemente do que se pense quanto à solução “ideal” *de iure condendo, de iure condito* parece não haver margem para outra conclusão que não a de que **o efeito suspensivo opera sempre**⁴¹, mesmo quando não haja prejuízos para o autor.

Questão que se discute na doutrina é a de saber se este efeito pode ou não ser mitigado ou afastado através da adopção, em alternativa, de uma medida provisória que, em concreto, se

Em momento anterior, escrevemos algo de diferente: que, “*na acção (mesmo quando não deduza pedido de indemnização)*”, o autor “*deve cumprir o ónus de invocar os factos que traduzem prejuízos para a sua esfera jurídica no caso de o acto ou procedimento não ser(em) suspenso(s); o que, a jusante, e no caso de sentença favorável ao autor (dando provimento ao pedido anulatório), terá também reflexos na decisão sobre a relevância invalidante dos vícios invocados*”: cf. “Novidades...”, cit., páginas 175 e 176.

No entanto, aí estávamos a referir-nos genericamente à conjugação global dos regimes dos artigos 103.º-A e 103.º-B do CPTA, visando ilustrar como o legislador tinha “importado” para o processo principal as discussões sobre ponderação de interesses normalmente circunscritas aos processos cautelares; não tínhamos em mente, especificamente, o efeito suspensivo da primeira daquelas disposições, que, de facto, se produz independentemente da invocação de quaisquer prejuízos pelo autor – o qual, para esse efeito, poderá sempre socorrer-se da resposta a que se refere o artigo 103.º-A, n.º 3 do CPTA.

³⁷ Como observa DUARTE RODRIGUES SILVA, “O levantamento...”, cit., página 11.

³⁸ Este problema da eventual instrumentalização do processo e do recurso abusivo às vias judiciais apenas como forma de pressão da Administração através da paralisação da sua actividade não se coloca apenas no contencioso pré-contratual, tendo já sido diversas vezes apontado ao regime do artigo 128.º, n.º 1 do CPTA em sede de processos cautelares.

Assim, por exemplo, BERNARDO DINIZ DE AYALA encarava este regime com muitas reservas, na medida em que o efeito suspensivo do artigo 128.º, n.º 1 do CPTA operava “*pelo simples facto de [o interessado] ter entregue uma peça forense em Tribunal, por infundada que a mesma possa ser ou, mais preocupante, ainda que o dito requerente careça de legitimidade para actuar em Juízo*”. O Autor propunha assim que o regime fosse revisto no sentido de consagrar “*um poder-dever de aferição judicial da legitimidade do requerente*”: cf. “Actividade contratual e negociações informais da Administração: dois modos comuns de actuação administrativa com oscilações na tutela jurisdicional do particular”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, páginas 260 e 261.

Mutatis mutandis, o problema coloca-se agora nos mesmos moldes no processo de contencioso pré-contratual, sendo que, a menos que se verifique alguma das situações previstas no artigo 80.º do CPTA, de rejeição liminar da petição, a mera propositura da acção irá fatalmente produzir o efeito suspensivo almejado, por maior que seja a inconsistência da posição substantiva e/ou processual do impugnante. O legislador não previu aqui, de facto, qualquer fase de pré-saneamento ou apreciação liminar da viabilidade da pretensão pelo juiz, a exemplo do que sucede em sede cautelar [cf. artigo 116.º, n.º 2, alíneas b), c), d) e f) do CPTA].

³⁹ A sugestão é de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela...”, cit., página 20 (embora o Autor reconheça que a viabilidade desta solução é controvertida, na medida em que os interesses envolvidos nos procedimentos de contratação pública transcendem o mero interesse das partes).

⁴⁰ Cf. CLÁUDIA VIANA, “A conformação...”, cit., página 146.

⁴¹ Num primeiro momento, claro, e só enquanto não for afastado pelo Tribunal, no âmbito do eventual incidente de levantamento do efeito suspensivo a que se refere o n.º 2 do artigo 103.º-A.

mostre menos gravosa para os interesses em jogo, considerando que o artigo 103.º-A, n.º 4 do CPTA nada diz quanto a essa (eventual) possibilidade.

Na doutrina encontramos respostas nos dois sentidos.

De um lado, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA entende que *“deve responder-se afirmativamente à questão, seja porque há de facto uma remissão no art. 103.º-A para o art. 120.º, n.º 2 (e assim garantir-se-ia um significado útil a essa remissão), seja porque, numa lógica de ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade joga um papel importante e a admissibilidade de outras medidas ou providências (ou mesmo de contra-medidas) está em sintonia com tal princípio”*⁴²; de outro lado, entende DUARTE RODRIGUES SILVA que, ao contrário do que sucede em sede do artigo 103.º-B, quando se está perante a suspensão operada por via do artigo 103.º-A do CPTA, os Tribunais não estão legalmente habilitados *“a substituir o efeito suspensivo automático que decorre da impugnação do ato de adjudicação por qualquer outra medida provisória”*⁴³.

10. Sob outro prisma, embora esta suspensão automática, no plano *processual*, não possa ser desligada da previsão, no plano *procedimental*, de um período de *standstill* previsto no artigo 104.º, n.º 1, alínea *a)* do CCP – isto é, o lapso de 10 dias imediatamente subsequente à notificação da decisão de adjudicação, e durante o qual a entidade adjudicante não pode proceder à celebração do contrato –, a verdade é que o artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA estabelece um regime que é *cego* à existência desse período (procedimental) de *standstill*, já que prevê a suspensão automática de efeitos em *todos* os casos de impugnação da adjudicação, mesmo que a acção seja apresentada após o termo do período de *standstill*. Esta crítica já levou alguma doutrina a considerar que o novo regime do contencioso pré-contratual, nesta parte, não assegura *“o tratamento equilibrado dos diversos interesses em presença”* e contém *“uma solução desproporcional, suscetível de afetar, de forma desmedida, os interesses da entidade adjudicante e do adjudicatário que legitimamente celebram e iniciam a execução do contrato findo esse impedimento procedimental”*, embora não pareça existir margem para interpretar a lei em sentido diferente daquele que é imposto pela sua letra⁴⁴.

Mais: a lei prevê que a acção produz o seu efeito suspensivo mesmo nos casos em que, nos termos do CCP (*maxime*, do n.º 2 do seu artigo 104.º), a entidade adjudicante está habilitada a celebrar desde logo o contrato com o adjudicatário, por esse período de *standstill* não ser

⁴² Cf. “A tutela...”, cit., página 26.

⁴³ Cf. “O levantamento...”, cit., páginas 12 e 13 (não obstante, o Autor ressalva que, por força deste regime mais “rígido”, digamos assim, *“pode o autor ficar menos protegido do que se estivesse a impugnar um qualquer outro ato pré-contratual”*).

⁴⁴ Cf. ANTÓNIO CADILHA, “O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (art. 103.º-A do CPTA): uma transposição equilibrada da Diretiva Recursos?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 119, Setembro/Octubre de 2016, páginas 6 a 8.

De iure condendo, o Autor consideraria mais equilibrado um regime nos termos do qual a acção de impugnação apenas beneficiasse do efeito suspensivo caso fosse proposta dentro do período de *standstill*; decorrido esse prazo, o impugnante continuaria a poder lançar mão do processo de contencioso pré-contratual, mas já não gozaria daquela suspensão automática.

legalmente aplicável⁴⁵ – o que, também aqui, já levou ANTÓNIO CADILHA a defender que esta solução, “*permitindo a paralisação da execução de contratos que foram legitimamente celebrados e cuja execução imediata pode até ser imprescindível para a prossecução das tarefas administrativas às quais tais contratos estão funcionalizados, é uma opção legislativa que não garante um justo equilíbrio entre todos os interesses em jogo nos procedimentos de formação de contratos públicos*”⁴⁶.

11. Uma outra questão relativa ao efeito suspensivo automático prende-se com saber em que momento (ou a partir de que momento) é que os efeitos do acto (e/ou do contrato) deve(m) considerar-se suspenso(s).

A formulação taxativa da lei – “*a impugnação (...) faz suspender automaticamente os efeitos*” – pode prestar-se a equívocos, na medida em que pareça sugerir que é *a mera propositura da acção, a apresentação ou o envio da petição inicial para o Tribunal*, que produzem, sem mais, este efeito suspensivo⁴⁷.

Entendemos, no entanto, que a lei não pode ser interpretada tão literalmente, já que não faz sentido pretender que os efeitos de um acto administrativo se vejam suspensos sem que o seu próprio autor tenha disso conhecimento⁴⁸: em nossa opinião, o momento relevante para determinar a suspensão dos efeitos será, assim, o da **citação do réu** da propositura da acção⁴⁹, a exemplo do que ocorre em sede cautelar (cf. o artigo 128.º, n.º 1, do CPTA)⁵⁰.

E citação, note-se, **promovida pelo Tribunal** em que a acção é intentada, afigurando-se que a figura da citação por mandatário judicial, prevista no artigo 237.º do CPC, não pode ser transposta para este campo: ainda que o CPTA não preveja aqui expressamente (como prevê

⁴⁵ Criticando este aspecto, cf., em especial, por CLÁUDIA VIANA, “A conformação...”, cit., página 147, bem como ANTÓNIO CADILHA, “O efeito suspensivo...”, cit., páginas 6 e 7.

⁴⁶ Cf. “O efeito suspensivo...”, cit., páginas 8 e 9.

⁴⁷ Questão distinta, e que não é específica do contencioso pré-contratual (antes é comum a todos os meios processuais) é a de saber qual o *modo* de apresentação em juízo de peças processuais e requerimentos: sobre este tema, com interesse, veja-se o Acórdão do TCA Norte de 30 de Novembro de 2016, processo n.º 02807/06.6BEPRT-B.

⁴⁸ Note-se que, mesmo quando os efeitos de um acto administrativo são suspensos por força do decretamento de uma providência cautelar, a data relevante, a partir da qual o acto se torna inoperante, não é a do momento da prolação da sentença, *de per se*, mas sim, obviamente, o momento em que a entidade requerida seja notificada da sentença, razão pela qual a lei determina que a notificação deva ser efectuada “*com urgência às partes para cumprimento imediato e, quando seja caso disso, às demais pessoas e entidades que lhe devam dar cumprimento*” (cf. artigo 122.º, n.º 1 do CPTA).

Ora, se assim é quando se trata de uma suspensão resultante de sentença jurisdicional, *por maioria de razão* assim deverá entender-se diante de uma suspensão decorrente da instauração de uma acção judicial.

⁴⁹ Até porque só depois da citação é que o réu (e os eventuais contra-interessados) toma(m) conhecimento da acção e, portanto, apenas a partir daí está(ão) em condições de requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo, nos termos do artigo 103.º-A, n.º 2 do CPTA. A citação é, de resto, legalmente definida como “*o ato pelo qual se dá conhecimento ao réu de que foi proposta contra ele determinada acção e se chama ao processo para se defender*” (cf. artigo 219.º, n.º 1, do CPC).

Por outro lado, como salienta RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, tudo o que tenha sido feito no procedimento pré-contratual antes da citação da acção “*deve ter-se como legitimamente feito*”: cf. “A tutela...”, cit., página 19.

⁵⁰ Cf. PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., página 671, MARCO CALDEIRA, “A impugnação...”, cit., página 398, nota 80, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela...”, cit., página 19, bem como JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., página 245, nota 587.

nos processos cautelares: cf. artigo 116.º, n.º 1) que o juiz deve determinar que a citação seja efectuada com urgência, pensamos que tal sempre decorrerá do bom senso e da própria natureza urgente do processo [cf. artigo 36.º, n.º 1, alínea c)], afigurando-se-nos, em qualquer caso, que não pode o mandatário do autor voluntariar-se para “suprir” esta omissão e desse modo “contornar” o regime legal, com vista a antecipar o momento em que opera a suspensão de efeitos pretendida.

O que nos parece seguro é que o efeito suspensivo opera no momento em que a citação é feita (ou deva ter-se como efectuada, nos termos, nomeadamente, do artigo 246.º do CPC), não podendo ser protelado por conduta censurável por parte do réu: assim, se a citação foi efectuada para a morada correcta e é a entidade adjudicante que inviabiliza culposamente o recebimento da cópia da acção, é evidente que não pode ela prevalecer-se disso para adiar a produção do efeito suspensivo, sob pena de frustrar completamente o intuito da lei.

Por outro lado, é igualmente seguro que, apesar de o artigo 103.º-A não o dizer expressamente, deve ter-se por aplicável, nesta sede, o disposto no artigo 128.º, n.º 2, do CPTA, isto é, também aqui *“deve a autoridade que receba o duplicado impedir, com urgência, que os serviços competentes ou os interessados procedam ou continuem a proceder à execução do ato”*, de modo a que o contrato não possa ser executado no interregno entre a data da citação da entidade adjudicante e a data da citação do adjudicatário, enquanto contra-interessado, no caso em que esta ocorra em momento posterior àquela.

12. Questão próxima é a de saber se a suspensão de eficácia da adjudicação só ocorre quando esta decisão é impugnada na petição inicial e, em caso negativo, em que momento é que, em tal cenário, a suspensão se produz.

Numa interpretação sistemática e integrada, deve entender-se que, além das situações para as quais foi pensada (a suspensão associada à instauração, *ex novo*, de um processo judicial), a *ratio* do artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA **é igualmente aplicável quando a adjudicação apenas vem a ser impugnada na pendência de um processo já anteriormente instaurado**: pense-se na hipótese de o interessado ter impugnado as peças do procedimento e, por não ter requerido (ou por não terem sido adoptadas) medidas provisórias, o procedimento pré-contratual prosseguiu o seu curso e veio a ser proferida a decisão final de adjudicação. Num tal cenário, sendo indiscutível que o interessado pode ampliar o objecto do processo à impugnação da adjudicação (nos termos previstos no artigo 63.º, n.º 2, do CPTA), não se vê como negar a esta impugnação o efeito suspensivo automático do artigo 103.º-A, n.º 1, do CPTA. É que, além de a norma em apreço relevar a *pretensão* em si (impugnação de um acto administrativo) e não a forma pela qual essa impugnação é deduzida (petição inicial ou requerimento de ampliação da instância, sendo que não faz sentido distinguir duas situações *materialmente idênticas*), a solução contrária – que negasse o efeito suspensivo neste caso – amputaria injustificadamente o sentido útil do artigo 63.º, n.º 2, do CPTA e conduziria ao resultado (absurdo e, portanto, inaceitável) de obrigar o interessado, se quisesse prevalecer-se do efeito suspensivo, a intentar uma nova acção, especificamente destinada à impugnação da

adjudicação – o que não tem qualquer cobertura legal e, além disso, poderia ainda originar consequências nefastas, nomeadamente a eventual contradição de decisões judiciais⁵¹.

Assim, quando a adjudicação vem a ser impugnada por meio de requerimento de ampliação do objecto de um processo já pendente, esse requerimento – melhor dizendo, a **notificação** desse requerimento ao réu e aos contra-interessados (cf. artigo 63.º, n.º 4, do CPTA) – tem como consequência a suspensão dos efeitos daquele acto administrativo⁵².

13. Apresentada a acção (ou o requerimento de ampliação do objecto do processo) e citados/notificados o réu e os contra-interessados para se pronunciarem, há (ou pode haver) lugar à discussão sobre o levantamento do efeito suspensivo “automaticamente” produzido, *“alegando que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”* (artigo 103.º-A, n.º 2).

Algumas observações merecem ser formuladas a este respeito.

a) A primeira é a de que, apesar de a lei (ao contrário do que se verifica no artigo 103.º-B, n.º 2) não o dizer, também o eventual levantamento da suspensão do efeito automático do artigo 103.º-A deve ser tramitado como um **incidente** processual⁵³. O que, como já foi assinalado pela doutrina, tem desde logo a consequência de o réu e o contra-interessado terem os **ónus de alegar** a existência dos prejuízos para o interesse público e **de provar os factos** invocados, diferentemente do que, em grande medida, se verifica em sede cautelar com o mecanismo da resolução fundamentada prevista no artigo 128.º, n.º 1, do CPTA⁵⁴.

b) A segunda para referir que **partes legítimas** para suscitarem este incidente são, não apenas o réu, mas **também os contra-interessados**⁵⁵ – numa previsão que, também aqui, se afasta do regime do artigo 128.º do CPTA, subtraindo-se, além do mais, à imputação das

⁵¹ Caso não se suscitasse a suspensão do processo, por pendência de causa prejudicial (cf. artigo 272.º, n.º 1, do CPC), ou não fosse ordenada a apensação dos dois processos (cf. artigos 28.º e 61.º do CPTA).

⁵² Cf. PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., páginas 674 e 680, e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela...”, cit., página 22, nota 21.

⁵³ Cf., neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, cit., página 389, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela...”, cit., página 18, nota 6, e DUARTE RODRIGUES SILVA, “O levantamento...”, cit., páginas 9 e 10.

⁵⁴ Neste sentido, cf. DUARTE RODRIGUES SILVA, “O levantamento...”, cit., página 10.

Também o TCA Sul teve já oportunidade de enfatizar que *“a alegação da pertinente factualidade”* para preencher a previsão do n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA e o correspondente *“ónus probatório”* cabem à entidade demandada e aos contra-interessados, não bastando a alegação e prova da *“existência de prejuízos para o interesse público e para os outros interesses envolvidos”*, sendo também necessária *“a alegação – e prova – da existência de grave prejuízo para o interesse público ou de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”* (cf. Acórdão de 14 de Julho de 2016, processo n.º 13444/16).

Mais recentemente, o mesmo Tribunal reiterou que, *“[f]ace ao estatuído no art. 103.º-A, n.º 2, do CPTA, conjugado com o disposto no art. 342.º n.º 1, do C. Civil, recai sobre a entidade demandada e os contra-interessados o ónus de alegar e provar que o diferimento da execução do acto seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”* (cf. Acórdão de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 13747/16).

⁵⁵ Cf. artigo 57.º.

Neste sentido, cf. também CLÁUDIA VIANA, “A conformação...”, cit., página 152.

inconstitucionalidades que têm sido assacadas pela doutrina a esta última norma⁵⁶. De assinalar que o STA teve oportunidade de delimitar o conceito de contra-interessado neste contexto, decidindo que, nas acções de contencioso pré-contratual que tenham por objecto a impugnação da adjudicação, só o adjudicatário reveste a qualidade de contra-interessado⁵⁷. Já um concorrente cuja proposta tenha ficado ordenada em 4.º lugar, precisamente porque não pode ser directamente prejudicado nem afectado pelo provimento do processo impugnatório, por um lado, nem, por outro lado, tem interesse na manutenção do acto impugnado, não goza de legitimidade passiva para intervir no litígio ao lado da entidade adjudicante⁵⁸.

c) Em terceiro lugar, coloca-se a questão de saber **qual o prazo** (se algum existe) dentro do qual deve(m) o réu (e/ou os contra-interessados) suscitar este incidente de levantamento da suspensão de eficácia, já que, (muito) surpreendentemente, a lei não o prevê.

Na ausência de previsão expressa, pelo menos três opções, em abstracto, se colocam ao intérprete:

- (i) O prazo de 5 dias, previsto no artigo 102.º, n.º 3, alínea c), do CPTA, como prazo supletivo geral no âmbito do contencioso pré-contratual;
- (ii) O prazo de 20 dias previsto na alínea a) do mesmo preceito para a apresentação da contestação; ou
- (iii) A todo o tempo, por a lei não fixar um limite temporal ao levantamento deste incidente.

Sobre esta questão não existe unanimidade doutrinária, verificando-se, pelo contrário, que cada uma destas opções goza de acolhimento na doutrina.

Sinteticamente, PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO entendem que, não estando expressamente previsto um prazo específico para o efeito, deverá ser observado, ainda que “*por cautela*”, o prazo de 5 dias previsto no artigo 102.º, n.º 3, alínea c), do CPTA⁵⁹; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, pesando as vantagens e inconvenientes de cada uma das soluções, acaba

⁵⁶ Cf. as correspondentes indicações no nosso “As providências...”, cit., página 20, nota 46.

⁵⁷ Cf. Acórdão do STA de 12 de Novembro de 2015, processo n.º 01018/15, cujo sumário se transcreve:

“I – Na categoria de contra interessado decorrente do disposto do art.º 57.º do CPTA cabem duas espécies de pessoas; em primeiro lugar, aquelas que são directamente prejudicadas pela anulação ou declaração de nulidade do acto impugnado e, depois, aquelas cujo prejuízo não resulta directamente dessa anulação ou declaração de nulidade mas que, ainda assim, têm interesse legítimo na manutenção do acto visto que, se assim não for, verão a sua esfera jurídica ser negativamente afectada.

II – O que evidencia que o conceito de contra interessado está indissociavelmente associado ao prejuízo que poderá advir da procedência da acção impugnatória para todos aqueles que, de algum modo, estiveram envolvidos na relação material controvertida.

III – Deste modo, e sendo que a anulação o acto de adjudicação só acarretará prejuízo para a entidade que o praticou e para o adjudicatário, todos os outros oponentes ao concurso – do segundo ao último classificado – irão beneficiar do acto anulatório na medida em que, por força dessa anulação, será refeito o processo administrativo e praticado um novo acto classificatório que, colocando um deles na primeira posição, o fará beneficiário do contrato.

IV – Daí que só o adjudicatário seja contra interessado uma vez que só ele tem um interesse convergente com o interesse da entidade demandada”.

⁵⁸ Cf. Acórdão do TCA Sul de 16 de Junho de 2016, processo n.º 13347/16.

⁵⁹ Cf. “O regime...”, cit., página 671, nota 41.

por entender ser o prazo de 20 dias (da apresentação da contestação) o mais adequado⁶⁰, e sempre sem prejuízo de o réu e os contra-interessados poderem “*apresentar esse pedido além do prazo quando ele se fundamente em circunstâncias supervenientes (ou em circunstâncias que só mais tarde resultaram numa situação de dano capaz de justificar o levantamento do efeito suspensivo)*”⁶¹. Motivos, estes, que coincidem com os invocados por DUARTE RODRIGUES SILVA para defender a inexistência de prazo para este incidente de levantamento do efeito suspensivo: o Autor considera que a omissão do legislador “*é propositada*”, já que “*nem sempre a necessidade do levantamento do efeito suspensivo se manifesta imediatamente*”, sendo “*perfeitamente concebível uma circunstância em que é em virtude da demora do processo que essa necessidade surge*”, pois “[o] que hoje se afigura «comportável» pode bem amanhã tornar-se «urgente»”⁶². Seria assim “*salutar que esta omissão fosse interpretada no sentido de que a apresentação do requerimento de levantamento do efeito suspensivo pode ser requerida a todo o tempo*”⁶³. Posição que é igualmente a de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE⁶⁴ e com a qual se concorda, por não se dever vislumbrar um prazo aí onde a lei o não previu (não havendo paralelo com o regime do artigo 128.º do CPTA) e por se admitir que a suspensão automática não provoque danos relevantes no momento da apresentação da acção mas venha mais tarde, com o prolongamento da acção, a verificar-se uma situação de urgência que, agora sim, justifique o pedido de levantamento da suspensão⁶⁵.

d) Apresentado o requerimento inicial do incidente de levantamento da suspensão de eficácia, é o autor notificado para responder no prazo de 7 dias⁶⁶, “*findo o que o juiz decide no prazo máximo de 10 dias, contado da data da última pronúncia apresentada ou do termo do prazo para a sua apresentação*” (cf. artigo 103.º-A, n.º 2, do CPTA)⁶⁷.

⁶⁰ “*Tudo ponderado, consideramos que a solução juridicamente mais equilibrada é a de reportar o termo final para o pedido de levantamento ao prazo para a contestação, por ser aí que as partes devem tomar uma posição sobre as questões fundamentais do processo*”: cf. página 23.

⁶¹ Cf. “A tutela...”, cit., página 23.

⁶² Cf. “O levantamento...”, cit., página 10, nota 21.

⁶³ Cf. “O levantamento...”, cit., página 10, nota 21.

O Autor não deixa, no entanto, de defender que, caso este raciocínio não fosse aceite, o prazo aplicável seria o prazo supletivo de 5 dias.

⁶⁴ Cf. *A Justiça...*, cit., página 245, onde o Autor afirma que “*a entidade demandada e os contra-interessados podem requerer ao juiz, sem dependência de prazo, o levantamento do efeito suspensivo*” (destaque acrescentado).

⁶⁵ Tratando-se de um incidente, a desencadear pela parte interessada, não faria sentido “presumir” a existência de um qualquer prazo preclusivo, o que teria o efeito *duplamente pernicioso* de (i) “obrigar” a entidade adjudicante e/ou os contra-interessados a lançarem mão desse incidente num momento em que, porventura, ainda não se verifica a urgência que o justificaria, (ii) vedando, paralelamente, essa mesma possibilidade num momento posterior em que viesse efectivamente a mostrar-se imperioso, à luz do interesse público, requerer o levantamento da suspensão automática – o que, de algum modo, corresponde já aos principais reparos apontados pela doutrina ao mecanismo da “resolução fundamentada” previsto no artigo 128.º, n.º 1, do CPTA (cf., nomeadamente, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Art. 128.º do CPTA: realidade e perspetivas”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 93, Maio/Junho de 2012, *maxime* páginas 6 e 7, bem como TIAGO DUARTE, “Providências cautelares, suspensões automáticas e resoluções fundamentadas: pior a emenda do que o soneto?”, in *Julgar*, n.º 26, 2015, páginas 77 a 97).

Igualmente no sentido da inexistência de um qualquer prazo, defendendo que o levantamento do efeito suspensivo poderá ser requerido até à tomada da decisão em primeira instância, cf. CLÁUDIA VIANA, “A conformação...”, cit., página 153.

⁶⁶ Suscitando a questão de saber quais os interesses que o autor pode legalmente contrapor ao pedido de levantamento da suspensão de eficácia, cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela...”, cit., página 25.

⁶⁷ A redacção da lei é aqui desnecessariamente (e criticavelmente) confusa, pois, ao fazer depender o início do prazo de 10 dias ao dispor do juiz “*da data da última pronúncia apresentada ou do termo do prazo para a sua*

e) Já se disse que, no incidente, o réu e/ou os contra-interessados devem invocar e demonstrar *“que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”* (artigo 103.º-A, n.º 2)⁶⁸.

A gradação estabelecida pelo legislador corrobora assim o que já resultava do carácter automático da suspensão de efeitos: a regra é a da *suspensão*, que só pode ser levantada em casos *excepcionais*. Não basta que o diferimento seja “prejudicial” para o interesse público, tem de ser *“gravemente desproporcional”*; a suspensão pode gerar consequências lesivas “desproporcionadas” para outros interesses envolvidos, mas só há levantamento se tais consequências forem *“claramente desproporcionadas”*. Em caso de “empate”, portanto, prevalece a suspensão⁶⁹, que só cede quando se verifique *“um dano superior ao que resultará sempre para a entidade adjudicante desse efeito legalmente prescrito da impugnação do ato de adjudicação”*⁷⁰. Provavelmente por entender que a jurisprudência administrativa é tradicionalmente deferente face à mera invocação de prejuízos para o interesse público e tende sistematicamente a dar prevalência a estes últimos⁷¹, o legislador exige aqui a verificação de **prejuízos qualificados** para admitir o levantamento da suspensão de eficácia⁷². Nas palavras da jurisprudência administrativa, para este efeito, *“não basta a existência de mera prejudicialidade para o interesse público, nem a existência de apenas consequências lesivas desproporcionadas, na medida em que o legislador terá, ele mesmo, necessariamente ponderado a possibilidade da existência de um prejuízo desse tido (não qualificado) e não o afastou do alcance do efeito suspensivo”*⁷³.

apresentação”, não é inteiramente claro se o legislador se está a reportar às pronúncias do réu e dos contra-interessados ou, pelo contrário, do eventual contraditório do autor, ou qualquer uma delas.

⁶⁸ A este propósito, questiona RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA se a lei apenas permite ao Tribunal *“atender a danos dessa valia ou gravidade do lado da entidade demandada ou dos contra-interessados”* ou se, pelo contrário, podem estes invocar *“quaisquer danos, mesmo os que não se subsumam nesses conceitos legais”*: cf. “A tutela...”, cit., página 24.

⁶⁹ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela...”, cit., página 24.

⁷⁰ Cf. DUARTE RODRIGUES SILVA, “O levantamento...”, cit., página 11.

⁷¹ Cf. DUARTE RODRIGUES SILVA, “O levantamento...”, cit., página 13, nota 27.

⁷² É discutível saber se pode aqui fazer-se um qualquer paralelismo com o disposto no artigo 283.º-A, n.º 4, do CCP – no sentido de considerar vedada a invocação, nesta sede, *“do interesse económico directamente relacionado com o contrato em causa, quando tal interesse assente, designadamente, nos custos resultantes de atraso na execução do contrato, de abertura de um novo procedimento de formação do contrato, de mudança do cocontratante ou de obrigações legais resultantes do efeito anulatório”* –, ou se, pelo contrário, o facto de estes fundamentos não poderem ser invocados para afastar o efeito anulatório de um contrato não obsta necessariamente a que os mesmos possam ser esgrimidos para afastar o efeito suspensivo de uma ação de impugnação.

⁷³ Cf. Acórdão do TCA Sul de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 13747/16, já acima citado.

No caso concreto, o Tribunal decidiu que *“[a] suspensão do acto de adjudicação impugnado e a consequente suspensão do procedimento tendente à celebração do contrato, que impede a imediata execução do serviço de limpeza urbana através do recurso a serviços de varredura mecânica nos termos definidos no Caderno de Encargos, embora constitua um prejuízo para o interesse público, consubstancia tão-somente um mero prejuízo – o efeito normal – decorrente do retardamento do início da varredura mecânica pretendida – serviços complementares dos serviços de varredura manual, os quais continuam a ser garantidos pelos serviços municipais –, e não um prejuízo anormal, extraordinário ou, no dizer da lei, “gravemente prejudicial para o interesse público” e que, como tal, deva ser imperiosa e urgentíssimamente acautelado por via do incidente previsto no artigo 103.º, n.º 2, do CPTA”*.

No entanto, já se justificará o levantamento do efeito suspensivo automático quando, por força dessa suspensão, *“periclitante fica a continuidade do serviço público, de forma gravemente prejudicial”* (cf. Acórdão do TCA Norte de 18 de Novembro de 2016, processo n.º 01230/16.9BEPRT-B).

Contra o entendimento de que só a existência de prejuízos graves e particularmente qualificados podem determinar o levantamento do efeito suspensivo, por essa prova ser previsivelmente muito difícil para a entidade adjudicante e os contra-interessados, e por não haver indícios de que o legislador tenha pretendido *“impor um efeito suspensivo do procedimento que, salvo situações excepcionais, perdurasse até à decisão da ação de contencioso pré-contratual”*,

De forma algo surpreendente, o artigo 103.º-A, n.º 4, do CPTA, dispõe que “[o] efeito suspensivo é levantado quando, ponderados os interesses suscetíveis de serem lesados, os danos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento”. A “surpresa” desta formulação prende-se com o seu carácter aparentemente redundante, uma vez que o n.º 2 do mesmo preceito legal já previa que, na decisão sobre (a manutenção ou) o levantamento do efeito suspensivo automático, haveria lugar “à aplicação do critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º” para o decretamento (ou não decretamento) de providências cautelares⁷⁴. Por conseguinte, parece estar-se aqui perante uma repetição ou um lapso⁷⁵, uma remissão sem grande sentido útil ou, pelo menos, cujo sentido não é fácil de apreender⁷⁶: mesmo que se considere que a lógica do legislador foi estabelecer um faseamento binário – primeiro deve verificar-se se o diferimento da execução do acto é “gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos” e só depois, em caso de resposta afirmativa (se for negativa, o incidente cai por si⁷⁷), se passa ao mero sopesar de prejuízos⁷⁸ –, ainda assim tal poderia ter sido conseguido apenas com a redacção do artigo 103.º-A, n.º 2, não se encontrando verdadeira justificação para que o n.º 4 desse preceito reproduza o que resulta do artigo 120.º, n.º 2, para o qual o artigo 103.º-A, n.º 2, já remetia⁷⁹. Ao misturar conceitos absolutos (a gravidade dos prejuízos) com conceitos relativos [a comparação entre os danos sofridos pelo autor com os da entidade requerida e do(s) contra-interessado(s)], a lei introduz uma complexidade acrescida ao regime e dificulta desnecessariamente a sua aplicação prática.

Como já foi resumido pela jurisprudência administrativa, “[o] regime que resulta dos nº 2 e nº 4 do artigo 103º-A do Código de Processo nos Tribunais Administrativos é o seguinte:

1º- O “critério decisório”, ou melhor, a metodologia decisória do juiz passa pela ponderação racional e expressa, num juízo de prognose, de todos os interesses em presença e de todos os danos respetivos à luz da máxima metódica da proporcionalidade (com os seus três testes ou

cf. ANTÓNIO CADILHA, “O efeito suspensivo...”, cit., página 11, Autor que considera que uma tal interpretação “conduziria a resultados não pretendidos pela Diretiva que se pretende transpor, claramente desproporcionais e impulsioneiros da utilização deste mecanismo com intuitos meramente obstrucionistas e dilatatórios”.

⁷⁴ Decorrendo desta última norma que as providências devem ser indeferidas “quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências”.

⁷⁵ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., página 246, nota 590.

No sentido de que a *ratio* destas normas é a de fazer impender sobre a entidade adjudicante e os contra-interessados um ónus de alegação e de prova dos factos constitutivos da sua pretensão de levantamento do efeito suspensivo, cf. ANTÓNIO CADILHA, “O efeito suspensivo...”, cit., páginas 9 a 12.

⁷⁶ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela...”, cit., páginas 24 e 25.

⁷⁷ Pois “a circunstância de não resultar provado nenhum dano decorrente da manutenção desse efeito suspensivo é suficiente para, sem necessidade de mais ponderação, se indeferir o pedido” de levantamento do efeito suspensivo, como se decidiu no Acórdão do TCA Norte de 23 de Setembro de 2016, processo n.º 00166/16.8BEPRT-A.

⁷⁸ Como pretende DUARTE RODRIGUES SILVA, “O levantamento...”, cit., página 12.

⁷⁹ Questão diferente é a de saber qual será o entendimento dos Tribunais Administrativos em sede de ponderação de interesses, sendo certo que, caso a jurisprudência mantenha a postura restritiva tradicionalmente assumida em sede de (não) decretamento das providências pré-contratuais do artigo 132.º do CPTA (cf. nota 27 *supra*), nesse caso poderemos vir a deparar-nos com um sistemático levantamento do efeito suspensivo e, consequentemente, um quase *esvaziamento*, na prática, da tutela do impugnante, que o mecanismo do artigo 103.º-A, n.º 1 visou justamente garantir.

exames: adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade, proporcionalidade em sentido estrito ou equilíbrio);

2º- Os dois pratos da balança do juiz, para ponderação ou sopesamento, são constituídos, (i) num lado, pelos prejuízos a causar pela continuação do efeito suspensivo automático e, (ii) por outro lado, pelos prejuízos a causar pela retoma do prosseguimento do procedimento pré-contratual na fase pós-adjudicatória;

*3º- O juiz decidirá levantar o efeito suspensivo da interposição da ação (iniciado com a citação da entidade pública demandada) se - e só se - concluir que os prejuízos que resultarão da manutenção do efeito suspensivo se mostram **claramente superiores** aos prejuízos que possam resultar da retoma do prosseguimento do procedimento pré-contratual na fase pós-adjudicatória”⁸⁰.*

Importante é ter presente que “[n]ão está em causa ponderar valores ou interesses em si, mas danos ou prejuízos, que numa prognose relativa às circunstâncias do caso concreto, possam emergir ou não, do levantamento do efeito suspensivo dos efeitos do ato impugnado”: ou seja, “[a] ponderação a efetuar deve ser feita entre prejuízos ou danos e não entre os interesses em presença, sendo que a lei não consagra qualquer prevalência do interesse público face aos demais interesses em conflito, tanto mais que não se trata de ponderar o interesse público com o interesse privado, visto o que está em conflito são as consequências que podem resultar da concessão ou da sua recusa para todos os interesses envolvidos, independentemente da sua natureza”⁸¹.

f) Por último quanto a este ponto, refira-se que, se apenas tiver sido impugnada a adjudicação, tiver sido levantado o efeito suspensivo automático e, nessa sequência, a entidade adjudicante tiver procedido à celebração do contrato, continua o impugnante, naturalmente, a poder ampliar o objecto do processo à impugnação do contrato entretanto celebrado⁸².

14. Apesar da intenção de reforço da tutela jurisdicional efectiva subjacente à suspensão automática, a verdade é que o legislador não instituiu quaisquer mecanismos de “garantia da garantia”, ou seja, o CPTA revela-se omissivo quanto às consequências decorrentes de uma eventual violação da suspensão automática associada à instauração da acção (ou, como se referiu, à ampliação do objecto do processo já anteriormente intentado). Neste sentido, *quid juris* se a suspensão não for acatada e se, mesmo após a citação, a entidade adjudicante e/ou o

⁸⁰ Cf. o Acórdão do TCA Sul de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 919/16.7BELSB, já acima citado (destaque acrescentado).

Num sentido menos restritivo parece pronunciar-se o TCA Norte, para o qual a mera superioridade (mesmo que não seja uma superioridade “clara”) aparenta ser suficiente para levantar o efeito suspensivo automático, conforme se retira do seu Acórdão de 18 de Novembro de 2016, processo n.º 01237/16.6BEPRT-A, na parte em que aquele Tribunal afirma que “[o] efeito suspensivo será levantado quando, ponderados os interesses suscetíveis de serem lesados, os danos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento”.

⁸¹ Cf. Acórdão do TCA Norte de 18 de Novembro de 2016, processo n.º 01237/16.6BEPRT-A, já acima citado.

⁸² Conforme resulta dos artigos 63.º, n.º 2 e (agora) 77.º-A, n.º 1, alínea d), do CPTA.

adjudicatário prosseguirem com a execução do acto suspendendo e, eventualmente, do próprio contrato?

Na falta de regulação legal expressa, sugeriu a doutrina, ainda em fase da discussão pública do Anteprojecto de revisão do CPTA, que o interessado, quando tenha conhecimento de uma violação do efeito suspensivo, pudesse lançar mão de um **incidente de execução indevida**, a exemplo do que prevê o artigo 128.º, n.º 4, do CPTA no contexto de processos cautelares⁸³.

Isto, claro, sem prejuízo da responsabilidade que recai sobre as entidades que violarem o efeito suspensivo e da ilegalidade que inevitavelmente inquinará os actos, formalidades e trâmites praticados em desobediência daquele⁸⁴ – excepto se a sua validade possa ser defendida através da demonstração da existência de um verdadeiro *estado de necessidade administrativa*, evidenciando-se que os resultados obtidos com tais actos, formalidades e trâmites não poderiam “*ter sido alcançados de outro modo*” (cf. artigo 3.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo)⁸⁵.

15. Noutro plano, embora se aplauda a solução legislativa – de suspensão “automática” dos efeitos da decisão de adjudicação e do contrato impugnados –, deve notar-se que esta não era a única opção ao dispor do legislador, podendo este ter enveredado por outras alternativas de regime: assim, por exemplo, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, mesmo salientando as limitações impostas pelo Direito da União Europeia, observa que o legislador nacional poderia ter proibido apenas a celebração do contrato, “*permitindo, assim, que a entidade adjudicante, mesmo em caso de impugnação da adjudicação, pudesse ir avançando com o procedimento pós-adjudicatório (habilitação do adjudicatário, prestação da caução, aprovação da minuta do contrato)*”⁸⁶. Em sentido mais radical, lamenta MÁRIO AROSO DE ALMEIDA que o legislador nacional tenha transposto o regime da Directiva 2007/66/CE, “*mais uma vez, pelo mínimo que ela admite*”, já que, em seu entender, “*a efetividade da tutela jurisdicional no contencioso administrativo em geral e, portanto, no contencioso pré-contratual em particular, não pode depender de juízos de ponderação de prejuízos que, na prática, tendem a favorecer a prossecução do interesse público, mas da célere emissão de decisões de mérito, que determinem quem, efetivamente, tem razão quanto ao fundo das questões*”⁸⁷; pelo que, para o Autor, seria importante atentar na experiência espanhola e avançar para a “*instituição de entidades para-jurisdicionais próprias para a resolução célere dos litígios neste domínio*”⁸⁸.

⁸³ Cf. ANA GOUVEIA MARTINS, “Os processos urgentes no Anteprojecto de Revisão do CPTA”, in *Julgar*, n.º 23, Maio-Agosto de 2014, página 188.

⁸⁴ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela...”, página 19, nota 14.

⁸⁵ Hipótese que nos parece ser admitida por RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela...”, cit., páginas 21 e 22.

⁸⁶ Cf. “A tutela...”, cit., página 20, nota 19.

⁸⁷ Cf. *Manual...*, cit., página 9.

Concordando com o Autor quanto à importância da emissão célere de decisões de mérito, fazemos notar que o regime dos novos artigos 103.º-A e 103.º-B do CPTA, embora generosos, não deixam de “sobrecarregar” (e, nessa medida, entorpecer a tramitação d) o processo principal, o que, muito provavelmente, terá reflexos na duração total da acção (como já dissemos anteriormente: cf. “Novidades...”, cit., página 175).

É que, como afirma ADOLFO MESQUITA NUNES, “[d]e nada vale um processo composto por prazos curtos mas desdobrado em muitas fases processuais”: cf. *A urgência...*, cit., página 163 (também 248).

⁸⁸ Cf. *Manual...*, cit., página 9.

16. Sem prejuízo do inegável e louvável avanço que este efeito suspensivo automático veio introduzir em sede de tutela jurisdicional efectiva, não pode esquecer-se que este acréscimo de tutela pode ser desvirtuado mediante uma sua utilização abusiva por parte dos interessados, que poderão sobrecarregar os Tribunais Administrativos com acções infundadas, com o exclusivo desiderato de se prevalecerem da suspensão, confiando na falta de meios dos Tribunais para manterem a Administração Pública paralisada durante largos meses (ou mesmo anos)⁸⁹. É esta, é certo, uma perspectiva *pessimista* e *patológica* do sistema, mas que a experiência nos mostra ter correspondência com a prática do foro e que, nem que fosse por elementares razões de prudência, sempre deveria ser ponderada.

Neste sentido, já foram sendo discutidas na doutrina duas questões distintas, de algum modo respeitantes às formas de reacção contra o efeito suspensivo (além do incidente conducente ao seu levantamento, claro), e que passamos a fazer referência.

a) Uma primeira questão prende-se com saber se o autor pode ser sancionado pela instauração de uma acção manifestamente desprovida de fundamento e instrumentalizada unicamente com o objectivo de obter uma manutenção do *status quo* por tempo indefinido.

O lugar paralelo mais próximo seria o do artigo 126.º, n.º 1, do CPTA, que, em sede de providências cautelares, prevê:

(i) A aplicação, pelo juiz, de uma taxa sancionatória excepcional, quando o requerimento ou incidente “*seja manifestamente improcedente e a parte não tenha agido com a prudência ou diligência devida*”⁹⁰; bem como

(ii) a responsabilização do requerente “*pelos danos que, com dolo ou negligência grosseira, tenha causado ao requerido e aos contrainteressados*”. A analogia seria aqui justificada pelo facto de o regime do artigo 103.º-A, n.º 1, do CPTA constituir, em bom rigor, um *momento* ou *efeito materialmente cautelar* “*enxertado*” no seio de um processo principal; todavia, a este raciocínio poderá sempre contrapor-se não existir uma qualquer lacuna que careça de ser integrada e, sobretudo, que uma norma sancionatória, sendo excepcional, não pode ser objecto de interpretação analógica (mas apenas, e quando muito, extensiva)⁹¹.

Para uma visão sobre o funcionamento prático do sistema de resolução de litígios pré-contratuais por entidades para-jurisdicionais em Espanha, cf. EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: Una figura inacabada”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 188, Madrid, mayo-agosto de 2012, em especial páginas 373 e seguintes, bem como, mais recentemente, JOSÉ MARIA GIMENO FELIU, “La experiencia del funcionamiento del recurso administrativo especial y de los tribunales administrativos de contratación pública en España”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 115, Janeiro/Fevereiro de 2016, páginas 3 a 15.

⁸⁹ Sobretudo porque, como veremos, o recurso jurisdicional da decisão que venha a ser proferida no processo de contencioso pré-contratual goza de efeito suspensivo (embora, em caso de levantamento do efeito suspensivo automático, deva entender-se, pese a ambiguidade da lei, que o recurso interposto da decisão de semelhante incidente goza apenas de efeito meramente devolutivo): cf. ponto n.º 21 *infra*.

Neste cenário, afigura-se imperioso criar condições para que os processos (ou, pelo menos, os incidentes relativos à suspensão do efeito suspensivo automático) sejam decididos com (muito) maior celeridade do que, infelizmente, constitui a regra entre nós.

⁹⁰ Nos termos do disposto no artigo 531.º do CPC.

⁹¹ Nos termos do disposto no artigo 11.º do Código Civil.

A solução, parece-nos, passará pela aplicação *directa* do mecanismo do artigo 531.º do CPC (que vale por si mesmo, enquanto afloramento de um *princípio geral de Direito processual*, não necessitando da remissão do artigo 126.º, n.º 1, do CPTA mas bastando-se com aquela que é feita pelo artigo 1.º do mesmo Código de Processo) e também, naturalmente, pela condenação do autor como litigante de má fé⁹², quando se demonstre ter ele feito recurso abusivo do processo, unicamente com intuítos dilatatórios⁹³.

b) Uma segunda questão consiste em determinar se, na pendência do processo contencioso (e assumindo que o efeito suspensivo automático não foi levantado), pode o réu lançar mão de um ajuste directo, com base em critérios materiais – nomeadamente, o do artigo 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, nos termos do qual o ajuste directo é admitido quando, “[n]a medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”.

Embora o assunto ainda não tenha sido muito explorado pela doutrina, há pelo menos uma voz de peso que se pronuncia no sentido desta admissibilidade, considerando, por um lado, que a instauração de uma acção de contencioso pré-contratual não será (pelo menos, *sempre e necessariamente*) “imputável à entidade adjudicante” e que, por outro lado, a prossecução do interesse público pode justificar o recurso a este procedimento – mas, sublinha-se, só quando o ajuste directo em causa “*não frustre o objecto da adjudicação impugnada*”, ou seja, “*quando o bem que se adquire através do ajuste directo represente uma necessidade permanente da entidade demandada (de que ela carecerá sempre, renovadamente)*”, mas não “*quando se trate de dar resposta a uma necessidade esporádica (...), que, uma vez satisfeita, não se renova*”⁹⁴.

17. Como já acima se adiantou, quando o processo de contencioso pré-contratual não tenha por objecto a impugnação da adjudicação, a mera instauração da acção (*rectius*, a citação do réu) não produz qualquer suspensão de eficácia.

Nesses casos – *v.g.* a impugnação das peças procedimentais, ou a impugnação de quaisquer outros actos administrativos que não a adjudicação –, a suspensão tem de ser *requerida e decretada*, significando isto que a suspensão não é automática (decorre de iniciativa processual do autor) e decorre de decisão judicial nesse sentido.

⁹² Nos termos do disposto no artigo 542.º do CPC.

⁹³ Também no sentido de serem estes os únicos mecanismos aptos a limitar processualmente os efeitos da iniciativa do autor, cf. DUARTE RODRIGUES SILVA, “O levantamento...”, cit., página 11, nota 26.

⁹⁴ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela...”, cit., página 21.

O Autor admite ainda que, caso, à data da instauração do processo, se encontre em execução um contrato que vise satisfazer as mesmas necessidades (do que o contrato que se pretende celebrar através do procedimento que entretanto veio a ser suspenso), a entidade pública possa “ponderar a eventual prorrogação” desse contrato.

Em sentido mais restritivo, cf. CLÁUDIA VIANA, “A conformação...”, cit., página 153, Autora que, em qualquer caso, considera que a dificuldade em lançar mão de um ajuste directo nestas situações constitui um argumento adicional que pode ser invocado pela entidade adjudicante e/ou pelo contra-interessado no sentido do levantamento do efeito suspensivo automático.

O meio que deve ser utilizado para obter uma tal decisão consiste no mecanismo das **medidas provisórias**, reguladas no artigo 103.º-B do CPTA.

18. Nos termos da lei, as medidas provisórias destinam-se a “*prevenir o risco de, no momento em que a sentença venha a ser produzida, se ter constituído uma situação de facto consumado ou já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário*” (artigo 103.º-B, n.º 1).

Pela nossa parte, como já referimos noutro lugar⁹⁵, e apesar de termos consciência de estarmos perante uma expressão que fez *escola* na jurisprudência administrativa, teríamos preferido que o legislador tivesse abandonado a expressão “já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual”, por nos parecer equívoca. Na verdade, em tese será sempre (ou quase sempre) possível retomar o procedimento pré-contratual – se não para efectivamente proceder à celebração do contrato (pois pode suceder, e tantas vezes sucede, que, à data da sentença, o contrato já foi integralmente executado), pelo menos “*para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário*”. Sobretudo se o critério de adjudicação tiver sido o do mais baixo preço⁹⁶, não se vislumbra como pudesse ser impossível a determinação da identidade do adjudicatário – e também não se afigura que esta circunstância diminua o interesse do autor em suspender o procedimento pré-contratual e, menos ainda, o seu direito a uma tutela judicial efectiva da pretensão que tenciona fazer valer em juízo.

É claro que, em concreto, poderá já não ser possível reunir o mesmo júri (v.g., por morte de algum dos seus membros) ou que, sendo-o, não poderá garantir-se que a apreciação que ele faça, *hoje*, das propostas seja a mesma que teria feito se, numa fase inicial, lhe tivesse sido desde logo ordenado que repetisse a avaliação sem incorrer nos vícios que vieram a determinar a procedência da acção. Mas isso, além de serem contingências incontornáveis da vida (que nenhum mecanismo processual, incluindo as medidas provisórias, está apto a atalhar), tem que ver, justamente, com a criação de um “facto consumado” ou, se se quiser, com a constituição de uma situação de difícil ou impossível reversibilidade. Ou seja, entendemos que, depois de determinar que uma medida provisória pode ser adoptada para prevenir o risco de constituição de um facto consumado, o legislador não precisava de acrescentar mais nada, muito menos chamar à colação uma expressão tão ambígua como o da “impossibilidade de retoma do procedimento pré-contratual para determinação do adjudicatário”, para mais como critério *alternativo* ao da criação de um facto consumado⁹⁷.

⁹⁵ Cf. “As providências...”, cit., página 26, nota 62.

⁹⁶ Cf. artigo 74.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do CCP.

⁹⁷ Como resulta da conjunção “ou” inserida no preceito.

Já aceitaríamos melhor a opção do legislador caso a “impossibilidade de retoma do procedimento pré-contratual” constituísse uma mera concretização da cláusula geral “constituição de uma situação de facto consumado”, sem prejuízo de essa densificação continuar a ser redundante e o sentido da expressão permanecer equívoco.

19. Ao contrário do que sucede com o levantamento da suspensão automática do artigo 103.º-A, a lei prevê expressamente que o pedido de adopção de medidas provisórias é tramitado como um **incidente**, que corre termos nos autos do próprio processo (artigo 103.º-B, n.º 2), embora o legislador se tenha depois absterido de regular a sua tramitação concreta, *maxime* quanto aos prazos a observar.

Pelo contrário – no que parece ser mais um apelo ao “novo” **dever de gestão processual** que, por inspiração do processo civil⁹⁸, foi agora acolhido no artigo 7.º-A do CPTA –, o artigo 103.º-B, n.º 2 do Código de Processo remete para o juiz a modelação deste incidente, impondo apenas o limite do “*respeito pelo contraditório, em função da complexidade e urgência do caso*” – complexidade e urgência, estas, que caberá naturalmente ao Tribunal apurar, não estando para o efeito legalmente balizado por prazos imperativos (mínimos ou máximos), tudo dependendo dos contornos do caso concreto (e da capacidade de resposta da “máquina judiciária”, evidentemente).

Aliás, em contraste face ao que (embora de forma deficiente, como se viu na nota 67 *supra*) o artigo 103.º-A, n.º 3, estabelece quanto ao pedido de levantamento do efeito suspensivo automático, o artigo 103.º-B não fixa qualquer prazo ao juiz para a emissão de decisão sobre a adopção (ou não adopção) de medidas provisórias⁹⁹.

20. Quanto ao critério de decisão nesta sede, dispõe o n.º 3 do artigo 103.º-B que “*a medida provisória é recusada quando os danos que resultariam da sua adoção se mostrem superiores aos que podem resultar da sua não adoção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adoção de outras medidas*”.

Aqui parece operar, sem mais, o critério da “pura” ponderação de interesses, tal como em sede cautelar, não fazendo a lei apelo a qualquer gradação dos prejuízos invocados de parte a parte, ao contrário do que sucede no contexto da impugnação da adjudicação¹⁰⁰.

Como resulta da parte final do preceito em apreço, o Tribunal está habilitado a decretar uma medida provisória distinta da que foi concretamente requerida, com vista a evitar ou atenuar os danos desta última.

21. Passando para outro ponto, como já acima se antecipou, também quanto à **impugnação das peças procedimentais** o legislador do Decreto-Lei n.º 214-G/2015 veio introduzir relevantes inovações.

a) Desde logo, e por reconhecer que o regime anterior “*era particularmente insuficiente*”¹⁰¹, o legislador confere agora uma maior dignidade a este regime, dissociando-o

⁹⁸ Cf. artigo 6.º do CPC.

⁹⁹ Omissão apontada por PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., página 674, nota 47, Autores que manifestam o receio de que, por força da inexistência de qualquer prazo, o incidente de adopção de medidas provisórias não seja objecto de decisão célere.

¹⁰⁰ Neste sentido, cf. DUARTE RODRIGUES SILVA, “O levantamento...”, cit., página 12.

¹⁰¹ Cf. o ponto 5.2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, já acima citado.

da impugnação dos actos administrativos e autonomizando-o num preceito próprio, o novo artigo 103.º.

b) De seguida, mantendo o elenco de documentos impugnáveis por esta via¹⁰², bem como o objecto e os fundamentos da impugnação contenciosa das disposições deles constantes¹⁰³, o CPTA prevê que “[o] pedido de declaração de ilegalidade pode ser deduzido por quem participe ou tenha interesse em participar no procedimento em causa” (artigo 103.º, n.º 2).

Como já tivemos oportunidade de observar noutra sede, esta formulação apresenta-se como demasiado restritiva, até à luz do Considerando (17) da Directiva 2007/66/CE, que atribui legitimidade activa a quem tenha “interesse em obter um contrato em particular e que tenha sido ou corra o risco de ser prejudicada por uma alegada violação”. Ou seja, na maior parte dos casos, o que estará em causa será, não o interesse em participar *naquele procedimento específico*, mas sim, pelo contrário, o interesse em que a entidade adjudicante lance *um procedimento diferente* (ou, pelo menos, com diferentes disposições reguladoras), de modo a que o impugnante tenha oportunidade de participar e de, assim, poder eventualmente vir a ser o adjudicatário. Ou seja, como resulta do Direito da União Europeia, está em causa o interesse na disputa do contrato, e não apenas o interesse na participação num determinado procedimento¹⁰⁴.

Por outro lado, a formulação da lei parece ainda retirar legitimidade a outros interessados que tipicamente poderiam impugnar as peças do procedimento e que, com a nova redação, literalmente deixam de poder fazê-lo: mesmo sem considerar a hipótese de autores populares, será o caso, paradigmaticamente, do Ministério Público (cujo direito de acção visa somente a tutela da legalidade objectiva, e nunca o seu interesse próprio e pessoal em vir a ser o destinatário da decisão final de adjudicação)¹⁰⁵.

c) Inovação da maior importância é a que, em sede de **prazos**, se encontra no artigo 103.º, n.º 3, do CPTA.

Nos termos desta disposição, o pedido de declaração de ilegalidade das disposições constantes das peças procedimentais “*pode ser deduzido durante a pendência do procedimento a que os*

¹⁰² Que continuam a ser o programa do concurso, o caderno de encargos ou qualquer outro documento conformador do procedimento de formação de contrato (cf. artigo 103.º, n.º 1).

É na lei substantiva que se prevêem alterações nesta matéria, já que o Anteprojecto de revisão do CCP (referido na nota 3 *supra*), na nova redacção proposta para as alíneas c) a g) do n.º 1 do artigo 40.º deste diploma, passa a incluir também o anúncio como peça do procedimento (salvo, naturalmente, no ajuste directo e na consulta prévia, em que este documento não existe). Caso esta proposta seja acolhida na versão final publicada do Decreto-Lei que vier alterar o CCP, parece ser forçoso considerar que, a partir daí, também o anúncio será directamente impugnável através do processo de contencioso pré-contratual (ao contrário do que sucedia até aqui: cf., para o panorama ainda hoje vigente, ANA CELESTE CARVALHO, “A acção de contencioso pré-contratual – perspectivas de reforma”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 76, Julho/Agosto de 2009, página 56).

¹⁰³ Isto é, poderá a impugnação fundamentar-se, nomeadamente (mas não só), na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras (cf. artigo 103.º, n.º 1).

¹⁰⁴ Cf. o nosso “Novidades...”, cit., páginas 166 e 167.

¹⁰⁵ Cf. “Novidades...”, cit., página 167; também MÁRIO AROSO DE ALMEIDA considera que, com a revisão do CPTA em 2015, “a legitimidade para a impugnação dos documentos conformadores dos procedimentos de contratação se tornou bem mais limitada do que era antes”: cf. *Manual...*, cit., página 241.

documentos em causa se referem”. Como já anteriormente se referiu, a impugnação das peças deixou de estar sujeita a um *prazo* para passar a estar sujeita a um *termo final*¹⁰⁶: o exercício do direito de acção já não depende do decurso de um determinado lapso temporal após um termo inicial (a publicitação das peças ou, no caso do ajuste directo, a recepção do convite para apresentação de proposta), mas sim da verificação de um determinado evento futuro.

Questão diferente é a de saber *que evento futuro é este, ou seja, a partir de que momento (ou de que acto)* é que o procedimento deixa de estar “pendente”, para efeitos de preclusão do direito de acção.

Não desconhecendo uma dicotomia doutrinária antiga entre procedimento pré-contratual e (dentro deste) procedimento de escolha do co-contratante (que culminaria na decisão de adjudicação), somos da opinião de que o legislador, no artigo 103.º, n.º 3, do CPTA, se refere ao primeiro (ao procedimento pré-contratual, e não ao de escolha do co-contratante). Pelo que, em nosso entender, as peças procedimentais poderão ser impugnadas até á data da (notificação da) celebração do contrato¹⁰⁷.

Esta nova solução legal – que vai ao encontro de algumas manifestações da doutrina nesse sentido¹⁰⁸ – parece-nos de louvar, na medida em que permite evitar ou minorar os problemas até agora sentidos, de (i) rejeição de impugnações da adjudicação fundadas na ilegalidade das peças procedimentais (por suposta intempestividade) e, em consequência, de (ii) impugnações das peças procedimentais logo num momento inicial, à cautela, apenas para acautelar o risco da extemporaneidade, num momento em que não é ainda possível perceber se o vício em causa terá ou não influência na decisão final do procedimento¹⁰⁹.

d) Sem prejuízo da possibilidade (agora *alargada*) de impugnação directa das peças procedimentais, a parte final do artigo 103.º, n.º 3, do CPTA esclarece que esta impugnação não prejudica o *ónus* de impugnação autónoma dos actos que apliquem as peças. Se tais actos não forem tempestivamente impugnados, uma eventual impugnação das peças não poderá ter como efeito colocar o autor na mesma posição em que se encontraria caso tais actos não tivessem sido praticados (ou, tendo-o sido, tivessem sido anulados), isto em obediência ao princípio geral de que *“não pode ser obtido por outros meios processuais o efeito que resultaria da anulação do acto inimpugnável”* (cf. artigo 38.º, n.º 2, do CPTA). No fundo, o regime é aqui idêntico ao que, em processo urgente, se aplica relativamente à impugnação de regulamentos e de actos que os apliquem.

¹⁰⁶ Cf. “Brevíssimos tópicos sobre a aplicação da lei no tempo – A propósito da revisão do CPTA e do “novo” regime do contencioso pré-contratual”, in *Epública – Revista Eletrónica de Direito Público*, ICJP, n.º 6, Dezembro de 2015, página 14 (in www.e-publica.pt).

¹⁰⁷ Caso contrário, quando o interessado fosse notificado da decisão de adjudicação, ficaria igualmente a saber, nesse momento, que tinha expirado a possibilidade de impugnar as peças, o que seria um absurdo. Cf. “Novidades...”, cit., página 159.

¹⁰⁸ *De iure condendo*, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA chegou a sugerir que, quando se estivesse perante a impugnação das peças procedimentais, o prazo de um mês previsto no artigo 101.º do CPTA se contasse apenas *“a partir do momento em que a ilegalidade (uma certa ilegalidade) do documento se tornou uma questão no procedimento”* (cf. “O contencioso urgente da contratação pública”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 78, Novembro/Dezembro de 2009, página 14).

¹⁰⁹ Discutimos já estes problemas no nosso “Da legitimidade activa...”, cit., *maxime* página 289, nota 40.

De referir que o ónus é o da impugnação *dos actos*, e não das peças (como, em sede geral, resulta do artigo 52.º, n.º 2, do CPTA); o que, em nossa opinião, significa que os interessados podem impugnar apenas os actos administrativos e prescindir de impugnar as peças, mesmo que o único vício imputado àqueles seja a ilegalidade destas¹¹⁰.

e) Por fim, o legislador aditou ainda ao CPTA uma nova norma, a que consta do artigo 103.º, n.º 4, prevendo que as peças que conformem mais de um procedimento pré-contratual deverão ser impugnadas nos termos do regime geral da impugnação de regulamentos (cf. artigos 72.º a 77.º do CPTA), respondendo a uma dúvida que já havia sido levantada na doutrina¹¹¹.

f) Questão distinta é a de saber se este novo regime de impugnação de peças procedimentais apenas se aplica aos procedimentos pré-contratuais para a formação dos contratos referidos no artigo 100.º, n.º 1, do CPTA ou se, pelo contrário, estamos perante um regime com vocação geral, potencialmente aplicável às peças de todos e quaisquer procedimentos pré-contratuais.

Embora o elemento sistemático aponte fortemente no sentido de este regime apenas ser aplicável aos processos que devam observar o regime do contencioso pré-contratual, entende PEDRO COSTA GONÇALVES que a letra da lei pode permitir uma interpretação mais ampla, a qual, *de iure condendo*, poderia até ser mais justificada. O Autor, no entanto, limita-se a suscitar a dúvida, não respondendo à questão de forma absolutamente peremptória, ainda que acabe por afirmar que se revela “*adequado e oportuno interpretar o artigo 103.º no sentido de o considerar aplicável à impugnação de peças de todos [os] procedimentos administrativos de formação de contratos*”¹¹².

22. Por último, de referir que a decisão final do processo se materializa numa *sentença*, que pode ser impugnada para os Tribunais superiores por meio de um recurso jurisdicional (cf. artigos 140.º e seguintes do CPTA), a ser interposto no prazo de 15 dias (cf. artigo 147.º, n.º

¹¹⁰ Já anteriormente nos pronunciámos no sentido de uma considerável amplitude na admissibilidade da impugnação de actos administrativos (*maxime*, decisões de adjudicação) unicamente baseadas na ilegalidade de peças procedimentais não impugnadas no momento próprio. Cf. o nosso “Da legitimidade activa...”, cit., páginas 287 e seguintes.

Igualmente no sentido de que a revisão de 2015 tornou inequívoco que a impugnação das peças é uma mera faculdade, cujo não exercício não preclui a possibilidade de impugnação de actos administrativos que apliquem essas mesmas peças, cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, cit., página 330, bem como PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., página 669, nota 37.

¹¹¹ Hesitando sobre a inclusão do pedido de impugnação dos regulamentos gerais no âmbito do contencioso pré-contratual, mas acabando por se inclinar para uma resposta positiva, cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O contencioso urgente...”, cit., página 13.

¹¹² Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “O regime jurídico do contencioso...”, cit., páginas 542, 543 e 548 (nesta última página, o Autor não deixa de admitir que “*uma tal interpretação pode não suscitar a adesão da jurisprudência, que, legitimamente, se inclinará para valorizar o argumento segundo o qua[l] 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”)*”).

1)¹¹³ e com tramitação urgente, reduzindo-se os prazos a metade e tendo o seu julgamento “*prioridade sobre os demais processos*” (cf. artigo 147.º, n.º 2)¹¹⁴.

Com efeito, por força das alterações introduzidas no artigo 40.º do ETAF¹¹⁵ e da sua aplicação imediata aos processos pendentes¹¹⁶, significa que, a partir de 3 de Outubro de 2015, o mecanismo da reclamação para a conferência deixou de ter aplicação¹¹⁷ – como tem sido já considerado pela jurisprudência¹¹⁸, ainda que com reservas muito concretas por parte de alguma doutrina¹¹⁹. Pôs-se assim termo à absurda jurisprudência consolidada nesta matéria¹²⁰ (infelizmente secundada, em última análise, pelo próprio Tribunal Constitucional¹²¹), que tantos danos causou à credibilidade da jurisprudência administrativa e, sobretudo, aos legítimos interesses e expectativas que nela confiavam para a obtenção de decisões de fundo, sobre o mérito substantivo das suas pretensões – e tudo o que obtiveram foi uma sequela de decisões unicamente enredadas em tecnicismos processuais estéreis e, em nosso entender, sem correspondência na lei¹²².

¹¹³ A que acresce um prazo de 10 dias, se estiver em causa a reapreciação da prova gravada (para a reapreciação, no recurso, da decisão sobre a matéria de facto), como parece resultar inequívoco da nova redacção do artigo 144.º, n.º 4 do CPTA: cf., neste sentido, RICARDO GUIMARÃES, “Os recursos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, in AA.VV., *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, página 769.

¹¹⁴ Cf. PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., página 675.

¹¹⁵ Aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

Tais alterações traduziram-se na alteração da regra geral de que os Tribunais Administrativos de primeira instância funcionam em formação singular (artigo 40.º, n.º 1: “*Exceto nos casos em que a lei processual administrativa preveja o julgamento em formação alargada, os tribunais administrativos de círculo funcionam apenas com juiz singular, a cada juiz competindo a decisão, de facto e de direito, dos processos que lhe sejam distribuídos*”) e, em coerência, na revogação da norma (anteriormente constante do artigo 40.º, n.º 3 deste diploma) segundo a qual “[n]as acções administrativas especiais de valor superior à alçada, o tribunal funciona em formação de três juízes, à qual compete o julgamento da matéria de facto e de direito”.

¹¹⁶ Por virtude do artigo 15.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, que preceitua que “[a]s alterações efetuadas pelo presente decreto-lei ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, em matéria de organização e funcionamento dos tribunais administrativos, incluindo dos tribunais administrativos de círculo, entram em vigor no dia seguinte ao da publicação do presente decreto-lei”.

¹¹⁷ Aplaudindo a opção do legislador, cf. PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime...”, cit., páginas 675, 676 e 680.

¹¹⁸ Cf. Acórdãos do TCA Norte de 6 de Novembro de 2015, processo n.º 01053/12.4BEAVR, de 5 de Fevereiro de 2016, processo n.º 01262-06.5BEBRG, de 3 de Junho de 2016, processo n.º 00284/14.7BEBRG, e de 9 de Setembro de 2016, processo n.º 01653/07.4BEBRG.

¹¹⁹ Cf. ELIZABETH FERNANDEZ, “O novo juiz singular da acção administrativa: regras de competência e aplicação da lei no tempo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 14, Novembro/Dezembro de 2015, páginas 29 a 36.

¹²⁰ Que já tivemos oportunidade de criticar no seu devido tempo: cf. MARCO CALDEIRA e TIAGO SERRÃO, “As reclamações para a conferência na jurisprudência administrativa: análise crítica”, in *O Direito*, Ano 145.º, III, 2013, páginas 641 a 661, bem como “De volta às reclamações para a conferência: (um)a decisão constitucionalmente adequada”, in *O Direito*, Ano 147.º, I, 2015, páginas 211 a 226.

Com muito interesse, cf. o recente Acórdão do STA de 7 de Dezembro de 2016, processo n.º 0268/16.

¹²¹ Cujo Acórdão n.º 577/2015, de 3 de Novembro de 2015, processo n.º 629/14 (in www.tconstitucional.pt) é bem o exemplo de uma decisão puramente formalista e desligada de qualquer imperativo de justiça, e que, além disso (como aliás foi certeira apontado, em voto de vencido, pela Conselheira MARIA LÚCIA AMARAL), desvirtua por completo o conceito e o propósito da fiscalização concreta da constitucionalidade.

¹²² Repare-se que, depois de firmada pelo STA a alegada necessidade de reclamação das *sentenças* proferidas por juiz singular em acções administrativas especiais de valor superior à alçada, a jurisprudência logo se apressou a criar novas *ramificações* desse entendimento pernicioso – sendo uma dessas ramificações a extensão da obrigatoriedade da reclamação para a conferência no âmbito dos processos de contencioso pré-contratual (apesar de não se tratar de uma acção administrativa especial e de o artigo 100.º, n.º 1 do CPTA só remeter para os *capítulos desse Código de Processo* relativos à *tramitação* desse meio processual, nunca para as *normas do ETAF* respeitantes à *formação dos Tribunais*) e, para cúmulo, no prazo de 5 dias. A ponto de, para não “perder a face”, a jurisprudência mais recente (imediatamente antes da aprovação e publicação do Decreto-Lei n.º 214-G/2015) ter acabado por

Feito este reparo, a observação que resta fazer a respeito do regime dos recursos prende-se com o seu *efeito*: nos termos do artigo 143.º, n.º 1, do CPTA, afigura-se que os recursos interpostos da decisão final em processos de contencioso pré-contratual terão **efeito suspensivo** da decisão recorrida, o que, em si mesmo, não tem qualquer particularidade digna de relevo, já que se trata, apenas, da aplicação do regime geral em matéria de recursos.

O problema coloca-se, porém, quanto à questão de saber qual o efeito do recurso interposto das decisões interlocutórias que sejam proferidas no seio do processo, *maxime* das decisões que determinem o levantamento ou suspensão do efeito suspensivo automático, nos termos dos n.ºs 2 e 4 do artigo 103.º-A do CPTA.

A letra da lei, que não faz qualquer distinção a este propósito, aponta para que o recurso destas decisões também tenha efeito suspensivo. No mesmo sentido já se pronunciou também o TCA Sul, em Acórdão de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 919/16.7BELSB (já citado), cujo sumário, na parte relevante, se transcreve:

“I – A regra fixada no n.º 1 do artigo 143.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos é o efeito suspensivo dos recursos («os recursos ordinários têm efeito suspensivo da decisão recorrida»), ao contrário do estabelecido no processo civil atual; aplica-se aos recursos interpostos contra a decisão do incidente previsto no artigo 103.º-A, n.º 4, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

II – A exceção no Código de Processo nos Tribunais Administrativos é o efeito devolutivo dos recursos, que ocorrerá em três grupos de situações expressamente escolhidas pelo legislador em 2015: nos três casos elencados no n.º 2 do artigo 143.º, onde não se inclui o presente processo; em outros casos previstos em lei, onde não se inclui o presente caso; e por decisão do juiz, na sequência de requerimento do recorrente, quando a suspensão dos efeitos da sentença seja passível de originar situações de facto consumado ou a produção de prejuízos de difícil reparação para a parte vencedora ou para os interesses, públicos ou privados, por ela prosseguidos; não foi o presente caso, em que o efeito devolutivo foi solicitado pelo réu recorrido.

III – As regras contidas no artigo 9.º do Código Civil não consentem a afirmação de que a letra dos artigos 36.º e 143.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“first meaning”) ficou aquém do sentido ou espírito de tais artigos (“deep meaning”); entender o oposto, corrigindo a lei, a favor da aplicação do regime excepcional previsto no n.º 2 do artigo 143.º, implicaria desrespeitar (i) o artigo 9.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil relativamente ao legislador que reviu o Código de Processo em 2015 e (ii) o princípio da separação dos poderes do Estado”.

estabelecer que “[e]m processo de contencioso pré-contratual de valor superior à alçada o julgamento da causa compete não a um juiz singular mas a um coletivo de juizes” (cf. o Acórdão do TCA Sul de 17 de Setembro de 2015, processo n.º 12074/15), invertendo aquela que tinha sido a prática pacífica (e mais correcta) até então (veja-se, por exemplo, os anteriores Acórdãos do TCA Sul de 17 de Fevereiro de 2011, processo n.º 06985/10, de 26 de Maio de 2011, processo n.º 7514/11, e de 6 de Outubro de 2011, processo n.º 07802/11, nos quais se havia decidido que, “[n]a forma dos processos especiais urgentes do contencioso pré-contratual, a competência funcional do tribunal segue o regime do julgamento de facto e de direito por juiz singular - art.ºs. 100.º a 103.º CPTA e 40.º n.º 1 ETAF”).

No entanto, esta interpretação – sem dúvida, com apoio na *letra* da lei e que entretanto já foi reiterada em decisões subsequentes¹²³ – conduz a um resultado profundamente nocivo, o de permitir que, em caso de levantamento do efeito suspensivo automático, o autor possa recorrer da decisão de levantamento com vista a perpetuar esse efeito; do mesmo modo, se o efeito suspensivo automático não foi levantado ou se foi decretada uma medida provisória, o autor que seja confrontado com uma sentença desfavorável na acção poderá, aparentemente, através do recurso jurisdicional, prolongar a suspensão de efeitos anteriormente obtida (o que, no limite, pode propiciar condutas abusivas, sobretudo se a acção era manifestamente infundada e o recurso tiver propósitos meramente dilatórios). Em última análise, trata-se de um entendimento que permite ao autor “*retirar toda a eficácia e alcance ao incidente de levantamento do efeito suspensivo*”¹²⁴, sem que este resultado possa ser evitado através do mecanismo previsto no artigo 143.º, n.º 3, do CPTA¹²⁵, já que (incompreensivelmente, de resto) esta norma apenas permite ao *recorrente* (mas não aos *recorridos*, como seria curial) que requeira a atribuição de efeito meramente devolutivo ao recurso¹²⁶.

De sublinhar que, para impedir que o recurso constitua um meio de arrastar indefinidamente a manutenção do *status quo* obtida em sede cautelar, o legislador prevê que os recursos interpostos de decisões respeitantes a processos cautelares e seus incidentes têm efeito meramente devolutivo¹²⁷, não existindo fundamento plausível que permita explicar que o Decreto-Lei n.º 214-G/2015 não tenha estendido o mesmo regime aos recursos dos incidentes cautelares suscitados no âmbito de outros processos¹²⁸.

Esta preocupação já levou o TCA Sul, em Acórdão também de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 13747/16 (já acima citado), a entender que “[a] *alínea b) do número 2 do artigo 143.º do CPTA, interpretada extensivamente, comporta na sua previsão legal a decisão incidental proferida ao abrigo do artigo 103º-A, n.º 4, do CPTA (de deferimento ou de indeferimento do pedido de levantamento do efeito suspensivo automático previsto no nº 1 daquele artigo), que tem natureza cautelar, pelo que ao recurso que da mesma for interposto cabe efeito devolutivo*”.

¹²³ Assim, o mesmo TCA Sul, por Acórdão de 15 de Dezembro de 2016, processo n.º 212/16.5BEFUN, decidiu que os processos de contencioso pré-contratual não estão “*abrangidos pela disposição contida no art. 143º, nº2, al. b) do CPTA, que apenas se aplica às decisões respeitantes a processos cautelares*”, sendo, nesses casos, “*evidentemente aplicável a regra geral prevista no art. 143º, nº1 do CPTA, que determina que “os recursos ordinários têm efeito suspensivo da decisão recorrida”, devendo, por isso, ser atribuído efeito suspensivo ao recurso*”.

¹²⁴ Cf. ANTÓNIO CADILHA, “O efeito suspensivo...”, cit., página 12.

¹²⁵ Como equaciona CLÁUDIA VIANA, “A conformação...”, cit., página 151, nota 47.

¹²⁶ Salientando este ponto, cf. ANTÓNIO CADILHA, “O efeito suspensivo...”, cit., página 12, nota 14.

¹²⁷ A nova redacção do artigo 143.º, n.º 2, alínea b) do CPTA é até mais clara do que a redacção anterior, pois agora não há dúvidas de que têm efeito devolutivo os recursos de *todas e quaisquer decisões* proferidas em processos cautelares, independentemente de serem favoráveis ou desfavoráveis ao requerente (neste sentido, cf. RICARDO GUIMARÃES, “Os recursos...”, cit., página 772). Na redacção pré-Decreto-Lei n.º 214-G/2015, o n.º 2 do artigo 143.º apenas atribuía recurso devolutivo aos recursos interpostos de “*decisões respeitantes à adopção de providências cautelares*”, o que, pelo menos numa primeira análise, suscitava a questão de saber qual o efeito do recurso de decisões respeitantes à *não adopção* de tais providências. Para uma breve discussão do problema, cf. o nosso “O efeito dos recursos nos processos cautelares administrativos”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 101/102, Lisboa, Abril/Maio de 2013, páginas 50 e 51.

¹²⁸ Salientando a *antinomia* entre o regime dos efeitos dos recursos nos processos cautelares e dos recursos das decisões que decidam pelo levantamento da suspensão automática no contencioso pré-contratual, cf. DUARTE RODRIGUES SILVA, “O levantamento...”, cit., página 8, nota 15.

Estamos, portanto, diante de uma dúvida de tal ordem que a escassa jurisprudência que, até à data, foi chamada a pronunciar-se sobre a matéria se dividiu, registrando-se que, **no mesmo dia, o mesmo Tribunal** proferiu duas decisões **diametralmente opostas** quanto ao **mesmo problema** em análise:

- (i) Uma recusou expressamente proceder a qualquer interpretação extensiva do artigo 143.º, n.º 2, alínea b), do CPTA, afirmando de forma peremptória o efeito suspensivo do recurso, por ser essa a regra geral e por o incidente previsto no artigo 103.º-A do CPTA não poder ser reconduzido a qualquer das exceções previstas no artigo 143.º do mesmo diploma;
- (ii) A outra, considerando que, como se referiu, o novo contencioso pré-contratual incorpora, no seio da acção principal, *momentos* ou *efeitos cautelares* – ou, melhor dizendo, que o legislador enxertou formalmente, no processo principal, um incidente *materialmente* cautelar –, decidiu que o recurso interposto da acção principal teria, também ele, efeito meramente devolutivo, procedendo, para isso, a uma interpretação extensiva do que dispõe o artigo 143.º, n.º 2, alínea b), do CPTA, a propósito do recurso das sentenças proferidas no seio de (verdadeiros e próprios) processos cautelares.

Pela nossa parte, tendemos a concordar com esta última decisão e com os Autores que defendem que o efeito do recurso é, nestes casos, meramente **devolutivo**¹²⁹: apesar do seu menor suporte na *letra* da lei, esta solução é, sem dúvida, a mais consentânea com o seu *espírito*, por:

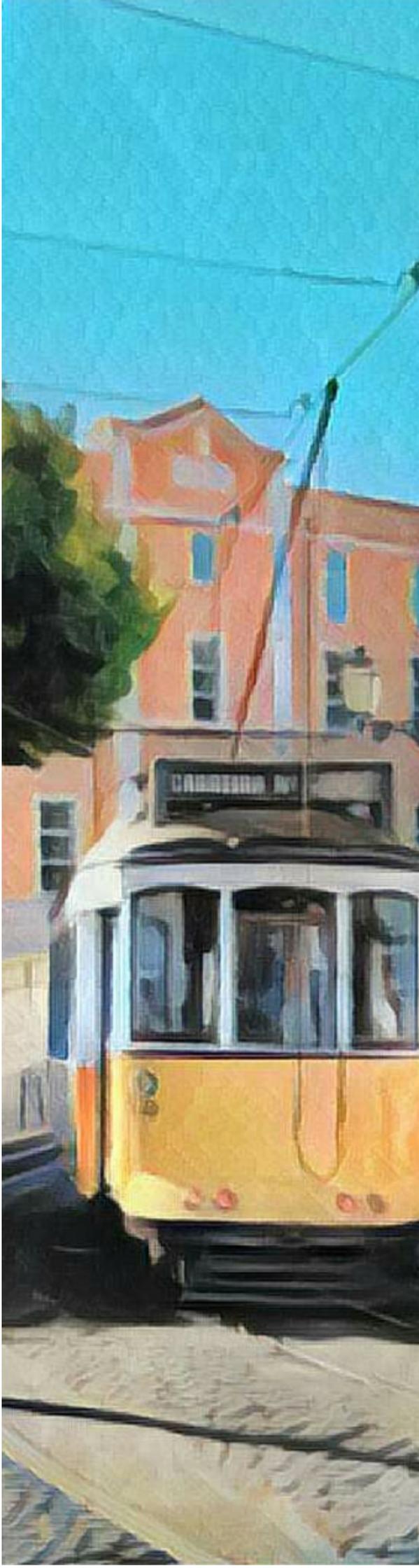
- (i) Não fazer sentido que o recurso da decisão sobre um incidente destes tenha o mesmo efeito do recurso interposto da sentença final e por, como se referiu;
- (ii) Este incidente mais não ser do que um momento *cautelar* integrado no seio da acção principal, justificando-se plenamente, por isso mesmo, a identidade de efeitos face aos do recurso das sentenças proferidas em processos cautelares propriamente ditos, tudo isto sem esquecer;
- (iii) As nefastas consequências práticas decorrentes da atribuição de um efeito suspensivo (sendo que, em derradeira linha, as entidades adjudicantes e os contrainteressados apenas disporão dos mecanismos dos artigos 531.º e 542.º do CPC para reagir a condutas processualmente abusivas do recorrente).

¹²⁹ Cf., por todos, ANTÓNIO CADILHA, “O efeito suspensivo...”, cit., páginas 12 a 14.

Também em conferências e colóquios já outras vezes autorizadas sustentaram que o recurso tem, aqui, efeito devolutivo, mas, ao que se saiba, tal opinião ainda não foi defendida por escrito por esses Autores.

23. Enfim, transitada em julgado a sentença (e/ou as decisões dos Tribunais superiores que tenham conhecido de eventuais recursos que contra aquela tenham sido interpostos), deve a Administração cumpri-la, no prazo previsto na lei (cf. artigo 175.º, n.º 1, do CPTA), podendo o interessado lançar mão de um processo executivo, em caso de falta de cumprimento espontâneo da sentença.

Não sendo este o local próprio para desenvolver o tema, sempre se dirá que, *de iure condendo*, bem andaria o legislador se previsse que a execução de sentenças proferidas no âmbito de processos urgentes seria feita através de um meio processual também ele urgente – ou seja, se estendesse a urgência do processo declarativo ao processo executivo, com encurtamento dos prazos aplicáveis (quando não com a simplificação da tramitação processual).



3. Alterações ao contencioso pré-contratual

**Margarida Olazabal
Cabral**

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL NO CPTA REVISTO ALGUMAS NOTAS*

Margarida Olazabal Cabral**

- I. Introdução;
 - II. Análise do novo regime;
 - III. Notas finais.
- Vídeo.

I. Introdução

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) revisto trouxe algumas novidades importantes em matéria de contencioso pré-contratual. Estas linhas foram escritas na sequência de uma apresentação no Centro de Estudos Judiciários sobre este tema, pelo que não têm a pretensão de analisar aprofundadamente todo o regime em causa, mas apenas de deixar algumas notas sobre alguns aspetos do novo regime, em especial sobre as questões ligadas à tutela cautelar.

Como se sabe, o contencioso pré-contratual tem, entre nós, um peso importante no conjunto de todo o contencioso administrativo, quer nos estejamos a referir ao número de processos, quer aos valores envolvidos, quer ainda à importância para a vida das empresas e da Administração Pública.

O legislador português, por exigência do Direito Europeu, tratou esta matéria com autonomia pela primeira vez em 1998 (através do Decreto-lei n.º 134/98, de 15 de maio).

Tomou nessa altura a opção que se mantém agora: criar um novo processo, da competência dos tribunais administrativos, com natureza urgente.

Entretanto, o direito europeu sofreu alterações nesta matéria e, por cá, a experiência foi permitindo avaliar o que estava mal e o que seria de manter.

A versão inicial do CPTA trouxe já alterações ao regime que vinha do diploma de 1998, e em 2010 tivemos novas alterações¹, mas a verdade é que chegámos a 2015 com um contencioso

* Comunicação efetuada nos dias 17 e 18 de dezembro de 2015, no CEJ, Lisboa, no âmbito da formação “A revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”.

** Sócia da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Docente na Universidade Católica Portuguesa.

¹ Como refere Diogo Neves, “Na sequência das alterações normativas introduzidas pela Directiva 2007/66/CE, era com inegável ânsia/expectativa que se aguardava a sua transposição para a ordem jurídica nacional. A transposição fez-se esperar (o prazo terminava a 20 de Dezembro de 2009), mas acabou por se concretizar através do Decreto-Lei n.º131/2010, de 14 de Dezembro. Contudo, ao contrário das perspectivas doutrinárias que se abriam, a transposição da Directiva fez-se de forma muito limitada e apenas quanto aos seus aspectos formais. Da leitura rápida do referido Decreto-lei 131/2010 percebemos de forma clara que este se limita, genericamente, i) a alterar o artigo 77.º do Código dos Contratos Públicos, que agora impõe que a notificação de adjudicação aos concorrentes seja acompanhada da indicação do prazo de suspensão previsto no n.º3 do artigo 95.º ou na alínea a) do n.º1 do artigo

pré-contratual que não cumpria integralmente aquelas que são as exigências do Direito Europeu nesta matéria, e que era sentido pelos diversos operadores jurídicos, e pelas empresas e cidadãos cuja tutela visa, como não satisfatório.

Desde logo, a duplicação providência cautelar / ação administrativa especial não criou um sistema de “*recursos eficazes e tão céleres quanto possível*”, como pretendido pela Diretiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho² (adiante também designada por Diretiva Recursos). Por outro lado, o artigo 128.º do CPTA, nos termos do qual o ato pode ser executado mediante mera decisão unilateral (denominada de “*resolução fundamentada*”) da entidade que o praticou, sem que exista uma decisão judicial, parecia violar as exigências da Diretiva Recursos. Para além disso, embora a jurisprudência tivesse resolvido muitas das dúvidas geradas pelo quadro legal, a verdade é que muito havia para melhorar na redação da lei sobre esta matéria.

Estavam, assim, reunidas as condições para que a revisão do CPTA tivesse necessariamente que abranger o Contencioso Pré-contratual. Tratava-se de criar um sistema de recursos mais eficazes, num quadro legal respeitador das Diretivas Europeias, e com uma redação mais cuidada.

Vejamos então o que veio o legislador de 2015 estabelecer e que novas dúvidas e questões se colocam agora. Mais do que fazer uma crítica ao novo regime (e muitas e variadas poderão ser feitas, porque não há soluções perfeitas), pretendemos nestas linhas tratar do que ficou estabelecido, e dar o nosso contributo para a interpretação de algumas normas que suscitam dúvidas, ou que têm uma redação menos conseguida.

II. Análise do novo regime

II. 1. Análise geral

O CPTA revisto mantém a opção tomada anteriormente pelo legislador nacional de incluir no âmbito do Contencioso pré-contratual urgente apenas os contratos regulados pela Diretiva Recursos, a saber, os contratos de fornecimento de empreitadas e de concessão de obras públicas, de aquisição de serviços, e de aquisição ou locação de bens móveis, alargado agora – por força das Diretivas de 2014 – aos contratos de concessão de serviços públicos.

Ficou agora clarificado que o contencioso pré-contratual abrange as ações de impugnação de atos – únicas que a letra da anterior redação do artigo 100.º referia – e as ações de condenação à prática de atos administrativos devidos.

104.º, ambos do CCP (*cláusula standstill*) **ii**) a introduzir, através do aditamento ao artigo 78.º do CCP, o mecanismo do anúncio voluntário de transparência; e **iii**) a introduzir um novo artigo, 238.º-A, que se debruce sobre a invalidade dos contratos com fundamento em vícios verificados no contexto do procedimento adjudicatório”, in “Decreto de provisorio das providências cautelares e proibição automática de execução do acto em sede de procedimentos pré-contratuais - relançar do tema à luz do direito comunitário”, Cedipre online, 20, página 12.

² Publicada no JO L n.º 335, de 20-12-2007.

Mantendo em termos gerais a opção de um processo urgente, tramitado “à imagem e semelhança” de qualquer ação que tenha por objeto atos administrativos, a novidade principal do novo regime, como se sabe, é pôr fim à referida duplicação de processos -deixando de existir, para cada ato, uma ação principal e um processo cautelar - associada a uma outra novidade que é a a distinção entre o regime dos processos que têm por objeto o ato de adjudicação e os processos que têm por objeto outros atos do procedimento pré-contratual.

Assim, e já lá voltaremos, a mera impugnação do ato de adjudicação “faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado” (artigo 103.º-A, n.º 1), enquanto, no caso dos processos que tenham por objeto outros atos do procedimento pré-contratual (impugnações ou pedidos de condenação à prática de ato devido), o risco de que a “demora do processo” ponha em causa a utilidade da sentença, pode ser acautelado através do pedido de medidas provisórias (artigo 103.º-B), as quais são tramitadas como incidentes do processo principal.

Por outro lado, o legislador mantém, como a Diretiva obriga, a possibilidade de impugnação, nos termos do regime do contencioso pré-contratual urgente, de disposições dos documentos conformadores do procedimento de formação do contrato (programa de concurso, caderno de encargos, ou outros), designadamente com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras que deles constem³.

Estas alterações trazem uma reconfiguração importante do contencioso pré-contratual, que me parece ir no bom sentido mas cujas virtudes e deméritos só a prática pode confirmar.

II.2. A impugnação do ato de adjudicação e o efeito suspensivo

1. Uma “das” questões do contencioso administrativo em geral, e, muito em particular, do contencioso da contratação pública, é a de garantir a efetividade da tutela judicial, permitindo ao lesado, em caso de ganho de causa, a possibilidade de obter a reconstituição da situação em que estaria se o ato ilegal não tivesse sido praticado – em linguagem direta, permitir-lhe celebrar e executar o contrato – sem pôr em causa a continuidade da satisfação das necessidades públicas a cargo da Administração, ou, por outras palavras, sem deixar o interesse público, e a Administração que o tem a cargo, paralisada, à mercê dos tribunais e da sua demora.

Este equilíbrio é, como se sabe, muito difícil de fazer. Quem consegue analisar esta questão, pondo-se dos vários lados (isto é, do lado de concorrentes lesados, de concorrentes vencedores, e da entidade adjudicante) bem percebe que o sistema tradicional de providência cautelar/ação no contencioso pré-contratual punha em causa o direito à tutela judicial efetiva,

³ O tema da impugnação de disposições de documentos conformadores do procedimento de formação do contrato, regulado de forma nova no artigo 103.º, não será tratado nestas linhas por me parecer que merece um tratamento autónomo. Acerca dele diria apenas que o CPTA tem uma disposição clara sobre a legitimidade do Autor nestes processos (“quem participe ou tenha interesse em participar no procedimento em causa”) e, sobretudo, traz uma importante novidade no que se refere ao prazo de impugnação admitindo que os documentos sejam impugnados “durante a pendência do procedimento a que os documentos se referem”, novidade que me parece que a prática tinha demonstrado ser importante (uma vez que o prazo de um mês para impugnar os documentos, ainda que o procedimento continuasse pendente durante vários meses, fazia pouco sentido e não tutelava adequadamente os interesses dos lesados).

mas também que um sistema generalizado de suspensão automática dos efeitos do ato (como chegou a estar previsto, no anteprojeto de revisão do CPTA, para a generalidade do contencioso dos atos administrativos) acarreta riscos para o regular funcionamento da atividade administrativa, incentivando até o recurso a Tribunal sem razão.

Sucedo que no caso do contencioso pré-contratual o legislador português tem pouca autonomia para encontrar uma solução equilibrada, embora a pudesse revestir de configurações diversas: a Diretiva Recursos, parece hoje consensual dizê-lo, exige um sistema que permita ao demandante conseguir a suspensão automática dos efeitos da adjudicação (ou, pelo menos a não celebração do contrato), suspensão essa cujo levantamento compete ao juiz (admitindo, no entanto, que esse efeito só exista quando seja requerida providência cautelar).⁴ As razões de ser desta opção são várias, e muito analisadas, importando nesta sede reter que é claro que a intenção do legislador europeu não é a de simplesmente proteger os lesados por atos de adjudicação ilegais, mas a de garantir, como um valor objetivo a tutelar, a regularidade e transparência da contratação pública, considerada fundamental para a criação de um mercado único. Por essa razão, porventura, não se terá optado por um sistema de suspensão “a pedido” do demandante, mas pela suspensão associada a qualquer impugnação, independentemente da vontade do demandante.

Neste contexto, a opção da revisão do CPTA de acabar com a providência cautelar nesta matéria parece-me bastante óbvia, importando, no entanto, analisar os vários detalhes do regime jurídico aprovado. Como se sabe, sobretudo em matérias processuais, muitas vezes “o diabo está nos detalhes”. É aí que se joga muito do mais importante.

2. O primeiro aspeto que me parece de louvar – e que constitui uma opção do legislador nacional e não uma imposição da Diretiva⁵ – é o da extensão dos efeitos suspensivos automáticos ao próprio contrato, se este já tiver sido celebrado. Desta forma fica resolvido aquele que foi muitas vezes o drama dos concorrentes ilegalmente preteridos nos procedimentos pré-contratuais, com a “corrida da entidade adjudicante à celebração do contrato”⁶ a impedir a possibilidade de suspender os efeitos do ato de adjudicação, e a inutilizar providências cautelares em que esse era o pedido. De nada serve agora à entidade adjudicante apressar-se a celebrar o contrato, pois este não constitui já uma barreira que impeça o autor de conseguir o seu desiderato.

⁴ Como referi em *“Processos urgentes principais: em especial, o contencioso pré-contratual”* (Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 94 - jul.-ago. 2012), o n.º 3 do artigo 2.º da Diretiva 2007/66/CE é categórico quanto refere que *“caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados - Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso”*.

⁵ Como a doutrina tem chamado a atenção - ver Mário Aroso de Almeida, Manual de Processo Administrativo, Almedina, 2016, 2.ª edição, página 134, e Rodrigo Esteves de Oliveira, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 115, página 20.

⁶ Com uma reflexão interessante sobre as questões colocadas à tutela pré-contratual pela assinatura do contrato, Adolfo Mesquita Nunes, *“Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da directiva 2007/66/CE”*, Revista de Direito Público e Regulação, n.º 1, 2009, pp. 35-54. NUNES, e *A urgência no contencioso pré-contratual*, tese de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, policopiado, 2008.

Note-se ainda que aquilo que agora lei prevê não é exatamente igual ao que resulta, em geral, da aplicação do disposto no artigo 128.º do CPTA no caso de requerimento de providência cautelar relativa a ato administrativo. Em primeiro lugar, o artigo 103.º-A prevê uma “*suspensão automática dos efeitos do ato*”, e não apenas uma proibição de o executar. No caso do artigo 128.º, a entidade requerida fica proibida de executar o ato, e deve impedir com urgência que os serviços ou os interessados o executem. No caso do contencioso pré-contratual, a impugnação da adjudicação determina a suspensão, *proprio sensu*, dos efeitos do ato (ou seja, este fica ineficaz até que a suspensão seja levantada ou a ação decidida). Por outro lado, pode perguntar-se qual o momento em que essa suspensão opera: no caso do artigo 128.º, a é claro que a proibição de executar começa com a notificação da entidade requerida, mas no caso do artigo 103.º-A, na letra da lei, a mera entrada em Tribunal da ação determina a suspensão dos efeitos do ato (o que coloca naturalmente a questão de saber, quais são as consequências de um ato execução depois da entrada da ação, e antes da citação da entidade demandada⁷). A grande maioria da doutrina tem-se manifestado no sentido de que também aqui a suspensão só opera com a citação da entidade requerida⁸. Devo confessar que tenho algumas dúvidas sobre esta interpretação corretiva, embora perceba a sua lógica. Parece-me, no entanto, que às vezes ainda se continua a confundir “*proibição de executar o ato*” com “*suspensão de eficácia do ato*” (sendo certo que é possível uma suspensão que opere “*ope legis*” antes da citação da entidade demandada).

4. Prevê o legislador que a entidade demandada e os contrainteressados possam solicitar ao juiz o levantamento do efeito suspensivo. Para o fazer devem alegar “*que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses*”.

O CPTA não prevê qualquer prazo para que este pedido possa ser feito, pelo que considero – e parece-me uma boa opção – que ele pode ser feito a qualquer momento durante a pendência da ação. Na verdade, pode num momento inicial não existir prejuízo para o interesse público no atraso na celebração e execução do contrato, mas esse prejuízo vir a existir, e ser grave, a partir de certa demora da mesma⁹. Discordo, assim, de Rodrigo Esteves de Oliveira que defende que existe um prazo para esse efeito, “*embora o legislador não diga que prazo é esse*”¹⁰. Para este autor, embora a lei seja omissa quanto a esse prazo, ele decorrerá de a “*parte final do artigo 103.º-A inculcar que algum prazo deve haver para o efeito*”, acrescentando ainda que “*se não houvesse prazo poder haver pronúncias da Administração e dos contrainteressados em prazos diferentes*”. Note-se, no entanto, que a referência da parte

⁷ Pense-se no exemplo de um contrato celebrado nesse período. Note-se que, conhecendo o atraso de alguns dos nossos tribunais a citar, mesmo em processos urgentes, esta hipótese não é meramente académica.

⁸ Entre outros, Marco Caldeira, “A impugnação de actos no novo CPTA; âmbito, delimitação e pressupostos”, Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA, AAFDL, 2016, p. 270, nota 80; Pedro Melo / Maria Ataíde Cordeiro, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA, AAFDL, 2016, p. 119.

⁹ Aliás, este mesmo raciocínio deveria ter levado a acabar com o prazo de 15 dias para a resolução fundamentada previsto no artigo 128.º do CPTA. Tal prazo tem a consequência de levar a que, num raciocínio “à cautela”, mesmo naquelas situações em que possa existir algum diferimento da execução do ato sem prejuízo para o interesse público, a entidade requerida emita resolução fundamentada. A resolução fundamentada tornou-se uma regra em providências cautelares que têm por objeto atos em parte devido à previsão de um prazo de 15 dias para a respetiva emissão.

¹⁰ In CJA, citado, página 21.

final do artigo 103.º-A não diz respeito a qualquer suposto prazo para o demandado ou os contrainteressados pedirem o levantamento da suspensão, mas antes ao prazo para o demandante se pronunciar sobre o pedido (ou pedidos) de levantamento que tenha sido apresentado (embora não esteja redigida da forma mais feliz porque o demandante será, em princípio, e refere-se a *“data da última pronúncia apresentada”*). Em qualquer caso, o referido autor acaba por defender a possibilidade de vir a pedir esse levantamento mais tarde com base em *“circunstâncias supervenientes”* (o que não acontece no caso do artigo 128.º e da Resolução Fundamentada, pelo que não se percebe também qual seria a base legal para admitir esta possibilidade).

Naturalmente, o interesse do demandado e dos contrainteressados é, regra geral, o de pedir o levantamento da suspensão no menor curto espaço de tempo possível, mas a lei não lhe impõe qualquer prazo, pelo que o intérprete não se deve substituir ao legislador e criar tal prazo. Detenho-me um pouco mais neste ponto porque, embora compreenda a preocupação em *“ordenar”* num prazo todos os pedidos de levantamento, me parece que o intérprete deve evitar criar prazos que o legislador não estabeleceu: esse é um tipo de raciocínio e de interpretação que alguns dos nossos juizes, para sua própria segurança, tendem a fazer, *“criando”* prazos quando a lei não os estabelece, e me parece que deve ser evitado, desde logo porque dá azo a decisões judiciais formais (*“indefer-se o levantamento porque foi solicitado fora de prazo”*), quando aquilo que a Justiça precisa é de decisões que atendam à materialidade da situação sob juízo (ainda para mais quando é o interesse público que está em causa).

Aquilo que o legislador veio estabelecer foram prazos de pronúncia do Autor e de decisão do juiz. E aqui sou crítica da opção tomada: na verdade, nos termos da lei, a decisão de levantamento (ou não) da suspensão de efeito pode legitimamente ser tomada decorridos 17 dias desde a notificação da entidade demandada para se pronunciar. Ora, não se compreende por que razão a lei estabeleceu aqui um prazo fixo para o demandante se pronunciar (e este terá o interesse em pronunciar-se o mais tarde possível), e concedeu 10 dias ao juiz para tomar a decisão. É verdade, lamentavelmente, que sabemos que os juizes nem sempre cumprem estes prazos, e que muitas das vezes nem têm condições para os cumprir (por excesso de trabalho, desde logo). Podemos até dizer – conhecendo a realidade - que uma decisão nestes prazos do artigo 103.º-A - 3 semanas desde o pedido - *“não será mau”*. No entanto, aquilo com que não concordo é com a lógica do legislador de fixar prazos rígidos, face à infinidade de situações que a vida pode trazer, nalgumas das quais podemos facilmente conceber uma urgência maior do que aquela que o legislador aqui considerou. Por que razão não optou aqui o legislador por uma norma equivalente a do n.º 2 do artigo 103.º-B (que regula as medidas provisórias), nos termos da qual *“a respetiva tramitação (deve) ser determinada, no respeito pelo contraditório, em função da complexidade e urgência do caso”*? Parecia-me mais adequado.

5. A lei também não é clara quanto aos critérios de decisão do juiz acerca do levantamento, ou não, dos efeitos suspensivos. Na verdade, e como tem vindo a ser assinalado, existe uma duplicação da parte final do n.º 2 (*“havendo lugar na decisão à aplicação do critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º”*) e o n.º 4 (*“o efeito suspensivo é levantado quando ponderados os*

interesses suscetíveis de serem lesados, os danos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento”), ambos do artigo 103.º-A. Em bom rigor, a diferença fundamental que existe entre as duas previsões é a possibilidade de substituir o levantamento da suspensão por outras providências. Embora existam interpretações diferentes, estou convencida que o n.º 4 se manteve no CPTA por mero lapso: numa versão do anteprojeto tratava-se do único número onde se regulava o critério de decisão, e, quando esta matéria passou a ser integralmente tratada no n.º 3, o legislador material não reparou e manteve o n.º 4. Em qualquer caso, dizendo o n.º 2 mais do que o n.º 4 parece-me que deve prevalecer.

Sem grande novidade diria que o legislador estabeleceu aqui uma lógica de ponderação de interesses, exigindo ao demandado e aos contrainteressados um especial cuidado no pedido de levantamento – quer solicitando-lhes que alegue que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público, quer que as consequências lesivas da manutenção da suspensão seriam claramente prejudiciais para o interesse público – e exigindo-lhes que provem (através de prova a oferecer na resposta ao pedido de levantamento nos termos do artigo 293º n.º 1, conjugado com o artigo 292º, ambos do CPC de 2013, *ex vi* art. 1º, do CPTA) – os prejuízos que decorreriam do levantamento do efeito suspensivo.

Embora o legislador qualifique o tipo de prejuízo (grave) e a natureza da desproporção (clara) a alegar e provar, a remissão para o n.º 2 do artigo 120.º leva-me a concluir que a tarefa do juiz será, a partir daí, de uma ponderação de danos verdadeira (entre os que decorreriam do levantamento e os que adviriam da suspensão), devendo a suspensão ser levantada se os prejuízos para o interesse público e privado em presença decorrentes da manutenção do efeito suspensivo forem superiores aos danos para os interesses em presença decorrentes do levantamento. Essa é a única interpretação que garante a proteção igual dos vários interesses em presença, não se vendo como seria constitucionalmente admissível privilegiar a proteção dos interesses do demandante face aos interesses da entidade demandada e dos contrainteressados (sem esquecer as exigências da Diretiva Recursos a este propósito).

Entendo as referências da primeira parte do n.º 2 do artigo 103.º-A como pondo um ónus no demandado e nos contrainteressados no tipo de alegação que devem fazer, no sentido de afastar a pré-compreensão que vigorou durante tantos anos de que o interesse público será sempre prejudicado com a suspensão, pelo que deveria sempre prevalecer o interesse da entidade adjudicante na execução do ato. Trata-se também de afastar a ideia de que o único prejuízo do Requerente que seria relevante seria o risco de insolvência decorrente da frustração da execução do contrato, como tantas vezes a jurisprudência exigia.

O legislador deixa assim uma nota no que se refere à tutela pré contratual no sentido de afastar algum “*facilitismo judicial*” na valorização dos prejuízos para o interesse público (em que pouco se exigia da entidade demandada em termos de alegação e ponderação). Agora requer-se que a entidade demandada invoque prejuízos concretos e graves, ou desproporcionados. Não basta o mero atraso na celebração do contrato ou na sua execução.

Mas não é mais do que isso o que se prevê no artigo 103.º A quanto ao prejuízo decorrente da manutenção de suspensão, tendo o juiz que decidir, ponderando todos os danos em pé de igualdade^{11 12}.

Acresce que nessa ponderação o juiz tem obviamente de considerar a resposta do demandante que tanto pode ter invocado o prejuízo que para si advirá do levantamento da suspensão, como também ter rebatido os prejuízos alegados pela entidade demandada e/ou contrainteressados, para que estes possam ser ponderados pelo juiz. Se o demandante nada disser – e essa pode ser uma opção, desde logo porque que a lei veio prever o efeito suspensivo automático, sem qualquer pedido do Autor que até poderia estar conformado com execução do ato – isso deverá ser devidamente ponderado pelo juiz, e não poderá deixar de ser considerado como o reconhecimento de que para si não advêm prejuízos graves do levantamento da suspensão, e mesmo com um conformar-se com uma decisão dessa natureza. Porque não podemos chegar, na interpretação da lei, a resultados absurdos, dir-se-ia que nesse caso, na generalidade das situações, o juiz deverá levantar a suspensão¹³.

6. Coloca-se também aqui a velha questão de saber se o juiz deve ponderar o *fumus boni juris* nesta decisão (em termos paralelos ao que se colocava, antes da revisão do CPTA, a propósito das providências cautelares). Não tenho dúvidas em afirmar que a intensidade da lesão dos interesses do demandante ou do demandado é também decorrente da probabilidade de sucesso ou insucesso da ação. Neste sentido, o juiz não pode deixar de ponderar, com a superficialidade própria desta decisão, e dos prazos para a adotar, uma manifesta improcedência, ou uma probabilidade ostensiva de procedência. Porque uma lesão para o interesse público decorrente do atraso na celebração de um contrato que seria manifestamente ilegal, dificilmente será qualificável como grave (pois grave será deixar executar um contrato claramente inválido), da mesma forma que não terá peso o prejuízo para o autor decorrente da execução da adjudicação que este pretende anular, no caso em que seja claro que a mesma não padece das ilegalidades que o autor lhe imputa.

7. Finalmente, uma questão fundamental (já bem tratada pela doutrina e, felizmente, por alguma jurisprudência¹⁴): a de saber quais os efeitos do recurso de decisão de levantamento do efeito suspensivo. Atrever-me-ia a dizer que, por lapso, o legislador não tratou de forma especial esta matéria, pelo que temos de recorrer às regras gerais constantes do CPTA sobre

¹¹ No mesmo sentido, António Cadilha, “o efeito suspensivo automático de atos de adjudicação”, CJA, n.º 119, Setembro-Outubro 2016, página 10 e 11. Em sentido algo diferente, na linha do defendido por Rodrigo Esteves de Oliveira conforme aí citado, o Acórdão do TCA Norte de 14/7/2016, processo n.º 13444/16, o qual parece ser mais exigente no que se refere aos danos e à gravidade do prejuízo que justificam o levantamento, do que aqueles que permitem manter o efeito suspensivo).

¹² Note-se em qualquer caso que o que se regula no artigo 103.º- A é muito diferente da situação regulada no artigo 128.º a propósito da Resolução Fundamentada pois naquele caso dá-se a uma das partes o direito de unilateralmente levantar a suspensão, razão pela qual o dano que fundamenta tal decisão tem de ser de especial gravidade, enquanto no caso do artigo 103.º- A se trata de uma decisão judicial que tem de ponderar todos os interesses em presença (não se compreendendo como possa dar mais peso a uns do que a outros).

¹³ Em sentido aparentemente diverso, Duarte Rodrigues da Silva, Cadernos Sêrvulo 1/2016, página 11, parecendo conformar-se com uma interpretação da lei que reconhece que conduz a “situações manifestamente injustas e premiar intuitos ocultos meramente dilatatórios”. No sentido por mim defendido António Cadilha, citado,, página 10 e 11

¹⁴ Na doutrina, veja-se António Cadilha, citado; na jurisprudência, veja-se o acórdão do TCA Sul de 24-11-2016, processo 13747/16, in www.dgsi.pt.

recursos, e respetivos efeitos. Na verdade, embora possamos estar convencidos que se tratou de um esquecimento, o artigo 9.º do Código Civil determina que não podemos raciocinar assim na interpretação da lei, tendo antes de presumir “*que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*”. Vejamos, então, a que conclusão isso nos leva.

Em primeiro lugar, julgo não existirem dúvidas de que a decisão de levantamento dos efeitos suspensivos (assim como a contrária) é suscetível de recurso autónomo, nos casos em que a causa tenha valor superior ao da alçada do tribunal, nos termos do disposto no artigo 142.º, n.º 5 do CPTA e nos artigos 629.º e 644.º, n.º 2, alínea h), do Código de Processo Civil.

A dúvida que parece existir é a de saber qual o efeito deste recurso: uma vez que não se trata formalmente de uma decisão “*respeitante a processo cautelar e respetivos incidentes*” [artigo 143.º, n.º 2, alínea c)], alguns dos nossos juizes da primeira instância têm considerado que o recurso desta decisão teria efeito suspensivo, nos termos gerais estabelecidos no n.º 1 do artigo 143.º do CPTA, o que se me afigura ser uma decisão gravemente errada.

Na verdade, desde logo a razão de ser de admissão deste recurso autónomo, a de que se trata de uma decisão cuja impugnação com a decisão final seria inútil, ficaria obviamente posta em causa se o recurso tivesse efeito suspensivo. É que só um recurso com efeito devolutivo tem utilidade para o autor, sendo certo que a decisão do Tribunal para o qual se recorre (na maior parte dos casos, o Tribunal Central Administrativo) demorará a ser adotada, e, em grande parte dos casos, só será adotada depois de decidida a ação de contencioso pré-contratual, ou muito perto dela. Atribuir ao recurso da decisão de levantamento do efeito suspensivo previsto no artigo 103.º-A um efeito suspensivo, mesmo depois de um juiz ter ponderado prejuízos e ter concluído pela preponderância do prejuízo para o interesse público decorrente da manutenção de tal efeito, seria comprometer a atuação da Administração Pública, pôr em sérios riscos o interesse público.

Para além disso, tornaria verdadeiramente útil a impugnação abusiva de atos de adjudicação, sem qualquer fundamento, permitindo a paralisação dos mesmos por vários meses, mesmo em situações em que se teria constatado que haveria graves prejuízos para o interesse público na suspensão do ato¹⁵.

Parece-me claro que o legislador não pode ter pretendido estabelecer um tal regime. Aliás, as razões que levaram o legislador a estabelecer o efeito devolutivo do recurso de decisões respeitantes a processos cautelares e seus incidentes têm aqui plena aplicação.

Na verdade, embora seja adotada num processo principal, esta decisão tem exatamente a mesma natureza do que uma decisão respeitante a processo cautelar. Relembre-se, aliás, que o próprio artigo 103.º-A, n.º 2 manda aplicar o estabelecido para a decisão das providências

¹⁵ Dir-se-ia que o legislador também deveria ter regulado, de forma especial, as consequências do uso abusivo da ação de impugnação de atos de adjudicação (as quais, com o efeito suspensivo automático se tornam particularmente atraentes, sobretudo para os “incumbentes”). É certo que poderá ser aplicado a taxa sancionatória prevista no artigo 531.º do Código de Processo Civil, mas a disposição do CPTA com um regime mais gravoso sobre utilização abusiva de providência cautelar – o artigo 126.º do CPTA – só poderia ser aplicada a esta situação por analogia, o que seria de legitimidade muito duvidosa, pois dificilmente se pode dizer que existe uma lacuna.

cautelares. Trata-se, por isso, de uma decisão adotada com os mesmos pressupostos do que a decisão numa qualquer providência cautelar: do que se trata com o efeito suspensivo automático é de, com uma tutela provisória, salvaguardar o efeito útil da sentença; o que está em causa na decisão de levantamento é a de decidir sobre a manutenção ou não dessa tutela provisória.

Ora, o juiz deve reconhecer isso mesmo, conferindo efeito meramente devolutivo ao recurso. Deve considerar que o disposto na alínea b), do n.º 2 do artigo 143.º, se aplica, por interpretação extensiva¹⁶.

II.3. As medidas provisórias

Para todos os outros atos, que não o ato de adjudicação, dando igualmente cumprimento à Diretiva 2007/66/CE, o legislador prevê a possibilidade de medidas provisórias que funcionarão como um incidente na ação que tenha por objeto o ato. Note-se que podem ser objeto desta medida atos de natureza muito diversa, como por exemplo, o ato de exclusão de um procedimento pré-contratual, a decisão de abertura de um concurso, a decisão de qualificação, o ato de anulação de um procedimento pré-contratual, aos quais se aplicava até esta revisão do CPTA o disposto no artigo 132.º (que se mantém agora apenas para os contratos não abrangidos pelo artigo 100.º¹⁷).

Provavelmente por essa razão, o legislador vem prever para as medidas provisórias um regime muito flexível e adaptável à situação sob júízo. O Requerente pode pedir qualquer medida que entenda adequada, ficando a seu cargo demonstrar essa adequação. Note-se que, nos termos do n.º 1 do artigo 103.º-B, se trata de requerer *“a adoção de medidas provisórias dirigidas a prevenir o risco de, no momento em que a sentença venha a ser produzida, se ter constituído uma situação de facto consumado, ou já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria o escolhido como adjudicatário.”* Aquilo que está em causa é prevenir o *“periculum in mora”*, o perigo de perda de utilidade do processo, pelo que compete ao Requerente demonstrar que a medida por si solicitada é de molde a evitar esse risco.

¹⁶ Para quem entenda que isto não se resolve com interpretação extensiva que proponho, deve lembrar-se que, ainda que não estejamos perante a situação do n.º 3 do artigo 143.º- disposição que, aliás, parece ter um lapso pois não faz sentido que o recorrente (parte vencida) solicite o efeito devolutivo porque a suspensão dos efeitos da sentença seria prejudicial para a parte vencedora – desta disposição decorre que o juiz tem a possibilidade de alterar o “efeito-regra” da sentença, face à ponderação das circunstâncias do caso concreto, o que é mais um dado para defender que o juiz não terá de se conformar com a aplicação cega do disposto no n.º 1 do artigo 143.º do CPTA. E não nos convence o argumento de que na situação regulada é o recorrente que pode pedir a alteração do efeito do recurso, pois não só a disposição quer dar essa possibilidade ao recorrente (e deve ser lida dessa forma), como não vejo porque, num sistema de igualdade entre as partes, não há-de o recorrido ter também essa possibilidade. O caso em apreço seria um caso claro em que a mesma teria de lhe ser reconhecida, se se entendesse que não se resolveria pelo disposto na alínea b), do n.º 2 do artigo 143.º do CPTA.

¹⁷ Não deixa de ser estranho que uma disposição que nasceu para dar cumprimento à Diretiva Recursos se mantenha no CPTA para os contratos aos quais não se aplica a referida Diretiva. Não vejo razão para que estes contratos estejam sujeitos a um regime especial em matéria de providências cautelares pelo que me parece que, com os novos artigos 103.º-A e 103.º-B do CPTA, o artigo 132.º poderia ter sido revogado.

Em segundo lugar, o pedido é tramitado como um incidente no próprio processo, “*no respeito pelo contraditório, em função da complexidade e urgência do caso*”. O legislador resolveu assim, e eu diria que fez bem, dar uma enorme margem ao juiz para decidir das diligências que deve efetuar e dos prazos que deve impor e respeitar na realização das mesmas. Não se venha dizer que o prazo aplicável para os atos das partes (designadamente para o demandado responder ao pedido) será aqui o prazo previsto para esse efeito no artigo 103.º-A, n.º 3, ou o prazo supletivo de 10 dias previsto no artigo 29.º, uma vez que aquilo que o legislador pretendeu foi precisamente conferir poder ao juiz para fixar os prazos, e a tramitação, adequada ao caso concreto (podendo este solicitar ao demandado que se pronuncie em 3 dias, ou mesmo convocar as partes para uma audiência nos prazos que entender). Ora, como já se referiu supra um prazo de 7 dias, ou de 10 dias, pode revelar-se num determinado caso como excessivo. A segurança da fixação legal de um prazo certo (que pode ter vantagens para as partes, mas também para o próprio juiz) é aqui substituída, com vantagem ainda maior dados os contornos de urgência em que se enquadram os pedidos de medidas provisórias, pela flexibilidade de uma tramitação que se adapte, e sirva, o caso concreto.

O requerimento das medidas provisórias não tem qualquer efeito automático, não se lhe aplicando o disposto no artigo 128.º do CPTA. A esta opção do legislador tem que se associar a possibilidade de o requerente solicitar ao juiz que decrete uma suspensão provisória (pré-cautelar) do ato (ou do próprio procedimento) durante a pendência do incidente relativo às medidas provisórias. Se o fizer, o juiz terá que tomar uma decisão em tempo útil, sendo possível que decrete essa suspensão logo que analise o requerimento, e mesmo sem ouvir a entidade requerida, à qual poderá dar oportunidade de solicitar posteriormente o levantamento. Considero que a decisão relativa à tramitação de um tal pedido de tutela cabe dentro dos poderes de gestão do juiz atribuídos pelo n.º 2 do artigo 103.º-B.

Em terceiro lugar, coloca-se a questão de saber qual o critério a que o juiz deve recorrer para decidir o pedido de medidas provisórias, o que, visto na perspectiva do demandante e do demandado leva a perguntar que prejuízos/interesses lesados têm estes que alegar e provar para que as medidas sejam decretadas ou recusadas. A lei estabelece que “*a medida provisória é recusada quando os danos que resultariam da sua adoção se mostrem superiores aos que podem resultar da sua adoção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada por outras medidas*”, tendo já sido defendido que estabelece um regime “*in dubio pro decretamento*” (o que tenho algumas dúvidas que seja verdade, mesmo considerando o texto da lei e o texto da Diretiva Recursos).

Pode perguntar-se se a lesão que resultaria da não adoção das medidas, lesão a que a lei se refere, é apenas a do n.º 1 do mesmo 103.º-B, isto é, o perigo de se constituir uma situação de facto consumado ou de não ser possível retomar o procedimento pré-contratual, de tal forma que apenas competisse ao demandante invocar e provar esse *periculum in mora* e a adequação da medida requerida para o acautelar.

Diria também aqui que o texto da lei tem a vantagem de admitir que o dano correspondente à perda de possibilidade de celebrar o contrato constitui um dano em si mesmo, que deve ser ponderado (repito: contra uma ideia vigente em muita da nossa jurisprudência nos termos da

qual apenas o risco de insolvência decorrente desse facto deveria ser valorizado). No entanto, comete-lhe, e é do interesse do demandante (requerente das medidas provisórias) alegar de forma concreta, e provar, todos os prejuízos que para si podem resultar da não concessão da medida provisória (incluindo a probabilidade que teria de vir a obter o contrato, as consequências concretas que para si representa não poder celebrar aquele contrato, e todos os outros danos resultantes do ato em causa) de forma a que na ponderação de prejuízos o Tribunal não conclua que os danos que resultariam da adoção da providência requerida são superiores aos que resultam da recusa da mesma. Nesse sentido, diria que o que se passa em matéria de medidas provisórias não é muito diferente daquilo que se passa em sede de levantamento do pedido de suspensão automática, embora a situação de partida seja a inversa e os danos em causa possam variar muito em função do ato que pode estar em causa, e da medida requerida. É preciso também não esquecer o poder/dever de o Tribunal substituir a medida por outra diferente, em vez de a recusar, no caso de concluir que existe uma medida menos gravosa cuja adoção não acarreta danos superiores ao da sua recusa. Diria ainda que o “*fumus boni jûris*” deve aqui ser ponderado nos mesmos termos em que defendi que o deveria ser para efeitos do artigo 103.º-A. Como afirmei supra, a intensidade dos prejuízos para o demandante ou para o demandado não é a mesma se houver uma probabilidade séria de ganho de causa, ou se se tratar manifestamente de uma ação destinada ao insucesso.

Embora a lei não seja clara nesse sentido – e haveria vantagem em que o fosse – julgo que o disposto no artigo 103.º-B afasta o recurso às providências cautelares reguladas no artigo 112.º e seguintes, no caso de processos a que se aplique o artigo 100.º do CPTA. Na verdade, tratando-se aqui de dar cumprimento ao disposto na Diretiva Recursos, e sabendo-se que esta visa não apenas tutelar o interessado dos potenciais lesados em procedimentos de contratação pública, mas o interesse público envolvido, e tendo o legislador ponderado que esse desiderato se obteria – no caso de processos que não tenham por objeto o ato de adjudicação – através das medidas provisórias previstas no artigo 103.º-B, não faria sentido permitir aos interessados que utilizassem alternativamente as providências previstas no artigo 112.º (embora estes pudessem ter interesse em fazê-lo, designadamente para que pudessem beneficiar do regime do artigo 128.º do CPTA). Acresce que o artigo 132.º esclarece que não se aplica aos contratos do artigo 100.º, o que parece decidir a questão no sentido aqui defendido.

III. Notas finais

Em jeito de conclusão, e lamentando o muito que ficou por tratar, voltemos à grande novidade deste regime: a questão do efeito suspensivo automático. Não é novo o que aqui afirmo: o funcionamento deste novo sistema depende dos juízes, pedindo-se-lhes, como alguns referem que sejam *super-juízes*. Na verdade, e como já foi dito, esta opção ou uma parecida é imposta pela Diretiva Recursos, pelo que o legislador nacional pode sempre dizer que não tinha outra alternativa. Acresce que não existe, do meu ponto de vista, outra forma de procurar garantir algum equilíbrio entre a tutela do interesse público, a tutela do adjudicatário e a tutela dos lesados, que não seja a de confiar essa tarefa aos juízes, uma vez que só eles podem decidir em função das circunstâncias do caso concreto, e destas depende o pretendido ponto de equilíbrio.

Em qualquer caso, cumpre assinalar que este novo regime de suspensão automática dos efeitos da adjudicação não exige apenas uma nova atitude aos juízes: requer também uma nova postura por parte dos diversos intervenientes. Às entidades adjudicantes pede-se desde logo que tenham presente este risco de suspensão quando planeiam e preparam os procedimentos de contratação pública e a celebração de novos contratos. Por um lado, exige-lhes ainda mais prudência no escrupuloso cumprimento da lei. Aos candidatos e concorrentes solicita-se que, ainda que pondo em primeiro lugar, sempre, os seus interesses (que só eles sabem quais são) não recorram à Justiça apenas para suspenderem (e prolongarem) contratos, independentemente da sua razão, lembrando que, sendo umas vezes ganhadores e outras perdedores, todos terão a perder com essa banalização do contencioso pré-contratual.

Dito isto, reconhece-se que quer porque os juízes não têm condições para decidir rapidamente, e com total conhecimento do caso, quer porque alguns continuam a entender que a Justiça se faz dentro de gabinetes e de costas voltadas para a realidade concreta (como se isso contribuísse para a isenção e imparcialidade) – esquecendo-se de que o tempo da Justiça tem que se aproximar nestas matérias do ritmo da vida, e que não se decide bem se não se compreender a realidade na sua complexidade -, passados alguns meses de aplicação do CPTA revisto, os resultados afiguram-se muito insatisfatórios no que à justiça pré-contratual diz respeito.

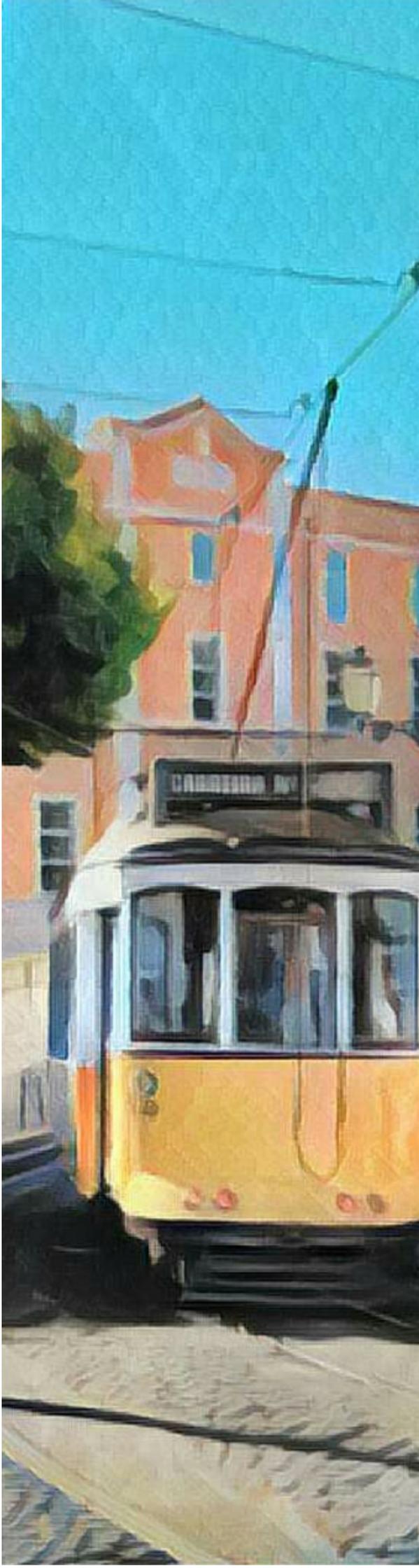
Estou cada vez mais convencida de que serão precisas alterações mais radicais. Tribunais especializados? Arbitragem necessária? Autoridades administrativas independentes?¹⁸ Isso seria tema para um outro artigo.

¹⁸ Veja-se a este propósito o artigo “La experiencia del funcionamiento del recurso administrativo especial y de los tribunales administrativos de contratación pública en España”, de *José María Gimeno Feliu*, in *CJA*, n.º 116.

Vídeo da comunicação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/14nxwp76e3/flash.html>



4.
Responsabilidade
pré-contratual
das entidades
adjudicantes e
perda de *chance*

Rui Cardona Ferreira

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DAS ENTIDADES ADJUDICANTES E PERDA DE *CHANCE**

Rui Cardona Ferreira**

1. Introdução;
 2. A figura da perda de *chance*;
 - 2.1. Origem e evolução histórica;
 - 2.1.1. Em geral;
 - 2.1.2. Na responsabilidade civil por ato médico;
 - 2.1.3. Apreciação no contexto do sistema de responsabilidade civil francês;
 - 2.2. Apreciação crítica: a questionável autonomia do dano patrimonial de perda de *chance*;
 3. A responsabilidade das entidades adjudicantes;
 - 3.1. O enigmático artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE;
 - 3.2. O regime da culpa *in contrahendo* e a indemnização do interesse contratual positivo;
 - 3.3. A (limitada) discricionariedade das entidades adjudicantes;
 - 3.4. A deslocação do problema para o plano da responsabilidade pela inexecução de sentença anulatória;
 4. Conclusão;
 5. Bibliografia.
- Vídeo.

1. Introdução

O presente texto serviu de base à intervenção que tivemos oportunidade de fazer na conferência organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, dedicada ao tema da responsabilidade civil das entidades públicas e que teve lugar no dia 10 de maio de 2013. Afigurando-se-nos, por um lado, que o tema da perda de *chance* não é específico da contratação pública e, por outro, que a problemática da responsabilidade das entidades adjudicantes não se cinge à relevância da perda de *chance*, optámos por abordar primeiro a figura da perda de *chance* e ocupar-nos, depois, dos aspetos específicos da contratação pública.

Deve ressaltar-se, porém, que o teor deste texto não é original e corresponde, com adaptações, ao que já escrevemos noutros locais¹. Se tais adaptações permitiram condensar o texto, poderão ter contribuído também, num ou noutro aspeto, para tornar a exposição menos completa ou menos fundamentada, pelo que se convida os leitores a confrontar, sempre que possível, os escritos originários.

* Comunicação efetuada no dia 10 de maio de 2013, no CEJ, Lisboa, no âmbito da formação “Responsabilidade Civil do Estado”.

** Docente Universitário e Advogado.

¹ Cf. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra, 2011, “Perda de *chance* – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática”, in *O Direito*, 2012, tomo I, e “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 97 (Jan./Fev. 2013).

2. A figura da perda de *chance*

2.1. Origem e evolução histórica

2.1.1. Em geral

A origem da figura da perda de *chance* remonta ao acórdão tirado pela *Cour de cassation* em 17 de julho de 1889, no qual foi concedido provimento a um pedido de indemnização pela perda da possibilidade de prossecução de um processo judicial e, por conseguinte, de obtenção de ganho de causa².

Desde esse acórdão, o mesmo Tribunal superior vem confirmando regularmente a respetiva doutrina e admitindo a indemnização do dano de perda de *chance*, em particular nos casos de responsabilidade civil profissional no âmbito do patrocínio judiciário. Está em causa, fundamentalmente, a ideia de que a falta cometida pelo advogado ou consultor que resulte na perda da *hipótese* ou *possibilidade* de conservação ou satisfação dos direitos do respetivo cliente constitui um dano indemnizável. O mesmo racional foi, porém, paulatinamente alargado aos mais diversos domínios de aplicação, tendo a jurisprudência francesa admitido que a indemnização pela perda de *chance* tenha lugar em contextos tão diversos como os jogos de fortuna ou azar, competições desportivas, a progressão na carreira profissional, o desenvolvimento de atividade científica ou comercial e o acesso a determinadas funções.

Entre os domínios de aplicação desta teoria aceites pela jurisprudência civil francesa encontram-se ainda os casos de perda da *chance* de celebração de um contrato ou da respetiva execução – e, conseqüentemente, de auferir os ganhos respetivos –, designadamente nas situações de *rutura de negociações*.

Constata-se, pois, que a jurisprudência francesa aceita a aplicação da noção de perda de *chance* de forma muito ampla. Como referem GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, aquela noção tem encontrado, em França, campo fértil, quer na área da responsabilidade delitual, quer na da responsabilidade obrigacional, tendo como pressuposto o desaparecimento da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou de uma vantagem: a jurisprudência tende a vislumbrar aí um dano *direto* e *certo*, embora admitindo que, *por definição, a realização de uma chance nunca é certa*³. Também YVES CHARTIER assinala, aliás, que «*não há limites de princípio, nem domínio reservado*» à aplicação da perda de *chance*⁴.

² Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil – Les Conditions de la Responsabilité*, 3.ª ed., Paris, 2006, p. 91, e YVES CHARTIER, *La Réparation du Préjudice dans la Responsabilité Civile*, Paris, 1983, p. 33.

³ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 96. Conforme aí dão nota as Autoras, a *facilidade* com que a jurisprudência francesa tem recorrido à figura da perda de *chance* induziu, aliás, um efeito perverso ou abusivo, verificando-se, por vezes, a atribuição de uma indemnização *parcial* em casos que esta deveria ter sido atribuída *integralmente*, por referência à perda do objeto ou do bem sobre o qual incidia a *chance* e não à perda da *chance* em si mesma.

⁴ In *La Réparation...*, cit., p. 50.

Não obstante a larga projeção da figura da perda de *chance* na jurisprudência dos tribunais franceses, para que a respetiva indemnização seja admitida não deixam aqueles de impor determinados requisitos. Com efeito, para além da verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, incluindo a existência do dano e de umnexo de causalidade entre o facto lesivo e o dano, exige-se que a *chance* a indemnizar seja *real* e *séria*.

Assim, para que a perda de *chance* seja indemnizável, não basta a constatação da prévia existência, numa qualquer medida, da oportunidade ou da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou vantagem por parte do lesado, em face do circunstancialismo concretamente existente, que tenham sido destruídas em resultado do facto lesivo ocorrido. Para tal, é ainda necessário que a concretização da *chance* se apresente com um grau de probabilidade ou verosimilhança razoável e não com carácter meramente hipotético.

De outra forma, a perda de *chance* não se apresenta, segundo a jurisprudência francesa e a doutrina dominantes, revestida da *certeza* que é condição da indemnizabilidade do dano⁵. Daí a necessidade de verificar se a *chance* é real e séria, o que não é senão, como assinala YVES CHARTIER, «(...) *uma outra forma de exprimir que o evento tornado impossível era provável*»⁶. Nessa *probabilidade* de ocorrência do evento final reside a *certeza* de que depende, em geral, a indemnizabilidade do dano, quando nos situemos no domínio da perda de *chance*. Por outras palavras, a *certeza* do dano indemnizável é aqui *degradada* em mera probabilidade de ocorrência do resultado a que a *chance* se refere.

Tal orientação não é, contudo, inteiramente uniforme. A questão tem sido discutida, fundamentalmente, a respeito da responsabilidade civil profissional no âmbito do patrocínio judiciário e que, como referimos acima, está historicamente na génese da figura da perda de *chance*. Embora a jurisprudência dominante exija a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na ação perdida (ou não proposta) – o que pressupõe uma profunda indagação quanto ao fundo da causa respetiva –, sob pena de não se considerar verificada a *certeza* do dano, outra corrente jurisprudencial tem concedido a indemnização ao lesado independentemente desse circunstancialismo, invocando que nenhuma ação judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendência processual constitui um fator de pressão sobre a contraparte⁷.

De acordo com esta segunda linha de orientação, o baixo grau de probabilidade de obtenção de uma decisão judicial favorável na ação primitiva não impede a atribuição de uma indemnização ao cliente lesado, mas apenas influi no respetivo *quantum* indemnizatório. Parece ser também esta a posição considerada preferível por GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, admitindo que haja lugar a indemnização sempre que a improcedência da ação primitiva não fosse certa e reconhecendo que a condenação no pagamento da indemnização teria aqui, pelo menos, «(...) *uma função de pena privada que pode ser útil*»⁸.

⁵ *Ibidem*, p. 99.

⁶ In *La Réparation...*, cit., p. 50.

⁷ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., pp. 99-100.

⁸ *Ibidem*, p. 100.

Já no que toca à fixação do montante da indemnização, é normalmente afirmado que a perda de *chance* apenas dá lugar a uma indemnização *parcial*. Com isso, pretende-se assinalar que a indemnização corresponde unicamente a uma fração do valor que corresponderia à destruição do próprio bem ou vantagem que deixou de concretizar-se em resultado da perda de *chance*.

Do ponto de vista dogmático, porém, a doutrina francesa assinala que não estamos perante nenhuma exceção ao princípio da reparação integral, mas que a redução em causa evidencia a perda de *chance* como *dano específico e autónomo por referência ao dano final*⁹. No entanto, quando se trata de determinar o montante efetivo da indemnização, a mesma doutrina não deixa de reconhecer que aquele há de tomar como referência o valor do dano final e refletir, depois, a fração correspondente ao grau de probabilidade de realização da *chance* perdida¹⁰.

Assim, mesmo ao abrigo da orientação minoritária acima descrita, segundo a qual o grau de probabilidade ou a *seriedade* da *chance* não constituem um pressuposto da própria obrigação de indemnizar, o desencadeamento da responsabilidade civil pela perda de *chance* pressupõe sempre, em primeiro lugar, a prova da ocorrência do próprio dano final e, depois, a avaliação pelo juiz, em face dos elementos carreados para o processo, desse mesmo grau de probabilidade, que mais não seja para determinar o *quantum* indemnizatório¹¹.

2.1.2. Na responsabilidade civil por ato médico

Uma das matérias em que a figura em causa alcançou particular desenvolvimento na jurisprudência francesa, a partir de meados da década de 60 do século passado, é o da perda de *chance de recuperação ou sobrevivência*, no domínio da responsabilidade civil por ato médico, seja dos próprios profissionais de saúde, seja dos respetivos estabelecimentos hospitalares¹². O recurso à perda de *chance*, como instrumento *conscientemente* empregue na superação das dificuldades postas, em tal domínio, pelas exigências de prova do nexo de causalidade, surge, historicamente, através de um aresto tirado pela *cour d'appel* de Grenoble, em 24 de Outubro de 1961, num caso em que estava em causa a falta de diagnóstico oportuno de uma fratura já evidenciada em anterior exame radiológico, com conseqüente agravamento do estado de saúde do paciente¹³. Alguns anos mais tarde, é a própria *Cour de cassation* que vem a sancionar tal doutrina, através de um acórdão tirado em 14 de Dezembro de 1965, a que se seguiram diversos outros arestos, versando também casos de negligência médica e mantendo, desde então, uma corrente jurisprudencial que consagrou a indemnização pela perda de *chance de recuperação ou sobrevivência*¹⁴.

⁹ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 102.

¹⁰ *Ibidem*, p. 103.

¹¹ Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., pp. 51-52.

¹² Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., pp. 35 e ss..

¹³ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil.....*, cit., p. 229.

¹⁴ *Ibidem*, p. 230 e nota 185.

Estão em causa situações em que, na sequência de erros de diagnóstico ou de falhas no tratamento prescrito, o doente vem a falecer ou o respetivo estado de saúde se agrava ou se prolonga, quando, não fora a falta cometida, a morte ou o agravamento da doença talvez pudessem ter sido impedidos ou o doente tivesse mesmo recuperado do mal de que padecia. Às situações de erro de diagnóstico ou falha no tratamento prescrito têm sido ainda equiparadas, nalguma medida, as situações de violação do dever de informação do paciente sobre os riscos da terapia a adotar ou de uma intervenção cirúrgica.

Uma incursão na doutrina francesa, em torno deste último domínio da responsabilidade civil, permite identificar quatro posições diferentes, a saber:

a) Uma posição mais conservadora ou tradicional, segundo a qual estaria em causa uma aplicação espúria da perda de *chance*, que não prescinde da existência de um dano autónomo impossível de descortinar em tal domínio¹⁵;

b) Uma segunda posição, de acordo com a qual não se registam diferenças substanciais entre este domínio de aplicação da perda de *chance* e qualquer outro, mas em que o recurso à figura resulta aí numa diminuição da indemnização (integral) que deveria ser atribuída ao lesado com fundamento no risco ilicitamente criado¹⁶;

c) Uma terceira posição, que sustenta uma perspetiva unívoca da perda de *chance*, como dano autónomo, e a sua aplicação indiferenciada nos mais diversos domínios¹⁷;

d) Finalmente, a perspetiva de que a perda de *chance* não apresenta qualquer especialidade no contexto da responsabilidade civil por ato médico, mas constitui, em todas as suas manifestações, manifestação de uma ideia de *causalidade parcial* e não um verdadeiro dano autónomo¹⁸.

¹⁵ SAVATIER, por exemplo, considerou estar-se aqui, verdadeiramente, perante um *sofisma*, por via do qual o juiz confunde a sua *incerteza* ou *perplexidade*, quanto à verificação do nexos de causalidade, com um cálculo de probabilidades arbitrariamente definido, quando deveria haver lugar a indemnização apenas perante a demonstração de que o dano (final) não se teria produzido na ausência da falta verificada (cf. *La Théorie des Obligations en Droit Privé Économique*, 4.ª ed., Paris, 1979, p. 304). Também JEAN PENNEAU refere que «(...) se trata de artifício puramente verbal através do qual se pretende resolver, no plano do prejuízo, um problema que, pela sua verdadeira natureza, é um problema de causalidade», sustentando que há uma diferença essencial entre a generalidade dos casos em que a jurisprudência faz uso da teoria da perda de *chance* e os casos de responsabilidade civil por diagnóstico ou intervenção clínica deficientes ou ainda por violação do dever de informação do paciente quanto aos respetivos riscos (cf. *La Responsabilité du Médecin*, Paris, 1992, p. 31).

¹⁶ Assim, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil.....*, cit., p. 231. A crítica de GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN coloca-se, todavia, da perspetiva oposta à que descrevemos na nota anterior, entendendo as Autoras que a perda de *chance* não constitui instrumento idóneo para o estabelecimento da responsabilidade civil por ato médico, mas apenas por implicar uma redução da indemnização correspondente ao dano concretamente ocorrido, em termos algo arbitrários ou aleatórios (*ibidem*, pp. 232-233 e p. 236).

¹⁷ Neste sentido, YVES CHARTIER sustenta que, também neste domínio, o dano a considerar é, efetivamente, « (...) constituído pela própria perda de *chance*: é por isso que, aliás, como em todas as hipóteses de ressarcimento de uma perda de *chance*, a indemnização não poderá representar senão uma fração do que seria devido se o médico ou o cirurgião tivesse sido responsável pelo próprio estado da vítima» (in *La Réparation...*, cit., pp. 38-39).

¹⁸ Dando voz a esta última perspetiva, encontra-se JACQUES BORÉ, segundo o qual o correto entendimento do mecanismo da perda de *chance* não passaria pela *deteção* de um dano autónomo e distinto do dano final, mas pela revisão da estrutura a adotar a respeito da relação de causalidade entre o facto lesivo e o (único)

Esta diversidade de entendimentos – que constitui uma brecha na habitualmente divulgada *consensualidade* da perda de *chance* no Direito francês – denota bem a complexidade e as incertezas a respeito deste tema.

2.1.3. Apreciação no contexto do sistema de responsabilidade civil francês

A problemática da perda de *chance* prende-se, em França, com o requisito da *certeza* do dano, que é tradicionalmente afirmado na doutrina. Como refere YVES CHARTIER, essa ideia de *certeza* do dano retira o seu fundamento do próprio *bom senso*, dado que, de outra forma, poderia enriquecer-se, sem causa, o suposto lesado¹⁹. O dano meramente *eventual* ou *hipotético* não é, portanto, indemnizável.

A figura da perda de *chance* permite, assim, assegurar ao lesado *alguma* indemnização, quando a verificação do dano final se apresenta aleatória, mas é ainda possível constatar uma probabilidade *séria* da respetiva ocorrência. É que, perante essa margem de aleatoriedade, o dano final não pode considerar-se *certo* e mesmo uma indemnização parcial que, assumidamente, se lhe referisse, brigaria com outro princípio normalmente afirmado no Direito francês da responsabilidade civil, qual seja o da *reparação integral*²⁰.

No entanto, a certeza do dano de perda de *chance* apresenta-se como uma certeza *relativa* ou de *segundo grau*²¹, dado que, por natureza, é impossível saber se, não tendo a *chance* sido *perdida* ou *destruída*, a vantagem prosseguida teria sido alcançada ou a perda evitada²².

A autonomia da perda de *chance* em face do dano final, não é, aliás, inquestionável. Com efeito, tal autonomia não pode deixar de ser posta em causa a partir do momento em que se constata que a indemnizabilidade da perda de *chance* assenta, numa dupla perspetiva, na *probabilidade* de verificação do dano final. É que, como assinala ainda YVES CHARTIER, «(...) é o próprio grau de probabilidade da *chance* perdida invocada que, do mesmo passo, justifica a reparação e determina a fração do ganho esperado, ou da perda que não tenha sido possível evitar, a indemnizar»²³.

dano verificado: «(...) a justificação do ressarcimento da perda de *chance* não é possível senão segundo uma conceção de causalidade que, tendo em conta a complexidade do real, reconheça, na produção dos fenómenos, a combinação da lei causal e da lei aleatória» (cf. «L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable», in *Juris-Classeur Périodique*, 1974, I, 2620, n.º 23). Em sentido próximo, pronunciou-se, mais recentemente, FRÉDÉRIC DESCOPRS DECLÈRE (cf. «La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin», in *Recueil Dalloz*, 2005, n.º 11, pp. 742-748).

¹⁹ Cf. *La Réparation...*, cit., p. 21.

²⁰ Referindo-se a este princípio, vide GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 82, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil, 4/Les Obligations*, 18.ª ed., 1994, pp. 447-448, PHILIPPE CONTE/PATRICK MAISTRE DU CHAMBOM, *La Responsabilité Civile...*, cit., pp. 23-25.

²¹ Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., p. 22.

²² Também PHILIPPE CONTE/PATRICK MAISTRE DU CHAMBON assinalam que «(...) a perda de *chance* apresenta-se como um prejuízo certo, na medida em que o ganho esperado se encontra definitivamente perdido. Mas é igualmente um prejuízo eventual, porque nada garante que o lesado, na hipótese de evolução normal dos acontecimentos, teria obtido o ganho frustrado» – in *La Responsabilité Civile...*, cit., p. 41.

²³ In *La Réparation...*, cit., p. 32. Sublinhando o mesmo aspeto, vide ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil...*, cit., p. 680.

A propalada autonomia da perda de *chance* só aparece evidenciada, de forma congruente, quando se sustente que a sua indemnizabilidade e o *quantum* indemnizatório são relativamente indiferentes ao grau de probabilidade de concretização da *chance*. Nesse enquadramento, o único pressuposto é a existência de *alguma* – ou *qualquer* – *chance* e basta, portanto, a respetiva perda para que o lesado tenha direito a ser indemnizado, desde que se encontrem verificados os restantes pressupostos da responsabilidade civil.

Já na perspetiva do Direito positivo, o surgimento e a expansão da perda de *chance*, no Direito francês, enquanto dano patrimonial, emergente e autónomo, não podem ser dissociados da circunstância de o *Code Civil* ter consagrado uma cláusula aberta em matéria de responsabilidade civil delitual, assente na noção de *faute* (cf. artigo 1382.º do *Code Civil*). Por isso, tal conceção pode ser dificilmente transponível, pelo menos com a amplitude com que é admitida em França, para sistemas de responsabilidade civil que, como o nosso, tendam a restringir, segundo a orientação dominante, a responsabilidade civil delitual à violação culposa de direitos absolutos ou de disposições legais que tenham por finalidade a proteção de outrem.

Ainda na perspetiva do Direito positivo, o sistema francês de responsabilidade civil é também marcado, no plano da causalidade, pela redação do artigo 1151.º do *Code Civil*, que adota uma fórmula de sentido impreciso. Na verdade, a fórmula desse preceito legal não parece ter um conteúdo preceptivo e tende a ser entendida, fundamentalmente, numa aceção *negativa*, tendo em vista o repúdio das consequências decorrentes de uma aplicação linear e cega da teoria da *conditio sine qua non*²⁴.

A isto acresce que, no plano doutrinário e dogmático, *grassa* entre os autores franceses um desalento generalizado quanto à viabilidade e à utilidade de uma teoria da causalidade, constatando-se uma tendência para remeter as questões de fronteira ou mais complexas para o domínio da apreciação da prova. JEAN CARBONNIER observa, aliás, que «(...) a jurisprudência parece decidir sobretudo empiricamente (...)», recusando a verificação do nexo de causalidade quando esta se apresenta demasiado *lassa* ou demasiado *extraordinária*, mas reduzindo o nível de exigência quando a falta cometida se revista de maior gravidade²⁵. Por isso, refere ainda este Autor que «(...) dá-se uma ideia bastante precisa da jurisprudência, se se disser que ela se serve de uma causalidade moral mais do que material»²⁶.

Pode, portanto, concluir-se que a configuração da perda de *chance*, enquanto dano autónomo, encontra um campo particularmente fértil no sistema de responsabilidade civil francês, em face quer da amplitude da noção de *faute*, quer da reduzida apetência para a

²⁴ Neste sentido, cf. SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, Paris, 1939, tomo II, pp. 95-96, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil.....*, cit., p. 192, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil...*, cit., pp. 334-335. Também no sentido de que a exigência de uma relação *imediata e direta* se limita a reclamar um nexo *suficiente* de causalidade, vide ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil...*, cit., p. 681.

²⁵ In *Droit Civil...*, cit., p. 346.

²⁶ *Ibidem*. A referência a uma causalidade *moral* só encontra explicação, em França, em vista de uma certa mobilidade dos pressupostos da responsabilidade civil e da tendência jurisprudencial para atenuar as exigências a respeito da causalidade, quando a conduta ilícita se reveste de considerável gravidade.

prospecção de construções alternativas, que situem a perda de *chance* no plano da causalidade. Mesmo em França, porém, os precisos contornos dogmáticos da perda de *chance* constituem objeto de controvérsia, em especial na responsabilidade civil por ato médico.

2.2. Apreciação crítica: a questionável autonomia do dano patrimonial de perda de *chance*

A análise do processo de surgimento e expansão da perda de *chance* permite-nos constatar que, na sua génese ou motivação funcional, a perda de *chance* traduz um fenómeno essencialmente idêntico em todos os seus múltiplos domínios de aplicação, pelo que não se justificam, em nosso entender, distinções apriorísticas ou pré-jurídicas, não alicerçadas normativamente. Dessa motivação funcional ou mesmo *oportunistica*, resulta, aliás, a *fungibilidade* entre a conceção da perda de *chance* como dano autónomo, por um lado, ou como expressão de um entendimento mais flexível a respeito do nexo de causalidade, por outro.

Verifica-se, igualmente, que a perda de *chance* é tendencialmente apresentada como um dano patrimonial emergente, atual e autónomo. Este entendimento é, todavia, favorecido pela *abertura* da cláusula geral em matéria de ilicitude constante do artigo 1382.º do *Code Civil*, ainda que não se apresente, mesmo aí, inteiramente convincente. Em especial, é dificilmente explicável como se concilia, em termos normativamente sustentados, o pressuposto da autonomia da perda de *chance* com a circunstância de o seu reconhecimento ou indemnizabilidade depender do grau de probabilidade de materialização da vantagem ou utilidade a que a *chance* se refere (o mesmo seria dizer, a *probabilidade de materialização do próprio dano final que se alega não ser indemnizado*).

Em estreita relação com o aspeto acabado de referir, conclui-se, também, que a autonomia da perda de *chance* parece só ser aceitável em vista de uma relativa indiferença quanto àquele grau de probabilidade.

Embora traduzindo uma motivação funcional idêntica, a perda de *chance* pode, pois, ser recebida, nos quadros do sistema, de forma diversa, segundo o entorno normativo da situação típica considerada e a natureza do dano final a que se refere, o que deve conduzir à recusa de uma teoria geral da perda de *chance*. Quando esteja em causa a lesão de bens com natureza patrimonial, a conformação da perda de *chance* como dano emergente e autónomo apresenta-se, em larga medida, falaciosa²⁷, muito embora a

²⁷ Recorde-se que a possibilidade de atribuição de um valor patrimonial próprio à *chance*, em si mesma considerada, dependeria, nos termos gerais, da sua suscetibilidade de avaliação pecuniária, com base num *valor de uso* ou de *troca*, o que não parece viável, tanto mais que o conceito de dano tem de ser normativamente recortado, não podendo ser preenchido unicamente com apelo a um critério económico. A configuração da *chance* como dano autónomo, a partir de uma mera *refração* económica ou financeira do dano final, não tem, a nosso ver, o necessário lastro normativo. É curioso notar, aliás, que a dimensão artificial (ou *artificial*) do valor patrimonial próprio, e a consequente autonomia, da *chance* perdida ressaltam, desde logo, da fundamentação adotada no *leading case Chaplin vs. Hicks*, de 1911, que constitui o primeiro marco da jurisprudência inglesa a respeito da teoria da perda de *chance*. No caso concreto, o réu, responsável pela gestão de um teatro, havia promovido, através de um jornal, um concurso cujo prémio era a atribuição de "*theatrical engagements*" às doze

qualificação alternativa como critério de avaliação da causalidade jurídica colida com os parâmetros normalmente adotados e, em especial, com o crivo praticamente hegemónico da *conditio sine qua non*.

Seja como for, a perda de *chance* é uma daquelas figuras jurídicas com *vida própria*, em que, um pouco por toda a parte, a prudência dos tribunais, às vezes de forma hesitante ou pouco fundamentada, quando não contraditória, se vai adiantando ao labor científico da doutrina. Como instrumento privilegiado para a realização de um Direito *justo*, no domínio da responsabilidade civil, a perda de *chance* já penetrou no nosso ordenamento jurídico por via pretoriana e é muito provável que tenho vindo para ficar.

Pela nossa parte, porém, entendemos que a aplicação da teoria da perda de *chance*, na indemnização por danos patrimoniais²⁸, só é dogmaticamente explicável através da rutura com um entendimento monolítico da relação de causalidade exigível para fundar o dever de indemnizar, admissível quando existam dados normativos que justifiquem um *abaixamento* da respetiva *fasquia*, normalmente estabelecida a partir do patamar mínimo da *conditio sine qua non*.

3. A responsabilidade das entidades adjudicantes

3.1. O enigmático artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE

Embora o Código dos Contratos Públicos (“CCP”) contemple, em diversas disposições, obrigações de indemnizar a cargo da entidade adjudicante (cf. artigos 27.º, n.º 6, 76.º, n.º 1 e 3, e 105.º, n.º 3), nenhuma delas se refere, propriamente, à preterição ilícita de um concorrente. Por isso, deve, aliás, repudiar-se qualquer hipotética tentativa de extrair dessas

vencedoras. Seis mil mulheres concorreram ao concurso e a autora foi escolhida pelos leitores como uma das cinquenta possíveis vencedoras, mas não foi informada da entrevista oportunamente e as doze vencedoras foram escolhidas sem que lhe tenha sido concedida a oportunidade de participar na fase final do concurso. Não obstante a impossibilidade de demonstrar que o prémio teria sido alcançado não fora a falta cometida (entendida, no caso, como incumprimento contratual), foi-lhe atribuída uma indemnização de £ 100, pela perda de *chance* de vitória nessa competição. No entanto, das pronúncias dos juízes do *Court of Appeal* parece resultar que o fundamento da indemnização repousa não na suposição de um verdadeiro valor de mercado da *chance*, mas numa perda *ficcionada* ou, mais claramente, na equiparação entre a lesão do direito a uma prestação contratual (ainda que secundária ou instrumental), com aptidão lucrativa, e a existência de um dano. Assim, lê-se na pronúncia de VAUGHAN WILLIAMS LJ: «É verdade que não pode afirmar-se a existência de um mercado. Nenhuma das cinquenta concorrentes poderia ter ido ao mercado e alienado o seu direito; o seu direito era pessoal e insuscetível de ser transmitido. Mas um júri pode bem adotar o entendimento segundo o qual esse direito, caso pudesse ter sido transmitido, teria sido de tal forma valioso que toda a gente reconheceria que um bom preço poderia ser obtido por ele». Sobre os contornos e os fundamentos desta decisão, vide ANDREW BURROWS, *A Casebook on Contract*, 2.ª ed., Oxford e Portland, Oregon, 2009, pp. 346-350. Referindo-se também a este caso, cf. TONY WEIR, *An Introduction to Tort Law*, 2.ª ed., Oxford, 2006, p. 80, M.A. JONES, “Causation in tort: general principles”, in *Clerk & Lindsell on Torts*, 9.ª ed., Londres, 2006, p. 81, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 7.ª ed. (por W.V.H. ROGERS), Londres, 2006, p. 289, e TREITEL, *The Law of Contract*, 12.ª ed. (por EDWIN PEEL), Londres, 2007, pp. 1026-1027.

²⁸ Já quando esteja em causa a lesão de bens não patrimoniais – tipicamente, a responsabilidade civil por ato médico –, parece-nos ser de aceitar a conceção estritamente normativa da perda de *chance*, veiculada por alguma doutrina germânica, dado tratar-se aí, fundamentalmente, de um problema de delimitação do âmbito da proteção normativa (cf. o nosso artigo “Perda de *chance* – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática”, in *O Direito*, 2012, tomo I, pp. 50 ss).

várias disposições um princípio de limitação da indemnização, nos procedimentos adjudicatórios públicos, ao interesse contratual negativo.

No que se refere à responsabilidade civil das entidades adjudicantes por facto ilícito, o ponto de partida, no plano do Direito positivo, é dado, pois, pelo artigo 7.º, n.º 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (“RRCEE”). Todavia, não obstante o legislador ter adotado disposição expressa sobre esta matéria, a verdade é que a mesma não tem conteúdo precativo próprio, sendo meramente remissiva: na versão originária, a remissão do artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE era feita para os termos gerais da responsabilidade civil da Administração, constantes do próprio RRCEE, e hoje é feita para as regras de Direito da União Europeia aplicáveis²⁹.

Relativamente ao *regime geral* da responsabilidade pela violação do Direito da União Europeia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça (“TJ”) tem-se limitado a afirmar, no essencial, que a mesma assenta em três pressupostos, a saber: «(...) que a regra de direito violada tenha por objecto conferir direitos aos particulares, que a violação seja suficientemente caracterizada^[30] e, por último, que exista um nexo de causalidade directo entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas»³¹. No mesmo aresto, o TJ não deixou de assinalar, porém, que «(...) a exclusão total, a título do prejuízo reparável, do lucro cessante não pode ser aceite em caso de violação do Direito Comunitário (...)»³².

Já no domínio específico da contratação pública, a Diretiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de *recurso* em matéria de contratos de direito público, apenas estabelece que os órgãos jurisdicionais devem dispor da faculdade de atribuir indemnizações aos lesados, não regulando os termos em que essas indemnizações devem ser atribuídas – cf. artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da referida diretiva. Por sua vez, a Diretiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992 – relativa aos processos de *recurso* referentes a contratos públicos a celebrar pelas entidades que operam nos habitualmente designados *sectores excluídos* (água, energia, transportes e

²⁹ Sobre as *razões históricas* e o propósito imediato da adoção pelo legislador do artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE, vide MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra, 2009, pp. 49 ss, CARLOS FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 157 ss, e RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo...*, cit., pp. 17 ss.

³⁰ A definição de violação *suficientemente caracterizada* apresenta-se complexa, devendo ser tidos em conta, conforme se lê no mesmo aresto, elementos tão diversos como «(...) o grau de clareza e de precisão da regra violada, o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias, o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adoptadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão, a adopção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário» – in Ac. do TJ de 05.03.96, processo C-46/93 (“*Brasserie du Pêcheur*”), n.º 56.

³¹ In Ac. do TJ de 05.03.96 (“*Brasserie du Pêcheur*”), n.º 51. Sobre a responsabilidade civil pela violação do Direito da União Europeia, cf. também os Acs. do TJ de 13.11.1991, processos apensos C-6/90 e C-9/90 (“*Francovich*”), de 05.03.1996, processo C-48/93 (“*Factortame III*”), de 23.05.1996, processo C-5/94 (“*Lomas*”), e de 08.10.1996, processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94 (“*Dillenkofer*”).

³² In Ac. do TJ de 05.03.96 (“*Brasserie du Pêcheur*”), n.º 87.

telecomunicações) – contém, efetivamente, uma disposição especial em matéria de responsabilidade civil, embora limitada ao interesse contratual negativo, estatuidando que a indemnização pelos custos incorridos pelo concorrente preterido «*com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato*» depende, unicamente, da verificação da ilicitude (objetiva) da conduta lesiva adotada pela Administração e da demonstração de uma «*possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato*», que tenha sido prejudicada por efeito daquela conduta (cf. artigo 2.º, n.º 7). Estas disposições mantêm-se inalteradas na revisão das referidas diretivas operada pela Diretiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, transposta para a ordem jurídica interna através do Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro.

Importa aqui esclarecer que a alusão, constante da Diretiva 92/12/CEE, ao interesse contratual negativo não pode ter por efeito uma redução do âmbito da indemnização que resultaria da aplicação do Direito interno e das respetivas regras gerais de responsabilidade civil, nem sequer quanto aos contratos diretamente abrangidos por essa diretiva, tendo a mesma, inequivocamente, uma finalidade garantística, ou ampliativa, do âmbito da responsabilidade das entidades adjudicantes e não uma finalidade restritiva³³.

Daí que, não obstante a indeterminação e a deficiente técnica legislativa que transparecem do artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE, o sentido que o mesmo comporta não possa diferir daquele que, com maior clareza, foi dado pelo legislador alemão ao § 126 GWB³⁴, transpondo, para o respetivo Direito interno, a norma constante do artigo 2.º, n.º 7, da mencionada Diretiva 92/13/CEE, e alargando a sua aplicação a todos os sectores da contratação pública.

É certo que a indemnização a conceder ao abrigo do § 126 GWB se limita, nos termos da própria redação do preceito, aos *custos de preparação da proposta ou de participação no procedimento adjudicatório*, ou seja, ao interesse contratual negativo. Para que o concorrente lesado tenha direito a tal indemnização, basta, aliás, a verificação da

³³ O artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CEE parece ter em vista, sobretudo, os Direitos nacionais em que a atribuição de uma indemnização, mesmo limitada ao interesse contratual negativo, dependeria, de acordo com as regras gerais dos respetivos sistemas de responsabilidade civil, da demonstração da elevada probabilidade de êxito do concorrente preterido, não fora o ilícito verificado, como é o caso do Direito alemão. Na verdade, pelo menos no quadro do sistema alemão de responsabilidade civil, tenderia a exigir-se, como condição de *qualquer indemnização*, a demonstração de que o concorrente ilicitamente preterido teria sido adjudicatário, não fora o ilícito praticado – assim, STOCKMANN, in *Wettbewerbsrecht: GWB* (coord. IMMENGA/MESTMÄCKER), 4.ª ed., Munique, 2007, sub § 126 GWB, pp. 2759-2760, e ANDREA MARIA KULLACK, in *Handkommentar zur VOB*, (coord. WOLFGANG HEIERMANN *et alii*), 11.ª ed., Wiesbaden, 2008, sub § 126 GWB, p. 1652. O artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CEE serve, ainda, o óbvio propósito de *dispensar* o pressuposto da culpa da entidade adjudicante, facilitando, também por essa via, a obtenção de uma indemnização.

³⁴ A redação do mencionado preceito é a seguinte (tradução nossa): «*Se a entidade adjudicante infringir uma norma que tenha como escopo a proteção de concorrentes, e se o concorrente em causa tivesse tido, sem a ocorrência dessa infração, uma verdadeira chance de obter a adjudicação, que, em resultado da infração, tenha sido afetada, o concorrente pode exigir uma indemnização pelos custos de preparação da proposta ou de participação no procedimento adjudicatório. Outros direitos de indemnização não são prejudicados*». Especificamente sobre o sentido e o alcance desta disposição, cf. STOCKMANN, *loc. cit.*, pp. 2754 ss, KULLACK, *loc. cit.*, pp. 1652 ss, FRIDHELM MARX, in *Beck'scher VOB-Kommentar* (coord. GERD MOTZKE/JOST PIETZCKER/HANS-JOACHIM PRIEB), Munique, 2001, sub § 126 GWB, pp. 2117 ss, OLAF OTTING, in *Kartellgesetz: GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar* (coord. RAINER BECHTOLD), Munique, 2008, sub § 126 GWB, pp. 703 ss, e ANNE RUBACH-LARSEN, “*Damages under German law for infringement of EU procurement law*”, in *Public Procurement Law Review*, 2006, n.º 4, pp. 179 ss.

violação *objetiva* das normas de Direito da União Europeia em matéria de contratação pública, ou das normas de Direito interno que as transponham ou concretizem³⁵, e a comprovação de que o concorrente teria tido uma *verdadeira chance* de obter a adjudicação.

Para além deste *patamar mínimo*, todavia, e tal como resulta expressamente da mesma disposição legal, não se encontra excluído o direito a uma indemnização nos termos gerais aplicáveis segundo o Direito alemão e, nomeadamente, com fundamento em responsabilidade pré-contratual³⁶ ou, subsidiariamente, responsabilidade delitual, na modalidade de violação de normas legais com escopo de proteção³⁷. A jurisprudência alemã tem mesmo afirmado, neste contexto, a indemnizabilidade do interesse contratual positivo, ou seja, os lucros cessantes que adviriam da execução do contrato, desde que o contrato tenha sido efetivamente adjudicado e o concorrente demonstre que, na ausência da falta cometida, ele teria sido adjudicatário³⁸.

3.2. O regime da *culpa in contrahendo*

Decorre do exposto que a determinação do regime da responsabilidade civil das entidades adjudicantes continua a não dispensar, mesmo depois da entrada em vigor do artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE – e da correspondente remissão para o Direito da União Europeia –, que sejam consideradas as regras gerais que integram o sistema de responsabilidade civil português. Em especial, inserindo-se o *ilícito* praticado pelas entidades adjudicantes no contexto de um procedimento funcionalmente orientado para a adjudicação e a celebração de um contrato, a responsabilidade civil daí emergente deve ser qualificada ou aproximada ao instituto da *culpa in contrahendo*.

A *culpa in contrahendo* encontra-se consagrada, entre nós, no artigo 227.º do CC, cujo n.º 1 determina que «*quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve proceder segundo as regras da boa fé*». A sujeição da atividade administrativa ao princípio da boa fé não oferece hoje, aliás, qualquer dúvida, atendendo ao disposto no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição, *secundado*, hierarquicamente, pelo artigo 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”)³⁹.

³⁵ A finalidade de proteção dos concorrentes inerente a essas normas tenderá a verificar-se ou presumir-se na generalidade dos casos.

³⁶ Cf. STOCKMANN, *loc. cit.*, pp. 2763 ss, e KULLACK, *loc. cit.*, p. 1654. Durante muito tempo sem expressão positiva na lei civil alemã, a reforma de 2002 acabou por consagrar a *culpa in contrahendo* no atual § 311 II BGB, relativo à constituição de relações obrigacionais de génese negocial ou equiparável.

³⁷ Cf. STOCKMANN, *loc. cit.*, pp. 2771-2772, e KULLACK, *loc. cit.*, p. 1654. A *sede legal* desta modalidade de responsabilidade civil é o § 823 II BGB, semelhante ao artigo 483.º, n.º 2, do CC.

³⁸ Cf. STOCKMANN, *loc. cit.*, p. 2769, KULLACK, *loc. cit.*, p. 1655, e RUBACH-LARSEN, *loc. cit.*, pp. 189 ss.

³⁹ Antes do *acolhimento* constitucional e legal do princípio da boa fé, no domínio da atividade administrativa, referia já FAUSTO DE QUADROS: «*Também a Administração Pública está obrigada a obedecer à bona fide nas relações com os particulares. Mais: ela deve mesmo dar, também aí, o exemplo aos particulares da observância da boa fé, em todas as suas várias manifestações, como núcleo essencial do seu comportamento ético*» (in “O concurso público na formação do contrato administrativo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1987, p. 725). Lugares de destaque, no processo de afirmação da sujeição da Administração aos deveres da boa fé e à *culpa in contrahendo*, merecem também o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º

Assim, nos casos de violação das regras de concursos para a celebração de um contrato, e estando em causa a *adjudicação ilícita a outro concorrente*, ou mesmo a sua *revogação ilícita*, PAULO MOTA PINTO destaca a necessidade de «(...) *delimitar ainda as hipóteses consoante o autor do concurso estava já vinculado pelas regras deste a celebrar o contrato (pois o anúncio continha uma verdadeira proposta) ou se tratava de um mero convite a contratar (...)*»⁴⁰. É certo que o Autor se refere aqui, fundamentalmente, aos concursos de Direito privado, mas da posição então expendida resulta, desde logo, a consequência de a indemnização ter como medida o *interesse contratual positivo* – ou seja, o interesse na celebração e execução do contrato –, desde que o *evento lesivo* consubstancie a violação de um dever de cuja observância tivesse resultado a celebração do contrato com o lesado, nos termos gerais do artigo 562.º do CC.

Aliás, noutra local, PAULO MOTA PINTO não deixa de reconhecer que, «(...) *quando o prejuízo alegado decorre de o lesado não ter vencido o concurso (adjudicação ilícita a outro concorrente) ou de aquele ter sido ilegitimamente revogado (revogação ilícita)*», se suscita, realmente, «(...) *o problema das condições para a exigência, pelo lesado, de uma indemnização correspondente ao interesse contratual positivo, no que, pensamos, não é mais do que uma aplicação do critério (que vale para a medida da responsabilidade no caso de não conclusão do contrato em geral) da existência de um dever de conclusão*»⁴¹.

Presentemente, não é questionável a existência, em geral, de um *dever de celebrar* o contrato, ou seja, um dever de prosseguir o procedimento pré-contratual e de escolher a melhor proposta com vista à celebração do contrato, conquanto que essa proposta não se situe aquém dos patamares de exigência previamente fixados pela própria entidade adjudicante⁴². De outra forma, aliás, não se compreenderia a existência de uma reserva de não adjudicação por motivos de interesse público, hoje limitada às hipóteses contempladas no artigo 79.º do CCP⁴³. Neste mesmo sentido, aliás, depõe, positivamente, o artigo 76.º, n.º 1, do CCP, referindo-se expressamente a um *dever de adjudicação*.

138/79, de 20 de dezembro, e o conhecido caso da privatização da Sociedade Financeira Portuguesa (cf. *A Privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, AA.VV., Lisboa, 1995, *passim*). Sobre a sujeição da Administração ao princípio da boa fé, na doutrina recente, vide PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Coimbra, 2011, *passim* e pp. 207 ss.

⁴⁰ Cf. *Interesse Contratual...*, p. 1357.

⁴¹ In “Responsabilidade por violação de regras de concurso...”, in *Estudos de Contratação Pública – II* (org. PEDRO GONÇALVES), Coimbra, 2010, pp. 288-289.

⁴² Sobre a evolução da doutrina nacional, quanto à configuração e aos efeitos jurídicos da abertura do procedimento, cf. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo...*, cit., pp. 36 ss.

⁴³ Como assinalam MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «*a adjudicação é um acto predominantemente vinculado quanto à sua emissão: ela só pode não ter lugar nos casos enunciados taxativamente no artigo 79.º, n.º 1, do CCP (...)*» – cf. *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, tomo III, 2.ª ed., Lisboa, 2009, p. 118. Por isso mesmo, não pode a entidade adjudicante, à luz da lei portuguesa, inserir, nas peças do procedimento, cláusula que tenha em vista *habilitar* a decisão de não adjudicação para além dos limites legalmente permitidos, conforme já havia decidido o STA em face do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho – cf. acórdão de 07.07.2005, tirado no processo n.º 352/2004. Sustentando, todavia, uma interpretação mais *generosa* para as entidades adjudicantes, quer quanto à admissibilidade de cláusulas de não adjudicação, quer quanto ao leque de razões de interesse público invocáveis para fundar uma decisão de não adjudicação, vide BERNARDO AZEVEDO, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública – II*, cit., pp. 243 ss.

A esta luz, é hoje ainda mais fácil acompanhar a posição de SINDE MONTEIRO, quando referia, há já quase uma década, que «(...) a indemnização parece dever orientar-se pelo interesse positivo na hipótese de ilícita/culposa não adjudicação de um contrato em concurso público»⁴⁴, desde que, naturalmente, se achem verificados os respetivos pressupostos e, em especial, o nexo de causalidade entre o ilícito e os lucros cessantes⁴⁵. Importa, portanto, arredar, definitivamente, o *preconceito*, tradicionalmente apregoado, da limitação apriorística do âmbito da indemnização ao *interesse negativo*, na *culpa in contrahendo*, devendo o critério determinante do âmbito da indemnização residir na existência, ou não, de um dever de celebração do contrato e na exigência, com alcance geral, de congruência entre o evento lesivo e a indemnização (cf. artigos 562.º do CC e 3.º, n.º 1, do RRCEE)⁴⁶. Mas, sendo assim, torna-se necessário aprofundar a análise e procurar apreender – ou *desmistificar* – as razões que têm contribuído, na prática, para impedir uma plena afirmação, ou concretização jurisprudencial, desta posição de princípio.

3.3. A (limitada) discricionariedade das entidades adjudicantes

Uma das razões que, a nosso ver, têm contribuído, mesmo que *subliminarmente*, para as hesitações da jurisprudência neste domínio é a ideia segundo a qual a decisão de adjudicação, e a conseqüente celebração do contrato objeto do procedimento, radicam numa ampla *margem de livre apreciação*, ou *discricionariedade de escolha*, por parte da entidade adjudicante, especialmente quando esteja em causa o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa⁴⁷. No entanto, este ponto de vista só muito residualmente pode hoje encontrar apoio no regime jurídico aplicável.

Com efeito, sabe-se que uma das conseqüências da transposição para o Direito interno das diretivas comunitárias em matéria de contratação pública – plasmada, hoje em dia, no CCP –, foi o reforço das exigências de enunciação e publicitação dos fatores e subfatores de adjudicação e dos elementos que devem preenchê-los, bem como do respetivo *coeficiente de ponderação* (isto é, o peso relativo de cada subfator no fator de adjudicação respetivo e, por essa via, no juízo global de avaliação e graduação das propostas).⁴⁸

⁴⁴ Cf. “*Culpa in contrahendo*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 42 (2003), p. 12.

⁴⁵ Quando este pressuposto faltar – seja em face dos parâmetros normalmente adotados em matéria de causalidade, seja em face de uma noção de causalidade mais flexível, quando tal se considere admissível (cf. nota 53 *infra*) –, quedará sempre o direito a indemnização pelas *despesas frustradas*, nos termos do artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CEE (cf., no texto, n.º 8 *supra*).

⁴⁶ A própria jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem, aliás, afirmado que a indemnização fundada em responsabilidade civil pré-contratual pode ter por medida, em determinados casos, o interesse contratual positivo, nomeadamente, quando as negociações tenham atingido um desenvolvimento tal que o acordo se encontre substancialmente alcançado e pendente apenas de formalização – cf. o aresto tirado em 26.01.2006, publicado, com anotação favorável de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 20 (2007), pp. 28 ss, e o acórdão de 27.09.2012, proferido no proc. n.º 3729/04.0TVLSB.L1.S1.

⁴⁷ Neste sentido, mas em face de um quadro normativo muito diverso e já longínquo no tempo, vide SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 696 ss.

⁴⁸ Cf. artigos 132.º, n.º 1, alínea *n*), e 139.º do CCP. No direito pregresso, vide o artigo 66.º, n.º 1, alínea *e*), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e os artigos 89.º, alínea *l*), e 94.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

Assim, se subjacente à determinação do critério, bem como dos fatores e eventuais subfatores de apreciação das propostas, há de estar, naturalmente, a intenção da entidade adjudicante de eleger o concorrente que ofereça melhores *garantias* de satisfação da necessidade pública concretamente em causa, a concretização dessa intenção é, em larga medida, *objetivizada*, referindo-se a avaliação «*aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência*» – cf. artigos 42.º, n.º 3, 75.º, n.º 1, e 132.º, n.º 1, alínea n), do CCP.

Acresce que o CCP veio conferir o máximo de concretização possível aos princípios da concorrência, da imparcialidade e da transparência, no que se refere à avaliação das propostas. Efetivamente, o legislador nacional não se bastou com a exigência de explicitação do critério de adjudicação, bem como, quando seja adotado o critério da proposta economicamente mais vantajosa, dos fatores e eventuais subfatores de apreciação das propostas e dos respetivos coeficientes de ponderação. Indo além do que exigiam as diretivas comunitárias, a lei impõe que seja adotado um verdadeiro *modelo de avaliação*, de que resultam, necessariamente, uma pontuação global da proposta e pontuações parciais, relativas a cada fator ou subfator elementar – cf. artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.º 2, do CCP –, pontuações estas expressas numericamente e determinadas de acordo com uma escala de pontuação definida, para cada fator ou subfator elementar, «*(...) através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para o aspecto da execução do contrato submetido à concorrência (...)*» – cf. artigo 139.º, n.º 3, do CCP.

Além disso, o legislador não deixou de esclarecer que as pontuações parciais de cada proposta são atribuídas pelo júri através da aplicação da *expressão matemática* contida no modelo de avaliação, ou através de um juízo de comparação do atributo da proposta concretamente considerado com o *conjunto ordenado de atributos suscetíveis de serem propostos* – que integre, em alternativa à *expressão matemática*, esse modelo –, sendo a pontuação global da proposta obtida através da multiplicação das pontuações parciais pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação – cf. artigo 139.º, n.º 5 e 2, do CCP.

Significa isto que a avaliação das propostas dos concorrentes, mesmo de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa, assenta hoje, em boa medida, não no preenchimento de conceitos indeterminados, mas em meros *juízos verificativos ou de “accertamento”*, a empreender *com base em instrumentos e conhecimentos científicos e técnicos*, que se reconduzem ao reduto da tradicionalmente designada *discricionariedade técnica*⁴⁹. A avaliação das propostas comporta, portanto, uma dimensão meramente *verificativa* muito para além dos fatores de avaliação tradicionalmente reconhecidos como puramente objetivos, como o preço ou o prazo de execução, uma vez que a liberdade de apreciação, ou de avaliação, pode ter-se esgotado na prévia elaboração do modelo de avaliação.

⁴⁹ Cf. BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, 1995, p. 114.

Em face da natureza diversa dos fatores e eventuais subfatores de avaliação das propostas, e do grau de exigência legal quanto à densificação do modelo de avaliação, deixou de ter justificação o *dogma* da genérica insindicabilidade contenciosa da atividade de avaliação e graduação das propostas dos concorrentes e da consequente decisão de adjudicação, salvo no que respeite à respetiva legalidade externa ou à eventual ocorrência de erro grosseiro ou manifesto ou de violação dos princípios gerais aplicáveis.⁵⁰

Com efeito, e em resultado da exigência de um modelo de avaliação imposta pelo CCP, nos termos acima descritos, não estará propriamente em causa, em muitas situações, uma *substituição* da Administração que pudesse contender com a respetiva liberdade de apreciação e a reserva constitucional da atividade administrativa. O que estará em causa, normalmente, é uma *reconstituição* do concreto exercício dessa apreciação, mediante a observância, precisamente, dos parâmetros e dos termos plasmados, antecipadamente, no modelo de avaliação⁵¹.

Por outro lado, deverá ainda ter-se presente a necessária distinção entre a tutela meramente *ressarcitória* e a tutela *reintegradora* dos concorrentes ilicitamente preteridos, sendo que, quando se trate de apreciar unicamente uma pretensão indemnizatória, não poderá haver lugar, mesmo em tese, ao exercício, pelo tribunal administrativo, de poderes de anulação, condenação ou substituição da Administração no desempenho de funções que lhe estejam reservadas⁵². Como tal, nenhum princípio constitucional obsta, nem sequer em abstrato, a que o juiz administrativo determine, segundo um juízo de prognose póstuma, qual teria sido o mérito reconhecido à proposta do concorrente ilicitamente preterido, se o ilícito em causa não tivesse sido cometido pela entidade adjudicante.

Em suma, pode concluir-se que a natureza dos poderes exercidos pela entidade adjudicante na avaliação e graduação das propostas não constitui, por si só e de um modo geral, obstáculo ao reconhecimento do direito do concorrente ilicitamente preterido a ser indemnizado pelos lucros cessantes que adviriam da execução do contrato objeto do procedimento, mesmo quando seja adotado o critério de adjudicação da proposta

⁵⁰ Cf., no sentido da orientação tradicional, *inter alia*, o acórdão tirado pelo STA em 02.12.2004, relativo ao proc. n.º 48079.

⁵¹ Como acima se referiu, a avaliação das propostas, de acordo com os parâmetros e termos do modelo de avaliação, deve ser reconduzida ao plano da discricionariedade técnica, cuja equiparação à verdadeira e própria discricionariedade só pode assentar num critério funcional (a insusceptibilidade de substituição pelo juiz administrativo de um juízo irredutivelmente opinativo ou subjetivo) e não numa identidade ontológica, que inexistente. Mas esta zona de sobreposição funcional tenderá hoje a regredir, com o alargamento dos meios de prova no contencioso administrativo e a admissibilidade de recurso à prova pericial (cf. artigo 90.º, n.º 2, do CPTA). Tal evolução é patente, nomeadamente, na jurisprudência e na doutrina italianas, em que o âmbito de insindicabilidade reconhecido à discricionariedade técnica tem vindo a diminuir – cf. ROBERTO CARANTA, *Attività Amministrativa ed Illecito Aquiliano – La Responsabilità della Pubblica Amministrazione dopo la L. 21 Luglio 2000, n.º 205*, Milão, 2001, pp. 112 ss, CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Turim, 2002, pp. 380-381, FRANCESCO CARINGELLA *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., Milão, 2007, pp. 959 ss, ELIO CASSETTA/FABRIZIO FRACCHIA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 12.ª ed., Milão, 2010, pp. 383 ss, e ROBERTO CHIEPPA/ROBERTO GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milão, 2011, pp. 360 ss.

⁵² Este dado é tanto mais evidente quanto a indemnização *em dinheiro* tende a ser arbitrada em face da impossibilidade de obtenção da indemnização *em espécie*, em resultado da invocação pela entidade adjudicante de causa legítima de inexecução da sentença anulatória e da consequente inviabilidade da reinstrução procedimental.

economicamente mais vantajosa. Tudo depende, na verdade, da situação concretamente considerada, ou seja, dos atributos da proposta em causa, dos termos do modelo de avaliação adotado e do posicionamento relativo (mais ou menos distante entre si) dos diferentes concorrentes.

3.4. A deslocação do problema para o plano da responsabilidade pela inexecução de sentença anulatória

O recurso a uma noção de indemnização pela perda de *chance* ou de oportunidade, e a inerente atribuição de indemnizações de montante mais reduzido, não pode prejudicar os direitos dos concorrentes que, segundo as regras gerais da responsabilidade civil e os padrões de causalidade normalmente exigidos, devam ser indemnizados pela totalidade dos lucros cessantes.

Na verdade, não é impensável a existência de situações em que o particular deva ser indemnizado pela totalidade desse dano, o que ocorrerá em casos *extremos*, onde não reste dúvida de que, não fora a preterição do concorrente ilicitamente levada a cabo pela Administração, a proposta ser-lhe-ia adjudicada e ele seria admitido a executar o contrato objeto do procedimento, auferindo as vantagens patrimoniais inerentes. Entre esses casos *extremos* estarão não apenas as situações em que se tenha perfilado unicamente um concorrente – ou em que haja uma pluralidade de concorrentes, mas os demais devessem ter sido excluídos – e as situações de revogação ilegal da adjudicação a favor do concorrente lesado, mas também situações em que, atendendo aos termos do modelo de avaliação adotado e ao concreto *vício* ocorrido na apreciação das propostas, seja possível identificar, com segurança, qual teria sido a correta graduação dos concorrentes.

Como tal, apenas nos casos em que seja impossível reconstituir, com a desejável certeza, qual a posição que seria alcançada pelo concorrente preterido, não fora o ilícito praticado, está aberto o caminho à indemnização segundo a teoria da perda de *chance*.

Contudo, o carácter residual ou subsidiário da indemnização pela perda de *chance* tende a ser obnubilado e são frequentes as decisões que concluem pela condenação nessa indemnização, em detrimento da indemnização pelas despesas incorridas com a participação no procedimento adjudicatório ou pelos lucros cessantes. E a verdade é que tal orientação não constitui, para os concorrentes ilicitamente preteridos, mais do que uma *vitória de Pirro*, tendo em conta a margem de subjetividade inerente à quantificação do dano segundo a equidade e o baixo valor das indemnizações habitualmente arbitradas.

Deve, aliás, referir-se que a ideia de uma indemnização pela perda de *chance* ou de oportunidade surge, neste contexto e à luz da jurisprudência nacional, com contornos de alguma *singularidade*, tanto em face do Direito comparado, como em face do próprio artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva n.º 92/13/CEE. É que, recorde-se, nessa disposição – tal como, nomeadamente, na lei alemã (cf. § 126 GWB) –, o pressuposto ou requisito da *chance*,

ou da *probabilidade* de obtenção da adjudicação, serve apenas para *modelar* a relação de causalidade exigível e fundar a indemnização, pelo menos, das despesas incorridas no procedimento adjudicatório. Não surge, seguramente, como dano autonomamente indemnizável, distinto tanto das despesas frustradas, como dos lucros cessantes⁵³.

Além disso, no nosso sistema de responsabilidade civil, e conforme também já se referiu, é duvidosa a admissibilidade, em geral, da perda de *chance* como dano patrimonial autónomo (e, como tal, autonomamente quantificável através do apelo à equidade), diversamente do que parece suceder, nomeadamente, no sistema de responsabilidade civil francês.

Quais são, pois, as razões desta *singularidade*, que apenas na aparência serve o propósito de assegurar a tutela dos direitos dos concorrentes na contratação pública? Supomos que essas razões são, no essencial, três.

a) A primeira dessas razões apresenta-se como um dado óbvio, mas espúrio. Trata-se da facilidade de *manuseamento* desta solução, que dispensa as entidades adjudicantes de uma defesa mais aturada e evita o aprofundamento da análise, o recurso à prova pericial e, em geral, a incursão em matérias técnicas ou frequentemente *indigestas* para o jurista. Mas esta é ainda, insiste-se, uma razão *pré-jurídica*, que nenhum crédito científico merece.

b) Em segundo lugar, surge uma razão já atendível, de ordem substancial, mas cuja invocação não tem em conta as especificidades do grupo de casos concretamente em apreço. Está aqui em causa a circunstância de a generalidade das situações de responsabilidade civil, no domínio da contratação pública, poder coincidir com a invocação de causa legítima de inexecução, nos termos do artigo 163.º do CPTA.

No entanto, a *ratio* subjacente à *ficção*, neste contexto, de um dano autónomo, não encontra aplicação no domínio da contratação pública, em que, pelo menos, o interesse contratual negativo deveria ser, em princípio, indemnizado, por imposição expressa do legislador comunitário (cf. o mencionado artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva n.º 92/13/CEE). E isto sem dependência da demonstração de culpa pelo lesado ou, sequer, a admissibilidade de prova de inexistência de culpa por parte do lesante.

Acresce que a necessidade de articulação entre a indemnização assim arbitrada e a verdadeira e própria indemnização pela preterição ilícita do concorrente pode conduzir a uma situação desequilibrada, seja por excesso, seja por defeito. Por excesso, quando se entenda que esta indemnização poderá crescer à indemnização a alcançar pelo concorrente preterido em sede de responsabilidade civil. Por defeito, no cenário inverso, caso se lhe atribua efeito excludente da indemnização devida a título de responsabilidade civil.

⁵³ Pela nossa parte, entendemos que, na contratação pública, o recurso à noção de perda de *chance* apenas é admissível, dentro de determinados limites, como critério para aferição da causalidade em termos mais flexíveis do que os normalmente exigidos, dependendo o direito a indemnização do grau de probabilidade da adjudicação e devendo a respetiva quantificação ter por base o montante dos lucros cessantes (cf. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização...*, cit., pp. 344 ss).

c) Como terceira e última razão para este estado de coisas, mas estreitamente relacionada com o aspeto que acabámos de referir, cumpre aludir à ideia, muito divulgada na doutrina e na jurisprudência, segundo a qual não cabe, no âmbito do processo de execução de sentença anulatória, a pretensão de indemnização pela responsabilidade civil emergente da prática do ato ilícito anulado⁵⁴.

Parece-nos, porém, que esta solução não deveria vigorar no domínio da contratação pública. Por um lado, este entendimento, com a inerente exigência de ulterior recurso a uma ação administrativa comum de responsabilidade civil, não deixa de constituir um obstáculo à célere efetivação dos direitos dos particulares, como impõe o Direito da União Europeia. Por outro, a instrução da causa, num pedido de indemnização fundado em responsabilidade civil da entidade adjudicante – e uma vez que a indemnização se acha, em princípio, limitada pelo âmbito do contrato e não depende de culpa do lesante –, não tenderá a ser particularmente árdua.

Além disso, contra esta orientação, existem ainda dois argumentos relevantes. Um primeiro argumento alicerça-se na constatação *empírica* de que o âmbito da indemnização devida pela inexecução lícita da sentença anulatória pode bem coincidir, nalguns casos, com o âmbito da indemnização emergente do ato ilícito anulado⁵⁵, o que demonstra que é possível *acomodar*, mesmo sem adaptação do processo, esta última pretensão indemnizatória na tramitação do processo executivo. Um segundo e derradeiro argumento, no sentido proposto, é-nos dado pela reforma do Direito processual administrativo italiano, sendo que o artigo 112.º, n.º 4, do novo *Codice del Processo Amministrativo*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104, de 2 de julho de 2010, veio prever, com caráter geral, a possibilidade de dedução do pedido indemnizatório no *processo di ottemperanza*, com a inerente convolução deste no processo ordinário⁵⁶.

É certo que esta norma da lei italiana vigorou durante pouco tempo – tendo sido revogada pelo Decreto-Lei n.º 195, de 15 de novembro de 2011 –, o que ficou a dever-se às dúvidas que suscitou quanto à determinação do tribunal competente para apreciar, em simultâneo, o pedido de execução da sentença anulatória e o pedido de indemnização a título de responsabilidade civil⁵⁷. No entanto, entre nós, é hoje residual a competência do

⁵⁴ Cf., *inter alia*, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 1078-1079. Esta orientação parece, aliás, encontrar sólido apoio literal no artigo 166.º, n.º 1, do CPTA, sendo, depois, estendida às hipóteses contempladas nos artigos 45.º, n.º 1, e 102.º, n.º 5, do CPTA (cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 291 e pp. 686-688).

⁵⁵ Cf. o aresto do TCAS de 22.03.2012, proferido no proc. n.º 7045/10. Como este aresto evidencia, o que está em causa é um concurso de pretensões indemnizatórias que, embora alicerçando-se em títulos jurídicos diversos (atuação ilícita da entidade adjudicante vs. inexecução lícita da sentença anulatória), se referem, afinal, aos mesmos danos. Por isso mesmo, a obtenção de uma mera indemnização pela perda de *chance*, determinada em abstrato, por apelo à equidade e resultando em montantes frequentemente irrisórios (por vezes, inferiores ao valor das *despesas frustradas* cujo ressarcimento é expressamente imposto pelo Direito da União Europeia), não pode ser considerada satisfatória.

⁵⁶ Cf. ALESSIO LIBERATI, *Il Nuovo Diritto Processuale Amministrativo*, Pádua, 2010, pp. 759 ss, FRANCESCO CARINGELLA/MARIANO PROTTO, *Manuale di Diritto Processuale Amministrativo*, Roma, 2011, pp. 1197 ss, e DANIELE GIANNINI, *Il Nuovo Giudizio di Ottemperanza dopo il Codice del Processo*, Milão, 2011, pp. 131 ss.

⁵⁷ Cf. FRANCESCO CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. I, *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Roma, 2012, pp. 590-592.

STA para conhecer, em primeira instância, de ações de impugnação e, portanto, para a execução das respetivas decisões anulatórias (cf. artigo 24.º, n.º 1, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais), pelo que só muito raramente se poderá colocar um problema de *dissociação* entre a competência para conhecer do pedido de execução da decisão anulatória e a competência para conhecer do pedido de indemnização. Como tal, nada obstará a uma solução similar à do mencionado artigo 112.º, n.º 4, do *Codice del Processo Amministrativo*, de âmbito geral ou, pelo menos, limitada ao domínio da contratação pública, ainda que, porventura, deixando ao juiz a liberdade de adaptar a tramitação processual.

4. Conclusão

Em face de tudo quanto antecede, parece-nos ser de concluir, em síntese, que existe margem para aperfeiçoamento e reforço da tutela *secundária* ou *ressarcitória* dos concorrentes ilicitamente preteridos, já à luz do nosso Direito interno constituído. No entanto, parece-nos, igualmente, que seria recomendável uma intervenção legislativa que desse conteúdo útil ao artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE, do mesmo passo que regulasse, adequadamente, a articulação entre a indemnização fundada em responsabilidade civil, por um lado, e a indemnização pela inexecução lícita de sentença anulatória, por outro, tanto no plano substantivo, como no plano processual.

5. Bibliografia sumária

CARDONA FERREIRA, Rui, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra, 2011

– “Perda de *chance* – análise comparativa e perspetivas de ordenação sistemática”, in *O Direito*, 2012, tomo I

– “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 97 (Jan./Fev. 2013)

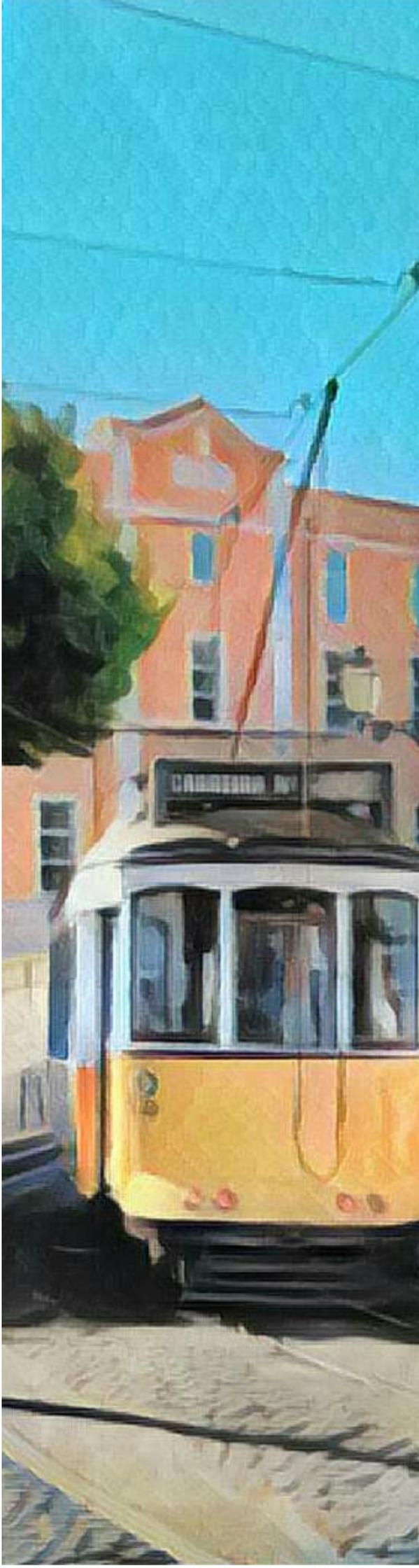
CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Coimbra, 2006

MOTA PINTO, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra, 2009

– “Responsabilidade por violação de regras de concurso”, in *Estudos de Contratação Pública – II* (org. PEDRO GONÇALVES), Coimbra, 2010

VIEIRA GOMES, Júlio, “Sobre o dano da perda de *chance*”, in *Direito e Justiça*, vol. XIX, 2005, tomo II

– “Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de *chance*”, in *Cadernos de Direito Privado*, número especial 2 (Dez. 2012)



**5.
Responsabilidade
civil
pré-contratual
das entidades
públicas**

Carlos Cadilha

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS¹

Carlos Fernandes Cadilha*

- I. Fontes normativas da responsabilidade pré-contratual.
 - II. Meios processuais pelos quais é possível efetivar a responsabilidade pré-contratual.
 - III. Dano indemnizável.
 - IV. Prática jurisprudencial.
 - V. Análise crítica.
 - VI. Conclusões.
- Vídeo.

I. Fontes normativas da responsabilidade pré-contratual

1. A primeira das disposições que interessa considerar é a do n.º 2 do artigo 7º do RRCEE, que pretende dar concretização prática, no direito interno português, à *Diretiva recursos* (Diretiva n.º 89/665/CEE depois completada pela Diretiva n.º 92/13/CEE, com específica aplicação nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações), na parte em que consignam a atribuição de indemnizações por violação do direito comunitário no âmbito de procedimentos pré-contratuais de direito público, que consta, respetivamente, dos seus artigos 2.º, n.º 1, alínea c), e 2º, n.º 7.

Pretendeu-se, deste modo, instituir um regime específico de responsabilidade civil por danos decorrentes de violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação de qualquer dos contratos a que igualmente se aplica o regime especial de impugnação de atos pré-contratuais previsto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (*contencioso pré-contratual*) e acaba por consagrar uma obrigação de indemnizar, não já por mera responsabilidade civil extracontratual, mas por responsabilidade pré-contratual², visto que se trata aqui claramente de uma forma de responsabilidade por culpa na formação de contrato e que tem equivalência, no direito civil, na culpa *in contrahendo* a que alude o artigo 227º do Código Civil (CC).

Na sua redação originária, o artigo 7º, n.º 2, previa a concessão de indemnização «às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, nos

¹ O presente texto corresponde à versão escrita apresentada na ação de formação intitulada “Curso de especialização em direito administrativo”, sob o tema “Responsabilidade civil pré-contratual do Estado”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, e que teve lugar a 29 de maio de 2015. Já publicado no e-book [“Direito e Processo Administrativo”](#), de novembro de 2016.

* Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional.

² Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos*, pág. 360.

termos da presente lei», o que pressupunha a remissão para o regime geral de responsabilidade civil por atos ilícitos e, designadamente, a aplicação do princípio de *presunção de culpa leve* pela prática de atos jurídicos ilícitos a que refere o artigo 10.º, n.º 2, do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (RRCEE). A substituição do inciso *nos termos da presente lei* pela expressão *de acordo com os requisitos de responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário*, por efeito da nova redação introduzida pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho, visa dar plena satisfação às exigências do direito comunitário em matéria de contratação pública, tornando claro que a violação de normas comunitárias, no domínio dos procedimentos de formação de contratos abrangidos pelas Diretivas, arrasta a existência de culpa.

Esta alteração legislativa, efetuada na sequência da condenação do Estado Português pelo TJUE, por não ter revogado o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de novembro de 1967, pretende, por conseguinte, alinhar o direito interno, nesse específico âmbito de aplicação, pelo entendimento jurisprudencial comunitário. A jurisprudência do TJUE considera que a obrigação de reparar os prejuízos causados aos particulares, em violação de normas de direito europeu, não pode ficar subordinada a uma condição extraída do conceito de culpa que vá além de violação *suficientemente caracterizada* do direito comunitário. Aceita-se, nesse domínio, que a culpa está ínsita na ilegalidade cometida, só podendo ser considerados certos elementos objetivos ou subjetivos (que, no quadro de um sistema jurídico nacional, estão normalmente associados ao conceito de culpa), para determinar se ocorreu, no caso concreto, uma violação *suficientemente caracterizada* do direito comunitário.

A alteração legislativa tem, pois, o sentido útil de substituir o regime de presunção de culpa que resultava da remissão para o disposto no artigo 10.º, n.º 2, do RRCEE — que implicaria a possibilidade de a presunção de culpa ser ilidida por prova em contrário, nos termos gerais do artigo 344.º, n.º 1, do Código Civil —, por um critério de objetivação de culpa consonante com o entendimento da jurisprudência comunitária sobre a matéria^{3 4}.

Note-se entretanto que o direito indemnizatório previsto no artigo 10.º, n.º 2, se destina apenas a garantir a reparação dos danos causados quando o processo impugnatório (acompanhado das providências cautelares adequadas) não tenha permitido corrigir, em tempo útil, as ilegalidades cometidas, ou quando subsistam danos que não tenham sido cobertos pela reformulação do procedimento pré-contratual, na sequência da impugnação contenciosa. Por outro lado, a garantia de impugnação contenciosa carece de ser articulada

³ A dificuldade que suscitou a alteração de redação do artigo 7º, n.º 2, coloca-se a propósito de qualquer outra violação do direito comunitário de que resultem danos para os particulares, e não apenas no domínio dos procedimentos pré-contratuais, pelo que a exigência de objetivação da culpa tem igualmente cabimento tanto no âmbito da responsabilidade civil emergente da prática de atos jurídicos, a que se refere o artigo 10º, n.º 3, como também em matéria de responsabilidade derivada do exercício da função jurisdicional ou da função político-legislativa (neste sentido, HELOÍSA OLIVEIRA, *Jurisprudência comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Influência, omissão e desconformidade*, O Direito, ano 142.º (2010), pág. 153).

⁴ Não é, todavia, claro que do direito comunitário resulte a necessidade da adoção de um regime de responsabilidade puramente objetiva: o que se impõe é que não seja exigível a prova da culpa ou do dolo, o que pode ser consentâneo com a existência de uma presunção de culpa (cfr. RUI MEDEIROS/PATRICIA FRAGOSO MARTINS, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica, 2013, pág. 186).

com outros mecanismos processuais também relevantes para a defesa dos interesses dos concorrentes: a modificação objetiva da instância mediante a ampliação do objeto do processo impugnatório à impugnação do contrato, quando este tenha sido entretanto celebrado, que poderá ter o efeito útil de impedir a execução do contrato que se encontre ferido de ilegalidade por virtude de vícios procedimentais (artigo 102.º, n.º 4); a possibilidade de cumulação de um pedido de anulação de um ato pré-contratual com um pedido de reparação de danos (ainda que essa cumulação de pedidos provoque uma inevitável desaceleração do processo pré-contratual).

Resta acrescentar que a existência de uma norma especial, reconhecendo um direito à reparação de danos por ilegalidade cometida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do CPTA, não significa que não haja lugar a indemnização por factos ilícitos praticados em quaisquer outros procedimentos pré-contratuais, ainda que não sujeitos ao regime de impugnação especificamente previsto naquele preceito. O que justifica o direito à reparação de danos é a ilicitude resultante da prática de atos administrativos ilegais, pelo que não deixa de existir um dever de indemnizar, por parte das entidades adjudicantes, quando, em relação à formação de qualquer contrato público, sejam afetados direitos ou interesses legítimos dos concorrentes ou potenciais concorrentes, através de atos procedimentais ilegais. O ponto é que se trate de contratos que se encontrem submetidos a um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público, que, como tal, fiquem sujeitos à competência contenciosa dos tribunais administrativos e a um regime substantivo de responsabilidade administrativa.

A disposição do n.º 2 do artigo 7.º do RRCEE tem, pois, o alcance de assegurar formalmente um direito de indemnização por atos ilegais cometidos no âmbito do procedimento relativo a contratos que estão abertos à concorrência comunitária, sem que isso signifique que não haja lugar a um direito à indemnização em quaisquer outros casos de ilegalidade.

2. O n.º 2 do artigo 7.º do RRCEE não esclarece, todavia, qual é a medida da indemnização em caso de violação de regras do concurso de adjudicação do contrato, havendo aqui que recorrer às normas de direito comunitário aplicáveis, bem como às disposições específicas que constam do Código dos Contratos Públicos (CCP), e aos princípios gerais de direito.

O artigo 2º, n.º 1, alínea c), da Diretiva n.º 89/665/CEE (aplicável aos contratos públicos de obras e fornecimentos) limita-se a prever a concessão de *indemnizações* às pessoas lesadas por decisões proferidas no âmbito de um procedimento pré-contratual de direito público que tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos ou as normas que transpõem esse direito. Não exclui, à partida, que o prejuízo reparável abranja o *lucro cessante* (o lucro que o interessado poderia ter obtido se lhe fosse adjudicado o contrato)⁵. O artigo 2º, n.º 7, da Diretiva n.º 92/13/CEE é, no entanto, mais preciso, ao prever um direito a indemnização por perdas e danos relativos aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, quando ocorra violação do

⁵ Neste sentido, RUI MEDEIROS/PATRICIA FRAGOSO MARTINS, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas*, citado, pág. 205.

direito comunitário ou das normas nacionais de transposição, por parte da entidade adjudicante, no correspondente procedimento, e o interessado prove que «teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação».

Ao referir-se a um direito a indemnização relativo aos “custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato”, a Diretiva n.º 92/13/CEE parece pretender abranger apenas o dano pelo *interesse contratual negativo*. No entanto, o artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva n.º 92/13/CEE limita-se a estabelecer um regime específico para as situações em que o pedido de indemnização visa a reparação dos danos relativos aos custos incorridos com a preparação da proposta ou a participação no procedimento no concurso, e não prejudica o ressarcimento de outros tipos de danos nos termos gerais da responsabilidade civil, e, portanto, a própria possibilidade de tutela do *interesse contratual positivo*, designadamente quando seja possível demonstrar que, sem a violação das normas em causa, o lesado teria vencido o concurso e/ou a entidade adjudicante teria ficado vinculada a celebrar o contrato (i. é., tinha o dever de concluir o contrato)⁶.

O que pode dizer-se, em tese geral, é que quando se deva atender, nos termos gerais, ao *interesse contratual positivo*, e portanto à situação em que o lesado se encontraria se o contrato lhe tivesse sido adjudicado, já não são indemnizáveis os danos pelo *interesse contratual negativo* na medida em que nos casos em que seja reconhecida ao lesado o direito à adjudicação este teria necessariamente de ter suportado os custos da participação no procedimento. Por outro lado, os danos pelo *interesse contratual negativo* só são indemnizáveis nas condições previstas no artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva n.º 92/13/CEE (i. é., quando a proposta do lesado não tenha sido excluída e mantenha alguma viabilidade relativamente à atribuição da adjudicação)⁷.

3. O CCP consagra igualmente a favor dos concorrentes uma indemnização pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respetivas propostas apresentadas a concurso em diversas outras situações específicas: (a) quando a decisão de escolha por ajuste direto tenha caducado ou não tenha sido tomada no prazo legalmente previsto (artigo 27º, n.º 6); (b) quando a decisão de adjudicação tenha sido tomada e notificada aos concorrentes após o termo do prazo estabelecido para a manutenção das propostas e o concorrente recuse a adjudicação (artigo 76º, n.º 3); (c) quando o órgão competente para a decisão de contratar decida não adjudicar por motivo justificado (artigo 79º, n.º 4); (d) quando a entidade adjudicante revogue a decisão de não contratar por motivo justificado que ocorra entre o início de procedimento e o termo do prazo da apresentação das propostas (artigo 80º, n.º 2);

⁶ PAULO MOTA PINTO, *Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato: em especial o cálculo da indemnização*, in «Estudos de contratação pública», Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Coimbra, 2008, vol. 2, págs. 288-289; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial na contratação pública)*, Coimbra, 2011, pág. 344 e segs.).

⁷ Cfr. RUI MEDEIROS/PATRICIA FRAGOSO MARTINS, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas*, citado, pág. 212.

ou ainda quando, por facto que lhe seja imputável, a entidade adjudicante não outorgar o contrato no prazo cominado e o adjudicatário se desvincular da proposta (artigo 105.º, n.º 3)⁸.

Também nestes casos estamos perante uma indemnização pelo *interesse contratual negativo*, que se destina a assegurar que o cocontratante seja ressarcido pelos encargos em que incorreu com a sua apresentação ao concurso, mas que deve entender-se como correspondendo a um *direito de indemnização mínimo*, que não afasta outras pretensões indemnizatórias com base em responsabilidade pré-contratual⁹.

II. Meios processuais pelos quais é possível efetivar a responsabilidade pré-contratual

4. Uma precisão interessa começar por efetuar.

Quando, na sequência de uma sentença anulatória de um ato administrativo praticado no âmbito de um procedimento pré-contratual, é possível efetuar a reconstituição da situação jurídica violada através do correspondente processo executivo, mediante a renovação do procedimento administrativo (com a participação do candidato que foi ilegalmente excluído) ou a reformulação do ato de adjudicação (mediante a atribuição do contrato ao concorrente ilegalmente preterido), a indemnização é assegurada pelo princípio da reposição natural ou da restituição em espécie, que corresponde à forma prevalecte de reparação do dano (artigo 562.º do CC). A indemnização em dinheiro, por impossibilidade de reconstituir a situação anterior à lesão, tem um carácter meramente subsidiário (artigo 566.º do CC).

Quando se verifique entretanto no processo executivo uma causa legítima de inexecução, por impossibilidade absoluta ou grave prejuízo para o interesse público na execução da sentença (artigo 163.º do CPTA), ou, em situação paralela, seja possível antecipar no próprio processo declarativo uma situação de impossibilidade absoluta ou de excecional prejuízo para o interesse público que tornaria inviável a execução de uma eventual sentença condenatória que viesse a ser proferida (artigo 102.º, n.º 5, do CPTA) – a situação mais comum será aquela em que o contrato se encontre integralmente executado - , há lugar à fixação judicial de uma indemnização que visa reparar o prejuízo resultante da inexecução da sentença e que se traduz numa *indemnização pecuniária* sucedânea da reconstituição em espécie que seria aplicável caso não subsistisse a causa legítima de inexecução (artigos 166.º e 178.º).

Sendo uma indemnização pecuniária, que substitui, tal como prevê o artigo 566.º do CC, a reconstituição da situação jurídica violada, ela não deixa de constituir uma forma de responsabilidade civil por facto ilícito e, respeitando a atos administrativos praticados no

⁸ Neste sentido, o acórdão do STA de 22 de outubro de 2009 (Processo n.º 557/08) considerou ser de atribuir ao adjudicatário o direito a ser indemnizado pelo dano negativo (dano da confiança) quando, após a adjudicação de uma empreitada de obras públicas, o dono da obra não promover a celebração do contrato, fazendo corresponder o prejuízo ao valor das despesas com a aquisição do processo de concurso e com a elaboração da proposta, por possuírem uma efetiva conexão com a ilicitude geradora da responsabilidade pré-contratual.

⁹ Neste sentido, RUI MEDEIROS/PATRICIA FRAGOSO MARTINS, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas*, citado, págs. 215-216.

âmbito de um procedimento de formação de contrato, tratar-se-á também de uma forma de responsabilidade pré-contratual.

Essa não é, no entanto, uma indemnização destinada a cobrir todos os danos que possam ter resultado da atuação ilegítima da Administração, visto que tem apenas em vista compensar o interessado pelo facto de não ser possível reconstituir a situação anterior à lesão, seja por via da admissão ao procedimento pré-contratual (quando dele tenha sido ilegalmente afastado), seja por via da prolação de uma decisão de adjudicação que lhe seja favorável (quando tenha sido ilegalmente preterido).

De fora ficam outros danos não sejam diretamente reconduzíveis à responsabilidade por inexecução e que não correspondam à indemnização sucedânea da restauração natural¹⁰. E por isso também é que o n.º 5 do artigo 45.º do CPTA não exclui a possibilidade de o interessado deduzir um pedido autónomo de reparação de todos os danos resultantes da atuação ilegítima da Administração, que necessariamente acresce à indemnização que for devida, nos termos do n.º 1 desse artigo, por impossibilidade de execução de uma sentença anulatória ou condenatória^{11 12}.

As questões de responsabilidade pré-contratual colocam-se, portanto, em primeira linha, no âmbito da responsabilidade por inexecução, quando se torne necessário fixar uma indemnização pecuniária pela prática do ato procedimental ilegal. Mas nada impede que essas mesmas questões se coloquem no âmbito de uma ação autónoma de responsabilidade pré-contratual. O interesse no acionamento da responsabilidade civil pré-contratual por via de uma ação própria surge em diversas situações: (i) quando o interessado opte por uma ação de indemnização autónoma que venha a ser instaurada em alternativa ao processo executivo¹³; (ii) quando se pretenda obter uma indemnização pela prática do ato ilegal independentemente da sua prévia impugnação contenciosa, através da declaração incidental da ilegalidade, em aplicação do disposto no artigo 38º do CPTA; (iii), ou ainda naquelas situações em que, face à especificidade do caso, a ação de indemnização constitua o meio processual mais adequado à tutela dos interesses ofendidos, por não ser viável recorrer à ação impugnatória ou à ação de condenação à prática de ato devido: situações de inobservância do procedimento devido;

¹⁰ Em sentido contrário, o acórdão do STA de 25 de março de 2010, Processo n.º 913/08, considerou que o âmbito da indemnização prevista no artigo 45.º, n.º 1, do CPTA abrange a globalidade dos direitos indemnizatórios, incluindo os danos indemnizáveis resultantes da atuação ilícita e a compensação pela privação do direito à execução através de restauração natural.

¹¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição, Coimbra, págs. 1079-1080; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor e indemnização devida: aproximação ao tema*, CJA n.º 83, págs. 7-8.

¹² Note-se, entretanto, que a *indemnização por equivalente* tem aplicação não apenas quando exista uma causa legítima de inexecução, designadamente nos casos em que as prestações contratuais se encontram integralmente realizadas e se não torne possível retomar o procedimento pré-contratual para corrigir a ilegalidade cometida, mas também nas situações de invalidade consequente do contrato resultante da prática de atos procedimentais anuláveis, quando, em ação de anulação de contrato, o juiz venha a afastar o efeito anulatório do contrato, nos termos do artigo 283.º, n.º 4, do CCP, por considerar que a anulação é desproporcionada ou contrária à boa fé ou se mostra ser irrelevante por não implicar uma modificação subjetiva do contrato nem uma alteração do seu conteúdo essencial, o que, por via de regra, abarca situações em que o contrato não se encontra plenamente executado mas está em fase adiada de execução (acórdãos do STA de 9 de maio de 2012, Processo n.º 760/11, e do TCA Norte de 7 de outubro de 2011, Processo n.º 858/10).]

¹³ Admitindo expressamente essa possibilidade, o acórdão do STA de 29 de outubro de 2009, Processo n.º 229/09.

ineficácia do contrato por recusa do visto do Tribunal de Contas; recusa de contratar por parte da entidade adjudicante; quando a entidade adjudicante não adote a decisão de adjudicação dentro do prazo de validade das propostas ou não outorgue o contrato dentro do prazo estabelecido; alteração das condições de contratar quando tenha impedido o adjudicatário de celebrar o contrato).

III. Dano indemnizável

5. A medida da indemnização em situações de responsabilidade pré-contratual pode traduzir-se no dano correspondente ao interesse contratual positivo, à perda de *chance* ou ao interesse contratual negativo.

(a) O dano resultante do *interesse contratual positivo* (ou dano de cumprimento), traduz o benefício que a conclusão do negócio traria à parte prejudicada (ou seja, a vantagem económica que se obteria com a execução do contrato) e que, em princípio, só será coberto, excecionalmente, quando a conduta culposa da parte consistir na violação do dever de conclusão do negócio¹⁴.

O *interesse contratual positivo* apenas pode ser considerado em situações muito particulares:

(a) quando seja possível demonstrar que, se não fosse a ilegalidade cometida, o concorrente ilegalmente afastado ou ilegalmente preterido seria o adjudicatário - é o que sucede nas situações de redução de discricionariedade a zero, isto é, quando a Administração se encontre vinculada, na graduação dos candidatos, por posições já assumidas no decurso do procedimento (a proposta do concorrente sobre que recaiu a adjudicação deveria ter sido excluída e não existiam mais concorrentes ou estes tinham ficado numa posição relativa inferior); (b) quando os critérios de adjudicação são exatos e não envolvam nenhuma margem de livre apreciação e o lesado demonstre que era o detentor da melhor oferta (a falta detetada traduz num mero erro de avaliação do júri quanto a parâmetros quantitativos); (c) no caso de revogação ilícita da decisão de adjudicação ou da decisão contratar quando o lesado tenha já sido selecionado como vencedor ou fosse comprovadamente o candidato melhor colocado para o vencer e a entidade adjudicante se encontre vinculada ao resultado do concurso e ao dever de concluir o procedimento.

No *interesse contratual positivo* está em causa a violação de um dever pré-contratual de cuja observância resultaria a celebração do contrato com o lesado. Há por isso que distinguir entre a criação de confiança, que obriga os concorrentes a um investimento na participação no procedimento, que é depois inutilizado por uma decisão da entidade adjudicante, e a violação do próprio dever de contratar.

¹⁴ Nestes precisos termos, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, pág. 216. Corroborando este ponto de vista, ao referir-se especificamente ao dano no âmbito da responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, ESPERANÇA MEALHA, *Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos*, in *Julgar* n.º 5, pág. 113.

(b) O dano resultante de perda de *chance* tem aplicação quando não seja possível demonstrar com total certeza que o concorrente afastado ou preterido seria o adjudicatário, mas no entanto é possível concluir que a regra violada de algum modo afeta essa possibilidade.

A perda de *chance* não corresponde a um mero dano eventual ou a um dano futuro, mas a um dano certo e atual, visto que se trata da perda da possibilidade concreta — e já existente no património do interessado — de obter um resultado favorável. Neste sentido, a perda de *chance* não deixa de constituir uma modalidade de dano emergente, na medida em que não equivale à perda de um resultado ou de uma vantagem, mas à perda da probabilidade de o obter. A dificuldade coloca-se na avaliação do dano, uma vez que, embora exista uma expectativa, a obtenção do resultado vantajoso é meramente hipotética. A perda de *chance* não se confunde, neste plano, com o lucro cessante: o lucro cessante pressupõe que o lesado era titular, no momento da lesão, de uma situação jurídica que lhe proporcionava o direito a um ganho, que, por virtude do facto lesivo, se frustrou. No caso da perda de *chance*, os indícios probatórios operam sobre a expectativa de obter um ganho e não sobre a própria verificação desse ganho.

O direito ao ressarcimento com fundamento em perda de *chance* depende, assim, da avaliação que se faça da probabilidade da obtenção de uma vantagem e do lucro que o lesado teria alcançado se essa probabilidade se tivesse realizado. A questão não está, pois, na demonstração do nexo de causalidade, visto que é sempre possível determinar se existe ou não uma ligação causal entre o facto lesivo e a eliminação ou compressão da probabilidade de ganho; mas antes na existência ou quantificação do dano, uma vez que este é o efeito lesivo que poderá ter resultado da ilícita eliminação dessa probabilidade, quando esta constitui uma mera expectativa jurídica.

Se não existir esse nexo causal — isto é, se não se poder afirmar que o ilícito concretamente verificado afetou, minimamente, a possibilidade de o concorrente ser adjudicatário — este não poderá invocar o direito a uma compensação por perda de *chance* (é o que sucederá, porventura, no caso de a decisão que afeta o concorrente ser anulada por um vício formal como a deficiente fundamentação; tal inexistência de nexo causal já não será tão inequívoca, por exemplo, em casos em que a invalidade do ato lesivo resulta de preterição de audiência dos interessados, uma vez que, pelo menos em tese, não é de afastar a hipótese de o respeito por essa formalidade ter podido conduzir a uma decisão distinta).

(c) O *interesse contratual negativo* (também caracterizado como *dano da confiança*) corresponde ao dano que o lesado não teria sofrido se não fosse a expectativa de celebrar o contrato, e destina-se a colocar o interessado na situação em que se encontraria se o negócio não se tivesse efetuado ou se ele não tivesse participado no procedimento. No dano de confiança pode incluir-se quer o *dano emergente* (os custos incorridos na elaboração e apresentação da candidatura, que acabaram por se traduzir em despesas inúteis), quer o *lucro cessante*, entendido como correspondendo à perda de oportunidades alternativas ou a perda de celebração de outros negócios¹⁵.

¹⁵ Veja-se neste sentido, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade pré-contratual. Breves anotações sobre a natureza e o regime*, in «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita», vol. II, Coimbra,

No domínio do direito privado, a responsabilidade pela criação de confiança abrange, tipicamente, as situações em que um contrato não é celebrado por superveniente desinteresse de uma das partes na sua conclusão. Sucede que, no âmbito de um procedimento pré-contratual, a Administração, após determinar a abertura desse procedimento, fica, por regra, *legalmente vinculada* a outorgar o contrato com o concorrente que oferecer a melhor proposta. Só assim não sucederá se se verificar alguma das circunstâncias que, nos termos do artigo 79.º, n.º 1, do CCP, permitem à entidade adjudicante, por sua iniciativa, tomar uma decisão de não adjudicação.

Se ocorrer uma dessas circunstâncias – isto é, (i) se se verificar um facto imprevisto que torne necessário alterar algum aspeto das peças do procedimento após o termo do prazo para a apresentação das propostas (artigo 79.º, n.º 1, alínea c)) ou (ii) se ocorrer um facto superveniente, relativo aos pressupostos da decisão de contratar, que justifique suficientemente, à luz do interesse público, a desistência da adjudicação (artigo 79.º, n.º 1, alínea d)) – a entidade adjudicante está habilitada a emitir uma decisão de não adjudicação. Neste caso, o dano indemnizável restringe-se aos encargos em que os concorrentes incorreram na elaboração das propostas (cfr. artigo 79.º, n.º 4), pelo que podemos efetivamente falar de uma situação de ressarcimento do interesse contratual negativo fundada em responsabilidade pré-contratual¹⁶.

Mas sempre que a Administração decida concluir um procedimento pré-contratual sem praticar um ato de adjudicação invocando simplesmente que não está vinculada a um dever de adjudicação – ou apresentando um fundamento para tal decisão que não se enquadre em qualquer das situações previstas no artigo 79.º, n.º 1, do CCP, conduzindo à ilegalidade do ato de não adjudicação – julgamos que os danos indemnizáveis não corresponderão – como porventura sucederia se estivéssemos no âmbito do direito privado – a uma indemnização pelo interesse contratual negativo a título de responsabilidade civil pré-contratual. Com efeito, num caso destes, a decisão de não adjudicação configura um ato ilegal em face da ordem jurídica que impossibilita ou prejudica a hipótese de o concorrente ser adjudicatário, pelo que, anulado esse ato, e no contexto em que, por algum motivo, já não seja possível a reposição natural do dano pela reconstituição do procedimento, deve a indemnização dos concorrentes lesados reconduzir-se, consoante as circunstâncias do caso e nos termos anteriormente expostos, ao *interesse contratual positivo* ou à *perda de chance*.

Resta a dúvida de saber se, para além das situações previstas no artigo 79.º, n.º 4, do CCP, haverá também lugar à atribuição de uma indemnização que cubra o interesse contratual negativo naqueles casos em que a entidade adjudicante praticou um ato ilícito mas o concorrente não está em condições de demonstrar que, não fora esse ilícito, ele teria uma

pág. 766; PAULO MOTA PINTO, *Responsabilidade pré-contratual*, preleção no Curso de Pós-graduação em Contratação Pública, CEDIPRE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008 (não publicado), pág. 11. Na jurisprudência, o acórdão do STA de 5 de dezembro de 2007 (Processo n.º 653/07) parece também admitir a inclusão no dano da confiança do prejuízo resultante da perda de ocasião de negócio.

¹⁶ Pode colocar-se, no entanto, a dúvida sobre a situação prevista no artigo 79.º do CCP não é verdadeiramente uma situação de responsabilidade civil por ato ilícito, uma vez que a responsabilidade pré-contratual pressupõe uma conduta intencionalmente violadora da confiança suscitada na contraparte, o que poderá não ser aplicável quando a Administração tome a decisão de não adjudicar com base numa razão de interesse público.

maior probabilidade (por mínima que seja) de vir a ser adjudicatário. Neste caso, em que falha onexo causal que permite indemnizar a perda de *chance* (e, por maioria de razão, o interesse contratual positivo), mas não deixa de ter sido praticado um ato ilícito, coloca-se a questão de saber qual a tutela ressarcitória a que o concorrente pode aspirar.

A nosso ver, desde que o concorrente consiga demonstrar que, em tese, havia uma *possibilidade* – que não uma probabilidade – de vir a ser adjudicatário, ou seja, desde que o concorrente comprove que se encontrava em concurso com uma proposta juridicamente válida, não parece ser de afastar a indemnizabilidade dos encargos correspondentes à preparação dessa proposta.

IV. Prática jurisprudencial

6. A jurisprudência administrativa tem vindo a aceitar a indemnização do *interesse contratual negativo* em diversas situações: (a) cancelamento de um concurso de concessão de exploração de um estabelecimento (acórdão do STA de 13 de março de 2001, Processo n.º 43879); (b) anulação do procedimento pré-contratual por inobservância do procedimento devido - foi adotado o procedimento por negociação quando era exigível o procedimento concursal (acórdão do STA de 7 de outubro de 2010, Processo n.º 823/08); (c) ilegal abertura do concurso (acórdão do STA de 29 de setembro de 2005, Processo n.º 179/05); (d) ineficácia do contrato por recusa do visto do Tribunal de Contas (acórdãos do STA de 23 de setembro de 2003, Processo n.º 1527/02, e de 31 de dezembro de 2006, Processo n.º 875/05); (e) recusa de contratar após a adjudicação (acórdãos do STA (Pleno) de 22 de outubro de 2010, Processo n.º 557/08, e de 22 de outubro de 2009, Processo n.º 557/08).

Noutras ocasiões, o STA tem também afirmado que os danos resultantes da responsabilidade pré-contratual são apenas os *danos negativos* destinados a ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração das expectativas da conclusão do negócio, excluindo o *interesse positivo*, ou seja, a reparação do benefício que a conclusão do negócio traria para a parte interessada (acórdão do STA de 7 de outubro de 2009, Processo n.º 823/08). E estendeu esse critério mesmo aos casos de decisão ilegal de não adjudicação, considerando que o direito de indemnização do potencial adjudicatário se restringe aos encargos, ónus e compromissos que suportou em consequência direta da apresentação ao concurso e não os lucros cessantes, partindo do entendimento de que a indemnização pelo lucro cessante só surge com a celebração do contrato e não pode ser imputada à ilegalidade da decisão de adjudicação (acórdão do STA de 29 de setembro de 2009, Processo n.º 179/05).

No entanto, noutros momentos, o STA tem admitido discutir a possibilidade de ressarcimento do *interesse contratual positivo* em casos em que o processo impugnatório tenha culminado com a anulação da decisão de adjudicação, e apenas recusou a pretensão indemnizatória baseada no interesse positivo por considerar que a sentença anulatória não se fundou diretamente na apreciação da qualidade das propostas apresentadas pelos concorrentes nem se pronunciou sobre a respetiva graduação (acórdão do STA de 3 de março de 2003, Processo n.º 41794 A), ou por não existirem no processo elementos que permitiam fazer a prova de que

o interessado era aquele que se encontrava em melhor posição para obter a adjudicação (acórdão de 29 de outubro de 2009, Processo n.º 229/09)¹⁷.

Num terceiro grupo de casos, o STA tem vindo a atribuir uma indemnização por perda de *chance* (ainda que nem sempre se invoque explicitamente esta qualificação jurídica), com base num critério de equidade, partindo da ideia de que a indemnização em causa se destina a ressarcir o exequente pela perda do direito à execução da sentença anulatória e pela consequente impossibilidade de obter reconstituição da situação jurídica violada, distinguindo-se da indemnização devida pelo ato ilegal, que apenas poderia ser efetivada através de ação de responsabilidade civil autónoma (acórdãos do STA de 2 de dezembro de 2010, Processo n.º 47578 A, do TCA Norte de 9 de novembro de 2012, Processo n.º 47579 A, e do TCA Sul de 8 de setembro de 2011, Processo n.º 6762/10).

Segundo esta linha de entendimento, a invocação pela Administração de causa legítima de inexecução da decisão anulatória dos tribunais administrativos origina um *dever objetivo de indemnizar*, no quadro do respetivo processo executivo, e que é justificado pela ocorrência de um *facto lícito* que se traduz na existência de uma situação de impossibilidade ou excecional prejuízo para o interesse público no cumprimento, por parte da Administração, dos deveres que resultam de uma sentença anulatória.

A indemnização devida é reconduzida, nestes termos, a uma indemnização por perda de *chance*, isto é, uma indemnização pela perda da situação jurídica em que o interessado se encontraria se fosse possível prosseguir a execução do julgado anulatório (reconhecendo tratar-se de uma indemnização por perda de *chance*, o acórdão do TCA Sul de 30 de novembro de 2012, Processo n.º 682/A/2002).

Para além deste traço comum, que enquadra a perda de *chance* na responsabilidade por inexecução, fazendo-a corresponder à perda do direito à execução da sentença anulatória (caracterizado como um dever objetivo de indemnizar), a jurisprudência administrativa em matéria de perda de *chance* segue, numa análise geral, os seguintes critérios:

(a) a indemnização é atribuída mesmo quando o ato pré-contratual tenha sido anulado com base em vícios meramente formais: falta de fundamentação (acórdão do STA de 29 de novembro de 2005, Processo 41321A); não notificação ao concorrente da anulação do concurso e da abertura de um novo concurso (acórdão do STA de 30 de setembro de 2009 Processo n.º 634/09); vício procedimental (acórdão do STA de 20 de janeiro de 2010, Processo n.º 45578A); falta de audiência prévia na exclusão de uma proposta (acórdão do STA de 20 de novembro de 2012, Processo n.º 949/12). Não se exigindo, por conseguinte, que a anulação contenciosa tenha incidido sobre a decisão de adjudicação e se reporte a vícios relativos à avaliação das propostas e à graduação dos candidatos.

¹⁷ Em idêntico sentido, no acórdão do STA de 21 de outubro de 2010, Processo n.º 45578A, entendeu-se que não era possível atribuir uma indemnização pelo interesse contratual positivo em sede de responsabilidade por inexecução de sentença anulatória, quando o ato pré-contratual tenha sido anulado por um vício de forma ou procedimental e não tenha havido qualquer pronúncia sobre a pretensão substantiva do exequente.

(b) a indemnização é fixada com base na equidade, por aplicação do disposto no artigo 566.º, n.º 3, do CC, por se considerar não ser possível quantificar o valor exato do dano;

(c) o grau de probabilidade de o interessado ganhar o concurso é determinado através de fatores, que resultem do circunstancialismo do caso: a) número de concorrentes que chegaram à fase final do concurso e que em abstrato o poderiam vencer; b) maior ou menor relevo da posição relativa do interessado na graduação em função do vício que tenha originado a anulação do ato pré-contratual; c) valor da proposta apresentada pelo interessado; d) tempo entretanto decorrido desde o início do procedimento¹⁸.

Apesar disso, na generalidade dos casos, o tribunal acaba por fixar o cômputo da indemnização, em ponderação de todos diversos fatores pertinentes, de um modo mais ou menos aleatório e sem quantificar o grau de probabilidade de obter a adjudicação e o benefício que o interessado poderia ter alcançado com a execução do contrato (acórdãos do STA de 29 de novembro de 2005, Processo n.º 41321A, de 20 de janeiro de 2010, Processo n.º 47578A, de 2 de dezembro de 2010, Processo n.º 47579A, de 9 de novembro de 2012, Processo n.º 410-A/2003, de 20 de novembro de 2012, Processo n.º 949/12) e do TCA Sul de 8 de setembro de 2011, Processo n.º 6762/10¹⁹.

V. Análise crítica

7. A crítica que é possível formular quanto a esta orientação jurisprudencial é a seguinte:

(a) Em primeiro lugar, é desde logo discutível que a indemnização por inexecução se traduza numa indemnização de natureza objetiva. Do que se trata é de uma indemnização pecuniária sucedânea da reposição natural e que tem como fundamento o facto ilícito resultante da prática do ato pré-contratual ilegal. Quer a reposição natural, quando seja possível a execução do julgado anulatório, quer a indemnização por equivalente, quando se verifique a impossibilidade de execução, asseguram já o ressarcimento dos danos causados pela ilegalidade cometida no âmbito do procedimento. Os danos suscetíveis de serem reparados através de um pedido autónomo de indemnização são apenas os danos colaterais ou residuais que não fiquem cobertos pela execução do julgado anulatório ou pela indemnização substitutiva.

A indemnização por perda de *chance* destina-se, por isso, a ressarcir, não o dano resultante da perda da posição em que o interessado se encontraria se fosse possível prosseguir o processo executivo, mas a perda da possibilidade de intervir no procedimento, quando dele tenha sido

¹⁸ Num outro caso em que estava em causa um concurso para conceder apoios financeiros à atividade teatral, o tribunal deu relevo à verba disponível, ao número de candidaturas, ao número de programas a apoiar e à duração do apoio (acórdão do STA de 20 de janeiro de 2010, Processo n.º 47578A). Num outro acórdão, o STA revogou a decisão recorrida para a realização de diligências instrutórias para determinar o dano indemnizável, em face da insuficiência dos elementos do processo (acórdão do STA 30 de setembro de 2009, Processo n.º 634/09).

¹⁹ Nos acórdãos do STA de 29 de novembro de 2005, Processo n.º 41321A, e TCA Sul de 8 de setembro de 2011, Processo n.º 6762/10, ponderou-se o benefício expectável com base num certo valor percentual do preço indicado na proposta, mas sem ter em linha de conta, no cômputo da indemnização, o grau de probabilidade de ser atribuída ao requerente a adjudicação.

ilegalmente excluído, ou de obter a adjudicação, quando tenha sido ilegalmente preterido, por ser essa a forma de ressarcir o dano resultante da ilegalidade.

A natureza e a medida da obrigação não pode ser distinta consoante o interessado opte pela propositura de um processo de execução de sentença anulatória ou uma ação de responsabilidade pré-contratual, quando, como foi dito, esses são dois meios processuais igualmente idóneos para obter uma indemnização pecuniária caso se encontre já executado o contrato.

(b) Em segundo lugar, não há, a nosso ver, suficiente razão para arbitrar uma indemnização com base na equidade quando existam elementos que permitam razoavelmente determinar a probabilidade da adjudicação do contrato e se encontrem comprovados quer o valor da proposta do concorrente excluído ou preterido quer o custo que está implicado na execução do contrato. Existindo esses elementos, caberá ao tribunal – ponderando diversos fatores ou índices, como o número de candidatos, o mérito das propostas, os critérios de adjudicação, o grau de discricionariedade na escolha das propostas e o fundamento que determinou a invalidade da anterior decisão – apontar um determinado grau de probabilidade de o concorrente excluído ou preterido ser adjudicatário e, de seguida, fazer incidir esse grau de probabilidade sobre o lucro expectável (isto é, sobre a diferença entre o valor da proposta do concorrente e os custos associados à execução do contrato).

O julgamento por equidade tem naturalmente aplicação mas apenas quando não seja de todo possível determinar a probabilidade de sucesso no procedimento de concurso, designadamente quando a decisão ilegal que impediu o requerente de participar no procedimento tenha sido prévia à apresentação das propostas, ou quando, por inobservância do procedimento que seria aplicável (por ex., ajuste direto ilegal), os potenciais concorrentes não puderam formular as suas propostas, ou ainda quando o critério de avaliação das propostas não se baseie no preço mais baixo mas no da proposta economicamente mais vantajosa e sejam usados fatores ou subfactores que exijam um juízo da Administração não substituível, ainda que com recurso a prova pericial, pelo tribunal.

(c) Por fim, a indemnização por perda de *chance* depende não apenas da violação de uma regra da contratação pública, mas também da existência de um nexo de causalidade entre a violação da regra e o dano traduzido na perda de *chance*, sendo para isso necessário que a regra violada seja suscetível de influenciar de algum modo a possibilidade de ser adjudicatário. O concorrente não tem de demonstrar que, se não fosse a irregularidade, seria adjudicatário, mas que teria uma probabilidade (ou uma maior probabilidade) de o ser. Como se referiu, ainda que se não possa excluir a atribuição de uma indemnização por perda de *chance* com base em ilegalidades meramente formais cometidas no decurso do procedimento, nalguns casos pode não ser possível estabelecer esta relação de causa efeito entre a ilegalidade e a produção do dano (por ex., o vício de falta fundamentação).

VI.**8. Conclusões:**

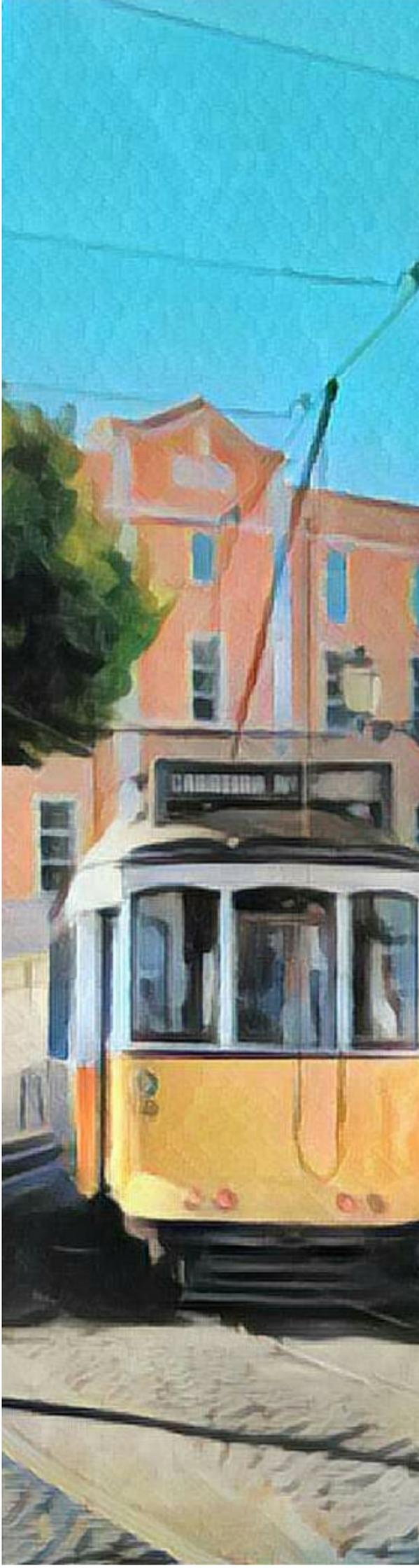
- a) A responsabilidade pré-contratual tanto pode ser efetivada através da convalidação em indemnização pecuniária do processo de execução de julgado anulatório, quando se verifique uma causa legítima de inexecução, como por via de ação de indemnização autónoma, que poderá constituir, em certas circunstâncias, o meio processual mais adequado à tutela dos interesses ofendidos;
- b) O dano indemnizável pode corresponder ao interesse contratual negativo (*dano da confiança*), ao interesse contratual positivo (*dano de incumprimento*) ou a uma indemnização por perda de *chance*.
- c) O *interesse contratual positivo* apenas pode ser considerado excecionalmente quando a conduta culposa da entidade adjudicante tenha consistido na violação do dever de conclusão do negócio e seja possível demonstrar que, se não fosse a ilegalidade cometida, o concorrente ilegalmente afastado ou ilegalmente preterido seria o adjudicatário;
- d) O dano resultante de perda de *chance* tem aplicação quando não seja possível demonstrar com certeza que o concorrente afastado ou preterido seria o adjudicatário, mas exista um nexo de causalidade entre a violação da regra e o dano traduzido na perda de *chance*, de modo a poder considerar-se que a regra violada influenciou negativamente a possibilidade de ser adjudicatário.
- e) Por fim o dano por interesse contratual negativo pode incluir quer os custos incorridos na elaboração e apresentação da candidatura (*dano emergente*), quer a perda de oportunidades alternativas (*lucro cessante* referente a outro contrato), abrangendo situações legalmente tipificadas – como as previstas no artigo 79.º, n.º 4, do CCP – ou outras em que, tendo ocorrido um ato ilícito na tramitação do procedimento, não seja possível demonstrar que esse ilícito influenciou a possibilidade de o concorrente ser adjudicatário;
- f) No caso do dano resultante da perda de *chance*, o cômputo do dano é determinado através do grau de probabilidade de o lesado ser adjudicatário (com base em diversos fatores ou índices que relevam para o resultado do concurso), e o lucro expectável (isto é, a diferença sobre o valor da proposta do concorrente e os custos associados à execução do contrato), e não tem, em regra, de ser formulado com base num juízo de equidade.

Vídeo da apresentação

The image shows a video player interface. At the top left, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is displayed. Below it, contact information for Largo do Limoeiro is provided. A black banner across the top contains the following text: 'Temas de Direito Administrativo', 'Carlos Fernandes Cadilha, Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional: Responsabilidade civil pré-contratual do Estado', and 'Instituto Nacional da Propriedade Industrial - Auditório 29.05.2015 10:00'. The video frame shows a man with a beard speaking at a podium. The background has 'DATAJURIS' and 'JUSTIÇA' logos. An orange lower-third graphic identifies the speaker as 'Carlos Fernandes Cadilha' from 'Lisboa' and the topic as 'Responsabilidade civil pré-contratual do Estado'. The video player controls at the bottom show a progress bar at 00:06:17 of a 01:17:47 video. Logos for 'FCT' and 'FCN' are visible in the bottom left, and the website 'www.fccn.pt' is in the bottom right.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1aiggw4a7i/flash.html>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



6.
Ressarcimento da
lesão por interesse
contratual positivo
ou negativo e por
perda de *chance*
nos procedimentos
de contratação
pública

Pedro Fernández Sánchez

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

RESSARCIMENTO DE LESÃO POR INTERESSE CONTRATUAL POSITIVO OU NEGATIVO E POR PERDA DE CHANCE NOS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA (Tópicos da Intervenção Oral)*

Pedro Fernández Sánchez**

1. Introdução e Enquadramento;
 - 1.1. Observações iniciais;
 - 1.2. Especificidades do regime de responsabilização no contexto dos contratos públicos;
2. Conceitos básicos a utilizar na concretização do regime de ressarcimento dos lesados no contexto do Direito dos Contratos Públicos;
 - 2.1. Danos emergentes vs. lucros cessantes;
 - 2.2. Interesse contratual negativo, interesse contratual positivo e perda de *chance*;
3. Regime ressarcitório aplicável a cada tipologia de lesões pré-contratuais;
 - 3.1. Primeiro conjunto de hipóteses: causas lícitas de não adjudicação;
 - 3.2. Segundo conjunto de hipóteses: actos ilícitos de adjudicação ou de não adjudicação;
 - 3.3. Terceiro conjunto de hipóteses: demora lícita no acto de adjudicação;
 - 3.4. Quarto conjunto de hipóteses: não outorga do contrato;
 - 3.5. Quinto conjunto de hipóteses de lesões contratuais: erro impeditivo da eficácia do contrato. Vídeo.

1. Introdução e Enquadramento

1.1. Observações iniciais

Recurso ao instituto da responsabilidade civil no contexto do Direito dos Contratos Públicos como meio de assegurar um sucedâneo pecuniário para a tutela de posições juridicamente protegidas, nos casos em que estas posições não podem ser *materialmente* restabelecidas através do método de *restauração natural*. Quando é juridicamente impossível ou inconveniente executar um contrato nos exactos termos em que a Administração se comprometeu, a responsabilidade pecuniária oferece uma *garantia de valor* ao lesado (n.º 2 do artigo 62.º da Constituição).

Distinção entre *dano real* e *dano de cálculo*: o dano real é o prejuízo correspondente às efectivas vantagens (materiais ou até ideais) que foram desviadas do seu destinatário; o dano de cálculo é a expressão monetária do dano real – cfr. n.º 2 do artigo 566.º do CC.

1.2. Especificidades do regime de responsabilização no contexto dos contratos públicos

a) Na fase da *execução* do contrato: o desequilíbrio entre os contraentes (exercício de prerrogativas exorbitantes), enquanto pressuposto conatural ao conceito de contrato

* Comunicação efetuada nos dias 27 de novembro de 2015, no CEJ, Lisboa, no âmbito da formação “Contratos públicos, em particular, o equilíbrio contratual; a modificação do contrato por alteração das circunstâncias; a responsabilidade contratual num contexto de modificações de contrato; a relevância do princípio da boa-fé e da confiança nas relações contratuais”.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

administrativo, implica a permissão jurídica para a intervenção lesiva do contraente público sobre a esfera de direitos e obrigações do co-contratante. A consequente afectação do seu património implica a convocação do instituto da responsabilidade civil para reposição do valor patrimonial global objecto da intervenção. Isso multiplica a necessidade de tutela indemnizatória para hipóteses em princípio não necessárias no Direito Privado.

b) Na fase *pré-contratual*: o Direito Privado não desconhece a existência de domínios de responsabilidade que não podem ser estritamente reconduzidos às fronteiras clássicas da responsabilidade contratual ou da responsabilidade extra-contratual. A responsabilidade pré-contratual (*culpa in contrahendo*) constitui um exemplo privilegiado de recurso a esta terceira via do instituto da responsabilidade civil.

Porém, a sua configuração jusprivatística pressupõe a preparação de um negócio jurídico por partes que aproveitam inteiramente a sua autonomia privada para definirem os tempos e as formas da sua vinculação. Por isso, o regime previsto no artigo 227.º do Código Civil não vai além de proteger a parte lesada pela violação de regras de boa fé, através do ressarcimento de despesas sofridas na formação do contrato – cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra, 2008, Vol. II, pp. 1125 e segs..

Esta exiguidade indemnizatória é *incompatível* com os traços distintivos do Direito dos Contratos Públicos. Um contrato público não é formado através de um procedimento escolhido pelas partes ao abrigo da sua autonomia privada; a lei prevê um procedimento cujos tempos de vinculação são estritamente balizados.

Assim, a tutela pré-contratual no Direito dos Contratos Públicos não pode ser reconduzida ao simples *critério (negativo)* presente no artigo 227.º do Código Civil: não é verdade que a vinculação contratual só ocorra no momento da assinatura do contrato e que, por isso, até então, não existam obrigações contratuais que possam ser incumpridas. Existe um compromisso contratual assumido antes (cfr., por exemplo, os artigos 65.º e 76.º do CCP, prevendo um dever de manutenção da proposta, de um lado, e um dever de adjudicação, de outro lado); os regimes jurídicos aplicáveis a factos supervenientes à decisão de contratar já são desencadeados antes da celebração do contrato (cfr. SÉRVULO CORREIA / LINO TORGAL / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alteração de Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública*, III, Coimbra, 2010, pp. 195-196).

À luz do procedimento hoje previsto no Código dos Contratos Públicos, o artigo 227.º do Código Civil não pode mais – fruto da sua *insuficiência* no Direito Administrativo – ser utilizado como ponto de apoio para a restrição da tutela indemnizatória dos administrados. Não é, por isso, procedente a tese presente nos Acórdãos do STA de 23-09-2003 (Processo 01527/02); ou de 12-02-2009 (Processo 01068/08); ou, sobretudo, no Acórdão do STA n.º 1/2010, de uniformização de jurisprudência (Processo 0577/08) – no mesmo sentido, cfr. VERA EIRÓ, *A Obrigação de Indemnizar das Entidades Adjudicantes*, Coimbra, 2013, pp. 617-618.

2. Conceitos básicos a utilizar na concretização do regime de ressarcimento dos lesados no contexto do Direito dos Contratos Públicos

Recordam-se os conceitos que servem como *ponto de partida* para o estudo dos regimes ressarcitórios de lesados em procedimentos de formação de contratos públicos e na execução de contratos administrativos, ainda quando tais *conceitos de base* possam ser objecto de adaptações impostas pelas especificidades jurídico-administrativas.

2.1. Danos emergentes vs. lucros cessantes

a) Indemnização de **danos emergentes** exigida quando o responsável pela obrigação ressarcitória tem de compensar a frustração de uma vantagem que já existe (a diminuição do património que se consumou por efeito da lesão). Indemniza em função dos **lucros cessantes** quando deve ainda, nos termos que a lei indique, compensar a não concretização de uma vantagem que se teria verificado se não fosse a ocorrência do facto que origina a responsabilidade.

Trata-se de uma dualidade presente no artigo 564.º, n.º 1, do Código Civil, que determina que “o dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão”.

b) Mesmo no contexto desta simples distinção introdutória, o Direito dos Contratos Públicos já imprime importantes modulações. O conceito menos ambicioso de danos emergentes não constitui sequer o *patamar mínimo* de indemnização prevista na lei da contratação pública – a qual, por vezes, reduz a tutela ressarcitória ainda abaixo desse valor. Atendendo à gravidade de certos interesses públicos que podem estar envolvidos na formação e execução de contratos públicos, a lei pode admitir que a entidade adjudicante ou o contraente público indemnisem apenas uma parte dos danos emergentes. Por exemplo, o n.º 4 do artigo 79.º do CCP reduz a compensação dos concorrentes, em certos casos (lícitos) de não adjudicação, às *despesas* incorridas na elaboração de uma proposta. Admitindo que certos gastos extraordinários possam ainda estar abrangidos pela tutela compensatória aí prevista, não são, porém, seguramente, todos os danos emergentes objecto de ressarcimento. Assim, a categoria de danos emergentes não fixa sequer o patamar mínimo de uma compensação legalmente exigida pelo Direito dos Contratos Públicos.

No plano oposto, mais complexa ainda é a determinação do *patamar máximo* de indemnização: socorrer-se simplesmente do conceito mais ambicioso de lucros cessantes não é suficiente para apreender a multiplicidade de casos em que a lei *varia* o cálculo dos lucros cessantes em função do grau de consolidação de um direito na sua esfera jurídica, em função da gravidade ou da pertinência do interesse público invocado pela Administração ou da possibilidade de antecipação de ganhos pelo lesado ressarcido.

2.2. Interesse contratual negativo, interesse contratual positivo e perda de *chance*

a) Numa elaboração adicional, propõe-se o conceito de **interesse contratual negativo** para descrever a fórmula que exige que o *lesado seja colocado na situação em que se encontraria se não tivesse celebrado o contrato* (ou, tendo em conta as especificidades da contratação pública, também na situação em que se encontraria se não tivesse decidido participar num procedimento pré-contratual).

O conceito de **interesse contratual positivo** tem por guia o montante necessário para *colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido regular e integralmente executado* – cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual...*, cit., II, pp. 866 e segs..

b) Esta distinção, longe de diminuir, aumentará a complexidade dos desafios colocados pelo Direito dos Contratos Públicos. Mesmo por referência à fórmula menos ambiciosa do interesse contratual negativo, se o ordenamento exige que o lesado seja colocado na situação em que se encontraria se não tivesse celebrado um contrato ou se não tivesse sequer participado no procedimento que lhe deu origem, tal poderia potencialmente permitir o aproveitamento de outras oportunidades de negócio e a obtenção de outros benefícios a que pode ter renunciado quando alocou recursos e investimentos no negócio que se perdeu. Logo, repor a situação hipotética correspondente à inexistência do contrato ou do procedimento pré-contratual de onde emergiu a lesão pode frequentemente envolver a compensação por lucros efectivos ou potenciais perdidos pela renúncia a negócios alternativos. Na formulação do Acórdão do STA de 23-09-2003 (cit.), “a perda de uma ocasião de negócio ainda cabe na categoria dos danos negativos (são os lucros cessantes dentro dos danos negativos): se o empenho na celebração do negócio frustrado impedir a celebração de qualquer outro, o dano negativo tem a medida da perda da vantagem esperada”.

c) No contexto pré-contratual, o apuramento do *quantum* indemnizatório sofre o impacto de outro factor que agrava ainda mais a sua complexidade. Mesmo quando o legislador reconhece a existência de uma expectativa contratual suficientemente forte para justificar a concessão de um *direito a lucros* que é indemnizável em caso de frustração, tem de admitir uma forte variação do grau de consolidação de tais direitos ou expectativas.

1) Há casos em que a pretensão indemnizatória é inequivocamente *descartada* através de um juízo objectivo, susceptível de reconstituição imediata pelo Tribunal, que permite demonstrar a *impossibilidade* de o reclamante vir a celebrar um contrato com a entidade adjudicante e de obter os correspondentes lucros. Por exemplo: cfr. Acórdão do TCA Norte de 16-09-2011 (Processo 00213/06.1BELLE), a indemnização é “*afasta[da] necessariamente*” nas “*situações, nomeadamente, em que o lesado apresentou proposta que se mostra graduada/posicionada em lugar que o afaste claramente da vitória no concurso ou ainda cuja proposta não cumpra o caderno de encargos*”.

2) No extremo oposto, admite-se que a probabilidade de que uma conduta da entidade adjudicante seja apta a produzir danos na esfera de um participante no procedimento é

máxima (*próxima da certeza* ou mesmo *certa*), quando é objectivamente demonstrável que um dado sujeito sempre seria o adjudicatário (*v.g.*, porque é o único concorrente, ou porque é o único concorrente que apresenta uma proposta sem causas de exclusão, ou porque o critério de adjudicação é puramente quantitativo e permite a sua aplicação imediata). A preterição da celebração do contrato equivale à frustração de um leque de posições jurídicas que já se encontravam consolidadas com segurança na esfera do lesado – trata-se de uma “*posição de resultado garantido*” (cfr. Acórdão cit. do TCA Norte de 16-09-2011; PAULO MOTA PINTO, “Responsabilidade por Violação de Regras de Concurso para Celebração de um Contrato (Em Especial o Cálculo da Indemnização)”, in *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra, 2010, p. 289).

3) Mas, entre estes dois extremos, o Tribunal deparar-se-á com incontáveis hipóteses intermédias, em que é *mais ou menos provável* que um dado lesado pudesse obter a adjudicação se a lesão não tivesse sido produzida pela entidade adjudicante. A perspectiva de obtenção dos lucros previstos para a execução do contrato é mais ou menos variável e mais ou menos certa ou incerta (*v.g.*, variação do número de concorrentes num procedimento pré-contratual; critério de adjudicação com forte peso de factores qualitativos ou quantitativos, que atribui maior peso ao júri na realização de juízos de tipo subjectivo).

A figura da **perda de chance** (cfr. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*, Coimbra, 2011, pp. 113 e segs.) responde à perda da possibilidade de obtenção de um benefício, nos casos de *probabilidade intermédia* (entre a certeza da inexistência ou a certeza da existência) de surgimento de uma posição jurídica de vantagem numa esfera jurídica. Tal figura, consolidada primeiro no plano privatístico, obtém maiores potencialidades no contexto da contratação pública, onde a atribuição de iguais oportunidades a todos os operadores económicos interessados em contratar com a Administração aumenta a incerteza, consoante o estado mais ou menos avançado em que se encontra o procedimento, sobre quão forte seria a expectativa de cada autor de uma proposta. O juiz recebe uma margem de avaliação subjectiva (*prognose*) quanto às probabilidades que um lesado teria de obter um benefício que deveria relevar para a determinação do seu interesse contratual positivo (*v. infra*).

3. Regime ressarcitório aplicável a cada tipologia de lesões pré-contratuais

Visto que a jurisprudência se depara com uma tipologia de lesões mais variável e mais desafiante no caso das ablações produzidas durante os procedimentos pré-contratuais, sendo nesses casos que a sedimentação doutrinária é menos segura, opta-se por concentrar a presente exposição na fixação de uma *tipologia de hipóteses pré-contratuais* de ocorrência de uma lesão indemnizável. Propõe-se a seguinte sistematização:

3.1. Primeiro conjunto de hipóteses: causas lícitas de não adjudicação

As hipóteses *lícitas* de não adjudicação previstas nas alíneas *c)* e *d)* do n.º 1 do artigo 79.º do CCP dão origem a uma indemnização limitada a uma **fracção dos danos emergentes**, a qual consiste nas **despesas** directamente associadas à elaboração da proposta (“encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respectivas propostas” – cfr. n.º 4 do artigo 79.º). Dela beneficiam os “*concorrentes*”, porque já formularam uma declaração negocial perante a entidade adjudicante e suportaram custos inerentes a esse exercício pré-contratual; não beneficiam dela os *candidatos* e *outros intervenientes* no procedimento, que apenas participam numa fase preparatória, sem realizarem qualquer declaração negocial. Por sua vez, exclusivamente dentro do universo de concorrentes, beneficiam dessa tutela somente os concorrentes cujas propostas não padeçam de causas de exclusão, porque não é justificável a protecção de quem não elabora uma proposta adjudicável, a qual nunca daria origem à celebração do contrato.

Este regime é também aplicável no caso previsto no n.º 2 do artigo 80.º do CCP, porque também aí já foi feita uma declaração negocial que envolveu a assunção de correspondentes custos. O facto específico que desencadeia a compensação prevista no n.º 4 do artigo 79.º é idêntico, independentemente do momento do procedimento em que haja ocorrido.

3.2. Segundo conjunto de hipóteses: actos ilícitos de adjudicação ou de não adjudicação

O regime mais benigno de ressarcimento a cargo da entidade adjudicante, limitado à compensação por uma mera *fracção* dos danos emergentes causados pela sua conduta (despesas suportadas pelos concorrentes na elaboração da sua proposta), tem de ser afastado nos casos em que o acto lesivo praticado pela entidade adjudicante é ilícito. O regime ressarcitório é consideravelmente ampliado: é inconcebível a aplicação de um regime indemnizatório idêntico para actos lícitos ou ilícitos.

Dois exemplos mais típicos de actos ilícitos originadores de uma responsabilidade agravada:

1) Num contraste com o caso anterior, tal ainda sucede, desde logo, no *plano omissivo*: o n.º 1 do artigo 79.º do CCP elenca um conjunto de causas *lícitas* de *não adjudicação*, quando o interesse público que milita em favor da necessidade de desistência da contratação apresenta um peso relativo superior ao interesse privado que justificaria o dever de adjudicação. Quando, porém, o fundamento invocado pela entidade adjudicante não é abrangido pelo leque protector previsto no n.º 1 do artigo 79.º – mantendo-se então um dever de adjudicação, cuja violação constitui uma omissão ilegal, judicialmente verificável (cfr. artigos 66.º e seguintes do CPTA) –, a frustração de direitos ou expectativas dos participantes no procedimento resulta agora de um *facto ilícito*, que naturalmente pressupõe um alargamento da intensidade da tutela indemnizatória – cfr., para desenvolvimento, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Persistência das Dúvidas acerca do Alcance das Causas de Não Adjudicação em Procedimentos de Contratação Pública (Anotação ao Acórdão do Supremo

Tribunal Administrativo de 20 de Março de 2014)”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 109, 2015.

2) Tal sucede, sobretudo, no *plano activo*: a tipologia mais frequente de lesões pré-contratuais reconduz-se à prática de um acto de adjudicação ilegal – *v.g.*, identificando erradamente o adjudicatário na sequência de uma equivocada avaliação e ordenação das propostas; adjudicando uma proposta que deveria ter sido excluída; excluindo erradamente do procedimento a proposta que merecia a adjudicação...

A preferência por uma reconstituição natural das posições jurídicas lesadas acarreta o dever de retomar o procedimento até à sua conclusão com a adjudicação (ao concorrente correcto) e a celebração do contrato. Pode, porém, a evolução da realidade física ou jurídica ter impossibilitado a continuação do procedimento. Nestes casos, a compensação pecuniária que serve de sucedâneo ressarcitório dos lesados corresponde ao **interesse contratual positivo**, porque tal configura o único meio de colocação das posições jurídicas lesadas na mesma situação em que se encontrariam se não existisse o ilícito – cfr. artigo 22.º da Constituição.

É isso que resulta do artigo 3.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (“RRCEEEP”): “*Quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*”. Tal critério é plenamente aplicável às lesões emergentes de procedimentos pré-contratuais: “É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário” (artigo 7.º, n.º 2).

Ao remeter para o património consolidado do Direito Europeu, mandando que o juiz aplique os “requisitos” que esse Direito estabeleceu para o reconhecimento de uma indemnização em resposta a lesões pré-contratuais, a lei portuguesa apela à tese desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, para quem os particulares lesados têm um direito a reparação, desde que estejam preenchidos três requisitos, a saber, que a norma do direito da União violada tenha por objecto conferir-lhes direitos, que a violação dessa norma seja suficientemente caracterizada e que haja um nexo de causalidade directo entre essa violação e o dano sofrido pelos particulares” – cfr. Acórdãos de 19-11-1991 (Processos C-6/90 e C-9/90 – *Francovich*, n.º 35; de 05-03-1996 (Processos C-46/93 e C-48/93 – *Brasserie du Pêcheur et Factortame*), n.ºs 31 e 51; de 24-03-2009 (Processo C-445/06 – *Danske Slagterier*), n.ºs 19 e 20); e de 09-12-2010 (Processo C-568/08 - *Combinatie Spijker Infrabouw*), n.º 87.

Determinação do **montante indemnizatório** que responde a esse interesse contratual positivo: repor a situação que existiria sem o ilícito depende de uma **prognose** sobre as probabilidades que cada concorrente teria quanto a obter a adjudicação.

1) Há casos em que, devido ao número de propostas (que ficou reduzida a uma) ou ao critério de adjudicação (que é totalmente quantitativo e é reconstituível pelo juiz), o Tribunal pode antecipar a determinação dos resultados do procedimento, confirmando que um dado

concorrente dispunha já de uma posição juridicamente certa, obtendo na sua esfera jurídica a garantia de que obteria a adjudicação em todos os casos em que a lei não permitisse a prática de um acto *lícito* de não adjudicação. Se essa posição segura foi violada por meio de um acto *ilícito*, então o adjudicatário prospectivo tem o *direito a receber a margem de lucro que obteria se tivesse executado o contrato*.

O Tribunal usará todos os elementos constantes da sua proposta – ou uma avaliação das condições de mercado se esta for omissa quanto a isso – para prognosticar qual seria a margem de lucro expectável para a execução do contrato. Pode ainda socorrer-se do critério presente no artigo 334.º do CCP, para os casos de resolução de um contrato já em execução por motivos de interesse público: o concorrente terá direito aos danos emergentes e aos lucros cessantes, apenas deduzindo quanto a estes últimos o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos.

2) No extremo oposto, o Tribunal pode reconstituir o juízo da entidade adjudicante quando identifica casos em que se demonstra ser juridicamente impossível que o concorrente obtenha a adjudicação (*v.g.*, porque a sua proposta padece de uma causa de exclusão; ou porque o critério de adjudicação permite também identificar quem é o adjudicatário, confirmando quem ele *não é*). Esta reconstituição permite evitar a concessão de uma indemnização superior àquela que resultaria do n.º 4 do artigo 79.º do CCP.

3) A figura da *perda de chance* é indispensável nos casos intermédios em que a identificação do adjudicatário dependeria de apreciações de tipo subjectivo que um Tribunal não pode reconstituir. Visto que a adjudicação não foi praticada (por omissão ilícita) e a realidade física ou jurídica pode já impedir a retoma do procedimento, o Tribunal só pode identificar, enquanto direito já juridicamente garantido e susceptível de indemnização, o direito a manter a possibilidade (a *chance*) de obter uma adjudicação. Portanto, o valor da compensação tem de assentar na prognose (difícil mas necessária) que o Tribunal precisa de realizar quanto às probabilidades maiores ou menores que cada concorrente teria de obter a adjudicação com base em todos os elementos quantificáveis disponíveis no procedimento.

Em especial sobre a perda de *chance*: As coordenadas que abaixo se indicam permitem a densificação do raciocínio judicial que apurará o montante indemnizatório pela perda de *chance*. Com o intuito de evitar repetições, para estas considerações se *remeterá* sucessivamente neste estudo sempre que, a propósito de qualquer outra tipologia de lesões pré-contratuais ou contratuais, se indique haver lugar a uma indemnização por perda de *chance*.

A) Inicialmente, a jurisprudência administrativa manteve uma surpreendente resistência ao reconhecimento da figura da perda de *chance*. Mesmo em momentos relativamente recentes, o Supremo Tribunal Administrativo limitou-se a observar, num exemplo bem ilustrativo, que, não existindo garantia de que, se retomado o procedimento, seria adjudicada a proposta do autor, só pode o Tribunal, na ausência dessa certeza, determinar o pagamento de uma indemnização por danos emergentes – cfr. Acórdão de 07-10-2009 (Processo 0823/08); numa formulação ainda mais incisiva, cfr. Acórdão de 29-10-2009 (Processo 0229/09).

Dessa jurisprudência emergiu o entendimento de que o requerente de uma indemnização por lucros cessantes teria de demonstrar que *seguramente* ganharia – o que implica a exacta *negação* da figura da perda de *chance*.

B) Essa jurisprudência foi alterada. O STA encara o problema, por exemplo, no Acórdão de 08-02-2011 (Processo 0891/10):

“Anulada a adjudicação de empreitada por na fase de análise das propostas se terem considerado critérios que não podiam ser considerados, e verificando-se, ainda, que não se havia realizado a fase autónoma de selecção qualitativa dos candidatos, haveria que retomar o procedimento concursal superando as ilegalidades detectadas. Esse procedimento, com múltiplos concorrentes, haveria de finalizar com nova adjudicação, não sendo possível um juízo de prognose sobre quem seria o adjudicatário”. Porém, “se não é já possível retomar o procedimento por a empreitada se mostrar totalmente executada, o concorrente que obteve a anulação tem direito a uma compensação pela perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença anulatória lhe teria proporcionado.”»

C) O TCA Sul, no seu Acórdão de 08-09-2011 (Processo 06762/10), concretiza os distintos cenários de ressarcimento dos participantes no procedimento:

“Se o interessado consegue demonstrar que era a ele que deveria ser atribuída a adjudicação, tem o direito de ser indemnizado pelo interesse contratual positivo, pelo facto de não ter podido celebrar e executar o contrato”. Contudo, *“se não consegue fazer essa prova, também tem direito a ser indemnizado, por não ser possível extrair da sentença anulatória as devidas consequências que consistiriam na substituição de um acto ilegal por um outro praticado em conformidade com a legalidade aplicável. Nesta última hipótese, a indemnização a arbitrar ao lesado é a que corresponde à perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença lhe teria proporcionado e que se traduz na perda de oportunidade de obter a adjudicação do contrato”*.

Em remissão para o contributo de CARLOS CADILHA (cfr. *Regime...*, cit., p. 99), “«a indemnização por perda de *chance* traduz-se na probabilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, representando, por conseguinte, o desaparecimento de uma posição favorável preexistente que integrava a esfera jurídica do lesado. Com esse conteúdo, a perda de *chance* não deixa de constituir um dano certo, na modalidade de dano emergente, na medida em que não equivale à perda de um resultado ou de uma vantagem, mas à perda da probabilidade de o obter». Assim, o afastamento ilegal de um candidato de um concurso, com perda da oportunidade de nele poder obter um resultado favorável, é uma vantagem cuja perda é indemnizável e que, não podendo ser quantificável com exactidão, deverá ser fixada com recurso à equidade, nos termos do art. 566º., nº 3, do C. Civil, tendo como referentes a vantagem económica final que poderia ter sido obtida e a probabilidade que o lesado teria de a alcançar (cfr. Acs. do STA de 29/11/2005 – Proc. nº 41321-A e de 25/2/2009 – Proc. nº. 47472-A)”.

D) Como concretizar então a prognose? O já citado Acórdão do TCA Norte de 16-09-2011 é bem ilustrativo do juízo que o julgador encetará quanto à *probabilidade da adjudicação* (em considerações repetidas pelo mesmo Tribunal no Acórdão de 04-11-2011 (Processo 00213/06.1BELLE):

“O direito à indemnização fundado na responsabilidade civil pré-contratual impõe que o requisito relativo ao nexo de causalidade se mostre preenchido com a demonstração/prova da «possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato». Trata-se na terminologia legal duma «possibilidade» e não duma «efectiva» atribuição real do contrato ao lesado, o que corresponde a conceito que é necessariamente menos exigente que este último, porquanto o lesado para ser indemnizado apenas terá de provar aquela possibilidade e não de que o mesmo seria o efectivo seleccionado no acto de adjudicação e viria a outorgar o contrato. [...] Uma situação de ilegal definição pelo acto de adjudicação de critérios/subcritérios, à luz dos quais foram analisadas todas as propostas dos concorrentes, reclama, por um lado, um **novο juízo de prognose e de análise quanto àquilo que seria a valoração do júri quanto às propostas apresentadas**, tendo agora em conta apenas os critérios que se mostravam definidos pelas peças concursais e, por outro, importa que entremos na aferição/análise **do carácter exacto/vinculado** ou não dos critérios concursais definidos e/ou **da existência dum espaço de discricionariedade na valoração daqueles mesmos critérios**, para que cheguemos à demonstração de que a proposta do lesado constituía a melhor oferta em termos de graduação final. [...] Tal juízo de prognose quanto ao posicionamento na graduação das propostas submetidas a concurso, aliado à consideração de que o programa de concurso não prevê qualquer possibilidade de exercício/reserva por parte da entidade adjudicante quanto a um eventual acto de não adjudicação do objecto concursal ou de não celebração/outorga do contrato e de que uma eventual reconstituição do procedimento na sequência da decisão judicial anulatória não imporia a elaboração pelo júri duma nova graduação das propostas das concorrentes [dado a ilegalidade ocorrida com a mesma não contender ou a implicar], permite-nos formular, «a posteriori» e na situação concreta, um juízo de forte probabilidade de que o lesado o «real» vencedor do concurso e, nessa medida, seria o «possível» seleccionado no acto adjudicatório final caso o procedimento fosse reconstituído”.

Pode pois afirmar-se que, quanto maior o peso dos factores e subfactores do critério de adjudicação, mais difícil se torna a prognose quanto à probabilidade de obtenção da vitória no procedimento. O Tribunal precisa identificar previamente quais os factores e subfactores do critério de adjudicação que permitem algum grau de subjectividade na apreciação pelo júri. Mas essa prognose nunca pode ser evitada, porque *o simples facto de o concorrente ter ilicitamente perdido a chance de obter a adjudicação já é um dano indemnizável*. Nas palavras do conselheiro CARLOS CADILHA (cfr. *Regime...*, cit., p. 100), “a perda de *chance* não se confunde, neste plano, com o lucro cessante: o lucro cessante pressupõe que o lesado era titular, no momento da lesão, de uma situação jurídica que lhe proporcionava o direito a um ganho, que, por virtude do facto lesivo, se frustrou. [...] No caso da perda de *chance*, os indícios probatórios operam sobre a expectativa de obter um ganho e não sobre a própria verificação desse ganho”.

E) Numa boa sistematização: é a “prudência do juiz” que procederá à “aferição do grau de probabilidade” da adjudicação, levando em conta “(i) o número de concorrentes, (ii) os resultados obtidos em procedimentos semelhantes, (iii) a conformação do ilícito e (iv) a apreciação das propostas, já efectuada pela entidade adjudicante ou a levar a cabo pelo tribunal para efeitos estritamente indemnizatórios, com recurso a prova pericial e nos limites permitidos pelo modelo de avaliação adoptado e pela natureza dos poderes em causa»” (cfr. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização...*, cit., p. 355).

Estas coordenadas serão repetidas em cada cenário indemnizatório a considerar *infra* que assente na mera existência de uma probabilidade de adjudicação.

3.3. Terceiro conjunto de hipóteses: *demora lícita no acto de adjudicação*

O artigo 76.º do CCP, ao fixar um dever de adjudicação e ao estabelecer também um prazo para a sua prática, prevê, no seu n.º 2, uma válvula de escape para casos em que *justificadamente* esse prazo seja ultrapassado (v.g., impossibilidade temporária de adjudicação por decretamento de providência cautelar ainda antes do acto de adjudicação ou por decretamento de outras medidas provisórias ao abrigo do novo artigo 103.º-B do CPTA).

Não sendo os concorrentes obrigados a manter as suas propostas além do prazo a que se refere o artigo 65.º do CCP, a hipótese de a adjudicação ser efectivamente praticada além desse prazo implica o direito de recusa do adjudicatário a celebrar o contrato.

Sendo lícita tal recusa, o n.º 3 do artigo 76.º do CCP determina a indemnização pelos encargos incorridos com a elaboração da proposta. Contudo, a indemnização reduz-se então a tais encargos, não sendo razoável exigir à entidade adjudicante (que não praticou qualquer ilícito) que compense outros danos – e muito menos que tome como referência o interesse contratual positivo –: se o adjudicatário mantém a expectativa de obter os lucros resultantes da execução do contrato, basta-lhe aceitar a adjudicação; mas não pode recusar executar o contrato e simultaneamente beneficiar o património com o valor correspondente aos lucros do contrato que não celebrou.

3.4. Quarto conjunto de hipóteses: *não outorga do contrato*

As tipologias de casos de tutela indemnizatória acima descritas aplicam-se, correspondentemente, quando a omissão lícita ou ilícita da entidade adjudicante ocorre, não a propósito do acto de adjudicação, mas já em momento pós-adjudicatário, com o não cumprimento do *dever de celebração do contrato*.

O dever de adjudicação previsto no artigo 76.º do CCP ficaria inutilizado se a entidade adjudicante, embora dando satisfação a esse dever, bloqueasse o procedimento pós-adjudicatário e deixasse de celebrar o contrato. Por isso, o artigo 76.º não tem efectividade enquanto não completado com o dever de outorga do contrato a que se refere o artigo 104.º

do CCP: desde que reduzido o contrato a escrito, a outorga do contrato tem de ocorrer no prazo de 30 dias a contar da data da aceitação da minuta do contrato.

Se esse dever é injustificadamente incumprido, a entidade adjudicante não deixa de praticar uma omissão *ilícita* – o que justifica que o n.º 4 do artigo 105.º do CCP se refira ao recurso a vias judiciais para condenação da entidade adjudicante à celebração do contrato.

Como nos casos anteriores, o adjudicatário não está obrigado a manter a proposta se aquele prazo de 30 dias é ultrapassado; mas, também então, a recusa da celebração do contrato após esse prazo só dá lugar à compensação pelos encargos incorridos com a elaboração da proposta (e, agora, também com a prestação da caução, que naturalmente é devolvida – n.º 3 do artigo 105.º), sendo injustificável a compensação por lucros cessantes que sempre estariam disponíveis se o adjudicatário aceitasse celebrar o contrato.

Porém, também a realidade física ou jurídica pode levar à consolidação da conduta omissiva ilícita da entidade adjudicante, tornando impossível a execução do contrato – e impedindo a tutela directa a que se refere o n.º 4 do artigo 105.º do CCP. Neste caso, a reconstituição da posição jurídica lesada através de um *sucedâneo pecuniário* obriga, de novo, ao apelo ao conceito de interesse contratual positivo. Se o adjudicatário dispõe do direito juridicamente tutelado (e judicialmente protegido) à celebração de um contrato e à obtenção dos correspondentes lucros derivados da sua execução, mas fica incapacitado de exercer esse direito na sequência de uma omissão ilícita da entidade adjudicante, o seu património deve ser reconstituído em função do valor global que assumiria se o contrato tivesse sido executado (cfr. artigo 3.º do RRCEEP). O artigo 334.º do CCP, embora previsto para a fase de execução do contrato, contém um critério útil que pode auxiliar o juiz na determinação da indemnização.

3.5. Quinto conjunto de hipóteses de lesões contratuais: erro impeditivo da eficácia do contrato

Mesmo *após* a assinatura do contrato, é possível que só então se *manifestem ou exteriorizem* lesões que, porém, apenas constituem o efeito reflexo de uma conduta ilícita anterior (pré-contratual). Tal sucede em especial quando o ilícito prejudica a *eficácia* do contrato (*v.g.*, em resultado da recusa de visto pelo Tribunal de Contas).

Se o adjudicatário já celebrou o contrato, tendo incorporado na sua esfera jurídica o direito de executar as suas prestações e de receber os correspondentes lucros, a circunstância de o não poder fazer em razão de uma conduta procedimentalmente ilícita da entidade adjudicante deve implicar, em regra, a imputabilidade da frustração desse direito à entidade adjudicante.

O critério indemnizatório é todavia variável:

1) Pode o visto ser recusado devido a vício precisamente localizado na proposta do adjudicatário – o qual, por isso mesmo, e por sua responsabilidade, nunca deveria ter

celebrado o contrato. Nesse cenário, os investimentos por si realizados e as despesas em que haja incorrido não podem ser compensados em benefício do próprio responsável pela ilicitude (cfr., ainda, artigo 570.º do Código Civil e artigo 4.º do RRCEEP).

2) Pode a aferição da causa da recusa do visto – quando já é alheia à responsabilidade do adjudicatário – permitir verificar que a ilegalidade afecta o próprio procedimento como um todo, o qual nunca deveria ter sido encetado (*v.g.*, ajuste directo indevidamente adoptado). Visto que o lesado nunca poderia ter sido adjudicatário – porquanto nem sequer poderia ter existido procedimento onde existisse uma adjudicação –, não é aceitável ressarcir o seu interesse contratual positivo. Porém, sempre admitindo que lhe não cabe a responsabilidade pela ilicitude do procedimento, o *interesse contratual negativo* é aqui indemnizável: o adjudicatário deve ver restaurada a posição que deveria ter se não tivesse participado no procedimento.

3) Pode a recusa do visto derivar de um erro *grosseiro* da entidade adjudicante que tem precisamente o efeito de *impedir a execução de um contrato* que, *sem esse erro, não padeceria de qualquer outro vício*. Na esfera jurídica do adjudicatário estaria localizada a expectativa justificada de obter os correspondentes lucros à execução do contrato; e essa expectativa só ficou frustrada fruto de um erro da entidade adjudicante.

O artigo 22.º da Constituição *não tolera*, em tal caso, uma indemnização cujo montante seja inferior ao correspondente ao interesse contratual positivo. A interpretação e aplicação de qualquer norma infra-constitucional num *sentido que afaste a compensação do interesse contratual positivo ao adjudicatário lesado pela Administração* – apenas dentro desta terceira sub-hipótese – deve ser rejeitada como **desconforme com a Constituição**, sendo o dever de qualquer Tribunal **rejeitar tal interpretação** – cfr. **artigo 204.º da Constituição** – e atribuir uma justa indemnização calculada em função do disposto no **n.º 2 do artigo 62.º da Constituição**.

O mesmo cenário é aplicável no caso de ser a entidade adjudicante a *tomar a iniciativa* de desistir de obter o visto prévio do Tribunal de Contas e de retirar o contrato antes de este obter eficácia: não se inclui nas competências da entidade adjudicante a cessação do procedimento fora dos casos previstos na lei. O contrato, embora ainda não eficaz, é válido e produz efeitos que consistem na constituição de obrigações contratuais para todas as partes. Tal entendimento mantém-se ainda que a desistência da entidade adjudicante seja sancionada por acto sob forma legislativa.

E se acaso ocorrer um facto consumado que impeça o Tribunal, no contexto do dever de reconstituição natural, de ordenar o cumprimento das prestações contratuais, a indemnização (substituto pecuniário, reservado apenas para os casos em que a entidade adjudicante demonstre não ser possível a reconstituição natural) é igualmente apurada em razão do interesse contratual positivo do adjudicatário.

Nem mesmo a hipótese de prolação de uma pronúncia pelo Tribunal Constitucional que, no contexto de uma fiscalização abstracta da constitucionalidade, invoque um interesse público

de excepcional relevo para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (artigo 282.º, n.º 4, da Constituição) dispensa os Tribunais comuns do *poder-dever de desaplicar – em todo e qualquer caso, sem excepções – a norma inconstitucional, em qualquer caso concreto em que a sua aplicação fosse cogitada. Na fiscalização concreta não é aplicável o disposto no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição, pelo que o artigo 204.º sobrepõe-se sempre nos processos que correm perante os Tribunais comuns, sujeitos ao poder-dever de desaplicar normas inconstitucionais – para desenvolvimento, com referência aos debates constituintes que levaram o legislador constituinte a proibir o exercício do poder de restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em processos de fiscalização concreta, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Não Vinculação do Juiz Comum às Decisões do Tribunal Constitucional sobre a Restrição de Efeitos de Declarações de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral (a propósito do Acórdão do STA de 20 de Novembro de 2014), in *O Direito*, Ano 147.º, n.º 2, 2015.*

A jurisprudência já se equivocou, num cenário bem ilustrativo, quando a entidade adjudicante cometeu um erro indesculpável na contagem do prazo de apresentação das propostas, praticando um facto ilícito, a título de negligência grosseira (artigo 8.º do RRCEEP), que constituiu o único obstáculo à eficácia do contrato e à recusa do visto pelo Tribunal de Contas. No entendimento do STA (Acórdão de 23-09-2003, cit.), “assente que os danos indemnizáveis são os resultantes da celebração do contrato ineficaz, o autor deve ser ressarcido por forma a que o seu património fique equivalente ao que se encontraria se **não** tivesse celebrado o contrato”, para tanto invocando o critério presente no artigo 227.º do Código Civil.

O equívoco nesse apelo ao Direito Civil como fundamento de limitação da indemnização resulta, desde logo, do facto de se omitir que, mesmo no Direito Privado – onde não há em geral um “dever de adjudicação” –, aquele artigo 227.º só permite a limitação da indemnização nas fases incipientes do procedimento. Se subsiste já uma vinculação contratual específica, a indemnização pelo interesse contratual positivo é inevitável.

A título de exemplo, cfr. Acórdão do STJ de 26-01-2006 (Processo 05B4063): “A indemnização por culpa *in contrahendo* limita-se, em princípio, à do interesse contratual negativo, ou interesse de confiança, da outra parte, destinando-se a colocá-la na situação em que se encontraria se o negócio não tivesse sido efectuado. Quando, porém, com o encontro de proposta e aceitação, já conseguido acordo, tendo a própria fase decisória da negociação chegado já a bom termo e faltando apenas formalizar o contrato, só não formalmente concluído e só nessa medida imperfeito, é de considerar já existente autêntico dever de conclusão, e dever, por isso, ser indemnizado o interesse contratual positivo ou interesse do cumprimento”.

Ora, se, naturalmente, os procedimentos de contratação pública são caracterizados por uma vinculação antecipada – tal torna impossível a redução da tutela indemnizatória ao interesse contratual negativo.

Porém, mesmo abstraindo do equívoco na interpretação desse artigo 227.º, tal entendimento sempre comportaria uma violação do artigo 3.º do RRCEEP – e, em consequência, do artigo

22.º da Constituição –: insista-se que “*quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*”. Se o adjudicatário disporia de um direito à execução de um contrato já celebrado, que resultaria na obtenção de um determinado lucro, sendo perturbado por uma conduta ilícita da Administração, a esta cabe reparar os danos por meio da reconstituição da situação que existiria se se não tivesse verificado o evento ilícito – situação que consistiria na execução do contrato e na obtenção dos correspondentes lucros.

A jurisprudência administrativa já encetou (meritoriamente) o percurso para inverter esse equívoco. Por exemplo, o cit. Acórdão do TCA Norte de 16-09-2011, depois de compilar esta criticável jurisprudência, objectou que:

“Mesmo a doutrina [...] e jurisprudência (civilística) [...] vêm evoluindo no sentido de que a medida do dano no âmbito da responsabilidade civil pré-contratual, estando ela sujeita às regras gerais da responsabilidade civil, deverá em certas situações comportar não apenas a indemnização do interesse contratual negativo mas também do interesse contratual positivo, cabendo na reparação indemnizatória os danos emergentes e os lucros cessantes. Refere Paulo Mota Pinto a propósito, nomeadamente, das situações de «*adjudicação ilícita a outro concorrente*» e em que o lesado, sendo detentor da tal «*posição de resultado garantido*», exista vinculação do organizador do concurso, deve o mesmo «*... ter direito a uma indemnização correspondente ao interesse contratual positivo por aplicação das regras gerais ...*», indemnização essa que «*... incluirá ... o que o lesado teria lucrado com essa celebração* - embora possa igualmente ser computada, nos termos de uma «presunção de rentabilidade» ou de amortização, com base nas despesas ou custos em que incorreu ...” (*in: loc. e ob. cit., págs. 289/290*)”.

Vídeo da comunicação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
 Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt
 Contratos públicos, em particular, o equilíbrio contratual
 Pedro Fernandez Sanchez, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisb...
 Centro de Estudos Judiciários - Sala de vídeo
 27.11.2015 15:30

00:00:47 - 01:03:57

FCT | FCCN
 www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/16829p0iOr/flash.html>

Título:
Contencioso Pré-Contratual

Ano de Publicação: 2017

ISBN: 978-989-8815-53-8

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt