

Concurso Público e Causas Legítimas de Inexecução
de Sentença: Dever de Indemnizar por parte
da Entidade Adjudicante?

Public tender and legitimate causes of related
searches: obligation to indemnify for the
contracting authority?

PATRÍCIA PINTO ALVES

VOL. 5 Nº 3 DEZEMBRO 2018

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

CONCURSO PÚBLICO E CAUSAS LEGÍTIMAS DE INEXECUÇÃO DE SENTENÇA: DEVER DE INDEMNIZAR POR PARTE DA ENTIDADE ADJUDICANTE?

PUBLIC TENDER AND LEGITIMATE CAUSES OF RELATED SEARCHES: OBLIGATION TO INDEMNIFY FOR THE CONTRACTING AUTHORITY?

PATRÍCIA PINTO ALVES¹

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio da Universidade

3004-528 Coimbra - Portugal

patriciapintoalves26@gmail.com

Resumo: Neste paper exploraremos a solução possível, no ordenamento jurídico português, naquelas situações delicadas em que o (a) concorrente/candidato(a) a um determinado procedimento concursal que apresenta a sua proposta respetivamente, teria todo o direito legítimo a ser o (a) verdadeiro (a) merecedor (a) da adjudicação e conseqüente celebração do contrato, não sucedendo o mesmo por erros imputáveis à Administração Pública, mais precisamente ao Município (autarquia local), que decida atribuir tal concurso público a um(a) outro(a) concorrente. Encontrando-se, desta feita o contrato já totalmente executado pela entidade adjudicatária, resta-nos explorar e demonstrar se a entidade a quem o mesmo procedimento concursal deveria ter sido adjudicado e não o foi ilícitamente (e celebrado com a mesma o devido contrato) terá (ou não) direito a qualquer indemnização neste âmbito, e caso tenha direito a ser indemnizada, aferir como e com que base(s) legal(is) que a justifiquem.

Sumário: 1. Nota prévia; 2. As causas legítimas de inexecução de sentença na contratação pública e a questão da (im)possibilidade de atribuição de indemnização ao(à) proponente excluído(a) do concurso público indevidamente. 3. Breves considerações finais.

Palavras-chave: Concurso público; Contratação pública; Inexecução de sentença; Indemnização; Princípio da transparência;

Abstract: In this paper we want to give some solutions, about the related searches due of a public tender in the Portuguese Public Law. So, we will demonstrate the situations that an Author of an Administrative action, sees his interest violated by a Public Administrative action, and we will refer if the Author of the Administrative action in the correct court, has or has not the possibility to be indemnified for the suffered damages.

Keywords: Public tender; Public procurement; Related searches; Indemnity; Principle of transparency.

1. Doutoranda em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Nota prévia

A alteração ao Código dos Contratos Públicos («doravante “CCP”»), já foi objeto de duas retificações: a Declaração de Retificação n.º 42/2017 – que retificou a Declaração de Retificação n.º 42/2017 – que retificou a Declaração de Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro, da Presidência do Conselho de Ministros (doravante PCM), que retificara o Decreto-Lei («doravante “DL”») n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que procede à 9.ª alteração ao Código dos Contratos Públicos.

Ademais, o diploma legal supra citado e publicado, já vigora no ordenamento jurídico português desde 1 de janeiro de 2018, e em virtude do mesmo, procedeu-se à transposição de quatro Diretivas comunitárias no seio da contratação pública ⁽²⁾ ⁽³⁾, concernentes a: contratos públicos (Diretiva n.º 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/02/2014), adjudicação de contratos de concessão (Diretiva n.º 2014/23/EU, do Parlamento e do Conselho, de 26/02/2014), contratos públicos celebrados pelas entidades adjudicantes que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais - *vide*, o disposto no artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos - (Diretiva n.º 2014/25/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/02/2014), e faturação eletrónica nos contratos públicos (Diretiva n.º 2014/55/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16/04/2014).

Relativamente à forma de contagem dos prazos na fase de formação dos contratos (artigo 470.º do CCP revisto e retificado), esta é agora feita nos termos do artigo 87.º do Código de Procedimento Administrativo («doravante “CPA”»), não havendo nunca lugar a dilações (o artigo 88.º do CPA não tem aplicação aqui).

2. Cfr. M. CALDEIRA, “Breves reflexões sobre a transposição das diretivas de contratação pública de 2014: precisaremos de um novo Código dos Contratos Públicos?”, *Revista Eletrónica de Direito Público*, ponto 6, nota n.º 13 e bibliografia lá citada, pesquisável em: <http://www.e-publica.pt/volumes/v2n2a14.html>. Para este autor: “A primeira é a de que, quando transpõe uma Diretiva comunitária para o seu ordenamento, o Estado Português, quer queira e se aperceba disso ou não, está a exercer a função política: apesar de estar, naturalmente, a cumprir uma obrigação no que faz, o modo como escolhe fazê-lo não é inócuo e corporiza uma determinada opção valorativa. De resto, isto mesmo é evidenciado pelas diferenças existentes entre os ordenamentos dos vários Estados-membros, verificando-se que, devendo todos transpor as mesmas Directivas, cada um procede a essa transposição de forma distinta. O que, aliás, constitui um traço específico da Directiva, ao traçar os fins que os Estados devem atingir, mas deixando-lhes plena liberdade para definirem os meios pelos quais tais fins serão prosseguidos (ao contrário do que sucede, paradigmaticamente, com o regulamento)”.

3. Para M. CALDEIRA, no ponto 7, 4.º parágrafo da sua obra supra citada: “(...) importa compreender quais os fins efectivamente subjacentes às Directivas europeias em matéria de contratação pública”, e tendo em conta a nota 17 da obra de M. CALDEIRA, expomos aqui o defendido por S. ARROWSMITH em cujo estudo, a Autora defende que o escopo das Diretivas é, unicamente, o de promover um mercado único (através da proibição de discriminações, do cultivo da transparência e da remoção de barreiras), não visando outros fins como a padronização dos procedimentos pré-contratuais ou a proteção dos contribuintes (enquanto reflexo da defesa do erário público, através de melhores compras): cfr. S. ARROWSMITH, “The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies”, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume XIV, 2011-2012, pp. 1-47.

Outra grande inovação, na nossa perspetiva, que este Código dos Contratos Públicos revisto nos traz é a da “nova” noção de adjudicação. Assim, entendemos (agora) por adjudicação o ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas.

De fazer uma breve alusão ao facto de que, agora, as irregularidades não essenciais das candidaturas e das propostas sempre que possam ser sanadas respeitando o princípio da concorrência (exemplo: documentos em falta), num prazo de cinco dias, é possível.

O CCP, em vigor, não se aplica às pessoas coletivas que não atuem de acordo com o princípio da concorrência, nomeadamente, as que não tenham finalidades lucrativas ou não assumam os seus prejuízos.

Verídico é que, este CCP em vigor, consagra e integra na qualidade de entidades adjudicantes nos termos das alíneas e) e f) do n.º 1, do artigo 2.º, as entidades administrativas independentes e o Banco de Portugal.

Agora, o juiz poderá não proceder à anulação do contrato por razões de boa-fé e proporcionalidade a ponderar casuisticamente.

O n.º 1 do artigo 1.º-A do CCP dispõe que: “Na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação”.

Admitindo que o Código do Procedimento Administrativo (DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro), o CPTA (Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, cuja versão mais recente é a do DL n.º 214-G/2015, de 02/10), a Lei sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pontualmente pela Lei n.º 31/2008, de 17/07) e o CCP (DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro, cuja versão mais recente, e (...) em vigor – até ao final do mês de dezembro de 2017, é a do DL n.º 214-G/2015, de 02/10, sendo certo que a partir de 1 de janeiro de 2018, incluindo o próprio dia citado, passará a entrar em vigor o DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto) constituem os quatro pilares infraconstitucionais do nosso Direito Administrativo, são variadíssimos os meios de interação e de comunicação entre estes subsistemas normativos plasmados em Códigos. Deste modo, a título exemplificativo, transcrevemos o exposto por SÉRVULO CORREIA: «(...) o Código do Procedimento Administrativo (CPA) remete, no seu n.º 2 do artigo 200.º, a primeira determinação dos contratos administrativos para o CPP. Por seu turno, ainda que com uma exceção, o artigo 308.º do CCP delimita negativamente a incidência do CPA ao subtrair ao seu regime a formação dos atos administrativos emitidos no exercício dos poderes do contraente público. No Código de Processo nos Tribunais Administrativos

(CPTA), o n.º 1 do artigo 103.º-A, determina 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”». E, para não deixar de fora qualquer um dos quatro diplomas basilares, refira-se que, estabelecendo uma articulação com o CCP, o n.º 2 do artigo 7.º, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (RRCEC) prescreve que “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 CPTA, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário (4).

2. As causas legítimas de inexecução de sentença na contratação pública e a questão da (im)possibilidade de atribuição de indemnização ao(à) proponente excluído(a) do concurso público indevidamente

Ao nível do contencioso administrativo pode (e deve) o (a) autor (a) de uma ação administrativa interposta em sede de contencioso pré-contratual (processo de natureza urgente), nos termos da alínea c) do n.º1 do artigo 45.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, e do n.º 4 do artigo 45.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, o/a Autor/a, assim querendo, requerer a ampliação do pedido indemnizatório já deduzido na ação administrativa por si interposta no respetivo Tribunal Administrativo e Fiscal («doravante “TAF”»), incluindo para os devidos efeitos o montante da indemnização adicional prevista pela ocorrência das situações na citada disposição legal.

Assim, cabe ao/à ora Autor/a ampliar o seu pedido indemnizatório já deduzido, incluindo no mesmo o montante da indemnização adicional naquelas situações (defendemos que prudentes) em que o/a Autor/a já tenha cumulado na ação administrativa o pedido de reparação de todos os danos resultantes da atuação ilegítima da entidade demandada.

O n.º 2 do artigo 7.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas («doravante “RRcivilEEE”») prescreve que, “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”.

Ora, o fundamento razoável das Diretivas Recursos prende-se com a garantia de “uma aplicação efectiva das Directivas da contratação pública. Os seus objectivos de transparência e de não discriminação impõem que, para que tenham efeitos

4. Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, “A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos”, *Revista Eletrónica de Direito Público*, Volume IV, n.º 2, Lisboa, Novembro de 2017, pesquisável em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2017000200002

concretos, existam meios de recurso suficientes, eficazes e rápidos para reagir em caso de violação do Direito da EU em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que transpõem esse direito (5).

Por conseguinte, e nas palavras de R. LANCEIRO, “O artigo 7.º, n.º 2, RRCEE surge na ordem jurídica nacional na sequência de uma acção de incumprimento interposta pela Comissão, junto do Tribunal de Justiça (TJ), por não transposição correcta e completa da Directiva Recursos pela República Portuguesa (6)”.

Ademais, aconteceu que o Governo nacional, defendeu que a Directiva não impõe uma responsabilidade de tipo objetivo; que o Decreto-lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, (revogado, mais tarde, pelo RRcivilEEE), não exige a prova de culpa grave ou dolo por parte do Estado ou da pessoa coletiva de direito público para se obter uma indemnização; e que, em qualquer caso, o julgador português, para respeitar o disposto no artigo 22.º da Constituição, não aplicara as regras restritivas da responsabilidade consagradas naquele Decreto-Lei (7).

Porém, a conclusão retirada pelo Tribunal de Justiça foi a de que Portugal, ao não ter procedido à revogação da norma do Decreto-Lei n.º 48 051, não deu

5. Neste sentido, *vide*, C. VIANA, *Os princípios comunitários na construção pública*, Coimbra Editora, 2007, p. 194, e R. MEDEIROS / P. FRAGOSO MARTINS, “Comentário ao artigo 7.º, n.º 2”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, org. de Rui Medeiros; colab. de Mário Aroso de Almeida, et al, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 181 e segs., pp. 182-183, *apud* R. TAVARES LANCEIRO, “Anotação ao artigo 7.º, n.º 2 do RRCEE”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, coord. de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão, AAFDL Editora, 2017, p. 417.

6. Assim, *vide*, e para maiores desenvolvimentos, R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 417 e segs., e nota 31. Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2004, Processo n.º C-275/03, da Comissão c. Portugal – Directiva Recursos.

7. Em sentido convergente, *vide*, M. L. DUARTE, “O artigo 22.º da Constituição Portuguesa e a necessária concretização dos pressupostos da responsabilidade extracontratual do Legislador – ecos da jurisprudência comunitária recente”, in *Legislação*, n.º 17, 1996, p. 5 e segs., e M. J. RANGEL DE MESQUITA, “Responsabilidade do Estado e Demais Entidades Públicas: o decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, e o artigo 22.º da Constituição”, in *Perspectivas Constitucionais*, Volume II, Coimbra Editora, 1997, pp. 359-393. Em sentido divergente, temos o defendido pelo Tribunal de Justiça, mais precisamente no seu Acórdão de 14 de Outubro de 2004, Processo n.º C-275/03, supra referido na nossa nota 6, no sentido de que o Tribunal de Justiça acatou a argumentação da Comissão, entendendo que resultava do Decreto-Lei n.º 48 051 que a atribuição de indemnização às pessoas lesadas por uma transgressão do Direito da EU aplicável à celebração de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem estava sujeita à prova de que os atos ilegais do Estado ou das pessoas coletivas de direito público tinham sido exercidos com culpa ou dolo. Desta feita, mesmo que a legislação nacional previsse a hipótese de obter indemnizações no caso de violação do Direito da EU em matéria respeitante a contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem, “não se pode todavia considerar que a mesma constitui um sistema de protecção jurisdicional adequado, na medida em que exige a prova da existência de culpa ou dolo por parte dos agentes de determinada entidade administrativa. Assim, o concorrente lesado por uma decisão ilegal da entidade adjudicante corre o risco de ser privado do direito de exigir o pagamento de uma indemnização em virtude do dano que lhe foi causado com essa decisão, ou, pelo menos, de a obter tardiamente, por não conseguir fazer prova da existência de dolo ou culpa”. *Vide*, ainda, R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, pp. 418-419.

cumprimento às obrigações que lhe cabiam nos termos referidos dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c) da Diretiva Recursos (8).

Assim, o disposto no n.º 2 do artigo 7.º do RRcivilEEE tem o alcance de assegurar formalmente um direito de indemnização por atos ilícitos praticados no âmbito do procedimento concernente a contratos que estão abertos à concorrência comunitária, sem que tal signifique que não haja lugar a um direito à indemnização nos demais casos de ilegalidade.

Porém, o n.º 2 do artigo 7.º do RRcivilEEE não esclarece qual a medida da indemnização quando haja violação de regras do concurso de adjudicação do contrato, havendo a necessidade de recurso às normas de direito comunitário aplicáveis, assim como às disposições específicas que constam do Código dos Contratos Públicos (9) (em vigor e aplicável ao caso em concreto), e aos princípios gerais de Direito.

Para R. TAVARES LANCEIRO, “do percurso efectuado, pode concluir-se que o artigo 7.º, n.º 2, RRCEE tem, na nossa ordem jurídica, a função de transposição da Directiva Recursos. A interpretação do seu regime deve, por isso, partir das exigências decorrentes do Direito da EU nesse âmbito (10)”.

Todavia, a generalidade do regime processual aplicável é remetida para os Estados-Membros, e nesta sede, de forma generalista, o TJ segue a jurisprudência *Rewe* (37/76) – Acórdão do TJ de 16 de Dezembro de 1976 no Processo n.º 33/76, *Rewe-Zentralfinanz e Rewe Zentral*, n.º 5 – respeitante à autonomia processual dos Estados-Membros na aplicação do Direito da EU (11).

Relativamente ao n.º 2 do artigo 7.º do RRcivilEEE, releva mencionar o conjunto de atos que pode determinar a aplicação da responsabilidade civil. Assim, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o n.º 1 do artigo 1.º, da Diretiva Recursos, concernente aos meios de recurso aplicáveis no âmbito do regime da contratação pública, onde se inclui a hipótese de obtenção de uma indemnização, é aplicável a todas as decisões tidas pelas entidades adjudicantes que estão

8. Para um maior aprofundamento da temática, vide, a nota 34, do artigo já citado de R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 419. *Vide*, ainda, C. AMADO GOMES, “O Livro das Ilusões: a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário. «apesar» da Lei n.º 67/2007”, in *Revista do CEJ*, n.º 11, 2009, pp. 291-315; R. MEDEIROS / P. FRAGOSO MARTINS, “Comentário ao artigo 7.º, n.º 2” *cit.*, pp. 183-185; H. OLIVEIRA, “Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas – Influência, omissão e desconformidade”, in *Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, Volume II, 2010, pp. 626-627.

9. Note-se que, atualmente, a versão mais recente do Código dos Contratos Públicos é a do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto. Uma pequena observação que aqui fazemos é a de que entendemos que não estamos perante um novo Código dos Contratos Públicos, antes sim perante um Código dos Contratos Públicos que fora sujeito a uma revisão, tendo-lhe sido aditadas algumas disposições legais e revogadas outras. É importante não se confundirem estas situações, uma vez que o Código nas suas versões mais transatas não foi revogado na íntegra, apenas foi alterado em alguns aspetos.

10. *Cf.* R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 421.

11. Neste sentido, *vide*, R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, pp. 422-423, e H. SCHEBES-TA, *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer, 2016, pp. 56 e segs.

sujeitas às regras do Direito da EU em matéria de concursos públicos, sem qualquer restrição quanto à natureza e à índole das mencionadas decisões ⁽¹²⁾.

No entanto, e tendo em consideração o Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2002 no Processo n.º C-92/00, *Hospital Ingenieure*, n.º 49-50, não só uma interpretação restritiva do conceito de “decisões relativamente às quais os Estados-Membros devem assegurar vias de recurso” não seria compatível com a Diretiva Recursos, mas também a economia geral desta clama uma interpretação ampla deste conceito. Se tal não acontecesse desta forma, o Tribunal de Justiça, posiciona-se no sentido de que seria colocado em causa o efeito útil da Diretiva e o seu fim de reforçar os mecanismos existentes para garantir a aplicação efetiva das Diretivas em matéria de celebração de contratos de direito público, mediante a imposição aos Estados-Membros da instituição de recursos eficazes e tão céleres quanto possível, de acordo com o n.º 1, do artigo 1.º da Diretiva. Esta constatação aplica-se ainda à alínea c) do n.º 1, do artigo 2.º, o que autoriza conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação ⁽¹³⁾.

Ora, o exercício de qualquer decisão procedimental por parte das entidades adjudicantes pode gerar responsabilidade civil extracontratual, sendo que no Direito Português o artigo 100.º do CPTA, abarca quer os atos administrativos respeitantes à formação de contratos, quer todos e quaisquer atos nesse âmbito, mesmo que de índole normativa de acordo com o n.º 2, do artigo 100.º do CPTA, abrangendo os documentos conformadores do procedimento de formação de contrato, assim como o caderno de encargos ou/e o programa, nos moldes do artigo 103.º do CPTA ⁽¹⁴⁾. Decorre, por fim, a conclusão passível de entendimento por todos, uma vez que deriva diretamente da lei, de que o regime que advém do n.º 2, do artigo 7.º do RRcivilEEE tem aplicabilidade aos lesados por violação de normas, nacionais ou de cariz comunitário, por qualquer decisão procedimental das entidades adjudicantes, no âmbito de procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços ⁽¹⁵⁾.

Não podemos, contudo, avançar na escrita, sem antes aludirmos aos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo Direito da EU. Assim, retira-se da letra da lei, mais precisamente, do n.º 2., do artigo 7.º do RRcivilEEE que é atribuída indemnização aos lesados “de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário”. Note-se, no entanto, que de acordo com os ensinamentos ⁽¹⁶⁾ de R. TAVARES

12. Cfr. R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, pp. 425-426, e notas 56 e 57.

13. Neste sentido, *vide*, R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 426, e notas jurisprudenciais Europeias lá citadas.

14. Cfr. M. L. DUARTE, “A responsabilidade dos Estados-membros por actos normativos e o dever de indemnizar os prejuízos resultantes da violação do Direito Comunitário – em especial, o caso português”, in *A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do Direito Comunitário*, Lex, 1994, pp. 53 e segs.

15. Cfr. R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, pp. 426-427.

16. Neste sentido, *vide*, H. OLIVEIRA, “Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Influência, omissão

LANCEIRO, H. OLIVEIRA, V. EIRÓ e E. MEALHA, R. MEDEIROS e P. FRAGOSO MARTINS, a expressão e infeliz por variadíssimas razões, mas em especial por criar insegurança jurídica, resultante da sua indeterminação⁽¹⁷⁾, ficando por saber se esta remissão é referente ao regime geral da responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário ou ao regime específico que derive da Diretiva Recursos⁽¹⁸⁾.

O n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE do Conselho de 25 de Fevereiro de 1992, é mais preciso, ao prever um direito a indemnização por perdas e danos concernentes aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, quando ocorra violação do direito comunitário ou das normas nacionais de transposição, por parte da entidade adjudicante, no respetivo procedimento, e o interessado prove que “teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”.

Nas palavras de M. L. DUARTE, “pressuposta (...) pelo direito comunitário, como inerente ao sistema jurídico da tutela jurisdicional efetiva que suporta a União de direito, a responsabilidade do Estado-membro por violação da norma comunitária depende: 1) no que respeita às condições, da natureza da violação tal como caracterizada pelo próprio Tribunal de Justiça; 2) no que respeita à concretização do direito à indemnização, é no âmbito do direito nacional de cada Estado-membro que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo infligido. Na ausência de regulamentação comunitária, inibida pelo princípio da autonomia institucional e processual que protege a esfera de competência reservada dos Estados-membros, cabe à ordem jurídica interna, por um lado, designar os órgãos jurisdicionais competentes e, por outro lado, regulamentar as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a assegurar a plena protecção do direito à reparação – no caso português, pese a existência do artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), teríamos de esperar até 2007, com a aprovação da Lei n.º 67/2007, de resto, impulsionada

e desconformidade”, in *Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Sérgio Correia*, Coimbra Editora, Volume II, 2010, p. 654; V. EIRÓ / E. MEALHA, “Damages under Public Procurement: The Portuguese Case”, in *Public Procurement law: Damages as na effective remedy*, Hart Publishing, 2011, pp. 41-61; R. MEDEIROS / P. FRAGOSO MARTINS, “Comentário ao artigo 7.º” ... cit, pp. 193-194; V. EIRÓ, *A Obrigação de Indemnizar das Entidades Adjudicantes*, Almedina, 2013, p. 453, e R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 431.

17. Neste sentido, e para mais desenvolvimentos, *vide*, por todos, H. OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 654; M. J. RANGEL DE MESQUITA, *ob. cit.*, p.p. 49-51; (Esta autora vai ainda mais longe, ao afirmar que há, neste prisma, uma “incoerência estrutural entre o novo Regime e o Direito da EU”, no sentido em que tal remissão deveria ser válida para todos os casos de responsabilidade do Estado-Membro por violação do Direito Comunitário, *cfr. ob. cit.*, pp. 49-50, posição com a qual, aliás, estamos inteiramente de acordo). R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 431.

18. *Cfr.* R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p.p. 431-436, e notas jurisprudenciais lá plasmadas. Sublinhe-se, no entanto, que, terá aplicabilidade geral o RRCivilEEE, uma vez que não desconforme com a Diretiva Recursos e as suas finalidades, e com a leitura que dela é retirada pelo Tribunal de Justiça, tendo em conta os princípios da equivalência e da efetividade. *Cfr.* R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 434, e C. A. FERNANDES CADILHA, na medida em que este autor defende que, a nível exemplificativo, das regras concernentes aonexo causal, ao dano indemnizável e com a hipótese de prática do direito-dever de regresso nos termos do n.º 4, do artigo 8.º do RRCivilEEE. *Cfr.* C. A. FERNANDES CADILHA, *ob. cit.*, p. 161.

pela condenação do Estado Português no Tribunal de Justiça, pela definição de um regime jurídico-processual de activação da responsabilidade do Estado por violação do Direito da União Europeia (19)”.

Ainda de acordo com o exposto por M. L. DUARTE, quanto “às condições da responsabilidade, o Tribunal de Justiça autonomiza três ideias, definidas em função do caso concreto de prejuízos causados pela não transposição de uma directiva: 1) o resultado prescrito pela directiva deve implicar a atribuição de direitos a favor dos particulares; 2) o conteúdo de tais direitos deve ser identificado com base nas disposições relevantes da directiva; 3) a existência de um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que impende sobre o Estado-membro e o prejuízo invocado pelo particular lesado (20)”.

Tendo em conta a jurisprudência Europeia (21), marcada por alguns acórdãos fundamentais [*Francovich*, de 19.11.1991, P. C-6/90, *Brasserie du Pêcheur*, de 05.03.1996, P. C-46/93, entre outros (22)] o Tribunal de Justiça vem decidindo que os particulares lesados têm direito a reparação desde que estejam reunidas três condições: que a regra de direito comunitário violada tenha por objecto

19. Cfr. M. L. DUARTE, “O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e o Direito da União Europeia – breve relato de um (des)encontro anunciado com a jurisprudência do Tribunal de Justiça”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas. Comentários à Luz da Jurisprudência*, coord. de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão, Lisboa, AAFDL, 2017, p. 69.

20. Cfr. M. L. DUARTE, “O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e o Direito da União Europeia – breve relato de um (des)encontro anunciado com a jurisprudência do Tribunal de Justiça”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas. Comentários à Luz da Jurisprudência*, coord. de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão, Lisboa, AAFDL, 2017, p. 70.

21. Para maiores desenvolvimentos, vide, M. L. DUARTE, “O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e o Direito da União Europeia – breve relato de um (des)encontro anunciado com a jurisprudência do Tribunal de Justiça”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas. Comentários à Luz da Jurisprudência*, coord. de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago serrão, Lisboa, AAFDL, 2017, pp. 68-74, p. 74. Para esta autora, “o princípio fundamental da autoridade do caso julgado e o carácter definitivo das decisões proferidas pelos tribunais supremos não são um obstáculo ao reconhecimento da responsabilidade do Estado-membro por facto de sentença. O demandante numa acção de indemnização bem sucedida contra o Estado ganha o direito à reparação, mas não necessariamente o direito a uma alteração da matéria julgada na decisão geradora do prejuízo. Impõe-se uma alteração sobre o conteúdo da jurisprudência do tribunal nacional para casos futuros, eventualmente através de uma intervenção do legislador no sentido de rever e clarificar o regime jurídico, material ou processual, que enquadrava a decisão judicial manifestamente contrária às obrigações comunitárias do Estado-membro em causa (v. acórdão de 09.12.2003, *Comissão c. Itália*, C-129/00, n.º 41). Outra hipótese, no caso do direito português, é o recurso extraordinário de revista [v. artigo 696.º, alínea f), Código de Processo Civil]. Por força do princípio da autonomia institucional e processual, está reservado aos Estados-membros o direito de definir os pressupostos processuais e as condições substantivas de exercício do direito à reparação junto dos tribunais nacionais, mas, em contrapartida, não o podem fazer de modo que se torne extremamente difícil ou mesmo impossível o exercício do direito”.

22. Aqui, como defende R. TAVARES LANCEIRO, estamos no âmbito de uma compensação e não de uma indemnização. Cfr, e para maiores desenvolvimentos, vide, R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, pp. 434-439, p. 434. Segundo o autor, “uma matéria em que a remissão para o Direito da EU opera, afastando a aplicação do RRCEE é a determinação dos requisitos que devem estar preenchidos para a obtenção de compensação”.

conferir direitos; que a violação seja suficientemente caracterizada⁽²³⁾; e que exista um nexo de causalidade entre essa violação e o prejuízo sofrido pelos particulares⁽²⁴⁾.

“Embora tenha emergido de situações em que a violação do direito comunitário era imputável ao Estado-legislador, esta jurisprudência vem-se afirmando como a raiz de um *ius commune* da responsabilidade patrimonial dos poderes públicos nacionais, independentemente da entidade estadual cuja acção ou omissão está na origem do incumprimento do direito comunitário (cfr. Acórdão *Köbler*, de 30.09.2003, JOUE C 275, de 15.11.2003)⁽²⁵⁾”.

Ora, mais recentemente, tendo em consideração um caso português, o Tribunal de Justiça pormenorizou que um tribunal supremo está adstrito a suscitar uma

23. Nos dizeres de R. TAVARES LANCEIRO, “(...) o Tribunal de Justiça parece ir mais longe do que a aplicação das regras gerais de responsabilidade extracontratual dos Estados-Membros resultantes da jurisprudência *Francovich*. De facto, nesse âmbito, aceita-se que a culpa está insita na ilegalidade cometida, só podendo ser considerados alguns elementos subjectivos ou objectivos, para determinar o carácter suficientemente caracterizado da violação da regra de Direito da EU”. *Vide*, R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 438; C. A. FERNANDES CADILHA, *ob. cit.*, p. 160, e ainda, V. EIRÓ, *A Obrigação de Indemnizar das Entidades Adjudicantes*, cit., p. 152. Para V. EIRÓ, a exigência de uma violação suficientemente caracterizada não se satisfaz com a mera ilegalidade. *Vide*, R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 438. Doravante, no caso da responsabilidade decorrente da Diretiva Recursos, é dada a impressão da existência de um total afastamento desses elementos, sendo admissível apenas a mera ilegalidade. Cfr. R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 438. Situação esta última, que também defendemos. Por conseguinte, estamos perante um regime especial, menos exigente por dispensar a verificação do pressuposto da violação especialmente caracterizada, conforme defende M. J. RANGEL DE MESQUITA, *ob. cit.*, p. 53. Mas, há ainda quem defende que parece haver alguma incoerência entre o Acórdão *Combinatie Spijker Infrabouwm*, que recorre à jurisprudência *Francovich*, e o Acórdão *Strabag*, do qual emerge o afastamento de um dos pressupostos decorrentes desta jurisprudência. Neste sentido último, *vide*, I. C. MONTEIRO FONSECA, “O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e a (des)consideração do Direito Europeu: a metodologia de superação como um work in Progress”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, Volume I, 2013, pp. 297-303; R. MEDEIROS / P. FRAGOSO MARTINS, *ob. cit.*, pp. 200-201, e ainda, M. HABA, *The Case of State Liability: 20 Years after Francovich*, Springer, 2015, pp. 65-66, e H. SCHEBESTA, *ob. cit.*, pp. 59 e segs.

24. Cfr. E. MEALHA, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos”, *JULGAR*, n.º 5, 2008, p. 105, pesquisável em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/08-Esperan%C3%A7a-Mealha-Resp-Adjudica%C3%A7%C3%A3o-contratos-p%C3%BAblicos.pdf>

25. *Vide*, M. MACHADO RIBEIRO, “O regime da responsabilidade civil extracontratual dos Estados -membros pela violação do Direito Comunitário. Delineamento e aperfeiçoamento progressivo”, in *Temas de Integração*, Volume V, n.º 9, 1.º semestre de 2000, Almedina, 2000, pp. 67 e segs., 71 e 75; *Vide*, também, J. D. JANER TORRENS, “La influencia del derecho comunitario en la creación de un *ius commune* de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 11, Enero/Abril 2002, p. 177 e ss.; Cfr. B. F. MACERA, Luces y sombras de la jurisprudencia reciente del TJCE en materia de responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho comunitário, in *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos*, III Colóquio Hispano-Luso de Derecho administrativo, p. 201 e ss, *apud* E. MEALHA, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos”, *JULGAR*, n.º 5, 2008, p. 105: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/08-Esperan%C3%A7a-Mealha-Resp-Adjudica%C3%A7%C3%A3o-contratos-p%C3%BAblicos.pdf>, p. 105.

questão prejudicial de interpretação relativamente ao sentido controverso de um certo conceito jurídico constante de legislação eurocomunitária, acerca do qual se evidencia a existência de jurisprudência diferente por parte de instâncias jurisdicionais inferiores, assim como a ocorrência de obstáculos persistentes de interpretação do mesmo conceito noutros Estados-membros (v. acórdão de 09.09.2015, *Silva e Brito*, C-160/14, n.º 45). A violação do dever de reenvio pelo tribunal que julga em última instância concretiza a existência de uma transgressão suficientemente caracterizada, que equivale ao enunciado do artigo 13.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, quando nos dá uma noção de dano indemnizável derivado de decisão jurisdicional como “*manifestamente (...) ilegal*”⁽²⁶⁾.

Como enaltece M. L. DUARTE, “a obrigação de reenvio visa tanto o objectivo geral da garantia da uniformidade na interpretação e aplicação do Direito da União como o objectivo mais específico da protecção dos direitos dos particulares. Note-se, por fim, que a responsabilidade potencial do tribunal de última instância é invocável não apenas no caso de decisão contrária a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, mas, igualmente, no caso de divergência de julgados entre os tribunais nacionais inferiores”⁽²⁷⁾.

No que concerne ao desenvolvimento jurisprudencial em volta da ideia convergente entre o regime jurídico aplicável à responsabilidade da União e o regime jurídico aplicável à responsabilidade dos Estados-membros, concordamos com M. L. DUARTE, quando a autora frisa que: “em última análise, acreditamos que o elemento mais determinante da influência do Direito da União Europeia sobre o regime jurídico português da responsabilidade extracontratual do Estado reside nesta abertura ao factor jurisprudencial que confere ao sistema uma configuração dinâmica de obra em construção”⁽²⁸⁾.

Neste seguimento, a obrigação de indemnização que deriva da Diretiva Recursos, constata-se, autónoma da existência de dolo ou culpa por parte da respetiva entidade adjudicante. Nestes moldes, por influência do Tribunal de Justiça, a impressão que se espelha é a de que se considera ultrapassada a discussão da doutrina acerca do possível cariz objetivo desta responsabilidade

26. Cfr. M. L. DUARTE, “O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e o Direito da União Europeia – breve relato de um (des)encontro anunciado com a jurisprudência do Tribunal de Justiça”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas. Comentários à Luz da Jurisprudência*, coord. de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão, Lisboa, AAFDL, 2017, p. 75.

27. Cfr. M. L. DUARTE, “O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e o Direito da União Europeia – breve relato de um (des)encontro anunciado com a jurisprudência do Tribunal de Justiça”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas. Comentários à Luz da Jurisprudência*, coord. de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão, Lisboa, AAFDL, 2017, p. 75.

28. Neste sentido, e para mais desenvolvimentos, vide, M. L. DUARTE, “O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e o Direito da União Europeia – breve relato de um (des)encontro anunciado com a jurisprudência do Tribunal de Justiça”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas. Comentários à Luz da Jurisprudência*, coord. de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão, Lisboa, AAFDL, 2017, p. 77.

civil extracontratual ⁽²⁹⁾. Todavia, partilhamos do explanado por V. EIRÓ, quando a autora explicita que ao dever de indemnizar aqui previsto baseia-se num conceito alargado de ilícito, que se basta com a mera violação do Direito da União Europeia da contratação pública ou das normas nacionais de transposição, sendo autónomo da culpa ⁽³⁰⁾.

Estamos com R. TAVARES LANCEIRO, quando o autor defende que “não tem, (...), neste âmbito aplicação a presunção de culpa decorrente do artigo 10.º, n.º 2, RRCEE, por ser insuficiente para assegurar a transposição da Directiva Recursos ⁽³¹⁾. Identicamente, será de descartar a aplicação da presunção de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos, constante do artigo 10.º RRCEE, ou o conceito de culpa de serviço, a que se refere o artigo 7.º, n.º 4, RRCEE ⁽³²⁾, por incompatíveis com o modelo de responsabilidade objectiva que resulta da jurisprudência do TJ ⁽³³⁾”.

Ora, os casos de responsabilidade civil aqui em causa apresentam óbvios elementos de conexão com o direito comunitário, na medida em que emergem de atos violadores do direito interno que o transpõe ou que infringem, de modo direto, regras ou princípios comunitários (designadamente, quando aquele não foi, ou foi mal, transposto no ordenamento jurídico português).

Por este motivo, se deve hoje convocar a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias acerca da responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros por incumprimento do direito comunitário, relevando o facto do artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa («doravante “CRP”») - (princípio da responsabilidade dos poderes públicos) deve, hoje, interpretar-se, considerando o “direito de responsabilidade da União Europeia ⁽³⁴⁾”.

Importa aqui explicar a posição adotada por M. L. DUARTE ⁽³⁵⁾, na medida em que como resulta do artigo 340.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia («doravante “TFUE”»), os particulares têm acesso ao Tribunal de Justiça, sendo-lhes reconhecido por Tratados o direito à indemnização quando

29. Vide, E. MEALHA, *ob. cit.*, p. 109; V. EIRÓ / E. MEALHA, “Damages under Public Procurement”, *cit.*, p. 45, e ainda, C. A. FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade ... cit.*, p. 160, e M. J. RANGEL DE MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade ... cit.*, p. 52. Cfr. R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 439.

30. Neste sentido, V. EIRÓ, *A Obrigação de Indemnizar das Entidades Adjudicantes*, *cit.*, pp. 406 e ss, e ainda M. J. ESTORNINHO, “Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise ...”, in *CJA*, n.º 88, 2011, p. 38.

31. Vide, M. J. RANGEL DE MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade ... cit.*, pp. 51-53, e C. A. FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil ... cit.*, p.160.

32. Vide, E. MEALHA, “Responsabilidade Civil”, *cit.*, p.110, e C. A. FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil ... cit.*, p. 160.

33. Cfr. R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 439.

34. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 433.

35. Cfr. M. L. DUARTE, “O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e o Direito da União Europeia – breve relato de um (des)encontro anunciado com a jurisprudência do Tribunal de Justiça”, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, coord. de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão, Lisboa, AAFDL, 2017, pp. 67-85.

o autor do dano é o decisor da União Europeia, competindo ao Tribunal de Justiça da União Europeia («doravante “TJUE”») o julgamento da respetiva ação jurisdicional ⁽³⁶⁾. Ora, quando estamos perante uma ação de indemnização, os Tratados apenas se limitam a fazer remissão para os direitos nacionais da concreta definição dos elementos da responsabilidade extracontratual, dando abertura à decisão jurisprudencial acerca da densificação a atribuir aos pressupostos fundamentais da ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade ⁽³⁷⁾.

Como explana M. L. DUARTE, “A recusa dos Estados-membros não evitou a construção jurisprudencial, numa manifestação típica de ativismo judicial que busca a respectiva legitimação na ausência de resposta por parte do decisor normativo, neste caso os Estados-membros na qualidade de autores dos Tratados ⁽³⁸⁾”.

Ora, para haver responsabilidade civil extracontratual, terão de estar preenchidos os seus requisitos definidos pelo direito comunitário: ato ilícito, (inexigibilidade do juízo de culpa), nexo de causalidade e dano.

Assim, as Diretivas Recursos condicionam a obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes à verificação de três pressupostos: i) actuação (omissão) ilícita e lesiva de direitos ou interesses legalmente protegidos; ii) existência de um dano real; iii) nexo de causalidade entre aquela actuação e a ocorrência dos danos, sendo bastante, para esse efeito, a prova de que o lesado “teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato ⁽³⁹⁾”.

Ora, defendemos que as causas legítimas de inexecução de sentença ⁽⁴⁰⁾, constituem uma forma de responsabilidade do Estado e Demais Entidades Públicas, muito embora prevista no CPTA, isto é, ao agir ilicitamente e já não sendo possível a reconstituição *in natura*, aquela ilicitude praticada pela Administração Pública transforma-se em lícita, mas confere sempre direito a uma indemnização ao ente lesado, respeitando os princípios da legalidade e da tutela jurisdicional efetiva. Iremos ainda mais longe, sendo que na nossa perspetiva,

36. Neste sentido, e para maiores desenvolvimentos, *vide*, M. L. DUARTE, “O regime da responsabilidade ...cit”, p. 67.

37. Cfr. M. L. DUARTE, “O regime da responsabilidade ...cit”, p. 68.

38. Cfr. M. L. DUARTE, “O regime da responsabilidade ...cit”, p. 68.

39. Cfr. E. MEALHA, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos”, *JULGAR*, n.º 5, 2008, p. 106.

40. Acerca das causas legítimas de inexecução de sentença, *vide*, D. LUCAS NETO, “Execução de sentenças e causas legítimas de inexecução: linhas mestras traçadas pela Jurisprudência”, in *Nos 20 Anos dos CJA*, Comissão Coordenadora de Carla Amado Gomes, Filipa Urbano Calvão e José Eduardo Figueiredo Dias, Escola de Direito da Universidade do Minho, Ed. CEJUR, Braga, Junho de 2017, pp. 99-130; R. ESTEVES DE OLIVEIRA, “Processo executivo: algumas questões”, in *A Reforma da Justiça Administrativa, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, n.º 86, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 253, e V. EIRÓ, “Quanto vale uma sentença?”, in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume II*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 816, e da autoria da mesma “O regime de antecipação da sentença por causa legítima de inexecução no CPTA revisto – notas introdutórias”, in *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 3.ª edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pp. 545-576.

a Administração Pública deverá ser responsabilizada ainda criminalmente pela sua conduta indevida, podendo, em muitos casos, haver até má-fé por parte da mesma.

A responsabilidade pelo não restabelecimento legítimo de posições jurídicas subjetivas violadas integra a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado e demais entidades públicas – CPTA ⁽⁴¹⁾.

Quanto ao regime de antecipação da sentença por causa legítima de inexecução, mais comumente conhecido por regime de modificação do objeto do processo, iremos esmiuçar aqui o disposto no artigo 45.º do CPTA e no n.º 6, do artigo 102.º do meso diploma legal, em vigor.

Assim, importa expor a posição adotada por V. EIRÓ, na medida em que, para esta autora, “(...) o pedido do autor é procedente, mas a sentença que decida da procedência do pedido formulado não pode ou não deve ser executada. Por isso, o autor é credor de uma indemnização pela não execução (legítima) da sentença, podendo esta indemnização vir a ser substituída ou complementada por uma indemnização destinada a ressarcir todos os danos sofridos em virtude da atuação ou omissão posta inicialmente em crise ⁽⁴²⁾.”

Por sua vez, segundo D. LUCAS NETO, “é inegável a influência da jurisprudência antecedente na definição dos contornos de aplicação e enquadramento dos mecanismos previstos nos arts. 45.º e 102.º, como o foi, certamente, na concretização do novo art. 45.º-A (...) ⁽⁴³⁾”. De mencionar que, neste contexto, a autora alude a quatro Acórdãos, sendo estes o *Acórdão do STA, de 25.03.2010, Pleno da Secção, Relator: Jorge de Sousa, Processo n.º 913/08*; o *Acórdão do STA, de 19.10.2010, 2.ª Subsecção, Relator: São Pedro, Processo n.º 0460/08*; o *Acórdão do STA, de 18.04.2013, Pleno da Secção, Relator: Pires Esteves, Processo n.º 0269/08*, e o *Acórdão do STA, de 12. 03.2015, 1.ª Secção, Relatora: Ana Paula Portela, Processo n.º 01274/12 ⁽⁴⁴⁾*.

41. A favor, temos, M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa: Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª edição, D. Quixote, 2010, (reimpressão da 1.ª edição: Julho de 2010), p. 42, quando os mesmos referem que constitui uma modalidade de responsabilidade civil por facto lícito: “(...) a responsabilidade civil pela legítima não reconstituição da situação actual hipotética (artigos 45.º, 49.º, 102.º, n.º 5, 166.º e 178.º do CPTA)”.

42. Cfr. V. EIRÓ, “O regime de antecipação da sentença por causa legítima de inexecução no CPTA revisto – notas introdutórias”, in *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2017, p. 556.

43. *Vide*, D. LUCAS NETO, “Execução de sentenças e causas legítimas de inexecução: linhas mestras traçadas pela Jurisprudência”, in *Nos 20 Anos dos CJA*, [Comissão coordenadora, Carla Amado Gomes, Filipa Urbano Calvão e José Eduardo Figueiredo Dias], 1.ª ed., Braga, CEJUR, 2017, p. 117.

44. *Vide*, D. LUCAS NETO, “Execução de sentenças e causas legítimas de inexecução: linhas mestras traçadas pela Jurisprudência”, in *Nos 20 Anos dos CJA*, [Comissão coordenadora de Carla Amado Gomes, Filipa Urbano Calvão e José Eduardo Figueiredo Dias], 1.ª ed., Braga, CEJUR, 2017, pp. 118-121. Resumidamente, do primeiro Acórdão mencionado extraiu-se que relativamente ao artigo 45.º do anterior CPTA, “a primeira questão que o Tribunal propôs resolver foi a de saber se este regime seria aplicável a ações de declaração de ilegalidade de

Atualmente, e transcrevendo D. LUCAS NETO, “(...) o atual art. 45.º ganhou clareza. Desde logo, ao ter-se eliminado o inciso de que a ação seria julgada *improcedente* e, bem assim, por ter-se criado uma ordem de sucessivos *reconhecimentos* – (a) do bem fundado da pretensão do autor; (b) da existência da circunstância que obsta, no todo ou em parte, à emissão da pronúncia solicitada; e (c) do direito do autor a ser indemnizado por esse facto -, que mais não são do que os pressupostos desta modificação do objeto do processo e refletem bem as *linhas* que a jurisprudência foi escrevendo ⁽⁴⁵⁾”.

norma por omissão. (...) Como condição de procedência da ação, o Tribunal definiu que deveria resultar comprovado no processo uma situação de *expropriação* do direito à execução. Para que a efetivação da indemnização fosse possível seria ainda necessário que (a) tal imposição de emissão de norma exista; (b) o momento de a concretizar tenha ocorrido no passado; (c) já não seja possível suprir a omissão; e que (d) a inexistência de norma habilitante – facto que gera a situação de impossibilidade – seja superveniente em relação ao momento da propositura da ação. Situação que identifica como sendo muito semelhante à que ocorre nos casos em que a impossibilidade de emissão de norma surge na fase de execução de julgado, depois de uma sentença que tenha declarado a ilegalidade da omissão, situações em que se tem estabelecido que a execução para prestação de facto passe a ter por objeto a fixação de indemnização”. Explanou-nos o segundo Acórdão referido que “(...) a ação destinada a condenar a Administração a emitir normas regulamentares foi julgada improcedente – por impossibilidade jurídica – nos termos do art. 45.º, n.º 1, e, conseqüentemente, convidadas as partes para acordarem a indemnização devida. Sintomática é a explicação dada para o sentido da expressão *improcedente* a que aludia a art. 45.º, n.º 1, na sua redação anterior. Aduz-se o aresto em causa não ser contraditório julgar a ação improcedente – pois era esta expressão legal – devido à constatação de uma *causa legítima de inexecução* no decorrer da ação e, não obstante, averiguar se a pretensão do autor – impossível de cumprir ou excessivamente onerosa para o interesse público – merece ou não provimento, pois só na hipótese afirmativa haverá lugar à modificação da instância com o prosseguimento dos autos para fixação de uma indemnização. Como se sabe, esta situação foi alterada com a nova redação do art. 45.º, que, facilitando o labor jurisprudencial, elimina esta *particularidade* (...)”. Quanto ao terceiro Acórdão, “retomando a questão da possibilidade de aplicação do art. 45.º, n.º 1, quando o autor é um Sindicato, e também no âmbito de uma ação de declaração de ilegalidade de normas por omissão, conclui o Pleno que essa circunstância não afasta a possibilidade de a indemnização aí prevista ser concedida nestes casos, desde que aquele atue na defesa dos interesses individuais dos trabalhadores que representa, pois a referida indemnização, a ser devida, se repercutirá diretamente na esfera jurídica dos trabalhadores representados”. Por fim, quanto ao quarto Acórdão, “o Tribunal decidiu não ser possível a anulação de contratos de atribuição de subsídios celebrados há mais de 10 anos, por considerar tratar-se de uma impossibilidade absoluta de anulação, em virtude de o prazo de validade dos contratos já ter decorrido e os mesmos já estarem cumpridos. Aduzindo ainda que, mesmo que se tivesse colocado a questão de eventual celebração de um contrato com a autora, o mesmo não poderia ser executado, em virtude de as verbas dos subsídios em causa estarem esgotadas e porque, passados 10 anos, a realidade subjacente à atribuição dos mesmos estaria necessariamente desadequada”.

45. Cfr. D. LUCAS NETO, “Execução de sentenças e causas legítimas de inexecução: linhas mestras traçadas pela Jurisprudência”, in *Nos 20 Anos dos CJA*, [Comissão coordenadora de Carla Amado Gomes, Filipa Urbano Calvão e José Eduardo Figueiredo Dias], 1.ª ed., Braga, CEJUR, 2017, p. 121. Renomeando a autora, “também existe agora uma maior evidência quanto à equivalência entre as causas legítimas de inexecução invocáveis em sede de execução de sentença e as causas legítimas de inexecução que poderão ser invocadas em sede declarativa, em virtude de em ambas as situações se exigir que o cumprimento dos deveres a que seria condenada originaria um *excecional* prejuízo para o interesse público (n.º 1). Por seu turno, o novo art. 45.º-A é muito relevante no plano substantivo, na medida em que, concretiza, no n.º 1, o disposto no art. 45.º e estende este regime às situações previstas no n.º 2, parecendo assumir a existência de um direito à indemnização nas situações aí previstas. Sendo este, como vimos, um dos pressupostos principais do mecanismo previsto no art. 45.º, a definição de linhas

A alínea c) do n.º 1, do artigo 45.º do CPTA prescreve que: “quando se verifique que a pretensão do autor é fundada, mas que à satisfação dos seus interesses obsta, no todo ou em parte, a existência de uma situação de impossibilidade absoluta, ou a entidade demandada demonstre que o cumprimento dos deveres a que seria condenada originaria um excepcional prejuízo para o interesse público, o tribunal profere decisão na qual: (...) reconhece o direito do autor a ser indemnizado por esse facto”.

Tendo em conta o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte («doravante “TCAN”») de 28.04.2017, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>: “Tendo tido já ocorrido a eleição para o Conselho Geral aquando do trânsito em julgado da decisão judicial anulatória da constituição do Conselho Geral Transitório (CGT) do Agrupamento de Escolas de Montalegre, e considerando que este era um órgão temporário que tinha por função preparar o processo conducente à eleição do Conselho Geral, considera-se verificada a existência de causa legítima de inexecução da dita sentença por impossibilidade (jurídica) absoluta de execução, nos termos do artigo 163º/1 CPTA”. No mesmo Acórdão, são citados MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e C. A. FERNANDES CADILHA (*Comentário ao CPTA*, 3ª ed., 1059) que “ (...) advogam que permanece intacta a definição proposta por FREITAS DO AMARAL na vigência da LPTA, segundo a qual (*A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, 2ª ed., p. 123) as causas legítimas de inexecução podem ser definidas como situações excepcionais que tornam lícita, para todos os efeitos, a inexecução das sentenças dos tribunais administrativos, obrigando, no entanto, ao pagamento de uma indemnização compensatória”.

Contudo, “o disposto na alínea d) do n.º 1 e nos n.ºs 2 e 3 não é aplicável quando o autor já tinha cumulado na ação o pedido de reparação de todos os danos resultantes da atuação ilegítima da entidade demandada, hipótese na qual o tribunal dá ao autor a possibilidade de ampliar o pedido indemnizatório já deduzido, de modo a nele incluir o montante da indemnização adicional que possa ser devida pela ocorrência das situações previstas no n.º 1”.

Como decorre do n.º 4 do artigo 45.º, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, agora, quando o/a Autor/a haja peticionado logo na Petição Inicial, cumulativamente, um pedido impugnatório ou condenatório com um pedido de indemnização por danos decorrentes da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, cabe ao tribunal assegurar que ainda lhe é dada a possibilidade de cumular o pedido de indemnização por facto ilícito, com outro pelo facto lícito, decorrente da inexecução do julgado anulatório ou condenatório. Ou seja, também nos moldes do n.º 4 do artigo 45.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos se quer uma cumulação da indemnização pelo ilícito e pelo lícito.

Desta feita, a possibilidade que é agora dada ao/à Autor/a de cumular diferentes indemnizações por um mesmo facto, decorrente quer no n.º 3, quer no n.º 4

jurisprudenciais de aplicação deste art. 45.º-A será, de certeza, muito interessante, mas ainda está por escrever”.

do artigo 45.º, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, terá de ser “muito cautelosamente articulada com o direito indemnizatório que lhe seja reconhecido por via do n.º 1 do mesmo preceito, garantindo-se que, no caso, não existe uma duplicação ou uma acumulação material de indemnizações (46)”.

O/ a ora Autor/a procede assim à ampliação do pedido de indemnização primitivo - por facto ilícito – como decorre do citado preceito legal, que visará apenas permitir que naquela indemnização se inclua o montante adicional que se imputa à inexecução da sentença. Em consequência, está aqui em causa, apenas, a especificação e quantificação dos danos resultantes da inexecução de julgado, cujo direito indemnizatório já foi reconhecido pelo/a Exmo/a Juíz/a de Direito, nos termos da alínea c) do n.º 1, do artigo 45.º do CPTA.

Apesar do teor literal do n.º 4 do artigo 45.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos remeter para um incidente de liquidação após a prolação da sentença mencionada nas alíneas a) e c) do n.º 1, do mesmo artigo, estamos de acordo com SOFIA DAVID quando defende que “(...) nada obsta a que o juiz faça o convite ali mencionado antes de proferir a sentença do n.º 1. Isto é, antevendo a verificação da impossibilidade ou do prejuízo referido no n.º 1 e na alínea b) daquele preceito, poderá o juiz do processo, de imediato, convidar o A. a proceder à ampliação indicada no n.º 4 do artigo 45.º do CPTAR. Este procedimento terá uma dupla vantagem: por um lado, permitirá que as diligências instrutórias que se tenham que fazer se concentrem num único momento, anterior à sentença indicada no n.º 1. Por outro lado, salvaguardar-se-á melhor a proibição da duplicação ou da acumulação material de indemnizações, pois ficam, de imediato e em simultâneo, especificados e quantificados cada um dos concretos danos que se devem indemnizar. Abrindo-se um momento instrutório após essa especificação e quantificação, é mais facilmente averiguada a hipótese de se estar a indemnizar por um mesmo dano duas vezes (47)”.

De acordo com a jurisprudência administrativista, mais propriamente a do Acórdão do STA de 2.12.2010, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, este Acórdão decidiu no sentido de existir efetiva diferença entre a natureza da indemnização objetivamente devida à Autora pela impossibilidade de obter a pronúncia a que teria direito e a eventual indemnização a que ele/a pode ter direito pelos restantes danos que possam ter resultado da atuação administrativa ilegal.

Ainda tendo em conta a melhor jurisprudência, foi decidido no Acórdão do TCAS de 23.01.2014, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, que “se não for já possível o procedimento pré-contratual por o contrato se mostrar totalmente executado, o proponente que obteve a anulação tem direito a uma compensação

46. Neste sentido, *vide*, S. DAVID, “As modificações da instância e a convalidação processual no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto – algumas notas”, *CEJ*, Dezembro de 2016, p. 19, pesquisável em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/fich-pdf/etaf_cpta/modificacao-instancia-sdavid-dez-2016-primo.pdf

47. *Vide*, S. DAVID, “As modificações da instância e a convalidação processual no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto – algumas notas”, *CEJ*, Dezembro de 2016, pp. 19-20, pesquisável em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/fich-pdf/etaf_cpta/modificacao-instancia-sdavid-dez-2016-primo.pdf

pelo facto estrito de ter perdido aquela oportunidade, que lhe fora dada pelo restabelecimento da situação actual hipotética imposto pela sentença anulatória”. “O montante depende da exacta configuração da pretensão que ficou insatisfeita e do quadro envolvente, de facto e de direito”.

No caso de a execução de sentença ser impossível, a indemnização abarca o “ressarcimento daqueles danos que, na esfera jurídica do recorrente, se produzem em consequência da impossibilidade de obter o cumprimento de tais deveres e que, portanto, não existiriam se eles pudessem ter sido cumpridos, não cobrindo já os eventuais danos que o acto ilegal possa ter causado e que, pela sua natureza, a execução da sentença não teria sido, em qualquer caso, apta a remover, pelo que teriam subsistido mesmo que ela tivesse podido ter lugar ⁽⁴⁸⁾”.

Como explanou o Acórdão do TCAS de 23.01.2014, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, “(...) a perda da situação vantajosa da exequente merece ressarcimento, tendo em conta que, a despeito da incerteza sobre a futura obtenção do ganho, a requerente estava em situação de poder vir a alcançá-lo, isto é, dispunha de uma oportunidade real, que esta é um bem em si mesma, um valor autónomo e actual, distinto da utilidade final que potencia, e que, por isso, a perda da oportunidade de conseguir o ganho não é uma mera expectativa, mas um dano certo e causalmente ligado à conduta da Administração”.

A perda da situação jurídica por causa legítima de inexecução dá lugar a um dever objetivo de indemnização (de acordo com o n.º 7 do artigo 176.º, e do n.º 1 do artigo 166.º, ambos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos), “fundado na percepção de que, quando as circunstâncias vão ao ponto de nem sequer permitir que o recorrente obtenha aquela utilidade que, em princípio, a anulação lhe deveria proporcionar, não seria justo colocá-lo na total e exclusiva dependência do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade subjectiva da Administração por factos ilícitos e culposos sem lhe assegurar, em qualquer caso, uma indemnização pela perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença lhe teria proporcionado ⁽⁴⁹⁾”.

Desta forma, defendemos fortemente que o afastamento ilegal de um(a) concorrente de um concurso público, 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 exatidão, deverá ser fixada com recurso à equidade, nos termos do n.º 3 do artigo 566.º, do Código Civil ⁽⁵⁰⁾, tendo como

48. Neste sentido, vide, M. AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Almedina, 2002, pp- 816-817.

49. Cfr. M. AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Almedina, 2002, p. 281.

50. Para V. EIRÓ, “(...) o cômputo desta indemnização terá forçosamente de ponderar, em primeiro lugar, o princípio da igualdade: o autor, ao propor a ação administrativa, incorreu em despesas e fez um investimento dirigido à emissão de uma sentença (passível de ser executada) favorável aos seus interesses. Estas despesas específicas colocaram-no numa situação de desigualdade que justifica uma compensação. Assim sendo, o montante de indemnização devida deverá, numa situação de causa legítima de inexecução, cobrir todos os custos de processo (incluindo os honorários de advogados, os quais são sempre limitadamente ressarcidos ao abrigo do regime das custas de parte e as taxas de justiça que tenham sido pagas). Quando

referentes:

- a) A vantagem económica final que poderia ter sido obtida;
- b) A probabilidade que o lesado teria de alcançar uma vez que o/a Autor/a lesado/a teria toda a probabilidade de ficar em primeiro lugar no concurso, uma vez que foi o/a que apresentou a melhor proposta, conforme os ditames do Código dos Contratos Públicos ⁽⁵¹⁾.

Depende, assim, o montante “(...) da exata configuração da pretensão que ficou insatisfeita e do quadro envolvente, de facto e de direito ⁽⁵²⁾”. Neste sentido, temos os Acórdãos do STA de 20.11.2012; de 26.09.2012, e o Acórdão de

a modificação objetiva de instância ocorra em ambiente de contratação pública (seja porque foi impugnado um ato pré-contratual seja porque foi impugnado diretamente o contrato com fundamento em vício procedimental) julgamos ainda que o montante de indemnização devida deverá cobrir os custos associados à preparação da proposta os quais assumem, neste domínio, a natureza de *quantum mínimo* de indemnização”. Cfr. V. EIRÓ, “O regime de antecipação da sentença por causa legítima de inexecução no CPTA revisto – notas introdutórias”, in *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2017, pp. 567-568, p. 568.

Porém, este não tem sido o entendimento adotado pela jurisprudência, neste sentido último, vide, o Acórdão do TCA Sul, de 08.09.2011, Processo n.º 06762/10, pesquisável em www.dgsi.pt.

Secundando V. EIRÓ, “(...) quanto maior a probabilidade de ocorrência do dano final maior a utilidade que a sentença teria para o autor, pelo que maior deverá ser a indemnização a atribuir”. Defende esta autora, ainda, que “(...) resulta que este montante de indemnização devida que corresponde a uma *justa indemnização pela perda de utilidade da sentença* corresponde a um montante que não tem forçosamente equivalência com o cômputo do dano e a obrigação de indemnizar fundada na responsabilidade civil. Daqui resulta igualmente que o autor poderá ser, simultaneamente, credor de uma obrigação de indemnizar fundada na inexecução de uma sentença que seria emitida inicialmente a seu favor e de uma outra obrigação de indemnizar resultante da necessidade de reparar os danos causados pela atuação da administração inicialmente posta em crise. A nova redação do artigo 45.º do CPTA coloca em evidência precisamente este regime *dual* de indemnização”. Cfr. V. EIRÓ, “O regime de antecipação da sentença por causa legítima de inexecução no CPTA revisto – notas introdutórias”, in *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2017, pp. 569-570.

Não podemos avançar, sem antes expormos a perspetiva de N. M. CUNHA ROLO, “A inexecução ilícita dos julgados administrativos e a responsabilidade civil da Administração, *Justiae Nuptiae?!: algumas considerações principiantes*”, in *Colectânea de Estudos de Homenagem a Francisco Lucas Pires* – [Lisboa]: Universidade Autónoma de Lisboa, D. L. 1999, p. 251, através da qual o autor propõe, a seguinte alteração ao artigo 20.º da CRP, acrescentado um número (5), passando o atual n.º 5 a ser o n.º 6:

Artigo 20.º: Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva: (...) “5. Todos têm direito à execução integral das decisões dos tribunais transitadas em julgado, salvo declaração jurisdicional de causa legítima de inexecução nos termos da lei, bem como à justa indemnização correspondente”.

51. Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, na versão do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto.

52. Neste sentido, M. AROSO DE ALMEIDA, “Impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor e a indemnização devida: uma aproximação ao tema”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 83, 2010, p. 9.

2.12.2010, pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>.

Daremos aqui um exemplo, muito embora já analisado jurisprudencialmente, relativamente à temática da exclusão de uma proposta de um procedimento concursal com fundamento na falta de assinatura digital dos documentos da proposta e dos demais documentos àquela anexos, e deparámo-nos que contrariamente ao propugnado pela entidade demandada, conforme decisão emanada em tribunal coletivo no Processo n.º 2610/14.0BEBRG, confirmada por Acórdão do TCAN de 06.11.2015, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, a proposta apresentada pela Autora observou o disposto na legislação aplicável e, como tal, não se verificou motivo para a sua exclusão⁽⁵³⁾.

Uma vez que o contrato já se encontra celebrado por outro proponente que não o/a Autor/a, na nossa perspetiva, estamos perante uma situação de impossibilidade da reconstituição natural, vendo-se conseqüentemente frustrado/a aquele/a de não poder ser colocado/a na situação que teria se o ato anulado não tivesse sido praticado pela entidade adjudicante em causa – verificando-se, assim, uma perda do direito à execução – ou seja, perda daquilo a que vem sendo chamado de expropriação do direito à execução (pela jurisprudência).

O *quantum* indemnizatório⁽⁵⁴⁾ a ter em consideração é aquele que se destina

53. O que, e agora, defendemos que o princípio da transparência consagrado no Código dos Contratos Públicos, nem sempre é respeitado e aplicado, cometendo, inúmeras vezes, as mais variadas autarquias locais (focando-nos aqui mais nos Municípios), imensas ilegalidades e favorecimentos ilícitos (tráfico de influências), atitudes tais que não podem deixar de ser severamente punidas e censuradas do ponto de vista jurídico, indo nós ainda mais longe, resultando tais condutas por parte daquelas entidades adjudicantes numa forte violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa - em relação ao qual defendemos que a expressão «igualdade» teria um significado com maior impacto se fosse substituída pela expressão «equidade», mas na nossa Lei Fundamental tal artigo refere-se à epígrafe “princípio da igualdade”) de acesso a concursos públicos num contexto igualitário de oportunidades. Repare-se que estamos a referir-nos a dinheiros públicos que dizem respeito a todos os cidadãos, e não a entidades privadas. O que se visa com tais concursos é a prestação de serviços públicos, visando a prevalência da utilidade pública e do interesse público da comunidade em geral. Fortes medidas devem ser adotadas também, no sentido de se tentar acabar com a corrupção e com o enriquecimento ilícito por parte de entidades adjudicantes. Ainda a respeito do princípio da transparência, para P. COSTA GONÇALVES: “O princípio da transparência cumpre uma função importante na prevenção de conflitos de interesses e de eventuais violações do princípio da imparcialidade”, cfr., e para maiores desenvolvimentos, P. COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Junho, 2015, p. 147 e segs.

54. *Vide*, P. 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*, org. de Pedro Costa Gonçalves, Volume II, Faculdade de Direito de Coimbra, Cedipre, Coimbra Editora, 2010, pp. 274-295 e acervo bibliográfico lá mencionado, pp. 288-289. Para o autor, «(...) 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), (...) há, porém, que 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, reservando-se, porém, o organizador a “última palavra” sobre essa conclusão (a posição de *master of the bargain*). É discutível que devam equiparar-se a estes (...) casos, em que o concurso não vinculava o seu autor nos termos de uma verdadeira proposta, aqueles em que esse autor *teria tido a possibilidade* de licitamente cancelar o concurso (...)”.

a indemnizar o/a ora Autor/a do facto de poder obter a utilidade específica que tinha em vista com a propositura da ação administrativa ⁽⁵⁵⁾.

55. Relativamente à propositura da ação administrativa, o Tribunal de Justiça acolheu a hipótese de os Estados-Membros, «à luz do objectivo de celeridade» da Diretiva Recursos, imporem «prazos razoáveis para esse tipo de recursos, sob pena de caducidade, para evitar que os candidatos e os proponentes possam, em qualquer momento, invocar infracções à referida legislação, obrigando assim a entidade adjudicante a recomençar todo o processo, para corrigir essas infracções». Cfr., o Acórdão do TJ *Strabag* C-314/09, n.º 37, e ainda, os Acórdãos do TJ de 12 de Dezembro de 2002, Processo n.º C-470/99, *Universale-Bau* e o, n.º 74-79; o Acórdão de 11 de Outubro de 2007, Processo n.º C-241/06, *Lammerzahl*, n.º 50-51, e todos os demais relevantes citados por R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 427. Ora, por palavras nossas, entendemos que o que aqui se pretende é o acesso a uma decisão em prazo razoável nos moldes do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos («doravante “CEDH”»). Ora, o n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, cuja epígrafe é «Direito a um processo equitativo» dispõe que: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

Há uma forte necessidade de se determinar um prazo certo para a propositura de uma ação administrativa, sendo que a autonomia dos Estados-Membros se encontra limitada pelos princípios da equivalência e da efetividade. Nesta ordem de ideias, os prazos nacionais de caducidade, considerando as regras da sua aplicação, não devem ser em si mesmos suscetíveis de tornar praticamente impossível ou muito difícil a prática dos direitos que o Direito Comunitário possa atribuir à pessoa interessada. Relativamente à sua tempestividade, apenas depois de o candidato ou o proponente em causa tiver sido informado das razões pelas quais foi afastado do processo de adjudicação de um contrato é que lhe é possível constituir um juízo esclarecido sobre a eventual existência de uma transgressão das disposições aplicáveis e acerca da chance de intentar uma ação administrativa. Cfr. R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 428. É de referir ainda que como defendem C. AMADO GOMES / M. ASSIS RAIMUNDO, “Topicamente – e a quatro mãos... - sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 5, 2010, pp. 3 e ss., p. 20, e J. T. SILVEIRA, “A Reforma da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado”, in *Revista Jurídica AAFDL*, n.º 26, pp. 79 e ss., pp. 84-85, o regime português está em conformidade com estas disposições, uma vez que o artigo 5.º do RRCivilEEE, aplicável *in casu*, ao consagrar acerca da prescrição do direito à indemnização por factos de qualquer uma das funções do Estado abarcadas pelo regime, faz remissão para a aplicação do artigo 498.º do Código Civil, sendo aplicáveis também os artigos 318.º a 32.º deste último diploma legal, no que concerne à suspensão da prescrição, e 323.º a 327.º do mesmo diploma, relativamente à interrupção da prescrição. Ora, o n.º 1 do artigo 498.º do Código Civil determina um prazo de 3 anos como a regra geral para a prescrição do direito a reivindicar indemnização por danos, cuja contagem se faz desde a data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe pertence, tendo em conta que, nos termos do artigo 309.º do Código Civil, nunca depois de volvidos mais de 20 anos sobre o facto lesivo. Cfr. R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 429. Quanto à legitimidade processual e para maiores desenvolvimentos, *vide*, R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, pp. 429-431. Neste contexto, importa mencionar um aspeto peculiar que é o que diz respeito à existência de jurisprudência concernente à legitimidade processual de consórcios e dos seus membros. No seu Acórdão *Makedoniko Metro e Michaniki*, Processo n.º C-57/01, n.º 74, o Tribunal de Justiça decidiu que a modificação da composição de um agrupamento de empresas contrária às regras de direito nacional não afeta a legitimidade para a prática dos direitos invocáveis por este com fundamento na Diretiva Recursos, designadamente o de pedir uma indemnização, sempre que

Em síntese, nas situações concretas em que teria procedência o pedido de anulação da decisão de exclusão da proposta apresentada pelo/a Autor/a, imperiosamente procederia também o pedido de anulação do ato de adjudicação do concurso público à contra-interessada, assim como o pedido de anulação do contrato de adjudicação já celebrado pela entidade demandada (autarquia local Município consagrada constitucionalmente nos artigos 235.º e 249.º respetivamente) com aquela darão sempre direito a uma indemnização, sendo que pode o(a) Autor(a) da ação vir a ser indemnizado (a), quer por factos ilícitos, quer por factos lícitos.

“A figura da perda de chance ⁽⁵⁶⁾ (...) 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 ⁽⁵⁷⁾ ⁽⁵⁸⁾”.

as razões da sua exclusão sejam contrárias ao Direito da EU dos concursos públicos ou às regras de direito nacional que a transpõem. Ademais, nos Acórdãos *Club Hotel Loutraki e Aktor*, Processos n.º C-145/08 e C-149/08, o Tribunal de Justiça entendeu desconforme com a Diretiva uma norma que proibia a legitimidade dos membros de um consórcio, a título individual, não só de fazer anular essa decisão da entidade adjudicante mas também de pedir uma indemnização pelos danos sofridos a título individual em consequência de irregularidades verificadas no âmbito do processo adjudicatório do contrato em questão. Cfr. R. TAVARES LANCEIRO, *ob. cit.*, p. 431 e nota n.º 73.

56. V. EIRÓ, defende que “(...) a indemnização pela perda de sentença não é equivalente à usualmente designada indemnização pela perda de chance no âmbito da aplicação do instituto da responsabilidade civil”. Cfr., e para maiores desenvolvimentos, *vide*, V. EIRÓ, “O regime de antecipação da sentença por causa legítima de inexecução no CPTA revisto – notas introdutórias”, in *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2017, p. 570, pp. 570-574.

57. Cfr. R. CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*, Coimbra, 2011, pp. 113 e ss, *apud* P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de chance nos procedimentos de contratação pública”, *CEJ (Coleção Formação Contínua – Contencioso pré-contratual, Jurisdição Administrativa e Fiscal)*, Fevereiro de 2017, p. 113.

58. P. MOTA PINTO, observa que: “Deve, na verdade partir-se da presunção de que as regras relativas aos critérios de adjudicação (de vencimento) do concurso, e à manutenção deste, têm também como escopo a protecção do interesse dos concorrentes em obter o lucro que resultaria do vencimento (o interesse contratual positivo), apesar de apenas um deles poder vir a vencer o concurso”. *Vide*, P. 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*, Volume II, Faculdade de Direito de Coimbra, Cedipre, Coimbra Editora, 2010, pp. 274-295 e acervo bibliográfico lá mencionado, p. 290. Ainda nos dizeres deste autor: «Caso o lesado não consiga provar que sem a violação das regras teria vencido o concurso, diversamente, afigura-se que não terá direito a qualquer indemnização, nem pelo interesse positivo, nem pelo interesse negativo. Na verdade, mesmo o ressarcimento correspondente ao interesse negativo colocá-lo-ia em melhor posição do que aquela em que estaria se não tivesse existido o “evento que obriga à reparação”. Ou, por outras palavras, a violação de deveres não

Breves considerações finais

Em jeito de conclusão, e uma vez já celebrado o contrato, tal motivo constitui um impedimento inultrapassável, pelo que ocorrendo, desta feita, uma situação de impossibilidade absoluta que obsta à satisfação dos interesses do(a) Autor(a), o tribunal *a quo* vê-se impedido de proferir a sentença *in casu*.

Por conseguinte, para que se opere a modificação do objeto do processo consagrado no artigo 45.º do CPTA, artigo este aplicável por remissão do n.º 6, do artigo 102.º do mesmo diploma legal, à verificação do pressuposto da situação de impossibilidade absoluta de satisfação dos interesses do(a) Autor(a) exige-se, de modo cumulativo o pressuposto da ilicitude da conduta da entidade demandada.

Ora, perante tal situação de impossibilidade, para que se imponha a obrigação de convite às partes a acordar no *quantum* indemnizatório, tem que se verificar a procedência dos pedidos feitos pelo(a) Autor(a), nomeadamente os da invalidade dos atos impugnados que legitimem a decisão favorável à satisfação do seus interesses, os quais foram colocados em “maus lençóis” devido à ocorrência de circunstâncias que geraram uma causa legítima de inexecução. O *quantum* indemnizatório a ter em consideração é o que bisa indemnizar o(a) Autor(a) do facto de ter a hipótese de obter a utilidade específica que pretendia com a propositura da ação, não havendo qualquer confusão com o pedido elaborado pelo(a) Autor(a) de indemnização por danos resultantes do ato ilegítimo da entidade demandada (estando, neste prima, já em questão o apuramento dos requisitos da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito).

Contudo, naquelas situações em que o(a) Autor(a) tenha já cumulado com o pedido principal um pedido de indemnização pelos danos resultantes da atuação ilícita da entidade demandada, não é sequer preciso proceder-se à

é causal em relação a custos e despesas de participação no concurso que se teriam igualmente verificado sem ela». Cfr. P. MOTA PINTO, *ob. cit.*, pp. 292-293, e bibliografia lá referida. Ainda nas palavras deste mesmo autor, importa frisar que: «Em muitos casos, as *dificuldades de prova* obstarão, pois, a qualquer indemnização, apenas podendo este resultado ser afastado por regras de direito positivo que, por exemplo, se bastem com a existência de uma “possibilidade real de vencimento, para o reconhecimento da obrigação de indemnização”.

Será o que acontece já hoje entre nós, por força do direito comunitário, e da remissão para este da disposição cit. do art. 7.º, n.º 2, do *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, pelo menos, no domínio dos contratos de direito público celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (art. 2.º, n.º 7, da citada Directiva sobre “recursos” nos contratos públicos nestes sectores). E parece mesmo de ponderar se é, ou não, de *estender* tal regime, que se basta com uma “*possibilidade real*” de vencimento, a outros contratos de direito público, e, mesmo, ao direito privado». Neste sentido, *vide*, P. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 293 e nota n.º 49. Cfr., em sentido favorável, *vide*, PALANDT / NEINRICHS, § 311, n.º 37, *apud* P. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 293, nota n.º 49.

Ora, em relação ao interesse contratual negativo, para P. MOTA PINTO: “Os lesados pela violação das regras do concurso apenas poderão então exigir um ressarcimento correspondente ao interesse contratual *negativo*, desde que sem essa violação não tivessem incorrido nas despesas ou na perda de oportunidades alternativas em causa”. *Vide*, P. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 295.

convolação do objeto do processo num processo de natureza indemnizatória, uma vez que o processo já tem essa natureza, dado que nele já fora cumulado um pedido com esse objeto. Defendemos que, naquelas situações em que o(a) Autor(a) tenha já cumulado com o pedido principal um pedido de indemnização pelos danos resultantes da atuação ilícita da entidade demandada, estão aqui incorporados neste pedido todos os danos resultantes da atuação ilegal da entidade demandada. A alínea c) do n.º 1 do artigo 45.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos dispõe que o(a) Autor(a) pode (e deve, na nossa perspectiva) assegurar a possibilidade de exigir a quantia indemnizatória adicional que passou a ser-lhe objetivamente devido, em consequência de se ter tornado inviável satisfazer a pretensão que por aquele(a) foi feita a título principal na respetiva ação administrativa interposta. Não havendo lugar a convolação do objeto processual, haverá lugar à ampliação do pedido indemnizatório, de modo a abarcar esse outro tipo (lícito) de indemnização.

Por fim, realçamos e defendemos que, muito embora se apliquem as disposições até então citadas do CPTA (e não do RRcivilEEE), nas situações de causas legítimas de inexecução de julgados, acreditamos que estamos no âmbito de uma modalidade de responsabilidade pelo não restabelecimento legítimo de posições jurídicas subjetivas violadas que integra a responsabilidade civil extracontratual (objetiva) do Estado e demais entidades públicas por factos lícitos, muito embora nos termos do CPTA. Assim, pelo exposto até então, na nossa perspectiva o(a) Autor(a) terá direito a ser indemnizado quer pelo lícito, quer pelo ilícito, nas condições supra expostas e devidamente delineadas.

Agradecimentos: à Comissão Coordenadora da Revista Eletrónica de Direito Público (e-pública).
