

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**



**FACULDADE DE DIREITO**  
**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**A TUTELA RESSARCITÓRIA DO ADJUDICATÁRIO**  
**EM CASO DE NÃO CONCESSÃO DE VISTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS**

Bárbara Maria do Amaral Correia

Dissertação de Mestrado elaborada sob a orientação  
do Senhor Professor Doutor Miguel Assis Raimundo

Mestrado Profissionalizante em Direito Administrativo

**LISBOA**

**2020**



*“Success is not final,  
failure is not fatal: it is the courage to continue that counts”.*  
Winston Churchill



## AGRADECIMENTOS

Começo, naturalmente, por dirigir o meu agradecimento ao Senhor Professor Doutor Miguel Assis Raimundo, por ter sido, no fundo, o grande responsável pela escolha de um tema diretamente relacionado com a área da contratação pública.

Em resultado das aulas entusiásticas e com grande sentido prático, conseguiu captar o meu gosto e interesse por esta área. O meu muito obrigada por ter acreditado em mim e por ter aceitado de imediato o meu pedido para ser o meu orientador.

Aos meus pais, que tudo fazem para me ver bem, que me incentivam a ser melhor, por me terem sempre dado as melhores condições que em muito contribuíram e contribuem para o meu enriquecimento a título pessoal e académico.

À minha irmã, a minha força.

Aos meus queridos avós, por todo o carinho, pela simplicidade das suas palavras.

Aos meus amigos, por acreditarem sempre em mim.

Aos meus colegas da Caiado Guerreiro & Associados que, ao assumirem as minhas tarefas profissionais, permitiram que me dedicasse a este incrível desafio.



## RESUMO

A presente dissertação procurou analisar a tutela ressarcitória do adjudicatário na situação em que o Tribunal de Contas, ao abrigo da fiscalização prévia, recusa o visto ao contrato celebrado com a entidade adjudicante.

Partiu-se de um estudo de análise de jurisprudência europeia e nacional no que à responsabilidade das entidades públicas diz respeito, a fim de compreender os conceitos e os regimes subjacentes.

A dissertação dá ao leitor uma perspetiva do papel do Tribunal de Contas na fiscalização dos contratos públicos, quais as consequências que poderão advir dessa atuação, bem como os meios de reação, as garantias que os particulares destinatários das decisões de recusa têm ao seu dispor.

A esse respeito, foram analisadas as disposições constitucionais e legislativas sobre a matéria, como a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, o Código dos Contratos Públicos, o Código de Procedimento Administrativo, o Código de Processo dos Tribunais Administrativos, bem como o Código Civil.

Após o enquadramento das competências do Tribunal de Contas, com especial enfoque no regime da fiscalização prévia, e uma análise detalhada dos efeitos e fundamentos do visto do Tribunal de Contas, entrou-se no tema central da dissertação, tendo sido compilada a legislação aplicável à responsabilidade civil das entidades públicas, dedicando especial atenção à existência e medida da indemnização a ressarcir ao particular.

Conclui-se pela inexistência de um regime eficaz da responsabilidade civil das entidades públicas, que tem tido como consequência a existência de dúvidas, a falta de clareza que se consubstancia em diversificação de posições jurisprudenciais, no que diz respeito ao tratamento dos danos que surjam na esfera jurídica dos particulares, no âmbito do procedimento pré-contratual público.

Esta divergência de posições tem como resultado o enfraquecimento do reforço sólido da tutela ressarcitória do adjudicatário.

**Palavras-chave:** Tribunal de Contas; Contratação Pública; Fiscalização prévia; Visto do Tribunal de Contas; Garantias; Indemnização.

## ABSTRACT

The dissertation hereby presented aims to analyze the compensatory tutelage of the private contracting party when the Court of Auditors, under the prior inspection, refuses the visa to the contract signed with the public entity.

It takes from a selected study of the European and national jurisprudence about the responsibility of public entities, in order to understand the concepts and regimes.

With the organization of the thesis, a wide perspective of the role of the Court of Auditors in the inspection of public contracts, what are the consequences that may arise from this performance, as well as the means of reaction, the guarantees that the private contracting party of the refusal decisions have at their disposal was given to the reader.

In this regard, the constitutional arrangements on the matter, as well as other legislative elements, were analyzed, such as the Portuguese Law of Organization and Process of the Court of Auditors (“Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas”), the Non-Contractual Civil Liability Regime of the State and Other Public Entities (“Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas”), the Public Procurement Law (“Código dos Contratos Públicos”), the Administrative Procedure Code (“Código de Procedimento Administrativo”), the Procedure Code of Administrative Courts (“Código de Processo dos Tribunais Administrativos”), as well as the Civil Code (“Código Civil”).

After framing the powers of the Court of Auditors, with a special focus on the regime of prior inspection, and a detailed analysis of the effects and fundamentals of the Court of Auditors' visa, the main focus of this dissertation was analyzed and the legislation applicable to the civil liability of public entities, namely with special attention to the existence and extent of the compensation to be paid to the private contracting party.

It was concluded that there is no effective civil liability regime for public entities, which has brought some doubts, the lack of clarity that results from different court decisions, when it comes to the treatment of damages that arise in the legal sphere of individuals, under the public pre-contractual procedure.

These different points of view result in the weakening of the solid reinforcement of the compensatory tutelage of the private contractor.

**Keywords:** Court of Auditors; Public Procurement; Prior inspection; Visa; Guarantees; Indemnity.

## ÍNDICE

### INTRODUÇÃO

1. Objetivos e metodologia.....11

### CAPÍTULO I - O TRIBUNAL DE CONTAS

1. Evolução histórica.....13
2. Enquadramento constitucional e legal.....15
3. Atribuições, Jurisdição e Competência.....18

### CAPÍTULO II – DA FISCALIZAÇÃO PRÉVIA

1. Breve introdução aos tipos de fiscalização do Tribunal de Contas....21
2. Enquadramento legal.....22

### CAPÍTULO III – DO VISTO DO TRIBUNAL DE CONTAS EM ESPECIAL

1. Conceito e natureza jurídica do visto.....25
2. O visto no domínio dos contratos públicos.....28
  - 2.1. Distinção entre contrato administrativo e contrato público.....28
  - 2.2. Pedido de submissão a visto prévio.....30
3. Decisão de recusa de visto
  - 3.1. Fundamentos.....31
    - 3.1.1. Conflitos de jurisdição.....35
  - 3.2. Efeitos.....39

### CAPÍTULO IV – GARANTIAS DO ADJUDICATÁRIO EM FACE DA RECUSA VISTO

1. Considerações introdutórias.....47
2. Intervenção do adjudicatário no processo do visto.....48
3. Meios de reação contenciosa ao dispor do adjudicatário.....52
  - 3.1. Acesso à jurisdição administrativa.....52
    - a. Impugnação da decisão de recusa de visto nos tribunais administrativos
    - b. Ação administrativa.....56
    - c. Ação de indemnização.....57

3.2. Acesso à jurisdição financeira.....	59
--	----

## **CAPÍTULO V – TUTELA RESSARCITÓRIA DO ADJUDICATÁRIO**

### **1. Da Responsabilidade civil à responsabilidade pública**

1.1. Evolução histórica.....	61
------------------------------	----

1.2. Da necessidade da responsabilidade pública.....	63
--	----

### **2. Instituto da responsabilidade no contexto dos contratos públicos**

2.1. Tipos de responsabilidade.....	66
-------------------------------------	----

2.2. Qualificação da responsabilidade pela violação das regras de concurso na contratação pública	
---	--

2.3. Responsabilidade pré-contratual.....	68
---	----

a. Enquadramento legal.....	68
-----------------------------	----

b. Efetivação da responsabilidade civil pré-contratual.....	71
---	----

c. Influência do direito da União Europeia.....	74
---	----

d. Inexigibilidade do juízo de culpa.....	77
---	----

e. Ilícitude.....	79
-------------------	----

f. Danos tutelados: a medida da indemnização.....	81
---	----

2.4. Responsabilidade extracontratual .....	95
---	----

a. Antecedentes legais: Decreto-Lei n.º 48 051	
--	--

b. Lei n.º 67/2007 .....	97
--------------------------	----

c. Obrigação de indemnizar.....	99
---------------------------------	----

d. Prescrição do direito à indemnização.....	101
--	-----

### **3. Regime ressarcitório aplicável em caso de não concessão de visto**

3.1. Adjudicação ilegal .....	101
-------------------------------	-----

3.2. Erro grosseiro que resulta em ineficácia do contrato .....	103
---	-----

<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>105</b>
------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>111</b>
--------------------------	------------

# INTRODUÇÃO

## 1. Objetivos e metodologia

Em virtude do interesse prático, das “consequências gravíssimas”<sup>1</sup> que a decisão de recusa de visto pode produzir na esfera do particular, da falta de desenvolvimento legislativo dos regimes ressarcitórios na formação de contratos, considerou-se adequada e desafiante a escolha desta temática para trabalho de dissertação.

Pela impossibilidade prática de analisar, com maior profundidade, as consequências decorrentes de todos os atos praticados pela entidade adjudicante durante um procedimento pré-contratual e após a celebração do contrato, o presente estudo irá centrar-se na responsabilidade que resulta da não concessão de visto pelo Tribunal de Contas ao contrato celebrado.

Importa, então, perceber, num primeiro momento, qual o papel dos particulares no processo do visto, bem como os meios de reação que tem ao seu dispor para reagir à decisão da recusa de visto pelo Tribunal de Contas e a relação entre a decisão de recusa do visto e a responsabilidade da Administração na perspetiva de uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

Aquilo a que nos propomos é, pois, fazer uma análise alargada da jurisprudência dos tribunais superiores e da doutrina, em virtude da importância dos seus contributos, como ponto de partida para o estudo dos regimes ressarcitórios dos lesados nos casos em análise, sem deixar de apontar possíveis soluções e recomendações, e verificar a possibilidade de definir critérios claros e objetivos que permitam o enquadramento das modalidades de indemnização, a fim de contribuirmos, humildemente, com respostas aos particulares e àqueles que com os particulares colaboram.

Cumprе expor, em termos metodológicos, o caminho escolhido para o desenvolvimento do tema da presente dissertação.

---

<sup>1</sup> Cfr. CAUPERS, João, "A Administração entalada: não feche o Tribunal de contas as portas que o legislador abriu! - ac. do Tribunal de Contas de 03.04.2001", *in* Caderno de Justiça Administrativa, n.º 33, p. 8.

Começamos por fazer o enquadramento do Tribunal de Contas, a sua evolução histórica e as suas funções, com especial atenção ao regime legal da fiscalização prévia e à decisão da recusa de visto, analisando os seus efeitos e fundamentos, de forma a que se compreenda as consequências que têm na esfera jurídica do particular.

Após essa análise, partimos para a identificação das garantias atuais do particular, tanto no acesso à jurisdição administrativa como à jurisdição financeira, acompanhadas de uma reflexão crítica.

Posteriormente, entramos no tema central da dissertação, através da análise da responsabilidade civil das entidades públicas, nomeadamente os seus pressupostos, com o apoio de jurisprudência nacional e europeia, com especial atenção, em virtude das decisões jurisprudenciais contraditórias, à medida da indemnização do dano.

Por fim, terminamos o presente estudo com uma sucinta apresentação das conclusões, onde sugerimos alterações legislativas que vão ao encontro da defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

# CAPÍTULO I

## TRIBUNAL DE CONTAS

### 1. Evolução Histórica

Nos termos a que nos propomos desenvolver o presente estudo, consideramos importante a apresentação da evolução histórica, ainda de que de forma sintética, do Tribunal de Contas.

No século XIII, foi criada a Casa dos Contos, com o primeiro regimento em 1389, que durou até 1761. Esta instituição tinha como principal função centralizar e racionalizar a contabilidade da administração régia e tomar as contas dos responsáveis por dinheiros públicos<sup>2</sup>.

À Casa dos Contos sucedeu, por Carta de Lei de 22 de dezembro de 1761, o Erário Régio.

Por decreto de 16 de maio de 1832, o Erário Régio foi substituído pelo Tribunal do Tesouro Público. Há dois aspetos que marcam o período de vida desta entidade: o princípio da publicidade das contas públicas e a consagração do dever de o Ministério do Estado e da Fazenda apresentar à Câmara dos Deputados um balanço geral anual das receitas e despesas do Tesouro<sup>3</sup>.

Ao Tribunal do Tesouro Público sucede o Conselho Fiscal de Contas, em 1844. Foi, aliás, nesta fase que surgiram os primeiros sinais de uma independência formal do órgão de controlo relativamente à Administração Pública financeira<sup>4</sup>.

Em 1849, durante a Monarquia Constitucional, por Decreto de 10 de novembro, instituiu-se o Tribunal de Contas, tendo sido constitucionalmente consagrado no artigo 12.º, n.º 3 do Ato Adicional de 5 de junho de 1852.

Inspirado pelo modelo francês, na forma napoleónica de Tribunal de Contas (*Cour des Comptes*)<sup>5</sup>, ainda que com algumas funções executivas, típicas da administração –

---

<sup>2</sup> Cfr. SOUSA FRANCO, António e FREIRE BARROS, Manuel, “O Tribunal de Contas, evolução e situação atual”, in Tribunal de Contas, Lisboa, 1995, p. 1.

<sup>3</sup> Cfr. TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração”; Almedina, 1998, p. 27.

<sup>4</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 28.

nomeadamente a de órgão da Contabilidade Pública – o Tribunal passa a ser um órgão cuja principal função é controlar as finanças do Estado, através da elaboração de relatórios, pareceres e o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros públicos<sup>6</sup>, ou seja, não tem a função de fiscalização prévia, competindo-lhe a fiscalização sucessiva.

Apenas em 1881 foi atribuído, com o Regulamento da Contabilidade Pública, ao Tribunal de Contas o poder de fiscalização prévia, inspirado no modelo belga<sup>7</sup>.

Esta fiscalização abrangia apenas as ordens de pagamento das despesas variáveis e despesas da Junta de Crédito Público, despesas de exercício findas e títulos de renda vitalícia<sup>8</sup>.

Com o Decreto de 17 de julho de 1886 e com o Regimento do Tribunal de Contas de 1886 foi alargado o âmbito da fiscalização das despesas públicas, estando sujeito ao visto: contratos – independentemente do seu valor – de compra, venda, fornecimentos, empreitadas, execução de obras e arrendamentos, despachos de nomeações, colocações, promoções, ns e comissões retribuídas<sup>9</sup>.

Por Decreto de 11 de abril de 1911, o Tribunal de Contas é substituído pelo Conselho Superior de Administração Financeira do Estado que, em 8 de maio de 1919, se passou a designar Conselho Superior das Finanças.

Com as reformas financeiras do Estado Novo, o Decreto-Lei n.º 18962, de 25 de outubro de 1930, extingue o Conselho Superior de Finanças, criando, novamente, o Tribunal de Contas, posteriormente regulado por uma lei orgânica aprovada pelo Decreto 22 257, de 25 de fevereiro de 1933 e pela Lei Orgânica aprovada pela Lei n.º 86/89, de 8 de setembro, e atualmente pela Lei n.º 98/97<sup>10</sup>, de 26 de agosto, doravante LOPTC.

Após a revisão de 1989, o Tribunal de Contas é tratado pela Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, como um verdadeiro Tribunal, conforme se poderá verificar no artigo 209.º, n.º1, c) e 214.º da CRP.

---

<sup>5</sup> Cfr. MARTINS, Guilherme D'Oliveira, "O Tribunal de Contas e a atividade contratual pública", in Revista de Contratos Públicos, n.º 1, CEDIPRE, janeiro/abril, 2011, p. 10.

<sup>6</sup> Cfr. SOUSA FRANCO, António e FREIRE BARROS, Manuel, "O Tribunal de Contas, evolução e (...)" *ob. cit.*, p. 2

<sup>7</sup> Cfr. TAVARES, JOSÉ, "Do Visto, em especial – Conceito, natureza e (...)" *ob. cit.*, p. 29.

<sup>8</sup> Cfr. COELHO JORGE, Guida, "Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização legislativa do atual regime de fiscalização prévia de atos e contratos pelo Tribunal de Contas", in O Direito, n.º 141, IV, 2009, Nota de rodapé 19, p. 865.

<sup>9</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 858.

<sup>10</sup> Lei da Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n.º 98/97, de 26/8, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 87-B/98, de 31/12; n.º 1/2001, de 4/1; n.º 55-B/2004, de 30/12; n.º 48/2006, de 29/8; n.º 35/2007, de 13/8; n.º 3-B/2010, de 28/4; n.º 61/2011, de 7/12; n.º 2/2012, de 2/1; n.º 20/2015, de 09/03 e n.º 42/2016, de 28/12.

## 2. Enquadramento constitucional e legal

O Tribunal de Contas, sendo uma das mais antigas instituições do Estado Português<sup>11</sup>, é um órgão muito peculiar no quadro constitucional português<sup>12</sup>, com natureza “própria e especial”<sup>13</sup>, de existência obrigatória<sup>14</sup>, que se distingue dos demais tribunais devido à sua competência especializada de natureza financeira, de acordo com disposto no artigo 110.º, n.º 1, 209.º, n.º 1, al. c) e 214.º da CRP.

No seu artigo 214.º, a Constituição considera, o Tribunal de Contas, o órgão supremo de fiscalização<sup>15</sup> da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, “integrando-o no poder judicial, como verdadeiro tribunal que é”<sup>16</sup>.

O Tribunal de Contas é um órgão de jurisdição<sup>17</sup>, dotado de independência – órgão externo à Administração Pública –, ao qual se encontra atribuído o controlo externo da atividade administrativa pública<sup>18</sup>, o controlo da utilização dos dinheiros públicos<sup>19</sup>.

Não havendo margem para dúvidas quanto à sua natureza jurisdicional, são-lhe aplicáveis os princípios gerais constitucionalmente previstos – art. 202.º e ss. da CRP – para os órgãos de soberania que, por sua vez, encontram correspondência no Capítulo II da LOPTC<sup>20</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. SOUSA FRANCO, António e FREIRE BARROS, Manuel, “O Tribunal de Contas, evolução e (...)”, *ob. cit.*, p. 1

<sup>12</sup> Cfr. CAUPERS, João, “A Administração entalada (...)”, *ob. cit.*, p. 8.

<sup>13</sup> Cfr. PEREIRA GOUVEIA, Paulo, “Contas, Jurisdições e Constituição” in Caderno de Justiça Administrativa, n.º 97, p. 4.

<sup>14</sup> Cfr. COELHO JORGE, Guida, “Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização (...)”, *ob. cit.*, p. 855.

<sup>15</sup> Nas palavras de ANTÓNIO SOUSA FRANCO “fala-se de fiscalização (ou inspeção) quando um órgão ou entidade pratica os atos necessários para prevenir, apurar ou corrigir erros ou irregularidades da execução orçamental e a ajustar aos objetivos”.

<sup>16</sup> Cfr. CAUPERS, João, “A Administração entalada (...)”, *ob. cit.*, p. 8.

<sup>17</sup> Cfr. PEREIRA GOUVEIA, Paulo, “Contas, Jurisdições (...)”, *ob. cit.*, p. 4, refere que “embora a auditoria técnico-financeira seja o principal meio de ação do TdC na fiscalização da boa gestão financeira e da regularidade das receitas e das despesas públicas, a verdade é que aquele órgão, exercendo de modo independente, atividades consultivas de natureza técnica (...), atividades de auditoria de natureza técnico-financeira e de natureza financeira (...), atividades de fiscalização de natureza técnico-financeira (...) e atividades de repressão da violação da legalidade financeira (...), está hoje configurado, no nosso ordenamento jurídico, como um órgão de jurisdição”.

<sup>18</sup> Cfr. CAUPERS, João, “A Administração entalada (...)”, *ob. cit.*, p. 8.

<sup>19</sup> Cfr. PAZ FERREIRA, Eduardo, “O visto prévio do Tribunal de Contas, uma figura a caminho da extinção”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, I, Coimbra: Almedina, 2002, p. 837.

<sup>20</sup> Destacamos os seguintes princípios: princípio da independência e da exclusiva sujeição à lei (art. 203.º da CRP e art. 7.º da LOPTC); princípios da fundamentação, da obrigatoriedade e da prevalência das decisões (art. 205.º da CRP e art. 8.º da LOPTC) e o princípio da publicidade (art. 206.º da CRP e art. 9.º da LOPTC).

Tendo como tarefa essencial a verificação da conformidade com a lei dos recursos financeiros e patrimoniais públicos, podendo julgar, se assim for necessário, a responsabilidade financeira, o Tribunal de Contas é, “em primeira linha, uma garantia objetiva da legalidade e da boa gestão financeira, funcionando indiretamente como garantia dos cidadãos”<sup>21</sup>.

JOSÉ TAVARES refere que o Tribunal de Contas funciona “indiretamente” como garantia dos cidadãos, uma vez que “não são órgãos vocacionados para a defesa direta e imediata dos direitos e interesses legítimos dos particulares. É o interesse público que (...) domina a atuação do Tribunal de Contas”.

O recurso a um Tribunal para a apreciação de contas públicas é uma solução corrente nos países europeus – a título de exemplo: Espanha<sup>22</sup> –, a que se opõe a um outro modelo seguido nos países anglo-saxónicos que consiste na apreciação de contas públicas por uma entidade não jurisdicional que, atuando segundo critérios de auditoria, afere a eficácia, eficiência e economicidade<sup>23</sup> das despesas – a título de exemplo: Reino Unido<sup>24</sup>.

O Tribunal de Contas é composto por membros com o estatuto legal e material de juizes – à semelhança do que ocorre em países como Brasil e Espanha<sup>25</sup> –, dispondo de serviços de apoio técnico<sup>26</sup>, organizados em direção-geral, dotada de técnicos altamente qualificados<sup>27</sup>.

Atualmente, o Tribunal de Contas rege-se, conforme já referido, pela LOPTC.

No n.º 1 do art. 1.º da LOPTC, podemos encontrar as funções principais: “o Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efetiva responsabilidades por infrações financeiras”.

A particularidade do Tribunal de Contas advém da circunstância de exercer, em simultâneo, funções de carácter jurisdicional - cfr. art. 5.º, n.º 1, e) da LOPTC - e funções de natureza administrativa, como são as de fiscalização e auditoria e as funções consultivas<sup>28</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. TAVARES, José, “Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas”, *in* Justiça Administrativa n.º 71, setembro/outubro, 2008, p. 38-39.

<sup>22</sup> Cfr. PAULINO MARTÍN MARTÍN, *apud*, PAZ FERREIRA, Eduardo, “O visto prévio do Tribunal de Contas, uma figura (...)”, *ob. cit.*, p. 838.

<sup>23</sup> Sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas aferir da eficiência, eficácia e economicidade daremos conta ao longo do presente estudo.

<sup>24</sup> Para uma síntese do modelo britânico nesta matéria, *Vd.* JOHN BOURN, *apud*, PAZ FERREIRA, Eduardo, “O visto prévio do Tribunal de Contas, uma figura (...)”, *ob. cit.*, p. 838.

<sup>25</sup> Cfr. PEREIRA GOUVEIA, Paulo, “Contas, Jurisdições (...)”, *ob. cit.*, p. 4.

<sup>26</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 4.

<sup>27</sup> Cfr. COELHO JORGE, Guida, “Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização (...)”, *ob. cit.*, p. 858.

<sup>28</sup> Cfr. CAUPERS, João, “A Administração entalada (...)”, *ob. cit.*, p. 8.

PAULO PEREIRA GOUVEIA define a função jurisdicional como "a atividade de um órgão independente, passivo na iniciativa processual, que, com imparcialidade, ante dois ou mais sujeitos de direito e sob a égide do princípio do processo legal equitativo ou devido, assegura a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprime a violação da legalidade democrática e dirime os conflitos de interesses públicos e privados (v. art. 202.º da Constituição), através da resolução de uma questão de direito com a finalidade de conseguir a paz jurídica (*juris dictio*)".

O mesmo autor distingue a função jurisdicional da função (materialmente) administrativa, indicando que esta exige impulso oficioso e proatividade da entidade administrativa e parcialidade na prossecução imediata de um interesse público a seu cargo no contexto da satisfação das necessidades coletivas.

Se, por um lado, a causa dos atos da função jurisdicional é o cumprimento das normas jurídicas, por outro, a causa dos atos da função administrativa é a satisfação de um dado interesse público através da vontade própria da Administração<sup>29</sup>.

O estatuto constitucional e legal do Tribunal de Contas dita, em princípio<sup>30</sup>, a irrecorribilidade das suas decisões.

De decisões como a de recusa da concessão do visto apenas se pode, salvo melhor opinião, recorrer para o plenário da 1.º Seção do Tribunal, não incluindo, naturalmente, a eventual fiscalização concreta da constitucionalidade.

Como consequência desta irrecorribilidade, João Caupers alerta "uma decisão de recusa de visto é uma decisão que pode produzir consequências gravíssimas e, até, irremediáveis, não tanto para as entidades públicas atingidas por tal decisão mas, sobretudo, para aqueles que, acreditando na boa fé destas, com elas contrataram, assumindo compromissos e responsabilidades que a recusa de visto pode comprometer."

O cerne do nosso trabalho é precisamente o tratamento dessas "consequências gravíssimas" na esfera jurídica do particular, em resultado da decisão de recusa de visto, num delimitado conjunto de situações.

---

<sup>29</sup> Cfr. PEREIRA GOUVEIA, Paulo, "Contas, Jurisdições (...)", *ob. cit.*, p. 9.

<sup>30</sup> Como veremos em diante, há autores – por ex. JOÃO CAUPERS – que consideram que as decisões referentes à recusa de visto são materialmente administrativas e, portanto, deveriam ser recorríveis.

### 3. Atribuições, Jurisdição e Competência

JOSÉ TAVARES identifica como missão fundamental do Tribunal de Contas “informar os cidadãos e os seus representantes (no Parlamento) de como são geridos, em vários planos, os recursos financeiros e patrimoniais públicos que, na realidade, lhes pertencem com o eventual e consequente apuramento de responsabilidades nos termos legalmente definidos.<sup>31</sup>”

O Tribunal de Contas tem por atribuição, isto é, finalidade, a fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe<sup>32</sup>.

A propósito da atribuição, JOSÉ TAVARES refere que “o Tribunal de Contas corresponde à necessidade de controlo dos dinheiros públicos, das receitas e das despesas públicas, do património público, assegurando ou garantindo a legalidade, a regularidade e a boa gestão correspondentes, ou seja, a conformidade do exercício da atividade de administração daqueles recursos com a Ordem Jurídica, julgando, sendo caso disso, a responsabilidade financeira inerente”.

As atribuições do Tribunal de Contas são realizadas através de uma jurisdição<sup>33</sup> que consiste, sobretudo, no controlo da atividade administrativa<sup>34</sup>, na legalidade da despesa pública<sup>35</sup>, que se encontra definida no art. 214.º da CRP e em disposições da LOPTC.

O âmbito territorial da jurisdição corresponde à “ordem jurídica portuguesa, tanto no território nacional como no estrangeiro”, conforme o n.º 2 do art. 1.º da LOPTC<sup>36</sup>.

O âmbito subjetivo da jurisdição inclui, em geral, todas as entidades do Setor Público Administrativo, do Setor Público Empresarial, aos níveis da administração estadual, regional e local, direta, indireta e autónoma<sup>37</sup>, bem como “as entidades de qualquer natureza<sup>38</sup> que tenham

---

<sup>31</sup> Cfr. TAVARES, José, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e (...)” *ob. cit.*, p. 23-24.

<sup>32</sup> Vd. art. 214.º da CRP.

<sup>33</sup> A jurisdição traduz-se no campo de atuação constitucional e legalmente definido quanto ao território, à matéria, ao tempo e ao universo subjetivo – Cfr. TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e (...)” *ob. cit.*, p. 40.

<sup>34</sup> Cfr. GUERRA DA FONSECA, Rui, “Pagamentos a realizar na sequência de recusa de visto prévio pelo Tribunal de Contas”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 7, (janeiro-abril), 2013, p. 55.

<sup>35</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 61.

<sup>36</sup> Aqui se incluem os serviços públicos portugueses no estrangeiro, como é o caso dos Serviços consulares, conforme art. 51.º, n.º 1, al. f) da LOPTC).

<sup>37</sup> Cfr. TAVARES, José, “Extensão e Limites (...)”, *ob. cit.*, p. 40.

*participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção económica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos*<sup>39/40</sup>

Consideramos pertinente lembrar que a Lei n.º 86/89, de 8 de setembro, apenas previa a sujeição à jurisdição do Tribunal de Contas: o Estado e os seus serviços autónomos ou não, as regiões autónomas, os institutos públicos, as associações públicas, as instituições de segurança social e as autarquias locais e as associações e federações de municípios, tendo vindo a LOPTC<sup>41</sup> alargado o conjunto de entidades – nomeadamente a inclusão de entidades que não integram a Administração Pública<sup>42</sup> – sujeitas ao controlo do Tribunal de Contas<sup>43</sup>.

Em síntese, o âmbito subjetivo da jurisdição inclui “qualquer entidade que celebre contratos utilizando dinheiros e valores públicos”<sup>44</sup>.

O âmbito funcional<sup>45</sup> da jurisdição verifica-se na sua função de fiscalização, à qual se junta a função consultiva e a função jurisdicional.

Para o exercício das suas atribuições, no âmbito da sua jurisdição, o Tribunal dispõe de competência/poderes<sup>46/47</sup>.

O artigo 214.º da CRP atribui ao Tribunal de Contas as seguintes competências:

---

<sup>38</sup> Deverão considerar-se incluídas entidades públicas ou privadas, sob a forma de associações, fundações, empresas, entre outras.

<sup>39</sup> Conforme n.º 3 do artigo 2.º da LOPTC.

<sup>40</sup> No que diz respeito às entidades que gerem ou utilizam dinheiros públicos, note-se que se incluem as verbas provenientes da União Europeia.

<sup>41</sup> A Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, introduziu alterações relevantes relativamente à determinação dos contratos sujeitos a fiscalização prévia. GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS refere, sobre esta matéria, “A Lei 48/2006 consagra um outro importante passo relacionado com a resposta à fuga para o Direito Privado, cada vez mais presente na vida jurídica do Estado e da defesa e salvaguarda do interesse público. Hoje, o interesse público é prosseguido não apenas por entidades de Direito Público, mas também, e cada vez mais, por entidades organizadas segundo o Direito Privado (...)” – Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS *apud* FIGUEIREDO, João, “Contributos para a determinação no âmbito da fiscalização prévia do Tribunal de Contas”, in Revista do Tribunal de Contas n.º 51, 2009, p. 76.

<sup>42</sup> Incluindo até as concessionárias (privadas) de obras públicas.

<sup>43</sup> Cfr. PAZ FERREIRA, Eduardo, “O visto prévio do Tribunal de Contas, uma figura (...)”, *ob. cit.*, p. 841

<sup>44</sup> Cfr. MARTINS, Guilherme de Oliveira, “As grandes linhas da reforma do Tribunal de Contas”, in Revista de Administração Local, n.º 214, julho/agosto, 2006.

<sup>45</sup> Cfr. GUERRA DA FONSECA, Rui, “Pagamentos a realizar na sequência (...)” *ob. cit.*, p. 55.

<sup>46</sup> A competência é o conjunto de poderes funcionais – jurisdicionais, não jurisdicionais, fiscalização prévia, fiscalização sucessiva, controlo da legalidade, entre outros – conferidos pela Constituição e pela lei – Cfr. TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração”, Almedina, 1998, p. 40-41.

<sup>47</sup> A complexidade das competências do Tribunal de Contas justifica o recrutamento específico dos seus juízes conselheiros, que abrange diversas áreas, conforme art. 18.º e 19.º da LOPTC.

- a) Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social;
- b) Dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira;
- c) Efetivar a responsabilidade por infrações financeiras, nos termos da lei;
- d) Exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei<sup>48</sup>.

Da análise das disposições relativas à competência previstas na CRP e na LOPTC, podemos identificar três poderes do Tribunal de Contas<sup>49</sup>:

- a. Poderes de fiscalização prévia;
- b. Poderes de controlo financeiro e de auditoria: atividade técnica de apreciação da atividade financeira pública que se consubstanciam nos pareceres sobre a Conta Geral do Estado, sobre as contas das Regiões Autónomas e em relatórios de auditoria de análise e verificação de contas;
- c. Poderes de efetivação de responsabilidade: julgamento da responsabilidade financeira.

Feito este enquadramento legal e constitucional, com a indicação dos poderes do Tribunal de Contas, iremos, de seguida, desenvolver o poder diretamente relacionado com o tema da presente dissertação: fiscalização prévia.

---

<sup>48</sup> Foi com a revisão constitucional de 1989 que se introduziu a possibilidade de o legislador fixar outras competências para além das constitucionalmente consagradas, sendo as competências elencadas enunciativas.

<sup>49</sup> Cfr. MARTINS, Guilherme D'Oliveira, "O Tribunal de Contas e a atividade (...)", *ob. cit.*, p. 12.

## CAPÍTULO II

### DA FISCALIZAÇÃO PRÉVIA

#### 1. Breve introdução aos tipos de fiscalização do Tribunal de Contas

Podemos destacar dois tipos de fiscalização por parte do Tribunal de Contas, tendo por referência o momento da execução orçamental<sup>50</sup>: fiscalização prévia (preventiva ou *a priori*)<sup>51/52</sup> e a fiscalização *a posteriori* (concomitante e sucessiva)<sup>53</sup>.

Tendo por referência a celebração do contrato, a intervenção do Tribunal de Contas poderá ocorrer em três momentos: pouco depois da celebração do contrato – fiscalização prévia –, durante a execução do contrato – fiscalização concomitante – e depois do contrato ter sido executado – fiscalização sucessiva.

A fiscalização prévia consubstancia-se em decisões e acórdãos, a fiscalização concomitante<sup>54</sup> em relatório de auditoria e a fiscalização sucessiva<sup>55</sup> em pareceres sobre a Conta Geral do Estado, as Contas das Regiões Autónomas (RA), da Assembleia da República e das Assembleias Legislativas da RA, relatórios de auditoria e relatórios de verificação de contas.

Iremos centrar a nossa atenção – a que aqui nos importa – na fiscalização prévia dos contratos sujeitos à apreciação do Tribunal de Contas.

---

<sup>50</sup> Cfr. SOUSA FRANCO, António, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, Volume I, 4.º Edição - 2.º Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1995, p. 454.

<sup>51</sup> Fiscalização prévia, fiscalização preventiva e fiscalização “a priori”: três expressões que, tradicionalmente, designam a mesma realidade – Cfr. TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e (...)” *ob. cit.*, p. 64

<sup>52</sup> Cfr. os artigos 5.º, 44.º a 48.º e 81.º a 86.º da LOPTC.

<sup>53</sup> Cfr. os artigos 49.º (fiscalização concomitante) e os artigos 5.º, 39.º a 42.º e 50.º a 56.º (fiscalização sucessiva) da LOPTC.

<sup>54</sup> A esta modalidade de fiscalização estão sujeitas todas as entidades indicadas no art. 2.º da LOPTC. Nos termos do art. 49.º, n.º 1 da LOPTC, o Tribunal de Contas pode exercer fiscalização concomitante através de auditorias aos contratos que não necessitam de ser remetidos para fiscalização prévia, bem como a execução dos contratos visados – Cfr. TAVARES, José, “Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas”, *in* Estudos Contratação Pública, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 983.

As referidas auditorias não têm por objeto os aspetos formais relacionados com a formação do contrato (isso diz respeito à fiscalização prévia), têm por objeto a execução dos contratos, de acordo com uma perspetiva substancial da utilização dos dinheiros públicos – Cfr. MARTINS, Guilherme D’Oliveira, “O Tribunal de Contas e a atividade (...)”, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>55</sup> Este tipo de fiscalização traduz-se na realização de auditorias com vista a apreciar a legalidade, a economia, a eficiência e a eficácia das entidades sob o controlo do Tribunal, incluindo a própria organização, funcionamento e a fiabilidade dos sistemas de controlo interno - Cfr. TAVARES, José, “Os contratos públicos (...)” *ob. cit.*, p. 984.

## 2. Enquadramento legal

A fiscalização prévia<sup>56</sup> é um dos instrumentos de controlo financeiro da atividade administrativa<sup>57</sup>, a qual tem por finalidade "verificar se os (...) contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conforme às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria"<sup>58</sup>, pelo que, podemos retirar daqui que a fiscalização prévia incide sobre os contratos já celebrados.

A fiscalização prévia possibilita "uma análise independente e técnica da adequação da decisão de contratar às regras legais e financeiras em vigor"<sup>59</sup>.

Nas palavras do ex-Presidente do Tribunal de Contas, a fiscalização prévia trata de assegurar o respeito pelos princípios e regras subjacentes ao processo de contratação, designadamente: as razões subjacentes à decisão de contratar e à escolha do procedimento; a tramitação do procedimento escolhido; o critério de adjudicação e sua fundamentação e o clausulado contratual e a sua conformidade com a decisão de contratar<sup>60</sup>.

Dispõe o artigo 5.º, n.º 1, al. c) da LOPTC, que compete, em especial, ao Tribunal de Contas "fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores da despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou".

---

<sup>56</sup> A atribuição aos tribunais de contas ou órgãos congéneres do poder de fiscalização prévia é uma solução adotada por, para além de Portugal, países como: Bélgica, Luxemburgo, Grécia, Cabo Verde e Itália. Já países como Reino Unido, Espanha, França, Países Baixos, Suécia, Noruega, Finlândia e Alemanha optaram pela atribuição do poder de fiscalização prévia a um órgão/serviço da Administração Pública - Cfr. TAVARES, José, "Do Visto, em especial – Conceito, natureza e (...)", *ob. cit.*, p. 67.

<sup>57</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, "Responsabilidade Civil em caso de recusa de visto do Tribunal de Contas - Ac. do STA de 18.10.2011, P. 322/2011", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2013, p. 23.

<sup>58</sup> Conforme o disposto no art. 44.º, n.º 1 da LOPTC.

<sup>59</sup> Esta análise faz-se "(...) através da verificação do respeito pelos princípios e regras subjacentes ao processo de contratação, como por exemplo, as razões subjacentes à decisão de contratar e à escolha do procedimento; a tramitação a que obedece o procedimento escolhido; o critério de adjudicação e a sua fundamentação ou o clausulado a que deve obedecer o contrato e a sua conformidade à decisão de contratar" – Cfr. MARTINS, Guilherme D'Oliveira, "O Tribunal de Contas e a atividade (...)", *ob. cit.*, p. 13.

<sup>60</sup> Cfr. MARTINS, Guilherme D'Oliveira, "O Tribunal de Conta e a atividade (...)", *ob. cit.*, p. 9 e ss.

O presente artigo determina o âmbito de incidência subjetiva da fiscalização prévia e, pelo que se poderá constatar, existe uma coincidência entre o âmbito da incidência subjetiva da fiscalização prévia do Tribunal de Contas e o âmbito subjetivo da aplicação do Código dos Contratos Públicos<sup>61 62</sup>, doravante CCP.

No que diz respeito ao âmbito material, atualmente, apenas estão sujeitos à fiscalização prévia os contratos previstos no art. 46.º da LOPTC<sup>63</sup>, que sejam celebrados por algumas das entidades que constam no art. 5.º, n.º 1, al. c) da LOPTC, que “sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos”.

Os contratos públicos implicam, em regra, a realização de despesa e de aplicação de dinheiros públicos<sup>64</sup>.

A verificação do Tribunal de Contas pode traduzir-se na concessão ou na recusa do visto prévio – estando os seus efeitos regulados no art. 45.º da LOPTC – ou através da declaração de conformidade, que tem lugar nos casos em que não há dúvidas sobre a legalidade do contrato.

As decisões ao abrigo da fiscalização prévia revestem carácter vinculativo na medida em que são obrigatórias para os seus destinatários, conforme art. 5.º, n.º 1, al. c) da LOPTC.

Preceitua o artigo 45.º, n.º 1 "os atos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem produzir todos os seus efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, exceto quanto aos pagamentos a que derem causa e sem prejuízo do disposto nos números seguintes", a decisão de concessão de visto constitui, assim, requisito essencial à produção de efeitos financeiros dos instrumentos jurídicos a ela sujeitos.

Já o n.º 2 do mesmo artigo estatui "*nos casos previstos no número anterior, a recusa do visto implica apenas ineficácia jurídica dos respetivos atos, contratos e demais instrumentos após a data da notificação da respetiva decisão aos serviços ou organismos interessados.*"

Determina o n.º 3 "os trabalhos realizados ou os bens ou serviços adquiridos após a celebração do contrato e até à data da notificação da recusa do visto podem ser pagos após esta

---

<sup>61</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que procedeu à transposição para o ordenamento nacional das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

<sup>62</sup> Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, "Direito dos Contratos Públicos", Almedina, Coimbra, 2016, p. 371

<sup>63</sup> No art. 47.º e 48.º da LOPTC constam os atos jurídicos isentos de fiscalização prévia ou cuja fiscalização prévia foi dispensada.

<sup>64</sup> Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, "Direito dos Contratos Públicos", *ob. cit.*, p. 368.

notificação, desde que o respetivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período."

Da análise dos artigos *supra* referidos, conclui-se que os contratos públicos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem, em geral, ser executados pelo contratante até à notificação da decisão de recusa de visto, com a exceção dos atos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas cujo valor seja superior a € 950.000,00<sup>65</sup>, e que não se revistam de urgência imperiosa não imputável à entidade pública em causa<sup>66</sup>, que não produzem quaisquer efeitos antes do visto ou declaração de conformidade.

---

<sup>65</sup> Cfr. n.º 4 do art. 45.º da LOPTC.

<sup>66</sup> Cfr. n.º 5 do art. 45.º da LOPTC.

### CAPÍTULO III

## DO VISTO DO TRIBUNAL DE CONTAS EM ESPECIAL

### 1. Conceito e natureza jurídica do visto

O visto do Tribunal de Contas é “um ato jurídico<sup>67</sup> unilateral no exercício de poderes de autoridade (ou da função) de controlo prévio da validade de atos e contratos de administração, tendo como finalidade essencial a prevenção na realização de despesas públicas em desconformidade com a ordem jurídica”<sup>68</sup>.

RUI GUERRA DA FONSECA, define o visto como um ato secundário – porque tem por objeto imediato outros atos –, integrativo – porque completa um ato primário – e decisório (também designado “volitivo”) – porque o órgão competente declara nada ter a objetar ao ato primário em termos de legalidade e/ou de mérito, conferindo-lhe eficácia<sup>69</sup>.

Sendo o visto posterior à celebração dos contratos, tem-se entendido que o mesmo não pode ser considerado uma autorização para essa concretização.

O visto do Tribunal de Contas é uma decisão, quer isto dizer que contém um “comando juridicamente vinculante”<sup>70</sup>, sendo obrigatória para os seus destinatários, como já havíamos referido a propósito das decisões do Tribunal de Contas.

O visto do Tribunal de Contas, sendo um ato praticado por um órgão do Estado independente é um ato de controlo externo.

Em face do exposto, podemos concluir que o visto previne a realização de despesas públicas que não tenham suporte na ordem jurídica.

A natureza jurídica<sup>71</sup> de uma figura jurídica, de um ato como é o visto do Tribunal de Contas é a sua “essência”, a sua “estrutura fundamental”<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> Como veremos adiante, para alguns autores este é um ato administrativo e não jurídico.

<sup>68</sup> Cfr. TAVARES, José “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e (...)”, *ob. cit.*, p. 120.

<sup>69</sup> FREITAS DO AMARAL, Diogo, refere: “O visto volitivo distingue-se da aprovação porquanto, nesta, quem aprova exprime a sua concordância com o conteúdo e a oportunidade do ato aprovado; ao passo que no visto o órgão que o pratica não manifesta a sua opinião, não adere nem concorda, apenas se limita a não objetar (...)” *apud*, GUERRA DA FONSECA, Rui, “Pagamentos a realizar na sequência (...)”, *ob. cit.*, p. 58.

<sup>70</sup> Cfr. TAVARES, José, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e (...)”, *ob. cit.*, p. 157.

<sup>71</sup> ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO defende que a natureza jurídica de um ato resulta da sua função, estrutura e regime jurídico – Cfr. FRANCO, António de Sousa, “Finanças Públicas e (...)”, *ob. cit.*, p. 412.

<sup>72</sup> SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA *apud* TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e (...)”, *ob. cit.*, p. 123.

A natureza jurídica das decisões finais do Tribunal de Contas sobre a concessão ou recusa de visto tem sido alvo de discussão na doutrina e jurisprudência. Se, por um lado, há quem defenda que o visto é um ato administrativo, um ato da função administrativa, por outro lado há quem defenda que o visto é um ato jurisdicional, um ato da função jurisdicional<sup>73</sup>.

Para os Autores que defendem a natureza materialmente administrativa<sup>74</sup>, da decisão de recusa ou concessão de visto prévio cabe impugnação judicial para a jurisdição administrativa por parte dos particulares<sup>75</sup>, através de ação administrativa de anulação de ato materialmente administrativo e de eventual condenação à prática do ato devido<sup>76</sup>.

São vários os argumentos esmiuçados na defesa da natureza materialmente administrativa: desde referirem que o facto de serem três juízes conselheiros não é circunstância suficiente para caracterizar a recusa de visto como ato de natureza jurisdicional, tendo o legislador optado por essa solução somente para garantir o exercício isento e imparcial<sup>77</sup> a salientarem que na 1.º seção do Tribunal de Contas não existe uma verdadeira distribuição de processos, o que coloca em causa a garantia da imparcialidade dos juízes e, portanto, estar a classificar como ato jurisdicional poderia implicar uma violação do princípio do Juiz natural<sup>78</sup>.

JOSÉ TAVARES, por sua vez, defendendo a natureza jurisdicional do visto do Tribunal de Contas, refere que “é uma decisão materialmente jurisdicional, constituindo um ato de controlo externo, prévio e preventivo sobre atos e contratos de administração relativamente aos quais é uma *conditio iuris*, requisito de eficácia financeira e de manutenção da eficácia (relativamente aos efeitos não financeiros)”.

---

<sup>73</sup> Autores que defendem a natureza jurisdicional: CAMPOS, Diogo Duarte e MELO, Pedro, “Visto do Tribunal de Contas, Alguns Problemas”, in Revista de Direito Público e Regulação, março de 2010, n.º 5, Nota 14, pg. 31; SOUSA FRANCO, António, “Finanças Públicas e (...)”, *ob. cit.*, p. 461; TAVARES, José, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e (...)”, *ob. cit.*, p. 154; PAZ FERREIRA, Eduardo, “O visto prévio do Tribunal de Contas, uma figura (...)”, *ob. cit.*, p. 848 – embora defenda que os atos de fiscalização preventiva constituem o exercício de uma função jurisdicional por parte do Tribunal de Contas, admite que, tal como refere o Acórdão n.º 14/91 do Tribunal Constitucional, esta é uma discussão que remete para “um terreno altamente escorregadio”.

<sup>74</sup> Autores que defendem a natureza materialmente administrativa, veja-se, DUARTE, Tiago, “Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efetiva? Yes, we can!”, Caderno de Justiça Administrativa n.º 71, 2008, p. 33, CAUPERS, João, “A Administração entalada (...)”, *ob. cit.*, p. 8; COELHO JORGE, Guida, “Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização (...)”, Nota de rodapé 14, p. 861; e ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário e ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, “Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, Das fontes às garantias”, 1998, p. 592-593.

<sup>75</sup> Cfr. CAMPOS, Diogo Duarte e MELO, Pedro, “Visto do Tribunal de Contas (...)”, *ob. cit.*, p. 31; Veja-se a este propósito, a título exemplificativo, – da possibilidade de ser impugnada nos Tribunais Administrativos: COELHO JORGE, Guida, “Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização (...)”, Nota de rodapé 14, p. 861 e DUARTE, Tiago, “Tribunal de Contas, visto prévio (...)”, *ob. cit.*, p. 33.

<sup>76</sup> DUARTE, Tiago, “Tribunal de Contas, visto prévio (...)”, *ob. cit.*, p. 5.

<sup>77</sup> Cfr. COELHO JORGE, Guida, “Inconstitucionalidade e necessidade (...)”, *ob. cit.*, p. 859.

<sup>78</sup> Cfr. CAMPOS, Diogo Duarte e MELO, Pedro “Visto do Tribunal de Contas (...)”, *ob. cit.*, Nota 21, p. 35.

Ainda que se reconheça a importância da questão, “quer do ponto de vista teórico, quer do ponto de vista prático”<sup>79</sup> – no que se refere aos meios de reação contenciosa do ato de recusa de visto –, não iremos tomar posição sobre a mesma<sup>80</sup>, uma vez que não é esse o cerne do presente estudo, pelo que damos apenas conta da sua existência.

Independentemente da natureza defendida, o que se pretende analisar é a tutela ressarcitória dos particulares – no caso, adjudicatários – a quem foi recusado visto prévio.

Discute-se, ainda, se estamos perante um requisito de validade<sup>81</sup> ou de eficácia<sup>82</sup> dos contratos sujeitos ao visto do Tribunal de Contas.

O Supremo Tribunal Administrativo assumiu no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.º Seção) de 16.12.1997, proferido na essência da Lei n.º 86/89, de 8 de setembro e do Decreto-Lei n.º 146-C/80, de 22 de maio, a posição de que o visto “é apenas requisito de eficácia do ato e não da sua validade”, pelo que a “recusa do visto não afeta a validade do ato administrativo”.

Atualmente, o visto é amplamente reconhecido como requisito de eficácia<sup>83</sup>, não provocando a invalidade do contrato.

Aliás, analisadas as normas referentes à fiscalização prévia extrai-se, precisamente, a conclusão de que o visto do Tribunal de Contas é requisito de eficácia do contrato administrativo, presumivelmente válido e perfeito<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. DUARTE CAMPOS, Diogo e MELO, Pedro, “Visto do Tribunal de Contas (...)”, p. 31.

<sup>80</sup> Sobre a decisão de não tomar posição, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 214/90, não se pronunciando sobre a natureza do ato de recusa de visto, referiu apenas que se tratava de uma decisão de um tribunal para efeitos de admissão de recurso de constitucionalidade. No mesmo sentido tem decidido o Supremo Tribunal Administrativo: cfr., a título de exemplo, Ac. proc. 0875/05, de 31.10.2006 e proc. 1527/02, de 23.09.2003.

<sup>81</sup> “A validade diz respeito a momentos intrínsecos, pondo a questão de saber se o ato comporta, ou não, vícios ou malformações, em face das normas que estabelecem os termos em que é possível a produção de efeitos jurídicos por via de autoridade” Cfr. VIEIRA DE ANDRADE *apud* TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e (...)”, *ob. cit.*, p. 179.

<sup>82</sup> “A eficácia diz respeito à produtividade efetiva de um ato, que, estando em princípio associado à sua aptidão para produzir efeitos, não depende, contudo, necessariamente, nem exclusivamente, de tal vitalidade”, podendo resultar de “circunstâncias extrínsecas ao ato, de elementos estranhos ou acessórios que obstem à operatividade de um ato bem constituído e sem quaisquer vícios é o caso de atos que dependam de controles a realizar numa fase procedimental integrativa da eficácia (aprovação, visto, referenda) (...)” Cfr. VIEIRA DE ANDRADE *apud* TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e (...)”, *ob. cit.*, p. 179.

<sup>83</sup> Cfr., por todos, TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração”; Almedina, 1998, p. 140.

<sup>84</sup> Cfr. TAVARES, José, “A fiscalização prévia do Tribunal de Contas e o recurso contencioso do ato administrativo – Ac. do STA de 16.12.1997, P. 42 108, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 18, novembro/dezembro, 1999, p. 15

## 2. O visto no domínio dos contratos públicos

### 2.1 Distinção entre contrato administrativo e contrato público

De forma a prosseguir os fins de interesse público, a Administração Pública tem, com mais frequência, procurado a colaboração dos particulares<sup>85</sup>, no exercício da sua autonomia contratual.

Em termos muito simplistas: quando a Administração necessita de fazer obras contrata um particular e identifica os termos e as condições em que a mesma deverá ser realizada, o mesmo se diga, por exemplo, relativamente à aquisição de material de proteção contra a Covid-19 para hospitais.

Sobre a crescente importância da atividade contratual pública, como expressão da Administração consensualizada pós-liberal, PEDRO MELO constata que “é de tal ordem evidente que levou a que, inclusivamente, já fosse dito, de modo aliás muito acertado, que não é de excluir que se possa alicerçar uma tese defensora da preferência legal pela utilização do contrato administrativo, em detrimento do uso formal tradicional do agir administrativo, *id est*, do ato administrativo”<sup>86</sup>.

Dispõe o art. 278.º do CCP que: “na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os órgãos da Administração Pública podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer.”<sup>87</sup>

Tendo em consideração o art. 200.º, n.º 1<sup>88</sup>, do Código de Procedimento Administrativo, adiante designado abreviadamente por “CPA”, consideramos matéria interessante, a identificação dos dois tipos de contratos utilizados pela Administração:

(i) quando a Administração exerce atividades de gestão privada, celebra um contrato civil, de trabalho ou comercial, constituindo relações jurídicas de direito privado<sup>89</sup>; no domínio da gestão privada, as pessoas coletivas públicas atuam, face ao direito aplicável, em total pé de igualdade com os particulares<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito Administrativo”, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, Volume II, 2018, 4.º edição, p. 443.

<sup>86</sup> Cfr. MELO, Pedro, “Os contratos da Administração Pública no novo CPA”, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, 2.º reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2015, p. 723.

<sup>87</sup> No mesmo sentido, veja-se o artigo 200.º, n.º 3 do Código do Procedimento Administrativo.

<sup>88</sup> Este artigo refere: “Os órgãos da Administração Pública podem celebrar contratos administrativos, sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo, ou contratos submetidos a um regime de direito privado”.

<sup>89</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito Administrativo” (...), *ob. cit.*, p. 445.

<sup>90</sup> Cfr. SILVA, Jorge de Andrade, Código dos Contratos Públicos, Anotado e Comentado, 5.º edição, 2015, p. 36.

(ii) quando a Administração prossegue atividades de gestão pública, celebra, em princípio, um contrato administrativo, constituindo relações jurídicas administrativas<sup>91</sup>. No domínio da gestão pública, atuam munidas de prerrogativas, do poder de autoridade, do *jus imperii*<sup>92</sup>.

O contrato administrativo é o contrato que tem o regime jurídico traçado pelo Direito Administrativo, conforme art. 279.º, n.º 1 e art. 280.º, n.º 1 e 2 do CCP.

O âmbito de aplicação objetiva do CCP depende dos conceitos de contrato público e de contrato administrativo<sup>93</sup>.

Os contratos administrativos<sup>94</sup> são “os contratos que, à luz do direito administrativo, criem, modifiquem ou extingam relações jurídico-administrativas”<sup>95/96</sup>.

Os contratos públicos são “os contratos celebrados pela Administração Pública (“entidades adjudicantes” referidas no CCP) que, sendo regulados pelo direito administrativo ou pelo direito privado, sejam submetidos por lei a um especial procedimento de formação, regulado por normas decorrentes do Direito Europeu.”<sup>97</sup>

Assim, os contratos públicos são todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no CCP, ainda que não sejam contratos administrativos<sup>98</sup>.

Tendo em conta que parte considerável das despesas públicas tem origem em contratos públicos, concordamos com JOSÉ TAVARES quando refere que a contratação pública tem o poder de contribuir para um mercado são e leal ou para a sua distorção, tendo uma enorme relevância na sustentabilidade das finanças públicas.

---

<sup>91</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 445.

<sup>92</sup> Cfr. SILVA, Jorge de Andrade, *Código dos Contratos Públicos (...)*, *ob. cit.*, p. 36.

<sup>93</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 36.

<sup>94</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO identifica traços essenciais do contrato administrativo:

- a. Regras sobre capacidade jurídica contratual, processo de formação da vontade negocial e escolha do contraente privado;
- b. Regras sobre a celebração do contrato e a respetiva forma legal;
- c. Princípios relativos à execução contratual e deveres especiais do particular;
- d. Regras especiais relativas à dificuldade ou impossibilidade de execução do contrato;
- e. Regras sobre o exercício de prerrogativas de autoridade pela Administração, na execução ou extinção do contrato. – Cfr. ESTORNINHO, Maria João, “Requiem pelo contrato administrativo”, Coimbra, Almedina, 1990, p. 120-121.

<sup>95</sup> FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 449.

<sup>96</sup> “A relação jurídica de direito administrativo identifica-se, hoje, não em função de um critério orgânico mas, antes, de um critério teleológico. É a prossecução de interesses públicos que justifica a submissão ao Direito Administrativo e ao contencioso administrativo” Cfr. SILVA, Jorge de Andrade, *Código dos Contratos Públicos (...)*, *ob. cit.*, p.40.

<sup>97</sup> FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito Administrativo”, p. 445.

<sup>98</sup> Cfr. SILVA, Jorge de Andrade, *Código dos Contratos Públicos (...)*, *ob. cit.*, p. 36.

## 2.2 Pedido de submissão a visto prévio

A relação jurídica no pedido de submissão a visto prévio tem o órgão fiscalizador e o órgão fiscalizado como sujeitos, não sendo o particular considerado como tal<sup>99</sup>.

O pedido de submissão a visto prévio não é da iniciativa do tribunal<sup>100</sup>, resulta de um *dever jurídico de remessa do contrato para efeitos de visto e o exercício de um poder de controlo externo*<sup>101</sup>, não se tratando, todavia, de uma iniciativa na disponibilidade das partes<sup>102</sup>.

Nos termos do art. 46.º, n.º 6 da LOPTC, devem ser “*remetidos ao Tribunal de Contas os documentos que representem, titulem ou deem execução aos atos e contratos (...)*” ali visados, para efeitos de fiscalização prévia.

No entanto, nem a LOPTC, nem a Resolução n.º 14/2011<sup>103</sup>, de 11 de julho de 2011, indicam qual a entidade que tem o dever de remeter ao Tribunal os contratos.

Consideramos que as entidades que têm o dever de remessa são as entidades elencadas no artigo 2.º da LOPTC<sup>104</sup>.

A partir de 2006, com a entrada em vigor da Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, que introduziu alterações à LOPTC, o legislador determinou que nos casos em que sejam executados contratos cujo visto tenha sido recusado ou quando os contratos não tenham sido remetidos para efeitos de visto, quando a lei assim o exigia, o Tribunal de Contas pode aplicar multas – responsabilidade financeira sancionatória – nos termos do art. 65.º, n.º1, al. h) da LOPTC.

Ainda a este respeito, em virtude da prorrogação do estado de emergência devido à pandemia da covid-19, o Tribunal de Contas aprovou novas regras para que os processos de fiscalização prévia fossem feitos exclusivamente através de meios eletrónicos, algo que a Resolução n.º 14/2011, de 11 de julho de 2011, da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, não contemplava.

---

<sup>99</sup> Cfr. COELHO JORGE, Guida, “Inconstitucionalidade e necessidade (...)”, *ob. cit.*, p. 867.

<sup>100</sup> Ao contrário da fiscalização concomitante e sucessiva.

<sup>101</sup> Cfr. COELHO JORGE, Guida, “Inconstitucionalidade e necessidade (...)”, *ob. cit.*, p. 868.

<sup>102</sup> A este propósito, da não disponibilidade das partes, GUIDA COELHO JORGE refere que o legislador não pretendeu tutelar qualquer direito subjetivo público ou interesse legítimo, sendo a única finalidade do visto prévio a fiscalização da legalidade financeira da despesa; acrescentando, ainda, que o nosso sistema não permite que “as entidades públicas submetam ou não os atos e contratos ao visto, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, designadamente (...) casos em que pretendam ver declarada a legalidade financeira da despesa, a fim de prevenirem responsabilidades (...)”.

<sup>103</sup> Esta Resolução estabelece as regras aplicáveis à instrução e tramitação dos processos de fiscalização prévia.

<sup>104</sup> Seguimos a linha de entendimento de MARTA RAMALHO GOMES – Cfr. GOMES, Marta Ramalho, “A incidência da fiscalização prévia do Tribunal de Contas – Anotação legal ao artigo 46.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, que aprova a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (“LOPTC”)”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 5, maio/agosto, 2019, p. 99.

Assim, durante o estado de emergência, os processos de fiscalização prévia passaram a ser remetidos ao Tribunal de Contas exclusivamente por meios eletrónicos, através de um requerimento enviado por mensagem de email para o endereço [econtas-visto@tcontas.pt](mailto:econtas-visto@tcontas.pt).<sup>105</sup>

### 3. Decisão de Recusa de Visto

#### 3.1 Fundamentos

O artigo 44.º da LOPTC, cuja epígrafe é “*Finalidade do Visto. Fundamentos da recusa do visto*”, estabelece no seu n.º 1 a finalidade da fiscalização prévia: “*verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conformes às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria*”.

Nos termos do n.º 3 do artigo em análise, constituem fundamento da recusa de visto<sup>106</sup>:

- (i) a respetiva nulidade (al. a)), que pode resultar exclusivamente em nulidade administrativa e não da violação de normas não financeiras;
- (ii) encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras (al. b));
- (iii) ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro (al. c)).

Com base nestes fundamentos, a atenção do Tribunal não se poderá centrar apenas na observância do procedimento administrativo legalmente devido, mas também na análise do programa do concurso, do caderno de encargos e nos critérios de adjudicação, tendo em vista a sua conformidade com o CCP, bem como no respeito pelos princípios gerais aplicáveis<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> No caso de se verificarem problemas técnicos, o Tribunal de Contas podia autorizar, excecionalmente, a remessa do processo de fiscalização prévia em suporte físico, “devendo a entidade apresentar requerimento para o efeito, acompanhado da documentação comprovativa do impedimento alegado”. A pandemia veio mostrar-nos que o poder da adaptação legislativa quando tem vontade concretiza, facilita procedimentos, pelo que esperamos que este exemplo seja seguido noutras situações.

<sup>106</sup> JOSÉ TAVARES refere mesmo que a LOPTC “*restringe a possibilidade de recusa do visto aos casos em que a desconformidade dos atos com a ordem jurídica implique nulidade, encargos sem cabimento orçamental ou violação direta de normas financeiras e ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro*”, cfr. TAVARES, José, “A fiscalização prévia do Tribunal de Contas e o recurso contencioso do ato administrativo”, in Caderno de Justiça Administrativa, n.º 18, 1999, p. 18.

<sup>107</sup> A título de exemplo: princípio da concorrência ou o princípio da igualdade.

ANA DE OLIVEIRA PERESTRELO e EDUARDO PAZ FERREIRA, da análise dos fundamentos da recusa de visto retiram a conclusão de que os mesmos “*revelam que as normas em causa respeitam estritamente ao ente público e aos limites e termos da execução do seu poder de contratar, cabendo ao mesmo a responsabilidade de assegurar o seu cumprimento (...), de garantir o respeito pelas normas de contratação pública e de cabimento orçamental*”<sup>108</sup>.

Estes autores chegam mesmo a afirmar que o contraente privado, limitando-se a elaborar e apresentar a proposta, não tem interferência na violação que eventualmente possa ocorrer das normas cuja observância é fiscalizada pelo Tribunal de Contas<sup>109</sup>.

Com todo o respeito e salvo melhor opinião, não acompanhamos esta afirmação.

Na verdade, o contraente privado pode contribuir para a inobservância das normas que fundamentam a recusa de visto, conforme demonstraremos ao longo do presente estudo.

Pese embora não diretamente relacionado com o tema a que nos propomos analisar, consideramos pertinente, em sede de fundamentos de recusa de visto, notar que o artigo 44.º, n.º 3 da LOPTC tem sido objeto de discussão sobre “o problema dos poderes de cognição do Tribunal de Contas quanto aos atos e contratos submetidos à sua fiscalização prévia: deverá o Tribunal de Contas quedar-se por juízos de legalidade<sup>110</sup>, ou antes deverá entrar em análises substantivas (nomeadamente, de natureza económica-financeira)?”<sup>111</sup>

Atualmente, a LOPTC afirma que o controlo financeiro inclui a apreciação do mérito da gestão, conforme o art. 54.º, n.º 3, h) e i) e o art. 55.º, n.º 2, relativamente às recomendações que visam suprir as deficiências da gestão financeira.

Discute-se se, no âmbito da fiscalização prévia, essas análises substantivas – controlo da economicidade, eficiência e eficácia – são admissíveis<sup>112</sup>.

Este problema coloca-se em virtude do controlo *abrangente*<sup>113</sup> do Tribunal de Contas – o conteúdo do artigo 44.º, n.º 3, al. c) da LOPTC é  *muito amplo*<sup>114</sup> –, *não confinado ao mero controlo da legalidade financeira*<sup>115</sup>, podendo controlar a legalidade administrativa.

---

<sup>108</sup> Cfr. PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana e PAZ FERREIRA, Eduardo, “A boa fé do Estado e a tutela da confiança do contraente privado: o ressarcimento do “dano da confiança” perante recusa de visto do Tribunal de Contas”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 4, 2012, p. 38.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 38

<sup>110</sup> Legalidade stricto sensu, entenda-se.

<sup>111</sup> Cfr. GUERRA DA FONSECA, Rui, “Pagamentos a realizar na sequência (...)”, *ob. cit.*, p. 58.

<sup>112</sup> No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/87 entendia-se que a fiscalização da legalidade não incluía a economicidade.

A fiscalização prévia deve, assim, ter em conta a legalidade financeira e a legalidade em geral<sup>116</sup>, não estando o Tribunal de Contas circunscrito à aplicação de normas relativas a finanças públicas, prestação de contas e responsabilidade financeira<sup>117</sup>.

Parece-nos, no entanto, que esta questão ficou ultrapassada com a revisão constitucional de 1989: o legislador constitucional passou a admitir “o desenvolvimento de métodos inovadores de controlo das contas, ao permitir que a competências do Tribunal (de Contas) fossem fixadas por lei, daqui resultando a possibilidade de se consagrar, por via legislativa, a competência do Tribunal para uma fiscalização que abranja os aspetos da economia, eficácia e economicidade”<sup>118</sup>.

Por esse motivo, verifica-se uma “crescente reivindicação”<sup>119</sup>, em virtude do aumento da importância do controlo da despesa pública<sup>120</sup>, de “um controlo financeiro substancial”<sup>121</sup>, que não se limite aos aspetos relacionados com a legalidade estrita<sup>122</sup> do contrato e ao seu cabimento orçamental, incluindo um controlo de natureza económica-financeira, que abranja a apreciação da boa gestão financeira, isto é, a análise da economicidade, eficiência e eficácia das despesas efetuadas<sup>123</sup>, com respeito, em primeira linha, pelo princípio da separação de poderes<sup>124</sup>.

---

<sup>113</sup> MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário em face de uma recusa de visto no âmbito da fiscalização prévia de contratos pelo Tribunal de Contas”, in *Revista de Contratos Públicos*, N.º 1 (janeiro-abril), 2011, p. 37.

<sup>114</sup> TIAGO DUARTE identifica este “amplo conteúdo” porque o artigo 44.º, n.º 3, al. c) da LOPTC “*refere que constitui fundamento de recusa de visto (qualquer) nulidade ou (qualquer) ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro (...)*”, cfr. DUARTE, Tiago, “Tribunal de Contas, Do visto prévio (...), *ob. cit.*, p. 32.

<sup>115</sup> MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...), *ob. cit.*, p. 37.

<sup>116</sup> TAVARES, José, “O Tribunal de Contas – Do visto prévio”, (...), *ob. cit.*, p. 58.

<sup>117</sup> MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...), *ob. cit.*, p. 38.

<sup>118</sup> EDUARDO PAZ FERREIRA, *sub* artigo 214.º, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 159-160 *apud* MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...), *ob. cit.*, p. 39.

<sup>119</sup> MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...), *ob. cit.*, p. 40.

<sup>120</sup> Cfr. PAZ FERREIRA, Eduardo, “O visto prévio do Tribunal de Contas, uma figura (...), *ob. cit.*, p. 839.

<sup>121</sup> ANTÓNIO SOUSA FRANCO *apud* MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...), *ob. cit.*, p. 37

<sup>122</sup> Nesta linha, JOSÉ TAVARES entende que o controlo exercido pelo Tribunal de Contas não dever ser um mero controlo da *legalidade formal* – em que o Tribunal verifica a conformidade do exercício da atividade de administração dos recursos em discussão, com a ordem jurídica – devendo incidir, também, sobre a *legalidade substancial*, incluindo a apreciação da boa gestão financeira que se deve pautar segundo critérios de economia, eficiência e eficácia, a que também acresce o poder de avaliação. Segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS também podemos falar aqui de um controlo de mérito - Cfr. ESTORNINHO, Maria João, in “*Curso de Direito dos Contratos Públicos*”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 540, bem como MARTINS, Guilherme D’Oliveira, “*O Tribunal de Contas (...), ob. cit.*, p. 9.

<sup>123</sup> Veja-se a este propósito o artigo 2.º, n.º 3 da LOPTC.

<sup>124</sup> JOSÉ TAVARES refere que do princípio da separação de poderes se extrai “que o Tribunal de Contas não dispõe do poder de questionar opções políticas ou opções administrativas/gestionárias, mas cabe-lhe verificar o modo como foram tomadas e executadas, no que respeita à conformidade com a Ordem Jurídica”.

Há, no entanto, quem defenda que a verificação da legalidade se destina, “nos termos do n.º 1 do art. 44.º, a verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa pública ou responsabilidades financeiras estão conformes à lei e têm cabimento orçamental”, tratando-se somente de “uma verificação estrita da legalidade e regularidade financeira”<sup>125</sup>.

Ainda assim, para quem defenda que para além do controlo da *legalidade stricto sensu*, deve haver um controlo da legalidade substancial que inclua o controlo da economia, eficiência e eficácia, dever-se-á ter presente que o Tribunal de Contas constitui um órgão jurisdicional especializado, o que significa que a sua atividade se destina ao exercício da jurisdição e não do controlo político da Administração, devendo atuar com base em critérios de legalidade e técnicos<sup>126</sup>.

Ainda a este propósito, TIAGO DUARTE defende: “O Tribunal de Contas é legalmente competente para apreciar previamente a legalidade de atos ou de contratos, não apenas no que respeita à respetiva legalidade financeira, associada à regular e adequada cabimentação orçamental, por exemplo, mas a legalidade material e formal (...) de contratos, que são, indiscutivelmente, (...) contratos administrativos”.

Em síntese, tende-se a reforçar, na doutrina e jurisprudência, a defesa que a par da apreciação da legalidade deve haver apreciação da boa gestão financeira na fiscalização prévia, devendo o Tribunal de Contas, órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e do julgamento de contas, “atuar com base em estritos critérios de juridicidade (legalidade)” – e não do controlo político ou controlo da atividade discricionária da Administração – “e de critérios técnicos”<sup>127</sup>

Não podíamos deixar de partilhar uma reflexão tida ao longo do presente trabalho relacionada com um dos fundamentos que – aqui, sim, concordamos – em nada se relaciona com a vontade ou a intervenção do particular: controlo da existência de cabimento.

Consideramos que, a par de outros autores, o *timing* deste controlo deveria ser revisto.

Vejamos: de acordo com a lei em vigor, a existência de cabimento orçamental é aferida quando o contrato já foi executado podendo levar à recusa de visto com prejuízo para o particular.

Todavia, esse cabimento tem de ocorrer no momento da abertura do procedimento contratual.

---

<sup>125</sup> EDUARDO PAZ FERREIRA, *sub* artigo 214.º, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 159-160 *apud* MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, *ob. cit.*, p. 40.

<sup>126</sup> Cfr. MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...)” *ob. cit.*, p. 44.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 44.

Questionamos, assim, se não seria cautelosa a existência de um momento de controlo relativamente ao cabimento no início do procedimento concursal ao invés de esse controlo ocorrer após a celebração do contrato<sup>128</sup>, acreditando que uma reflexão séria sobre o tratamento/controlo deste fundamento poderia impedir uma panóplia de problemas para o contraente privado.

### 3.1.1. Conflitos de jurisdição

Dispõe o n.º 3 do artigo 212.º da CRP que compete aos tribunais administrativos o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais, pelo que no domínio abrangido pela jurisdição administrativa, os tribunais administrativos dispõem da *última palavra*<sup>129</sup> na resolução dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas.

Os tribunais administrativos, para além de tribunais dedicados aos julgamentos de causas regidas pelo Direito Administrativo, são o “foro comum do contencioso jurídico-público”<sup>130</sup>, incluindo a competência para apreciar litígios que se relacionem com entidades que prosseguem funções de natureza pública, independentemente do Direito aplicado, *desde que não se encontrem*, “expressa e fundamentamente afetos a outros tribunais - Tribunal de Contas, Tribunal Constitucional”<sup>131</sup>.

Segundo o artigo 4.º do Estatutos dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, doravante ETAF, compete aos Tribunais Administrativos a competência para julgar a legalidade dos atos e dos contratos administrativos.

As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras entidades, conforme art. 205.º, n.º 2 da CRP.

Nesta linha, preceitua o art. 8.º, n.º 2 da LOPTC que “as decisões jurisdicionais do Tribunal de Contas são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas”.

---

<sup>128</sup> No mesmo sentido, Cfr. COELHO JORGE, Guida, “Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização (...)”, *ob. cit.*, p. 866.

<sup>129</sup> MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, *ob. cit.*, p. 37.

<sup>130</sup> Cfr. GOMES, Carla Amado, “As Novas Responsabilidades dos Tribunais Administrativos na aplicação da Lei 67/2007, de 31 de dezembro”, *in* Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das entidades públicas, p.116.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 116.

Conforme referido, o art. 44.º, n.º 3, al. a), a LOPTC prevê que a recusa de visto pelo Tribunal de Contas possa ter como fundamento a nulidade dos contratos administrativos, que se poderá consubstanciar numa ilegalidade administrativa.

Da análise das normas *supra* referidas coloca-se a questão da existência ou não de um conflito de jurisdições na permissão de fiscalização da legalidade dos contratos administrativos ao Tribunal de Contas e aos Tribunais Administrativos.

Encontramos a definição de conflito de jurisdições no artigo 109.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, doravante CPC: “há conflito de jurisdição quando duas ou mais autoridades, pertencentes a diversas atividades do Estado, ou dois ou mais tribunais, integrados em ordens jurisdicionais diferentes, se arrogam ou declinam o poder de conhecer da mesma questão: o conflito diz-se positivo no primeiro caso e negativo no segundo”.

Sucedo, no entanto, que sendo os conflitos de jurisdições pouco prováveis<sup>132</sup>, o mesmo não se dirá relativamente às “*colisões lógico-jurídicas resultantes da sobreposição parcial de análise ou juízos emitidos em jurisdições distintas*”<sup>133</sup>, no caso em apreciação, a colisão entre as decisões jurisdicionais do Tribunal de Contas e as sentenças ou acórdãos dos tribunais administrativos.

A forma como o legislador ordinário concretiza a função constitucionalmente cometida ao Tribunal de Contas enquanto órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas não pode ignorar a autonomia deste nem deve representar uma subtração aos tribunais administrativos do primado da competência em domínios que lhe são constitucionalmente reservados<sup>134</sup> – ainda que de forma não absoluta – no art. 212.º, n.º 3 da CRP.

Relativamente ao contrato sujeito à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos da LOPTC, e suscetível de apreciação pelos tribunais administrativos, nos termos da legislação do contencioso administrativo, poderão ocorrer dois cenários<sup>135</sup>:

---

<sup>132</sup> Não obstante o art. 1.º, n.º 3 da LOPTC que refere que “*sempre que se verifique um conflito de jurisdição entre o Tribunal de Contas e o Supremo Tribunal Administrativo, compete ao Tribunal de Conflitos (...) dirimir o respetivo conflito*”. Ainda a este propósito, consideramos pertinente referir que o Tribunal de Conflitos é “*um tribunal superior, de funcionamento intermitente (só quando surge um conflito), de composição mista, normalmente paritária, e que se destina a decidir em última instância os conflitos de jurisdição que surjam entre os tribunais administrativos e os tribunais comuns ou conflitos de jurisdição entre o STA e o Tribunal de Contas (...)*” Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...), ob. cit., pg. 27-28.

<sup>133</sup> Cfr. PEREIRA GOUVEIA, Paulo, “Contas, Jurisdições (...), ob. cit., p. 6.

<sup>134</sup> Cfr. MEDEIROS, Rui, “A proteção processual do adjudicatário (...), ob. cit., p. 37.

<sup>135</sup> Cfr. TAVARES, José, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza (...), ob. cit., p. 59.

Cenário 1: Tribunal de Contas concede o visto, considerando o contrato válido, podendo, assim, produzir todos os seus efeitos. Posteriormente, tribunal administrativo anula ou declara nulo esse mesmo contrato.

Cenário 2: Tribunal de Contas recusa o visto, com fundamento na verificação de ilegalidade administrativa, considerando o contrato inválido<sup>136</sup>, sem que declare a sua nulidade ou o anule. Posteriormente, tribunal administrativo considera o contrato válido. Tendo o visto sido recusado, o contrato sujeito à fiscalização prévia é ineficaz.

Tanto no cenário 1 como no cenário 2, o contrato fica “bloqueado”<sup>137</sup> com o resultado de duas decisões contraditórias sobre a mesma questão da legalidade administrativa.

Concordamos<sup>138</sup> que, estando os Tribunais a intervir no âmbito da respetiva jurisdição, não há, no caso, conflito de jurisdição.

A relação da jurisdição do Tribunal de Contas com as decisões da jurisdição administrativa não tem merecido a atenção necessária<sup>139</sup>.

Com o pensamento no particular, no adjudicatário que criou expectativas com a celebração do contrato, questiona-se como deverá ser resolvida esta situação.

JOSÉ TAVARES apresenta uma solução para a divergência de decisões, referindo que consiste na prevalência daquela que “*for no sentido de que o ato apreciado contraria a ordem jurídica*”<sup>140</sup>.

Todavia, salvo melhor opinião, esta orientação é passível de crítica, desde logo, quanto à falta de fundamentação: o autor não fundamenta a sua conclusão e cremos que a consequência da mesma tem efeitos juridicamente “perversos”, isto é, sempre que o Tribunal de Contas recusasse o visto com fundamento na verificação de ilegalidade administrativa, considerando o contrato inválido, não valeria a pena recorrer para os tribunais administrativos, pois no caso de estes

---

<sup>136</sup> As consequências da recusa de visto quase se equivalem às da declaração de invalidade – Cfr. COELHO JORGE, Guida, Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização legislativa do atual regime de fiscalização prévia de atos e contratos pelo Tribunal de Contas, in O Direito, n.º 141, IV, 2009, p. 879.

<sup>137</sup> Cfr. TAVARES, José, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza (...)”, *ob. cit.*, p. 60.

<sup>138</sup> No mesmo sentido, JOSÉ TAVARES refere-se a esta situação como uma “área de sobreposição, uma parte comum de intervenção potencialmente geradora de decisões contraditórias”. Ainda a este propósito: TIAGO DUARTE refere “(...) a questão não parece ser (...) uma questão de conflito de jurisdições, em que ambas as jurisdições se consideram competentes para julgar um determinado caso concreto, o que poderia ser resolvido por recurso ao Tribunal dos Conflitos, previsto no n.º 3 do art. 1.º da Lei do Tribunal de Contas. (...) a apreciação dos mesmos atos e dos mesmos contratos por parte do Tribunal de Contas e por parte dos Tribunais Administrativos não decorre de um conflito de jurisdições, em que apenas um dos Tribunais deve ser legalmente competente, mas antes do facto de ambos serem efetivamente legalmente competentes, algo que, nem mesmo o Tribunal dos Conflitos, pode resolver”.

<sup>139</sup> No mesmo sentido, cfr. PEREIRA GOUVEIA, Paulo, “Contas, Jurisdições (...)”, *ob. cit.*, p. 5.

<sup>140</sup> Cfr. TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza (...)”, *ob. cit.*, p. 60.

considerarem o contrato válido, prevaleceria a decisão do Tribunal de Contas que considerou o contrato inválido.

RUI MEDEIROS, em discórdia da posição de JOSÉ TAVARES, considera que: “(...) o contencioso administrativo português atual constitui, à partida, a sede própria para que um co-contratante possa obter a condenação do contraente público à execução do contrato celebrado e objeto de uma decisão de recusa de visto com fundamento em ilegalidade administrativa”<sup>141</sup>.

O problema que aqui levantamos relaciona-se, também, com o regime jurídico aplicável ao ressarcimento de danos sofridos pelos particulares afetados com estas duas decisões contraditórias, que ficam desprotegidos.

O direito vigente não apresenta, à primeira vista, qualquer critério explícito de natureza geral que relacione entre si as decisões do Tribunal de Contas e dos Tribunais Administrativos, que permita compreender qual o caminho a seguir, como “desbloquear” a situação.

Existe aqui uma colisão entre juízos emitidos pelo Tribunal de Contas (jurisdição financeira) e pelos tribunais administrativos (jurisdição administrativa), um *problema de articulação*<sup>142</sup>, que reclama um *critério de articulação*<sup>143</sup> entre as decisões contraditórias.

Salientamos, no entanto, o seguinte: os tribunais administrativos, quando dirimem um litígio entre uma entidade pública e um particular, ao detetarem uma ilegalidade no contrato administrativo entre essas entidades, irão, em princípio, declarar a nulidade ou anulabilidade do contrato, já o Tribunal de Contas, quando fiscaliza a legalidade das despesas geradas por um contrato, ao detetar uma ilegalidade irá, em princípio, recusar a concessão do visto que terá como consequência a ineficácia do contrato.

Em nossa opinião, o legislador deve clarificar a resolução destes “conflitos”, indicando o critério a que se deve aferir e como pode o particular reagir a esta dualidade de decisões, com efeitos absolutamente distintos na sua esfera jurídica.

Dada a tua atualidade e prática, finalizamos o presente subcapítulo referente aos fundamentos do visto com alguns dados: de acordo com o Relatório de Atividades e Contas de 2020<sup>144</sup>, o

---

<sup>141</sup> Cfr. MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, *ob. cit.*, p. 84.

<sup>142</sup> MIGUEL ASSIS RAIMUNDO utiliza esta expressão na análise da articulação (ou não) dos regimes de responsabilidade – Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, “Concurso de imputações por atos de diferentes funções do Estado”, in “Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas”, dezembro, 2012, p. 28.

<sup>143</sup> Miguel Assis Raimundo, utiliza esta expressão na análise da articulação (ou não) dos regimes de responsabilidade – Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, “Concurso de imputações (...)”, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>144</sup> Tribunal de Contas, “Relatório de Atividades e Contas de 2019”, (<https://www.tcontas.pt/pt/Transparencia/PlaneamentoGestao/RelatoriosAnuaisAtividade/Documents/2019/ra2019.pdf>), p. 25.

Tribunal de Contas recusou o visto a 42 processos, com um volume financeiro de € 138 M, representando 2,3 % do montante controlado, que consistiram nas seguintes ilegalidades: financiamento das despesas; endividamento; escolha dos procedimentos; regras dos procedimentos; e relacionados com requisitos de contratação.

### 3.2. Efeitos

A Lei n.º 86/89, de 8 de setembro, revogada pela LOPTC, era omissa quanto aos efeitos do visto, tendo o Tribunal de Contas entendido que, enquanto não fosse publicada a lei de processo, se mantinham em vigor as disposições do Decreto-Lei n.º 146-C/80, de 22 de maio<sup>145</sup>.

O n.º 1 do art. 3.º deste Decreto-Lei referia que “nenhum diploma ou despacho sujeito ao visto do Tribunal de Contas poderá ser executado ou produzir quaisquer efeitos antes da sua publicação no Diário da República com a declaração de ter sido visado pelo mesmo Tribunal”.

O n.º 1 do art. 4.º do mesmo Decreto-Lei previa que “nenhum contrato poderá começar os seus efeitos em data anterior à do visto do Tribunal de Contas, sendo responsáveis, solidariamente, todas as autoridades ou funcionários que lhes deram execução”, excluindo-se, no entanto, no seu n.º 2 “(...) os contratos de arrendamento e empreitada de obras públicas, só podendo os respetivos efeitos financeiros produzir-se depois do visto do Tribunal de Contas”.

Preceituava o art. 20.º do mesmo Decreto-Lei que “a recusa de visto pelo Tribunal de Contas determina a ineficácia dos respetivos diplomas ou despachos”.

Da leitura das disposições legais citadas, resulta que os efeitos dos contratos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas dependiam da verificação de uma *conditio iuris* – o visto do Tribunal de Contas – que constituía um “requisito de eficácia”<sup>146</sup>.

A entrada em vigor da LOPTC veio alterar “substancialmente”<sup>147</sup> o regime da fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Atualmente, o regime jurídico dos efeitos do visto do Tribunal de Contas está previsto no art. 45.º da LOPTC.

---

<sup>145</sup> Cfr. TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza (...)”, *ob. cit.*, p. 177.

<sup>146</sup> Cfr. TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza (...)”, *ob. cit.*, p. 178.

<sup>147</sup> A Lei n.º 98/97 passou a dispor como regime-regra que os contratos sujeitos a fiscalização prévia podem produzir todos os seus efeitos antes do visto, exceto quanto aos efeitos financeiros e permite, em caso de recusa de visto, o pagamento dos trabalhos entretanto realizados ou dos bens ou serviços entretanto adquiridos, desde que o respetivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida, como veremos adiante – Cfr. TAVARES, José, “A fiscalização prévia do Tribunal de Contas (...)”, *ob. cit.*, p. 18.

Nos termos do art. 45.º, n.º 1 da LOPTC, os "atos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem produzir todos os seus efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, exceto quanto aos pagamentos a que derem causa (...)"

Em regra, o visto do Tribunal de Contas é uma *condição de eficácia financeira* do contrato sujeito à fiscalização prévia<sup>148</sup>, uma vez que podem “produzir todos os seus efeitos”, com exceção dos pagamentos.

Tudo indica, em princípio, que a exigência do visto não interfere com a *eficácia jurídica* do contrato<sup>149/150</sup>.

RUI GUERRA DA FONSECA refere que o preceito em análise deve ser lido à luz do art. 214.º, n.º 1 da CRP – que dispõe que o Tribunal de Contas é o órgão supremo da fiscalização da legalidade das despesas públicas – de forma a que se compreenda o motivo pelo qual o legislador infraconstitucional não tenha subordinado a produção de todos os efeitos de atos e contratos que importam despesa pública a uma condição suspensiva, tendo condicionado ao visto apenas os efeitos imediatamente impicantes de despesa pública: os pagamentos.

O n.º 2 do artigo 45.º da LOPTC dispõe que a recusa do visto “(...) implica apenas ineficácia jurídica dos respetivos atos, contratos e demais instrumentos após a data da notificação da respetiva decisão aos serviços ou organismos interessados”.

Da análise dos artigos sumariamente descritos, conclui-se que até ao momento do visto, isto é, até à notificação da decisão de recusa de visto – n.º 1 do artigo 45.º –, “os contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem, em geral, ser executados pelo cocontratante, nos termos contratualmente previstos<sup>151</sup>”, estando impedidos de realizar pagamentos, mas, em caso de recusa de visto – n.º 2 do artigo 45.º –, sendo a “finalidade geral do visto a atribuição de eficácia”<sup>152</sup>, o contrato, na sua totalidade, não produz efeitos<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> GONÇALVES, Pedro Costa, “Direito dos Contratos (...)”, *ob. cit.*, p. 373.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 373.

<sup>150</sup> Há, contudo, um caso em que o visto constitui condição de eficácia financeira e jurídica do contrato – artigo 45.º, n.º 4 da LOPTC, que refere que os contratos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, cujo valor seja superior a 950.000,00 euros, não produzem quaisquer efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade. Assim, no caso o visto constitui uma condição da eficácia financeira e jurídica do contrato – Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, “Direito dos Contratos (...)”, *ob. cit.*, p. 374.

<sup>151</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, Responsabilidade Civil em caso de recusa (...), *ob. cit.*, p. 23.

<sup>152</sup> Cfr. GUERRA DA FONSECA, Rui, “Pagamentos a realizar na sequência de recusa (...)”, *ob. cit.*, p. 60.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 62.

Assim, a LOPTC “*permite, no artigo 45.º/1, que o contrato sujeito a visto prévio comece a ser executado antes da decisão de concessão ou recusa de visto, não obstante o risco da ilegalidade do mesmo*”<sup>154</sup>.

Com a exceção, desde 17 de dezembro de 2011, dos atos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas cujo valor seja superior a € 950.000,00<sup>155</sup>, e que não se revistam de urgência imperiosa não imputável à entidade pública em causa<sup>156</sup>, que não produzem quaisquer efeitos antes do visto ou declaração de conformidade. Nestes casos, o visto é requisito de produção de todos os efeitos do contrato.

Refira-se que, após a notificação do ato de recusa de visto, existe o dever de não continuar a executar o contrato. A violação deste dever é sancionada com pena de multa, nos termos do artigo 65.º, n.º 1, al. h).

Não podemos deixar de referir que a ineficácia do contrato poderá ter como consequência a extinção do procedimento público e, em virtude disso, a necessidade da abertura de um novo procedimento<sup>157</sup>, pelo que a recusa do visto tem, naturalmente, efeitos diretos nos direitos do adjudicatário.

Nos termos do n.º 3 do artigo 45.º da LOPTC “*os trabalhos realizados ou os bens ou serviços adquiridos após a celebração do contrato e até à data da notificação da recusa do visto podem ser pagos após esta notificação, desde que o respetivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período*”<sup>158</sup>.

Uma das razões de ser do disposto no n.º 3 prende-se com a permissão do n.º 1 do artigo 45.º da LOPTC, ou seja: sendo permitida a produção de efeitos do contrato, com a exceção dos financeiros, poderão ser realizadas outras prestações, designadamente a realização de trabalhos ou a entrega de bens.

---

<sup>154</sup> Cfr. PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana e PAZ FERREIRA, Eduardo, “A boa fé do Estado (...)”, *ob. cit.*, p. 29.

<sup>155</sup> Cfr. n.º 4 do art. 45.º da LOPTC, aditado pela Lei n.º 61/2011, de 7/12.

<sup>156</sup> Cfr. n.º 5 do art. 45.º da LOPTC, aditado pela Lei n.º 61/2011, de 7/12.

<sup>157</sup> Cfr. DUARTE CAMPOS, Diogo e MELO, Pedro, “Visto do Tribunal de Contas, (...)”, *ob. cit.*, p.33; consideramos pertinente referir as palavras do Autor sobre a inexistência de *direitos especiais* do adjudicatário a quem foi recusado o visto: “*Ora, neste novo procedimento o anterior adjudicatário não terá qualquer “direito especial”: não tem um direito de preferência, nem reconhece a Lei qualquer mecanismo que lhe atribua uma vantagem sobre os demais concorrentes. O que, aliás, bem se percebe porquanto, nas mais das vezes, o fundamento de recusa de visto estriba-se na existência de um procedimento de formação da vontade administrativa ilegal, donde não haverá, em princípio, qualquer razão para proteger o adjudicatário, em face aos demais concorrentes; que não, entenda-se, em face da Administração, maxime, em sede de responsabilidade civil administrativa.*”

<sup>158</sup> No Ac. 9/2012, de 21.03.2012, proc. 233/11, o Tribunal Constitucional considerou que esta disposição se trata de uma norma de direito financeiro de natureza imperativa.

Por este motivo, ao admitir-se a possibilidade da produção de efeitos deverá, em defesa da tutela da confiança do contraente privado, “que acreditou justificadamente na legalidade do contrato celebrado com o Estado e, com esse fundamento, fez investimentos e realizou despesas<sup>159</sup>”, permitir-se o pagamento<sup>160</sup> dos trabalhos realizados ou dos bens entregues.

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e EDUARDO PAZ FERREIRA referem que o art. 45.º, n.º 3 é concretização do princípio da boa fé, a que o Estado e a sua administração pública estão constitucionalmente e legalmente vinculados, nos termos do art. 266.º, n.º 2 da CRP e do art. 10.º do CPA, como garantia da correção material da conduta da Administração pública, tanto na vertente da tutela da confiança como na primazia da materialidade subjacente.

RUI GUERRA DA FONSECA rejeita que a justificação da proteção da situação jurídica do contratante privado na norma em apreço se encontre no instituto do enriquecimento sem causa<sup>161</sup>. O enriquecimento sem causa pressupõe a ausência de causa para certa “deslocação patrimonial”<sup>162</sup>.

O mesmo Autor refere que no n.º 3 do art. 45.º existe causa *contratual*<sup>163</sup> que justifica essa deslocação patrimonial: “os contratos aos quais o visto tenha sido recusado produziram os seus efeitos, nos termos do n.º 1 do referido artigo 45.º, com exceção apenas para os pagamentos a que davam causa”, pelo que, admitindo que o contrato está em vigor, a realização da prestação por parte do contratante privado é uma *obrigação (pacta sunt servanda)*<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> Cfr. PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana e PAZ FERREIRA, Eduardo, “A boa fé do Estado (...)”, *ob. cit.*, p. 29.

<sup>160</sup> RUI CARDONA FERREIRA entende que o pagamento devido ao adjudicatário tem a natureza de contraprestação e não de indemnização, emergindo diretamente do contrato; em sentido contrário, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e EDUARDO PAZ FERREIRA, em defesa de que a fonte dos efeitos produzidos é o princípio da confiança, entendem que o pagamento não pode ter a sua fonte no contrato por considerarem que o mesmo “*não é nem nunca foi idóneo para produzir esse efeito*”, sendo a recusa de visto o reconhecimento disso mesmo a título definitivo. Assim, para estes autores, “*trata-se não de regular os efeitos do contrato ilegal mas sim regular a responsabilidade pela confiança frustrada do particular*”, pelo que se realiza essa confiança através de uma compensação pecuniária indemnizatória – Cfr. PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana e PAZ FERREIRA, Eduardo, “A boa fé do Estado (...)”, *ob. cit.*, p. 44.

<sup>161</sup> ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e EDUARDO PAZ FERREIRA, a este propósito, referem que é irrelevante saber se houve ou não enriquecimento da entidade pública, pois tenha existido ou não “*o particular tem direito a que os prejuízos incorridos sejam removidos da sua esfera jurídica, de tal maneira que não se pode ver na norma do art. 45.º, n.º 3 manifestação do instituto do enriquecimento sem causa, previsto no art. 473.º do CC*” - PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana e PAZ FERREIRA, Eduardo, “A boa fé do Estado (...)”, *ob. cit.*, p. 40.

<sup>162</sup> MATOS ANTUNES VARELA, João de, *apud*, GUERRA DA FONSECA, Rui, “Pagamentos a realizar na sequência (...)”, *ob. cit.*, p. 72.

<sup>163</sup> Em sentido inverso, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e EDUARDO PAZ FERREIRA recusam que esteja em causa a produção de efeitos jurídicos pelo contrato ilegal, tratando-se de uma norma de imputação de danos.

<sup>164</sup> Cfr. GUERRA DA FONSECA, Rui, “Pagamentos a realizar na sequência (...)”, *ob. cit.*, p. 72.

RUI MEDEIROS refere que o n.º 3 do art. 45.º reconhece “o direito do adjudicatário a ser pago pelas prestações que realizou antes da notificação da recusa de visto”<sup>165</sup>.

No entanto, para este autor, ao contrário do defendido por RUI GUERRA DA FONSECA, a norma em análise impede o enriquecimento sem causa do contraente público e a produção de um dano injusto na esfera jurídica do co-contratante, que iniciou de forma legítima o pontual cumprimento das suas obrigações contratuais sem que tivesse obtido remuneração.

Atentemos agora à expressão “*poderão ser pagos*” da norma em análise.

Concordamos, seguindo a linha de entendimento de alguns autores<sup>166</sup>, que não está em causa uma faculdade, mas sim um poder-dever do Estado.

Todavia, se para RUI GUERRA DA FONSECA esse dever tem como fonte o contrato, em cumprimento do princípio da prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, conforme art. 266.º, n.º 1 da CRP e art. 4.º do CPA, para ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e EDUARDO PAZ FERREIRA esse dever decorre do princípio da tutela da confiança e não da celebração de um contrato cujo visto foi recusado.

O art. 45.º, n.º 3 da LOPTC tem, assim, outra função: *norma autorizativa de despesa*<sup>167</sup>.

Pensemos na situação em que um visto é recusado em virtude da falta de cabimento orçamental – art. 44.º, n.º 3, b) da LOPTC. Sendo este o fundamento, não podiam ser realizados pagamentos sem que existisse uma norma – como o art. 45.º, n.º 3 – que autorizasse os mesmos.

Porque tem consequências diretas na esfera do particular, consideramos importante analisar os pagamentos que poderão ser efetuados e identificar os seus limites ao abrigo do art. 45.º, n.º 3 da LOPTC.

Na parte final do art. 45.º, n.º 3 da LOPTC, o legislador apenas autoriza os pagamentos correspondentes aos “*trabalhos realizados (...), desde que o respetivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período*”, no fundo, o contraente

---

<sup>165</sup> Cfr. MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, *ob. cit.*, p. 32.

<sup>166</sup> Cfr. PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana e PAZ FERREIRA, Eduardo, “A boa fé do Estado (...)”, *ob. cit.*, p. 34 e GUERRA DA FONSECA, Rui, “Pagamentos a realizar na sequência (...)”, *ob. cit.*, p. 72.

<sup>167</sup> Cfr. GUERRA DA FONSECA, Rui, “Pagamentos a realizar na sequência (...)”, *ob. cit.*, p. 74.

privado não pode ficar numa situação mais favorável do que aquela que ficaria se lhe fosse concedido o visto<sup>168</sup>.

A programação contratualmente estabelecida corresponde “à norma ou previsão contratual das prestações das partes, designadamente, do co-contratante: ao que se obrigara este durante o período em causa. A função da programação é fornecer um critério objetivo de delimitação do que há de ser pago, em termos temporais, incluindo um fundamental elemento de previsibilidade: tanto o Estado como o co-contratante sabem que o valor relevante para efeitos desta norma, em caso de recusa de visto, é o da programação; e sabe-o também o Tribunal de Contas, pois é conhecedor de que, caso recuse o visto, o artigo 45.º, n.º 3 operará dentro de certos limites como norma autorizativa de despesa. (...) o artigo 45.º, n.º 3 reafirma (...) o contrato como norma concreta fundante dos pagamentos a que houver que proceder.”<sup>169</sup>

Identificados os limites, cumpre esclarecer que, naturalmente, apenas os pagamentos cuja razão de ser se alicerce nos trabalhos realizados pelo contraente particular têm a despesa autorizada pelo art. 45.º, n.º 3 da LOPTC.

RUI CARDONA FERREIRA alerta para o seguinte facto: pese embora se retire do art. 45.º, n.º 3 uma obrigação do pagamento pela entidade adjudicante da remuneração devida ao adjudicatário pela execução do contrato celebrado, o mesmo já não “esclarece se este último tem, ou não, direito a ser indemnizado pelas despesas decorrentes da participação no procedimento adjudicatório, ou resultantes da cessação antecipada do contrato, ou, ainda, pelos lucros cessantes que adviriam da execução do contrato”.

Ainda que não esclareça o âmbito da indemnização, a este propósito, seguimos o entendimento do Supremo Tribunal Administrativo<sup>170</sup>, que repudia toda e qualquer interpretação segundo a qual deveria extrair-se, do art. 45.º, n.º 3 da LOPTC, uma exclusão da indemnização a que o concorrente lesado pudesse ter direito em caso de recusa de visto. Pelo menos quando essa indemnização se considere decorrente do interesse contratual negativo<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> Cfr. PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana e PAZ FERREIRA, Eduardo, “A boa fé do Estado (...)”, *ob. cit.*, p. 35.

<sup>169</sup> Cfr. GUERRA DA FONSECA, Rui, “Pagamentos a realizar na sequência (...)”, *ob. cit.*, p. 78.

<sup>170</sup> Cfr. Ac. do STA de 18.10.2011, proc. 322/2011.

<sup>171</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, Responsabilidade Civil em caso de recusa (...), *ob. cit.*, p. 28.

Para os autores que defendem que o preceito em análise consubstancia uma regra de responsabilidade pelo interesse contratual negativo<sup>172</sup>, os pagamentos, que, para estes, constituem uma compensação pecuniária indemnizatória, devem cobrir os custos incorridos para prover à inutilização do contrato e todas as despesas frustradas com a preparação da negociação, a conclusão e a execução do contrato, incluindo as despesas tidas com a obtenção de financiamentos<sup>173</sup>, em virtude da inutilização do investimento, decorrente da recusa de visto, colocando o contraente particular na situação em que estaria se não tivesse confiado na validade e eficácia do contrato celebrado com a entidade adjudicante<sup>174</sup>.

Assim, estão em causa “*todas as diminuições patrimoniais ou sacrifícios voluntários realizados para o interesse de outro (...) e que são “desaproveitadas”, “inutilizadas” ou “frustradas”*”<sup>175</sup>, pelo que o particular terá direito a receber da entidade adjudicante uma compensação pecuniária indemnizatória que abranja “*custos operacionais inerentes ao funcionamento da concessão e os custos de projeto, bem como os custos financeiros*”.

Mais, a referência à programação financeira contratual não pode, em momento algum, ser interpretada no sentido de excluir o direito à compensação das despesas e custos comprovadamente incorridos pelo particular, sob pena de inconstitucionalidade.

Todavia, estes autores, defendendo que só através da compensação do interesse contratual negativo se realiza o fim do art. 45.º, n.º 3, admitem a possibilidade de exclusão do direito do particular a ser ressarcido pelo interesse contratual positivo ou interesse no cumprimento<sup>176</sup>.

Em síntese, nos termos do art. 45.º, n.º 1 da LOPTC podem produzir-se efeitos antes do visto, com exceção dos efeitos financeiros. Em caso de recusa de visto, apenas é pago aquilo que foi executado e que não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período, conforme o n.º 3 do referido art. 45.º.

GUIDA COELHO JORGE considera desadequada a solução atualmente prevista de “exigir o início das prestações aos particulares, sobretudo no caso de contratos públicos, onde amiúde se exige uma alocação de meios, sujeitando depois o contraente particular a um **calvário para**

---

<sup>172</sup> Para quem qualifica o art. 45.º, n.º 3 da LOPTC como norma de responsabilidade, esta visa assegurar o ressarcimento do dano da confiança – Cfr. PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana e PAZ FERREIRA, Eduardo, “*A boa fé do Estado (...)*”, *ob. cit.*, p. 51.

<sup>173</sup> Cfr. MOTA PINTO, Paulo, “Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo”, vol. II, Coimbra Editora, 2008, p. 1075.

<sup>174</sup> Cfr. PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana e PAZ FERREIRA, Eduardo, “*A boa fé do Estado (...)*”, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 54.

**obter uma indenização** que, em regra, tem sido concebida apenas para ressarcimento pelo dano de confiança (interesse contratual negativo)<sup>177</sup>(negrito nosso).

Em bom rigor, embora sejamos sensíveis ao motivo pelo qual se exige o “início dos trabalhos” ao adjudicatário, a verdade é que não temos, atualmente, um sistema que equilibre essa entrega inicial com um eventual desmoronamento posterior de tudo aquilo que foi contratado.

## **CAPÍTULO IV**

### **GARANTIAS DO ADJUDICATÁRIO EM FACE DA RECUSA DE VISTO**

#### **1. Considerações introdutórias**

A título introdutório, cabe começar por analisar em que consistem as garantias, entendidas como *“os meios criados pela ordem jurídica com a finalidade de evitar ou sancionar as violações do*

---

<sup>177</sup> Cfr. COELHO JORGE, Guida, Inconstitucionalidade e necessidade (...), *ob. cit.*, p. 861, Nota 15.

*direito objetivo, as ofensas dos direitos subjetivos ou dos interesses legítimos dos particulares, ou o demérito da ação administrativa, por parte da Administração Pública*<sup>178</sup>.

As garantias contenciosas, que consubstanciam “a forma mais eficaz da defesa dos direitos subjetivos ou dos interesses legítimos dos particulares”<sup>179</sup>, do adjudicatário podem desdobrar-se em meios de tutela em tribunais internos e em tribunais internacionais.

Nos meios de tutela em tribunais internos há que observar os meios de tutela de justiça constitucional, os da justiça administrativa e da justiça financeira.

Os meios de tutela em tribunais internacionais não serão analisados no presente estudo, realçamos, no entanto que “este também só tem relevância jurisdicional quando se traduza num mecanismo de controlo direto da legalidade ou seja quando exista legitimidade direta de acesso do particular ao tribunal internacional e quando se trate de um controlo jurisdicional”<sup>180</sup>.

Neste capítulo pretendemos abordar, através de uma análise de *jure conditio*, quais as garantias, os meios de defesa que um adjudicatário (ou particular ou contratante particular – expressões que, reconhecendo que não são sinónimas, serão referidas indiferenciadamente no presente capítulo) tem ao seu dispor para *fazer valer processualmente a sua pretensão à execução do contrato e ao benefício económico dele adveniente*<sup>181</sup>.

Como referem alguns autores<sup>182</sup>, nas alterações legislativas sofridas pela LOPTC tem faltado a preocupação de adaptar a legislação à proteção e tutela efetiva dos adjudicatários. Na verdade, a LOPTC nada refere quanto “às *vias processuais ao dispor do adjudicatário para defender a sua pretensão à manutenção do contrato objeto de recusa de visto em processo de fiscalização prévia do Tribunal de Contas e, em última análise, à obtenção do benefício económico (...) resultante da execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato celebrado*”<sup>183</sup>.

---

<sup>178</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...), ob. cit., p. 625.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 658.

<sup>180</sup> Cfr. FREITAS, Lourenço Vilhena de, “Direito dos Contratos Públicos e Administrativos”, AAFDL, 2014, p. 741

<sup>181</sup> Cfr. MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, ob. cit., p. 31.

<sup>182</sup> Por todos, TIAGO DUARTE, cfr. DUARTE, Tiago, “Tribunal de Contas, visto prévio (...)”, ob., cit., p. 32.

<sup>183</sup> Cfr. MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, ob. cit., p. 32.

## 2. Intervenção do adjudicatário no processo do visto

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA sobre o processo de visto tecem duras críticas ao mesmo, referindo que o mesmo ocorre como se não existissem particulares interessados nele, limitando-se a lei a prever que a entidade que apresentou o pedido de visto possa ser notificada para apresentar elementos ou documentos complementares aos apresentados inicialmente.

Sobre a não participação do particular no processo do visto, já havíamos feito nota de que na relação jurídica no pedido de submissão a visto prévio o particular não é considerado.

Ressalvamos, no entanto, que ao abrigo da norma geral do contraditório, consagrada no n.º 1 do art. 13.º da LOPTC, os particulares poderão ter sido ouvidos durante o processo/procedimento de visto<sup>184</sup>.

Por via do art. 202.º, n.º 2 da CRP, que resulta numa garantia geral dos particulares emanada do direito fundamental à tutela jurisdicional, o Tribunal de Contas pode (e deve) assegurar a defesa dos direitos daqueles interessados diretos no visto prévio ouvindo esses interessados, de acordo com o princípio do contraditório<sup>185</sup>.

Todavia, não consideramos que esta intervenção seja garantística dos interesses do particular, sendo, até, manifestamente deficitária.

Tem sido posição recorrente afirmar que os adjudicatários não têm legitimidade para defender, nos processos de visto, os direitos e demais posições jurídicas subjetivas de que são titulares<sup>186</sup>.

Como refere DIOGO DUARTE DE CAMPOS e PEDRO MELO, “o facto de ser esta a posição corrente, não implica que não se possa ou não se deva questionar a mesma; como também não implica que não se deva considerar tal solução contrária às exigências e garantias que decorrem para os particulares da Lei Fundamental”.

A intervenção dos particulares, “*enquanto titulares de interesse direto, pessoal e legítimo na manutenção do contrato*”<sup>187</sup>, impõe-se.

As decisões de recusa de visto são suscetíveis de recurso para o Plenário da 1.º Seção do Tribunal de Contas, nos termos do art. 77.º e 96.º da LOPTC.

---

<sup>184</sup> PEREIRA GOUVEIA, Paulo, “Contas, Jurisdições (...)”, *ob. cit.*, p. 10.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>186</sup> CAMPOS, Diogo Duarte de / MELO, Pedro “Visto do Tribunal de Contas (...)”, *ob. cit.*, p. 30.

<sup>187</sup> Cfr. COELHO JORGE, Guida, “Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização (...)”, *ob. cit.*, p. 884.

O n.º 1 do art. 96.º da LOPTC, dispõe: “as decisões finais de recusa (...) de visto, bem como as que respeitem a emolumentos, incluindo as proferidas pelas secções regionais, podem ser impugnadas, por recurso para o plenário da 1.ª Secção, pelas seguintes entidades”:

- i. Ministério Público;
- ii. Autor do ato ou a autoridade que tiver autorizado o contrato e a quem foi recusado o visto; e
- iii. Aqueles sobre quem recair, nas decisões sobre emolumentos, o respetivo encargo.

Com base na análise do presente preceito, podemos facilmente compreender o âmago do contencioso financeiro, no geral, e do processo de fiscalização prévia, em especial: assenta num modelo objetivista, preocupado com a observância da legalidade financeira, vocacionado para o interesse público e não para a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos.

Afirma-se, tradicionalmente, que não estando os adjudicatários na disposição *supra* referida carecem de legitimidade ativa, não tendo, assim, direito de recorrerem das decisões de recusa de visto pela 1.º Subsecção do Tribunal de Contas<sup>188</sup>.

Na verdade, têm sido apontadas algumas razões que levam a que a intervenção dos adjudicatários não se justifique, “*quer porque representa a intromissão de terceiros numa relação que se estabelece apenas e exclusivamente entre a Administração Pública e o Tribunal de Contas*”<sup>189</sup>, quer porque os interessados podem suscitar a interposição de recurso ao Ministério Público ou à entidade adjudicante<sup>190</sup>, quer ainda porque os adjudicatários que contratam podem apresentar ao Tribunal de Contas “*exposições que considerem pertinentes para o exercício da ação pelo Tribunal, nomeadamente, no domínio da fiscalização prévia, pelo que, também neste particular, são suscetíveis de apreciação e ponderação as suas pretensões*”<sup>191</sup>.

Não acompanhamos nenhuma destas razões como justificação para a não intervenção do particular. Consideramos, até, que estas vias intermediárias de recurso ou de apresentação de exposições estão longe de conceder o direito a uma tutela jurisdicional efetiva<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> CAMPOS, Diogo Duarte de / MELO, Pedro “*Visto do Tribunal de Contas (...)*”, *ob. cit.*, p. 32.

<sup>189</sup> Cfr. ALFREDO JOSÉ DE SOUSA *apud* MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, *ob. cit.*, p. 57.

<sup>190</sup> Cfr. JOSÉ TAVARES *apud* MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, *ob. cit.*, p. 57.

<sup>191</sup> Cfr. JOSÉ TAVARES *apud* MEDEIROS, Rui, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, *ob. cit.*, p. 58.

<sup>192</sup> A garantia a uma tutela jurisdicional efetiva desdobra-se: no direito de acesso ao Direito e aos tribunais; no direito de obter uma decisão judicial em prazo razoável e mediante processo equitativo e por último, no direito à efetividade das sentenças proferidas – Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “A Justiça Administrativa”, 16ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 153.

A este propósito, são vários os autores<sup>193</sup> que consideram que a posição de que os privados não têm legitimidade para recorrer das decisões do Tribunal de Contas viola o princípio do direito à tutela jurisdicional efetiva e consubstancia-se num desrespeito do princípio constitucional do Estado de direito.

Concordamos com este entendimento.

O facto de o art. 96.º, n.º 1 da LOPTC não prever a legitimidade do adjudicatário para recorrer viola o direito a um processo equitativo, impedindo a existência de contraditório e de igualdade de armas – apresentação de factos, provas, questões de direito – entre os dois contraentes<sup>194</sup>, o que cria, naturalmente, situações de desigualdade não justificadas.

Veja-se a este propósito, o n.º 1 do art. 20.º da CRP que dispõe que "a todos é assegurado o acesso ao direito e aos Tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos" e n.º 4 do art. 268.º da CRP que prescreve "é garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas".

Ao nível processual, o n.º 2 do art. 2.º do CPC dispõe "a todo o direito (...) corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação".

O princípio da tutela jurisdicional efetiva, um dos princípios mais elementares do Estado de Direito, expressamente consagrado na CRP, no art. 20.º e no art. 268.º, n.º 4, representa um verdadeiro direito fundamental com força jurídica, de acordo com o art. 18.º, n.º 1 da CRP<sup>195</sup>.

Por outras palavras, na ausência de norma legal que consagre um meio de defesa adequado, a primazia do art. 268.º, n.º 4 aliada à sua operatividade sem necessidade de mediação do legislador, permite acionar a defesa sem lei<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Neste sentido, CAMPOS, Diogo Duarte de / MELO, Pedro "Visto do Tribunal de Contas (...), *ob. cit.*, p. 31; COELHO JORGE, Guida, Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização (...), *ob. cit.*, p. 863, Nota de rodapé 19.

<sup>194</sup> Cfr. COELHO JORGE, Guida, Inconstitucionalidade e necessidade (...), *ob. cit.*, p. 863.

<sup>195</sup> "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas" – Cfr. CAMPOS, Diogo Duarte de / MELO, Pedro "Visto do Tribunal de Contas (...)", *ob. cit.*, 33.

<sup>196</sup> Cfr. SILVA, Susana Tavares da, "Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efetiva dos administrados", *in* Revista de Direito Público e Regulação, março, 2010, n.º 5, p. 128.

Ao Tribunal de Contas, sendo um órgão jurisdicional, incumbe assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos<sup>197</sup>, devendo tal defesa reportar-se a todos os sujeitos de direito, pessoas singulares ou coletivas, cujos direitos e interesses legalmente protegidos sejam apreciados e tutelados por via do exercício da sua jurisdição<sup>198</sup>.

Da leitura conjugada dos preceitos constitucionais – art. 20.º e 268.º, n.º 4 – resulta que “ao administrado não basta apenas a garantia do acesso ao direito e aos tribunais, à informação e consulta jurídica, a fazer-se acompanhar por advogado, a obter uma decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo, e a dispor de procedimentos judiciais céleres e prioritários para defesa de direitos, liberdades e garantias pessoais”<sup>199</sup>, sendo ainda necessário que a lei assegure ao particular que não disponha de um meio processual adequado para defender um direito ou interesse legalmente protegido a imposição de “uma interpretação corretiva conforme à Constituição ou, na hipótese de a lei ordinária ser completamente omissa, a concessão de um direito de tutela que supra essa omissão e que permita agir em juízo propondo a ação ou interpondo o recurso”<sup>200</sup>, sob pena de violar a garantia de uma proteção jurisdicional eficaz ou de uma tutela judicial efetiva.

O art. 30.º do Código de Processo Civil dispõe “o autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar (...)”. Da leitura deste preceito retira-se que a lei reconhece legitimidade processual ativa a quem tem interesse direto em recorrer a um meio processual, pelo que, em conformidade, se deverá concluir que, no âmbito jurídico-constitucional, o direito fundamental de acesso à justiça impõe o reconhecimento da legitimidade a quem demonstre que não dispõe de outro meio processual no sistema jurídico que permita obter a tutela de um direito ou interesse legalmente protegido.<sup>201</sup>

Note-se que ao particular não cumpre fiscalizar ou aferir se o processo até à adjudicação do contrato foi legalmente elaborado.

Não se compreende como pode a parte que é afetada por uma decisão de recusa não tem direito a interpor recurso, sujeitando-se, até, à situação de a entidade adjudicante não interpor recurso.

---

<sup>197</sup> Cfr. art. 202.º, n.º 2 da CRP.

<sup>198</sup> Cfr. CAMPOS, Diogo Duarte de / MELO, Pedro “*Visto do Tribunal de Contas (...)*”, *ob. cit.*, 33.

<sup>199</sup> Cfr. SILVA, Suzana Tavares da, “*Revisitando a garantia da tutela (...)*”, *ob. cit.*, p. 127.

<sup>200</sup> CAMPOS, Diogo Duarte de / MELO, Pedro “*Visto do Tribunal de Contas (...)*”, *ob. cit.*, p. 33.

<sup>201</sup> Cfr. MEDEIROS, RUI, “*A proteção processual do adjudicatário (...)*”, *ob. cit.*, p. 59.

DIOGO DUARTE CAMPOS e PEDRO MELO, perante esta ilegitimidade da letra da lei, defendem – a par de outros autores<sup>202</sup> – “*uma interpretação corretiva do n.º 1 do art. 96.º da LOPTC*”, conforme a Constituição, que admita a legitimidade do adjudicatário para a interposição de recurso, possibilitando, assim, a obtenção do “*reconhecimento jurisdicional do seu direito à execução do contrato e de afastar a cominação de ineficácia resultante da recusa de visto*”<sup>203</sup>.

### 3. Meios de reação contenciosa ao dispor do adjudicatário

#### 3.1. Acesso à jurisdição administrativa

A jurisprudência administrativa tem admitido o uso de meios do contencioso administrativo dirigidos a atos administrativos relativamente ao qual houve concessão de visto.

No Ac. do TCA-Sul, de 17.01.2008, Proc. n.º 00766/05, considerou-se que o tribunal “*a quo*” não tinha de acatar o decidido pelo Tribunal de Contas – concedeu o visto prévio – uma vez que, nos termos do art. 203.º da CRP, “os tribunais são independentes e apenas sujeitos à lei” e, a independência dos tribunais compreende “por um lado, a independência entre si, excepcionando as relações dentro de cada ordem ou espécie – artigos 210º, 212º e 221º – e, por outro, a autonomia na interpretação do direito, salvo quando por via do recurso, tem o dever de acatar as decisões proferidas pelos tribunais superiores”.

No Ac. do STA (Pleno) de 17.12.1992, Proc. n.º 021127, o Supremo Tribunal Administrativo defendeu que a recusa de visto ao gerar ineficácia e não a invalidade do ato permite o acesso aos tribunais administrativos, uma vez que estes cuidavam das questões da existência e validade das decisões administrativas e o Tribunal de Contas da verificação dos requisitos da eficácia financeira<sup>204</sup>.

Em sentido diverso, o Ac. do STA (3.º Subsecção), de 18.06.2003, refere que o Tribunal de Contas, enquanto “*órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas*”, ao conceder ou recusar o visto, fá-lo ao abrigo de uma competência jurisdicional própria, sendo as suas decisões obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas, prevalecendo sobre as de quaisquer outras entidades.

---

<sup>202</sup> Cfr., neste sentido, RUI MEDEIROS defende que deve admitir-se a legitimidade autónoma do adjudicatário para a interposição de recurso através do apelo à interpretação conforme à Constituição ou através do reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do n.º 1 do artigo 96.º da LOPTC – Cfr. MEDEIROS, RUI, “*A proteção processual do adjudicatário (...)*”, *ob. cit.*, p. 58.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>204</sup> Cfr. COELHO JORGE, Guida, Inconstitucionalidade e necessidade (...), *ob. cit.*, p. 872.

Em virtude dessa competência jurisdicional exclusiva, a recusa do visto pelo Tribunal de Contas a ato administrativo não pode ser questionada em sede de jurisdição administrativa, ainda que essa recusa possa sofrer de eventuais ilegalidades, podendo eventualmente ser objeto de recurso nos termos dos artigos 96.º da LOPTC.

Assim, decorre deste acórdão que a jurisdição administrativa não pode conhecer as eventuais ilegalidades de que padeça o ato de recusa de visto, nem dos litígios decorrentes de relações jurídicas administrativas, sempre que tenha havido recusa de visto do Tribunal de Contas, encontrando-se implícito, neste acórdão, que a decisão de recusa de visto é uma decisão judicial com força de caso julgado material<sup>205</sup>.

Prevendo, o presente aresto, que a decisão de recusa de visto apenas poderia ser impugnada através do recurso previsto no art. 96.º da LOPTC, não se confere legitimidade processual ao particular, pelos motivos já aqui explanados, pelo que, defendemos, não se deve impedir o acesso aos tribunais administrativos em “todos” os casos de recusa de visto.

O acesso aos tribunais administrativos<sup>206</sup> não se destina a obter a neutralidade dos efeitos da recusa do visto, já que não é objeto do processo administrativo a decisão de recusa de visto, mas sim a pretensão do particular.

Segundo GUIDA COELHO JORGE, a interpretação normativa do art. 45.º conjugado com o art. 8.º, n.º 1 e 2 da LOPTC, ao vedar o acesso à jurisdição administrativa para a dedução de pretensões impugnatórias ou condenatórias relacionadas com contratos após a recusa de visto viola o art. 268.º, n.º 4 da CRP, que consagra o direito à impugnação das decisões administrativas por parte dos particulares, e o art. 20.º da CRP, que consagra o direito de acesso aos tribunais.

Em face do exposto, iremos analisar três opções no acesso à jurisdição administrativa por parte do adjudicatário, em caso de recusa de visto: impugnação da decisão de recusa de visto nos tribunais administrativos; ação administrativa e ação de indemnização.

a. Impugnação da decisão de recusa de visto nos tribunais administrativos

---

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 876.

<sup>206</sup> Sobre a importância de os particulares recorrerem aos tribunais administrativos: “Os particulares podem pretender obter o reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos, alegando fundamentos relativos a aspetos não atendidos pela entidade administrativa, nem detetados ou conhecidos pelo Tribunal de Contas. E esta pronúncia judicial administrativa pode constituir a única via ao dispor do particular, a fim de obter, em sede de execução de sentença, um novo ato a submeter ao Tribunal de Contas. Se o tribunal administrativo apreciar questão não conhecida pelo Tribunal de Contas, não há qualquer ofensa de caso julgado”. Cfr. COELHO JORGE, Guida, Inconstitucionalidade e necessidade (...), *ob. cit.*, p. 877.

Uma das vias teoricamente ao dispor do adjudicatário passa pela suscetibilidade de impugnação da decisão de recusa de visto nos tribunais administrativos.

Retomando a discussão sobre a natureza jurídicas das decisões de recusa de visto do Tribunal de Contas, abordada em sede própria no presente estudo, a doutrina que defende a natureza materialmente administrativa considera que a recusa pode ser impugnada junto dos Tribunais Administrativos.

Neste sentido, JOÃO CAUPERS não compreende o motivo pelo qual essa decisão do Tribunal de Contas é irrecorrível, referindo, no entanto, que compreende e aceita que “as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas no exercício da função jurisdicional sejam definitivas e irrecorríveis”, reforçando que, se assim não fosse, “estar-se-ia a integrar o tribunal numa outra ordem jurisdicional, o que não parece compatível com o seu estatuto”<sup>207</sup>.

No mesmo sentido, TIAGO DUARTE refere que da decisão de recusa de visto “cabe impugnação judicial para a jurisdição administrativa por parte dos particulares”<sup>208</sup>, pelo que só desta forma se alcança de forma plena “a efetividade da tutela dos cidadãos, prevista no artigo 20.º da Constituição”.

Refere, ainda, o mesmo autor que esta solução, reconhecendo as suas reservas, evitaria a existência de contratos visados pelo Tribunal de Contas e anulados pelos Tribunais Administrativos ou vice-versa, ou seja, evitaria as *colisões lógico-jurídicas*, já abordadas ao longo da dissertação<sup>209</sup>.

Já MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA sustentam que “se o Tribunal de Contas recusar o visto com fundamento na ilegalidade administrativa do ato de adjudicação, dessa recusa haverá (indiretamente) (...) recurso contencioso de anulação para os tribunais administrativos, pelo menos por interposição dos interessados”<sup>210</sup>, referindo, ainda, que sendo o juízo do Tribunal de Contas sobre a ilegalidade administrativa “proferido num processo onde nem sequer as garantias elementares do contraditório e do reexame ou revisão funcionam”, esse juízo está “necessariamente sujeito à censura (positiva ou negativa) dos tribunais administrativos, em processo jurisdicional dotado dessas garantias através de recurso dirigido contra a decisão da Administração”.

---

<sup>207</sup> Cfr. CAUPERS, João, “A Administração entalada (...)”, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>208</sup> DUARTE, Tiago, “Tribunal de Contas, visto prévio (...)”, *ob. cit.*, p.35.

<sup>209</sup> Remetemos para o capítulo III da presente dissertação.

<sup>210</sup> ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário e ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, “*Concursos e Outros Procedimentos* (...)”, p. 598.

Do outro lado, a possibilidade de o adjudicatário propor nos tribunais administrativos uma ação de impugnação do ato da decisão de recusa de visto é fortemente criticada por RUI MEDEIROS que refere “sem prejuízo do recurso autónomo para o Tribunal Constitucional em específica matéria de inconstitucionalidade ou de ilegalidade nos termos previstos no artigo 280.º da Constituição, a definição do Tribunal de Contas como “órgão supremo” e autónomo face às demais ordens jurisdicionais impede a interposição de recurso das suas decisões para qualquer outro Tribunal. Com efeito, no quadro constitucional legal e vigente, não poderia uma decisão do Supremo Tribunal Administrativo “desbloquear” a ineficácia do ato provocada pela decisão de recusa de visto pelo Tribunal de Contas”<sup>211</sup>, independentemente de se reconhecer a natureza administrativa das decisões de recusa<sup>212</sup>.

Assim, para este autor a decisão de recusa de visto é uma decisão definitiva e não impugnável numa jurisdição autónoma<sup>213</sup>.

Tendemos a concordar com a presente posição: independentemente da natureza da decisão de recusa de visto, deverá verificar-se a possibilidade os particulares, em virtude da recusa de visto afetar direta e imediatamente os mesmos, poderem interpor recurso dessa decisão. No entanto, cremos, salvo melhor opinião, que o recurso não passará pela interposição de recurso das decisões do Tribunal de Contas para qualquer outro tribunal, em resultado das disposições constitucionais relativas à autonomia dos tribunais.

#### b. Ação administrativa

Fora da jurisdição própria do Tribunal de Contas e após uma decisão definitiva de recusa de visto, por considerar que o mesmo padece de uma ilegalidade administrativa, o adjudicatário poderá, salvo melhor opinião, defender as suas pretensões, nomeadamente o direito à execução do contrato e ao benefício económico dele adveniente, através de uma ação administrativa, dando aos tribunais administrativos a última palavra quanto à legalidade administrativa.

No Acórdão do Tribunal de Contas n.º 14/2010, Proc. 1825/2009, foi afirmado que “o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares afetados por uma decisão de

---

<sup>211</sup> Cfr. MEDEIROS, Rui, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, *ob. cit.*, p. 56.

<sup>212</sup> Cfr. MEDEIROS, Rui, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, *ob. cit.* p. 56.

<sup>213</sup> No mesmo sentido do já referido Ac. do Supremo Tribunal Administrativo (3.º Subseção), de 18.06.2003, Proc. 041969/03: “(...) a recusa do visto pelo Tribunal de Contas a ato administrativo a ele sujeito, ainda que essa recusa possa sofrer de eventuais ilegalidades, por ser da competência jurisdicional exclusiva desse tribunal, não pode ser questionada em sede de jurisdição administrativa, podendo eventualmente ser objeto de recurso nos termos dos artigos 96.º e sgs. da Lei n.º 98/97 (...)”.

recusa de visto não passa necessariamente por obstar a tal ineficácia através de meios de impugnação judicial daquela decisão por eles ativados. De facto, um co-contratante que se sinta prejudicado por uma decisão de recusa de visto, que inviabilize a integral execução do contrato – e que inviabilize, portanto, as prestações e contraprestações que ocorreriam se o contrato fosse integralmente executado – tem à sua disposição os meios processuais previstos pelo legislador no âmbito do contencioso administrativo para fazer valer (...) os seus direitos e interesses protegidos pela lei”. Assim, “os direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares que se considerem lesados por uma decisão de recusa de visto emergem de uma relação jurídico-administrativa que deve ser tutelada no âmbito da jurisdição administrativa”.

Nos termos do art. 4.º, n.º 1, e) do ETAF, compete aos tribunais da jurisdição administrativa a “*validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de contratos administrativos ou de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por pessoas coletivas de direito público ou outras entidades adjudicantes*”.

Em face do exposto, o contencioso administrativo constitui, em princípio, a sede própria para que o particular possa obter a condenação da entidade adjudicante à execução de contrato que foi objeto de uma recusa de visto com fundamento em ilegalidade administrativa ou para que possa valer as pretensões de indemnização no âmbito da responsabilidade civil das entidades adjudicantes, nos termos do art. 4.º, n.º 2, f) do ETAF, conforme adiante se analisará.

Esta solução poderá, no entanto, levar a problemas de colisão jurídica referidos anteriormente.

Na maioria dos casos, o que interessa ao adjudicatário que celebrou um contrato objeto de recusa de visto é propor, nos tribunais administrativos, uma ação administrativa para que obtenha a condenação do contraente público à execução do contrato celebrado ou ao pagamento de uma indemnização no âmbito da responsabilidade civil<sup>214</sup>.

Questiona-se se esta solução da propositura de uma ação administrativa por parte do particular não viola o caso julgado da recusa de visto.

Acompanhamos o entendimento de RUI MEDEIROS que, defendendo que a solução adotada é coerente com o alcance limitado do caso julgado, refere: “os limites dentro do quais opera a força do caso julgado material são traçados pelos elementos identificativos do processo em que foi proferida a sentença ou o acórdão: as partes, o pedido e a causa de pedir”. Assim, “num cenário de propositura de uma ação nos tribunais administrativos sobre a execução de contrato objeto de

---

<sup>214</sup> Cfr. MEDEIROS, Rui, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, *ob. cit.*, p. 68.

recusa de visto ou sobre responsabilidade civil contratual emergente da relação estabelecida entre as partes, mesmo que se possa afirmar que a nulidade do contrato ou a ilegalidade relevante do ponto de vista financeiro, embora não integre o *thema decidendum* da ação, constitui questão fundamental ou instrumental sobre a qual já se pronunciou o Tribunal de Contas (efeito positivo do caso julgado), sempre se terá de reconhecer que os limites subjetivos do caso julgado permitem que o tribunal administrativo analise livremente a pretensão”.

Ora, não envolvendo o processo de fiscalização prévia – estabelece-se entre a Administração Pública e o Tribunal de Contas – e o processo administrativo as mesmas partes, o caso julgado não impede a propositura de uma ação administrativa.

Em conclusão, acompanhamos o entendimento da doutrina que considera inexistir impedimento para o julgamento de ações e dos recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas por parte dos tribunais administrativos<sup>215</sup>.

#### c. Ação de indemnização

Outra das vias ao dispor do adjudicatário passa pela interposição de uma ação de indemnização.

Se a solução anterior poderá levar a problemas de colisão jurídica, em princípio, esse problema não se colocará numa situação em que os tribunais administrativos conheçam de uma ação de indemnização fundada na responsabilidade civil pré-contratual por conclusão de um contrato inválido.

O instituto da responsabilidade civil assegura um “sucedâneo pecuniário para a tutela de posições juridicamente protegidas”<sup>216</sup>, isto é, oferece uma “garantia de valor”, nos termos do art. 62.º, n.º 2 da CRP,<sup>217</sup> ao particular lesado, nas situações em que não seja possível a restauração natural, no nosso caso: impossibilidade de executar um contrato já celebrado.

Para CARLOS FERNANDES CADILHA, a ação de indemnização constitui o meio processual mais adequado à tutela dos interesses ofendidos do particular, por não ser viável recorrer à ação

---

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>216</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, “A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance”, in *O Direito*, n.º 147, Almedina, 2015, p. 854.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 854.

impugnatória ou à ação de condenação à prática de ato devido, nas situações de ineficácia do contrato por recusa de visto do Tribunal de Contas<sup>218</sup>.

Nos termos do n.º 1 do art. 1.º do ETAF “os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, nos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais, nos termos compreendidos pelo âmbito de jurisdição previsto no artigo 4.º deste Estatuto”.

De acordo com o art. 4.º, n.º 1, al. f), g) e h) do ETAF, a competência para julgar as pretensões indemnizatórias, com base no art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007, é dos tribunais administrativos.

Determina, ainda, o art. 211.º, n.º 1 da CRP que “Os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais”.

O que significa, em suma, que a apreciação e decisão a proferir sobre as pretensões indemnizatórias cabe à jurisdição administrativa.

Neste sentido, veja-se também o Ac. do Tribunal dos Conflitos, de 20.01.2010, proc. 025/09<sup>219</sup>, segundo o qual, desde logo, se considerou que “*para se fixar a competência dos tribunais em razão da matéria, deve atentar-se à relação jurídica material em debate e ao pedido dela emergente, segundo a versão apresentada em juízo pelo demandante*”.

Ainda de acordo com aquele aresto, “*Como refere Mário Aroso de Almeida (in Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos, 2005, pág. 57) «as relações jurídico-administrativas não devem ser definidas segundo critério estatutário, reportado às entidades públicas, mas segundo um critério teológico, reportado ao escopo subjacente às normas aplicáveis». Ou seja, segundo cremos, serão relações jurídicas administrativas as derivadas de atuações materialmente administrativas, praticadas por órgãos da Administração Pública ou equiparadas*”.

Assim, não há dúvida de que a jurisdição administrativa é competente para apreciar as pretensões indemnizatórias.

O pedido de indemnização segue a forma de ação administrativa nos termos do art. 37.º, n.º 2, k) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, doravante CPTA, aprovado pela Lei 15/2002, de 22 de fevereiro.

---

<sup>218</sup> Cfr. FERNANDES CADILHA, Carlos, “Responsabilidade pré-contratual de entidades públicas”, in Contencioso Pré-Contratual, Jurisdição Administrativa e Fiscal, CEJ, 2017, p. 30.

<sup>219</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

### 3.2. Acesso à jurisdição financeira

Uma outra via que tem sido discutida na doutrina consubstancia-se na legitimidade do adjudicatário para interpor recurso para o plenário da 1.º Seção do Tribunal de Contas da decisão de recusa de visto num contrato por si celebrado com a entidade adjudicante.

Tendo em conta que a recusa do visto prévio afeta os direitos e/ou interesses dos particulares e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (arts. 2.º, 20.º, n.º 1 e 5 e 268.º, n.º 4 da Constituição e 2, n.º 2 do CPC), seguimos a linha de entendimento dos autores<sup>220</sup> que defendem o alargamento, no art. 96.º, n.º 1 da LOPTC, da legitimidade de recurso – hoje pertencente apenas ao Ministério Público e à autoridade interessada no visto – aos “terceiros” diretamente interessados no visto prévio.

Na verdade, ao analisarmos o art. 96.º, n.º 1, b) da LOPTC na parte que refere “o autor do ato”, sendo o “ato” bilateral, ou seja, um contrato, o autor desse “ato” devem ser as “partes”, incluindo, desta forma, o particular. Todavia, defendemos que o conceito deve ser claro nesta inclusão.

Consideramos que esta solução, em conformidade com o direito fundamental de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva, daria reais garantias de defesa ao adjudicatário.

Todavia, acreditamos que esta solução não se poderia bastar com uma simples aceitação da legitimidade do particular para recorrer: estando a fiscalização prévia desenhada com moldes objetivistas “está longe (...) de se apresentar, do ponto de vista das pretensões que os particulares pretendam fazer valer, como “um due process of law” aberto a uma possibilidade real de ponderação das pretensões dos particulares”<sup>221</sup>, pelo que a solução da interpretação corretiva, que atribua legitimidade do adjudicatário para interpor recurso, tem de ser acompanhada de uma alteração da configuração do processo de fiscalização prévia que, assegurando a igualdade de armas processuais, admita o particular como parte de uma relação processual.

Para além disso, temos a perfeita consciência que esta solução, ainda que acautele o direito fundamental de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva do adjudicatário, não obsta a que o Tribunal de Contas disponha da *última palavra* na apreciação da legalidade administrativa das relações jurídicas pré-contratuais ou contratuais com implicações financeiras.

---

<sup>220</sup> Cfr. PEREIRA GOUVEIA, Paulo, “Contas, Jurisdições (...)”, *ob. cit.*, p. 10.

<sup>221</sup> Cfr. MEDEIROS, Rui, “A proteção processual do adjudicatário (...)”, *ob. cit.*, p. 61.

Analisadas as vias ao dispor do adjudicatário que têm sido discutidas na doutrina, consideramos de extrema importância a reflexão de uma solução jurídica adaptada à realidade decorrente da recusa de visto.

O que não podemos aceitar é que após um processo de formação de um contrato público, por vezes longo demais, em que o adjudicatário começou a executar a obra, este poderá ver-se numa situação em que poderá ser destinatário de uma decisão de recusa<sup>222</sup>, da qual não interveio em nenhuma das fases do processo de visto, incluindo na fase de recurso, em virtude da ausência de uma lei que preveja a sua intervenção<sup>223</sup>.

## **CAPÍTULO V**

### **TUTELA RESSARCITÓRIA DO ADJUDICATÁRIO**

#### **1. Da Responsabilidade civil à responsabilidade pública**

##### **1.1. Evolução histórica**

Consideramos pertinente a referência a umas breves notas sobre a evolução da responsabilidade civil do Estado e da sua administração pública.

---

<sup>222</sup> Entre o momento do início da execução do contrato e da decisão de recusa de visto poderão decorrer meses. Vejamos a seguinte situação: a execução do contrato sujeito a fiscalização inicia antes da concessão do visto; a entidade adjudicante remete o contrato para visto no termo do prazo estabelecido – 20 dias úteis a contar do início da produção de efeitos, com possibilidade de prorrogação até 45 dias, com possibilidade de ocorrerem incidentes, como o pedido de esclarecimentos por parte do Tribunal de Contas; há recurso da decisão de recusa - tendo a impugnação efeito suspensivo, poderá decorrer um lapso de tempo considerável de execução do contrato. *Vd.*, a este propósito, o Ac. do Tribunal Constitucional 12/2010, de 26.03.2010 em que o contrato em análise produziu efeitos durante um ano e quatro meses até à decisão de visto.

<sup>223</sup> Cfr. COELHO JORGE, Guida, “*Inconstitucionalidade e necessidade (...)*”, *ob. cit.*, p. 862.

Numa 1.º fase, o Estado não tinha obrigação de indemnizar os prejuízos que causasse, sendo um “Estado irresponsável”<sup>224</sup>.

Nas épocas em que o Poder se concentrou nas mãos de um monarca absoluto, era a “teoria divina” que era seguida – Deus escolhia os reis como seus ministros e reinava através deles sobre os povos – ou seja, o rei não poderia fazer mal (*le roi ne peut mal faire*) e não cometia erros (*the king can do no wrong*).

Foi este o entendimento dominante durante o século XIX.

Todavia, as Constituições do século XIX previam a responsabilidade dos empregados públicos por faltas cometidas no exercício das respetivas funções, nomeadamente erros e abusos de poder.

Posteriormente, numa 2.º fase, denominada por alguns autores como a “fase civilista”, ocorre a consagração legal da responsabilidade civil administrativa extracontratual por atos ilícitos de gestão pública.

Com a revisão do Código Civil, pelo Decreto n.º 19 126, de 16 de dezembro de 1930, foi consagrado em Portugal a *responsabilidade solidária do Estado com os seus agentes*<sup>225</sup> por atos ilícitos praticados no exercício das suas funções, pelo que não se incluíam os atos lícitos ou atividades especialmente perigosas para efeitos de responsabilidade.

Já no Código Administrativo de 1936-1940<sup>226</sup> chegou a estabelecer-se, em certos casos, a responsabilidade exclusiva das autarquias locais: estas respondiam civilmente pelas perdas e danos resultantes das deliberações dos respetivos corpos administrativos com ofensa da lei.

Passou-se, assim, a admitir a responsabilidade civil da Administração por atos ilícitos e culposos, praticados pelos seus órgãos ou agentes no desempenho das suas funções<sup>227</sup>.

Com a publicação do novo Código Civil português, em 1966, entrámos numa 3.º fase.

Este novo Código, dispondo sobre a responsabilidade por danos causados “*no exercício da atividade de gestão privada*”, deixou para as leis administrativas a disciplina da responsabilidade

---

<sup>224</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 575.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 577.

<sup>226</sup> Foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27424, de 31.12.1936 e posteriormente alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 31095, de 31.12.1940.

<sup>227</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 577-578.

da Administração "*no domínio dos atos de gestão pública*", a qual veio efetivamente a ser estabelecida através do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de novembro de 1967<sup>228</sup>, que englobou as figuras da responsabilidade por facto ilícito culposo, da responsabilidade pelo risco e da responsabilidade por facto lícito.

Foi, ainda, revista a matéria da competência contenciosa: "*pelos danos causados no desempenho de atividades de gestão privada, a Administração respondia segundo o direito civil e perante os tribunais judiciais; e pelos danos causados no desempenho de atividades de gestão pública, a Administração respondia segundo o direito administrativo e perante os tribunais administrativos*"<sup>229</sup>.

A 4.º e última fase, corresponde à autonomização expressa da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas da responsabilidade dos seus funcionários e agentes no art. 22.º da CRP.

Com a Reforma do Contencioso Administrativo de 2002-2003, todas as questões relativas à responsabilidade civil da Administração são remetidas para os tribunais administrativos através da ação administrativa.

Com efeito, o ETAF concentrou nos tribunais administrativos a competência para conhecer da responsabilidade das entidades públicas.

Apenas em 2007, com a promulgação da Lei n.º 67/2007, se regulou a responsabilidade civil extracontratual do Estado em todas as suas funções.

## 1.2. Da necessidade da responsabilidade pública

O instituto da responsabilidade civil<sup>230</sup> "consiste na ocorrência jurídica na qual um dano registado numa esfera jurídica é imputado a outra",<sup>231</sup> decorrendo uma obrigação de responder por esses danos causados a outrem, que se pode consubstanciar na eliminação ou reparação do dano real.

---

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 579.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 579-580.

<sup>230</sup> Como esclarece DIOGO FREITAS DO AMARAL, a expressão "civil" não é sinónimo da responsabilidade em causa ser regulada por normas de direito civil, mas sim que é uma responsabilidade por perdas e danos, que se traduz na obrigação de indemnizar os prejuízos causados pela Administração aos particulares.

<sup>231</sup> Cfr. CORDEIRO, Menezes, *in* "Tratado de Direito Civil Português", I, tomo 1, Coimbra, Almedina, 2000, p. 273.

A função principal do instituto da responsabilidade civil é “em qualquer caso e em ambos os ramos do direito considerados, ressarcir ou indemnizar prejuízos que, segundo o curso normal dos acontecimentos, não deviam ter ocorrido, ou seja, colocar o lesado na situação em que o mesmo se encontraria, caso tudo se tivesse passado como seria de esperar de acordo com o que é habitual acontecer”<sup>232</sup>.

Tendo presente que a gestão pública é a atividade que a Administração Pública desenvolve sob a égide do direito público e a gestão privada a atividade que aquela entidade desenvolve nos termos do direito privado<sup>233</sup>, fazemos referência aos dois regimes de responsabilidade civil da Administração atualmente consagrados: o regime da responsabilidade por atos de gestão privada – consta do Código Civil – e o regime da responsabilidade por atos de gestão pública – consta da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que aprovou o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades, no que diz respeito à responsabilidade extracontratual, e do CCP, no tocante à responsabilidade emergente da violação de contratos administrativos<sup>234</sup>.

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO refere que a responsabilização do Estado “*não cumpre uma função essencialmente diferente, nos fins e nos meios, por comparação, com o instituto da responsabilidade civil “privada”*”<sup>235</sup>.

Refere ainda o mesmo autor que existe no nosso ordenamento jurídico um princípio: princípio geral de responsabilidade civil por danos, aplicável tanto a entidades públicas como privadas; e dois sistemas: responsabilidade civil pública<sup>236</sup> e privada.<sup>237</sup>

Poder-se-á levantar a questão de, sendo o mesmo princípio que está na base de ambas as responsabilidades, quais os fundamentos que justificam a existência da responsabilidade civil pública.

---

<sup>232</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 580.

<sup>233</sup> Cfr. VARELA, Antunes, Código Civil Anotado, vol. I, Coimbra Editora, 2010, p. 346.

<sup>234</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 592.

<sup>235</sup> No mesmo sentido, *Vd.* DIOGO FREITAS DO AMARAL que conclui que ainda que com algumas particularidades, a responsabilidade civil que decorre do exercício da função administrativa não é essencialmente diferente do instituto homólogo regulado pelo direito privado, podendo ambas ser fonte autónoma de relações jurídicas de natureza obrigacional - a obrigação de indemnizar (responsabilidade extracontratual); ou decorrer do incumprimento de relações jurídicas preexistentes (responsabilidade obrigacional ou, por tradição, responsabilidade contratual) – Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 564.

<sup>236</sup> O instituto da responsabilidade pública, em sede constitucional, está previsto no art. 22.º da CRP.

<sup>237</sup> Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, “Responsabilidade de entidades privadas submetidas ao regime da responsabilidade pública”, *in* Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 88, 2011, p. 24.

A existência de um regime público de responsabilidade justifica-se, como refere MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, por duas razões: valorativas e técnicas<sup>238</sup>.

No que diz respeito às razões valorativas, entre outros motivos<sup>239</sup>, os particulares não têm de justificar/fundamentar as suas escolhas, as suas decisões, a forma como utilizam o seu dinheiro; já as entidades públicas têm obrigações, têm responsabilidades para com aqueles que representam.

Já quanto às razões técnicas, o autor refere que a atuação das entidades públicas coloca problemas específicos, que carecem de regras específicas decorrentes da aplicação do direito administrativo.

VIEIRA DE ANDRADE salienta os dois lados existentes na responsabilidade: é civil do lado do particular que é indemnizado, mas não do lado da atuação lesiva<sup>240</sup>.

De facto, a diferença de regimes não se baseia nos fins ou na consequência jurídica, correspondente à obrigação de indemnizar, mas sim nos *“pressupostos legais respetivos: de um lado, o exercício, por via unilateral ou contratual, da função administrativa; do outro, atuações regidas pelos princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual, as quais, quando realizadas por entidades administrativas, são consideradas idênticas àquelas”*<sup>241</sup>.

A Administração na sua atuação, visando a prossecução do interesse público, deve reger-se pelo princípio da legalidade<sup>242</sup>, ou seja, deve agir “com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos”<sup>243</sup>.

Como refere ALEXANDRA LEITÃO, também no plano axiológico, assente no princípio da legalidade e na prossecução do interesse público, se justifica a existência de uma responsabilidade pública pelo exercício da função administrativa<sup>244</sup>.

---

<sup>238</sup> Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, “Responsabilidade de entidades privadas (...)”, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>239</sup> Para mais desenvolvimentos relativamente às razões de ordem valorativa, *vd.* RAIMUNDO, Miguel Assis, “Responsabilidade de entidades privadas (...)”, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>240</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE *apud* LEITÃO, Alexandra, “*Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilícitude e presunção de culpa*”, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Direito Administrativo e Justiça Administrativa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, p. 45.

<sup>241</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 566.

<sup>242</sup> Princípio consagrado no art. 266.º, n.º 2 da CRP e no art. 3.º, n.º 1 do CPA.

<sup>243</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 38.

<sup>244</sup> Cfr. LEITÃO, Alexandra, “*Duas questões a propósito (...)*”, *ob. cit.*, p. 46.

Mais, o exercício da função administrativa implica o uso de poderes de autoridade dos quais resultam, não raras vezes, prejuízos para os particulares.

DIOGO FREITAS DO AMARAL define a responsabilidade da Administração como “a obrigação jurídica que recai sobre qualquer pessoa coletiva pública de indemnizar os danos que tiver causado aos particulares, seja no exercício da função administrativa<sup>245</sup>, seja no exercício de atividades de gestão privada”.

Em resultado das suas especificidades, ALEXANDRA LEITÃO defende mesmo uma solução legislativa, com a qual concordamos, que adote, de forma clara e expressa, a “unificação de um regime substantivo de responsabilidade pública aplicável aos danos provocados por atos e omissões integrados no exercício da função administrativa, de acordo com um conceito funcional e teleológico, definido em torno dos princípios da legalidade e da prossecução do interesse público e aplicável a todas as entidades administrativas e às entidades privadas que exerçam a função administrativa”<sup>246</sup>.

## **2. Instituto da responsabilidade no contexto dos contratos públicos**

### **2.1. Tipos de responsabilidade**

As fronteiras clássicas dividem a responsabilidade em contratual e extracontratual.

A responsabilidade contratual<sup>247</sup>, também denominada de obrigacional ou negocial, resulta do não cumprimento, *lato sensu*, dos deveres relativos próprios das obrigações contratuais, incluindo os deveres acessórios de conduta, ainda que impostos por lei, no seio da complexa relação obrigacional.

A responsabilidade extracontratual<sup>248</sup>, também denominada de delitual, extra-obrigacional, decorre de um facto ilícito ou de um facto que embora lícito cause danos.

---

<sup>245</sup> A este propósito, DIOGO FREITAS DO AMARAL refere que há “uma conexão entre a responsabilidade civil da Administração e o exercício da função administrativa: aquela responde por prejuízos causados “por ações ou omissões praticadas (por titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes) no exercício das suas funções e por causa desse exercício”.

<sup>246</sup> LEITÃO, Alexandra, “*Dois questões a propósito (...)*”, *ob. cit.*, p. 51.

<sup>247</sup> Prevista no art. 798.º e seguintes do Código Civil.

<sup>248</sup> Prevista no art. 483.º, n.º 1 e seguintes do Código Civil.

Relativamente à formação de contratos públicos dever-se-á ter em consideração uma “terceira via”<sup>249</sup> de ressarcimento do lesado: responsabilidade pré-contratual (*culpa in contrahendo*<sup>250</sup>).

A responsabilidade pré-contratual é “aquela que emerge da violação de deveres anteriores à própria celebração do contrato, nomeadamente os deveres de conduta decorrentes do princípio da boa fé negocial”<sup>251</sup>.

Nesta sede e, em virtude da qualificação da responsabilidade pela violação das regras de concurso na contratação pública, não se revela essencial proceder a uma descrição detalhada do instituto da responsabilidade contratual.

## 2.2. Qualificação da responsabilidade pela violação das regras de concurso na contratação pública

As hipóteses de responsabilidade pela violação das regras de concurso, tendo como resultado a recusa de visto pelo Tribunal de Contas, têm merecido a atenção da nossa jurisprudência administrativa no que diz respeito à sua qualificação: esta responsabilidade tem sido configurada como responsabilidade pré contratual e/ou extracontratual.

No Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 23/09/2003, proc. 1527/02 – respeitante à recusa de visto imputável à entidade adjudicante em resultado da violação de uma regra do concurso: irregularidade do programa de concurso derivada de erro na contagem do prazo para a apresentação das propostas – verificamos que o mesmo caracteriza a responsabilidade como pré-contratual e entende que a violação em causa se consubstanciava na violação de deveres pré-contratuais que decorrem da cláusula geral de boa fé, nos termos do art. 227.º do Código Civil.

O Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 07.10.2009, proc. 823/08, refere que a responsabilidade pré-contratual surge “quando se rompem as negociações, frustrando-se as expectativas de conclusão do negócio, quer o contrato venha a ser declarado nulo ou ineficaz”.

---

<sup>249</sup> A maioria da doutrina admite esta terceira modalidade. Todavia, nem toda a doutrina admite a mesma – Cfr., por todos, MENEZES CORDEIRO, António, “Tratado de Direito Civil Português”, Tomo II, Direito das Obrigações III, Coimbra, Almedina, p. 402.

<sup>250</sup> Terminologia clássica que se traduz na culpa na formação dos contratos que tem como consequência a responsabilidade pré-contratual.

<sup>251</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 596.

No Ac. de 17/03/2004, proc. 962/03 – respeitante à recusa de visto em consequência da publicação ilegal de novo aviso de concurso e à ocultação ao adjudicatário da recusa de visto – o Supremo Tribunal Administrativo tomou uma posição híbrida<sup>252</sup>: relativamente à publicação ilegal de novo aviso configurou como responsabilidade civil extracontratual, já quanto à ocultação ao cocontratante da recusa de visto esta foi configurada como responsabilidade pré-contratual, que radica no preceito do art. 227.º do Código Civil.

Atente-se que o presente aresto, ao contrário do Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 23/09/2003 – que configura a violação da regra de concurso como responsabilidade pré-contratual – configura essa violação como responsabilidade civil extracontratual.

Posteriormente, no Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 31/10/2006, proc. n.º 875/05, sobre uma recusa de visto fundamentada na inobservância, pela entidade adjudicante, de uma formalidade pré-contratual, entendeu-se que se estava perante *"(...) uma configuração mista<sup>253</sup> de responsabilidade extracontratual por facto ilícito e responsabilidade pré-contratual, derivada da violação da confiança e dos deveres de correção e colaboração, nos termos do artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil"*.

Da análise da jurisprudência aqui referida, podemos concluir que o Supremo Tribunal Administrativo tem configurado as situações em análise como responsabilidade mista, alicerçada na responsabilidade pré-contratual e extracontratual, “na medida em que pode estar diretamente em causa a violação de normas legais, ou de princípios gerais da contratação pública, a par da violação dos deveres pré-contratuais que decorrem da cláusula geral de boa fé”<sup>254</sup>.

RUI CARDONA FERREIRA refere que nestes casos – violação das regras de concurso, tendo como resultado a recusa de visto pelo Tribunal de Contas – o evento lesivo *“não é a própria decisão do Tribunal de Contas, nem um suposto incumprimento do contrato pelo contraente público, mas os atos ou omissões praticadas pela entidade adjudicante, no âmbito do procedimento pré-contratual, que conduziram à recusa do visto”*, pelo que uma vez que o ilícito praticado pela entidade adjudicante se insere no contexto de um procedimento orientado para a

---

<sup>252</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, Responsabilidade Civil em caso de recusa (...), *ob. cit.*, p. 25.

<sup>253</sup> No mesmo sentido, Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 23.09.2003, proc. 1572/02; Ac. Supremo Tribunal Administrativo de 17.03.2004, proc. 962/03; Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 31.10.2006, Recurso n.º 875/05; Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 18.10.2011, Proc. 322/2011 – que refere que para os efeitos que se estão a tratar é irrelevante o facto da fase procedimental do concurso já se encontrar extinta com a adjudicação e subsequente celebração do contrato.

<sup>254</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, Responsabilidade Civil em caso de recusa (...), *ob. cit.*, p. 27.

celebração de um contrato “a responsabilidade civil daí emergente deve ser qualificada ou aproximada ao instituto da culpa *in contrahendo*”<sup>255</sup>.

### 2.3. Responsabilidade pré-contratual

#### a. Enquadramento legal

Tem sido afirmado pela doutrina que Rudolph Von Jhering é o responsável pelos primeiros passos da teorização da responsabilidade das partes pela sua conduta no período pré-contratual, em virtude do ensaio<sup>256</sup> que publicou, em 1861, em que concluiu que quem faz uma proposta de contrato tem a obrigação de verificar o cumprimento de todas as suas formalidades, sob pena de, caso o contrato venha a ser declarado nulo por anomalias na sua formação, advir responsabilidade pelos danos eventualmente causados.

Em Portugal, em 1979, no Parecer n.º 138/79<sup>257</sup>, de 20/12, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República afirmou a sujeição da Administração às regras gerais da *culpa in contrahendo*, em resultado da ineficácia de um contrato por não ter visto do Tribunal de Contas, pelo facto de a entidade adjudicante não ter submetido o contrato a uma formalidade necessária<sup>258</sup>.

Hoje, discute-se na doutrina a natureza da responsabilidade pré-contratual. Por um lado, há quem defenda que se trata de uma responsabilidade contratual<sup>259</sup>, por outro que se trata de uma responsabilidade extracontratual<sup>260</sup> e há ainda quem defenda que se trata de uma “terceira via” da responsabilidade<sup>261</sup>, sendo um meio termo entre a responsabilidade contratual e a extracontratual.

---

<sup>255</sup>Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, “Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance”, in *Contencioso Pré-Contratual*, e-book, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2017, pp. 80

<sup>256</sup> Cfr. JHERING, Rudolf Von – *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, Publisher: Jena: Friedrich Mauke, 1860.

<sup>257</sup> In <http://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/6553>

<sup>258</sup> Cfr. LEITÃO, Alexandra, “A proteção judicial dos terceiros nos contratos da administração pública”, Coimbra, Almedina, 2002, p. 410.

<sup>259</sup> Cfr. a título de exemplo, com o fundamento de que, com o início das negociações, já existe um dever prévio de prestar: VARELA, João de Matos Antunes, “Das Obrigações em Geral”, Vol. I, 10.º Edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 271-272; PRATA, Ana, “Notas sobre a responsabilidade pré-contratual, 2.º edição, Almedina, 2005, p. 122; e MENEZES CORDEIRO, António, “Tratado de Direito Civil Português, tomo II (...)”, ob. cit., p. 401.

<sup>260</sup> Por todos, cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 301.

<sup>261</sup> Cfr. a título de exemplo: MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, “Direito das obrigações”, Vol. I, 5.º edição, Coimbra, Almedina, 2006, p. 356; e CARNEIRO DA FRADA, Manuel António, “Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? Coimbra, Almedina, 1997, p. 95.

Tendemos a acompanhar a doutrina que defende tratar-se de uma “terceira via”, pois acreditamos que essa será a posição que melhor poderá defender os casos referentes à violação de deveres que surgem na formação de um contrato entre as partes e que originam uma proteção da confiança.

Os fundamentos da responsabilidade civil pré-contratual da Administração encontram-se no art. 22.º da CRP, de mãos dadas com o princípio da proteção da confiança<sup>262</sup> e da boa fé<sup>263</sup>.

O princípio da proteção da confiança está relacionado com a ideia de segurança jurídica que se deve concretizar na estabilidade de uma situação favorável ao particular.

O art. 22.º da CRP, sob a epígrafe "*Responsabilidade das entidades públicas*", determina "o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem."

Sobre a interpretação do art. 22.º da CRP, JORGE MIRANDA defende que “não apenas todos os direitos devem receber tutela jurisdicional como, se lesados por qualquer modo, à atuação do Estado há de corresponder uma contrapartida de responsabilidade civil.”<sup>264</sup>

A responsabilidade pré-contratual está prevista no art. 227.º do Código Civil, cujo n.º 1 determina que “*quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*”.

Da leitura do preceito, do regime civilista, retira-se que a responsabilidade pré-contratual, consagrando a obrigação de indemnizar pelos danos que daí resultem, diz respeito à violação de um dever de conduta resultante do princípio da boa fé<sup>265</sup>, no decurso da formação de um

---

<sup>262</sup> Para mais desenvolvimento do princípio da proteção da confiança, Vd. BLANCO, Federico Castillo, “*La protección de confianza en el Derecho Administrativo*”, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998 e GARCÍA LUENGO, J. “*El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*”, Editorial Civitas, 2002, p. 387, que refere como fundamento do princípio da confiança “*El principio de protección de la confianza tal y como ha sido elaborado en la jurisprudencia del BVerwG se basa en la consideración de que aquellos que han confiado en la legalidad de un acto administrativo, no deben quedar en una situación peor, que la que gozarían si el acto administrativo no hubiese sido dictado*”.

<sup>263</sup> Cfr. art. 266.º, n.º 2 da CRP.

<sup>264</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge, “Manual de Direito Constitucional”, tomo IV, 3.º edição, Coimbra Editora, 2000, p. 288.

<sup>265</sup> Sobre a sujeição da atividade administrativa ao princípio da boa fé, vd. o art. 266.º, n.º 2 da CRP e o art. 10.º do CPA.

contrato e que o mesmo impõe “uma colaboração ativa no sentido da satisfação das expectativas alheias”<sup>266</sup>.

BAPTISTA MACHADO refere que existe “uma particular espécie de autovinculação, uma particular relação de confiança, e a violação da fides constituirá fundamento suficiente de ilicitude”<sup>267</sup>.

Como se pode verificar, o art. 227.º do Código Civil não enumera os deveres que recaem sobre as partes durante a formação de um contrato, recorrendo à cláusula geral da boa fé.

MENEZES CORDEIRO desdobra o princípio da boa fé nos seguintes deveres<sup>268</sup>:

- (i) Dever de segurança: quem intervenha na preparação e formação de um contrato deve evitar que daí possam advir danos para a pessoa ou o património dos intervenientes;
- (ii) Dever de informação: quem intervenha na preparação e formação de um contrato deve prestar informação necessária para a correta formação e motivação da vontade;
- (iii) Dever de lealdade: quem negoceia num contrato não deve adotar condutas aptas a induzir os demais intervenientes em erro.

O princípio constitucional da boa fé está, assim, particularmente vocacionado para a responsabilidade pré-contratual.

A responsabilidade pela violação dos deveres de boa fé do Estado, ocorre quando, estando, naturalmente, preenchidos os pressupostos da tutela da confiança<sup>269</sup>, o contraente público não corresponde à confiança criada – no caso em análise, confiança é frustrada pela insusceptibilidade da execução do contrato – reportando-se a ilicitude ao desrespeito pela obrigação de corresponder à confiança gerada na esfera jurídica do particular.

---

<sup>266</sup> Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, “Direito das Obrigações” (...), *ob. cit.* p. 228-229.

<sup>267</sup> Cfr. BAPTISTA MACHADO, João, “Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis”, Almedina, 1999, p. 224.

<sup>268</sup> Cfr. Miranda, Jorge, “Manual de Direito Constitucional”, (...), *ob. cit.*, p. 288.

<sup>269</sup> Segundo MENEZES CORDEIRO, os requisitos para a tutela de confiança são: i. Situação de confiança: particular confiou na legalidade do contrato, que resultaria na concessão de visto e na sua plena execução; ii. Justificação para a confiança: ainda que exista a possibilidade de recusa de visto, particular confiou na conformidade legal do procedimento por parte da entidade adjudicante; iii. Imputação da confiança: expectativas legítimas do particular foram criadas pela entidade adjudicante; iv. Investimento de confiança: particular tem despesas ao longo do processo – Cfr. CORDEIRO, Menezes, “Tratado de direito civil”, Vol. I, 4.º edição, Lisboa, 2012, p. 872.

Cientes das várias situações típicas consideradas<sup>270</sup> que poderão gerar responsabilidade civil pré-contratual da Administração, iremos focar-nos, ao longo do presente capítulo, no grupo de casos diretamente relacionado com o objeto do nosso estudo, que se insere na categoria da celebração de um contrato que venha a ser declarado nulo ou ineficaz, em que o particular viu a sua convicção, da celebração de um contrato válido ou eficaz, frustrada por invalidades posteriormente invocadas.

#### b. Efetivação da responsabilidade civil pré-contratual

Em virtude da inexistência de uma definição legal substantiva do regime da responsabilidade pré-contratual, em concretização do princípio da boa fé, questiona-se se há uma real tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

A par da inexistência de uma definição legal substantiva, inexistente um único diploma legal que congregue o regime aplicável em matéria de responsabilidade civil por ato ilícito da entidade adjudicante no âmbito de um procedimento de formação de um contrato<sup>271</sup>.

Em matéria de ressarcimento de danos provocados pela prática de um ato administrativo pré-contratual deverá ter-se em conta os seguintes preceitos: art. 227.º do CC, o art. 105.º, n.º 3 do CCP e o art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007.

Com efeito, dever-se-á, numa primeira análise, atender ao art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007.

VIEIRA DE ANDRADE afirma que o disposto neste preceito consagra uma obrigação de indemnizar, por parte das entidades adjudicantes, por responsabilidade pré-contratual.

Dispõe esta norma 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”.

---

<sup>270</sup> Atualmente, é consensual a existência de 3 grupos de situações que geram responsabilidade civil pré-contratual: contratos não concluídos: situações de rutura abusiva, ilegítima, injustificada das negociações; celebração de um contrato desvantajoso para uma das partes; e celebração de um contrato que venha a ser declarado nulo ou ineficaz – Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, “Teoria Geral do Direito Civil”, 3.º edição, Coimbra Editora, p. 443 e CARDONA FERREIRA, Rui, “A responsabilidade das entidades adjudicantes” (...), *ob. cit.*, 17.

<sup>271</sup> Cfr. CORDEIRO, Maria Ataíde, “A responsabilidade civil da entidade adjudicante no âmbito de um procedimento de formação de um contrato público, em especial, a responsabilidade adveniente da não outorga do contrato”, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.º edição, AAFDL, Lisboa, 2017.

O âmbito de aplicação do regime ínsito na norma em apreço incide sobre a violação de uma norma verificada no âmbito de um procedimento de formação dos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços<sup>272</sup>.

Na parte final da presente disposição decorre que a indemnização só pode ser atribuída "(...) de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário".

O legislador deixa, assim, ao intérprete a tarefa de concretizar esta norma e de identificar os pressupostos da obrigação de indemnizar previstos no direito da União Europeia, pelo que esta norma deve ser interpretada tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, as Diretivas "Recurso" e, a título subsidiário, o regime em matéria de responsabilidade civil.

MARIA JOÃO ESTORNINHO<sup>273</sup> refere que o presente preceito deve, ainda, ser interpretado de acordo com o princípio geral de responsabilidade das entidades públicas, conforme o art. 16.º do CPA<sup>274</sup>.

A verdade é que a parte final do normativo em análise, não indicando o regime ou os pressupostos para a responsabilidade em causa, remete os requisitos da responsabilidade civil extracontratual para os requisitos definidos pelo direito comunitário.

Esta remissão é apontada por alguns autores como uma "incapacidade" do legislador português de isolar os requisitos desta indemnização, devido, entre outros argumentos, à dificuldade de compreensão da jurisprudência do Tribunal de Justiça no que a esta matéria diz respeito<sup>275</sup>, e como sendo "desnecessária"<sup>276</sup>, tendo em conta que essas normas fazem parte integrante da

---

<sup>272</sup> Sobre esta "exclusividade", CARLOS FERNANDES CADILHA alerta que "(...) a existência de uma norma especial, reconhecendo um direito à reparação de danos por ilegalidade cometida no âmbito de 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."

<sup>273</sup> Cfr. ESTORNINHO, Maria João, "Responsabilidade das Entidades Públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise" *in* Cadernos de Justiça Administrativa, Braga, n.º 88, p.37-42.

<sup>274</sup> O artigo 16.º do CPA dispõe: "A administração Pública responde, nos termos da lei, pelos danos causados no exercício da sua atividade."

<sup>275</sup> Cfr. EIRÓ, Vera, A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes, Fundamento e pressupostos, Almedina, 2013, p. 450.

<sup>276</sup> Cfr. LEITÃO, Alexandra, "Duas questões a propósito (...)", *ob. cit.*, p. 46 e VIEIRA DE ANDRADE, "A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entes públicos, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3951, p. 365.

ordem jurídica nacional e, como consequência, do bloco de legalidade por que se deve guiar a atuação da Administração pública.

Em resultado desta norma não ter conteúdo próprio, sendo meramente remissiva para as regras de direito da União Europeia<sup>277</sup>, não dispensa a consideração das regras gerais do sistema de responsabilidade civil português<sup>278</sup>.

Arriscamo-nos, até, a dizer que esta é uma daquelas normas que se encaixa na perfeição nas normas jurídicas que, como refere MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “criam mais problemas do que resolvem”.

RUI CARDONA FERREIRA coloca mesmo algum grau de culpa na “fórmula vazia”<sup>279</sup> consagrada no art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007 para o atual “estado das coisas”<sup>280</sup>.

Para além da ausência expressa da consagração de um elenco de situações geradoras de responsabilidade civil pré-contratual da Administração, as normas de direito comunitário e as disposições referentes a esta matéria no CCP não clarificam a medida da indemnização.<sup>281</sup>

### c. Influência do direito da União Europeia

Em resultado da remissão do art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007 para o direito da União Europeia, cumpre-nos analisar a sua influência no regime da responsabilidade civil das entidades públicas.

---

<sup>277</sup> CARLA AMADO GOMES refere que os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo Direito Comunitário, em sede de contencioso pré-contratual, “apontam para uma objetivização da responsabilidade das entidades adjudicantes, dissolvendo a culpa na ilicitude”. – Cfr. GOMES, Carla Amado, “Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas?” in Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2014 - II, p. 206.

<sup>278</sup> Cfr. CARDONA FERREIRA, Rui, “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 97, 2012, p. 14; FERNANDES CADILHA defende que “havia toda a vantagem que a norma do art. 7.º, n.º 2, tivesse um conteúdo perceptivo mais claro, e não apenas meramente remissivo para o direito comunitário, em termos de poder contribuir para resolver as dúvidas que se colocam na prática jurisprudencial”, alertando que a prática jurisprudencial aconselha a rever determinados aspetos numa futura revisão da Lei n.º 67/2007.

<sup>279</sup> Assente no pressuposto de que a “contratação pública é antes de tudo direito administrativo europeu”, ESPERANÇA MEALHA refere que o mercado único exige que “os poderes públicos, em toda a União Europeia, adotem procedimentos de escolha dos co-contratantes que garantam a concorrência e respeitem princípios de igualdade de tratamento, não discriminação, transparência, reconhecimento mútuo e proporcionalidade, o que passa por uma mais transparente e eficaz articulação entre as normas de direito interno e as normas Comunitárias que aquelas visam transpor e aplicar no direito nacional, o que não pode passar pela mera introdução de normas remissivas, vazias de conteúdo” (sublinhado nosso).

<sup>280</sup> O autor, com referência aos concorrentes ilicitamente preteridos da regular execução do contrato objeto do procedimento, refere-se à falta de reforço da tutela ressarcitória dos particulares e à escassez de decisões que tenham condenado as entidades adjudicantes ao ressarcimento do interesse contratual positivo – Cfr. CARDONA FERREIRA, Rui, “A Responsabilidade das entidades adjudicantes” (...), p. 11.

<sup>281</sup> Cfr. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Regime da Responsabilidade (...), *ob. cit.*, p. 11

Na redação originária, o art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007, 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 termos da presente lei”, este preceito remetia, assim, 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 do art. 10.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007<sup>282</sup>.

A fim de dar plena satisfação às exigências do direito comunitário, a primeira alteração<sup>283</sup> da Lei n.º 67/2007, pela Lei n.º 37/2008, de 17 de julho, pouco depois da sua entrada em vigor, incidiu sobre o presente preceito.

Atualmente, e como já referido, o art. 7.º, n.º 2 da Lei 67/2007 faz uma “remissão expressa”<sup>284</sup> para os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário.

Essa remissão vem dar “*plena satisfação às exigências do direito comunitário em matéria de contratação pública, tomando claro que o direito de indemnização se basta com uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário.*”<sup>285</sup>

Quanto ao direito da União Europeia, em matéria de responsabilidade do Estado por incumprimento, a “génese do princípio da responsabilidade dos Estados-Membros por incumprimento (...) é de índole jurisprudencial, devendo-se à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJ) – hoje Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)”<sup>286</sup>.

Os requisitos da responsabilidade dos Estados-membros foram fixados inicialmente pela jurisprudência *Francovich*<sup>287</sup>, tendo posteriormente sido fixados três requisitos para o direito à reparação na jurisprudência *Brasserie du Pêcheur*<sup>288</sup>: (i) a regra de direito comunitário violada

---

<sup>282</sup> Cfr. FERNANDES CADILHA, Carlos, “Responsabilidade pré-contratual (...)”, ob. cit., p. 26.

<sup>283</sup> Procedeu-se à alteração deste preceito, na sequência de nova condenação da República Portuguesa pelo Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 10.01.2008, Proc. n.º C-70/06, no processo intentado pela Comissão com fundamento na violação do direito comunitário (Diretiva Recursos), em virtude de o Estado Português não ter revogado o Decreto-Lei n.º 48 051, que continha a culpa como requisito da responsabilidade civil da Administração.

<sup>284</sup> Cfr. MOTA PINTO, Paulo, Responsabilidade por violação das regras de concurso para celebração de um contrato (em especial o cálculo de indemnização), in Estudos de Contratação Pública, Vol. II, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010, p. 279

<sup>285</sup> Cfr. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas: Balanço e perspetivas futuras, in Revista Direito Administrativo, n.º 3, Setembro/Dezembro, 2018, p. 11

<sup>286</sup> Cfr. RANGEL DE MESQUITA, Maria José, “Influência do direito da União Europeia nos regimes de responsabilidade pública”, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 88, julho/agosto, 2011, p. 6

<sup>287</sup> Cfr. Ac. do TJ, de 19.11.1991, *Francovich*, proc. C-6/90 e C-9/90.

<sup>288</sup> Cfr. Ac. do TJ, de 05.03.1996, *Brasserie du Pêcheur*, proc. C-46/93 e C-48/93, n.º 51.

tenha por objeto conferir direitos aos particulares; (ii) a violação seja suficientemente caracterizada<sup>289</sup>; (iii) exista um nexo de causalidade direto entre a violação e o prejuízo sofrido pelos particulares.

Pese embora o direito originário da União Europeia não preveja disposições expressas sobre o princípio da responsabilidade dos Estados-membros por incumprimento, encontramos no direito derivado algumas expressões, consagradas na Diretiva “recursos” e na Diretiva ‘recursos’ para os setores especiais<sup>290</sup>.

As diretivas, sendo um dos instrumentos jurídicos utilizados pela União Europeia, vinculam os Estados-Membros destinatários quanto ao resultado a alcançar, de forma a adaptarem o direito nacional aos objetivos fixados nas mesmas, mas deixam às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios<sup>291</sup>.

A Diretiva “recursos”, correspondente à Diretiva 89/665/CEE<sup>292</sup>, do Conselho, de 21 de dezembro, e a Diretiva ‘recursos’ para os setores especiais, correspondente à Diretiva 92/13/CEE<sup>293</sup>, do Conselho, de 25 de fevereiro, impuseram aos Estados-Membros que tomassem as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes de contratos de direito público pudessem ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível.

Para além de imporem meios de tutela à disposição dos lesados por violação das regras comunitárias ou nacionais na formação dos contratos, estas diretivas estabeleceram a obrigação de os Estados-membros preverem indemnizações.

---

<sup>289</sup> A definição de violação suficientemente caracterizada apresenta-se complexa, devendo levar em conta os seguintes elementos, de acordo com o Ac. Brasserie du Pêcheur, n.º 56: (i) grau de clareza e precisão da norma violada; (ii) âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias; (iii) carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado; (iv) carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito; (v) atitudes adotadas por uma instituição comunitária terem contribuído para a omissão; (vi) adoção ou manutenção de medidas nacionais contrárias ao direito comunitário. – Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, “Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance”, *in* Contencioso pré-contratual, 1.ª edição, Lisboa, CEJ, 2017, p. 78.

<sup>290</sup> Cfr. RANGEL DE MESQUITA, Maria José, “Influência do direito da União Europeia (...)”, *ob. cit.*, p. 9

<sup>291</sup> Cfr. em <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/6/as-fontes-e-o-ambito-de-aplicacao-do-direito-da-uniao-europeia>

<sup>292</sup> Esta Diretiva coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos, modificada pelas Diretivas 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de julho, e 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro.

<sup>293</sup> Esta Diretiva, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e telecomunicações, modificada pelas Diretivas 2006/97/CE, do Conselho, de 20 de novembro e 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro.

No entanto, a Diretiva 89/665/CEE, no seu art. 2.º, n.º 1, al. c), apenas estabelece que os órgãos jurisdicionais devem dispor da faculdade de atribuir indemnizações aos lesados, por decisões proferidas no âmbito de um procedimento pré-contratual de direito público que tenham violado o direito comunitário, não regulando, todavia, os termos em que essas indemnizações devem ser atribuídas.

Já a Diretiva 92/13/CEE, no seu art. 2.º, n.º 7, embora mais precisa, apenas prevê poderes para a concessão de indemnizações por perdas e danos às pessoas lesadas pela violação e quando esse pedido de indemnização por perdas e danos seja relativo aos custos incorridos com a preparação da proposta ou a participação num procedimento pré-contratual o particular apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que “teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicado por essa violação”.

Da leitura do art. 2.º, n.º 7 da presente Diretiva podemos retirar três requisitos de cuja verificação depende a obrigação de indemnizar<sup>294</sup>:

- (i) Atuação ou omissão ilícita e lesiva de direitos ou interesses legalmente protegidos;
- (ii) Existência de dano real;
- (iii) Nexó de causalidade entre aquela atuação ou omissão e a ocorrência dos danos.

Da análise dos requisitos, conclui-se que a Diretiva entende que a obrigação de indemnizar não está dependente da existência de culpa.

Alguns autores<sup>295</sup> questionaram se a presente diretiva pretendia abranger apenas o dano pelo interesse contratual negativo, tendo em conta a expressa menção a “custos incorridos com a preparação da proposta ou a participação num procedimento pré-contratual”, tem, no entanto, entendido a doutrina que essa limitação é apenas 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 do concurso, pelo que não prejudica o ressarcimento do interesse contratual positivo.<sup>296</sup>

---

<sup>294</sup> Cfr. MEALHA, Esperança, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos (notas ao art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro)”, in *Julgar* n.º 5, Coimbra Editora, 2008, p. 106.

<sup>295</sup> Cfr. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade (...)*, ob. cit., p. 11

<sup>296</sup> Cfr. CORDEIRO, Maria Ataíde, “A responsabilidade civil da entidade adjudicante (...)”, ob. cit., Nota 5; MOTA PINTO, Paulo, “Responsabilidade por violação de regras (...)”, ob. cit., p. 288.

Assim, as Diretivas “Recursos” garantem o direito à indemnização dos lesados em virtude da violação ocorrida nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos abrangidos pela Diretiva n.º 2004/17/CE e a Diretiva n.º 2004/18/CE, ambas de 31.03.2004, tendo estas diretivas sido revogadas, respetivamente, pela Diretiva n.º 2014/25/UE e 2014/25/UE, ambas de 26.02.2014<sup>297</sup>.

Ainda que os pressupostos do direito comunitário devam ser levados em consideração, os mesmos requerem a articulação com o regime de responsabilidade civil da Administração previsto na Lei n.º 67/2007.

Em virtude de o art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007 nada dizer relativamente aos pressupostos da responsabilidade civil pré-contratual do Estado, iremos, de seguida, analisar os mesmos, a fim de compreendermos como se aplica este tipo de responsabilidade.

#### d. Inexigibilidade do juízo de culpa

No ordenamento jurídico nacional, a culpa é a componente subjetiva do facto ilícito, isto é, “o juízo de censura através do qual se imputa o facto ao lesante”<sup>298</sup>, conforme art. 438.º, n.º 1 do Código Civil.

No que se refere à responsabilidade civil da Administração por facto ilícito, no seguimento da orientação fixada pela jurisprudência, consagrou-se uma presunção de culpa.

No entanto, a alteração<sup>299</sup> do art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007 teve como fundamento o afastamento da aplicação da presunção de culpa<sup>300</sup>, em satisfação das exigências do direito

---

<sup>297</sup> As Diretivas foram transportas pelo Direito nacional através do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, para o Código dos Contratos Públicos.

<sup>298</sup> Cfr. MEALHA, Esperança, “Responsabilidade civil nos procedimentos (...)”, *ob. cit.*, p. 108

<sup>299</sup> Esta alteração sofreu e sofre críticas: CARLA AMADO GOMES defende que o legislador deveria ter remetido o dispositivo para o regime das Diretivas e não “atirar” o intérprete para o direito comunitário, uma vez que este não define um regime de responsabilidade civil extracontratual dos Estados-membros, nem o TJUE, na sua jurisprudência, defende uma solução de responsabilidade objetiva – Cfr. GOMES, Carla Amado, “O livro das ilusões: a responsabilidade do estado por violação do direito comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de dezembro”, in Revista do CEJ, 1.º semestre, n.º 11, 2009, p. 293-294.

<sup>300</sup> Esta não é, todavia, a posição de toda a doutrina. Há autores que defendem que da remissão para os requisitos do direito comunitário apenas decorre a necessidade de aligeirar a prova da culpa, sendo a presunção de culpa leve estabelecida no art. 10.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007 suficiente para cumprir com as imposições do direito comunitário – Cfr. OLIVEIRA, Heloísa, “Jurisprudência comunitária e o Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – influência, omissão e desconformidade”, in O Direito, Tomo I, Ano 142.º, 2010, p. 154.

comunitário, sendo atualmente a responsabilidade aqui prevista “de carácter objetivo e com uma função exclusivamente reparadora”<sup>301</sup>.

As Diretivas recursos<sup>302</sup> não admitem que o direito a indemnização esteja sujeito à demonstração da existência de culpa, dolo ou negligência, na prática do ato ilícito, pelo que “para obrigar à reparação do dano, o direito comunitário basta-se com a constatação (objetiva) de um comportamento anti-jurídico, ofensivo de direitos ou interesses legalmente protegidos e causal de danos”<sup>303</sup>, não sendo a culpa requisito, a mesma encontra-se ínsita na ilegalidade cometida.

Assim, o art. 7.º, n.º 2 consagra o princípio da responsabilidade objetiva da Administração quanto à indemnização de prejuízos causados pela violação das normas constantes do CCP que regem os procedimentos de formação de determinados contratos: a obrigação de indemnizar, nestes casos, não pode estar subordinada a uma condição extraída do conceito de culpa que vá para além da *violação suficientemente caracterizada*.

Neste sentido, acompanhamos o entendimento de CARLA AMADO GOMES quando refere que este princípio de responsabilidade objetiva é limitado às situações de violação das normas que regem a formação de contratos, ou seja, não se aplica a toda a responsabilidade por facto ilícito administrativo.

A autora aponta duas razões para esta limitação: (i) não se retira da jurisprudência da União Europeia que o Direito da União prescinde do requisito culpa em todas as áreas de responsabilidade – administrativo, jurisdicional e legislativo – e (ii) por estarmos diante de um tipo de responsabilidade que configura um género híbrido, que não pode ser aplicado de forma indistinta<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> Cfr. MACHETE, Pedro, “A responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da prova”, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 69, maio/junho, 2008, p. 40

<sup>302</sup> As Diretivas recursos condicionam a obrigação de indemnizar à verificação de três pressupostos:

- i. Atuação (omissão) ilícita e lesiva de direitos ou interesses legalmente protegidos;
- ii. Existência de um dano real;
- iii. Nexo de causalidade entre aquela atuação 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”. – Cfr. MEALHA, Esperança, “*Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos (Notas ao artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro)*”, in *Julgar* n.º 5, 2008, p. 106

<sup>303</sup> Cfr. MEALHA, Esperança, “Responsabilidade civil nos procedimentos (...)”, *ob. cit.*, p. 109.

<sup>304</sup> Cfr. GOMES, Carla Amado, “Nota breve sobre a tendência de objetivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro”, in *Responsabilidade civil do estado ebook*, 2014, CEJ, p. 84.

Como resultado deste entendimento, temos, no nosso ordenamento jurídico, um regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, por facto ilícito praticado no exercício da função administrativa com diferenciações nos pressupostos:

1. Facto ocorreu no decorrer da formação do contrato: – art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007 – não depende do juízo de culpa.
2. Facto ocorreu noutra atividade administrativa: – aplicam-se as regras gerais da Lei n.º 67/2007 – depende do juízo de culpa.

Note-se, no entanto, que a objetivação da culpa para a responsabilidade aqui em análise, não impede a aplicação dos restantes pressupostos da responsabilidade civil pelo exercício da função administrativa, nomeadamente: ilicitude; danos e nexos de causalidade, como veremos adiante.

#### e. Ilicitude

A ilicitude consiste numa atuação antijurídica, isto é, numa conduta contrária às normas ou princípios jurídicos e, portanto, ilegal<sup>305</sup>.

A definição de ilicitude vem prevista no art. 9.º da Lei n.º 67/2007, que dispõe: “consideram-se ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”.

Da análise deste preceito, MARGARIDA CORTEZ conclui que “a ilicitude não se basta com a genérica antijuridicidade, uma vez que pressupõe a violação de uma posição jurídica substantiva (direito subjetivo ou interesse legalmente protegido) do particular”<sup>306</sup>.

Assim, da violação de normas ou princípios apenas pode resultar ilicitude quando essas normas e princípios tiverem por fim a proteção dos seus direitos ou interesses.

A referência a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos aproxima o presente regime de ilicitude aos quadros do Direito Civil, conforme art. 483.º do Código Civil<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> Na contratação pública, a atuação ilegal poderá incluir, a título de exemplo, ato praticado no decurso do procedimento, violando as regras estabelecidas no programa do concurso, o caderno de encargos ou qualquer documento conformador do procedimento. Cfr. MEALHA, Esperança, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos (notas ao art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro)”, in *Julgar* n.º 5, Coimbra Editora, 2008, p. 158.

<sup>306</sup> Cfr. CORTEZ, Margarida, “Responsabilidade civil da administração por atos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra Editora, 2000, p. 71

Em conclusão, não é qualquer ilegalidade que determina o surgimento de um ato ilícito gerador de responsabilidade, sendo necessário a presença de uma ilegalidade “qualificada”, exigindo-se uma intenção normativa de proteção do interesse do particular”<sup>308</sup>.

A fim de se identificar as ilegalidades relevantes do ponto de vista da ilicitude, dever-se-á distinguir as normas instrumentais/formais das normas substantivas/materiais.

Que as normas substantivas geram ilicitude não há qualquer dúvida. A dúvida prende-se com as normas formais.

No que se refere à responsabilidade civil extracontratual da Administração, a maioria da doutrina e da jurisprudência começaram por se pronunciar no sentido da irrelevância de vícios formais, orgânicos ou procedimentais<sup>309</sup>.

No entanto, na sequência do Acórdão n.º 154/2007 do Tribunal Constitucional, de 2 de março de 2007 “passou a ser aceite na doutrina e jurisprudência o entendimento de que, pelo menos em certos casos, a Administração Pública pode incorrer em responsabilidade civil pelos danos causados por atos inquinados por vícios meramente formais ou procedimentais”<sup>310</sup>.

#### f. Danos tutelados: a medida da indemnização

Pretendemos, no presente subcapítulo, clarificar quais os danos indemnizáveis, a fim de delimitarmos, se possível, o âmbito dos mesmos.

Antes de avançarmos para uma análise jurisprudencial e doutrinal sobre a medida da indemnização, analisaremos os conceitos utilizados relativamente aos danos.

- Dano e nexos de causalidade:

---

<sup>307</sup> Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de, “Artigo 9.º” in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p. 254.

<sup>308</sup> Cfr. CORTEZ, Margarida, “Responsabilidade civil da administração (...)”, *ob. cit.*, p. 71

<sup>309</sup> Cfr. CALDEIRA, Marco, “Da legitimidade ativa no contencioso pré-contratual – em especial, os pedidos impugnatórios baseados na ilegalidade das peças procedimentais”, in Revista do Ministério Público 134: abril/junho, 2013, p. 293; Neste sentido, *Vd.* CORTEZ, Margarida, “Responsabilidade civil da administração (...)”, *ob. cit.*, p. 75.

<sup>310</sup> Cfr. CALDEIRA, Marco, “Da legitimidade ativa no contencioso (...)”, *ob. cit.*, p. 293.

Indemnizar significa a “eliminação da perda in natura, real, infligida em interesses juridicamente protegidos”<sup>311</sup>.

Para que exista direito a indemnização é “condição essencial”<sup>312</sup> que exista dano.

O dano é “fundamento e limite da obrigação de indemnizar, pois não existe indemnização sem dano, como também não existe indemnização para além dele.”<sup>313</sup>

Todavia, como bem refere MARGARIDA CORTEZ, nem todo o dano é indemnizável, isto é, “nem todo o dano apresenta dignidade suficiente para ser objeto de reparação”.

A questão do âmbito dos danos é de grande relevância prática e jurídica, pois “trata-se de definir a extensão do direito dos particulares de exigir indemnização às entidades adjudicantes em sede de responsabilidade pré-contratual”<sup>314</sup>.

A fim de delimitar a extensão do dever de indemnizar, deve-se, num primeiro momento apurar da real conexão dos danos com o ato ilícito presente na responsabilidade em causa, isto é, “circunscrever a indemnização dos danos relativamente aos quais o facto ilícito tenha sido condição necessária da sua verificação”<sup>315</sup>.

Os danos têm de constituir consequência do facto ilícito – ato ou omissão ofensivo dos direitos ou interesses legítimos dos interessados –, de forma a merecerem ser reparados, sendo o critério normalmente utilizado o da causalidade adequada.

Assim, “só serão indemnizáveis os danos que, em abstrato, figurem como consequência adequada do facto ilícito”<sup>316</sup>.

Esta é, aliás, a posição do artigo 563.º do Código Civil que indica que “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

A fim de determinar se o facto foi causa adequada do dano “deve proceder-se à realização de um juízo de prognose posterior (ou prognose póstuma), i.e., um juízo de probabilidade reportado ao momento da ação e que tem por fim determinar, com base nas circunstâncias reconhecíveis à

---

<sup>311</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 566.

<sup>312</sup> Cfr. CORTEZ, Margarida, “Responsabilidade civil da administração (...)”, *ob. cit.*, p. 106.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>314</sup> Cfr. EIRÓ, Vera, Adjudicar, não contratar e... indemnizar - Ac. STA n.º1/2010, de 22.10.2009, P.557/08, in Caderno de Justiça Administrativa, n.º 80, p. 39

<sup>315</sup> Cfr. CORTEZ, Margarida, “Responsabilidade civil da administração (...)”, *ob. cit.*, p. 107.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 107.

data por um observador objetivo, incluindo as circunstâncias que, apesar de ignoradas por terceiros, eram efetivamente conhecidas do lesante na mesma data, se eram prováveis ou prejuízos”<sup>317</sup>.

MARGARIDA CORTEZ entende que, no âmbito da responsabilidade da Administração, a determinação donexo causal deve ser efetuada com base no critério do fim da norma<sup>318</sup>, ou seja, questionar se o dano cai dentro do âmbito de proteção da norma (se figura entre os danos que a norma de conduta violada tinha por fim prevenir).

No fundo, a autora utiliza o mesmo critério para aferir a ilicitude, referindo que “devem ser excluídos do objeto da indemnização aqueles danos cuja ocorrência não se deveu à ilegalidade cometida”.

Diretamente sobre a medida do dano, MENEZES CORDEIRO refere que “o dano indemnizável deve ter a medida da lesão sofrida com o ato ilícito e com a expectativa ou confiança que foi violada”<sup>319</sup>.

Existem, no nosso ordenamento jurídico, duas modalidades de indemnização: reconstituição *in natura*<sup>320</sup> e a indemnização por equivalente pecuniário.

Não sendo possível a reconstituição *in natura*, haverá que proceder à reparação por sucedâneo ou equivalente pecuniário – que irá exprimir o valor pecuniário do prejuízo sofrido<sup>321</sup>.

Dispõe o art. 566.º, n.º 2 do Código Civil “(...) a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”.

O dano patrimonial mede-se, assim, através de uma diferença – “a diferença entre a situação real atual do lesado e a sua situação hipotética atual, i.e., a situação em que o lesado se encontraria se não fosse o ato lesivo”<sup>322</sup> – o que permite que se considere “não apenas o dano emergente (*damnum emergens*), que compreende a perda ou diminuição de valores já existentes no património do lesado, mas também o lucro cessante (*lucrum cessans*), que se refere aos benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão, i.e., o acréscimo

---

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>318</sup> Sem prescindir da teoria da adequação.

<sup>319</sup> Cfr. CORDEIRO, António Menezes, “Tratado de Direito Civil”, I, (...), *ob. cit.*, p. 346.

<sup>320</sup> O art. 566.º, n.º 1 do Código Civil prioriza a reconstituição *in natura*.

<sup>321</sup> Cfr. CORTEZ, Margarida, “Responsabilidade civil da administração (...)”, *ob. cit.*, p. 110

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 110.

patrimonial frustrado, que se determina segundo critérios de verosimilhança ou de probabilidade”<sup>323</sup>.

- Danos emergentes e lucros cessantes:

Em função da determinação do alcance da tutela ressarcitória, o ordenamento pode exigir uma indemnização limitada aos danos emergentes, que correspondem aos “prejuízos causados nos bens ou direitos já existentes na esfera jurídica do particular no momento da lesão”<sup>324</sup>, ou seja, há uma diminuição do património devido a essa lesão.

Os lucros cessantes são “os benefícios que o lesado deixou de obter por causa da conduta lesiva, mas que à data da lesão não tinha ainda direito”<sup>325</sup>, isto é, a indemnização deve compensar a não concretização de uma vantagem que se teria verificado se não fosse a ocorrência do ato lesivo.

Esta distinção destes dois tipos de dano está expressa no art. 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”.

- Interesse contratual negativo, interesse contratual positivo e perda de chance:

Na responsabilidade pré-contratual, a medida da indemnização poderá corresponder ao interesse contratual positivo, ao interesse contratual negativo e à perda de chance.

O interesse contratual negativo, ou dano de confiança, traduz-se nos danos que o lesado não teria sofrido se não fosse a expectativa do contrato, assim, o lesado deve ser 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 e, sobretudo, se não tivesse elaborado e apresentado uma proposta”<sup>326</sup>.

O dano de confiança pode incluir o dano emergente e o lucro cessante.

---

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>324</sup> Cfr. CALVÃO, Filipa, “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas”, organização de Rui Medeiros, Universidade Católica Editora, 2013, p. 93.

<sup>325</sup> Cfr. CALVÃO, Filipa, “Artigo 3.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade (...)*, *ob. cit.*, p. 93.

<sup>326</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, “A tutela ressarcitória no (...)”, *ob. cit.*, p. 860.

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ refere que quanto à determinação do “patamar mínimo indenizatório”, o conceito menos ambicioso de interesse contratual negativo ainda é mais ambicioso do que o conceito de danos emergentes, podendo abranger lucros cessantes<sup>327</sup>.

Repare-se: se o ordenamento exige que o lesado seja colocado na situação em que se encontraria se não tivesse celebrado o contrato, tal situação poderia ter permitido ao lesado o aproveitamento de outras oportunidades de negócio.

A este propósito, o Supremo Tribunal Administrativo<sup>328</sup> – embora recuse a indemnização dos lucros cessantes, entendendo que o dano indenizável se restringe, na responsabilidade pré-contratual, ao dano negativo (ou dano de confiança) – admite a indemnização da “*perda de uma ocasião de negócio*”, referindo que esta ainda cabe na categoria dos danos negativos (lucros cessantes dentro dos danos negativos).

Em face do exposto, podemos concluir, acompanhando o entendimento de PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, que se a entrega na celebração do contrato frustrado impedir a celebração de outro contrato, “o dano negativo tem a medida da perda da vantagem esperada”<sup>329</sup>.

O interesse contratual positivo, ou dano do cumprimento, corresponde ao benefício que a conclusão do negócio traria ao adjudicatário, ou seja, “é reportado ao *quantum* indenizatório necessário para colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido regular e integralmente executado”<sup>330</sup>.

A figura da perda de chance traduz-se nos danos decorrentes da “perda da possibilidade de obtenção de um benefício, nos casos de *probabilidade intermédia*<sup>331</sup> de surgimento de uma posição de vantagem numa esfera jurídica”<sup>332</sup>. Por não ser este o objeto do nosso estudo, não iremos desenvolver a presente figura, pelo que somente damos nota da sua existência.

---

<sup>327</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, “*A tutela ressarcitória no (...)*”, *ob. cit.*, p. 861.

<sup>328</sup> Cfr. Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 23.09.2003, proc. 01527/02 e, no mesmo sentido, Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 05.12.2007, proc. 653/07.

<sup>329</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, “*A tutela ressarcitória no (...)*”, *ob. cit.*, p. 861.

<sup>330</sup> *Ibidem*, p. 860.

<sup>331</sup> Ou seja, tem aplicação nas situações em que não seja possível demonstrar com total certeza que o concorrente preterido seria o adjudicatário.

<sup>332</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, “*A tutela ressarcitória no (...)*”, *ob. cit.*, p. 863.

Conhecidos os conceitos, estamos em condições de proceder à análise da jurisprudência e da doutrina<sup>333</sup> sobre a medida da indemnização na responsabilidade pré-contratual nos casos de violação de normas respeitantes à formação de contratos públicos, que resultaram na recusa de visto pelo Tribunal de Contas.

Neste domínio, da medida de indemnização, “a jurisprudência é algo errática e, por vezes, contraditória”<sup>334</sup> e não existe uniformidade na doutrina quanto ao alcance da indemnização na responsabilidade pré-contratual<sup>335</sup>.

No já citado Parecer n.º 138/79, de 20/12, foi analisado um caso de recusa de visto, pelo Tribunal de Contas, a um contrato de prestação de serviços. Afirmou o Conselho Consultivo que “(...) os atos causadores de ineficácia podem dar lugar a responsabilidade pré-contratual”, que “(...) a Administração deve considerar-se, entre nós, em princípio, sujeita à obrigação de indemnizar com fundamento em responsabilidade pré-contratual”<sup>336</sup> e que o âmbito da indemnização deveria incluir, ainda que excecionalmente, o interesse no cumprimento - danos positivos -, nomeadamente em casos de *ineficácia* do contrato celebrado<sup>337</sup>.

Todavia, e conforme se verá, este entendimento da inclusão dos danos positivos não tem tido acompanhamento pela grande maioria.

Na verdade, tendo em atenção o disposto no art. 227.º do Código Civil, a doutrina e a jurisprudência<sup>338</sup> têm maioritariamente entendido que o adjudicatário, na responsabilidade pré-contratual, tem direito a ser indemnizado apenas pelos danos negativos - dano da confiança -, isto é, pelos danos que não teria sofrido se não tivesse celebrado o contrato (ineficaz), de modo a colocar o lesado “(...) na situação em que (...) se encontraria, se o negócio se não tivesse efetuado”<sup>339</sup>, estando excluída a reparação do interesse positivo, ou seja, pelo benefício que a conclusão do negócio traria ao adjudicatário nas suas expetativas (vantagem económica que se obteria).

---

<sup>333</sup> Esta temática, relativa ao âmbito da indemnização, tem sido também discussão na doutrina de outros países europeus, sendo a doutrina italiana muito referenciada pela nossa doutrina, em especial, ALBERTO SAGNA, “Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale”, Milano, Giuffrè, 2004

<sup>334</sup> Cfr. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, “Regime da Responsabilidade Civil do Estado (...)”, ob. cit., p. 9.

<sup>335</sup> Cfr. PINTO, Paulo Mota, “Interesse contratual negativo (...)”, ob. cit., p. 967-968.

<sup>336</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, Responsabilidade Civil em caso de recusa (...), ob. cit., p. 25.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>338</sup> Veja-se, a título de exemplo, o Ac. do Supremo Tribunal Administrativo 31.05.2001, rec. 46919; o Ac. do Supremo Tribunal Administrativo 16.05.2001, rec. 46227; o Ac. do Supremo Tribunal Administrativo 23/09/2003, Proc. n.º 1527/02; Ac. do Supremo Tribunal Administrativo (1.º Seção), de 18.10.2011, Proc. 322/2011

<sup>339</sup> Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, Código Civil Anotado, Vol. I, Coimbra, p. 215

Assim, tratando-se de uma situação típica de responsabilidade pela confiança, os danos são, para a maioria, apenas aqueles que o lesado “*não teria sofrido se não tivesse confiado na realização do contrato.*”<sup>340</sup>

RUI CARDONA FERREIRA elenca três teses sobre a medida da indemnização na responsabilidade pré-contratual: (i) quem tende a considerar a *culpa in contrahendo* como fenómeno unitário e nega, em geral, a indemnizabilidade do interesse contratual positivo; (ii) quem admite, pelo contrário, essa indemnizabilidade em termos gerais e (iii) orientação doutrinária intermédia<sup>341</sup> – que tem vindo a ganhar peso: determina o âmbito do dano indemnizável de forma diferenciada em face dos vários casos padrão.

Com base nestas teorias, passamos a analisar a medida da indemnização do dano, através da análise doutrinal e jurisprudencial:

1) Responsabilidade pré-contratual como limite da indemnização aos danos negativos

DIOGO FREITAS DO AMARAL refere que para a doutrina civilista “*os danos em causa decorrem da violação do interesse contratual negativo – o interesse preterido em virtude de não chegar a haver contrato ou de o contrato celebrado não ser válido*”, pelo que, a medida do dano tem sido entendida de forma restritiva no âmbito da responsabilidade civil pré-contratual.

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, embora não aceite<sup>342</sup> que a tutela pré-contratual seja reconduzida ao simples critério (negativo), em virtude das diferenças<sup>343</sup> e dos interesses materiais envolvidos na formação de um contrato público, refere que o art. 277.º do Código Civil concretiza a compensação de um limitado conjunto de danos.

Refere o mesmo autor que a leitura da limitação da indemnização no art. 277.º do Código Civil trata-se de um “equivoco” que resulta “desde logo, do facto de se omitir que, mesmo em Direito Privado – onde não há em geral um “dever de adjudicação” –, aquele artigo 227.º só permite a

---

<sup>340</sup> Cfr. TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 3.ª edição, p. 58

<sup>341</sup> Cfr. Exemplos de autores que defendem esta teoria: PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA; BAPTISTA MACHADO e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA – Cfr. CARDONA FERREIRA, Rui, “A responsabilidade das entidades adjudicantes” (...), *ob. cit.*, p. 18.

<sup>342</sup> Neste sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ rejeita a procedência da tese presente nos seguintes arestos: Ac. do STA de 23.09.2009, proc. 01527/02 e de 12.02.2009, proc. 01068/08 ou o Ac. n.º 1/2010, de uniformização de jurisprudência, proc. 0577/08.

<sup>343</sup> O autor alerta para o facto da configuração jusprivatística da responsabilidade pré-contratual, prevista no art. 227.º do Código Civil, prever a formação de um negócio jurídico entre partes, ao abrigo da sua autonomia privada, podendo estas definir os prazos e as formas de vinculação, o que não acontece quando se trata da formação de um contrato público: não está ao dispor da autonomia privada das partes, sendo a entidade adjudicante que inicia o procedimento e que cria expectativas que levam os particulares a incorrer em despesas e investimentos de tempo e recursos. – Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, “A tutela ressarcitória (...)”, *ob. cit.*, p. 857.

limitação da indemnização nas fases iniciais da negociação”, pelo que, subsistindo uma vinculação contratual, “a indemnização pelo interesse contratual positivo é inevitável”.

Conforme já referido, a propósito da definição do dano negativo, no citado Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 23/09/2003, o Supremo Tribunal Administrativo, embora recuse a indemnização dos lucros cessantes, entendendo que o dano indemnizável se restringe, na responsabilidade pré-contratual, ao dano negativo (ou dano de confiança), admite a indemnização<sup>344</sup> da “*perda de uma ocasião de negócio*”, na categoria dos danos negativos (lucros cessantes dentro dos danos negativos)”.

No Ac. recorrido, proferido pelo Tribunal Administrativo de Círculo do Porto, pese embora o adjudicatário tenha pedido uma indemnização que abrangesse os danos correspondentes aos gastos com a preparação do contrato (danos negativos) e resultantes do incumprimento (danos positivos), a entidade adjudicante foi condenada a pagar apenas o montante correspondente ao ganho que este esperava obter com a realização do contrato.

Entendeu, assim, o doutro tribunal que a indemnização não deveria englobar os danos negativos, com a seguinte justificação:“(…) *autor deixou de auferir pelo facto da empreitada não se ter realizado, uma vez que pelos termos em que se formularam os pedidos, se afigura mais vantajoso para ele a obtenção do correspondente montante (o lucro esperado é sempre superior às despesas tidas com a preparação e execução das obras)*”.

No já citado Ac. de 17/03/2004, o Supremo Tribunal Administrativo defendeu, quanto à indemnização, por se tratar de responsabilidade pré-contratual, o interesse tutelado é o de quem razoavelmente confia no cumprimento dos deveres de boa fé pela contraparte, ou seja, o interesse contratual negativo, que é o da confiança.

No Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 31/10/2006, seguindo a linha de entendimento dos dois acórdãos acima referidos, limita o dano indemnizável ao interesse contratual negativo.

A mesma limitação da indemnização foi defendida no Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, em 12/02/2009, proc. 1068/08, referindo que não era possível “(…) aspirar a receber o montante relativo aos lucros que previsivelmente colheriam da execução da empreitada, ou seja, uma indemnização fundada em lucros cessantes positivos, mas apenas as despesas e perdas

---

<sup>344</sup> O Autor, no caso em análise, peticionou uma indemnização que abrangesse os danos “*correspondentes aos gastos com a preparação do contrato de empreitada (danos negativos)*” e as “*resultantes do incumprimento (danos positivos)*”.

provocadas pela frustração do negócio, a título de culpa na formação dos contratos por parte do réu”, nomeadamente, os custos com a apresentação das respetivas propostas, bem como pelos custos suportados após a celebração do contrato, tendo em vista a respetiva execução, incluindo os custos com equipamento e mão-de-obra.

O Ac. do Supremo Tribunal Administrativo (1.º Seção) de 18.10.2011, proc. 0322/11, dita que em caso de recusa de visto, o adjudicatário “(...) tem direito a ser indemnizado apenas pelos danos negativos (dano de confiança), isto é, pelos danos que não teria se não tivesse celebrado o contrato, não se incluindo na medida do dano ressarcível o lucro esperado com o cumprimento do contrato.”

Tem sido, também, usado o argumento de que o adjudicatário tem conhecimento da necessidade do visto para que o contrato se torne plenamente eficaz, pelo que, antes do visto, não pode ter expectativas de lucro com a execução do contrato<sup>345</sup>.

Em face do exposto, estes são apenas alguns exemplos<sup>346</sup> que, reportando a decisão sobre a extensão dos danos, entendem limitado o direito de indemnização do adjudicatário, no âmbito da responsabilidade pré-contratual, aos danos negativos ou por lesão da confiança, com exclusão, pois, dos danos positivos, ligados ao hipotético cumprimento do contrato não celebrado, ou seja, aos benefícios que colheriam da celebração do contrato.

Nesta sede, discutia-se qual o âmbito dos danos negativos, devido à emissão de pronúncias contraditórias.

A jurisprudência administrativa tem-se pronunciado sobre o âmbito dos danos negativos.

O Ac. de Uniformização de Jurisprudência proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo<sup>347</sup>, em 20.01.2010, proc. 557/08, em virtude de pronúncias contraditórias<sup>348</sup> quanto à inclusão, nos

---

<sup>345</sup> Cfr. Sentença do Tribunal Administrativo Central de 29/10/2010.

<sup>346</sup> Outros exemplos: Ac. do STA, de 31.05.2001, proc. 46 919; Ac. do STA, de 29.09.2005, proc. 0179/05; Ac. do STA, de 16.05.2001, proc. 46227.

<sup>347</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>348</sup> O Acórdão recorrido – Ac. do TCA Norte de 07/02/2008, proc. 134/04.2.BEPRT – afirma “(...) a recorrente apenas pode ser ressarcida dos danos resultantes dos gastos com a aquisição do processo, a elaboração da respetiva proposta e já não os resultantes da impossibilidade de realização do contrato, ou seja, dos lucros que se esperava obter - lucros cessantes - a que acresce o facto de também não haver sequer alegado que haja perdido alguma oportunidade de executar outro negócio durante o período previsto para aquela empreitada.” (Sublinhado nosso.)

O Acórdão fundamento, por sua vez, afirma “o referido artigo prevê, em sede de responsabilidade pré-contratual, o reembolso de despesas relacionadas com a adjudicação, bem como a relacionada com os encargos decorrentes da prestação de caução, não se incluindo no âmbito das primeiras aquelas que foram comuns a todos os outros concorrentes que foram preteridos.” (Sublinhado nosso.)

danos negativos, de determinadas despesas concretas, designadamente as relacionadas com a aquisição do processo de concurso e com a preparação da proposta, uniformiza nos seguintes termos: “se, após a adjudicação de uma empreitada de obras públicas, o dono da obra não promover a celebração do contrato, o direito do adjudicatário a ser indemnizado pelo dano negativo (dano de confiança) abrange as despesas com a aquisição do processo de concurso e com a elaboração da proposta, que possuem uma efetiva conexão com a ilicitude específica geradora da responsabilidade pré-contratual”.

No Ac. de 22.05.2003, recurso 03B1334, o Supremo Tribunal Justiça refere “quem agir de má fé no âmbito dos preliminares do contrato sujeita-se a indemnizar a contraparte pelo interesse contratual negativo, ou seja, a reparar os danos que aquela não teria sofrido se não fosse a expectativa na conclusão do negócio frustrado ou da vantagem que teria obtido se aquela expectativa se não tivesse gorado.”

A referência à “vantagem que teria obtido se aquela expectativa se não tivesse gorado” refere-se aos lucros cessantes (perda da vantagem) decorrentes da não celebração do contrato.

O Supremo Tribunal Administrativo, no já citado Ac. de 23.09.2003, admite a indemnização da “perda de uma ocasião de negócio”, referindo que esta ainda cabe na categoria dos danos negativos (lucros cessantes dentro dos danos negativos).

BAPTISTA MACHADO inclui, também, este tipo de dano – perda de ocasião de negócio – na categoria dos danos negativos<sup>349</sup>.

É opinião pacífica na doutrina que a indemnização dos danos negativos inclui os danos emergentes e os lucros cessantes.

## 2) Indemnizabilidade em termos gerais

Da análise da jurisprudência, poderíamos, em princípio, concluir que o art. 227.º do CC limita o ressarcimento dos danos ao interesse contratual negativo.

---

As despesas “com a aquisição do processo de concurso” e “com a preparação da proposta”, acolhidas como ressarcíveis no acórdão recorrido, são dadas como não ressarcíveis no acórdão fundamento por serem comuns a todos os concorrentes preteridos.

<sup>349</sup> Cfr. MACHADO, Baptista, “Resolução por incumprimento”, in Estudos em Homenagem ao Prof. J.J. Teixeira Ribeiro, pág. 395, nota 60.

É notada<sup>350</sup>, no entanto, alguma evolução por parte da doutrina e jurisprudência civilísticas ao considerarem que a problemática da medida do dano, na responsabilidade pré-contratual, deve ser tratada com recurso às regras gerais da responsabilidade civil<sup>351</sup>, nos termos do art. 562.º do Código Civil, não impedindo<sup>352</sup> o art. 227.º do mesmo Código o ressarcimento dos danos correspondentes ao interesse contratual positivo.

Este entendimento tem acompanhamento no art. 3.º, n.º 3 da Lei n.º 67/2007 e nas Diretivas “recursos” que não limitam a ressarcibilidade dos danos.

No já citado Acórdão Brasserie du Pêcheur, o Tribunal de Justiça referiu que “a reparação dos prejuízos causados aos particulares em virtude de violações do direito comunitário deve ser adequada ao prejuízo sofrido, por forma a garantir uma proteção efetiva dos seus direitos”, não podendo ser aceite em caso de violação do direito comunitário “a exclusão total, a título do prejuízo reparável, do lucro cessante”.

RUI CARDONA FERREIRA conclui que o art. 227.º do Código Civil não impõe qualquer limitação legal do âmbito do dano indemnizável ao interesse contratual positivo, sendo essa a interpretação da jurisprudência tradicional dos tribunais administrativos, por desadequada compreensão do preceito.

Tendo presente que no domínio da contratação pública é inquestionável a existência de um dever de celebrar o contrato e que esse contrato se revelou ineficaz - ou de execução juridicamente impossível - em resultado da recusa de visto pelo Tribunal de Contas e a causa que levou a essa recusa devesse ter sido evitada pela entidade adjudicante, em observância dos deveres legais de boa fé, o autor considera que poderá admitir-se, em princípio, a delimitação do âmbito da indemnização segundo o interesse contratual positivo, de acordo com o artigo 562.º do Código Civil.<sup>353</sup>

Todavia, embora demonstre não ser a favor da limitação apriorística dos danos indemnizáveis ao interesse contratual negativo, compreende a orientação do Supremo Tribunal Administrativo, uma vez que a indemnização pelo interesse contratual positivo depende da alegação de prova,

---

<sup>350</sup> Cfr. CORTEZ, Margarida, “Responsabilidade civil da administração (...), *ob. cit.*, p. 114

<sup>351</sup> Esta remissão da disciplina da responsabilidade civil administrativa contratual para o Código Civil não é, aliás, novidade. Vide o art. 325.º, n.º 4 do CCP.

<sup>352</sup> Cfr. PRATA, Ana, “Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual” (...), *ob. cit.*, p.179, MENEZES CORDEIRO, António, “Tratado de Direito Civil Português”, vol. I, p. 407 e PINTO, Paulo Mota, “Interesse contratual negativo (...), *ob. cit.*, p. 1350.

<sup>353</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, Responsabilidade Civil em caso de recusa (...), *ob. cit.*, p. 28.

pelo concorrente lesado, de que se não tivesse ocorrido ilícito, o contrato ter-se-ia executado<sup>354</sup>, o que nos casos submetidos à apreciação do STA não ocorreu.

Para PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, a redução da tutela indemnizatória ao interesse contratual negativo traduz-se numa violação do art. 3.º da Lei 67/2007 e do art. 22.º da CRP: dispondo o adjudicatário de um direito de execução do contrato já celebrado, do qual iria obter lucro, sendo esse direito frustrado por uma conduta ilícita da exclusiva responsabilidade da Administração, deve esta reparar os danos através da reconstituição da situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação, ou seja, situação que consistiria na execução do contrato e, em consequência, na obtenção de lucros.

VERA EIRÓ defende que "sempre que todos os aspetos essenciais do contrato estejam definitivamente fixados com o ato de adjudicação e caso não exista uma norma especial que limite<sup>355</sup> ou determine expressamente qual o âmbito da indemnização, a violação do dever de contratar (traduzida na violação do princípio da boa fé) determina o ressarcimento do adjudicatário em função dos limites estabelecidos pelo usualmente designado interesse contratual positivo".

ANA PRATA, que defende, em geral, a regra da ressarcibilidade de todos os danos sem restrição aos negativos, refere "(...) nas hipóteses de invalidade ou ineficácia negocial, por seu turno, se há situações em que, dada a intransponibilidade do obstáculo à validade ou eficácia, pode dizer-se que o dano que o lesado sofreu é o de ter concluído aquele negócio inválido ou ineficaz, não pode (...) entender-se que o prejuízo adveio da conclusão do negócio, antes tem de reconhecer-se que ele resultou da sua culposa invalidade (ou ineficácia), devendo, pois, o lesado ser colocado na situação que seria a sua se o vício não existisse, isto é, se o negócio fosse válido (ou eficaz).<sup>356</sup>"

A autora citada admite, assim, em geral que devem ressarcir-se todos os danos imputados ao facto ilícito<sup>357</sup>. Todavia, contrariamente a esta tese, há quem defenda que apenas se impõe a obrigação de indemnizar os lucros cessantes positivos (lucro esperado com a realização do

---

<sup>354</sup> Note-se que esta prova pode ser manifestamente impossível.

<sup>355</sup> Situações existem em que se justifica a limitação do âmbito da indemnização – a título de exemplo, situações do artigo 79.º do CCP (casos em que a revogação da decisão de adjudicar é lícita) – tendo em conta os critérios do artigo 104.º, n.º 3 do CCP.

<sup>356</sup> Cfr. PRATA, Ana, "Notas sobre a Responsabilidade (...)", *ob. cit.*, p. 179.

<sup>357</sup> Danos negativos e positivos.

negócio, ou a execução do contrato) quando o motivo gerador da ineficácia, ou da invalidade, seja um motivo transponível, e, apesar disso, a parte inadimplente o não remove<sup>358</sup>.

MENEZES CORDEIRO refere “a tarefa da determinação da indemnização não deve ser solucionada concetualmente com base na própria culpa in contrahendo: antes há que ponderar as regras gerais da responsabilidade civil”.

De facto, tendemos a acolher o entendimento do seguimento das regras gerais da responsabilidade civil: existindo danos provados, cujo nexa causal ao ilícito se verifique, deverá, em princípio, haver lugar a indemnização.

Na jurisprudência administrativa já se encontram “luzes” de inversão da leitura restritiva do âmbito dos danos indemnizáveis no quadro da responsabilidade civil pré-contratual, ao abrigo do art. 227.º do Código Civil.

O Supremo Tribunal de Justiça já clarificou as limitações do art. 227.º: “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 efetuado. Quando, porém, com o encontro de proposta e aceitação, já [foi] 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”<sup>359</sup>.

Um exemplo a seguir, defendemos, vem referido no Ac. do TCA Norte de 04.11.2011, proc. 00213/06.1BELLE que verificou que: “mesmo a doutrina<sup>360</sup> (...) e jurisprudência (civilística)<sup>361</sup> (...) vem 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 pré-contratual, 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”.

---

<sup>358</sup> Cfr. Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 23.09.2003, proc. 01527/02, que refere que, em determinados casos, quando a nulidade ou a ineficácia do contrato possam ser supridas por uma das partes e esta, injustificadamente, não o faça, a indemnização poder ter como medida o interesse contratual positivo.

<sup>359</sup> Cfr. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.01.2006, proc. 05B4063

<sup>360</sup> São identificados os seguintes autores: António Menezes Cordeiro, Ana Prata, Jorge Sinde Monteiro, Maria João Estorninho, Paulo Mota Pinto e Esperança Mealha.

<sup>361</sup> São identificados, a título de exemplo, os seguintes acórdãos: Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.09.2002, proc. 01S4098 e de 14.07.2010, proc. 3684/05.0TVLSB.L1.S1.

PAULO MOTA PINTO, a propósito deste aresto conclui que sendo o lesado detentor de uma posição de “resultado garantido” deve “ter direito a uma indemnização correspondente ao interesse contratual positivo por aplicação das regras gerais”, incluindo “o que o lesado teria lucrado com essa celebração”.

3) Orientação doutrinária intermédia: âmbito do dano indemnizável de forma diferenciada em face dos vários casos padrão

Para esta tese intermédia, o critério determinante do âmbito de indemnização reside na existência, ou não, de um dever de celebrar o contrato<sup>362</sup> e na exigência de congruência entre a lesão sofrida e a indemnização respetiva, conforme art. 562.º do Código Civil e o n.º 1 do art. 3.º da Lei 67/2007<sup>363</sup>.

CARNEIRO DE FRADA e PAULO MOTA PINTO defendem uma distinção entre a responsabilidade pela violação de deveres de boa fé e a responsabilidade pela frustração da confiança<sup>364</sup>.

Para CARNEIRO DE FRADA, a responsabilidade pela frustração da confiança surge da relevância autónoma do *venire contra factum proprium* e não da violação de um dever de comportamento<sup>365</sup>. Com efeito, nos casos de responsabilidade pela confiança baseada “(...) *na simples ideia da imputação das consequências do seu comportamento àquele que concita uma expectativa alheia e depois a frustra, provocando danos*”, haverá uma limitação da indemnização ao interesse contratual negativo<sup>366</sup>.

Por outro lado, quando a responsabilidade decorra da violação de deveres de comportamento – como por exemplo, violação das regras de concurso para a celebração de um contrato –, aplicam-se as regras gerais da responsabilidade civil, isto é, serão tidos em conta todos os danos.

No mesmo sentido, PAULO MOTA PINTO refere que “afigura-se, assim, mais útil (...) adotar uma classificação das hipóteses de responsabilidade pré-contratual que atenda ao evento

---

<sup>362</sup> Com referência aos casos de ilícita não adjudicação.

<sup>363</sup> Cfr. CARDONA FERREIRA, Rui, “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, (...), *ob. cit.*, p. 20

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>365</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA *apud* CARDONA FERREIRA, Rui, “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, (...), *ob. cit.*, p. 18.

<sup>366</sup> CARDONA FERREIRA, Rui, “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, (...), *ob. cit.*, p. 18.

danoso – ou, na expressão do artigo 562.º ao definir o princípio geral em matéria de obrigação de indemnização, ao “evento que obriga à reparação”. Ora, nos casos de responsabilidade pré-contratual, este evento é a violação de um dever pré-contratual, ou a criação de confiança e/ou a sua frustração. Correspondentemente, o lesado deve ser colocado, nos termos do artigo 562.º, na situação em que estaria se não tivesse sido violado o dever pré-contratual ou não tivesse sido criada (e/ou frustrada) a sua confiança, sendo, pois, hipotizável, segundo as regras gerais e consoante o curso hipotético dos acontecimentos, que a indemnização se refira quer ao interesse contratual negativo, quer ao interesse contratual positivo”<sup>367</sup>.

Analizadas as três teorias relativas à medida da indemnização cabe notar que tanto a jurisprudência como a doutrina têm evoluído no sentido de considerar que a medida da indemnização deve ser concretizada com recurso ao art. 562.º do Código Civil, tendo esta disposição acolhimento no art. 3.º, n.º 3 da Lei n.º 67/2007, no art. 2.º, n.º 1, al. d) e n.º 7 da Diretiva n.º 92/13/CEE e no art. 2.º, n.º 1, al. c) da Diretiva 89/665/CEE<sup>368</sup>.

Dispõe o art. 562.º do Código Civil: “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”.

## 2.4. Responsabilidade extracontratual

### a. Antecedentes legais: Decreto-Lei n.º 48 051

O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas foi, durante décadas, regulado pelo Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967 e por algumas normas do Código de Processo Penal<sup>369</sup>.

---

<sup>367</sup> Cfr. MOTA PINTO, Paulo, “*Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*”, Coimbra, 2009, vol. II, p. 1191-1192 apud CARDONA FERREIRA, Rui, “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, (...), *ob. cit.*, p. 19.

<sup>368</sup> Cfr. PINTO, Paulo Mota, “Interesse...”, *ob. cit.*, p. 1350.

<sup>369</sup> O regime jurídico da indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada e da condenação penal injusta encontra-se densificado nos arts. 225º, 226º e 462º do Código de Processo Penal, respetivamente.

Este Decreto-Lei regulava a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas no domínio dos atos de gestão pública.

A responsabilidade da Administração era, por imperativo legal, uma responsabilidade subjetiva, uma vez que o legislador não prescindia da culpa do lesante, remetendo-nos para o art. 487.º, n.º 2 do Código Civil<sup>370</sup>.

Considerava-se que abrangia apenas os atos integrados na função administrativa do Estado, sendo, por isso, inaplicável aos atos integrados na função jurisdicional e na função legislativa.

Aos dias de hoje, os tribunais superiores ainda aplicam o presente Decreto-Lei devido aos casos que entraram antes da entrada em vigor do atual regime.

Preceituava o artigo 7.º do supra Decreto-Lei "*o dever de indemnizar por parte do Estado e demais pessoas coletivas públicas, dos titulares dos seus órgãos e dos seus agentes, não depende do exercício pelos lesados do seu direito de recorrer, mas o direito destes à reparação só subsistirá na medida em que tal dano se não possa imputar à falta de interposição de recurso ou negligente conduta processual da sua parte no recurso interposto.*"<sup>371</sup>

Poderá, da análise da primeira parte deste preceituado, retirar-se a conclusão de que o âmbito de aplicação está limitado aos danos sofridos pelo lesado que resultem de um ato administrativo ilegal e que o dever de reparar não depende do exercício, pelo lesado, do direito de recorrer dos atos causadores de danos<sup>372</sup>.

Já no que diz respeito à parte final do artigo 7.º eram duas as correntes de interpretação: por um lado, os que viam a subsidiariedade<sup>373</sup> das ações sobre responsabilidade – posição que prevaleceu na doutrina e jurisprudência – e, por outro, os que viam, reconhecendo a

---

<sup>370</sup> Cfr. CORTEZ, Margarida, "Responsabilidade civil da administração (...)", ob. cit., p. 90.

<sup>371</sup> CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO referem quanto a esta disposição que a mesma "*era gravemente atentatória do direito à tutela jurisdicional efetiva*", indicando que, atualmente, o art. 38.º do CPTA prevê a possibilidade de obter indemnização em face da caducidade do direito de ação impugnatória da validade do ato/norma – Cfr. AMADO GOMES, Carla e ASSIS RAIMUNDO, Miguel, "Topicamente – e a quatro mãos... - sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas", in Revista de Direito Público e Regulação n.º 5, CEDIPRE, 2010, p. 18

<sup>372</sup> Cfr. CORTEZ, Margarida, "A autonomia das ações para a efetivação da responsabilidade civil da administração por danos resultantes de atos administrativos ilegais", in Revista Jurídica da Universidade Moderna, Ano I, n.º 1, 1998, p. 212

<sup>373</sup> Por todos, MARCELO CAETANO defende que "*há muitos prejuízos que ficam reparados por virtude da anulação do ato que os causou e da execução da sentença anulatória: quanto a estes, não poderão à face da nova lei ser objeto de um pedido de indemnização, pois são danos cuja subsistência é imputável à falta de interposição de recurso contencioso*", cfr. in "Manual de Direito Administrativo, vol. II, 10.º ed., Coimbra, Almedina, 1986.

autonomia<sup>374</sup> destas ações, a previsão de uma situação de concurso de omissão culposa do lesado para efeitos de delimitação do dano indemnizável<sup>375</sup>.

Para MARGARIDA CORTEZ, não sendo o recurso contencioso de anulação um meio processual próprio para a reparação dos danos causados por um ato administrativo ilegal, subordinar ao direito de indemnização do lesado à ineficácia reparadora da sentença constituía uma contradição.

A autora clarifica que o disposto na 2.º parte do art. 7.º apenas limitava o direito de indemnização relativamente aos danos que não fossem *imputáveis* à ausência de interposição de recurso<sup>376</sup>.

MARGARIDA CORTEZ conclui, assim, que as ações sobre responsabilidade constituem um meio processual principal e independente da interposição de recurso contencioso de anulação<sup>377</sup>.

#### b. Lei n.º 67/2007

Atualmente, a responsabilidade civil extracontratual do Estado rege-se pelo regime aprovado pela Lei n.º 67/2007<sup>378</sup>, de 31 de dezembro<sup>379</sup>, que concretiza o artigo 22.º da Constituição da

---

<sup>374</sup> Por todos, MARGARIDA CORTEZ refere que no Ac. de 02.12.1977, Recurso n.º 10222/10223, o Supremo Tribunal Administrativo que defende “a execução de sentenças se traduz na prática, pela Administração, de todos os atos materiais ou jurídicos indispensáveis à reintegração da ordem jurídica violada, reconhece que o recurso de anulação não é o meio próprio para definir a responsabilidade civil do Estado e afirma a autonomia do direito de indemnização”, cfr. in “A autonomia das ações para a efetivação da responsabilidade civil da administração por danos resultantes de atos administrativos ilegais”, cit., p. 216

<sup>375</sup> Cfr. CORTEZ, Margarida, “A autonomia das ações (...), *ob. cit.*”, p. 214.

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 219-220.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>378</sup> A Lei 67/2007 teve um difícil processo pois foi objeto de veto político por parte do Presidente da República, o que obrigou a confirmação pela Assembleia da República, nos termos do artigo 136.º, n.º 2 da CRP – Cfr. GOMES, Carla Amado, “A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito, Reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de dezembro”, in *Julgur*, n.º 5, 2008, Nota 1, p. 49

<sup>379</sup> Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho.

República e confere exequibilidade<sup>380</sup> à alínea f) do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, doravante ETAF.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas reporta o facto gerador de responsabilidade à função administrativa, jurisdicional e legislativa e atribui um regime específico para cada uma dessas funções<sup>381</sup>.

Com referência ao âmbito material, trata-se da responsabilidade extracontratual das pessoas coletivas públicas, com exclusão da responsabilidade emergente de contratos, abrangendo, no entanto, a responsabilidade pré-contratual, conforme art. 7.º, n.º 2.

Trata-se de um “regime geral” que salvaguarda a existência de regimes constantes de leis especiais<sup>382</sup>.

Aliás, Vieira de Andrade chega mesmo a referir que a responsabilidade extracontratual é a forma mais genérica de responsabilização das entidades administrativas, assumindo, por isso, uma natureza residual<sup>383</sup>.

No artigo 1.º, n.º 1 da Lei 67/2007 vem descrito o seu âmbito de aplicação: “a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa rege-se pelo disposto na presente lei, em tudo o que não esteja previsto em lei especial”.

No que respeita, em concreto, à definição do conceito de “função administrativa”, considerado pelo legislador como suscetível de gerar danos, a mesmo deverá ser entendida e reportar-se às “as ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”, conforme art. 1.º, n.º 2.

Nos termos do art. 1, n.º 5, *in fine*, este regime aplica-se quando estejam em causa “ações ou omissões que adotem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”.

---

<sup>380</sup> Cfr. GOMES, Carla Amado, “As Novas Responsabilidade dos Tribunais Administrativos (...)”, *ob. cit.*, p.115.

<sup>381</sup> Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, “A efetivação da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas”, in Estudos em homenagem ao professor doutor Paulo de Pitta e Cunha, 2010, Almedina, p. 587.

<sup>382</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, n.º 137, 2007-2008, Coimbra Editora, p. 360

<sup>383</sup> Cfr. VIEIRA ANDRADE, José Carlos de, *apud* LEITÃO, Alexandra, “A Proteção Judicial de Terceiros nos Contratos da Administração Pública”, Coimbra, Almedina, 2002, p. 424.

DIOGO FREITAS DO AMARAL refere que dois dos objetivos prosseguidos pela Lei n.º 67/2007 foram: “*aproximar o quadro normativo legislado da jurisprudência dos tribunais administrativos e o de dar cumprimento à obrigação de transposição de diretivas comunitárias em matéria de responsabilidade pré-contratual*”<sup>384</sup>.

Uma das novidades trazidas pela Lei n.º 67/2007 é a já analisada norma do artigo 7.º, n.º 2, sendo uma das inovações fundamentais da Lei n.º 67/2007 o “reconhecimento expresso da responsabilidade pública relativamente a atuações ilícitas independentemente da culpa dos seus agentes”<sup>385</sup>, nomeadamente, em caso de violação de normas de formação de contratos.

A doutrina identifica cinco modalidades<sup>386</sup> da responsabilidade civil extracontratual por atos de gestão pública. No entanto, apenas uma das modalidades nos interessa, por estar diretamente relacionada com o tema do presente estudo: responsabilidade por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação de certos contratos administrativos. – art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007.

A indemnização aí referida constitui responsabilidade civil por facto ilícito e responsabilidade pré-contratual - diz respeito a atos administrativos praticados no âmbito de um procedimento de formação de contrato<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> Como nota DIOGO FREITAS DO AMARAL, este objetivo surge após a condenação da República Portuguesa pelo Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.10.2004 (Processo n.º C - 275/03), n.º 31, com referência à obrigação consignada no art. 2.º, n.º 1, al. c), da chamada “*Diretiva Recursos*” (a Diretiva n.º 89/665/CEE, alterada pelas Diretivas n.º 2/50/CEE e 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2007): “os Estados-membros velarão por que, no âmbito dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, as medidas destinadas a tornar eficazes os recursos interpostos de decisões das entidades adjudicantes prevejam os poderes que permitam (...) c) conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação”.

Afirma-se nesse Ac. do Tribunal de Justiça que: “se é certo que a legislação portuguesa prevê a possibilidade de obter indemnizações no caso de violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem, não se pode todavia considerar que a mesma constitui um sistema de proteção 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”.

Na sequência de nova condenação pelo Tribunal de Justiça (Acórdão de 10 de janeiro de 2008 - Processo n.º C-70/06), relacionada com este objetivo, procedeu-se à alteração do n.º 2 do art. 7.º da Lei 67/2007, pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho – Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito Administrativo” (...), *ob. cit.*, p. 581-582, Nota 1082.

<sup>385</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “A responsabilidade por danos (...)”, *ob. cit.*, p. 363.

<sup>386</sup> Por todos, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL que identifica as cinco modalidades da responsabilidade civil extracontratual por atos de gestão pública: a) Responsabilidade por ação ou omissão ilícita e culposa praticada pelos titulares de órgãos da Administração, seus funcionários ou agentes; b) Responsabilidade por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação de certos contratos administrativos; c) Responsabilidade por funcionamento anormal do serviço; d) Responsabilidade pelo risco e e) Responsabilidade por ato lícito.

<sup>387</sup> Cfr. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, “Regime da Responsabilidade Civil (...)”, *ob. cit.*, p. 9.

De acordo com o artigo 4.º, n.º 1, alínea f), compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto questões relativas a *"responsabilidade civil extracontratual das pessoas coletivas de direito público, incluindo por danos resultantes do exercício das funções política, legislativa e jurisdicional (...)."*

### c. Obrigação de indemnizar

Atualmente, o CCP contempla vários dispositivos legais que se relacionam com a temática da responsabilidade da entidade adjudicante: art. 27.º, n.º 6; 76.º, n.º 1 e 3; 105.º, n.º 3<sup>388</sup>.

A doutrina tem entendido que estas disposições legais não excluem a aplicação do regime geral instituído pela Lei n.º 67/2007, até porque aquelas disposições estabelecem regimes especiais de responsabilidade por atos lícitos da entidade adjudicante<sup>389</sup>.

Facto é que nenhuma destas disposições prevê a situação da obrigação de indemnizar em caso de recusa de visto pelo Tribunal de Contas, pelo que, acompanhamos o entendimento de RUI CARDONA FERREIRA, quando refere que deve "repudiar-se qualquer hipotética tentativa de extrair dessas disposições um princípio de limitação da indemnização, nos procedimentos adjudicatórios públicos, ao interesse contratual negativo".

Sob a epígrafe "Obrigação de indemnizar", o art. 3.º da Lei n.º 67/2007 estatui:

"1 - 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<sup>390</sup>.

2 - A indemnização é fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa<sup>391</sup>.

3 - A responsabilidade prevista na presente lei compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito<sup>392</sup>."

---

<sup>388</sup> Refere-se, expressamente, "a indemnização pelos custos com a preparação da proposta ou com a participação no procedimento de celebração do contrato (dano negativo), nos casos de caducidade da decisão de escolha do ajuste direto, de adjudicação depois do termo do prazo de manutenção das propostas ou de não outorga de contrato" – Cfr. CORTEZ, Margarida, "Responsabilidade civil da administração por atos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado", in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2000, p. 113

<sup>389</sup> Cfr. CORDEIRO, Maria Ataíde, "A responsabilidade civil da entidade adjudicante (...)" *ob. cit.*; CARDONA FERREIRA, Rui, "Responsabilidade civil pré-contratual (...)", *ob. cit.*

<sup>390</sup> Do mesmo modo, vide o art. 562.º do Código Civil.

<sup>391</sup> Do mesmo modo, vide o art. 566.º, n.º 1 do Código Civil.

Da leitura do art. 3.º, n.º 3 da Lei 67/2007, retira-se que a presente lei deve ser aplicada tendo em conta as regras do Código Civil, uma vez que contem a decifração de um conjunto de conceitos utilizados, como por exemplo: danos patrimoniais e não patrimoniais; danos futuros.<sup>393</sup>

No que diz respeito à responsabilidade civil das entidades adjudicantes por facto ilícito o “ponto de partida”<sup>394</sup> é dado pelo art. 7.º, n.º 2 da Lei 67/2007, que, como já referido, concretiza, no direito interno português, a Diretiva “recursos” na parte referente à atribuição de indemnização por violação do direito comunitário no âmbito de procedimentos pré-contratuais de direito público.

Em virtude da análise do art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007 já ter sido efetuada e pese embora a responsabilidade civil extracontratual consubstancie um ilícito de natureza distinta da responsabilidade pré-contratual, a verdade é que partilha dos problemas de avaliação do dano e do nexa causal em sede de pré-contratual, pelo que remetemos a análise dos mesmos para o subcapítulo 3.3. do presente capítulo, sob pena de nos tornarmos repetitivos.

Todavia, estamos em condições de concluir que a remissão do referido preceito para os requisitos da responsabilidade civil extracontratual, definidos pelo direito comunitário, são de difícil concretização, tendo em conta que a jurisprudência europeia não dá respostas suficientes para a identificação dos pressupostos a aplicar.

Assim, em virtude das especificidades da responsabilidade do Estado no âmbito dos procedimentos pré-contratuais, defendemos que as mesmas deveriam de estar devidamente identificadas no art. 7.º da Lei n.º 67/2007, nomeadamente através de uma redação que esclarecesse o que se entende por ilicitude, que referisse que a responsabilidade se verifica independentemente da culpa e que indicasse que os danos incluem o interesse contratual positivo e negativo, transformando este preceito de um preceito meramente remissivo para um preceito útil para a jurisprudência, para a doutrina e para os principais interessados.

Acreditamos, salvo melhor opinião, que esta é a solução que melhor aperfeiçoa e reforça a tutela ressarcitória do adjudicatário.

#### d. Prescrição do direito à indemnização

---

<sup>392</sup> Do mesmo modo, vide as hipóteses contempladas no art. 496.º e 564.º do Código Civil.

<sup>393</sup> Cfr. GOMES, Carla Amado, “A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito, Reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de dezembro”, *in* *Julgar*, n.º 5, 2008, Nota 7, p. 51.

<sup>394</sup> Cfr. CARDONA FERREIRA, Rui, “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, (...), *ob. cit.*, p. 14.

O artigo 5.º da Lei 67/2007 – sob a epígrafe “Prescrição – dispõe “o direito à indemnização por responsabilidade civil extracontratual do Estado, das demais pessoas coletivas de direito público e dos titulares dos respetivos órgãos, funcionários e agentes bem como o direito de regresso prescrevem nos termos do artigo 498.º do Código Civil, sendo-lhes aplicável o disposto no mesmo Código em matéria de suspensão e interrupção da prescrição”.

Ora, o art. 498.º, n.º1 do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, preceitua, então e como regra geral, que o direito de indemnização “prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respetivo prazo a contar do facto danoso”.

Este preceito dispõe, assim, sobre a prescrição de forma remissiva para os artigos 318.º a 322.º (suspensão da prescrição) e 323.º a 327.º (interrupção da prescrição) do mesmo Código.

### **3. Regime ressarcitório aplicável em caso de não concessão de visto**

Verificados todos os pressupostos da responsabilidade pré-contratual, em sede de contratação pública, e conhecidas as teorias relativas ao âmbito de indemnização, iremos analisar a aplicação do regime ressarcitório a situações hipotéticas.

#### **3.3. Adjudicação ilegal**

A adjudicação ilícita pode resultar por variados motivos, designadamente: (i) identificação errada do adjudicatário na sequência de uma equivocada avaliação e ordenação das propostas; (ii) identificação de adjudicatário cuja proposta deveria ter sido excluída; (iii) exclusão da proposta que efetivamente merecia a adjudicação; (iv) adotou procedimento indevido; (v) exigências de prazo não cumpridas.

Para o nosso estudo, apenas iremos tomar em consideração um dos lados, ou seja, o adjudicatário ilegalmente escolhido – que, embora invalidamente beneficiado pela entidade adjudicante, tinha começado a executar o contrato – que sofre prejuízos resultantes de uma conduta ilícita da entidade adjudicante, vindo, sem culpa, a descobrir que o seu contrato já

celebrado tem de ser anulado e não o lado referente ao concorrente que deveria ser o adjudicatário.

O art. 570.º do Código Civil prevê diferentes situações<sup>395</sup>: exclusão da indemnização; atribuição da totalidade da indemnização; redução da indemnização. Esta diferenciação prende-se com a partilha ou não de responsabilidades entre o particular e a entidade adjudicante.

- Caso de exclusão da indemnização: a adjudicação é ilegal em virtude da escolha de uma proposta que sofria de uma causa de exclusão, sendo o adjudicatário o responsável pela conduta procedimental inválida.

Nesta situação, em que os prejuízos decorrem essencialmente da conduta do lesado, “o ordenamento não contempla o ressarcimento”<sup>396</sup>.

- Caso de atribuição total da indemnização: adjudicação é ilegal em virtude da escolha de um procedimento indevido por parte da entidade adjudicante (v.g., ajuste direto indevidamente adotado); a ilegalidade resulta exclusivamente de um equívoco da entidade adjudicante.

Nesta situação, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ considera que o apuramento do *quantum* indemnizatório não deve recorrer ao interesse contratual positivo, em resultado de o adjudicatário não poder ser indemnizado por lucros que nunca deveria ter tido porque nunca deveria ter sido o adjudicatário.

Assim, recorrendo ao interesse contratual negativo, o adjudicatário terá de ser colocado na mesma situação em que estaria se não tivesse participado no procedimento e celebrado o contrato.

Salienta, no entanto, o mesmo autor que à indemnização concedida dever-se-á deduzir os lucros que o adjudicatário tenha recebido pelo início da execução do contrato.

- Caso de redução da indemnização: baseada numa ponderação de culpa entre as partes, terá que se demonstrar que a ilegalidade da conduta da entidade adjudicante seria suficientemente detetável de forma a que não justifique que o adjudicatário tivesse começado a incorrer em

---

<sup>395</sup> No mesmo sentido segue o art. 4.º da Lei 67/2007.

<sup>396</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, “A tutela ressarcitória no (...)”, *ob. cit.*, p. 880.

encargos fundados numa suposta expectativa quanto ao dever de iniciar a execução do contrato<sup>397</sup>.

Conforme referido, a jurisprudência europeia é clara sobre a dispensa da demonstração/prova de culpa da entidade adjudicante por parte no particular na adjudicação ilegal<sup>398</sup>.

O art. 3.º, n.º 1 da LOPTC dispõe “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”. Este critério é, também, aplicável às lesões emergentes de procedimentos pré-contratuais.

FILIPA CALVÃO confirma que este preceito abrange tanto a indemnização dos danos emergentes como os lucros cessantes<sup>399</sup>.

#### 3.4. Erro grosseiro que resulta em eficácia do contrato

Após a celebração do contrato, poderão surgir lesões que, pese embora se manifestem só então, constituem o “mero efeito reflexo de uma conduta ilícita anterior”<sup>400</sup>.

Referimo-nos aos casos do nosso estudo, em que o ilícito da entidade adjudicante prejudica a eficácia do contrato, em virtude da recusa de visto pelo Tribunal de Contas.

Analisemos os cenários possíveis para o objeto de estudo que aqui nos interessa:

##### a. Visto recusado em virtude de vício na proposta do adjudicatário

Sendo a responsabilidade da ilicitude do adjudicatário não há direito a indemnização, nos termos do art. 570.º do Código Civil e do art. 4.º da Lei 67/2007.

##### b. Visto recusado em virtude de vício no procedimento adotado pela entidade adjudicante

Esta é uma situação que se equipara, em termos de *quantum* indemnizatório, à “adjudicação ilegal”, na vertente em que se admita que o adjudicatário não tem responsabilidade.

Ou seja, uma vez que o lesado nunca poderia ter sido o adjudicatário, não é razoável que se recorra ao interesse contratual positivo.

---

<sup>397</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, “A tutela ressarcitória no (...)”, *ob. cit.*, p. 880.

<sup>398</sup> Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça, de 30.09.2010, proc. C-341/09 – *Stadt Graz*, n.º 39.

<sup>399</sup> Cfr. CALVÃO, Filipa, “Artigo 3.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade (...)*, *ob. cit.*, p. 93.

<sup>400</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, “A tutela ressarcitória no Direito (...)”, *ob. cit.*, p. 882.

Já o interesse contratual negativo é indenizável, devendo o particular ser colocado na mesma posição em que estaria se não tivesse entrado no procedimento e celebrado o contrato.

c. Visto recusado em resultado de um erro grosseiro da entidade adjudicante

Tratando-se de um erro que tem o efeito de impedir a execução do contrato e que, sem esse erro, não padecia de qualquer outro vício, o adjudicatário mantém a expectativa justificada de obter os lucros correspondentes à execução do contrato.

No presente caso, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ defende, alicerçado no art. 22.º da CRP, o ressarcimento do interesse contratual positivo, salientando que “a interpretação e aplicação de qualquer norma infraconstitucional num sentido que afaste a compensação do interesse contratual positivo ao adjudicatário lesado pela Administração (...) deve ser rejeitada como desconforme com a Constituição, tendo qualquer Tribunal o poder-dever de rejeitar tal interpretação (cfr. artigo 204.º da Constituição) e de atribuir uma justa indemnização calculada em função do disposto no n.º 2 do artigo 62.º da Constituição.”, entendimento que este vai ao encontro do que temos vindo a defender ao longo do presente estudo.

## CONCLUSÕES

1. O tema da presente dissertação é atual e reconhece a importância do visto do Tribunal de Contas na atividade da administração financeira, com repercussões na vida dos particulares/adjudicatários.
2. O Tribunal de Contas português é um órgão constitucional, dotado de independência – órgão externo à Administração Pública –, ao qual se encontra atribuído o controlo externo da atividade administrativa pública, o controlo da utilização dos dinheiros públicos.
3. O Tribunal de Contas foi criado em 1849, inspirado no modelo francês.
4. Inicialmente, o Tribunal de Contas não detinha o poder de fiscalização prévia, tendo sido conferido em 1881.
5. O poder de fiscalização prévia sempre se traduziu nos atos de concessão ou de recusa de visto.
6. O visto do Tribunal de Contas é um ato unilateral no exercício de poderes de autoridade (ou da função) de controlo prévio da validade de atos e contratos de administração, tendo como finalidade essencial a prevenção na realização de despesas públicas em desconformidade com a ordem jurídica.
7. Sendo o visto do Tribunal de Contas uma decisão, é obrigatório para os seus destinatários.
8. A doutrina diverge quanto à natureza jurídica das decisões finais do Tribunal de Contas sobre a concessão ou recusa de visto: se, por um lado, há quem defenda que o visto é um ato administrativo, um ato da função administrativa, por outro lado há quem defenda que o visto é um ato jurisdicional, um ato da função jurisdicional.
9. Independentemente da natureza defendida, o que se pretendeu analisar foi a tutela ressarcitória dos particulares – no caso, adjudicatários – a quem foi recusado visto prévio.
10. A relação jurídica no pedido de submissão a visto prévio tem o órgão fiscalizador e o órgão fiscalizado como sujeitos, não sendo o particular considerado como tal.
11. Da análise de todos os fundamentos da recusa de visto, há quem entenda que o particular, limitando-se a elaborar e a apresentar a proposta, não tem interferência nessa violação.
12. Não acompanhamos esse entendimento, uma vez que a ilegalidade pode verificar-se na própria proposta apresentada pelo adjudicatário.
13. Dentro dos fundamentos da recusa de visto está o da nulidade que tanto se poderá reportar a violação de normas financeiras como normas administrativas.

14. Os casos de recusa de visto fundados na ilegalidade administrativa podem levar a problemas de “colisões lógico-jurídicas”, que carecem, no direito vigente, de um critério que clarifique como se interrelacionam as decisões do Tribunal de Contas e dos tribunais administrativos nestas situações.
15. Sobre a questão se deverá o Tribunal de Contas quedar-se por juízos de legalidade ou se poderá entrar em análises substantivas, – controlo da economicidade, eficiência e eficácia – verificámos que, no âmbito da fiscalização prévia essas análises substantivas são admissíveis, desde que atue com critérios de legalidade e técnicos.
16. Relativamente ao momento em que é realizado o controlo relativo à existência de cabimento, questionamos, na linha de alguns autores, se não seria pertinente a efetivação desse controlo no início do procedimento concursal ao invés de ocorrer após a celebração do contrato.
17. Quantos aos efeitos do visto: decorre do art. 45.º, n.º 1 da LOPTC que os contratos sujeitos a fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas podem, em geral, ser executados pelo contraente particular, estando, no entanto, impedidos de realizar pagamentos; já o n.º 2 do mesmo preceito, refere que em caso de recusa de visto, o contrato não produz qualquer efeito.
18. Tem sido alvo de discussão o art. 45.º, n.º 3 da LOPTC que dispõe, em síntese, que os trabalhos realizados após a celebração do contrato e até à data da notificação da recusa de visto podem ser pagos.
19. Se para alguns autores este preceito trata-se de impedir o enriquecimento sem causa, para outros trata-se de uma compensação indemnizatória e há ainda quem defenda que se trata de uma obrigação legal decorrente do contrato celebrado.
20. Independentemente da figura jurídica que se queira utilizar para justificar esses pagamentos, é nosso entendimento que esses pagamentos são um poder-dever da entidade adjudicante.
21. Na linha do defendido por GUIDA COELHO JORGE, embora possamos compreender, com facilidade, o motivo pelo qual se exigem o início dos trabalhos aos particulares, a verdade é que não temos, atualmente, um sistema que equilibre essa entrega inicial com um eventual desmoronamento de tudo aquilo que foi contrato.
22. Para além de o particular não ter intervenção no processo inicial do visto, de acordo com a LOPTC, o processo de recusa e a tramitação do recurso ordinário das decisões de recusa de visto também não preveem a sua intervenção.

23. Não consideramos suficiente a intervenção do particular ao abrigo do princípio do contraditório, previsto no art. 13.º, n.º 1 da LOPTC.
24. Não compreendemos como pode a parte que é afetada por uma decisão de recusa não tem direito a interpor recurso, sujeitando-se à “mercê” da entidade adjudicante de querer ou não interpor recurso.
25. Foram analisados os meios de reação contenciosa ao dispor do adjudicatário, nomeadamente os meios de acesso à jurisdição administrativa e financeira.
26. Nos meios de acesso à jurisdição administrativa foram analisados: impugnação da decisão de recusa de visto nos tribunais administrativos; ação administrativa e ação de indemnização.
27. Não defendemos que o recurso passe pela interposição de recurso das decisões do Tribunal de Contas para qualquer outro tribunal, em resultado das disposições constitucionais relativas à autonomia dos tribunais.
28. Sendo esta questão controversa, o Supremo Tribunal Administrativo julgou que a recusa de visto pelo TC e ato administrativo a ele sujeito não pode ser questionada na jurisdição administrativa, podendo eventualmente ser objeto de recurso nos termos da LOPTC.
29. Por outro lado, acompanhamos o entendimento da doutrina que considera inexistir impedimento para a propositura de ações nos tribunais administrativos sobre a execução de contrato objeto de recusa de visto.
30. Sendo a jurisdição administrativa competente, outra das vias que está ao dispor do particular é a ação indemnizatória.
31. Por último, no capítulo das garantias, é analisada a legitimidade do adjudicatário para interpor recurso para o plenário da 1.º seção do Tribunal de Contas, com a qual concordamos.
32. Todavia, consideramos que essa legitimidade deve ser acompanhada de uma alteração da configuração do processo de fiscalização prévia que assegure a igualdade de armas processuais.
33. Com referência à responsabilidade civil pública, a mesma justifica-se tendo em conta as suas especificidades.
34. As hipóteses de responsabilidade pela violação das regras de concurso, tendo como resultado a recusa de visto pelo Tribunal de Contas, têm merecido a atenção da nossa jurisprudência administrativa no que diz respeito à sua qualificação: esta responsabilidade tem sido configurada como responsabilidade pré contratual e/ou extracontratual, na medida em que pode estar diretamente em causa a violação de

- normas legais, ou de princípios gerais da contratação pública, a par da violação dos deveres pré-contratuais que decorrem da cláusula geral de boa fé.
35. Assim, em concordância com o Parecer n.º 138/79 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, o Supremo Tribunal Administrativo tem vindo a afirmar a sujeição das entidades adjudicantes ao instituto geral da culpa in contrahendo, nos casos de recusa de visto pelo Tribunal de Contas.
  36. A responsabilidade pré-contratual do Estado carece da interpretação das normas europeias, de acordo com o art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007, uma vez que este preceito remete a atribuição de indemnização aos requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário.
  37. O legislador deixa, assim, ao intérprete a tarefa de concretizar esta norma e de identificar os pressupostos da obrigação de indemnizar previstos no direito da União Europeia, pelo que esta norma deve ser interpretada tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, as Diretivas “Recurso” e, a título subsidiário, o regime em matéria de responsabilidade civil.
  38. Esta remissão é apontada por alguns autores como uma “incapacidade” do legislador português de isolar os requisitos desta indemnização
  39. RUI CARDONA FERREIRA coloca mesmo algum grau de culpa na “fórmula vazia” consagrada no art. 7.º, n.º 2 da Lei 67/2007 para o atual “estado das coisas”.
  40. Para além da ausência expressa da consagração de um elenco de situações geradoras de responsabilidade civil pré-contratual da Administração, as normas de direito comunitário e as disposições referentes a esta matéria no CCP não clarificam a medida da indemnização.
  41. Da análise do art. 2.º, n.º 7 da Diretiva 92/13/CEE, conclui-se que a Diretiva entende que a obrigação de indemnizar não está dependente da existência de culpa.
  42. Em virtude de o art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007 nada dizer relativamente aos pressupostos da responsabilidade civil pré-contratual do Estado, procedeu-se à análise dos mesmos, com base nas regras gerais e na jurisprudência nacional, nomeadamente: ilicitude (art. 9.º da LOPTC); danos e nexo de causalidade.
  43. Quanto aos danos: existem, no nosso ordenamento jurídico, duas modalidades de indemnização: reconstituição in natura e a indemnização por equivalente pecuniário.
  44. Não sendo possível a reconstituição *in natura*, haverá que proceder à reparação por sucedâneo ou equivalente pecuniário – que irá exprimir o valor pecuniário do prejuízo sofrido.

45. O dano patrimonial compreende os danos emergentes e os lucros cessantes.
46. Na responsabilidade pré-contratual, a medida da indemnização poderá corresponder ao interesse contratual positivo, ao interesse contratual negativo e à perda de chance.
47. No domínio da medida da indemnização a jurisprudência é errática e contraditória.
48. O Parecer n.º 138/79 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República defendeu a inclusão do interesse contratual positivo.
49. Ao contrário do defendido no Parecer, a doutrina e a jurisprudência têm maioritariamente entendido que o adjudicatário, na responsabilidade pré-contratual, tem direito a ser indemnizado apenas pelos danos negativos.
50. RUI CARDONA FERREIRA elenca três teses sobre a medida da indemnização: (i) quem tende a considerar a culpa in contrahendo como fenómeno unitário e nega, em geral, a indemnizabilidade do interesse contratual positivo; (ii) quem admite, pelo contrário, essa indemnizabilidade em termos gerais e (iii) orientação doutrinária intermédia – que tem vindo a ganhar peso: determina o âmbito do dano indemnizável de forma diferenciada em face dos vários casos padrão.
51. Tendemos acolher o entendimento do seguimento das regras gerais da responsabilidade civil: existindo danos provados, cujo nexos causal ao ilícito se verifique, deverá, em princípio, haver lugar a indemnização.
52. Um exemplo jurisprudencial a seguir, defendemos, reporta-se ao Ac. do TCA Norte de 04.11.2011, proc. 00213/06.1BELLE que verificou que: “mesmo a doutrina (...) e jurisprudência (civilística) (...) vem 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 pré-contratual, 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”.
53. Analisadas as três teorias relativas à medida da indemnização, concluímos que tanto a jurisprudência como a doutrina têm evoluído no sentido de considerar que a medida da indemnização deve ser concretizada com recurso ao art. 562.º do Código Civil, tendo esta disposição acolhimento no art. 3.º, n.º 3 da Lei n.º 67/2007, no art. 2.º, n.º 1, al. d) e n.º 7 da Diretiva n.º 92/13/CEE e no art. 2.º, n.º 1, al. c) da Diretiva 89/665/CEE<sup>401</sup>.
54. Em virtude das especificidades da responsabilidade do Estado no âmbito dos procedimentos pré-contratuais, defendemos que as mesmas deveriam de estar

---

<sup>401</sup> Cfr. PINTO, Paulo Mota, “Interesse...”, *ob. cit.*, p. 1350.

devidamente identificadas no art. 7.º da Lei n.º 67/2007, nomeadamente através de uma redação que esclarecesse o que se entende por ilicitude, que referisse que a responsabilidade se verifica independentemente da culpa e que indicasse que os danos incluem o interesse contratual positivo e negativo, transformando este preceito de um preceito meramente remissivo para um preceito útil para a jurisprudência, para a doutrina e para os principais interessados.

55. Acreditamos, salvo melhor opinião, que esta é a solução que melhor aperfeiçoa e reforça a tutela ressarcitória do adjudicatário.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Mário Aroso de, “Artigo 9.º” in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p. 254.

BAPTISTA MACHADO, João, “Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis”, Almedina, 1999.

BLANCO, Federico Castillo, “La protección de confianza en el Derecho Administrativo”, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas: Balanço e perspectivas futuras, in Revista Direito Administrativo, n.º 3, Setembro/Dezembro, 2018.

CALDEIRA, Marco, “Da legitimidade ativa no contencioso pré-contratual – em especial, os pedidos impugnatórios baseados na ilegalidade das peças procedimentais”, in Revista do Ministério Público 134: abril/junho.

CAMPOS, Diogo Duarte e MELO, Pedro, “Visto do Tribunal de Contas, Alguns Problemas”, in Revista de Direito Público e Regulação, março de 2010, n.º 5, Nota 14, pg. 31.

CARDONA FERREIRA, Rui, “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 97, 2012

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António, “Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? Coimbra, Almedina, 1997.

CALVÃO, Filipa, “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas”, organização de Rui Medeiros, Universidade Católica Editora, 2013.

CAUPERS, João, “A Administração entalada: não feche o Tribunal de contas as portas que o legislador abriu! - ac. do Tribunal de Contas de 03.04.2001”, *in* Caderno de Justiça Administrativa, n.º 33.

COELHO JORGE, Guida, “Inconstitucionalidade e necessidade de harmonização legislativa do atual regime de fiscalização prévia de atos e contratos pelo Tribunal de Contas”, *in* O Direito, n.º 141, IV, 2009.

CORDEIRO, Maria Ataíde, “A responsabilidade civil da entidade adjudicante no âmbito de um procedimento de formação de um contrato público, em especial, a responsabilidade adveniente da não outorga do contrato”, *in* Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, 2.º edição, AAFDL, Lisboa, 2017

CORDEIRO, Menezes, “Tratado de direito civil”, Vol. I, 4.º edição, Lisboa, 2012

CORDEIRO, Menezes, Tratado de Direito Civil Português, I, tomo 1, Coimbra, Almedina, 2000

CORDEIRO, António Menezes, “Tratado de Direito Civil Português”, Tomo II, Direito das Obrigações III, Coimbra, Almedina, p. 402.

CORTEZ, Margarida, "A autonomia das ações para a efetivação da responsabilidade civil da administração por danos resultantes de atos administrativos ilegais", in Revista Jurídica da Universidade Moderna, Ano I, n.º 1, 1998.

CORTEZ, Margarida, "Responsabilidade civil da administração por atos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado", in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2000.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das Obrigações, 12.º edição, Almedina, Coimbra, 2009

DUARTE, Tiago, "Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efetiva? Yes, we can!", Caderno de Justiça Administrativa n.º 71, 2008.

EIRÓ, Vera, A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes, Fundamento e pressupostos, Almedina, 2013.

EIRÓ, Vera, Adjudicar, não contratar e... indemnizar - Ac. STA n.º1/2010, de 22.10.2009, P.557/08, in Caderno de Justiça Administrativa, n.º 80.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário e ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, "Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, Das fontes às garantias", 1998.

ESTORNINHO, Maria João, "Curso de Direito dos Contratos Públicos", Almedina, Coimbra, 2012.

ESTORNINHO, Maria João, "Requiem pelo contrato administrativo", Coimbra, Almedina, 1990.

ESTORNINHO, Maria João, “Responsabilidade das Entidades Públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, n.º 88.

FERNANDES CADILHA, Carlos, “Responsabilidade pré-contratual de entidades públicas”, in *Contencioso Pré-Contratual, Jurisdição Administrativa e Fiscal*, CEJ, 2017.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro, “A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance”, in *O Direito*, n.º 147, Almedina, 2015.

FERREIRA, Rui Cardona, “Responsabilidade Civil em caso de recusa de visto do Tribunal de Contas - Ac. do STA de 18.10.2011, P. 322/2011”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2013.

FERREIRA, Rui Cardona, “Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance”, in *Contencioso Pré-Contratual*, e-book, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2017.

FIGUEIREDO, João, “Contributos para a determinação no âmbito da fiscalização prévia do Tribunal de Contas”, in *Revista do Tribunal de Contas* n.º 51, 2009.

FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito Administrativo”, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, Volume II, 2018, 4.º edição.

FREITAS, Lourenço Vilhena de, “Direito dos Contratos Públicos e Administrativos”, AAFDL, 2014.

GARCÍA LUENGO, J. “El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo”, Editorial Civitas, 2002.

GOMES, Carla Amado, "As Novas Responsabilidade dos Tribunais Administrativos na aplicação da Lei 67/2007, de 31 de dezembro", in Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das entidades públicas.

GOMES, Carla Amado, "Nota breve sobre a tendência de objetivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro", in Responsabilidade civil do estado ebook, 2014, CEJ, p. 84.

GOMES, Carla Amado, "O livro das ilusões: a responsabilidade do estado por violação do direito comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de dezembro", in Revista do CEJ, 1.º semestre, n.º 11, 2009.

GOMES, Carla Amado e ASSIS RAIMUNDO, Miguel, "Topicamente – e a quatro mãos... - sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas", in Revista de Direito Público e Regulação n.º 5, CEDIPRE, 2010.

GOMES, Carla Amado, "A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito, Reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de dezembro", in Julgar, n.º 5, 2008.

GOMES, Carla Amado, "Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas?" in Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2014 – II.

GOMES, Marta Ramalho, "A incidência da fiscalização prévia do Tribunal de Contas – Anotação legal ao artigo 46.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, que aprova a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas ("LOPTC"), in Revista de Direito Administrativo, n.º 5, maio/agosto, 2019.

GONÇALVES, Pedro Costa, “Direito dos Contratos Públicos”, Almedina, Coimbra, 2016.

GUERRA DA FONSECA, Rui, “Pagamentos a realizar na sequência de recusa de visto prévio pelo Tribunal de Contas”, in Revista de Contratos Públicos, n.º 7, (janeiro-abril), 2013, p. 55.

JHERING, Rudolf Von – Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Publisher: Jena: Friedrich Mauke, 1860.

LEITÃO, Alexandra, “A proteção judicial dos terceiros nos contratos da administração pública”, Coimbra, Almedina, 2002.

LEITÃO, Alexandra, “Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilícitude e presunção de culpa”, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Direito Administrativo e Justiça Administrativa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012.

LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, Código Civil Anotado, Vol. I, Coimbra

MACHADO, Baptista, “Resolução por incumprimento”, in Estudos em Homenagem ao Prof. J.J. Teixeira Ribeiro

MACHETE, Pedro, “A responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da prova”, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 69, maio/junho, 2008

MARTINS, Guilherme de Oliveira, “As grandes linhas da reforma do Tribunal de Contas”, in Revista de Administração Local, n.º 214, julho/agosto, 2006.

MARTINS, Guilherme D’Oliveira, “O Tribunal de Contas e a atividade contratual pública”, in Revista de Contratos Públicos, n.º 1, CEDIPRE, janeiro/abril, 2011.

MEALHA, Esperança, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos (notas ao art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro)”, in Julgar n.º 5, Coimbra Editora, 2008.

MEDEIROS, RUI, “A proteção processual do adjudicatário em face de uma recusa de visto no âmbito da fiscalização prévia de contratos pelo Tribunal de Contas”, in Revista de Contratos Públicos, N.º 1 (janeiro-abril), 2011, p. 37.

MELO, Pedro, “Os contratos da Administração Pública no novo CPA”, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, 2.º reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2015.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, “Direito das obrigações”, Vol. I, 5.º edição, Coimbra, Almedina, 2006.

MIRANDA, Jorge, “Manual de Direito Constitucional”, tomo IV, 3.º edição, Coimbra Editora, 2000.

MOTA PINTO, Paulo, “Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo”, vol. II, Coimbra Editora, 2008.

MOTA PINTO, Paulo, “Responsabilidade por violação das regras de concurso para celebração de um contrato (em especial o cálculo de indemnização)”, in Estudos de Contratação Pública, Vol. II, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Heloísa, “Jurisprudência comunitária e o Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – influência, omissão e desconformidade”, in O Direito, Tomo I, Ano 142.º, 2010

PAZ FERREIRA, Eduardo, “O visto prévio do Tribunal de Contas, uma figura a caminho da extinção”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, I, Coimbra: Almedina, 2002.

PEREIRA GOUVEIA, Paulo, “Contas, Jurisdições e Constituição” in Caderno de Justiça Administrativa, n.º 97.

PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana e PAZ FERREIRA, Eduardo, “A boa fé do Estado e a tutela da confiança do contraente privado: o ressarcimento do “dano da confiança” perante recusa de visto do Tribunal de Contas”, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, n.º 4, 2012.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, “Teoria Geral do Direito Civil”, 3.º edição, Coimbra Editora.

PRATA, Ana, “Notas sobre a responsabilidade pré-contratual, 2.º edição, Almedina, 2005.

RAIMUNDO, Miguel Assis, “A efetivação da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas”, in Estudos em homenagem ao professor doutor Paulo de Pitta e Cunha, 2010, Almedina.

RAIMUNDO, Miguel Assis, “Concurso de imputações por atos de diferentes funções do Estado”, in “Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas”, dezembro, 2012.

RAIMUNDO, Miguel Assis, “Responsabilidade de entidades privadas submetidas ao regime da responsabilidade pública”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 88, 2011.

RANGEL DE MESQUITA, Maria José, “Influência do direito da União Europeia nos regimes de responsabilidade pública”, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 88, julho/agosto, 2011.

SILVA, Jorge de Andrade, Código dos Contratos Públicos, Anotado e Comentado, 5.º edição, 2015.

SILVA, Susana Tavares da, “Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efetiva dos administrados”, in Revista de Direito Público e Regulação, março, 2010, n.º 5.

SOUSA FRANCO, António, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, Volume I, 4.º Edição - 2.º Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1995.

SOUSA FRANCO, António e FREIRE BARROS, Manuel, “O Tribunal de Contas, evolução e situação atual”, in Tribunal de Contas, Lisboa, 1995.

TAVARES, José, “A fiscalização prévia do Tribunal de Contas e o recurso contencioso do ato administrativo – Ac. do STA de 16.12.1997, P. 42 108, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 18, novembro/dezembro, 1999.

TAVARES, JOSÉ, “Do Visto, em especial – Conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração”; Almedina, 1998.

TAVARES, José, “Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas”, in Justiça Administrativa n.º 71, setembro/outubro, 2008.

TELLES, Inocêncio Galvão, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 3.º edição

Tribunal de Contas, “Relatório de Atividades e Contas de 2019”, (<https://www.tcontas.pt/pt-pt/Transparencia/PlaneamentoGestao/RelatoriosAnuaisAtividade/Documents/2019/ra2019.pdf>).

VARELA, João de Matos Antunes, “Das Obrigações em Geral”, Vol. I, 10.º Edição, Almedina, Coimbra, 2005

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, n.º 137, 2007-2008, Coimbra Editora.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “A Justiça Administrativa”, 16ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.