



Ludmilla Barros Teixeira Miranda

**A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-  
CONTRATUAL DO ESTADO POR DANOS RESULTANTES DE  
ILICITUDES PRATICADAS NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO DE  
FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS**

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Administrativo apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra

Orientadora Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa

Julho – 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**LUDMILLA BARROS TEIXEIRA MIRANDA**

**A Problemática da Responsabilidade Civil Pré-Contratual do Estado por danos resultantes de ilicitudes praticadas no âmbito do procedimento de formação dos contratos públicos**

*The question of pre-contractual liability of the State for torts resulting from unlawful practices during the public procurement procedure*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo.

Orientadora Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa

Coimbra

2018

*Ao meu pai, à minha mãe  
aos meus avós*

## AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento de uma dissertação não é tarefa fácil; a maior parte do tempo é uma atividade solitária – eu, os pensamentos e os livros. Esse exílio somente é interrompido com as conversas de “bastidores” com familiares, amigos e orientador(a), a quem tenho que agradecer.

Primeiramente, agradeço a Deus e à Virgem Maria por trilharem o meu caminho até aqui. Minhas preces e as de meus pais foram atendidas.

Ao meu pai e à minha mãe por toda a oração, incentivo e amor. Sabemos que a distância não é fácil, mas ela foi a motivação para a realização do nosso sonho.

Aos meus avós, que ao lado dos meus pais torcem genuinamente por mim. Falar com vocês por telefone e escutar a voz saudosa e, ao mesmo tempo, orgulhosa deu-me forças para prosseguir.

Aos amigos de Coimbra, por estarem ao meu lado todos os dias e por formarem minha família (“a família que escolhi”), quando a de sangue estava a um oceano de distância.

Aos amigos do Brasil, por continuarem sendo verdadeiros Amigos, mesmo tão longe.

Aos meus familiares pelo apoio.

À minha orientadora, Professora Doutora Mafalda Miranda Barbosa, por toda a tranquilidade, sabedoria e conselhos acadêmicos. É uma grande fonte de inspiração e de ânimo para uma eterna busca por conhecimento.

Aos meus professores, Professores Doutores Vieira de Andrade e Pedro Gonçalves, pelos ensinamentos nas cadeiras ministradas.

Por fim, à Universidade de Coimbra, por me possibilitar estudar em uma Instituição tão renomada e formadora de grandes doutrinadores.

Coimbra, 17 de junho de 2018.

## RESUMO

A responsabilidade pré-contratual do Estado por atos ilícitos praticados no âmbito do procedimento de formação dos contratos públicos, prevista no art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, é fruto da estipulação do Direito da União Europeia constante nas Diretivas n.º 89/665/CEE e 92/13/CEE. As referidas estipulações, denominadas de Diretivas Recursos, coordenam, respectivamente, os contratos de direito público de obras de fornecimentos e os contratos de direito público que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, os quais foram transpostos pelo direito interno para o Código de Contratos Públicos e para o Código de Processo dos Tribunais Administrativos. A matéria, embora prevista no Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, possui um regime próprio, distinto, em alguns pontos, do clássico modelo extracontratual. Entretanto, alguns de seus conceitos são extraídos da própria extracontratualidade como, por exemplo, as questões atinentes à ilicitude que não mais se limita à antijuridicidade. Todavia, essa ilicitude acaba por assumir algumas particularidades assentes na posição jurídica dos candidatos ou concorrentes participantes no procedimento de contratação pública e torna-se objeto de grande discussão no tocante às normas formais e, por conseguinte, às formalidades não essenciais e às ilegalidades sanáveis. A matéria apresenta uma substituição do critério da culpa até então adotado por um método mais consentâneo com o Direito Administrativo, o que permite o seu enquadramento no âmbito objetivo da responsabilidade. Assume, ainda, uma noção de causalidade perspectivada numa possibilidade real e admite uma indenização com base no interesse contratual negativo ou positivo, a depender do ilícito praticado.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidade pré-contratual; Administração Pública; ilicitude; ilegalidades formais e materiais; culpa; interesse contratual negativo e positivo.

## ABSTRACT

Pre-contractual liability of the State for unlawful practices during the public procurement procedure, legislated in art. 7 (2) of Law 67/2007, is a result of the stipulation of European Union Law contained in Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC. These stipulations, known as the Resources Directives, respectively coordinate the public works, supply contracts and public procurement operating in the water, energy, transport and postal services sectors, which were transposed by national law into the Public Contracts Code and the Procedure Code of the Administrative Courts. The subject, although foreseen in the State and other Public Entities' Extra-contractual Civil Liability, has its own regime, distinct in some aspects from the classic non-contractual model. However, some of its concepts are extracted from its own extracontractuality, for example matters of the unlawfulness that no longer restrict themselves to anti-legality. Nevertheless, this unlawfulness assumes some particularities based on the legal position of the candidates or tenderers participating in the public procurement procedure and becomes the subject of much discussion as far as formal standards are concerned, and therefore non-essential formalities and remedy defect. The theme presents a substitution of the standard of fault hitherto adopted by a method more in line with Administrative Law, which allows it to be framed within the objective scope of liability. It also assumes a notion of prospective causality in a real possibility and admits compensation based on negative or positive contractual interest, depending on the unlawful practice.

**KEYWORDS:** pre-contractual liability; Public Administration; unlawful; formal and substantial unlawful; fault; negative and positive contractual interest.

## SIGLAS

Ac. –	acórdão
art./arts. –	artigo/artigos
atual. –	atualizada
BGB –	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC –	Código Civil
CCP –	Código dos Contratos Públicos
CE –	Comunidade Europeia
CEE –	Comunidade Económica Europeia
Cfr. –	conforme
CPA –	Código do Procedimento Administrativo
CPTA –	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP –	Constituição da República Portuguesa
EC –	European Commission
ECJ –	European Court of Justice
ed. –	edição
e.g. –	<i>exempli gratia</i>
ETAF –	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
etc. –	<i>et cetera</i>
LOPTC –	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
op. cit. –	<i>opus citatum</i> /obra citada
P. –	processo
p./pp. –	página/páginas
p.ex. –	por exemplo
rev. –	revisada
RRCEE –	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado
ss. –	seguintes
STA –	Supremo Tribunal Administrativo
STJ –	Supremo Tribunal de Justiça
TAF –	Tribunais Administrativos e Fiscais
TCA –	Tribunal Central Administrativo

TJUE –	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRE –	Tribunal da Relação de Évora
TRL –	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP –	Tribunal da Relação do Porto
UE –	União Europeia
v.g. –	<i>verbi gratia</i>
vol. –	volume



## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1 – Relevância da distinção entre responsabilidade civil contratual, extracontratual e pré-contratual .....</b>	<b>14</b>
1.1 Contraposição entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual em geral.....	14
1.1.1 Breves considerações .....	14
1.1.2 Principais diferenciações entre os institutos .....	16
1.2 Classificação da responsabilidade civil no Direito Público.....	18
1.2.1 Classificação da responsabilidade a título de imputação de prejuízos .....	18
1.2.2 Classificação da responsabilidade quanto ao ramo do direito .....	19
1.2.3 Classificação da responsabilidade quanto à natureza jurídica .....	22
1.3 Da confrontação clássica binária à "terceira via" da responsabilidade civil, em especial a responsabilidade pré-contratual .....	23
1.3.1 O <i>tertium genus</i> da responsabilidade civil.....	23
1.3.2 A Responsabilidade Civil Pré-Contratual .....	25
<b>CAPÍTULO 2 – A Responsabilidade Civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função administrativa .....</b>	<b>45</b>
2.1 Breves considerações sobre a origem do instituto e o seu enquadramento jurídico-constitucional.....	45
2.1.1 Fase da irresponsabilidade .....	46
2.1.2 Fase civilista .....	49
2.1.3 Fase publicista.....	50
2.1.4 O enquadramento jurídico-constitucional da Responsabilidade Civil do Estado no Direito Português .....	52
2.2 A responsabilidade civil do Estado à luz do artigo 22º da Constituição e a sua compatibilização com a Lei n.º 67/2007.....	55
<b>CAPÍTULO 3 – A problemática da Responsabilidade Civil pré-contratual do Estado por danos resultantes de ilicitudes praticadas no âmbito de um procedimento de formação de um contrato público.....</b>	<b>62</b>
3.1 A aplicabilidade do princípio da boa-fé nas relações com a Administração Pública.....	62
3.2 A Responsabilidade Pré-contratual no ordenamento jurídico português .....	67
3.2.1 A Previsão legal e o alcance da norma.....	67
3.2.2 A questão da ilicitude.....	76
3.2.3 A questão da culpa .....	89
3.2.4 A questão do dano indenizável .....	98
3.3 A responsabilidade pré-contratual e a responsabilidade pela perda de chance.....	115

3.4 Análise de um <i>case law</i> : Ac. TCA Sul de 28.06.2012, P. 06934/10 .....	119
3.4.1 Sinopse do acórdão .....	119
3.4.2 Comentários .....	121
3.5 A Responsabilidade Civil do Estado no âmbito do procedimento de formação dos contratos: uma análise reflexiva .....	123
3.5.1 Impressões sobre a Responsabilidade Pré-contratual no Direito Civil e no Direito Administrativo .....	123
3.5.2 A Responsabilidade Pré-contratual do Estado e a harmonia entre as Diretivas Recursos e a Lei n.º 67/2007 .....	126
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>129</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>132</b>
<b>REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS .....</b>	<b>142</b>

## INTRODUÇÃO

No Direito, uma das matérias que sempre me saltou aos olhos foi a responsabilidade civil, diante da sua constante transformação. É instigador ver como o comportamento humano exerce direta influência nos deslindes jurídicos. De tempos a tempos, o homem adota diferentes condutas que resultam em novos danos, os quais precisam ser analisados com o escopo de alcançar a finalidade precípua do instituto, qual seja reparar o lesado pelos prejuízos indevidamente sofridos.

Uma das características mais marcantes do direito da responsabilidade civil é justamente a de constituir um exemplo de *case law*. Neste âmbito, muitas das resoluções das questões envolvendo a temática foram uma conquista casuística, principalmente em matéria de responsabilidade do Estado. O marco inicial da transição da irresponsabilidade da Administração Pública para a sua responsabilidade foi um julgado do Tribunal de Conflitos Francês, o caso *Blanco*. Consoante se verificará, o *leading case* foi inclusive determinante para se estabelecerem os requisitos da responsabilidade civil do Estado no âmbito do Direito da União Europeia (UE). No direito brasileiro, por exemplo, o assunto tem sido tratado até hoje apenas a nível jurisprudencial, não havendo qualquer tipo de norma que a regule.

Durante os meus estudos da licenciatura (no Brasil), era recorrente tratar da responsabilidade civil sob a perspectiva da extracontratualidade ou da contratualidade, mas nunca da ótica pré-contratual. É natural saber se determinada situação se enquadra no âmbito contratual ou extracontratual; não se encaixando no primeiro, remete para o segundo. Entretanto, tal clareza não é de fácil constatação quando estamos diante de um contexto em que não há contrato nem delito, mas sim um limbo entre eles. Por estas razões, resolvi tratar da responsabilidade civil pré-contratual do Estado que se manifesta nas ilicitudes praticadas no âmbito do procedimento de formação dos contratos públicos.

Porém, antes de adentrar na temática da responsabilidade pré-contratual da Administração Pública, dedico o primeiro capítulo a falar da relevância da distinção entre a responsabilidade civil contratual, extracontratual e pré-contratual em Direito Civil.

É cediço que o tema da responsabilidade civil do Estado não surgiu no Direito Público com características próprias. Até formar o seu regime típico, foi no Direito Civil que extraiu os seus contornos.

O primeiro capítulo tem por objetivo analisar a responsabilidade pré-contratual no direito privado, notadamente, no que tange à sua natureza jurídica, pois essa questão é um dos principais pontos de discussão doutrinária acerca da matéria. No entanto, para se alcançar essa análise, nos ocupamos, inicialmente, das modalidades clássicas da responsabilidade civil, partindo da distinção entre as responsabilidades contratual e extracontratual. O enfoque, aqui, volta-se para as principais características diferenciadoras do assunto assentes na previsão legal, na culpa, na pluralidade de agentes, no prazo prescricional, na responsabilidade por fato alheio e na capacidade.

Por conseguinte, adentrarei nas principais classificações da responsabilidade civil de Direito Público e, por fim, alcançarei o estudo do terceiro gênero da responsabilidade civil, mas debruçando-se sobre a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações, demonstrando, no entanto, de maneira breve, que existem outros tipos de ilícitos pré-contratuais além a interrupção das negociações. O capítulo será finalizado com o debate doutrinário acerca da natureza jurídica da referida modalidade de responsabilidade.

A responsabilização do Estado não foi uma conquista que se deu do dia para a noite. Ela foi progredindo paulatinamente e acompanhou os modelos de atuação seguidos pelo Estado, de maneira que, para que se compreenda como funciona a responsabilidade pré-contratual do ente público, é necessário perceber como, evolutivamente, se desenvolveu o padrão de responsabilidade que temos hoje.

Para isso, nos valeremos das teorias respeitantes à matéria, passando pela era da irresponsabilidade do Estado que gradualmente foi se tornando responsável, mas com fundamento no Direito Civil e, enfim, a consagração do Estado de Direito e responsável pelos atos dos seus agentes, funcionários e titulares de órgãos, já com fundamento no Direito Público.

Dessa maneira, além de trazer esse ciclo que se passou pela fase da irresponsabilidade, pela fase civilista e a fase publicista, buscarei expor como tal evolução se deu na ordem jurídica e constitucional portuguesa, promovendo, por último, uma análise das principais discussões que abarca a matriz constitucional da responsabilidade civil do Estado (art. 22.º).

No terceiro e último capítulo me propus a discutir sobre a responsabilidade pré-contratual do Estado por ilicitudes praticadas no âmbito do procedimento de formação dos

contratos públicos.

No Direito Civil, os alicerces da responsabilidade pré-contratual são os princípios da boa-fé e da tutela da confiança. Assim, em um primeiro momento busco trazer a questão atinente à possibilidade de aplicação do princípio da boa-fé e da tutela da confiança nas relações entre a Administração e o particular.

No que diz respeito à responsabilidade pré-contratual do Estado, trato da sua previsão legal no art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, que regula o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas (RRCEE), como fruto da determinação do Direito da UE instituído nas Diretivas n.º 89/665/CEE e 92/13/CEE. Nesse mesmo ponto, explico o alcance da referida norma.

No tópico seguinte, tratarei da polêmica envolvendo a ilicitude. A controvérsia circunda os atos ilícitos formais. Questiona-se, então, se os referidos atos integram a noção de ilicitude ao lado dos atos materiais. A discussão mostra-se pertinente diante do conceito de ilicitude, que não se reduz à concepção de antijuridicidade, senão também exige a violação das posições jurídicas subjetivas dos particulares.

Nesse âmbito, relacionarei a ilicitude constante no RRCEE com a posição jurídica dos candidatos ou concorrentes interessados no procedimento de adjudicação, ou ilegalmente preteridos ou excluídos do certame. Por derradeiro, trago a demanda atinente às ilegalidades das formalidades não essenciais e ilegalidades sanáveis. Elas compõem ou não o conceito de ilicitude para fins da responsabilidade do Estado?

No outro ponto, examinarei a questão da culpa. Discuto a atual tendência de objetivar, de um modo geral, a responsabilidade civil do Estado, substituindo o critério da *diligência de um bom pai de família* pela *diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor*. Nesse mesmo percurso, consideraremos a responsabilidade pré-contratual do Estado enquanto hipótese de responsabilidade objetiva.

Situando-nos no nexa de causalidade, reportaremos o seu estudo à questão da possibilidade real e faremos uma breve reflexão a propósito das recentes propostas, surgidas no Direito Civil, que olham para o problema da causalidade em termos de imputação objetiva.

Na análise da indenização da responsabilidade, enumeraremos as condutas pré-contratuais, praticadas durante os concursos públicos, que geram a responsabilidade do

Estado. Esta pesquisa se circunscreve às situações em que essas atuações possibilitam uma indenização com fundamento no interesse contratual negativo ou positivo.

O debate acerca da indenização permite, ainda, um estudo sobre a relação existente entre a responsabilidade pré-contratual do Estado e o instituto da perda da chance, de modo particular na hipótese em que o candidato/concorrente tem a sua proposta ilicitamente excluída ou é ilicitamente preterido. Nessa circunstância, a responsabilidade será pré-contratual pelo interesse contratual negativo ou positivo, ou pela perda da chance?

A fim de conferir uma compreensão fática ao tema, invocarei uma análise jurisprudencial cujo caso, a meu ver, engloba todas as discussões realizadas ao longo do trabalho, concluindo pelo acerto ou desacerto da decisão do Tribunal.

Já numa parte final do estudo, farei uma análise reflexiva sobre a temática.

## CAPÍTULO 1 – Relevância da distinção entre responsabilidade civil contratual, extracontratual e pré-contratual

### 1.1 Contraposição entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual em geral

#### 1.1.1 Breves considerações

Tradicionalmente, os autores classificam a responsabilidade civil em duas grandes modalidades: responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual<sup>12</sup>. A primeira, também denominada de obrigacional ou negocial<sup>3</sup>, é aquela decorrente da violação de direitos de natureza obrigacional; essa obrigação pode ter nascido de um contrato, de um negócio jurídico unilateral, da gestão de negócios, do enriquecimento sem causa, da lei etc<sup>4</sup>. A segunda, também chamada de aquiliana<sup>5</sup>, delitual, extra-obrigacional ou extranegocial, emerge de um fato ilícito ou de um fato que embora lícito cause danos.

A referida ilicitude ocorre quando há violação do direito de outrem ou violação da lei

---

<sup>1</sup> Esta clássica divisão resulta da chamada teoria dualista da responsabilidade. Entretanto, há autores que optam pelo entendimento de que a responsabilidade civil é única, sem subdivisões, sendo defensores da chamada teoria monista. Cfr. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. *Lições de Responsabilidade Civil*. 1.ed. Cascais: Principia, 2017, p. 14. O presente estudo elege a teoria dualista, pois concordamos com a maioria doutrinária que elenca a existência de distinções entre as duas modalidades de responsabilidade, as quais serão tratadas em seguida.

<sup>2</sup> Pessoa Jorge apresenta uma divisão diferenciada destas modalidades de responsabilidade, porque entende que a responsabilidade contratual e extracontratual são espécies do gênero responsabilidade obrigacional. O doutrinador refere que a responsabilidade obrigacional tem natureza contratual quando a obrigação descumprida provém de um contrato – p.ex., o comprador não satisfaz pontualmente o preço –, e tem cunho extracontratual se a obrigação tiver fonte diversa do contrato – v.g., o *dominus negotii* não reembolse o gestor das despesas que este realizou com a gestão quando, nos termos da lei, o deva fazer. Considera, por fim, ser delitual a responsabilidade do automobilista pelos prejuízos causados a outrem em resultado de acidente culposo. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999, p. 38. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7. ed. rev. Atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 213.

<sup>3</sup> Há doutrinadores que entendem não serem expressões sinônimas: VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral Vol. I*. 10. ed., rev., atual. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 519-520, SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual. *In Boletim do Ministério da Justiça*, nº 85, abril/1959, p. 115, nota 1 e TELLES, Inocêncio Galvão, *op. cit.*, pp. 212-213. Contudo, não adentraremos na discussão acerca dessa questão terminológica, razão pela qual consideramos-se-ão como expressões sinônimas.

<sup>4</sup> Carlos Mota Pinto salienta que a responsabilidade contratual, além de provir da violação de uma obrigação em sentido técnico, decorre também da violação de um direito de crédito. Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 137. Nesse mesmo sentido, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2009, p. 539.

<sup>5</sup> A designação aquiliana provém da *Lex Aquilia* que regulou a responsabilidade extracontratual no direito romano.

que protege interesses alheios.

A violação do direito de outrem exige uma lesão a um direito subjetivo específico – com a exceção dos direitos de crédito que são abarcados pela responsabilidade contratual – a fim de limitar a indenização, não se admitindo a tutela dos danos puramente patrimoniais. São abrangidos por essa modalidade de ilicitude os direitos absolutos<sup>6</sup>.

A ilicitude por violação das normas de proteção corresponde à violação de leis que, embora protejam interesses particulares, não conferem aos titulares um direito subjetivo a essa tutela, por não lhes atribuírem em exclusivo o aproveitamento de um bem. Refere-se, outrossim, a violação de leis que visam proteger interesses coletivos sem deixar de atender aos interesses particulares subjacentes, ou a violação de normas que visam prevenir a produção do dano em abstrato.

Todavia, além da previsão geral da responsabilidade civil subjetiva do art. 483.º, do CC, encontram-se espalhadas pelo Código outras previsões aquilianas que permitem estabelecer tipos delituais específicos para além das categorias gerais de ilicitude, dentre os quais: o abuso de direito, a não cedência em caso de colisão de direitos, a ofensa ao crédito ou ao bom nome, e a responsabilidade por conselhos, recomendações e informações.

Quanto ao fato lícito que causa dano, este se refere ao ato que a lei permite por considerá-lo justificado em atenção à natureza do interesse que visa satisfazer, mas desse ato resulte prejuízo para outrem. Sendo assim, para ser justa, a norma autoriza que embora o titular do direito possa realizar o ato, ele fica obrigado a indenizar o terceiro pelos prejuízos que venha a causar. Não há previsão expressa quanto a esta hipótese, mas há disposições esparsas no Código a que prevê, p.ex., os arts. 1.348.º, nº 2 e 1.349.º, nº 3, do CC.

Os institutos em apreço possuem propósitos. Enquanto a responsabilidade contratual busca a satisfação do interesse do credor prejudicado pelo incumprimento da obrigação<sup>7</sup>, a

---

<sup>6</sup> São absolutos, pois dotam de eficácia *erga omnes*: (a) os direitos sobre coisa corpórea ou incorpórea, que são os direitos reais, (b) os direitos sobre bens jurídicos pessoais como a vida, o corpo, a saúde e a liberdade, (c) os direitos de família e (d) a propriedade intelectual, que engloba os direitos de autor e direitos conexos e a propriedade industrial.

<sup>7</sup> Na responsabilidade contratual há uma modificação objetiva da relação jurídica, porque o dever primário de prestar transforma-se num dever secundário de indenizar. Cfr. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de, *Lições...*, *op. cit.*, pp. 16-17 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações Volume I*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 283-284. No Direito Público temos, também, autores que defendem esse entendimento, como FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e perda de uma chance (em especial, na contratação pública)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 60-61. Em sentido contrário, Menezes Cordeiro indica que a obrigação principal subsiste, mantém a sua identidade, sendo-lhe apenas enxertado o dever de indenizar. CORDEIRO,



responsabilidade extracontratual visa tutelar bens jurídicos positivados pelo ordenamento jurídico, significando que ela pretende proteger uma ordenação geral de bens e não uma situação jurídica particular preestabelecida.

No presente trabalho, optar-se-á pelo uso da nomenclatura contratual e extracontratual, visto que o escopo deste estudo é abordar a responsabilização do Estado quando este Ente, após iniciado o procedimento da contratação pública, desiste de prosseguir com a adjudicação.

### 1.1.2 Principais diferenças entre os institutos

O propósito deste tópico é traçar, de maneira breve, as principais diferenças existentes entre a responsabilidade contratual e extracontratual, dado que as características conferidas a cada um dos tipos serão determinantes para solucionar as discussões e as dúvidas que cerceiam a responsabilidade pré-contratual no que tange à sua natureza jurídica. A distinção entre as duas categorias de responsabilidades situa-se, principalmente, na previsão legal, na culpa, na pluralidade de agentes, no prazo prescricional, na responsabilidade por fato alheio e na capacidade<sup>8</sup>.

Quanto à previsão legal, o art. 798.º e ss., do CC estatui a base da responsabilidade contratual. Coube ao art. 483.º, n.º 1 e ss., do CC estabelecer as regras da responsabilidade extracontratual. Da leitura destes dispositivos, é possível concluir que na primeira se presume a culpa, dado que cabe ao devedor provar o cumprimento da obrigação<sup>9</sup> ou provar que tinha uma causa de justificação ou de escusa para não cumprir<sup>1011</sup>. A aferição da culpa

---

António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português II, Direito das Obrigações III*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 390.

<sup>8</sup> Mafalda Miranda Barbosa salienta que as diferenças, além de estarem no plano dogmático e no regime, resultam, essencialmente, das fontes. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de, *Lições...*, *op. cit.*, pp. 15-16. Almeida da Costa destaca que a responsabilidade extracontratual surge em caráter residual à responsabilidade contratual. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito...*, *op. cit.*, p. 540. TELLES, Inocência Galvão, *op. cit.*, p. 214.

<sup>9</sup> O cumprimento é fato extintivo da obrigação, sendo ônus do devedor nos termos do art. 342.º, n.º 2, do CC.

<sup>10</sup> Vide o art. 799.º, n.º 1, do CC. Menezes Cordeiro defende que “mal ficariam que o Direito que a Economia que ele tutela quando, depois de ter exigido, do credor, todo o calvário procedimental que desemboca no incumprimento definitivo, ainda se lhe fosse requerer mais do que a prova da obrigação incumprida e a declaração do incumprimento.”. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 391-392.

<sup>11</sup> Menezes Cordeiro salienta que na responsabilidade contratual, além de se presumir a culpa, presume-se a ilicitude. Cfr. *Idem*. Contudo, Ribeiro de Faria considera que cabe ao credor provar a ilicitude. FARIA, FARIA, Jorge Ribeiro de, *apud* CORDEIRO, António Menezes, *idem*, nota 1385.

na responsabilidade contratual é em concreto, por já haver uma individualização do sujeito responsável; de antemão, o contrato diz quem é o sujeito responsável. Na responsabilidade extracontratual não se presume a culpa<sup>12</sup> e cabe ao lesado provar a culpa do autor da lesão<sup>13</sup>, sendo a sua aferição realizada de acordo com o padrão do homem médio, ou seja, em abstrato, de modo que será preciso delimitar os sujeitos responsáveis e os potenciais credores da ação indenizatória.

Em havendo vários agentes que contribuíram para a ocorrência do dano, a responsabilidade não será solidária, e sim conjunta, na contratual. Somente haverá solidariedade na responsabilidade contratual na hipótese de a obrigação violada ser solidária, ou se a solidariedade resultar da lei (art. 513.º, do CC<sup>14</sup>). Já na extracontratual, a responsabilidade será solidária (arts. 490.º, 497.º e 499.º, 507.º, do CC). O prazo prescricional naquela é o ordinário – vinte anos – a contar da prática do fato danoso (*vide* art. 309.º, do CC), enquanto nesta é de três anos, contados da ciência do lesado da violação do direito, sendo admissíveis ressalvas, conforme o art. 498.º, do CC.

No que tange à responsabilidade por fato de terceiro, na contratual o devedor é automática e plenamente responsável pelos atos de seus representantes legais e auxiliares (art. 800.º, n.º 1, do CC), de maneira que, conjuntamente, o representado responde objetivamente e o representante subjetivamente<sup>15</sup>. Na extracontratual, o comitente responde pelos danos que o comissário causar independentemente de culpa, devendo recair sobre o comissário o dever de indenizar também (art. 500.º, n.º 1, do CC<sup>16</sup>). Deve-se assinalar que, na responsabilidade contratual é aplicável a regra da capacidade de exercício (arts. 122.º e 123.º, do CC) e do suprimento de incapacidade (art. 124.º, do CC). A extracontratual, por seu turno, adota o preceito da imputabilidade, considerando capaz quem é imputável (art. 488.º, n.º 2, do CC).

Entretanto, a responsabilidade contratual e a extracontratual não têm apenas diferenças entre si. Há entre ambas pontos de convergência, designadamente, no que diz

---

<sup>12</sup> A culpa na responsabilidade extracontratual somente será presumida se houver previsão legal a exemplo dos arts. 491.º, 492.º, n.º 1 e 493.º, 503.º, n.º 3, do CC.

<sup>13</sup> Cabe ao lesado provar a culpa do agente, visto que “(...), na falta de uma obrigação específica prévia (...) compreende-se a preocupação do legislador em limitar a responsabilidade (...)”. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 392.

<sup>14</sup> Se for direito comercial, a responsabilidade é solidária.

<sup>15</sup> PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 187.

<sup>16</sup> O comitente não se exonera da culpa, exceto se o comissário tiver saído do exercício de suas funções. Verifica-se que, na hipótese do referido artigo, a responsabilidade é solidária, tendo o comitente direito ao regresso. Este só não será possível se ele tiver agido com culpa.

respeito ao tratamento unitário da obrigação de indenizar adotada pelo legislador (arts. 562.º a 572.º, do CC) e quanto à inserção de algumas regras da responsabilidade contratual no capítulo relativo à responsabilidade extracontratual, como a exemplo do art. 571.º, do CC<sup>1718</sup>.

As distinções existentes entre a responsabilidade contratual e extracontratual não se circunscrevem apenas ao direito privado. Elas tocam também o Direito Público e serão estudadas a seguir.

## **1.2 Classificação da responsabilidade civil no Direito Público**

A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas de direito público pode ser classificada de três formas: a título de imputação do prejuízo, pelo ramo do direito pelo qual é regulada, e segundo a natureza da posição jurídica subjetiva violada.

### **1.2.1 Classificação da responsabilidade a título de imputação de prejuízos**

Quanto ao título de imputação de prejuízos, a responsabilidade civil pode ser delitual, pelo risco ou por fato lícito. É delitual quando decorre da violação de uma ordem jurídica, sendo também denominada de responsabilidade por fato ilícito e culposo. A responsabilidade pelo risco e por fato lícito não exigem a ofensa à ordem jurídica, razão pela qual são classificadas como responsabilidades objetivas. A primeira decorre de regras objetivas de distribuição dos riscos sociais, fundada na ideia de que, apesar de não ter sido praticado qualquer ato ilícito e culposo, um determinado dano exorbita da esfera de risco

---

<sup>17</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 397.

<sup>18</sup> Além disso, há situações em que um mesmo fato pode ser assimilado pelo regime da responsabilidade contratual e extracontratual, havendo um concurso de responsabilidade para uma mesma pretensão indenizatória, sendo possível combinar regras das duas modalidades de responsabilidade civil. Cfr. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de, *Lições...*, *op. cit.*, p. 20. A doutrina estrangeira tem discutido a existência de duas teses para solucionar esta situação. A primeira, denominada de tese dos cumulos da responsabilidade, permite ao lesado invocar indistintamente a modalidade de responsabilidade que mais lhe convenha para alcançar o efeito pretendido. A outra, chamada de tese do não-cumulo, proíbe a possibilidade do uso simultâneo de uma ou outra modalidade de responsabilidade. Outros autores, incluindo Almeida Costa, defendem que, no concurso de responsabilidades, o regime da responsabilidade contratual “consome” o da extracontratual, aplicando o princípio da consunção. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito...*, *op. cit.*, p. 552. Menezes Cordeiro salienta que, em havendo concurso de responsabilidade, a jurisprudência nacional tem optado por uma ponderação concreta de interesses. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 399, nota 1393. O legislador português não se posicionou sobre a matéria, mas hoje se reconhece que, nessas situações, o lesado tem liberdade para invocar o regime que pretende aplicar ao caso, devendo recair sobre ele o risco da escolha que faça.

do lesado. Já a segunda provém da necessidade de compensar alguém pelos sacrifícios que lhe foram impostos em benefício do interesse público, tendo como fundamento a igualdade perante os encargos públicos<sup>19</sup>.

No direito administrativo português, a responsabilidade objetiva funciona a título subsidiário, porquanto a regra é que a responsabilidade civil da Administração Pública seja subjetiva, diferentemente do direito brasileiro, no qual, com o advento da Constituição Federal de 1946, a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva<sup>20</sup>.

Rui Cardona, entretanto, defende que a jurisprudência dos tribunais superiores tem tido uma *tendência objetivizante* da responsabilidade estatal para além das situações de responsabilidade pelo risco e por atos lícitos. Afirma que os julgadores têm se inclinado também a objetivar a responsabilidade nas hipóteses de: (i) culpa coletiva ou anônima por via da doutrina da *faute du service*; (ii) presunção de culpa leve decorrente da prática de atos jurídicos ilícitos (*vide* art. 10.º, n.º 2, do RRCEE); e (iii) regras de direito da União Europeia cuja presença de elementos subjetivos se afiguraria incompatível. É nesta última hipótese que, como se verá, se enquadra a responsabilidade civil do Estado no âmbito de procedimento de formação dos contratos<sup>21</sup>.

### 1.2.2 Classificação da responsabilidade quanto ao ramo do direito

O art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 propõe um critério para resolver uma questão delicada do direito da responsabilidade civil extracontratual do Estado: a de saber quais as condutas que devem se reconduzir ao exercício da função administrativa. Com a redação do referido dispositivo, o legislador resolveu ultrapassar o tradicional uso das expressões *gestão pública* e *gestão privada*, que constavam no art. 1.º, do Decreto-Lei n.º 48.051/1967, e adotou uma noção mais ampla, ao utilizar a expressão *exercício da função administrativa*.

Anteriormente, quanto ao ramo do direito pelo qual era regulada, a responsabilidade

---

<sup>19</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral – Tomo III*. 1. ed. reimpressão. Lisboa: Dom Quixote, 2008, p. 16.

<sup>20</sup> Art. 37, § 6.º, da Constituição da República Federativa do Brasil: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 17 abr 2018.

<sup>21</sup> FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização, op. cit.*, p. 63.

civil poderia ser por ato de gestão pública e por ato de gestão privada: seriam de gestão pública aqueles atos que visassem a satisfação de interesses públicos e realizassem fins específicos do Estado ou outro ente público, regidos, assim, por normas de Direito Administrativo, enquanto os de gestão privada seriam aqueles que, embora praticados por pessoa pública, estariam sujeitos às mesmas regras a que estavam submetidos os particulares, visto que naquele momento o Estado agiria como um particular, despidido do seu poder de soberania, sendo regulamentados pelas normas de Direito Privado.

Contudo, com a edição da Lei n.º 67/2007, o legislador pretendeu instituir dois âmbitos de atuação: um pertencente aos sujeitos públicos e que se mostra relevante para os efeitos do regime da responsabilidade do RRCEE; e um outro que não pertence aos entes públicos, o qual continua sujeito ao art. 501.º do CC<sup>22</sup>.

Analisando a conjunção alternativa *ou* constante no referido dispositivo legal, é possível verificar que ela separa *ações e omissões adotadas no exercício da prerrogativa de poder público* das [ações e omissões] *reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo*. Verifica-se, por via deste segundo, que as atuações que podem ficar cobertas pelo regime do RRCEE são todas as atuações administrativas; aliás, o próprio CPA submete a gestão privada da administração a princípios e regras gerais do Direito Administrativo (art. 2.º, n.º 3, do CPA).

Para Miguel Assis Raimundo, na atual conjuntura legal, os atos de gestão privada restringem-se a: (i) atos materiais que não correspondem ao exercício de poderes jurídico-públicos e não sejam regulados pelo direito administrativo; ou (ii) atos materiais que não correspondem ao exercício de poderes jurídico-públicos e sejam apenas regulados pelos princípios, desde que a violação destes princípios não seja a causa da ilicitude. Deste modo, nessas situações, aplicar-se-ia o regime do art. 501.º, do CC e, por força desse preceito, ao Estado e demais entidades públicas seria aplicável o regime da responsabilidade do comitente. O exemplo eleito pelo autor para comprovar a situação foi os acidentes de viação com automóveis detidos por pessoas coletivas públicas cuja

---

<sup>22</sup> Miguel Assis Raimundo informa que, com o advento do RRCEE, os tribunais superiores não têm aplicado o regime da responsabilidade do comitente do art. 500.º, do CC por remissão do art. 501.º. Afirma que, embora os tribunais qualifiquem os atos praticados como regidos pelo direito privado, conferem a responsabilidade aos agentes públicos que praticam tais atos, à luz do RRCEE. Contudo, o autor defende que tal situação não permite o desaparecimento da dicotomia gestão pública e privada, visto que, para ele, ela subsiste no art. 1.º, n.º 5, do RRCEE. RAIMUNDO, Miguel Assis. Artigo 1º – Âmbito de aplicação. In *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência (coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão)*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 182.

condução não esteja ligada a uma finalidade imediata de interesse público<sup>23</sup>.

Para Carla Amado Gomes, a bifurcação gestão pública e privada trata apenas de uma mudança terminológica sem mudança significativa, pois, para a autora, o legislador somente acolheu as críticas atinentes à distinção entre os termos, abandonando-os e substituindo-os pela expressão *função administrativa*, sem, contudo, fornecer um critério material que caracterize as atividades que realmente fazem parte da função administrativa. Conclui aduzindo que a divisão entre atividade submetida ao direito público e atividade não submetida ao direito público em nada não muda a distinção clássica entre gestão pública e gestão privada<sup>24</sup>.

Vieira de Andrade, por sua vez, defende que não há razão para manter a diferença de regimes substantivos entre a gestão pública e a gestão privada no âmbito de atuação das pessoas coletivas, pois tal distinção opera desnecessariamente uma divisão artificial de fronteiras pouco claras e que tem suscitado inúmeros problemas de qualificação, pois perpetua, no âmbito da gestão privada, um regime inadequado que não tem considerado as notas de responsabilização direta e objetiva que vem caracterizando o atual entendimento acerca da responsabilidade civil pública<sup>25</sup>.

Entendo que ainda que, em teoria, exista uma diferença entre os atos de gestão pública e gestão privada, não se pode fechar os olhos ao fato de que o art. 1.º, n.º 2, ao definir *exercício da função administrativa* para efeitos de aplicação do RRCEE, fez com que a relevância da gestão privada ficasse reduzida. Isso revela a naturalidade evolutiva do direito administrativo, que vem se transformando num direito comum que regula a atividade das pessoas públicas e vem preenchendo espaços anteriormente ocupados pelo direito privado.

No que tange ao aspecto processual desta matéria, houve uma unificação da jurisdição em relação às diferentes formas de responsabilidade civil estadual. O ETAF (art. 4.º, n.º 1.º, f, g, h) operou um alargamento da competência contenciosa dos tribunais administrativos em matéria de responsabilidade civil das pessoas coletivas de direito público, pois uniformizou o âmbito da jurisdição no que se refere à responsabilidade

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 181-183.

<sup>24</sup> GOMES, Carla Amado. Topicamente – e as quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. In *Textos dispersos sobre direito da responsabilidade extracontratual das entidades públicas*. Lisboa: AAFDL, 2010, p. 240.

<sup>25</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de. A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado Social. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 140.º. N.º 3969. Julho-Agosto 2011. Coimbra: Coimbra Editora, p. 347.

decorrente da atividade administrativa, passando a atribuir aos tribunais administrativos as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas coletivas de direito público, sem qualquer distinção entre atos de gestão pública e de gestão privada, e passou igualmente a abarcar na competência dos tribunais administrativos a responsabilidade civil extracontratual de sujeitos privados aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade civil do Estado, pretendendo, assim, abranger as entidades privadas que prestam serviço público e que possam exercer poderes de autoridade ou cuja atividade seja regulada por disposições ou princípios de direito administrativo.

### **1.2.3 Classificação da responsabilidade quanto à natureza jurídica**

Quanto à natureza jurídica subjetiva violada, a responsabilidade civil pode ser contratual e extracontratual. A responsabilidade contratual decorre do incumprimento das obrigações pela Administração, e a extracontratual decorre da afetação de outros interesses subjetivos ou legalmente protegidos.

No âmbito da responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas de direito público, a única matéria objeto de codificação foi a responsabilidade civil extracontratual, cujo regime consta na Lei n.º 67/2007, intitulada Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Coletivas de Direito Público (RRCEE), a qual regula a responsabilidade extracontratual, a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por fatos lícitos. A responsabilidade contratual do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público não possui um regime específico de direito administrativo que a regule, de maneira que, por força do art. 280.º, n.º 4, do Código de Contratos Públicos, caso as relações jurídicas contratuais administrativas não estejam reguladas no CCP, nas demais legislações administrativas ou nas leis especiais, e não sejam suficientemente disciplinadas por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, pode subsidiariamente aplicar o direito civil, com as necessárias adaptações<sup>26</sup>. Neste sentido, a jurisprudência, até, tem aplicado à responsabilidade contratual dos contraentes públicos a presunção de culpa do art. 799.<sup>o27</sup>, do CC e o prazo prescricional do art. 309.<sup>o28</sup>.

---

<sup>26</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, p. 172. EIRÓ, Vera. *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes: fundamento e pressupostos*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 621.

<sup>27</sup> Ac. TCA Norte de 18.12.2015, P. 01262/08.0BEPRT.

<sup>28</sup> Ac. TCA Sul de 02.04.2014, P. 08197/11.

Ocorre que, no Direito Administrativo, essa presunção de culpa nem sempre é exclusiva das relações administrativas contratuais, porquanto existe presunção de culpa quanto aos atos jurídicos ilícitos da responsabilidade extracontratual nos moldes do art. 10.º, n.º 2, do RRCEE.

A Constituição da República Portuguesa (art. 22.º), contudo, não faz qualquer distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. Na verdade, como veremos no próximo capítulo, ela busca consagrar um princípio geral de responsabilidade civil das entidades públicas.

Note-se ainda que a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual mostra-se relevante tão somente para a responsabilidade emergente da função administrativa, não tendo significância para a responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional e político-legislativa<sup>29</sup>.

A responsabilidade extracontratual da Administração é a forma mais genérica de responsabilização das entidades administrativas, e assume por isso natureza residual. Vieira de Andrade, até, ressalta que a responsabilidade extracontratual do Estado é uma responsabilidade civil pública<sup>30</sup>.

Superada a discussão clássica acerca da responsabilidade civil, convém agora estudar um tema que não se tem mostrado tão pacífico nos ordenamentos jurídicos: a responsabilidade civil pré-contratual. Em que consiste? É um instituto que tem sido aceito? Qual a sua natureza jurídica? Estas e outras questões serão debatidas no próximo ponto.

### **1.3 Da confrontação clássica binária à "terceira via" da responsabilidade civil, em especial a responsabilidade pré-contratual**

#### **1.3.1 O *tertium genus* da responsabilidade civil**

Existem algumas situações que ficam em uma zona cinzenta entre o contrato e o delito, não se enquadrando nem nos casos de responsabilidade extracontratual nem nos de responsabilidade contratual. Diante de tal imprecisão, começou a ser defendida, tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira, a existência de uma terceira modalidade autônoma

---

<sup>29</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, p. 172.

<sup>30</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de *apud* LEITÃO, Alexandra. *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 424.



de responsabilidade, um *tertium genus*<sup>31</sup>. Esta ideia surge primeiramente na dogmática alemã, por intermédio de Claus-Wilhelm Canaris.

Os que defendem a existência dessa terceira via de responsabilidade civil fazem-no com base nas situações da vida com as quais se deparam e em que não há desrespeito ao direito primário de crédito – mediante o qual o credor poderia exigir do devedor a prestação – nem ofensa a deveres genéricos e direitos absolutos. O que há é uma violação de deveres específicos que também merecem proteção.

Entretanto, há doutrinadores que não são a favor da existência de uma terceira via de responsabilidade. Nesse espeque, Menezes Cordeiro opta por tratar a matéria como paracontratualidade, argumentando que a terceira via é inaceitável por gerar o enfraquecimento do regime dos artigos 798.º e ss., do CC<sup>32</sup>. O autor só admite a sua existência quando se está diante dos deveres de tráfego (responsabilidade por violação de deveres de cuidado)<sup>33</sup>.

Não concordando com o advento de uma terceira modalidade de responsabilidade há ainda Almeida Costa que, embora aprecie a ideia, a considera desnecessária no ordenamento jurídico português<sup>34</sup>, posto que, para o doutrinador, o legislador pátrio previu as duas modalidades clássicas de responsabilidade de maneira ampla e flexível, o que permite um adequado enquadramento nelas de todas as situações<sup>35</sup>.

Todavia, hodiernamente, a maioria doutrinária admite a existência de uma terceira via de responsabilidade civil.

Ao discutir esse terceiro tipo, a doutrina traz situações como a responsabilidade pré-contratual ou responsabilidade pela *culpa in contrahendo*, a responsabilidade pós-contratual, a responsabilidade do gestor de negócios, a responsabilidade nas obrigações nascidas de quase-contratos e a responsabilidade no quadro dos contratos com eficácia de proteção para terceiros<sup>36</sup>. Entre as categorias elencadas, debruçar-me-ei sobre a responsabilidade civil ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos,

---

<sup>31</sup> Menezes Leitão designa essa terceira via de “responsabilidade quase-obrigacional”. O autor reconhece que esse terceiro gênero abrange a violação de deveres específicos, que é um *plus* à responsabilidade delitual e não são obrigações em sentido técnico. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 348. Ainda quanto a esta nomenclatura, Galvão Telles a intitula de quase-contratual. TELLES, Inocêncio Galvão *apud* SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 116, nota 1.

<sup>32</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 402.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 403 e 407.

<sup>34</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida *apud Ibidem*, p. 401.

<sup>35</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito...*, *op. cit.*, p. 541.

<sup>36</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de, *Lições...*, *op. cit.*, p. 22.

mais conhecida como responsabilidade civil pré-contratual.

## 1.3.2 A Responsabilidade Civil Pré-Contratual

### 1.3.2.1 Questão Terminológica

Na discussão da responsabilidade pré-contratual, a primeira questão a esclarecer é a da sua terminologia. Tratá-la-ei de maneira breve, acreditando que esse debate não tem grande relevância, e por entender que na sua essência as expressões possuem o mesmo sentido, qual seja o de salvaguardar as relações jurídicas anteriores à formação do contrato.

No art. 227.º do CC, o legislador optou por denominá-la de responsabilidade por culpa na formação dos contratos. A doutrina, por sua vez, mostra-se dividida: alguns a chamam de responsabilidade por *culpa in contrahendo*, outros por responsabilidade pré-negocial ou responsabilidade pré-contratual.

Carlos Mota Pinto critica o uso de responsabilidade pré-contratual e responsabilidade por *culpa in contrahendo* como expressões sinônimas. Argumenta o autor que o elemento fulcral da responsabilidade em estudo é a existência de obrigações entre as partes na fase pré-negocial, e não a culpa, de maneira que o nexo de imputação entre o fato e o sujeito nem sempre se traduz na culpa, visto que ela pode ser dispensada ou, em outras vezes, não se mostrar suficiente, sendo necessária a presença do dolo<sup>37</sup>.

Carneiro da Frada, por sua vez, salienta que a responsabilidade pré-contratual, notadamente a decorrente de ruptura das negociações, é uma espécie de responsabilidade por *culpa in contrahendo*<sup>38</sup>.

Alberto González compreende que o mais correto é designar a responsabilidade pré-contratual como responsabilidade por *culpa in contrahendo* (culpa no processo de formação do contrato)<sup>39</sup>.

Já Almeida Costa entende que a expressão mais rigorosa será responsabilidade pré-negocial, dado que a matéria vai além dos contratos, abrangendo, igualmente, os negócios

---

<sup>37</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*. Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento XIV). Coimbra, p. 161.

<sup>38</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Almedina, 2007, p. 502.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ, José Alberto. *Código Civil Anotado Volume I – Parte Geral (artigos 1.º a 396.º)*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011, p. 279.

jurídicos unilaterais. Contudo, destaca que a expressão responsabilidade pré-contratual conclama a preferência dos autores, por ser o contrato o domínio de eleição desta figura jurídica<sup>40</sup>.

Embora entendendo que os termos são sinônimos, me filiarei na maioria doutrinária e optarei pelo uso da denominação *responsabilidade pré-contratual*.

### 1.3.2.2 Origem e aceitação

Problemas relacionados ao instituto da responsabilidade pré-contratual, inicialmente, foram suscitados pelo direito romano, porém de maneira ainda limitada, pois o restringia às hipóteses de impossibilidade originária da prestação ou de conduta, culposa ou dolosa, que visassem ocultar vícios da coisa ou exagerar as respectivas qualidades<sup>41</sup>. Contudo, foi o alemão Rudolf von Jhering que, em seus estudos (1861), conferiu um caráter sistemático à matéria, tratando-a como um problema novo.

A análise de Jhering teve a teoria da vontade<sup>42</sup> como mola propulsora, e tratava o assunto sob o prisma da tutela da confiança da contraparte na validade do contrato, de maneira que a questão era abordada da perspectiva da celebração de um contrato inválido por culpa de uma das partes<sup>43</sup>. O autor explicou que, ao iniciar as negociações, as partes saem do círculo de deveres puramente negativo dos contatos extracontratuais e entra na vinculação positiva da esfera contratual, de forma que deveriam ser aplicadas diligências para se evitar a ocorrência de danos. Assim, conclui Jhering, quem faz uma proposta de contrato tem a obrigação de verificar a presença de todos os seus pressupostos de validade, sob pena de responder o proponente pelos prejuízos causados na hipótese de o contrato ser declarado nulo<sup>44</sup>. Jhering intitulou esse quadro de *culpa in contrahendo*.

A construção de Jhering, entretanto, sofreu severas críticas. Os críticos afirmaram que a teoria do autor alemão se baseava numa ficção, pois assentava o fundamento da

---

<sup>40</sup> Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito...*, *op. cit.*, pp. 301-302, nota 4. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994, p. 32.

<sup>41</sup> PRATA, Ana, *op. cit.*, p. 8.

<sup>42</sup> Pela teoria da vontade de Savigny, havendo qualquer divergência entre a vontade e a sua declaração, deve esta ser considerada nula, sendo que para haver nulidade é preciso apenas uma discordância entre o conteúdo da vontade formada e a sua expressão ou declaração.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>44</sup> SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Culpa do devedor ou do agente*. Separata do Boletim do Ministério da Justiça n.º 48. Lisboa, 1957, p. 111.

*culpa in contrahendo* num contrato que era nulo e que, como tal, seria insuscetível de produzir efeitos jurídicos<sup>45</sup>. Críticas à parte, nos parece impossível nos dias atuais discutir responsabilidade pré-contratual sem ter no horizonte a teoria construída por Jhering.

Na sequência dos estudos do jurista alemão, a doutrina passou a ocupar-se de outros pontos relacionados com o referido tema, a exemplo da responsabilidade decorrente da revogação de uma proposta contratual, notadamente, nos casos em que a proposta já tiver sido aceita<sup>46</sup>.

Doutrinariamente, a responsabilidade pré-contratual passou por alguns estágios. A princípio, se limitou ao ressarcimento do dano produzido pela parte que culposamente causou a invalidade do negócio e conseqüentemente se alargou a situações em que o negócio era válido e eficaz, porém não era celebrado, gerando danos a reparar<sup>47</sup>.

A doutrina portuguesa tratou desta matéria antes mesmo da sua consagração legislativa. Guilherme Moreira foi um dos primeiros a admitir a responsabilidade pré-contratual, nomeadamente nos casos de venda de coisa alheia de má-fé. Aduzia, no entanto, que o abandono das negociações não poderia ser considerado fato ilícito gerador de responsabilidade civil e que a recusa em celebrar o contrato, ainda que arbitrária, também não era um fato ilícito<sup>48</sup>.

Em sentido contrário, José Tavares buscou expressamente defender a sua aplicação no caso de ruptura injustificada das negociações, argumentando que as negociações já constituíam um contrato tácito cujo abandono seria susceptível de implicar responsabilidade civil por incumprimento<sup>49</sup>. Cunha Gonçalves, por seu turno, entendia que somente haveria responsabilidade pré-contratual quando houvesse culpa ou deslealdade no rompimento das negociações<sup>50</sup>.

Atualmente, é maioritária na doutrina portuguesa a aceitação do instituto, conferindo-se inclusive especial atenção à matéria quando essa envolva condutas que resultam na não conclusão dos contratos.

---

<sup>45</sup> PRATA, Ana, *op. cit.*, pp. 9 e 11, nota 13.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>47</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito...*, *op. cit.*, p. 304.

<sup>48</sup> MOURA, Guilherme *apud* COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>49</sup> TAVARES, José *apud* LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 352, notas 742 e 743.

<sup>50</sup> GONÇALVES, Cunha *apud* COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 43.

### 1.3.2.3 Considerações acerca do instituto

A responsabilidade pré-contratual visa tutelar a confiança criada entre partes de que as negociações serão conduzidas segundo as regras da boa-fé, e pretende proteger as expectativas legítimas que os envolvidos criam não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração<sup>51</sup>.

As condutas praticadas que resultam na responsabilidade pré-contratual consistem na não conclusão dos contratos, na celebração de contrato inválido ou ineficaz ou na celebração de contrato válido ou eficaz, mas que gera danos a uma das partes devido ao modo como foi celebrado<sup>52</sup>.

Nos casos de contratos não concluídos se enquadram, notadamente, as rupturas das negociações, que serão analisadas em separado, considerando que é a conduta que mais gera indenização com base na responsabilidade pré-contratual, e é dela que se ocupa a maioria da doutrina.

No segundo grupo estão as situações em que há celebração de um contrato, só que inválido ou ineficaz por vício imputável a fato culposo de uma das partes. Por haver nesse caso uma frustração culposa de expectativas contratuais, há lugar à indenização, porquanto o lesado tem o direito de ser ressarcido pelos prejuízos que não teria sofrido se o contrato tivesse sido celebrado em termos regulares; ou seja, admite-se a indenização dos danos compreendidos no interesse negativo. Tal hipótese teria como exemplo a venda de coisa alheia, a venda de bens onerados ou de coisa defeituosa, a ineficácia por falta dos requisitos do objeto negocial ou por violação de outras exigências legais imperativas, a nulidade por vício de forma, a invalidade por falta ou vício de vontade e a ineficácia da representação sem poderes<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> O entendimento de que a tutela da confiança está associada a uma noção de segurança jurídica fez com que Almeida Costa defendesse que o alicerce teleológico da responsabilidade pré-contratual é a defesa dos valores sociais da segurança e da facilidade do comércio jurídico. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito...*, *op. cit.*, p. 303.

<sup>52</sup> O próprio Carneiro da Frada expõe que a tipificação das situações de responsabilidade pré-contratual deverá se orientar pela identidade do problema jurídico a resolver. FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria...*, *op. cit.*, pp. 108-109. A respeito das condutas abrangidas pela responsabilidade pré-contratual, ver também TELLES, Inocêncio Galvão *apud* LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, pp. 354-355.

<sup>53</sup> Para maior desenvolvimento acerca da responsabilidade pré-contratual por celebração de um contrato ineficaz, ver: PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 1197 e ss. No direito espanhol, a celebração de um contrato inválido também gera a responsabilidade pré-contratual de quem sabendo que existe uma possível causa de invalidade do contrato não a comunica à parte com quem vai contratar. Os exemplos de contratos que

Na terceira e última categoria estão os contratos convalidados, isto é, os contratos que até poderiam ter sido anulados mas a parte lesada não arguiu a anulabilidade (art. 287º, do CC). O interessado não arguiu a anulabilidade por não ter conseguido vislumbrar que, durante os atos preliminares, o agente, a fim de concretizar o negócio jurídico, adotou uma postura que violava as regras da boa-fé. Assim, quando o ato que poderia anular o contrato foi determinante para a sua conclusão, o lesado terá direito a indenização pelos prejuízos sofridos com base na responsabilidade pré-contratual, e também poderá optar pela anulação da transação<sup>54</sup>.

Segundo Paulo Mota Pinto, essa modalidade de responsabilidade pré-contratual trata das hipóteses em que o prejuízo resulta da eficácia negocial, configurando um contrato indesejado ou não conforme às expectativas, que constitui ele o próprio dano. Está em causa a indução à celebração de um negócio ou à aceitação do conteúdo negocial, em violação de deveres pré-contratuais de lealdade ou de informação. O autor complementa salientando que essa hipótese corresponderia ao critério do interesse contratual positivo, em resultado da possibilidade de o lesante optar pela subsistência do contrato<sup>55</sup>.

Para Galvão Telles, a responsabilidade pré-contratual decorrente da celebração de contrato válido ou eficaz que gera danos a uma das partes não é muito frequente, mas, ainda assim, pode se configurar. O exemplo dado pelo autor é o caso de uma venda que para ser válida precisaria de um documento particular, circunstância essa que era do conhecimento do vendedor mas não do comprador. Entretanto, o vendedor tem interesse que o contrato conste em escritura pública e, agindo sem boa-fé, convence o comprador da necessidade da escritura. Todavia, por força do art. 878.º, do CC, o comprador é quem deve suportar a despesas, mas tais despesas poderiam não ter sido arcadas pelo cliente, caso o vendedor tivesse explicado a real situação. Nessa circunstância, conclui Galvão Telles, apesar da validade do contrato, o comprador tem o direito de ser ressarcido do valor despendido com a escritura, em virtude de o vendedor não ter respeitado as regras da boa-

---

o direito hispano utiliza para exemplificar a hipótese são: contrato inválido por existir um vício de consentimento (erro ou dolo), contrato concluído por menor que se passa dolosamente por maior, contrato inválido por existir violência, contrato nulo por recair sobre um objeto inicialmente impossível ou ilícito, e contrato concluído por falso procurador. Cfr. RUBIO, Maria Paz García. *La responsabilidad precontractual en el derecho español*. Madrid: Tecnos, 1991.

<sup>54</sup> MAXIMO, Daniel. *Responsabilidade Civil Pré-contratual*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56401/responsabilidade-civil-pre-contratual>>. Acesso em 26 mar 2018.

<sup>55</sup> Cfr. PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 972, 1361 e ss. Na doutrina espanhola, RUBIO, Maria Paz García, *op. cit.*, pp. 205 e ss.

fé que deveriam pautar a sua conduta<sup>56</sup>.

No mesmo sentido, Rui Cardona entende que os casos de *culpa in contrahendo* por contratos válidos e eficazes alcançam os contratos que poderiam ter sido anulados pelo lesado e não o foram, em virtude da intervenção da contraparte que violou deveres pré-contratuais, bem como nos contratos em cujo processo de formação se tenha verificado a violação de deveres pré-contratuais, mas dos quais, ainda assim, não resulte invalidade ou ineficácia do contrato. Contudo, segundo o doutrinador, esta última hipótese só ocorreria em situações extremas<sup>57</sup>.

Galvão Telles, defende ainda que o segundo e o terceiro grupo de condutas se reconduzem à responsabilidade pré-contratual, uma vez que o contrato poderia ter sido celebrado de modo a não ficar ferido de invalidade ou de ineficácia, ou se não mostrasse prejudicial apesar de válido e eficaz. Conclui reconhecendo que, quando uma pessoa resolve contratar, ela tem a obrigação de contratar bem, por estar em causa o interesse da outra parte que anseia concluir um negócio perfeito<sup>58</sup>.

Verifica-se que, na segunda e terceira condutas, os contratos, independentemente de serem (in)válidos ou (in)eficazes, foram celebrados. Entretanto, não se pode olvidar que nem sempre são concluídos. Assim, sábia é a observação de Carneiro da Frada ao elucidar que a responsabilidade por *culpa in contrahendo* serve tanto de corretivo para contratos injustos quanto de proteção da parte mais carenciada<sup>59</sup>.

A conclusão do contrato é precedida pela fase negociatória, marcada por uma autonomia privada e liberdade de decisão das partes na preparação da vontade contratual. Contudo, essa liberdade vai diminuindo à medida que os envolvidos vão criando entre si uma confiança, uma segurança de que o contrato será celebrado. Dessa forma, surge um sentimento de injustiça, caso essa confiança seja frustrada por um inesperado e arbitrário rompimento de negociações.

A boa-fé, a lealdade, a correção e a probidade devem regular os três ciclos do vínculo contratual: a sua formação, a integração e a execução<sup>60</sup>. Tal regra é abarcada pelo art. 227.º, n.º 1, do CC que sanciona, em termos gerais, a responsabilidade por culpa na formação dos contratos e estatui que quem negoceia com outrem para a conclusão de um contrato deve,

---

<sup>56</sup> TELLES, Inocêncio Galvão, *op. cit.*, pp. 71-72, nota 1.

<sup>57</sup> FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização...*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>58</sup> TELLES, Inocêncio Galvão, *op. cit.*, p. 72.

<sup>59</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 488.

<sup>60</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito...*, *op. cit.*, p. 299.

tanto nos preliminares como na formação do mesmo, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

Da análise do dispositivo acima referido é possível constatar que o mesmo consagra expressa e genericamente a responsabilidade por culpa na formação dos contratos, a qual abrange um leque de situações em que se inclui a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações<sup>61</sup>, e descreve dois ciclos anteriores à formação do contrato: a fase negociatória, ou período preparatório que vai desde o início das negociações até a emissão da proposta contratual<sup>62</sup>, e a fase decisória ou período formativo que decorre desde a emissão da proposta contratual até à conclusão do contrato com a sua aceitação<sup>63</sup>. Verifica-se, dessa maneira, que a lei impõe a observância das regras de boa-fé durante todo o processo de formação do contrato – fase negociatória e fase decisória –, por entender que o início de uma negociação pode criar uma situação de confiança na outra parte.

Essa confiança deve ser tutelada pelo direito, ainda que não haja contrato, isto porque a sua violação configura um ilícito cujo dano deverá ser indenizado.

As partes interessadas na celebração de um contrato gozam de liberdade negocial, de maneira que não se encontram obrigadas a concluir o contrato apenas por terem iniciado negociações<sup>64</sup>. Ao iniciarem as negociações, os envolvidos, quando imbuídos de boa intenção, visam obter a efetivação do acordo. Mas pode ocorrer que, por circunstâncias alheias às suas vontades, a transação não seja alcançada. Infere-se, portanto, que nem toda a ruptura negocial constitui fato ilícito gerador de responsabilidade civil pré-contratual. Essa ruptura ensejará responsabilidade quando se criar uma confiança de que o contrato vai ser celebrado e injustificadamente uma das partes interrompe as negociações. Nesse caso, a não conclusão do contrato sem motivo justo caracteriza a violação dos limites impostos pela boa-fé, tornando ilegítimo o rompimento dos preliminares, o que configura

---

<sup>61</sup> Os autores chegaram à conclusão de que o rol do art. 227.º, n.º 1, do CC é exemplificativo. Cfr. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Almedina, 1989, p. 376. VARELA, João de Matos Antunes, *op. cit.*, p. 270.

<sup>62</sup> Os atos preparatórios realizados mesmo sem intenção vinculante, desde os contatos iniciais das partes até à formação da proposta contratual definitiva, também integram a fase negociatória. *Ibidem*, p. 303, nota 1. Nesse mesmo sentido, também Menezes Leitão, que defende que os atos preparatórios, ainda que anteriores à abertura de negociações propriamente ditas, resultam em responsabilidade pré-contratual. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 353.

<sup>63</sup> O quadro formado pela linearidade *início das negociações, emissão da proposta contratual e aceitação do contrato* é denominado por Carlos Mota Pinto de *iter negocial*. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *A responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 167-168.

<sup>64</sup> A responsabilidade pré-contratual é excepcional, sendo a liberdade negocial a regra.



responsabilidade pré-contratual.

A ruptura é livre, mas não pode ser arbitrária, pois quando for desmedida se torna ilegítima. O conceito de ruptura ilegítima é indeterminado, razão pela qual enquadrar determinada conduta como ilegítima dependerá de uma análise casuística.

Galvão Telles considera que a ruptura deixa de ser legítima quando configura um abuso de direito, e que a proibição do abuso do direito é uma materialização do princípio da boa-fé<sup>65</sup>.

O abuso de direito, previsto no art. 334.º, do CC, enquadra-se nos tipos delituais específicos que vão além das categorias gerais de ilicitude da responsabilidade extracontratual, e consiste no exercício anormal do próprio direito que ocorre quando o seu titular excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e econômico desse direito.

No abuso do direito, não é necessária a consciência do agente de estar excedendo o exercício do direito; basta que objetivamente exceda os limites que lhe cumpre observar. Todavia, isso não significa que se excluem os fatores subjetivos, nem que se afasta a intenção com que o titular tiver agido. Para haver abuso de direito é necessária a existência de uma contradição entre o modo ou fim com que o titular exerce o direito ou o interesse a que o poder se encontra adstrito<sup>66</sup>.

Assim, quando uma das partes gera na outra uma confiança na formalização do contrato e, agindo conscientemente ou não contra os limites da boa-fé, interrompe a negociação com o propósito de alcançar finalidade diversa daquela inicialmente apresentada, tal conduta ilegítima configura um abuso de direito motivador da responsabilidade pré-contratual.

O art. 227.º, do CC não enumera as obrigações que recaem sobre as partes durante o período de negociação contratual, recorrendo à cláusula geral da boa-fé. Contudo, a boa-fé de que trata o referido dispositivo não deve ser ligada a má-fé ou intenção de prejudicar, visto que a boa-fé aí retratada é uma boa-fé objetiva<sup>67</sup>, e não a subjetiva (estado de espírito). As partes devem estar subordinadas à boa-fé a partir do momento em que os

---

<sup>65</sup> TELLES, Inocêncio Galvão, *op. cit.*, pp. 15 e 76-77.

<sup>66</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *op. cit.*, pp. 563 e ss.

<sup>67</sup> Para Ana Prata, a boa-fé objetiva constitui uma regra de conduta de conteúdo indeterminado da qual emergem inúmeros deveres cuja verificação só poderá ocorrer caso a caso. Segundo a autora, cabe ao Tribunal o papel de extrair do princípio da boa-fé as suas consequências para a correta análise factual e jurídica, não significando que apesar da atribuição de tal tarefa caber ao julgador, ele discricionariamente possa determinar o conteúdo da regra da boa-fé. PRATA, Ana, *op. cit.*, p. 38.

contatos pré-contratuais gerarem numa delas, ou em ambas, uma confiança na conduta correta da parte.

A boa-fé na responsabilidade pré-contratual abarca três modalidades de deveres: os deveres de proteção, de informação e de lealdade, prevalecendo a consideração sobre este último quando houver ruptura injustificada das negociações<sup>68</sup>.

Os deveres elencados são denominados deveres pré-contratuais e entendidos como deveres genéricos que não se encontram integrados a qualquer relação jurídica. Sinde Monteiro os qualifica como uma relação obrigacional sem deveres primários de prestação<sup>69</sup>.

A confiança de que tratamos tem que ser razoável e objetivamente motivada; não basta um simples estado psicológico ou convicção subjetiva. A sua análise deverá ocorrer na apreciação casuística da situação<sup>70</sup>, devendo-se ponderar que a confiança na fase negociatória é mais fraca<sup>71</sup> e que, nessa fase, a posição das partes é mais precária.

Consoante já analisado, a responsabilidade pré-contratual trata da proteção da confiança dos contratantes durante as negociações e da sua recíproca subordinação ao princípio da boa-fé, de modo que a verificação de danos por ocasião da formação de um contrato tem lugar dada a confiança depositada pelas partes na validade do negócio jurídico celebrado ou na sua celebração futura.

No entanto, Carneiro da Frada defende que a responsabilidade pré-contratual e a tutela da confiança são institutos distintos. Para o doutrinador, a confiança exige a observância de determinados comportamentos, de um dever jurídico, enquanto a responsabilidade pré-contratual independe de deveres de agir, devendo prevalecer a

---

<sup>68</sup> O dever de proteção consiste em que, antes mesmo de se iniciarem as negociações propriamente ditas, a simples aproximação negocial dos potenciais contraentes faz com que eles devam estar vinculados a deveres de cuidado com a vida, à integridade física e à propriedade um do outro; ou seja, determina que as partes na fase negocial devam evitar qualquer atuação susceptível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais. A jurisprudência portuguesa não tem acolhido este entendimento. O dever de informação funda-se no compromisso que ambas as partes têm de prestar esclarecimentos necessários para a correta formação e motivação da vontade, de modo que seus anseios não fiquem dissimulados, e permitindo que se evite o surgimento de vícios. É uma maneira de proteger a parte mais fraca. O direito português vem acolhendo esta situação, o que pode ser verificado no Ac. STJ de 22.01.2009, P. 08B3301.

O dever de lealdade exige um comportamento honesto, de forma a evitar condutas que se traduzam numa deslealdade para com a outra parte. Inclui-se aqui a ruptura das negociações quando a outra parte tinha adquirido justificadamente a confiança de que elas conduziriam à celebração do contrato. A jurisprudência portuguesa também já se posicionou nesse sentido: Ac. TRE de 22.06.2004, P. 509/2004.

<sup>69</sup> MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade...*, op. cit., p. 492.

<sup>70</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade...*, op. cit., p. 57. PRATA, Ana, op. cit., pp. 43-44.

<sup>71</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *A responsabilidade...*, op. cit., p. 169.

liberdade e a autonomia privada no tráfego negocial<sup>72</sup>. Por estas razões, Carneiro da Frada agrega uma quarta modalidade de responsabilidade civil, representada pela teoria da confiança e denominada “teoria da confiança pura”<sup>73</sup>.

É inegável que a confiança assume um papel fundamental nas situações de responsabilidade pré-contratual, em particular nos casos de ruptura das negociações. Contudo, e com a devida vênia para com a vanguardista lição, a confiança não constitui imperativo absoluto para se autonomizar uma responsabilidade pela confiança.

#### 1.3.2.4 Requisitos

Da leitura do art. 227.º, do Código Civil, pode-se averiguar que o dispositivo se propôs, em regra, enquadrar a responsabilidade pré-contratual como subjetiva, exigindo uma conduta culposa do agente (culpa em sentido lato), sem contudo afastar a possibilidade de haver responsabilidade pré-contratual objetiva, designadamente, por fato de outrem<sup>74</sup>.

Geralmente, a doutrina e o legislador tendem a filiar a responsabilidade civil ao pressuposto da culpa do lesante, só indenizando danos decorrentes dessa conduta culposa, devendo os demais ser suportados pela vítima, por aparentemente não ser justo condenar o agente a pagar uma indenização quando não agiu com culpa – caso da responsabilidade subjetiva.

Ocorrem situações em que, para assegurar a prossecução da segurança jurídica, é necessário que o pensamento clássico da culpa dê lugar a um âmbito objetivo, de modo a assegurar ao lesado uma reparação, ainda que o agente não tenha agido com dolo ou culpa grave. É o que se denomina de responsabilidade objetiva, que no ordenamento jurídico

---

<sup>72</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria...*, *op. cit.*, pp. 523-527.

<sup>73</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. A responsabilidade pela confiança nos 35 anos do Código Civil – Balanço e perspectivas. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 – Volume III – Direito das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 296.

<sup>74</sup> Carlos Mota Pinto entende que a ruptura das negociações exige um *animus nocendi* ou uma negligência grave, não se limitando, apenas, a uma “simples” culpa. PINTO, Paulo Mota *apud* PRATA, Ana, *op. cit.*, p. 158, nota 373. O referido autor afirma ainda que, no direito português, quase todas as disposições do Código Civil que consagram a responsabilidade pré-contratual exigem o dolo. PINTO, Carlos Mota, *A responsabilidade...*, *op. cit.*, pp.159-160. São exemplos de responsabilidade pré-contratual objetiva no direito privado: o art. 899.º, do CC e o art. 909.º, do CC. Cfr. CORDEIRO, António Menezes *apud* PRATA, Ana, *op. cit.*, p. 36, nota 365. Nesse sentido: COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito...*, *op. cit.*, pp. 301-302, nota 4; TELLES, Inocêncio Galvão, *op. cit.*, pp. 70 e 74. Vide: Ac. STJ de 14.07.2009, P. 370/09.5YFLSB.

português está limitada aos casos previstos na lei. Apura-se, dessa maneira, que o legislador, a fim de limitar o seu âmbito de aplicação e limitar a própria responsabilidade, decidiu adotar o princípio da tipicidade no que toca à matéria da responsabilidade objetiva<sup>75</sup>.

No ilícito pré-contratual, a graduação da culpa se mostra relevante, principalmente, quanto quando se suscita a configuração ou não dos danos não patrimoniais. A fixação do montante indenizatório levará em consideração a diligência exigível ao agente cujo paradigma é o padrão do homem médio<sup>7677</sup>.

Segundo Almeida Costa, a responsabilidade civil por ruptura das negociações, além de possuir os mesmos requisitos da responsabilidade civil clássica, apresenta dois outros requisitos cumulativos: a existência de efetivas negociações que possibilitaram a formação de uma relação com base na confiança, e uma ruptura ilegítima da negociação, devendo essa ilegitimidade ser analisada de acordo com critérios objetivos<sup>78</sup>.

Rui Cardona, por sua vez, seguindo Ferreira de Almeida, defende que a *culpa in contrahendo* em caso de ruptura das negociações possui quatro pressupostos: uma situação de confiança efetiva do lesado, uma confiança imputável ao lesante em termos objetivamente justificados, a prática de atos externos juridicamente relevantes, decorrente da confiança gerada, e a boa-fé (objetiva ou subjetiva) de quem confiou<sup>79</sup>.

A doutrina majoritária e a jurisprudência dominante reconhecem que a ruptura das

---

<sup>75</sup> Mafalda Miranda Barbosa expõe que a responsabilidade objetiva, além de prescindir da culpa, independe também da ilicitude. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de, *Lições...*, *op. cit.*, p. 39. Em matéria de responsabilidade civil do Estado, a doutrina tem, *mutatis mutandis*, o mesmo entendimento. Nesse sentido: ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade indemnizatória...*, *op. cit.*, p. 349.

<sup>76</sup> Segundo Ana Prata, em havendo culpa do lesado e se a responsabilidade pré-contratual for considerada como tendo natureza contratual, a verificação da culpa do lesado implicaria a exclusão da culpa do agente, visto que nesta última a culpa é presumida. PRATA, Ana, *op. cit.*, pp. 160 e ss.

<sup>77</sup> A ponderação da culpa no âmbito de formação dos contratos também apresenta relevância na hipótese de responsabilidade de terceiros por *culpa in contrahendo*, que ocorre quando se responsabilizam não apenas as partes do futuro contrato como também terceiros que intervenham na sua negociação ou formação. É o alargamento da eficácia subjetiva da *culpa in contrahendo*, de modo que esses terceiros também se encontram vinculados aos ditames da boa-fé. Essa responsabilização ocorre quando alguém conduz em nome de outrem, como seu representante, a um processo de negociação ou formação do contrato, fundando para o representado uma relação jurídica pré-contratual. Ocorre que, em certas circunstâncias, o próprio representante pode responder a título pessoal perante o lesado. O terceiro será responsável quando violar os deveres impostos pela boa-fé na fase pré-contratual e tiver concitado em si a confiança da contraparte, mas tiver violado essa confiança. Seria o caso dos profissionais especializados como conselheiros financeiros ou fiscais, contabilistas e auditores. Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma 'terceira via' no direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997, pp. 98-101; FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria...*, *op. cit.*, pp. 115 e ss.

<sup>78</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 53-54.

<sup>79</sup> FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização...*, *op. cit.*, p. 68.

negociações configura uma conduta ilícita. Essa ilicitude consiste numa violação dos deveres emergentes da cláusula geral de boa-fé. Vislumbra-se que a temática coloca o problema no campo da ilicitude<sup>80</sup>.

A temática da responsabilidade decorrente do rompimento das negociações foi publicada inicialmente por Gabriele Faggella, em 1906. Vale a pena transcrever as palavras do autor, que sintetizam, em minha opinião, com precisão o espírito da responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Explica o autor: “a entrada em negociações implicaria um, expresso ou tácito, acordo pré-contratual no sentido da prossecução delas até que se chegasse a uma efectiva celebração do negócio ou até ao momento em que se verificasse, por irremovível divergência de interesses, que o consenso era impossível. Tal acordo, em que se funda a confiança de cada uma das partes na lealdade da negociação, resultaria, por um lado, do assentimento em iniciar negociações e, por outro, dos usos do comércio. Se, antes de as negociações atingirem qualquer daqueles estádios, uma das partes as interrompesse, tal interrupção deveria ser considerada injusta e arbitrária e, com fundamento na equidade, acarretaria, em consequência, o dever de indemnizar a contraparte dos danos que ela tivesse sofrido com vista à celebração do contrato. A arbitrariedade da ruptura não dependeria da verificação de culpa por parte do negociador que a efectivava (...) Os prejuízos indemnizáveis restringir-se-iam, porém, aos danos emergentes, isto é, incluindo todas as despesas realizadas com vista à condução das negociações e à conclusão do contrato, não abrangeriam (...) os lucros cessantes em suma, pois quanto a esses, não haveria (...) nexos de causalidade entre a ruptura e o dano.”<sup>81</sup>

Deve-se ter em mente que, sem dano não há responsabilidade civil pois não há como responsabilizar uma conduta que nem sequer causou prejuízos na esfera pessoal do particular. Sendo assim, caso a ruptura das negociações não crie lesão, não é pertinente colocar a questão da responsabilidade<sup>82</sup>.

O fundamento da obrigação de indenizar, nessa modalidade de responsabilidade, consiste na frustração da expectativa de concluir o contrato após o agente ter adotado um comportamento de que o escopo das negociações seria futuramente alcançado. A esperança de celebração do contrato em virtude das atitudes praticadas pelo lesante assemelha-se a

---

<sup>80</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 516, nota 545; PRATA, Ana, *op. cit.*, p. 36, nota 88; GONZÁLEZ, José Alberto, *op. cit.*, p. 280 e ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 368.

<sup>81</sup> FAGGELLA, Gabriele *apud* PRATA, Ana, *op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>82</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 53.

uma promessa<sup>83</sup>.

A finalidade da reparação consiste em colocar o lesado na situação em que se encontraria se não tivesse ocorrido o evento danoso. Porém, tal reconstituição não é possível na responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações, pois consistiria numa conclusão forçada do contrato, razão pela qual a indenização implica uma avaliação pecuniária em abstrato. Mas, quais os danos que devem ser indenizados?

Na responsabilidade pré-contratual, a obrigação de indenizar distingue entre interesse contratual negativo ou da confiança e interesse contratual positivo ou do cumprimento<sup>84</sup>. O primeiro busca ressarcir o dano que resulte de violação da confiança nos preliminares e na formação do contrato; isto porque está em causa o prejuízo que o lesado evitaria se não tivesse confiado que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a elas inerentes e derivados do imperativo da boa-fé. Já o segundo refere-se aos danos que decorrem do não cumprimento do contrato ou do seu cumprimento defeituoso ou tardio<sup>85</sup>.

Pois bem, na responsabilidade pré-contratual não tendo havido ainda a celebração do contrato, não parece possível que o lesado possa reclamar os danos sofridos em virtude da não realização da prestação (o denominado interesse contratual positivo), uma vez que não tinha obtido qualquer direito prévio à sua realização. Os danos indenizáveis são, assim, aqueles que a parte sofreu em virtude da confiança que lhe tinha sido gerada pela outra parte (o denominado interesse contratual negativo), abrangendo, por exemplo, as despesas que se revelaram infrutíferas, mas também a perda de ganhos que de outra forma teriam sido obtidos<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 502.

<sup>84</sup> Segundo Almeida Costa, começou a estabelecer-se a correspondência do interesse contratual negativo à invalidade do negócio (dano da celebração) e a do interesse contratual positivo à sua validade (dano do não cumprimento). COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>86</sup> Nesse sentido: SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Culpa...*, *op. cit.*, p. 111; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, pp. 355-356; FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização...*, *op. cit.*, p. 69 e TELLES, Inocêncio Galvão, *op. cit.*, p. 77. Entretanto, alguns autores entendem que se a conduta culposa da parte consistir na violação do dever de conclusão do negócio, excepcionalmente, a sua responsabilidade pode tender para a cobertura do interesse positivo (ou de cumprimento). Seria o caso, v.g., de uma situação de monopólio cujo titular tem, em princípio, o dever de vender a quem quer que se proponha comprar-lhes os bens por ele produzidos, como, p.ex., VARELA, João de Matos Antunes e SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz *apud* PRATA, Ana, *op. cit.*, pp. 175-176. Na mesma orientação, Carneiro da Frada sustenta que só se poderia aceitar a indenização do interesse positivo na responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações caso valorasse a ruptura como um dever. FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria...*, *op. cit.*, pp. 519-520, nota 547. Quem também admite a indenização do interesse contratual positivo na responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações é Alberto Vieira, que

A indenização do interesse negativo pode afetar tanto os valores já existentes na titularidade (dano emergente), que inclui as despesas realizadas com vista à celebração do contrato não concretizado, bem como as vantagens que deixou de auferir (lucros cessantes) e que correspondem às obrigações assumidas em virtude da confiança da futura celebração do contrato<sup>87</sup>. Ressalte-se que a indenização não pode exceder os proveitos que o lesado retiraria da válida celebração do contrato, pois ele não pode ser colocado numa situação mais vantajosa do que aquela que conseguiria se o contrato tivesse sido celebrado.

Por fim, convém informar que a maioria doutrinária entende que a ruptura das negociações pode gerar indenização por danos não patrimoniais, visto que os danos negativos os incluem<sup>88</sup>.

### 1.3.2.5 Natureza Jurídica

Tem havido controvérsia em torno de opiniões acerca da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. Autores há que defendem que a responsabilidade pré-contratual tem natureza contratual, outros que pugnam pelo seu enquadramento na extracontratualidade, e ainda os que entendem que a sua natureza se situa entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Nesta última hipótese, tendo a responsabilidade pré-contratual natureza jurídica de um terceiro gênero, que regras deverão ser aplicadas para a solução de um caso prático: as características da responsabilidade contratual, as da extracontratual ou as de ambas?

Uma parte da doutrina, em que se incluem nomes como Galvão Telles<sup>89</sup>, Carlos Mota Pinto<sup>90</sup>, Menezes Cordeiro<sup>91</sup>, Ana Prata<sup>92</sup>, Vaz Serra<sup>93</sup>, António Carvalho Martins<sup>94</sup>,

---

defende que a responsabilidade civil visa eliminar todos os danos causados ao lesado, independentemente da modalidade obrigacional, e não apenas os que se reconduzem ao interesse negativo. VIEIRA, José Alberto. *Negócio Jurídico – Anotação ao Regime do Código Civil (artigos 271.º a 295.º)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 34. Ver, também, ALBUQUERQUE, Ruy *apud* CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011, p. 585.

<sup>87</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>89</sup> O doutrinador afirma que, apesar de não encontrarmos a origem da responsabilidade pré-contratual em um contrato, nem todas as obrigações nascem de um, podendo decorrer da imposição legal, que é o que ocorre com a responsabilidade pré-contratual. TELLES, Inocêncio Galvão, *op. cit.*, pp. 75 e 81.

<sup>90</sup> O autor conceitua a responsabilidade pré-contratual como “uma relação obrigacional surgida entre os intervenientes nas negociações, ligada, por força do princípio da boa-fé, segundo uns, ao 'contrato social' entre estes, segundo outros, à 'relação contratual fáctica' ou ao comportamento social típico das

Mariana Fontes da Costa<sup>95</sup>, Antunes Varela<sup>96</sup> e Ruy Albuquerque<sup>97</sup>, inclina-se para a sua

---

negociações ou, sem mais especificação, criada pela lei.”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da Posição Contratual*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Reimpressão. Almedina: Coimbra, 2003, pp. 23-24 e 351. Contudo, em outra obra, afirma que a responsabilidade pela não conclusão dos contratos é qualificada como extracontratual por exclusão, por não se tratar da violação de uma obrigação em sentido técnico não pode ser contratual. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *A responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 248-250. Para Ana Prata, a opinião de Mota Pinto mostra-se contraditória, acabando por saldar-se numa posição eclética com predomínio das soluções do regime da responsabilidade obrigacional. PRATA, Ana, *op. cit.*, p. 210. Observa-se tal opinião na obra: PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 138.

<sup>91</sup> Menezes de Cordeiro entende que a responsabilidade pré-contratual deve ser regulada pela esfera contratual, com fundamento no § 311 I/II, do BGB, que decide a questão da responsabilidade pré-contratual remetendo-a à responsabilidade contratual. Afirma, ainda, que se trata de natureza contratual por referir-se a deveres específicos de comportamentos baseados na boa-fé. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 401. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa fé...*, *op. cit.*, p. 585.

<sup>92</sup> Admite que a responsabilidade pré-contratual não é extracontratual, considerando que os deveres pré-contratuais não configuram deveres de cuja violação resulta um ilícito extracontratual; ao invés, ela tem em conta a promoção e satisfação dos interesses de um determinado sujeito, de modo que o regime mais acertado é o contratual, dadas as características por ele apresentado. PRATA, Ana, *op. cit.*, pp. 212-214.

<sup>93</sup> Vaz Serra declara que como a responsabilidade pré-contratual decorre de uma relação baseada em negociações, devem aplicar-se os preceitos da responsabilidade contratual, pois “os negociadores não devem ser obrigados a maior diligência do que aquela a que seriam obrigados depois da celebração do contrato.”. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Culpa...*, *op. cit.*, pp. 122-123.

<sup>94</sup> Enfatiza que a aplicabilidade do regime da responsabilidade contratual à pré-contratual é a mais ajustada à ponderação de interesses da situação, uma vez que, na verdade, o art. 227.º, do CC tem apoio textual necessário para a fundamentação da existência de vínculos especiais de carácter obrigacional entre as partes envolvidas em negociações contratuais. Complementa dizendo que a responsabilidade contratual não se limita apenas ao não cumprimento dos contratos, mas também se manifesta no inadimplemento de obrigações não contratuais ou obrigações preexistentes entre as partes, decorrentes ou não de um contrato. MARTINS, António Carvalho. *Responsabilidade Pré-contratual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 40-41.

<sup>95</sup> Para a autora, a responsabilidade por ruptura das negociações não pode ser considerada extracontratual, visto que ela “surge no seio de um contato entre sujeitos determinados, que se relacionam com vista à celebração de um contrato: só estão adstritas a não romper as negociações, sem justa causa, as partes envolvidas nessas mesmas negociações, pelo que é possível determinar previamente os sujeitos passivos susceptíveis de ficarem vinculados à obrigação de indemnização, em caso de incumprimento.”. Defende que a responsabilidade pré-contratual se aproxima da contratual por surgir no contexto de uma relação anterior entre os sujeitos, de modo que estes já são determinados e que os deveres de conduta decorrentes da responsabilidade pré-contratual inserem-se no amplo campo das relações obrigacionais, notadamente, os deveres laterais, que nascem antes mesmo da celebração do contrato. No entanto, indica que este fato não é susceptível de ser *per se* condição de aplicação de todo o regime da responsabilidade contratual. A especificidade da estrutura de uma relação pré-contratual implica uma real percepção das exigências teleológicas daquela, o que poderá levar o intérprete a aplicar normas da responsabilidade extracontratual. COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de Negociações Pré-contratuais e Cartas de Intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 65-68.

<sup>96</sup> O autor infere que “o nexó teleológico existente entre esta relação *ex lege* e a relação contratual para que ela tende, nada repugna aceitar a aplicabilidade à primeira relação, no caso de violação dos deveres dela decorrentes para qualquer das partes, das regras próprias da responsabilidade contratual. Apesar de não haver ainda nenhum vínculo contratual entre as apessoas que iniciam negociações para a realização do contrato, a verdade é que a relação criada entre essas pessoas determinadas está muito mais próxima da relação contratual do que da existente entre o titular do direito *absoluto* e o autor da violação *ilícita* dele.”. VARELA, João de Matos Antunes, *op. cit.*, pp. 271-272.

<sup>97</sup> Explica que como o ordenamento jurídico impõe o respeito a boa-fé, sendo essa em seu sentido objetivo, estaremos diante de uma relação obrigacional, que tem sua fonte na lei e as negociações como fato constitutivo. ALBUQUERQUE, Ruy *apud* NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares do.



qualificação como responsabilidade contratual, com o fundamento de que, com o início das negociações, há um dever prévio de prestar por imposição legal.

José Alberto González<sup>98</sup>, Almeida Costa<sup>99</sup>, José Alberto Vieira<sup>100</sup>, Heinrich Hörster<sup>101</sup> e Daniela Moura Ferreira Cunha<sup>102</sup>, por sua vez, defendem a sua qualificação como responsabilidade extracontratual.

Autores como Menezes Leitão<sup>103</sup>, Mafalda Miranda Barbosa<sup>104</sup>, Carneiro da Frada<sup>105</sup>,

---

A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato. In *Estudos em Homenagem a Inocêncio Galvão Telles – Volume IV*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 230.

<sup>98</sup> Alberto González inicia a sua explanação sobre a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual afastando-a da responsabilidade contratual, e justifica que já há consenso em aceitar a responsabilidade pré-contratual independentemente de as negociações levarem à celebração do contrato ou de sua validade, pelo que, enquadrá-la como contratual, provocaria uma eficácia retroativa à celebração do contrato. Em contrapartida, aproxima-a da responsabilidade extracontratual em virtude de a responsabilidade pré-contratual não presumir a existência de uma relação jurídica anterior entre o lesante e o lesado, não podendo, por conseguinte, presumir a culpa do devedor. Saliencia ainda que o prazo prescricional previsto no art. 227.º, n.º 2, do CC é o da responsabilidade extracontratual. GONZÁLEZ, José Alberto, *op. cit.*, pp. 281-282.

<sup>99</sup> Almeida Costa pugna pela inclusão da responsabilidade pré-contratual como extracontratual, em virtude de esse regime melhor se adaptar à responsabilidade pré-contratual pelas características apresentadas quanto à culpa, pluralidade de agentes, competência, prescrição e capacidade. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 93-95 e 98; COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito...*, *op. cit.*, p. 301.

<sup>100</sup> Admite o autor que a responsabilidade pré-contratual é uma responsabilidade extracontratual, visto que ela assenta, não na violação de qualquer direito de crédito, mas em deveres genéricos de fonte legal; indica também que o prazo prescricional estipulado no art. 227.º, n.º 2, do CC é o da responsabilidade extracontratual., VIEIRA, José Alberto, *op. cit.*, p. 34.

<sup>101</sup> O doutrinador demonstra que a colocação da responsabilidade pré-contratual no domínio extracontratualista é de origem histórica e que a mesma abstrai da existência de um contrato, razão pela qual deve ter natureza extracontratual. HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 475.

<sup>102</sup> *A priori* convém esclarecer que a autora circunscreve o seu estudo à hipótese de responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações, considerando que a maioria dos casos envolvendo negociações preliminares deve resolver-se pela responsabilidade extracontratual, por esta possuir uma norma de cláusula geral que permite uma elasticidade suficiente para abarcar as diversas formas de violação do dever *neminem laedere*. Contudo, afirma que poderá haver situações de ruptura das negociações que se regerão pelas regras da responsabilidade contratual, especialmente no âmbito do ônus da prova. É, por fim, conclui expondo que não se pode afirmar que toda a responsabilidade pré-contratual deva aplicar os preceitos ou da responsabilidade contratual ou da extracontratual, cabendo ao julgador, na análise do caso concreto, aplicar a solução mais adequada. CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade Pré-contratual por ruptura das negociações*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 53-54, 63, e 75-76.

<sup>103</sup> O Autor considera que o regime da responsabilidade pré-contratual situa-se num meio termo entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, uma vez que não resulta do incumprimento de uma obrigação previamente assumida, nem da violação de um direito absoluto, e sim de deveres surgidos no âmbito de uma relação específica entre as partes, que impõem a tutela da confiança no âmbito do tráfego negocial. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 356.

<sup>104</sup> Afirma que o próprio legislador procurou afastar o regime contratual da *culpa in contrahendo*, sendo, portanto, uma terceira via de responsabilidade. Informa, ainda, que a confiança normatizada pela boa-fé é um fundamento comum entre as responsabilidades contratual e pré-contratual, razão pela qual elas poderão se aproximar. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de, *Lições...*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>105</sup> Acentua que a responsabilidade pré-contratual – por intervir em contextos particularizados, como são a negociação e a formação do contrato – não se compatibiliza com o direito extracontratual, por este

Sinde Monteiro<sup>106</sup>, Eva Sónia Moreira da Silva<sup>107</sup>, Ferreira de Almeida<sup>108</sup>, Dário Moura Vicente<sup>109</sup>, Joaquim de Sousa Ribeiro<sup>110</sup>, Lino Diamvutu<sup>111</sup> e Paulo Modesto<sup>112</sup> situam a

---

estabelecer deveres de comportamentos genéricos independentemente de qualquer diferenciação em função de um caso *in concreto*; também, não é obrigacional, em virtude dos deveres de comportamento exigidos durante as negociações ou formação do contrato ainda que específicos, não constituindo obrigações em sentido estrito, por não serem deveres de prestar, e sendo portanto uma terceira via de responsabilidade. FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Uma 'terceira via'...*, *op. cit.*, p. 95 e FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>106</sup> Segundo o autor: “Todos os deveres de protecção, anteriores ou posteriores à conclusão do contrato, entre as partes e onerando ou favorecendo terceiros, são abrangidos nesta relação obrigacional legal unitária, que tem uma vida, digamos independente, da relação de prestação. Sistemáticamente, o carácter autónomo da violação dos deveres de protecção face à responsabilidade contratual expressa-se através do seu enquadramento na responsabilidade pela confiança. Dada esta autonomia, e a posição dogmática intermédia entre o direito contratual e delitual, poder-lhe-iam ser pontualmente aplicadas algumas normas delituais, como, por exemplo, com respeito à prescrição.” MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 492-493. Acrescenta que a relação pré-contratual é uma relação obrigacional sem deveres primários de prestação, uma vez que estes deveres impostos pela boa-fé no período pré-contratual assumem-se como laterais, e afasta o seu enquadramento como uma terceira via de responsabilidade, pois considera que “os casos de responsabilidade por *culpa in contrahendo* são tão diferentes entre si que, provavelmente, a resposta terá de ser diferenciada para cada um deles.”. Afirma, ainda, que no caso da responsabilidade por ruptura das negociações se aproxima mais da responsabilidade extracontratual do que da contratual, por se afigurar mais justa a prova pelo lesado do carácter ilícito e culposo da conduta do lesante. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Culpa in contrahendo*. In *Cadernos de Justiça Administrativa*. (2003). N.º 42. Novembro/Dezembro, pp. 13-14.

<sup>107</sup> Para a doutrinadora, a responsabilidade pré-contratual é uma terceira via de responsabilidade, pois esta se mostra mais flexível para resolver a situação fática. SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas. Coimbra: Almedina, 2006, p. 64.

<sup>108</sup> O doutrinador explica que a responsabilidade pré-contratual não pode ser contratual, porque as regras da boa-fé na formação do contrato não são geradoras de obrigações e não envolvem prestações. Exclui também o regime extracontratual, visto que o mesmo não se adapta ao ambiente relacional existente entre os potenciais contraentes que mutuamente se escolheram para negociar em contratos com os deveres de comportamento *erga omnes*. Deve, portanto, ter uma autonomia, por força da lei e da jurisprudência, em virtude de possuir requisitos e efeitos próprios; porém, nada obsta à aplicação analógica ou do regime da responsabilidade contratual ou extracontratual para se sanarem as lacunas da terceira via, devendo utilizar aquele que mais soluciona a situação fática. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I – Conceito, fontes, formação*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 196.

<sup>109</sup> Afirma que a responsabilidade pré-contratual não se reconduz nem à responsabilidade contratual nem à responsabilidade extracontratual, e que tem uma natureza híbrida ou mista, pois se localiza em uma zona cinzenta que dá lugar à responsabilidade contratual e extracontratual, devendo aplicar o regime que melhor se coadune ao caso concreto. VICENTE, Dário Moura. *Culpa na formação dos contratos*. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 – Volume III – Direito das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 275-276.

<sup>110</sup> Defende que constitui uma autónoma responsabilidade pela confiança gerada por ligações especiais que não se deixam reconduzir a nenhuma das duas vias clássicas de responsabilidade. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade Pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime*. In *Boletim da Faculdade de Direito Studia Iuridica 96 Ad Honorem – 4*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 278.

<sup>111</sup> Para o autor, “o julgador não se encontra vinculado a aplicar exclusivamente as regras de qualquer das vertentes da responsabilidade civil. Há, pelo contrário, que ponderar em cada caso qual o regime aplicável, atentos os valores e interesses em jogo. A necessidade de compatibilizar a salvaguarda da autonomia privada com a tutela da integridade patrimonial do lesado poderá mesmo ditar certa hibrididade do regime jurídico aplicável à responsabilidade pré-contratual.”. DIAMVUTU, Lino. *A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais*. In *Revista da Ordem dos Advogados*. (2011). Ano 71. Abril-Junho, Lisboa, p. 561.

<sup>112</sup> Entende que a responsabilidade pré-contratual não tem natureza contratual, visto que os deveres

responsabilidade pré-contratual num meio termo entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, por resultar, não do incumprimento de uma obrigação previamente assumida, nem da violação de um direito absoluto, mas de deveres surgidos no curso da relação entre as partes que originaram uma proteção da confiança<sup>113114</sup>.

Nem a própria jurisprudência tem mantido uma regularidade nas suas decisões. Certos julgados afirmam que a responsabilidade pré-contratual tem natureza contratual, e outros reconduzem-na a uma terceira categoria.

Acompanho a opinião do terceiro grupo de doutrinadores, visto que enquadrar os casos que estão entre o contrato e o delito em contratual ou extracontratual faria com que não fosse dada uma resposta satisfatória e justa à situação prática.

Assim, reconhecida a responsabilidade pré-contratual como um *tertium genus*, o regime aplicável deverá ser construído a partir da aplicação de normas de responsabilidade contratual ou da responsabilidade extracontratual, consoante o que se considerar mais adequado à solução do caso. Mas qual será esse critério?

O primeiro critério que poderia responder a tal questionamento seria o da interpretação legislativa<sup>115</sup>. A leitura do art. 227.º, n.º 1, do CC não elucida se a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações se mede pelas regras da

---

emergentes da boa-fé não configuram obrigações; e não é extracontratual diante dos deveres emergentes da boa-fé se pautar numa relação específica o que não ocorre com o art. 483.º, do CC, que regula uma ordenação geral de direitos absolutos e as consequências da sua violação, enquanto o art. 227.º, do CC individualiza uma relação específica entre dois sujeitos que, em virtude das negociações preliminares, já não são estranhos entre si mas ainda não são partes num negócio jurídico, sendo, portanto, um *tertium genus*. Contudo, para a solução de casuística, embora configure um terceiro gênero, a responsabilidade pré-contratual se aproxima, por analogia, da responsabilidade contratual. NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares do, *op. cit.*, pp. 248-250.

<sup>113</sup> Oliveira Ascensão parece defender uma terceira via quando fala em uma “(...) categoria especial, intermédia entre a responsabilidade obrigacional e extra-obrigacional.”. ASCENSÃO, José de Oliveira, *op. cit.*, p. 370.

<sup>114</sup> A doutrina italiana entende que a responsabilidade pré-contratual tem natureza extracontratual, enquanto a alemã entende ser contratual. O BGB não prevê uma norma de caráter geral que institui a obrigação de indenizar o dano proveniente da responsabilidade pré-contratual, isto porque, aquando da celebração do contrato, a doutrina da culpa *in contrahendo* ainda estava em construção. Larenz reconduz ao direito consuetudinário a aceitação da responsabilidade pré-contratual pela doutrina e jurisprudência alemãs. Países como França e Brasil não têm um consenso, mas optam pela extracontratualidade, mas a doutrina francesa que tende aceitar a responsabilidade pré-contratual como tendo natureza extracontratual fá-lo ligando o instituto à figura do abuso do direito. Na Suíça, a doutrina não é pacífica; porém, os Tribunais têm decidido pela contratualidade da responsabilidade pré-contratual. De igual modo, na Espanha. Cfr. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 43; FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 101, nota 79; PRATA, Ana, *op. cit.*, pp. 205-208 e LARENZ *apud* PRATA, Ana, *op. cit.*, p. 16, nota 27.

<sup>115</sup> A interpretação legislativa é aquela que o legislador faz das suas próprias leis. NEVES, A. Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 34.

relação contratual ou extracontratual<sup>116</sup>. O legislador apenas optou por esclarecer que as partes respondem pelos danos que culposamente causarem, sem explicar se nessas hipóteses se presume ou não a culpa. Somente no n.º 2 do referido dispositivo legal há a informação de que, nessa matéria, o prazo prescricional é especial de três anos, prazo este que é característico da responsabilidade extracontratual.

No entender de certos autores, tal positivação não se mostra suficiente pois – argumentam – este n.º 2 afigura-se uma norma de caráter especial que apenas procura mostrar que o legislador pretendeu uma aproximação à responsabilidade extracontratual na questão da prescrição. Em sentido contrário, penso que no n.º 2 do referido dispositivo o legislador pretendeu, na verdade, reaver e esclarecer a natureza da responsabilidade pré-contratual como sendo extracontratual.

Em Portugal, há uma forte tendência em aproximar a responsabilidade pré-contratual da responsabilidade contratual, com base em alguns argumentos: (i) considera-se que, durante as negociações, as partes estabelecem entre si uma ligação intersubjetiva muito semelhante àquela que se estabelece aquando da celebração de um contrato; (ii) que a boa-fé presente no art. 227.º, do CC, é em sua vertente objetiva e que esta só surge no âmbito das relações obrigacionais; (iii) defende-se, também, que os deveres que emergem na fase das negociações não são deveres de conteúdo negativo, como sucede nas situações de responsabilidade extracontratual, as quais protegem uma pessoa perante toda a comunidade jurídica, diferentemente dos deveres pré-contratuais, que procuram a proteção da contraparte que se afigure como um sujeito determinado.

Creemos que a ideia de enquadrar a responsabilidade pré-contratual como terceira via pode englobar diversas situações. Deve-se admitir no entanto que, no caso de ruptura das negociações, em virtude do seu caráter excepcional, existe uma maior aproximação à responsabilidade extracontratual, porquanto a responsabilidade extracontratual possui uma cláusula geral que permite elasticidade suficiente para abarcar as situações de ruptura das negociações. Além disso, afigura-se mais razoável a prova pelo lesado do caráter ilícito e culposo da conduta do agente.

---

<sup>116</sup> Ocorre que o mesmo não sucedia no Código de Seabra. Na vigência deste Código, a responsabilidade pré-contratual encontrava legitimidade na doutrina do abuso de direito, razão pela qual se defendia estar em causa uma responsabilidade extracontratual. No projeto do Código Civil, em seu art. 9.º, n.º 1, Vaz Serra propôs que a responsabilidade pré-contratual medir-se-ia pelas regras da relação contratual a que as negociações se destinavam, salvo se lhe não for aplicável a razão de ser delas, caso em que o intérprete recorrerá às regras da responsabilidade extracontratual. Porém, como se pode notar no atual código, tal pretensão não foi acolhida.

Deve-se destacar ainda que a ponderação casuística, a ser realizada através de uma interpretação jurisprudencial<sup>117</sup>, mostra-se também indispensável para a solução desta controvérsia, tendo em conta que a solução mais justa se encontra na análise caso a caso .

Esta problemática também foi levantada no âmbito do Direito Administrativo. Aa fim de uma melhor compreensão do instituto no ramo do direito público, sobre esta matéria vamos debruçar-nos nos capítulos seguintes.

---

<sup>117</sup> Castanheira Neves considera a interpretação jurisprudencial, que acontece quando os julgadores analisam o caso em concreto, como a verdadeira interpretação jurídica em sentido próprio. NEVES, A. Castanheira, *op. cit.*, p. 38.

## CAPÍTULO 2 – A Responsabilidade Civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função administrativa

### 2.1 Breves considerações sobre a origem do instituto e o seu enquadramento jurídico-constitucional

A responsabilidade civil administrativa deve ser entendida como um instituto jurídico do qual emerge, para a Administração e para os seus titulares de órgãos, funcionários ou agentes, a obrigação de indenizar os prejuízos causados a outrem no exercício da atividade administrativa. Visa, dessa forma, a reparação de danos. O qualitativo *civil* da responsabilidade não remete para o direito privado; apenas busca esclarecer que a responsabilidade em causa não é política, criminal ou disciplinar, por exemplo<sup>118</sup>. Contudo, é inegável que o instituto da responsabilidade tem suas origens e adquiriu os seus contornos no direito privado, notadamente no Direito Civil<sup>119</sup>.

Todavia, atribuir responsabilidade ao Estado pelos prejuízos causados pelos seus titulares de órgãos, funcionários ou agentes no exercício de suas funções é uma ideia recente que remonta ao regime liberal do século XIX, cujas bases se sustentam na concepção de um Estado Social de Direito e que, como tal, tem o dever de ressarcir aqueles que sofreram, por sua atuação, violação a interesses juridicamente protegidos. Observa-se, portanto, que a evolução da responsabilidade civil do Estado resultou da evolução do próprio Estado e ainda continua em mutação.

Sendo assim, os doutrinadores costumam dividir a responsabilidade civil extracontratual do Estado em três fases distintas: a fase da irresponsabilidade do Estado,

---

<sup>118</sup> Lembrando que a noção de Administração Pública ainda abarca as pessoas coletivas de direito privado que a integra, consoante o art. 1.º, n.º 5, do RRCEE. SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado de, *op. cit.*, pp. 11 e 12.

<sup>119</sup> Segundo Vieira de Andrade, a responsabilidade civil, enquanto instituto jurídico, nasce no âmbito do direito privado e em paralelo ao direito criminal, para assegurar o direito à reparação pelos danos patrimoniais causados na esfera de um particular pela atuação ilícita de outro particular. ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade indemnizatória...*, *op. cit.*, p. 345. Acerca do uso do termo *civil*, o mesmo Autor explica em outra obra que “hoje a responsabilidade deixa de ser 'civil' por ser vista da perspectiva da Administração equiparada ao cidadão, é 'civil' por ser encarada da perspectiva do particular que sofre, como cidadão, prejuízos decorrentes da actividade administrativa – a responsabilidade já não é *civil* do lado *activo* (por o Estado agir como privado), mas tão só do lado *passivo* (sempre que o Estado tem de indemnizar danos causados aos cidadãos, quer actue como privado, quer actue como poder público).”. Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Panorama Geral do Direito da Responsabilidade “Civil” da Administração Pública em Portugal. In *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo Valladolid, 16-18 de octubre de 1997)*. Madrid: Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, p. 40.

a fase civilista e a atual fase publicista.

### 2.1.1 Fase da irresponsabilidade

Durante vários séculos, vigorou na monarquia absolutista o princípio da irresponsabilidade do Estado e dos respectivos funcionários e agentes no exercício de suas funções públicas, de modo que a autoridade pública, representada pelo monarca absoluto, era irresponsável pelos prejuízos causados aos particulares, que apenas eram um objeto do poder estatal e não um sujeito que com ele se relacionava. A reparação de tais prejuízos só ocorria por uma graça do soberano. Um dos fatores que contribuía para tal entendimento era a "teoria divina" que ensinava que Deus escolhia os reis como seus ministros e reinava através deles sobre os povos<sup>120</sup>. Nesse contexto da teoria divina, predominava a ideologia de que o rei não poderia fazer mal (na expressão francesa, *le roi ne peut mal faire*) e de que o rei não cometia erros (entre os ingleses, dizia-se *the king can do no wrong*<sup>121</sup>).

Dessa forma, o Estado da época impunha, de modo ilimitado, quaisquer obrigações ou restrições às atividades dos particulares, exercendo em relação aos indivíduos um poder de polícia, razão pela qual os autores identificavam o Estado do período como Estado de polícia.

No final desta primeira fase do Estado Moderno, as forças políticas foram aos poucos pregando um maior controle do poder estatal. Foi nesse momento que na Alemanha se desenvolveu a teoria do Fisco, que propunha uma espécie de bifurcação da personalidade do Estado de Polícia.

A teoria do Fisco preconizava que o patrimônio público pertencia, não ao rei nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade jurídica de direito privado diversa da personalidade do Estado, o qual era uma pessoa jurídica de direito público com poderes de

---

<sup>120</sup> “The King must not be under man but under God and under the law, because it is the law that makes the King”. WADE, William e FORSHIT, C. F *apud* BARRA, Tiago Viana. *A responsabilidade civil administrativa do Estado*. Disponível em: <<https://www.oa.pt/upl/%7B915b1a77-e7cb-48fa-9b7c-3399815c19dd%7D.pdf>> Acesso em 27 abr 2018, p. 124, nota 24.

<sup>121</sup> O princípio *the king can do no wrong* traduzia a ausência da responsabilização do Estado pelos atos praticados por seus agentes. Como a coisa pública se encontrava nas mãos de apenas uma pessoa ou uma classe, seria pecado acreditar que o rei praticaria atos que trariam prejuízos à população ou agiria contrariamente à lei. Os atos praticados pelo rei ou seus agentes que viessem causar dano a outrem eram considerados caso fortuito ou força maior. GONÇALVES, L. Cunha *apud* BARRA, Tiago Viana, *op. cit.*, p. 128.

império. O primeiro submetia-se ao direito privado e, conseqüentemente, aos Tribunais, pois nessa área o poder estatal agia despido de soberania por atuar como administrador de um patrimônio particular, que lhe pertence em propriedade, de modo que era aceita a responsabilidade do Estado no âmbito das relações de caráter patrimonial. O segundo regia-se por normas editadas pelo rei, fora da apreciação dos tribunais. Verifica-se, portanto, que os Tribunais passaram a reconhecer, em favor do indivíduo, a titularidade de direitos adquiridos contra o fisco, porém com fundamento no direito privado. O Estado, enquanto poder público e soberano, continuava sem limitações estabelecidas pela lei e sem poder ser demandado judicialmente pelos particulares na defesa de seus direitos<sup>122</sup>. O que se pode notar é que a bifurcação da personalidade do Estado abrandou o sistema vigente da irresponsabilidade, mas não o excluiu.

Com efeito, na impossibilidade de responsabilizar o rei, o Estado buscou transferir a sua responsabilidade para outra pessoa, no caso, os seus ministros, concretizando o princípio *the king can't act alone*<sup>123</sup>. Os danos causados aos particulares podiam, quando muito, ser imputados aos ministros do rei, a título meramente pessoal, sendo a responsabilidade na esfera jurídica individual do funcionário, mas, mesmo assim, essa responsabilidade pessoal era limitada, visto que requeria uma autorização antecipada da Administração (garantia administrativa)<sup>124</sup>.

Sucedia que, a regra da irresponsabilidade do Estado e responsabilização pessoal dos agentes públicos não só deixava os lesados à mercê da capacidade patrimonial do agente, como também tendia a afastar das funções administrativas os mais cautelosos, que temiam assumir responsabilidades superiores às que seu respectivo patrimônio permitia<sup>125</sup>.

Apesar da intempérie, não se pode afastar a importância do princípio *the king can't act alone*, pois ao possibilitar a atribuição de uma responsabilidade, ainda que limitada e pessoal, permitiu que o poder, então encarado como absoluto, passasse a ser mitigado, abrindo o precedente para se falar em responsabilidade do Estado soberano.

---

<sup>122</sup> GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1997, p. 12.

<sup>123</sup> O princípio *the king can't act alone* foi materializado através do instituto da referenda, que exigia que os ministros referendassem os atos praticados pelo rei, de maneira que caso o ato causasse algum dano, os ministros assumiam a responsabilidade. Cfr. *Ibidem*, p. 9.

<sup>124</sup> Tiago Viana defende que, naquele momento, a responsabilidade administrativa era subjetiva e individual. BARRA, Tiago Viana, *op. cit.*, p. 128.

<sup>125</sup> GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, *op. cit.*, p. 15.



A passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito levou, paulatinamente, ao abrandamento da teoria da irresponsabilidade do Estado, cujo marco foi o *caso Blanco*<sup>126</sup>, que promoveu um alargamento das áreas de intervenção da Administração Pública e, conseqüentemente, permitiu a responsabilização do Estado em algumas atividades de gestão pública.

Podem-se apontar algumas razões que contribuíram para a evolução da responsabilização do Estado: (i) desenvolvimento do princípio da igualdade perante os encargos públicos, pois não era adequado exigir que somente uma parte dos cidadãos arcassem com os custos, os riscos e os danos oriundos da atividade administrativa, era preciso um princípio que viabilizasse a indenização desses danos a fim de restabelecer o equilíbrio; (ii) consolidação e aprofundamento do princípio da legalidade<sup>127</sup>; (iii) concepção organicista da relação entre Estado e funcionário, por se ter passado a entender que, na verdade, os agentes do Estado eram uma *longa manus* deste, onde as ações daqueles representavam as próprias ações do Estado, de maneira que deveria haver imputação ao ente público dos danos emergentes de atos ilegais materialmente praticados pelos seus funcionários<sup>128</sup>; e (iv) alargamento da intervenção econômica, social e cultural do Estado.

Os Estados Unidos e a Inglaterra abandonaram a teoria da irresponsabilidade mais recentemente, por meio, respectivamente, do *Federal Tort Claim Act*, de 1946 e *Crown Proceeding Act*, de 1947<sup>129</sup>, os quais consagraram a responsabilidade civil das pessoas públicas.

---

<sup>126</sup> Trata-se de um atropelamento a uma criança de 5 anos chamada Agnès Blanco por um vagão da Companhia Nacional da Manufatura do Tabaco, empresa pública. O vagão era empurrado por quatro funcionários e, em virtude do atropelamento, uma das pernas da menina foi amputada. Em decorrência das lesões graves para toda a vida, os pais da garota requereram uma indenização ao Estado. Após a apreciação do caso, foi concedida uma pensão vitalícia à vítima. Este acórdão afirmou também expressamente a competência dos tribunais administrativos em matéria de responsabilidade do Estado.

<sup>127</sup> O princípio da legalidade ensinava que se o cidadão deve submeter-se às leis emanadas do legislador, a Administração não pode se eximir de sua observância, devendo o Estado garantir os cidadãos contra as condutas ilícitas dos órgãos ou agentes públicos; em outros termos, impele o Estado a garantir a regularidade da atuação administrativa. Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Dissertação para o exame do Curso Complementar de Ciências Político-Económicas (1970-71) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1971, p. 44. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, p. 20.

<sup>128</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 45.

<sup>129</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 525.

### 2.1.2 Fase civilista

Com a superação da teoria da irresponsabilidade e já sob a égide do Estado de Direito, nasce uma nova fase: a fase da responsabilidade do Estado, que se baseava numa ideia de culpa do funcionário que, no exercício de suas funções, causava danos aos particulares. Como estava amparada por uma noção civilista, foi intitulada de teoria civilista da culpa, e apresentou dois momentos: a teoria dos atos de império e de gestão, e a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

A teoria dos atos de império e de gestão foi desenvolvida como um artifício do Estado para se eximir das demandas particulares contra ele propostas, e consistia na diferenciação entre atos de império e atos de gestão. Os atos de império seriam aqueles regidos por normas de direito público e praticados pelo Estado de forma unilateral e com soberania a fim de impor a sua vontade aos particulares; os atos de gestão eram aqueles praticados pela administração em condições de igualdade com o particular, conforme normas de direito privado, para a conservação do patrimônio público e para a prestação de serviços – não eram considerados atos administrativos de modo que geravam a responsabilização da Administração. Assim, distinguia-se a pessoa do rei, que praticava atos de império, sendo portanto insuscetível de erro, dos atos de gestão praticados pelo Estado através de seus prepostos<sup>130</sup>. Esta dicotomia gerou críticas, pois na prática não era possível distinguir os atos de império dos de gestão, razão pela qual, aos poucos, a teoria foi sendo superada.

Mesmo após o abandono da ideia de separar atos de gestão e atos de império, havia a possibilidade de se atribuir à Administração o dever de indenizar, quando fosse possível comprovar a culpa do funcionário responsável pelo dano no cumprimento da obrigação, o que se denominou de teoria da culpa civil, na qual a responsabilidade extracontratual do Estado estava associada a uma noção civilista de culpa, tendo assim natureza subjetiva.

O fundamento de defesa desta teoria era que o Estado não podia agir com culpa por ser uma pessoa fictícia, pois para haver responsabilidade era necessário que o dano fosse oriundo de um agente público que tivesse agido intencionalmente com culpa. A ideia era atribuir responsabilidade ao Estado por atos de seus agentes, equiparando-a àquela

---

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 526.

imputada às relações entre empregadores pelos atos de seus empregados, preponentes pelos de seus prepostos ou dos mandantes pelos de seus mandatários.

Entretanto, nem sempre era possível identificar o funcionário responsável pelo prejuízo, de maneira que foi desenvolvida uma concepção de culpa anônima, também denominada de culpa do serviço ou culpa administrativa, cujo desenvolvimento teórico se afasta da ideia clássica civilista de culpa para se aproximar de uma noção de caráter mais autônomo, próprio do Direito Administrativo. Esta transição ficou conhecida como fase publicista da responsabilidade extracontratual do Estado, resultando de uma construção jurisprudencial francesa (*caso Blanco*).

### 2.1.3 Fase publicista

As soluções conferidas à responsabilidade civil de direito privado não se mostravam mais adequadas para a compreensão da responsabilidade do Estado em sua atual conjuntura, passando a ser necessária a construção de uma concepção específica de responsabilidade indenizatória dos poderes públicos<sup>131</sup>. Surgem, nesse contexto, as teorias publicistas, que se baseavam na ideia de que o Estado pode ser responsabilizado, mas por meio de um regime peculiar com regras e princípios distintos do direito comum. São elas: a teoria da culpa administrativa (culpa anônima ou da falta do serviço – *faute du service*), e a teoria da responsabilidade objetiva.

A teoria da culpa administrativa se baseia numa ideia de culpa e de prestação inadequada do serviço; contudo a culpa é anônima, posto que, dependendo do ato praticado, não é possível identificar o funcionário responsável pelo prejuízo causado a terceiros, de maneira que a *faute du service* abandona a noção de culpa individual do direito civil e adota a noção de uma culpa administrativa do direito público. Passou-se a desenvolver, então, a possibilidade de o Estado indenizar com base numa culpa anônima relacionada com a falha do serviço, desvinculando a responsabilidade do Estado de uma ideia de culpa do funcionário<sup>132</sup>.

No entanto, sem afastar essa teoria, o vanguardista Conselho de Estado francês

---

<sup>131</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade indenizatória...*, *op. cit.*, p. 345.

<sup>132</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 53.

passou, em algumas situações, a considerar a desvinculação do elemento subjetivo da culpa para fins de responsabilização objetiva do Estado.

Assim, o instituto da responsabilidade civil do Estado, que no início exigia a presença do elemento subjetivo *culpa do agente*, foi objeto de desenvolvimentos normativos, dogmáticos e jurisprudenciais, e ganhou maior abrangência quando passou a possibilitar a obrigação de ressarcir os prejuízos causados ou pela atuação de outrem por atividade ou coisa perigosa (denominada responsabilidade pelo risco), ou por ações que embora lícitas tivessem causado prejuízos<sup>133</sup>.

Segundo Vieira de Andrade, a ideia de uma verdadeira responsabilidade objetiva só se verifica quando se dispense a própria ilicitude do fato lesivo como pressuposto da obrigação indenizatória, assentando a responsabilidade no risco e excluindo intencionalmente as finalidades sancionatórias e preventivas como características da responsabilidade civil pública. Explica ainda o mesmo Autor que os sistemas que entendem a responsabilidade objetiva apenas pela circunstância de eliminar a culpa ou a sua prova acabam por estabelecer outras qualificações de ilicitude para fins indenizatórios<sup>134</sup>.

Assim, pela teoria da responsabilidade objetiva, a Administração pode responder pelos prejuízos causados aos particulares, mesmo se decorrentes da prática de atos lícitos, isto porque, nessas hipóteses, a Administração impôs-lhes um ônus anormal, superior aos custos normais da vida em sociedade. Partindo do princípio que todos devem suportar igualmente os encargos sociais, sempre que o Estado, mesmo que agindo lícitamente, impõe a alguns um ônus excessivo a suportarem em favor da coletividade, esses mesmos devem ser indenizados com o objetivo de se restabelecer a igualdade, o equilíbrio. Nesses casos, ainda que não haja culpa ou dolo e o ato seja lícito, o Estado responderá, só que objetivamente. Por essa razão, apenas será necessário comprovar o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano para que haja o dever de indenizar. Esta teoria foi consagrada no direito português, no art. 16.º, da Lei n.º 67/2007.

A responsabilidade objetiva ocorre não só pela prática de atos lícitos que causam danos, como também pode acontecer pela chamada teoria do risco, partindo da ideia de que

---

<sup>133</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade indemnizatória...*, *op. cit.*, p. 345.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 349.

a atuação estatal envolve um risco de dano que lhe é inerente<sup>135</sup>.

A responsabilidade pelo risco é entendida como aquela obrigação que têm as entidades públicas de indenizar os danos causados por atividades, coisas ou serviços administrativos que, pela sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, são especialmente perigosos. Nessa modalidade de responsabilidade, não é necessária a existência ou a prova da ilicitude do fato ou da culpa do agente administrativo para que haja a obrigação de indenizar; basta a imputação de danos à Administração, através de um nexo de causalidade, ainda que o agente tenha utilizado toda a diligência para os evitar. Entretanto, se se provar que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, o Tribunal pode, em relação ao primeiro caso, afastar a indenização e, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indenização<sup>136</sup>. O referido entendimento foi abarcado pelo direito pátrio no art. 11.º, da Lei n.º 67/2007.

Ocorre que, apesar da evolução da progressiva responsabilização do Estado em diversos países através da consagração constitucional e legislativa, o regime da responsabilidade focava-se, essencialmente, nos danos resultantes da atuação estadual administrativa. Os danos decorrentes da prática de atos políticos, legislativos e judiciais ficavam à margem desta temática.

#### **2.1.4 O enquadramento jurídico-constitucional da Responsabilidade Civil do Estado no Direito Português**

A noção de irresponsabilidade do Estado português assentava no direito pátrio até à Constituição Política da Monarquia Portuguesa, de 1822, que na tentativa de pôr fim ao absolutismo, instaurando em Portugal uma monarquia constitucional, passou a prever a responsabilidade pessoal e exclusiva dos funcionários públicos pelos danos ilícitos cometidos no exercício de suas funções<sup>137</sup>. Todavia, o texto constitucional não consagrou em nenhum de seus preceitos o princípio da responsabilidade direta ou indireta da Administração, de maneira que o ente público mantinha-se irresponsável. O art. 14.º, da Magna Carta apenas estabelecia que *“todos os empregados públicos serão estritamente*

---

<sup>135</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *op. cit.*, p. 527.

<sup>136</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade indemnizatória...*, *op. cit.*, p. 352.

<sup>137</sup> BARRA, Tiago Viana, *op. cit.*, p. 135.

*responsáveis pelos erros de ofício e abusos do poder, na conformidade da Constituição e da Lei.*”<sup>138</sup>. Tal previsão manteve-se na Carta Constitucional de 1826 e na Constituição de 1838<sup>139</sup>.

A doutrina da irresponsabilidade do Estado e da responsabilidade pessoal dos funcionários administrativos por danos resultantes de atividades ilegais foi, igualmente, abarcada no Código Civil de Seabra de 1867, que, nos arts. 2.399.º e 2.400.º, respectivamente, previa que os funcionários públicos que causassem danos no desempenho das obrigações que lhes fossem impostas por lei não seriam responsáveis pelos prejuízos causados. No entanto, caso esses empregados excedessem as suas atribuições legais e, nesse excesso, causassem danos, aí seriam pessoalmente responsáveis<sup>140</sup>.

Ocorre que, nesse período, em virtude da ausência de previsão publicista acerca da matéria, a doutrina e jurisprudência portuguesas aceitaram que a responsabilidade civil do Estado fosse regulada pelo direito privado<sup>141</sup>.

A consagração legal da responsabilidade civil administrativa extracontratual por atos ilícitos de gestão pública no direito português tem seu início nos anos trinta do século XX, data em que o art. 2.399.º, do CC de Seabra foi revisto pelo Decreto n.º 19.126, de 16 de dezembro de 1930, que acrescentou à responsabilidade dos agentes estaduais a responsabilidade solidária do Estado, pois passou a se considerar que os atos irregulares dos funcionários constituíam irregularidades do próprio Estado<sup>142</sup>. Todavia, a responsabilidade civil do Estado nasce estritamente ligada aos atos administrativos ilegais, de maneira que não se admitia a responsabilidade do Estado por prejuízos resultantes de atos lícitos ou de atividades especialmente perigosa, e a solidariedade, agora prevista no referido dispositivo, valia apenas para os casos expressos em lei<sup>143</sup>.

O Código Administrativo de 1936 passou a consagrar a responsabilidade das autarquias locais pelos atos praticados com ofensa de lei e pelos seus órgãos e agentes dentro do âmbito das suas atribuições e competência, bem como a responsabilidade pessoal

---

<sup>138</sup> Disponível em <<http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/c1822t1.html>> Acesso em 30 mai 2018.

<sup>139</sup> MESQUITA, Maria José Rangel. Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente. In *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública (coordenação de Fausto de Quadros)*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 91.

<sup>140</sup> Disponível em <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>> Acesso em 30 mai 2018.

<sup>141</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado de, *op. cit.*, p. 14.

<sup>142</sup> Disponível em <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1302.pdf>> Acesso em 30 mai 2018.

<sup>143</sup> *Idem*.

dos titulares dos órgãos, agentes ou funcionários das autarquias locais por atos geradores de prejuízo que não tenham sido praticados dentro das respectivas atribuições e competência<sup>144</sup>, ao passo que a Constituição de 1933, no art. 8.º, n.º 17, positivou o direito do cidadão à reparação de toda a lesão efetiva conforme dispusesse a lei<sup>145</sup>, de maneira que se entendeu que o referido dispositivo abrangia os danos causados pelo Estado devido à prática de atos lícitos e ilícitos<sup>146</sup>, remetendo-o para a lei ordinária. Vislumbra-se assim que, na década de 30, o Estado foi declarado solidariamente responsável com os seus funcionários pelas suas atuações danosas, ilícitas e culposas, em resultado do exercício das suas funções públicas<sup>147</sup>.

O projeto do CC de 1966 buscou excluir assuntos que envolvessem conteúdo público-administrativo, razão pela qual passou a prever somente a responsabilidade civil administrativa extracontratual por atos de gestão privada (art. 501.º), deixando para a lei especial o regime da responsabilidade civil extracontratual por atos de gestão pública<sup>148</sup>. Nessa conformidade, é editado o decreto-lei n.º 48.051, de 21 de novembro de 1967, que passou a regular a responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função administrativa por atos de gestão pública, englobando as figuras da responsabilidade por fato ilícito culposo, da responsabilidade pelo risco e da responsabilidade por fato lícito<sup>149</sup>.

Com o avançar das décadas, em 1976, a Constituição da República Portuguesa consagrou o princípio da responsabilidade civil solidária da administração e dos seus titulares de órgãos, funcionários e agentes pelos prejuízos causados no exercício das suas funções e por causa desse exercício, que violassem direitos, liberdades e garantias ou causassem prejuízo a outrem, conforme o art. 22.º. A CRP, curiosamente, também proibiu a garantia administrativa presente desde a fase da irresponsabilidade do Estado, que exigia a autorização superior para que a ação de responsabilidade pudesse ser intentada (art. 271.º, n.º 1, *in fine*, da CRP)<sup>150</sup>.

Embora o art. 22.º, da CRP estabelecesse apenas um princípio geral de

---

<sup>144</sup> MESQUITA, Maria José Rangel, *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>145</sup> Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933.pdf>> Acesso em 30 mai 2018.

<sup>146</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 159.

<sup>147</sup> GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>148</sup> BARRA, Tiago Viana, *op. cit.*, p. 136.

<sup>149</sup> VAZ, Manuel Afonso. *A responsabilidade civil do Estado: Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*. Porto: Universidade Católica Lusitana, 1995, p. 6.

<sup>150</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado de, *op. cit.*, p. 15.

responsabilidade do Estado no exercício da função administrativa por fatos ilícitos e culposos, seja por ação ou omissão, a doutrina e a jurisprudência já entendiam que o dispositivo igualmente abarcava a responsabilidade pelo exercício da função político-legislativa e jurisdicional, bem como a responsabilidade por fatos lícitos e a responsabilidade pelo risco no âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado<sup>151</sup>. Os Tribunais defendiam inclusive que cabia ao legislador editar uma norma ordinária que regulasse as especificidades dessas responsabilidades. Todavia, a inexistência dessa norma não excluía o dever de indenizar do Estado, com a aplicação do referido dispositivo legal<sup>152</sup>.

Somente em 2007, com a promulgação da Lei n.º 67/2007, que positivou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, é que de fato se regulou a responsabilidade civil extracontratual do Estado em todas as suas esferas.

É cediço que a Constituição é a lei fundamental de qualquer Estado, pois, a partir dela, são organizados os seus elementos essenciais. As regras do texto constitucional assumem particular importância, por gozarem de uma supralegalidade e por possuírem uma eficácia superior às demais normas, que devem manter uma relação de compatibilidade e devem buscar o seu fundamento de validade no texto constitucional.

Torna-se assim pertinente estudarmos, no tópico seguinte, o art. 22.º, da CRP, base constitucional da responsabilidade civil do Estado.

## **2.2 A responsabilidade civil do Estado à luz do artigo 22º da Constituição e a sua compatibilização com a Lei n.º 67/2007**

A atual Constituição Portuguesa consagra vários artigos relevantes em matéria de

---

<sup>151</sup> Segundo Manuel Vaz, esta linha de compreensão do art. 22 acaba por destruir o caráter de direito subjetivo fundamental constitucional que os autores em geral atribuíam ao art. 22.º, resultando de tal entendimento a falência da garantia constitucional – a garantia constitucional assegura aos cidadãos um direito à reparação pelos danos causados pelas atividades do Estado e demais entidades públicas – no caso de silêncio do legislador. VAZ, Manuel Afonso, *op. cit.*, p. 8. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 349. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, a responsabilidade do Estado em sentido amplo seria um *superconceito* que engloba todos estes institutos indenizatórios. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*. Vol. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 430 e ss.

<sup>152</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 430.



responsabilidade não apenas da Administração e em virtude do exercício da atividade administrativa, mas do Estado em geral e atinente ao exercício de outras funções que lhe incumbem, a exemplo dos: (i) art. 27.º, n.º 5, que consagra a responsabilidade do Estado por privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na Lei; (ii) art. 29.º, n.º 6, que prevê a responsabilidade por danos causados por condenações injustas; (iii) art. 62.º, n.º 2, que dispõe sobre a responsabilidade por requisição e expropriação por utilidade pública; e (iv) art. 216.º, n.º 2, que estabelece como regra a irresponsabilidade do juiz pelas suas decisões. Porém, no que tange à responsabilidade civil da Administração, dois artigos do texto constitucional merecem destaque, os arts. 22.º e 271.º.

O art. 22.º, da CRP, que está contido no Título I da Parte I da Constituição, é o principal preceito constitucional aplicável em matéria de responsabilidade civil extracontratual da Administração. Encontra-se inserido no âmbito dos *Princípios gerais* em matéria de *Direitos e deveres fundamentais*, e tem por epígrafe *Responsabilidade das entidades públicas*<sup>153</sup>. Diante da maneira como a norma se encontra disposta na Constituição, pode-se concluir que a mesma possui natureza jurídica análoga à dos direitos, liberdades e garantias fundamentais de qualquer cidadão<sup>154</sup>.

Gomes Canotilho e Vital Moreira concordam com essa tese, mas explicam que a colocação do princípio da responsabilidade direta do Estado e demais entidades públicas em sede de princípios gerais referentes a direitos fundamentais não pode ser interpretada no sentido de tratá-lo como um verdadeiro direito fundamental, e sim, “apenas”, como um princípio objetivo ao lado de outros princípios como os princípios da universalidade (art. 12.º) e igualdade (art. 13.º). Salientam que, na verdade, constituiria um princípio-garantia<sup>155</sup>.

Adotamos esse posicionamento, na medida em que entendemos a responsabilidade das entidades públicas, prevista no art. 22.º, como um direito-garantia que assegura ao cidadão um direito fundamental subjetivo concretizador do princípio geral da

---

<sup>153</sup> MESQUITA, Maria José Rangel, *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>154</sup> Defendem esse posicionamento: CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 428, MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 348, VAZ, Manuel Afonso, *op. cit.*, p. 9. MESQUITA, Maria José Rangel, *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 110 e 123. VAZ, Manuel Afonso e BOTELHO, Catarina Santos. *Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. In Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 40.

<sup>155</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 428. Em outra obra, Canotilho já defendia que a responsabilidade do estado por atos ilícitos não tem uma função estática de reparação patrimonial; ela constitui uma verdadeira garantia com o mesmo valor e natureza idêntica a outras constitucionalmente consagradas. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, pp. 148-149.

responsabilidade extracontratual do Estado.

Vieira de Andrade, entretanto, adota uma posição objetivista acerca da natureza jurídica do art. 22.º, e defende que o preceito constitucional em análise não atribui direitos subjetivos, devendo ser classificado como uma garantia institucional associada à instituição funcionalismo público, consagradora do instituto da responsabilidade civil<sup>156</sup>.

Estabelecer como princípio a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas significa conferir um status constitucional a uma situação concretizadora do Estado Social de Direito que venceu o regime que durante muito tempo consagrou a irresponsabilidade civil do Estado por atos de poder público. O citado princípio tornou-se instrumento fundamental no sistema das garantias constitucionais, já que confere ao cidadão um direito e uma garantia fundamental, qual seja o direito à reparação dos danos causados por entidades públicas, quer esses danos se traduzam na violação de um direito, liberdade ou garantia, quer apenas num prejuízo econômico<sup>157</sup>.

Tecidas estas considerações sobre a natureza jurídica do art. 22.º da CRP, convém informar, ainda, que a formulação constitucional do princípio da responsabilidade civil do Estado é ampla, sendo susceptível de interpretações acerca do seu âmbito, alcance e articulação com o disposto no direito infraconstitucional<sup>158</sup>.

A redação do dispositivo abre margem a algumas dúvidas, pois não determina com clareza, por exemplo: (i) se o preceito é aplicável apenas à responsabilidade por fatos ilícitos ou também por fatos lícitos e pelo risco; (ii) se a regra é aplicável apenas às ações ou omissões da Administração, ou se o é também a outras funções do Estado; e (iii) se a solidariedade consagrada é aferida nos mesmos termos do direito civil.

Penso que a primeira questão a ser esclarecida acerca da matéria é quanto aos seus destinatários. A ordem constitucional aponta uma dupla responsabilidade no que tange à

---

<sup>156</sup> ANDRADE, Vieira de, *apud* VAZ, Manuel Afonso e BOTELHO, Catarina Santos, *op. cit.*, p. 41. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 136. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Panorama...*, *op. cit.*, pp. 53 e ss.

<sup>157</sup> No dizer de Gomes Canotilho e Vital Moreira, a localização da responsabilidade civil do Estado em sede constitucional significa que ele não transporta apenas uma lógica indenizatória/ressarcitória copiada da responsabilidade do direito civil, e sim que se liga a outros princípios jurídico-constitucionais, como o princípio do Estado de Direito (arts. 1.º e 2.º), o princípio da constitucionalidade e legalidade da ação do Estado (art. 4.º) e o princípio da igualdade (art. 13.º); garante também a substantividade jurídico-constitucional como direito de defesa, legitimador de pretensões indenizatórias, contra a violação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 425.

<sup>158</sup> Cfr. VAZ, Manuel Afonso, *op. cit.*, p. 5 e MESQUITA, Maria José Rangel, *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 108.

entidade/sujeito responsável pelos danos causados. Ela abrange o Estado e demais entidades públicas – a qual inclui as coletividades territoriais, a administração indireta, a administração autônoma e as pessoas coletivas de direito privado que exercem função pública<sup>159</sup> – e os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes públicos<sup>160</sup>. No entanto, a Constituição buscou trazer um conceito amplo de funcionário da entidade pública e não um conceito jurídico estatutário de funcionário. Assim, para fins de responsabilidade, são funcionários públicos não apenas os agentes administrativos e trabalhadores da Administração Pública, como também os titulares de cargos políticos, os magistrados, os deputados e os membros de órgãos públicos regionais e autárquicos<sup>161</sup>.

Os sujeitos lesados podem ser todas as pessoas, individuais e coletivas, de direito privado, assim como as próprias entidades públicas que sofreram prejuízos causados por titulares de órgãos, funcionários ou agentes de outras entidades públicas, v.g., prejuízos sofridos pelo município em virtude de atos de funcionários da administração central<sup>162</sup>.

A questão dos destinatários ganha particular relevo perante o dever de reparação, porquanto o particular tem direito de ser indenizado pelos prejuízos causados pela Administração, não só quando o dano puder ser imputado a um agente, mas também quando não puder, sendo por consequência imputado à própria Administração, comprovando a existência dessa dupla responsabilidade. Assim, quando o ato lesivo decorre de um serviço administrativo que funcionou mal ou não funcionou, o fato lesivo que causa o dano é imputado, não a um funcionário individualizado, mas ao serviço público (*faute du service*)<sup>163</sup>.

No que toca à forma, o texto constitucional consagra a solidariedade da responsabilidade entre os entes públicos e os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes. O questionamento em torno deste ponto é o de saber se a solidariedade é aferida nos termos da responsabilidade civil privada ou de outra maneira.

O direito civil ensina que quando há mais de um sujeito responsável, quaisquer dos sujeitos pode responder perante o lesado para o cumprimento integral da obrigação, sem prejuízo do direito de regresso entre os obrigados. Em virtude disso, teoricamente, o

---

<sup>159</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 426.

<sup>160</sup> MESQUITA, Maria José Rangel, *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>161</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 432.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 426. MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, pp. 349-350.

<sup>163</sup> MESQUITA, Maria José Rangel, *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 112.

lesado poderia optar por demandar o Estado/entidade pública ou o titular dos órgãos, funcionário ou agente causador do fato lesivo ou ambos. Ocorre que, se o regime realmente estivesse disposto dessa forma, seria extremamente gravoso para os titulares dos órgãos, funcionários ou agentes administrativos que, receosos de sofrerem uma sanção devido ao exercício de suas funções, as não praticariam, o que resultaria na ineficiência da máquina estatal e na não prossecução do interesse público.

Entendo que, ao consagrar a responsabilidade solidária entre os entes públicos e os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, o legislador não pretendeu aplicá-la, indiscriminadamente, a toda função pública, mas somente àquelas em que os agentes agiram ilicitamente com dolo ou culpa grave. Isso quer dizer que essa solidariedade somente fará sentido quando se tratar de uma responsabilidade por ato ilícito e culposo cujo autor possa ser identificado; fora dessa hipótese, a solidariedade não parece fazer muito sentido em matéria de responsabilidade do Estado. Infere-se, portanto, que essa responsabilidade não pode ser sempre solidária, pois haverá situações em que somente o ente público responderá. Nesses casos, a consagração constitucional da responsabilidade civil do Estado visa, na verdade, assegurar uma responsabilidade direta e principal do Estado, e.g., a responsabilidade civil pela prática de atos lícitos<sup>164</sup>.

Outra questão que importa dirimir é se o preceito é aplicável apenas à responsabilidade por fatos ilícitos ou também aos fatos lícitos e pelo risco, e se a regra é aplicável apenas às ações ou omissões da Administração, ou também a outras funções do Estado, como a jurisdicional e político-legislativa.

Utilizar a expressão Administração Pública não significa estar unicamente a referir ao administrador em sentido estrito. Uma noção atualizada de Administração permite alargar o seu conceito, considerando também o legislador e o juiz no papel de administradores de uma material justiça constitucional<sup>165</sup>. Do mesmo modo, a redação do texto constitucional não faz qualquer menção à exclusiva previsão da responsabilidade apenas para os atos da Administração. Assim, a doutrina quase majoritária assevera que o dispositivo é aplicável similarmente ao exercício das funções político-legislativa e

---

<sup>164</sup> Em sentido contrário, Maria José Mesquita defende que a compreensão da consagração da solidariedade entre o Estado e seus agentes deve ser vista de forma flexível a abranger não apenas os atos ilícitos, como também os atos lícitos e a responsabilidade pelo risco. MESQUITA, Maria José Rangel, *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>165</sup> VAZ, Manuel Afonso, *op. cit.*, p. 4.

jurisdicional<sup>166</sup>.

Quanto à extensão da responsabilidade, o art. 22.º utiliza a expressão *ações e omissões praticadas no exercício das funções públicas*, não havendo qualquer ressalva no seu texto de que estas se referem somente às ações ou omissões ilícitas, razão pela qual se concluiu que a regra constitucional abarca a responsabilidade por fatos ilícitos, por fatos lícitos e pelo risco<sup>167168</sup>.

Todavia, o conteúdo do art. 22.º deve ser interpretado não apenas no aspecto do direito interno, mas, outrossim, levando em conta o direito da responsabilidade da União Europeia, que deve ser visto sob dois aspectos: (i) o da responsabilidade da União Europeia por ações e omissões de seus órgãos, funcionários ou agentes, de forma que a União responda pelos danos causados pelos seus órgãos, funcionários ou agentes no exercício de sua atividade; e (ii) a responsabilidade dos Estados-membros por violação do direito europeu<sup>169</sup>.

No que toca à aplicabilidade do princípio da responsabilidade do Estado, verifica-se que a sua disciplina constitucional é diretamente aplicável; isto é, tem eficácia imediata, constituindo um direito imediatamente vinculante e autoexecutivo. A admissibilidade do efeito direto (aplicabilidade direta) do art. 22.º decorre da sua natureza jurídica subjetiva, consoante já vimos. Além de ser diretamente aplicável, a matéria tem uma liberdade de conformação, posto que confere uma larga margem de decisão ao legislador quanto à definição dos pressupostos da responsabilidade do Estado e constitui uma disciplina normativa aberta ao desenvolvimento judicial. Entretanto, essa liberdade de conformação não pode ser exercida com discricionariedade, pois tem que atender ao sentido de proibição que o art. 22.º carrega consigo e que se traduz na garantia da responsabilidade direta do Estado e das demais entidades públicas por atos ou omissões dos seus funcionários ou agentes, sendo vedado ao legislador excluir, por

---

<sup>166</sup> MESQUITA, Maria José Rangel, *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 104-105.

<sup>167</sup> *Idem.*

<sup>168</sup> Conforme visto acima, o art. 22.º é a base constitucional da responsabilidade civil do Estado pela prática de atos ilícitos, lícitos e pelo risco seja no exercício da atividade administrativa, jurisdicional e político-legislativa. Entretanto, Manuel Vaz aborda a temática sustentando que o verdadeiro parâmetro da responsabilização do Estado por atos lícitos, que permitirá ultrapassar a visão legalista dos direitos e interesses legalmente protegidos e fundamentar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais e legislativos, é o art. 18.º da CRP, que consagra a aplicação direta dos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias. Cfr. VAZ, Manuel Afonso, *op. cit.*, p. 10.

<sup>169</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 433.

via de lei, essa garantia<sup>170</sup>, uma vez que essa exclusão ressuscitaria de forma encapuçada a tradicional imunidade dos entes soberanos.

Ao consagrar no art. 22.º a responsabilidade solidária dos titulares dos órgãos, agentes ou funcionários do Estado e demais entidades públicas, o legislador não pretendeu excluir a responsabilidade civil pessoal dos funcionários e agentes da Administração, passando, aliás, a regulá-la no art. 271.º inserido no Título IX (*Administração Pública*) da Parte III (*Organização do Poder Público*) da Constituição. O que se tem que perceber é que para uma melhor compreensão da matéria de responsabilidade civil do Estado, o art. 22.º deve se articular com o art. 271.º.

De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira, a articulação destes dois dispositivos insinua que no art. 22.º se consagrou a responsabilidade do Estado como categoria autônoma ligada à responsabilidade pessoal do funcionário por atos ou omissões ilícitas ou culposas relacionadas ao exercício de suas funções<sup>171172</sup>.

Os termos gerais das obrigações solidárias pressupõem a possibilidade do direito de regresso. Tal não seria diferente na responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas de direito público. Estabelecer uma responsabilidade solidária entre o Estado e os titulares de órgãos, funcionários ou agentes implica, conseqüentemente, reconhecer a admissibilidade do direito de regresso do Estado e demais entidades públicas em relação a seus agentes ou funcionários.

Em suma, vimos que as transformações legislativas não podem deixar de se refletir no domínio do princípio da responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas de direito público, ampliando-o, complexificando-o ou limitando-o. Nesse cenário, nos parece que a recente consagração da responsabilidade pré-contratual do Estado, a qual será estudada no capítulo a seguir, encontra-se de igual modo abrangida pelo art. 22.º da CRP, que, em virtude da sua ampla consagração, assegura um direito a reparação aos particulares lesados pela Administração Pública nos procedimentos de formação dos contratos.

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 429.

<sup>171</sup> *Ibidem*, pp. 434-435.

<sup>172</sup> A Constituição adotou um conceito jurídico-funcional de empregado público, pois a mesma Constituição exige uma conexão entre o exercício das funções e as ações ou omissões lesivas.

## **CAPÍTULO 3 – A problemática da Responsabilidade Civil pré-contratual do Estado por danos resultantes de ilicitudes praticadas no âmbito de um procedimento de formação de um contrato público**

### **3.1 A aplicabilidade do princípio da boa-fé nas relações com a Administração Pública**

Sendo a responsabilidade pré-contratual, tal como está definida no art. 227.º, n.º 1, do CC, uma decorrência do princípio da boa-fé, o tratamento deste princípio no âmbito das relações entre a Administração e os particulares se mostra um tema bastante relevante. Não há como falar da responsabilidade civil do Estado no procedimento de formação dos contratos sem se debruçar sobre essa temática<sup>173</sup>.

Segundo Menezes Cordeiro, o comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos a uma regra de atuação de boa-fé<sup>174</sup>.

Assim, a boa-fé é uma exigência que deve estar presente na conduta de quem atua e, ao mesmo tempo, constitui um dever de valorizar a conduta alheia que atua seguindo os seus preceitos<sup>175</sup>; em outros termos, a boa-fé mais não é senão uma regra de conduta<sup>176</sup>. Enquanto critério de conduta, ela possui um elemento subjetivo e outro objetivo. O primeiro se traduz na conduta que deve ser ínsita ao titular do órgão, funcionário ou agente que se relaciona com o particular; o segundo consiste na conduta pautada por valores de probidade e honestidade que devem guiar toda a atividade administrativa<sup>177</sup>. Importa estudar, na presente tese, a boa-fé em sua vertente objetiva, dado que no direito administrativo, para fins de responsabilidade do Estado pouco importa a vontade de quem atua, pois a conduta administrativa desenvolve-se de acordo

---

<sup>173</sup> Uma análise da expansão da boa-fé no Direito Administrativo encontra-se em CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa fé...*, *op. cit.*, pp. 383 e ss.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 632.

<sup>175</sup> MONCADA, Luís Cabral de. Boa fé e tutela da confiança no Direito Administrativo. *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 573.

<sup>176</sup> De acordo com Menezes Cordeiro, a boa-fé como regra de conduta constitui a sua redução dogmática. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa fé...*, *op. cit.*, p. 632.

<sup>177</sup> Menezes Cordeiro defende uma unificação definitiva do conceito de boa-fé que, enquanto regra de conduta (objetiva), vai projetar-se na situação jurídica de boa-fé (subjetiva), isto quer dizer que a boa-fé, em sentido jurídico, deve reconduzir-se a regras de comportamento, a normas jurídicas, e não apenas a estados espirituais ou psicológicos. CORDEIRO, António Menezes *apud* LEITÃO, Alexandra, *A Protecção...*, *op. cit.*, p. 410, nota 1210. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa fé...*, *op. cit.*, pp. 632-633. OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; e AMORIM, J. Pacheco. *Código do Procedimento Administrativo: comentado*. 2. ed. 8. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 109.

com critérios axiológicos que decorrem de certos deveres independentes da intenção do titular do órgão, funcionário ou agente que atuou. Aqui, a vontade é normativa e não subjetiva, com exceção dos atos discricionários<sup>178179</sup>.

Luís Cabral de Moncada assinala que a boa-fé, como critério da atividade administrativa, aplica-se ao *animus* que deve presidir à interpretação da norma a aplicar, à intenção que deve reger a prática dos atos administrativos, à adoção das condutas materiais, às relações contratuais e aos critérios normativos ou outros que devem orientar objetivamente essa atividade<sup>180</sup>.

A boa-fé requer a prática de condutas recíprocas perante o outro e do outro (da Administração Pública em relação ao particular e do particular em relação a Administração)<sup>181</sup>. Esta reciprocidade deve estar presente tanto na observância de certos valores quanto na presença de critérios como a honestidade e a lealdade. Por estas razões, Cabral de Moncada defende que a boa-fé tem um critério axiológico e outro ético que devem ser aplicados em respeito a certas regras e em respeito ao outro<sup>182</sup>.

A exigência da boa-fé aos particulares no trato com a Administração Pública encontra-se, por exemplo, numa real exposição dos fatos no requerimento inicial e na maneira clara, inequívoca e não maliciosa com que eles devem atuar em cada fase procedimental em que participem, por forma a que, se o cidadão recusar assinar uma notificação e, posteriormente, impugnar o ato notificado alegando a sua falta, não agirá

---

<sup>178</sup> No ato discricionário é inevitável uma apreciação subjetiva da vontade para o cumprimento da finalidade legal, pois os atos discricionários são aqueles em que o dispositivo normativo permite que a Administração Pública atue com certa margem de liberdade na definição do seu conteúdo. No entanto, o exercício dessa discricionariedade tem limites. Um desses limites é desempenhado pela boa-fé. Nesta matéria, a boa-fé funciona como limite objetivo ao exercício dos poderes discricionários. Essa espécie de ato valoriza a boa-fé e condena a atuação com má-fé, visto que esta última desencadeia um desvio de poder (prossegução de um fim diverso do pretendido pela norma aplicável ao caso cujas consequências estão no plano de validade do ato administrativo, consoante o art. 161.º, n.º 2, alínea e) do CPA). Entretanto, o princípio não deixa de se verificar quando a atividade administrativa é vinculada (a lei estabelece o conteúdo do ato que o administrador deve praticar). Conclui-se, portanto, que a boa-fé é um princípio geral que resulta deveres objetivos de conduta que devem estar presentes em toda a atividade administrativa, inclusive na vinculada. ALMEIDA, Mário Aroso. *Teoria Geral do Direito Administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 307 e ss.

<sup>179</sup> MONCADA, Luís Cabral de, *op. cit.*, pp. 573-574.

<sup>180</sup> *Idem*. Nessa linha, são elucidativas as palavras de Menezes Cordeiro, ao declarar a impossibilidade de determinar áreas imunes à boa-fé. De forma poética, explica que “ela é susceptível de colorir toda a zona cinzenta de permissibilidade...”. Cfr. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa fé...*, *op. cit.*, p. 649.

<sup>181</sup> Alexandra Leitão declara que, no âmbito da contratação pública, a boa-fé atua como regra de conduta, mas existem outros setores da atividade administrativa em que o princípio opera como critério de decisão. É o caso, por exemplo, da atuação administrativa de planificação. LEITÃO, Alexandra, *A Protecção...*, *op. cit.*, p. 409.

<sup>182</sup> MONCADA, Luís Cabral de, *op. cit.*, p. 574.



com boa-fé<sup>183</sup>.

O princípio da boa-fé, como critério geral que rege toda a atividade administrativa e orienta toda a relação entre a Administração e os particulares, encontra-se previsto nos arts. 266.º, n.º 2, da CRP e 10.º, n.º 1, do CPA<sup>184</sup>.

O art. 10.º, n.º 1, além de prever a boa-fé, estabelece o seu alcance no direito administrativo quando elucida que a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé no *exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases*. A expressão em destaque retrata a intenção do legislador em não fazer distinção entre qualquer domínio da atividade administrativa, de sorte que a boa-fé se aplica às relações contratuais, aos atos unilaterais, às condutas pré-contratuais e ao cumprimento de deveres de conduta material e jurídica da Administração. Em suma, a boa-fé compreende toda a atividade administrativa.

Do que ficou exposto acima depreende-se que não é possível fazer uma enumeração exaustiva das consequências que a violação à boa-fé causa, já que somente numa análise casuística é que elas ficariam esclarecidas. Pode-se fazer, no entanto, o que Cabral de Moncada fez em sua obra, ao elencar algumas condutas que a boa-fé exige da Administração no seu relacionamento com o particular, por exemplo: (i) respeito pelos direitos adquiridos; (ii) limites à revogação oficiosa dos atos administrativos com consequências na disciplina jurídica dos atos constitutivos de direitos; (iii) não arguição de invalidades às quais conscientemente deu azo (*tu quoque*<sup>185</sup>); (iv) vedação ao *venire contra factum proprium*, que impede a Administração que tolerou durante muito tempo uma situação gerada ao abrigo de um ato ilegal e que assim gerou nos particulares a confiança na respectiva estabilidade, possa agora, apenas porque a situação deixou de lhe interessar, invocar a invalidade daquele ato; (v) proibição de inserção de cláusulas abusivas nos contratos; (vi) obrigação de restituição em razão da vedação ao

---

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 575.

<sup>184</sup> Nesse sentido, FERREIRA, Rui Cardona. Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance. In *Contencioso Pré-contratual*. 1. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2017, p. 80. Disponível em <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_Contencioso\\_Precontratual.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf)> Acesso em 01 jun 2018. Pedro Gonçalves, Mário Esteves e Pacheco Amorim explicam que o art. 6.º-A, n.º 1, do CPA (atual art. 10.º, n.º 1) adotou uma noção de boa-fé essencialmente objetiva, corroborando o que já fora explicado, de que no direito administrativo a boa-fé é um dever objetivo de conduta. OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; e AMORIM, J. Pacheco, *op. cit.*, p. 108.

<sup>185</sup> O *tu quoque* é uma regra que nasce ligada à boa-fé e ensina que a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. Cfr. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa fé...*, *op. cit.*, p. 837 e ss.

enriquecimento sem causa da Administração; e (vii) impedimento do abuso pela Administração da *exceptio non adimplenti contractus*<sup>186187</sup>. O autor ainda informa que a boa-fé deve alcançar igualmente vertentes procedimentais<sup>188</sup> e processuais<sup>189190</sup>.

Até ao momento, reiterei diversas vezes que a boa-fé deve reger as relações entre a Administração Pública e o particular; todavia, convém informar também que o princípio deve, da mesma maneira, estar presente nas relações interadministrativas<sup>191192</sup>.

O Estado está fragmentado por entidades descentralizadas dotadas de competências institucionais e territoriais próprias. A pulverização organizacional da Administração Pública, seja pela constituição de entes jurídicos públicos no âmbito das administrações indiretas, seja pelo desenvolvimento das administrações autônomas e independentes, exige que a boa-fé esteja presente nas relações entre o Estado e as demais entidades administrativas e entre estas entidades (relações interadministrativas). Nesta esfera, o princípio se manifesta através da lealdade institucional entre as Administrações que estabelece o respeito pelas competências alheias, a disponibilidade dos meios para o pleno exercício das respectivas competências das outras Administrações e a colaboração no exercício das competências de cada uma.

Apesar de todas estas restrições, o princípio da boa-fé não pode ser considerado apenas um limite à atividade administrativa. Deve ser visto, também, como a conduta necessária para se alcançar honestamente o interesse público.

Além de se pautarem pelo princípio da boa-fé, os atos da Administração Pública

---

<sup>186</sup> A exceção de não cumprimento é o direito que qualquer das partes de uma relação bilateral e sinalagmática tem de recusar cumprir a sua obrigação enquanto o outro não cumpra a prestação que lhe é devida. O alcance da *exceptio* deve ser estabelecido em conformidade com a boa-fé a fim de impedir o seu uso abusivo. O mecanismo pode ser utilizado não só quando não há cumprimento da prestação, mas também nas hipóteses de cumprimento parcial ou defeituoso. Assim, não sendo possível ao particular, por exemplo, a eliminação dos defeitos, a Administração não lhe pode opor a *exceptio*, por esta se mostrar contrária às regras da boa-fé, já que, nessa circunstância, deixou de ocorrer a indispensável correspondências das prestações em que a mesma se funda.

<sup>187</sup> MONCADA, Luís Cabral de, *op. cit.*, p. 576.

<sup>188</sup> Um exemplo dessa perspectiva procedimental é a contagem de prazo para a propositura da ação contenciosa. O referido prazo começa a fluir a partir da notificação do ato e não da sua publicação. Nessa conformidade, a aplicação da boa-fé nesse exemplo impede que a Administração, com o objetivo de impedir a instauração da ação contenciosa, notifique o particular na véspera ou até depois de ter decorrido o prazo.

<sup>189</sup> A boa-fé no âmbito processual veda, v.g., a utilização de instrumentos processuais com o pretexto de protelar o proferimento da sentença.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 578.

<sup>191</sup> *Idem*.

<sup>192</sup> Atualmente, já se defende que a Administração Pública tem que agir com boa-fé, inclusive perante terceiros que também estejam de boa-fé.

devem se orientar também pelo princípio da tutela ou proteção da confiança<sup>193</sup>.

A boa-fé pretende valorizar a conduta de quem obedeceu aos seus critérios. Não deve ser confundida com a tutela da estabilidade do ato administrativo ou do contrato celebrado entre a Administração e o particular<sup>194</sup>.

O princípio da tutela da confiança está associado a uma ideia de segurança jurídica. A lei impede a revogação de um ato ou a modificação de uma situação de que o particular é favorável quando, decorrido certo lapso de tempo, esse particular adquire a confiança de que teria consolidado a sua situação, ainda que quando da prática do ato ou da celebração do contrato esse particular não estivesse de boa-fé<sup>195</sup>.

O princípio da tutela da confiança não se confunde com o da boa-fé. O primeiro é sempre de natureza objetiva, enquanto o segundo requer um componente subjetivo, uma conduta subjetivamente válida. Nesse sentido, é possível afirmar que a tutela da confiança apenas será corolário da boa-fé se for qualificada como tutela da confiança legítima, porque aí a confiança estaria instigada pela boa-fé<sup>196</sup>. A tutela da confiança legítima ocorre quando a boa-fé, em circunstâncias de particular gravidade, justifique a ilegalidade de um ato administrativo por violação de uma situação em cuja estabilidade o particular confiou.

Assim, não seria inadequado inferir que a tutela da confiança não exige da Administração uma conduta válida nem protege a qualidade axiológica da conduta do particular, mas sim conclama a segurança jurídica resultante da estabilidade de uma situação que lhe é favorável.

A tutela da confiança só deve ter relevância nos casos em que a lei expressamente prevê e não na análise do caso concreto pelos tribunais, tal como ocorre na boa-fé. Porém, nada impede que as soluções concretas a que se chega não possam ser parecidas nos dois casos. Segundo Cabral de Moncada, a valorização da segurança jurídica aponta, por vezes, para soluções iguais àquelas que são predicáveis de uma conduta de boa-fé, mas só caso a caso se poderá chegar a alguma conclusão<sup>197</sup>.

Compreende-se desta forma que o princípio da tutela da confiança associado a uma

---

<sup>193</sup> Nesse sentido: OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; e AMORIM, J. Pacheco, *Código...*, *op. cit.*, p. 116.

<sup>194</sup> MONCADA, Luís Cabral de, *op. cit.*, p. 579.

<sup>195</sup> *Idem.*

<sup>196</sup> *Idem.* CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa fé...*, *op. cit.*, pp. 1241 e ss.

<sup>197</sup> MONCADA, Luís Cabral de, *op. cit.*, p. 596.

ideia de segurança jurídica e de necessidade de garantir a estabilidade de certas situações merece tutela porque a sua proteção é um dever legal que incumbe a Administração.

A noção de tutela da confiança abrange situações como, entre outras: a aplicação das leis no tempo, a tempestividade da decisão administrativa, o cumprimento do prazo para dar início ao procedimento disciplinar e sancionatório.

Neste contexto, nos parece que a Administração Pública, nomeadamente nas relações mantidas com os particulares, sobretudo no que diz respeito aos procedimentos de adjudicação, deve se pautar não só pelo princípio da boa-fé, mas também pelo princípio da tutela da confiança, pois não importa somente a conduta do agente ao praticar o ato, como também a necessidade de garantir a segurança jurídica decorrente do ato praticado<sup>198</sup>.

## **3.2 A Responsabilidade Pré-contratual no ordenamento jurídico português**

### **3.2.1 A Previsão legal e o alcance da norma**

Vimos que a responsabilidade civil do Estado foi uma conquista paulatina que se concretizou com a instauração do Estado Social de Direito. Não foi tarefa fácil romper a barreira da irresponsabilidade para, inicialmente, alcançar uma responsabilidade pessoal e subjetiva dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes e, mais à frente, galgar uma responsabilidade direta do Estado baseada numa ideia de culpa administrativa ou numa noção de risco inerente a algumas atividades estatais ou numa concepção de ações lícitas, que impõem um ônus excessivo a alguns que suportam em favor da coletividade. A tentativa de querer responsabilizar o Estado e demais pessoas coletivas de direito público por um ilícito cometido, não em interesses subjetivos ou legalmente protegidos e nem em situações decorrente do incumprimento de obrigações, mas num limbo entre eles, não será pois missão pacífica.

A responsabilidade civil do Estado por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos ou, de maneira mais simples, a responsabilidade civil pré-contratual do Estado, nem sempre foi tema bem aceito pelo Direito Administrativo. Eram vários os argumentos invocados para a excluir desse âmbito do

---

<sup>198</sup> Nesse sentido: Ac. STA de 18.06.2003, P. 01188/02; Ac. STA de 26.09.2007, P. 0569/06; Ac. STA de 05.12.2007, P. 0653/07 e TAF do Porto de 11.02.2010, P. 01312/07.8BEPRT.

Direito Público: (i) para alguns, a dificuldade derivava do fato de, no contrato administrativo, as fases do negócio serem reguladas por normas de ação das quais apenas resultam interesses legítimos não ressarcíveis; (ii) para outros, a inoponibilidade resultaria da própria discricionariedade dos poderes da Administração na prossecução do interesse público, de modo que os Tribunais, em virtude do princípio da separação de poderes, não teriam competência para apreciar a atividade administrativa; (iii) para outros ainda, o problema residiria no fato de que as normas administrativas afastariam a aplicação do regime civilístico do qual se extrai responsabilidade pré-contratual, na medida em que os contratos públicos não estariam submetidos ao princípio da boa-fé durante a sua formação, face à vinculação da atividade administrativa aos princípios da legalidade, justiça e imparcialidade; (iv) a outra dificuldade se prendia com a maior impessoalidade das relações jurídicas que se estabeleciam entre a Administração e os particulares, o que impossibilitaria o estabelecimento de uma situação de confiança entre as partes<sup>199</sup>.

Aos poucos, contudo, esses raciocínios foram sendo refutados. A ideia de insindicabilidade dos atos administrativos discricionários pelos Tribunais nas relações pré-contratuais não merecia prosperar, pois, nesse caso, os Tribunais eram chamados a julgar a atuação da Administração enquanto *correto contraente* ou *negociador*, e não enquanto *correto administrador*<sup>200</sup>. Além disso, passou a se entender que a aplicabilidade do direito administrativo não exclui a vinculação da Administração aos princípios de direito privado que não contrariem a essência e finalidade da atividade administrativa. Inclusive, já concluímos que, nas relações pré-contratuais, a Administração Pública deverá se pautar tanto pelo princípio da boa-fé quanto pelo princípio da tutela da confiança<sup>201</sup>.

Em Portugal, durante um tempo o problema não foi objeto de especial atenção. Mas essa conjuntura começou a sofrer modificações no final da década de 70 e início da de 80, quando o parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 138/79, de 20 de dezembro, considerou haver culpa *in contrahendo* da Administração, que invocou a ineficácia de um contrato por não ter o visto do Tribunal de Contas, quando a própria entidade pública não submeteu o contrato a uma formalidade necessária<sup>202</sup>.

Hodiernamente, as dúvidas em relação à admissibilidade da matéria encontram-se

---

<sup>199</sup> Parecer n.º 138/79, de 20 de Dezembro de 1979. *In* Boletim do Ministério da Justiça n.º 298 de julho de 1980, p. 21.

<sup>200</sup> PRATA, Ana, *op. cit.*, pp. 32 e ss.

<sup>201</sup> LEITÃO, Alexandra, *A Protecção...*, *op. cit.*, pp. 409-410.

<sup>202</sup> *Idem*.

superadas, ao ponto de a doutrina, jurisprudência e legislação reconhecerem a obrigação de indenizar do Estado e demais pessoas coletivas de direito público com fundamento em responsabilidade pré-contratual.

Com o instituto aceito, a discussão passou a residir no seu enquadramento jurídico. Não havia no Direito Administrativo um regime geral de responsabilidade pré-contratual, nem havia um equivalente à *culpa in contrahendo* a que alude o art. 227.º, do CC. Existiam algumas previsões específicas em que o Estado incorria em responsabilidade pela não celebração de contrato – p.ex., arts. 27.º, n.º 6, 76.º, n.º 3 e 105.º, n.º 3, do CCP – ; mas faltava ainda uma positivação expressa e geral acerca do instituto. A matéria, somente tomou corpo em 21 de dezembro de 2007, com a promulgação da Lei n.º 67/2007 que, no seu art. 7.º, n.º 2, instituiu a possibilidade de o Estado e demais pessoas coletivas de direito público indenizarem as pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos.

O art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, em verdade, veio dar cumprimento, no direito interno, às exigências impostas pelas Diretivas n.º 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1989<sup>203</sup>, e 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992<sup>204</sup>, que juntas constituem as chamadas *Diretivas Recursos*.

A diretiva é um dos instrumentos jurídicos utilizados pela União Europeia para harmonizar as suas políticas com as legislações nacionais dos países que a integram. Ela exige que os Estados-Membros alcancem um determinado resultado, reservando-lhes, porém, o estabelecimento das medidas necessárias à sua transposição na ordem jurídica interna<sup>205</sup>.

Assim, por força dos arts. 2.º, n.º 1, alínea c) e art. 2.º, n.º 7, as Diretivas n.º 89/665/CEE e 92/13/CEE<sup>206</sup>, respectivamente, exigiram que o legislador português

---

<sup>203</sup> A Diretiva n.º 89/665/CEE 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.

<sup>204</sup> A Diretiva n.º 92/13/CEE coordena as 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 das telecomunicações. Esta Diretiva complementa a anterior, incluindo setores inicialmente excluídos. Esses setores são denominados de setores especiais.

<sup>205</sup> Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114527>> Acesso em 16 mai 2018.

<sup>206</sup> As Diretivas n.º 89/665/CEE e n.º 92/13/CEE foram alteradas pela Diretiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos. Entretanto, não houve variação em relação à matéria dos direitos indenizatórios. Cfr. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da*

editasse uma norma que concedesse indenizações por perdas e danos às pessoas lesadas por violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos<sup>207</sup>. Desta forma, nasce o art. 7.º, n.º 2, com o objetivo de se adequar ao direito da União Europeia.

As Diretivas Recursos destinam-se a garantir o direito à indenização dos lesados em consequência de violação ocorrida nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos abrangidos pelas Diretivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.

A Diretiva n.º 2004/17/CE dispõe sobre a coordenação dos processos de adjudicação de contratos dos setores de água, energia, transportes e serviços postais<sup>208</sup> e a Diretiva n.º 2004/18/CE delibera sobre os processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Ambas foram revogadas, respectivamente, pelas Diretivas n.º 2014/25/UE e 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, sendo que a Diretiva n.º 2014/25/UE manteve os setores especiais constantes na Diretiva n.º 2004/17/CE e a Diretiva n.º 2014/24/UE preservou os contratos consignados na Diretiva n.º 2004/18/CE e acrescentou ao rol os contratos de concessão de serviços públicos.

As Diretivas em vigor foram transpostas pelo Direito Português através do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, para o Código de Contratos Públicos, promovendo um alargamento do âmbito dos contratos que podem ser celebrados pelas entidades adjudicantes previstas nos arts. 2.º e 7.º. Assim, o art. 16.º, n.º 2, do CCP, passou a prever que estão submetidos à concorrência de mercado os contratos de empreitadas de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

Ao redigir o art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, o legislador estipulou que, quando se falar em *violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos*, os contratos abrangidos são aqueles previstos no art. 100.º, do CPTA.

---

*Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas (anotado)*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 157, nota 254.

<sup>207</sup> Mariano Protto e Italo Franco, contudo, defendem que a responsabilidade prevista nas Diretivas é extracontratual e não pré-contratual, pois entendem que o texto comunitário prevê uma indenização pelo interesse contratual positivo, o que, na opinião dos autores, afasta a responsabilidade pré-contratual que não comporta esse tipo de indenização. PROTTO, Mariano e FRANCO, Italo *apud* LEITÃO, Alexandra, *A Protecção...*, *op. cit.*, p. 414, nota 1222.

<sup>208</sup> A Diretiva n.º 92/13/CEE tratava como setor especial as telecomunicações. Porém, a Diretiva n.º 2004/17/CE deixou de incluir as telecomunicações nos serviços especiais e passou a abranger os serviços postais, o que foi mantido pela Diretiva n.º 2014/25/UE.

O âmbito objetivo do contencioso pré-contratual regulado pelo art. 100.º, do CPTA, por sua vez, continua a ser o elenco dos contratos públicos previstos nas Diretivas Recursos, ou seja, o mesmo elenco do art. 16.º, n.º 2, do CCP, com a exceção do contrato de sociedade.

Isso significa que, à partida, o art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 só se aplica a certos contratos públicos (contratos públicos abrangidos pelas Diretivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE). É cediço que as Diretivas sobre contratação pública só incluem no seu âmbito de aplicação contratos públicos de valor igual ou superior a certos limites europeus<sup>209</sup>. Porém, julgo que nos contratos em que é aplicável o art. 7.º, n.º 2, este preceito é cabível independentemente do seu valor, pois acredito que a responsabilidade do Estado não pode estar limitada a um critério quantitativo; a atenção do julgador deve estar voltada para a prática do ilícito perpetrado, o dano causado e o liame causal que os liga, e não para uma questão meramente objetiva. O valor do contrato só se mostra relevante para fins de escolha do procedimento e para definir se o concurso público será de âmbito nacional ou internacional, pois se os contratos forem até ao limiar europeu aplicável, o concurso público será nacional<sup>210</sup>.

Destaque-se, além disso, que os contratos públicos não cobertos pelas Diretivas sobre contratação e, por conseguinte, tecnicamente, não abrangidos pelo art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 não se situam propriamente num espaço irrelevante à luz do direito da União Europeia.

Não obstante o silêncio da norma, vez que este preceito só se ocupa dos contratos típicos das Diretivas, a invocação do princípio da interpretação da lei em conformidade com o direito da União Europeia leva a inferir que o referido dispositivo, ao remeter para

---

<sup>209</sup> Os limiares comunitários da Diretiva n.º 2004/18/CE, conforme o Regulamento n.º 2017/2365, de 18.12.2017, são: (i) para contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas e de empreitada de obras públicas, 5.548.000,00 €; (ii) para contratos de fornecimento de bens, prestação de serviços e concursos de conceção adjudicados pelo Estado, 144.000,00 €; e (iii) para contratos de fornecimento de bens, prestação de serviços e concursos de conceção adjudicados por outras entidades adjudicantes, 221.000,00 €.

Os da Diretiva n.º 2004/17/CE, consoante o Regulamento n.º 2017/2364, de 18.12.2017, são: (i) para contratos de empreitada de obras públicas, 5.548.000,00 €; e (ii) para contratos de fornecimento de bens, prestação de serviços e concursos de conceção, 443.000,00 €.

Disponível

em

<[http://www.rrp.pt/\\_applications/app\\_rrp/\\_assets//images/Flash%20de%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica\\_Novos%20limiares%20comunit%C3%A1rios.pdf](http://www.rrp.pt/_applications/app_rrp/_assets//images/Flash%20de%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica_Novos%20limiares%20comunit%C3%A1rios.pdf)> Acesso em 05 jun 2018.

<sup>210</sup> Vide: arts. 19.º, alínea b) e 20.º, n.º 1, alínea b), do CCP. Cfr. MEDEIROS, Rui e MARTINS, Patrícia Fragoso. Artigo 7.º, n.º 2. In *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 190.



os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário, deve ser lido como sendo aplicável a todos os contratos públicos abrangidos pelo CCP, com relevância europeia, muito embora não abrangidos pelo art. 100.º, do CPTA, nem pelas Diretivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE<sup>211</sup>.

Posto isto, pugna pela incidência do art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, não apenas nos contratos constantes nas Diretivas Recursos, como em outros que, embora não regulados pelo direito comunitário, estão previstos no direito interno, notadamente no CCP. Portanto, merecem igual protecção os lesados por condutas ilícitas cometidas pelo Estado no âmbito do procedimento de formação dos contratos abrangidos pelo CCP, mas não pelas Diretivas.

Rui Medeiros, para defender a aplicabilidade do art. 7.º, n.º 2 a contratos além daqueles constantes nas Diretivas, explica que: (i) quando estiverem em causa os contratos previstos nas Diretivas, porém acima dos limites europeus, a remissão para o art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 convoca o regime da responsabilidade civil que se extrai das Diretivas Recursos; (ii) caso envolva contratos, independentemente do seu valor, bem como os contratos cujo valor tenha relevância para o mercado interno, mas fica abaixo dos limites europeus relevantes para efeitos de aplicação das Diretivas Recursos, a referência à norma reportar-se-á a normas e princípios gerais do Direito da União Europeia em matéria de contratação pública; e (iii) se estiverem em causa contratos típicos das Diretivas cujo valor seja tão reduzido que não tenha relevância para o mercado interno, não apresentando o contrato um interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-membros, nem sequer se aplica o direito da União Europeia aos eventuais litígios em matéria de responsabilidade civil que venham a surgir no quadro da formação do contrato público em causa<sup>212</sup>.

Já no que tange aos contratos públicos não abrangidos pelas Diretivas sobre contratação e que apresentem relevância europeia, embora o citado dispositivo seja

---

<sup>211</sup> Tal entendimento é resultado da Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia (2006/C179/02). Cfr. *Ibidem*, p. 191. No direito italiano, *mutatis mutandis*, Ludovico Sbrulati reconhece que para os contratos não previstos no dispositivo, que possibilita ao particular reivindicar a responsabilidade pré-contratual da Administração, não podem deixar de ser resguardados, pois a regra contida no dispositivo legal não pode se limitar aos contratos nela mencionados, diante da imposição constitucional do princípio da igualdade, que não permite um tratamento diferenciado dos danos sofridos por aqueles que são contratados pela Administração. SBURLATI, Ludovico. La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione per recesso dalle trattative tra diritti soggettivi e interessi legittimi. In *Responsabilità Civile e Previdenza (Rivista Bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione)*. Vol. LIX. N.º 3. Maggio-Giugno. Milano: Guiffirè Editore, 1994, pp. 441-442.

<sup>212</sup> MEDEIROS, Rui e MARTINS, Patrícia Fragoso, *op. cit.*, p. 192.

omisso quanto ao regime aplicável, entende-se que, nesse caso, a sua interpretação deve ser em conformidade com o direito da União Europeia, que obriga que, nessas situações, havendo litígio em matéria de responsabilidade civil das entidades adjudicantes, se respeitem os princípios gerais em matéria de responsabilidade civil dos Estados-membros<sup>213</sup>.

A redação originária do art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 concedia indenização “às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, nos termos da presente lei”<sup>214</sup>. A expressão *nos termos da presente lei* remetia a responsabilidade civil pré-contratual do Estado para o regime geral da responsabilidade civil por atos ilícitos e, por conseguinte, a aplicação do princípio da presunção de culpa leve pela prática de atos jurídicos ilícitos do art. 10.º, n.º 2, do RRCEE.

Ocorre que o referido termo foi substituído pela expressão *de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário*, com a finalidade de alinhar o direito interno com as exigências do direito comunitário<sup>215</sup>.

Ao remeter a responsabilidade civil pré-contratual do Estado para os *requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário*, o legislador deixa ao intérprete a tarefa, não apenas de concretização, mas, desde logo, de identificação dos pressupostos da obrigação de indenizar previstos no direito da União Europeia. Para isso, ele deverá recorrer à jurisprudência do TJUE sobre responsabilidade

---

<sup>213</sup> *Idem*.

<sup>214</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 159.

<sup>215</sup> Essa alteração legislativa foi efetuada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho, após a condenação do Estado Português no acórdão Comissão/Portugal (C-275/03), do TJUE, de 14 de outubro de 2004, por não ter revogado o Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967, na parte em que subordina a indenização de danos por violação do direito comunitário, em matéria de contratos de direito público, à prova da existência de dolo e da culpa, descumprindo as obrigações que lhe incumbiam por força dos arts. 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1, da Diretiva 89/665/CEE. Segundo o Tribunal, a publicação da Lei n.º 67/2007, que revogou o Decreto-Lei n.º 48.051 e criou um novo regime de indenização dos danos causados pelo Estado, não constituía uma medida de execução adequada e completa do acórdão de 2004. Para a Comissão, Portugal só deu cumprimento ao acórdão do Tribunal de Justiça através da aprovação da Lei n.º 31/2008. É cediço que o TJUE tem afirmado o princípio da responsabilidade do Estado por prejuízos causados aos particulares por violação do direito comunitário, razão pela qual, no presente caso, a República Portuguesa foi condenada no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória diária de 19.392 euros (acórdão do TJUE, de 10 de Janeiro de 2008, proferido no âmbito do processo n.º C-70/06). Comunicado de Imprensa n.º 1/14 proferido pelo TJUE, em 15 de janeiro, em Luxemburgo. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-01/cp140001pt.pdf>>. Acesso em 09 abr 2018.

civil extracontratual dos Estados-Membros por incumprimento do direito comunitário<sup>216</sup>.

O TJUE vem decidindo que os particulares lesados têm direito a reparação desde que estejam reunidas três condições: (i) que a regra de direito comunitário violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares; (ii) que a violação seja suficientemente caracterizada<sup>217</sup>; e (iii) que exista um nexo de causalidade entre essa violação e o prejuízo sofrido pelos particulares. Essa enumeração é uma construção que nasce, essencialmente, da jurisprudência comunitária, cujos acórdãos fundamentais são o Francovich, de 19 de novembro de 1991 (P.C-6/90), e o Brasserie du Pêcheur, de 05 de março de 1996 (P.C-46/93)<sup>218</sup>.

Embora os requisitos tenham sido extraídos de situações em que a violação do direito comunitário era imputável ao Estado-Legislador, nada impede a sua aplicação às demais funções do Estado. Esperança Mealha reconhece, inclusive, que as jurisprudências elencadas vêm se afirmando como a raiz de um *ius commune* da responsabilidade patrimonial dos poderes públicos nacionais, independentemente da entidade estadual cuja ação ou omissão esteja na origem do incumprimento do direito comunitário<sup>219</sup>.

Entendo a importância da jurisprudência comunitária em matéria de responsabilidade civil do Estado de um modo geral. Contudo, acredito que quando o art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 remeteu a indenização por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos para os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário, estava a se referir ao art. 2.º, n.º 7, da Diretiva n.º 92/13/CEE.

---

<sup>216</sup> 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*. (2008). N.º 5. Maio/Agosto. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 101. Rui Cardona elucida que o art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 não tem conteúdo precativo próprio, sendo meramente remissivo. FERREIRA, Rui Cardona, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 78. FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização...*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>217</sup> Para Esperança Mealha, o conceito de *violação suficientemente caracterizada* não possui grande relevo quando estão em causa os procedimentos de adjudicação dos contratos públicos. Segundo a autora, a sua noção foi extraída de um fato ilícito imputado ao Estado-Legislador, que possui uma ampla margem de escolha normativa, diferentemente do que ocorre no âmbito de formação dos contratos públicos onde os atos são essencialmente vinculados. Cfr. MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 105. A definição de violação suficientemente caracterizada apresenta-se complexa, devendo levar em conta elementos como: (i) o grau de clareza e de precisão da norma violada; (ii) o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias; (iii) o caráter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado; (iv) o caráter desculpável ou não de um eventual erro de direito; (v) o fato de as atitudes adotadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão; (vi) a adoção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário. (Ac. *Brasserie du Pêcheur*, n.º 56). Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>218</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 105.

<sup>219</sup> *Idem*.

O dispositivo preceitua que os interessados na indenização por perdas e danos, relativos aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terão de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teriam tido uma possibilidade real de lhes ser atribuído o contrato, possibilidade esta que foi prejudicada por essa violação<sup>220</sup>.

Dessa maneira, a Diretiva condiciona a obrigação de indenizar das entidades adjudicantes por lesões causadas no procedimento de formação dos contratos à verificação de três pressupostos: (i) atuação ou omissão ilícita e lesiva de direitos ou interesses legalmente protegidos; (ii) existência de dano real; e (iii)nexo de causalidade entre aquela atuação ou omissão 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<sup>221</sup>.

Nota-se, ainda, que a Diretiva entendeu que a obrigação de reparar os prejuízos causados aos lesados na formação dos contratos não pode ser dependente da existência de culpa. A culpa deve ser inata à ilegalidade praticada, posto que só assim poderá se verificar a ocorrência ou não da violação suficientemente caracterizada do direito comunitário.

Estes pressupostos devem ser rigorosamente levados em consideração na solução do caso concreto, não podendo incluir outros não previstos, a fim de não se comprometer o escopo das Diretivas em promover a existência de recursos eficazes e rápidos que permitam a indenização das pessoas lesadas por violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das regras nacionais que transpõem esse direito<sup>222</sup>.

Isso não significa, contudo, que os pressupostos extraídos do direito comunitário devam ser analisados sozinhos. Ao contrário, eles necessitam de ser articulados com o regime de responsabilidade civil da Administração por fato ilícito regulado pela Lei n.º 67/2007.

As situações de responsabilidade pré-contratual do Estado e demais pessoas coletivas de direito público não são disciplinadas por qualquer regime geral de

---

<sup>220</sup> Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0013&from=PT>> Acesso em 15 mai 2018.

<sup>221</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 106.

<sup>222</sup> *Idem.*

responsabilidade civil, e sim por princípios gerais e fundamentais da atividade administrativa<sup>223</sup>, razão pela qual a doutrina majoritária, nacional e estrangeira, entende que a responsabilidade pré-contratual do Estado, enquanto terceiro gênero de responsabilidade, pertence à responsabilidade administrativa por atos ilícitos, assumindo uma natureza jurídica extracontratual<sup>224</sup>.

Vera Eiró se opõe ao que acabamos de expor, e sustenta que o ressarcimento de danos causados pela violação dos procedimentos de formação dos contratos públicos configura, não uma responsabilidade pré-contratual, mas a própria responsabilidade extracontratual<sup>225</sup>.

Verificou-se que o art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 não se mostrou muito claro quanto à especificação dos pressupostos da responsabilidade civil pré-contratual do Estado e demais entidades públicas, remetendo “apenas” para o Direito da União Europeia, o qual buscou resposta no art. 2.º, n.º 7, da Diretiva n.º 92/13/CEE. A responsabilidade civil ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos, como terceiro gênero que é, possui especificidades. Mas quais são essas particularidades? A resposta encontra-se nos seus pressupostos.

Tecidas as presentes considerações, convém agora estudar cada um desses pressupostos e as suas particularidades para, dessa forma, compreendermos como funciona e se aplica o instituto.

### **3.2.2 A questão da ilicitude**

#### **3.2.2.1 Ilicitude: as normas substantivas e formais e a violação de direito ou de interesse legalmente protegido**

As Diretivas Recursos informam que o lesado para ter direito a indenização por

---

<sup>223</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado de, *op. cit.*, p. 18.

<sup>224</sup> Defendem que a responsabilidade civil pré-contratual do Estado tem natureza jurídica extracontratual: LEITÃO, Alexandra, *A Protecção...*, *op. cit.*, pp. 414-415. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime...*, *op. cit.*, pp. 28 e 110. MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 102. SOUSA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado de, *op. cit.*, p. 18. VAZ, Manuel Afonso e BOTELHO, Catarina Santos, *op. cit.*, p. 65. No direito italiano, Ermanno Liuzzo faz uma crítica ao enquadramento da responsabilidade pré-contratual como um terceiro gênero. Alega o autor que tal classificação se mostra inútil, por ser um dado puramente teórico e sem achados pontuais sobre os aspectos práticos, tendendo a acreditar que a responsabilidade pré-contratual tem natureza contratual. LIUZZO, Ermanno. *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*. Milano: Guiffre Editore, 1995, pp. 27-29.

<sup>225</sup> EIRÓ, Vera, *A obrigação...*, *op. cit.*, pp. 617 e ss.

perdas e danos, relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, terá apenas de provar que houve *violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito*. A expressão em destaque foi transposta para o direito interno como *ação ou omissão ilícita e lesiva de direitos ou interesses legalmente protegidos*.

Embora a definição de ilicitude adotada pelo legislador no art. 9.º, n.º 1, Lei n.º 67/2007, só faça alusão às disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares e às regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado, não fazendo menção ao Direito da União Europeia enquanto parâmetro da atuação administrativa, concordo com o pensamento de Vieira de Andrade que elucida que, ainda que a dita lei tenha esquecido de se referir às normas internacionais e comunitárias, deve entender-se que a ilicitude se refere à violação de quaisquer padrões jurídicos normativos<sup>226</sup>.

À vista disso, a referência expressa ao Direito da União Europeia é dispensável se tivermos em atenção que essas normas são parte integrante da ordem jurídica nacional, e, portanto, do bloco de legalidade que serve de parâmetro à atuação administrativa para efeito de verificação da ilicitude.

O *direito comunitário em matéria de celebração dos contratos* engloba os princípios fundamentais do Tratado da União Europeia<sup>227</sup> e as disposições pertinentes das Diretivas.

As *normas nacionais de transposição desse direito* são as normas dos procedimentos de contratação pública, previstas na Parte II do CCP<sup>228</sup>, bem como os princípios gerais de direito administrativo adjudicatório<sup>229</sup> (art. 1.º-A, do CCP), os quais coincidem

---

<sup>226</sup> ANDRADE, Vieira de. 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*. Ano 137. N.º 3951. Junho/Agosto 2008, p. 365, nota 22.

<sup>227</sup> Os princípios do Tratado da UE, que visam assegurar o funcionamento do mercado único da contratação pública, em condições de concorrência e de livre circulação, são os seguintes: da integração (art. 1.º), da cooperação leal (art. 4.º, n.º 3), da subsidiariedade (art. 5.º, n.º 3), do respeito pela identidade nacional dos Estados-membros (art. 4.º, n.º 2), do equilíbrio institucional (art. 13.º, n.º 2) e da proporcionalidade (art. 5.º, n.º 4).

<sup>228</sup> A violação das normas de procedimento da contratação pública pode consistir na não adoção de qualquer procedimento ou na adoção de um procedimento não admitido para aquele caso. Cfr. MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 107.

<sup>229</sup> Os princípios gerais de direito administrativo adjudicatório são os princípios gerais, decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, que devem ser respeitados na formação e na execução dos contratos públicos. São eles: os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação. A análise de cada um

parcialmente com os princípios que norteiam toda a atividade administrativa (arts. 3.º ao 19.º, do CPA)<sup>230</sup>.

Os princípios acima referidos agem com uma influência recíproca, de modo que os princípios administrativos comuns aos vários ordenamentos jurídicos auxiliam na construção dos princípios gerais comunitários, os quais por sua vez influenciam os ordenamentos internos<sup>231</sup>.

O fato ilícito pode se expressar tanto num comportamento comissivo (positivo) como num comportamento omissivo. A omissão suscetível de gerar direito indenizatório está normalmente associada a situações de violação do dever de decidir (art. 13.º, do CPA), de violação do dever de executar sentenças dos tribunais administrativos (art. 159.º, do CPTA), ou de violação do dever de regulamentar leis (art. 77.º, do CPTA), mas pode também resultar da violação de praticar um ato material, p. ex., prestação de um fato, a entrega de uma coisa ou pagamento de uma quantia a que a Administração se encontra vinculada por efeito de uma norma ou de um ato administrativo<sup>232</sup>.

A ilicitude consiste, antes de tudo, numa atuação antijurídica, ou seja, numa conduta contrária às normas ou princípios jurídicos e, portanto, ilegal<sup>233</sup>. Entretanto, a lei, em cumprimento das indicações constitucionais no mesmo sentido<sup>234</sup>, adotou um conceito

---

destes princípios pode ser verificada nos trabalhos de OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. Os princípios gerais da contratação pública. *In Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 51 e ss. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Princípios da Contratação Pública. *In Revista de contratos públicos*. (2016). N.º 11, pp. 25 e ss.

<sup>230</sup> Norteiam a atividade administrativa os princípios: da legalidade, da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, da boa administração, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da razoabilidade, da imparcialidade, da boa-fé, da colaboração com os particulares, da participação, da decisão, aplicáveis à administração eletrônica, da gratuidade, da responsabilidade, da administração aberta, da proteção dos dados pessoais e da cooperação leal com a União Europeia.

<sup>231</sup> Esperança Mealha denomina essa interação de *cross-fertilisation*. MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 107.

<sup>232</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Dicionário de Contencioso Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 60.

<sup>233</sup> Na contratação pública, por exemplo, a atuação ilegal inclui os documentos conformadores de um concreto procedimento de adjudicação, de forma que a ilegalidade pode estar presente no ato regulamentar que os emitiu, por violação das regras e dos princípios aplicáveis, e pode se manifestar no ato praticado no decurso do procedimento, violando as regras estabelecidas no programa de concurso, no caderno de encargos ou em qualquer outro documento conformador do procedimento, designadamente quando a base da ilegalidade for especificações técnicas, econômicas ou financeiras que constem desses documentos. Cfr. MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 107. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime...*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>234</sup> Vide arts. 266.º, n.º 1 e 268.º, n.º 4 e 5, da CRP. Ainda na vigência do Decreto-Lei n.º 48.051/67, já se discutia que a violação de preceitos jurídicos não era, por si só, fundamento satisfatório para responsabilizar civilmente a Administração, exigindo a ofensa de direitos subjetivos ou de disposições legais destinadas a proteger os interesses materiais do lesado. Marcello Caetano, entretanto, pugnava pela coincidência entre a ilicitude e ilegalidade do ato. CAETANO, Marcello. *Manual de Direito*

alargado de ilicitude (art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007) que não se limita apenas a um mero comportamento antijurídico, mas que, igualmente, alcança os direitos e interesses legalmente protegidos (posições jurídicas substantivas)<sup>235236</sup>.

Desse modo, o preceito clarifica que a mera violação, por parte da Administração Pública, de normas ou princípios jurídicos não constitui, por si só, um ilícito civil. Para responsabilizar civilmente a Administração é ainda necessário que dessa violação resulte a ofensa dos direitos ou interesses de outrem<sup>237</sup>.

As posições jurídicas substantivas resultam numa intenção normativa de proteção efetiva de um bem jurídico próprio de um determinado particular. Em primeira linha, essa intenção normativa de proteção alcança os direitos subjetivos e, em segunda linha e em complemento ao interesse público principal, os interesses legalmente protegidos (que não se confundem com o interesse simples ou de fato<sup>238</sup>). Essa intencionalidade resultará da interpretação da norma de direito substantivo que regula a situação jurídica, devendo presumir que há uma intenção protetora quando uma norma de direito seja necessária ou

---

*Administrativo*. Vol. II, 10. ed. e reimp. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 1225-1227.

<sup>235</sup> Vieira de Andrade denomina a ilicitude decorrente da violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou de regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado, de ilicitude de conduta, e a que resulta ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos, de ilicitude resultado. ANDRADE, Vieira de, *A responsabilidade por danos...*, *op. cit.*, p. 365. Já Estêvão Nascimento da Cunha denomina os primeiros de ilicitude objetiva, e o segundo bloco de ilicitude subjetiva. CUNHA, Estêvão Nascimento da Cunha. *Ilegalidade externa do acto administrativo e responsabilidade civil da administração*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 217. Sobre o alcance da noção de ilicitude: Ac. STA de 18.06.2003, P. 01188/02.

<sup>236</sup> A tutela dessas disposições legais destinadas a proteger os interesses materiais do lesado, no direito alemão, adquiriu forma com a Teoria da Norma de Proteção ou *Schutznormtheorie*. É um instituto que nasce com o escopo de proteger o interesse público, bem como os interesses individuais privados, sendo que o conceito decisivo da teoria assenta no interesse individual. A teoria defende que os interesses individuais verdadeiramente protegidos não podem se confundir com os meros efeitos reflexos favoráveis ao indivíduo, pois a proteção individual tem que ser querida, desejada e a falta dessa intencional proteção leva a concluir que a norma de proteção foi emanada apenas em proveito do interesse público, pelo que qualquer benefício colhido pelo indivíduo ocorrerá por ricochete, em função da preservação dos interesses da comunidade em geral. Para maior desenvolvimento sobre o assunto, ver: CUNHA, Estêvão Nascimento da Cunha, *op. cit.*, pp. 217 e ss. TERRINHA, Luís Heleno. O outro do Direito Público alemão: fluxos europeizantes, direito subjectivo público e direitos individuais juseuropeus. *In O Direito*. (2014). Ano 146.º. N.º 3. Coimbra: Almedina, pp. 621 e ss.

<sup>237</sup> Nesse mesmo sentido, a legislação espanhola designa que somente o dano que prejudica um direito ou interesse legitimamente protegido que a parte lesada possui será compensável, porque caso contrário o dano seria somente ilegal. Cfr. JANEIRO, Domingo Bello. La responsabilidad patrimonial de la Administración. *In Estudios de Derecho do Consumidor*. N.º 6. 2004. Coimbra: Centro de Direito do Consumidor, p. 72.

<sup>238</sup> Vieira de Andrade explica que os interesses legalmente protegidos, enquanto interesses legítimos integrantes de uma posição jurídica substantiva, não se confundem com os interesses simples ou de fato, que são vantagens genéricas e pessoais para os administrados. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Justiça Administrativa (Lições)*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 61 e 64, nota 103.



adequada ao favorecimento de determinados interesses particulares<sup>239</sup>.

Dentro do conjunto das posições jurídicas substantivas, há uma variedade de direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, de modo que a determinabilidade e individualização do seu conteúdo, bem como a intencionalidade e intensidade da proteção serão definidas caso a caso, mediante interpretação das normas aplicáveis<sup>240</sup>.

A dupla referência a *direitos ou interesses legalmente protegidos* aproxima a noção de ilicitude na atuação administrativa da dupla referência do art. 483.º, do CC à violação do *direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios*<sup>241</sup>.

Com efeito, a averiguação da existência de um fato ilícito dependerá de saber se a ação ou omissão ofendeu um direito subjetivo, ou, não sendo esse o caso, de determinar se as regras violadas se destinavam a proteger os interesses do lesado, em termos de se poder afirmar que houve violação de norma destinada a proteger esses interesses.

No entanto, o contrassenso reside no tipo de vício ou de norma violada pelo ato ilegal. Assim, quais ilegalidades são relevantes em matéria de ilicitude?

Para nos guiar nessa tarefa de identificar quais ilegalidades relevantes do ponto de vista da ilicitude convém distinguir as normas instrumentais (formais) das normas substantivas (materiais). As normas substantivas regulam uma determinada situação jurídica, e a sua aplicação em concreto através de um ato administrativo pode afetar direitos subjetivos dos destinatários. As normas procedimentais são aquelas relativas à competência da autoridade administrativa, à forma do ato ou do procedimento de formação da atividade.

É incontestável que atos inválidos por vício de norma substancial geram ilicitude, visto que o preceito tinha por fim a proteção dos direitos ou interesses dos particulares.

E que dizer das ilegalidades formais?

Alguma doutrina tem entendido que as ilegalidades meramente formais não preenchem a noção de ilicitude. Assim, Margarida Cortez entende que os atos invalidados

---

<sup>239</sup> *Idem.*

<sup>240</sup> Exemplos dessa variedade de direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos podem ser vistos em *Ibidem*, p. 62. Rui Medeiros informa que os interesses legalmente protegidos abrangem os interesses legítimos, os interesses difusos e as expectativas mercedoras de tutela. MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas. Coimbra: Almedina, 1992, p. 171.

<sup>241</sup> Cfr. CUNHA, Estêvão Nascimento da Cunha, *op. cit.*, p. 218. 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.

por incompetência ou vício de forma não geram ilicitude, pois não demonstram que as normas cuja violação resultaram esses vícios tinham por fim a proteção intencional dos direitos ou interesses do particular<sup>242</sup>.

Vieira de Andrade advoga, também, a necessidade de uma conexão da ilicitude com as posições jurídicas substantivas concretas dos particulares afetados. O doutrinador argumenta que o nosso sistema optou por um subjetivismo no processo administrativo, o qual exige uma violação das posições jurídicas substantivas concretas dos particulares para dar origem à obrigação de indenizar, o que não ocorre quando os atos administrativos apresentam vícios meramente formais<sup>243</sup>.

No entanto, com a devida vênia, penso que a ilicitude pode decorrer tanto de uma ilegalidade substancial quanto de uma ilegalidade formal, pois embora as normas procedimentais não incidam diretamente sobre o conteúdo do ato administrativo, elas protegem reflexamente os direitos e interesses dos particulares. Não se trata de defender a forma pela forma, e sim de utilizá-la como meio de proteção e realização da norma substantiva e, por conseguinte, de defesa indireta das posições jurídicas subjetivas dos particulares<sup>244</sup>.

Esta questão merece especial atenção em sede de responsabilidade pré-contratual do Estado no âmbito de formação dos contratos, visto que muitos dos procedimentos pré-contratuais, notadamente, o de escolha do adjudicatário, têm natureza jurídica procedimental.

---

<sup>242</sup> CORTEZ, Margarida. Responsabilidade Civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editoria, 2000, p. 75.

<sup>243</sup> ANDRADE, Vieira de, *A responsabilidade por danos...*, op. cit., pp. 365-366. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Panorama...*, op. cit., p. 49.

<sup>244</sup> Nesse sentido: CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. Regime geral da responsabilidade civil da Administração Pública. In *Cadernos de Justiça Administrativa*. (2003). N.º 40. Julho/Agosto, p. 27. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Dicionário...*, op. cit., p. 59. MEALHA, Esperança, op. cit., p. 108. LEITÃO, Alexandra. Ilicitude e presunção de culpa na responsabilidade pelo exercício da função administrativa. In *Novos temas de responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*. Disponível em <[https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil\\_ebook\\_completo\\_rev2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf)> Acesso em 21 mai 2018, p. 10. CUNHA, Estêvão Nascimento da Cunha, op. cit., p. 217. Cfr. nesse sentido, o Ac. STA de 12.05.2007, P. 1214/05.

### 3.2.2.2 A ilicitude e a posição jurídica dos concorrentes/candidatos na adjudicação

O procedimento pré-contratual de escolha do contratante é uma atividade essencialmente procedimental, pois é composto por uma sucessão de atos com autonomia estrutural e maior ou menor complexidade, que inicia com a decisão de contratar e termina com a decisão de escolha do adjudicatário<sup>245</sup>. É um procedimento que se inicia sempre por iniciativa da própria Administração, quando pretende selecionar uma entidade para celebrar determinado contrato, por entender ser essa a melhor forma de prosseguir o interesse público.

Pedro Gonçalves ensina que, embora a atividade administrativa de escolha do adjudicatário seja estruturalmente autônoma em suas fases ou subprocedimentos, não é inadequado afirmar que é um procedimento único, visto que, em seu aspecto funcional, não é possível se dissociar do contrato a celebrar<sup>246</sup>.

Geralmente, a violação das normas ou princípios que regem o procedimento de escolha do adjudicatário resultará numa ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos de um ou mais candidatos ou concorrentes<sup>247</sup>, porque ainda que o procedimento de escolha do adjudicatário seja de natureza procedimental cujo descumprimento revelaria um comportamento antijurídico decorrente de regras formais, isso não significa que esteja afastada a ofensa das posições subjetivas dos concorrentes. Efetivamente, consoante vimos, as normas cuja violação resultam em vícios formais visam, ainda que indiretamente, a proteção dos direitos ou interesses desses concorrentes<sup>248</sup>. Assim, a procedimentalização da atividade de escolha do contratante, além de ter a finalidade precípua de garantir o cumprimento dos princípios que regem o procedimento adjudicatório, tem, mesmo que de modo reflexo, o objetivo de tutelar as

---

<sup>245</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 107.

<sup>246</sup> GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 90. LEITÃO, Alexandra, *A Protecção...*, *op. cit.*, p. 200.

<sup>247</sup> O candidato, nos termos do art. 52.º, do CCP, é a entidade, pessoa singular ou coletiva, que participa na fase de qualificação de um concurso limitado por prévia qualificação, de um procedimento de negociação, de um diálogo concorrencial ou de uma parceria para a inovação, mediante a apresentação de uma candidatura. O concorrente, consoante o art. 53.º, do CCP, é a entidade, pessoa singular ou coletiva, que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta.

<sup>248</sup> Quando se referir a concorrentes, leia-se, também, candidatos.

posições jurídicas individuais dos interessados na adjudicação<sup>249</sup>.

As normas disciplinadoras dos procedimentos de formação dos contratos são ditadas no interesse dos participantes no procedimento. Por razões como estas, Mário Aroso reconhece a existência de um direito de indenização a concorrentes que, tendo impugnado atos administrativos ilegais praticados em procedimento de formação de contratos, não demonstrem que teriam ganho o concurso se a ilegalidade não tivesse sido cometida<sup>250</sup>.

Normalmente, a escolha da entidade adjudicante ocorre mediante concurso público, a fim de assegurar o cumprimento de princípios como o da livre concorrência, da publicidade e da imparcialidade. A adoção de um procedimento menos solene que o concurso público – v.g., convite da Administração para algumas entidades apresentarem as suas propostas – só é admitida nos casos expressamente previstos em lei, pois implica diminuição das garantias dos efetivos concorrentes ou dos eventuais interessados. Assim, a adoção de um procedimento de escolha da entidade adjudicante que não seja o concurso público sem autorização legal, além de violar os princípios do direito adjudicatório relativo à livre concorrência, publicidade e parcialidade, ofende, igualmente, as posições individuais dos interessados na adjudicação que viu tolhido o seu direito de participar num procedimento de contratação pública<sup>251</sup>.

O ato público de concurso é uma das subfases do procedimento pré-contratual na qual se procede à admissão, admissão condicional ou exclusão dos concorrentes e das propostas. Os atos administrativos através dos quais a Administração decide excluir ou admitir condicionalmente um concorrente, enquanto atos lesivos, são recorríveis contenciosamente, pois põem termo ao procedimento para o candidato excluído<sup>252</sup>. Entretanto, é contenciosamente irrecorrível por qualquer dos candidatos a decisão de admissão da proposta de um outro candidato, isto porque o ato de admissão em nada lesa os direitos e interesses legalmente protegidos do concorrente também admitido e se limita a criar condições para que todos prossigam no procedimento recursal em situação de igualdade e sem nada decidir sobre a situação final de qualquer deles<sup>253</sup>.

A imposição de obrigações ou regalias diferentes para cada candidato, em função de

---

<sup>249</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 108.

<sup>250</sup> ALMEIDA, Mário Aroso de, *Artigo 9.º...*, *op. cit.*, p. 258.

<sup>251</sup> LEITÃO, Alexandra, *A Protecção...*, *op. cit.*, p. 201.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>253</sup> AYALA, Bernardo Diniz. A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa – Ac. do STA de 17.1.2001. P. 44 249. *In Cadernos de Justiça Administrativa*. (2006). N.º 56. Março/Abril, p. 19.

critérios subjetivos como a recusa de prestar esclarecimentos ou a exigência de condições mais gravosas para determinados concorrentes, viola o princípio da imparcialidade. Sendo assim, o ato através do qual são impostas essas condições ou recusados os esclarecimentos é ilícito<sup>254</sup>.

O que justifica o direito à reparação de danos é a ilicitude resultante da prática de atos administrativos ilegais, pelo que não deixa de existir um dever de indenizar por parte das entidades adjudicantes quando, em relação à formação de qualquer contrato público, sejam afetados, ainda que reflexamente, direitos ou interesses legítimos dos concorrentes ou potenciais concorrentes resultante do procedimento de escolha do adjudicatário.

### **3.2.2.3 A relevância em sede de ilicitude das formalidades não essenciais e ilegalidades sanáveis**

O debate acerca das ilegalidades formais e substanciais alcança agora o presente ponto e se circunscreve na análise dos casos em que, não obstante a violação de uma norma, pode estar afastada a ilicitude do comportamento, designadamente aqueles em que se constate a inobservância de formalidades não essenciais ou a verificação de uma ilegalidade sanável. Tais situações ou não serão aptas a lesar direitos ou interesses legítimos dos candidatos, por carecerem de ilicitude, ou não serão causa adequada de danos<sup>255</sup>.

Como já analisado anteriormente, defendo que as ilegalidades formais igualmente integram a noção de ilicitude, ao lado das ilegalidades materiais. No entanto, as formalidades não se encontram todas no mesmo plano, podendo ser essenciais e não essenciais. Assim, a inobservância de uma ou de outra não tem necessariamente a mesma sanção.

As formalidades consistem nos trâmites que a lei determina com vista a garantir a correta formação da decisão administrativa ou o respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos interessados. A regra é a de que as formalidades prescritas por lei são essenciais, ou seja, a sua preterição gera invalidade do ato administrativo – quando as formalidades são anteriores ou concomitantes à sua prática –, ou ineficácia – quando as formalidades são posteriores à sua prática –. Por isso, a não observância das formalidades

---

<sup>254</sup> LEITÃO, Alexandra, *A Protecção...*, *op. cit.*, p. 210.

<sup>255</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 108.

prescritas na lei, seja por omissão, seja pela sua preterição, no todo ou em parte, gera a ilegalidade.

Ocorre que esta regra comporta três exceções: as formalidades que a lei declarar dispensáveis (também, denominadas de formalidades meramente indicativas)<sup>256</sup>, as formalidades cuja preterição não tenha impedido a consecução do objetivo visado pela lei ao exigí-las (degradação das formalidades essenciais em não essenciais) e as formalidades meramente burocráticas de carácter interno – veniais – simplesmente tendentes a assegurar apenas a boa marcha dos serviços<sup>257</sup>. Elas não geram nem a invalidade nem a ineficácia do ato, pois são formalidades não essenciais.

As ilegalidades orgânicas decorrentes de formalidades não essenciais, relativas às duas últimas exceções de formalidades, estão fora do conceito de ilicitude<sup>258</sup>, pois não está em causa a violação de uma norma de proteção de interesses particulares (formalidades burocráticas), ou, estando em causa a violação de uma norma de proteção, acabou por não haver verdadeira lesão dos interesses por ela protegidos, pois a finalidade da norma acabou por ser atingida (degradação das formalidades essenciais em não essenciais)<sup>259</sup>. Entretanto, a ilicitude oriunda de uma ilegalidade de formalidade essencial compõe o conjunto da ilicitude, pois viola indiretamente as posições jurídicas substantivas dos

---

<sup>256</sup> Para Leong Hong Cheng, nas formalidades meramente indicativas, falha o requisito da ilicitude objetiva. Entretanto, explica que há situações em que essas formalidades podem conduzir indiretamente a ilicitude subjetiva por violação do princípio da proteção da confiança e/ou da igualdade, dando como exemplo o caso em que a observância dessas formalidades dispensáveis pela Administração se condensa em uma prática corrente, de maneira que, ainda que o ente público não tenha qualquer autovinculação normativa, devido o uso reiterado dessa formalidade, passa a ter uma certa força vinculativa na prática, impondo à Administração um ônus de maior fundamentação quanto à sua decisão de não seguir o precedente. LEONG, Hong Cheng. *Da Imputação Objetiva na Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado decorrente no exercício da função administrativa: Algumas questões atinentes à delimitação em geral da esfera da responsabilidade da Administração*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito na área de especialização em ciências jurídico-políticas. Coimbra: [s.n.], 2017, p. 69.

<sup>257</sup> O mesmo autor da nota anterior explica que a questão das formalidades burocráticas não se resolve sob a ótica da Teoria das Normas de Proteção, pois a norma não visa regular a relação intersubjetiva entre a Administração e os particulares, e sim pela “falta do nexa entre as ilicitudes”, de modo que a violação de formalidades burocráticas não gera responsabilidade, não com fundamento na falta da ilicitude, mas em razão da ausência do nexa entre as ilicitudes. O autor explica que o 'nexa entre as ilicitudes' consiste na frustração da finalidade protetora dos preceitos de forma como um elemento *sine qua non* para uma união casuística entre a violação dos preceitos de forma (ilicitude objetiva) e a lesão proveniente da decisão final na esfera jurídica subjetiva (ilicitude subjetiva). *Ibidem*, pp. 71 e 80.

<sup>258</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 108. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime geral...*, *op. cit.*, p. 27. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Dicionário...*, *op. cit.*, p. 59. MEDEIROS, Rui, *Ensaio...*, *op. cit.*, p. 168. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, contudo, consideram que os atos administrativos irregulares são ilegais e, como tal, ilícitos para efeitos de responsabilidade disciplinar e civil, o que acarreta uma diminuição da sua força tituladora. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de *apud* LEITÃO, Alexandra, *Illicitude...*, *op. cit.*, p. 12, nota 8.

<sup>259</sup> CUNHA, Estêvão Nascimento da Cunha, *op. cit.*, p. 272.

particulares.

A formalidade não essencial, como a própria nomenclatura explica, não é uma formalidade elementar, de sorte que a sua presença no ato não se faz necessária e a sua violação ou aplicação equivocada, igualmente, não fará diferença nem atingirá o conteúdo do ato. É um vício irrelevante, assim, a prática de um ato administrativo preparatório de um contrato quando inquinado de uma ilegalidade de formalidade não essencial não atinge a esfera do particular nem ofende um direito subjetivo ou interesse legalmente protegido seu, razão pela qual essa ilegalidade não integra o conceito de ilicitude e, por conseguinte, não gera dano passível de indenização.

Casos há, no entanto, em que a inobservância de uma formalidade não essencial, em face ao ato administrativo final, resulta em ilicitude. Seria a hipótese, p. ex., da recusa de prestação de informações sobre o procedimento a um interessado, quando a informação solicitada era necessária para o exercício do direito de participação no procedimento concursal. A ilicitude, nessa hipótese, não contaminará o ato administrativo final. Constituirá, na verdade, uma ilicitude autônoma, referente ao ato de recusa, que poderá fundar o dever de indenizar os danos causados diretamente pela falta de informação<sup>260</sup>.

Segundo Bernardo Diniz Ayala, a qualificação de uma formalidade como essencial ou não deve ser operada à luz dos grandes procedimentos concursais<sup>261</sup>.

No domínio dos procedimentos concursais, as formalidades essenciais são aquelas que, na elaboração ou na apresentação dos documentos de habilitação ou da proposta propriamente dita, visam assegurar a defesa de princípios como os da publicidade, da igualdade, da concorrência, da imparcialidade e da transparência, de maneira que a sua inobservância conduz à exclusão de uma proposta em um procedimento de concurso<sup>262</sup>. A essencialidade de uma formalidade nos procedimentos concursais tem de ser analisada casuisticamente à luz dos mencionados princípios, que são o primeiro crivo valorativo à luz do qual o intérprete deverá qualificar certa formalidade como essencial ou não<sup>263</sup>.

Para Mário Esteves e Rodrigo Esteves, a irregularidade é essencial quando ela prejudica a igualdade entre os concorrentes ou a possibilidade da correta e imparcial

---

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 273. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, *Os princípios...*, *op. cit.*, p. 109. Leong Hong Cheng utiliza como exemplo a não realização de audiência prévia no procedimento disciplinar pela Administração Pública. LEONG, Hong Cheng, *op. cit.*, p. 74.

<sup>261</sup> AYALA, Bernardo Diniz, *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 27.

comparação da sua proposta com as outras. Caso contrário, a irregularidade da proposta será não essencial, independentemente de tais irregularidades serem de carácter formal ou substantivo<sup>264</sup>.

Sérvulo Correia, por sua vez, sustentou que se não produzirá uma invalidade quando, não obstante a preterição da formalidade, se tenham obtido os efeitos que a lei com aquela formalidade pretenda acautelar<sup>265</sup>.

Passemos agora à análise dos atos administrativos que, sendo anulados pelos Tribunais Administrativos, podem ser substituídos por outro de mesmo conteúdo (renovados), mas sem a causa de invalidade que tinha determinado a anulação. São os casos que configuram uma ilegalidade sanável. Pense-se no exemplo do ato anulado por vício de forma e que é renovado sem a reincidência do mesmo vício.

Axiologicamente, o princípio da legalidade impõe que todas as ilegalidades que se traduzam numa atuação ilícita, enquanto conduta antijurídica, devem ser indenizadas, pois não há nenhum valor ou princípio geral do direito administrativo que justifique o afastamento da ilicitude nesses casos<sup>266</sup>.

Para Margarida Cortez, é indiscutível que esses atos não geram a responsabilidade da Administração. Sustenta que só se indeniza o ato que é substituído e não é renovado, porque só assim fica demonstrado que, se não fosse a ilegalidade, a decisão teria sido diferente. Portanto, a autora situa a referida questão não apenas no plano da ilicitude, como também nonexo causal e no dano indenizável<sup>267</sup>.

Rui Medeiros pugna igualmente pelo não reconhecimento do direito indenizatório. Contudo, justifica o seu pensamento com base na relevância negativa da causa virtual. Afirma o doutrinador que, se a Administração substitui o ato ilegal por um ato legal

---

<sup>264</sup> OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa: das fontes às garantias*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 442.

<sup>265</sup> CORREIA, Sérvulo *apud* AYALA, Bernardo Diniz, *op. cit.*, p. 27.

<sup>266</sup> Esse foi o entendimento do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 154/2007, proferido no Processo n.º 65/02, de 02 de março de 2007, no qual decidiu julgar inconstitucional, por violação do princípio da responsabilidade extracontratual, o art. 2.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 48.051/1967 interpretado no sentido de que um ato administrativo anulado por falta de fundamentação (vício de natureza formal) é insuscetível, absolutamente e em qualquer caso, de ser considerado ato ilícito, para efeito de poder fazer incorrer o Estado em responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito. O Tribunal entendeu que a norma não é compatível com o art. 22.º, da CRP por afastar a responsabilidade do Estado. O fundamento foi o de que não se verifica o pressuposto da ilicitude do ato quando está em causa um vício de falta de argumentação. Por fim, o órgão julgador afirma que, se o objetivo do preceito constitucional é garantir que os particulares sejam ressarcidos pelos danos causados por atos ilegais praticados pelos titulares dos órgãos, funcionário e agentes do Estado e demais entidades públicas, essa função reparadora é posta em cheque se se excluir a responsabilidade nesses casos. Cfr. LEITÃO, Alexandra, *Ilicidade...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>267</sup> CORTEZ, Margarida, *op. cit.*, p. 74 e ss.



idêntico sem o vício que determinou a sua anulação anterior, renovando assim a resolução que havia dado à questão que fora objeto do primeiro ato, há todas as razões para crer que essa teria sido a resolução tomada da primeira vez, se não tivesse ocorrido qualquer ilegalidade. Finaliza o seu raciocínio revelando que “a situação em que agora se estaria, se não fosse a ilegalidade então cometida, seria com certeza a mesma em que agora se está: a situação atual hipotética coincide com a situação atual real.”<sup>268</sup>.

Mário Aroso, entretanto, ensina que o fato do ato administrativo anulado não ser renovado, não implica responsabilização automática da Administração no dever de indenizar o impugnante que obteve a anulação. Segundo o autor, deve-se, sim, apurar se o impugnante que obteve a anulação sustentou a impugnação na ofensa de um interesse subjetivo ou de um interesse legalmente protegido, ou se apenas a invocou a título de mero interesse de fato, direto e pessoal. Na hipótese desde último caso, ainda que a anulação tenha sido fundada em causas de invalidade substantiva, o interessado não terá direito à reparação de quaisquer danos. Por outro lado, o doutrinador considera que a circunstância de um ato anulado vir a ser renovado não resulta no afastamento imediato do dever da Administração de indenizar o impugnante que obteve a anulação, pois tem que se apurar se o interessado sustentou a impugnação na invocação da violação de uma norma de proteção no propósito de proteger os seus interesses. Se for esse o caso, haverá ofensa indenizável de um interesse legalmente protegido<sup>269</sup>.

Carlos Cadilha, por sua vez, reconhece a relevância indenizatória dos atos renováveis. Argumenta que o vício meramente formal pode ter influído no sentido da decisão de modo que se não fosse cometido, a solução jurídica do caso pudesse ser favorável ao interessado. Porém, esclarece que essa questão deve ser resolvida no plano do nexó de causalidade, tornando o reconhecimento desse direito indenizatório dependente de uma análise casuística que, em face das circunstâncias concretas, permita imputar o dano indenizável ao tipo de ilegalidade cometida<sup>270</sup>.

Diante das opiniões exteriorizadas, entendo que a repetição do ato com a consequente reposição da ilegalidade, embora possa traduzir-se numa violação transitória de direitos ou interesses, não é causa adequada do prejuízo eventualmente sofrido, pois a

---

<sup>268</sup> MEDEIROS, Rui, *Ensaio...*, *op. cit.*, pp. 207-208.

<sup>269</sup> ALMEIDA, Mário Aroso de, *Artigo 9.º...*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>270</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime geral...*, *op. cit.*, p. 27. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Dicionário...*, *op. cit.*, p. 59.

correção, com efeito retroativo, elimina qualquer dano. Além disso, a eventual indenização do particular configuraria um enriquecimento injustificado. Assim, o critério do aproveitamento do ato configura um critério de causalidade<sup>271</sup>.

### 3.2.3 A questão da culpa

#### 3.2.3.1 A atual tendência a objetivar a culpa na responsabilidade civil da Administração em geral

A culpa, enquanto juízo de censura ético-jurídico, traduz-se num desvalor subjetivo, ou seja, num juízo de admoestação que recai sobre um sujeito que podia ou devia ter agido de outra forma<sup>272</sup>.

A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes está definida no artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007 que estatui que a mesma deve ser aferida à luz da *diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor*.

Constata-se que o legislador optou por adotar um critério de culpa mais específico com o exercício da função administrativa, de maneira que substitui o parâmetro da *diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso* a que se refere o art. 487.º, n.º 2, do CC pela *diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor*.

A *diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso* expressa que o padrão comportamental que deverá ser analisado é o da culpa em abstrato e não da culpa em concreto, pois não está em causa saber qual a diligência que o agente lesante habitualmente costuma aplicar nos seus atos, mas sim qual seria a diligência que um homem normal, prudente e cuidadoso adotaria<sup>273</sup>.

Acontece que, no direito administrativo, o agente não é simplesmente uma pessoa comum que ofendeu regras de convivência social, mas uma pessoa na qualidade de titular do órgão, agente ou funcionário que praticou o ato causador de danos, e é nessa qualidade

---

<sup>271</sup> Ac. STA de 07.06.2016, P. 01005/13.

<sup>272</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Lições...*, op. cit., pp. 227 e ss.

<sup>273</sup> *Ibidem*, pp. 334 e ss.

que deve ser apreciado o seu comportamento, importando aqui, não a diligência do homem comum, mas a diligência do agente médio, avaliada segundo padrões de competência técnica, profissionalismo e eficiência que devem ser inerentes a qualquer atuação administrativa. Assim, o direito administrativo português em vez de adotar o paradigma de homem médio, elege o do agente zeloso e cumpridor, ou do bom administrador<sup>274</sup>.

O art. 10.º, da Lei n.º 67/2007, além de prever, no n.º 1, a substituição do critério do bom pai de família por um critério de apreciação da culpa mais consentâneo com a realidade administrativa, normatiza, também, no seu n.º 2, uma presunção de culpa leve pela prática de atos jurídicos ilícitos. Todavia, trata-se de uma presunção *juris tantum*, pois pode ser ilidida se demonstrar que não há culpa grave ou que não houve culpa nenhuma<sup>275276</sup>.

Dessa maneira, a meu ver, a adoção pelo sistema de uma presunção de culpa leve não se mostra satisfatória.

A necessidade de assegurar uma efetiva proteção aos particulares lesados pela atividade administrativa, quando não seja possível ou não seja fácil provar a culpa dos agentes públicos intervenientes no caso concreto, permite a eflorescência de situações gerais de responsabilidade objetiva da Administração Pública, que no entender da doutrina configuram uma exceção ou um desvio ao paradigma da responsabilidade com base na ilicitude culposa, por situarem no plano da ilicitude um problema que antes era equacionado no plano da culpa<sup>277</sup>.

Considero a objetivação da responsabilidade administrativa uma decorrência da especial natureza da responsabilidade pública. O art. 22.º, da CRP tem por finalidade assegurar a reparação dos danos causados pelos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes no exercício de suas funções. Desta forma, afastar a obrigação de indenizar por falta de culpa afeta negativamente essa garantia<sup>278</sup>. Outrossim, o enquadramento da

---

<sup>274</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*. (2008). N.º 69. Maio/Junho, p. 31. MEDEIROS, Rui. Artigo 10.º. In *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 267 e 274-275. LEITÃO, Alexandra, *Ilicitude...*, op. cit., p. 15.

<sup>275</sup> LEITÃO, Alexandra, *Ilicitude...*, op. cit., p. 15.

<sup>276</sup> Vieira de Andrade refere que o sistema de culpa presumida tem sido considerado uma *falsa teoria objetiva*. Cfr. ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade indemnizatória...*, op. cit., p. 348, nota 384.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 349.

<sup>278</sup> Nesse sentido: LEITÃO, Alexandra, *Ilicitude...*, op. cit., p. 16.

responsabilidade da Administração perante o particular como objetiva não afasta a possibilidade de, no plano interno, o órgão administrativo poder demonstrar que a ilicitude do ato praticado se deveu ao próprio agente, funcionário ou titular do órgão para fins de ação de regresso. Na ação de regresso, sim, é que se deve apurar a existência de culpa na conduta do agente.

Atualmente, tem-se firmado no sistema de responsabilidade civil por fatos ilícitos um certo grau de objetivação, no sentido de uma exclusão ou uma redução da relevância da culpa do agente. A lei atual, embora continue a manter o requisito da culpa, consagra expressamente soluções de cunho objetivo<sup>279</sup>. Rui Medeiros ressalta que a tendencial objetivação da culpa não significa a consagração de um princípio geral de responsabilidade objetiva<sup>280</sup>.

A objetivação da responsabilidade não configura uma maneira de livrar os lesados da dificuldade da prova da culpa pelos agentes, e também não significa uma modificação estrutural no campo da responsabilidade civil da Administração por fatos ilícitos. Nesta última hipótese, a retirada da culpa resultaria da sua desvalorização a título pessoal, subjetivo ou psicológico do agente, mas não da sua desvalorização como censura ética, que continua a valer para a caracterização da ilicitude relevante<sup>281</sup>.

Para Vieira de Andrade, a ideia de uma verdadeira responsabilidade objetiva só se verifica quando se dispense a própria ilicitude do fato lesivo como pressuposto da obrigação de indenizar. Seria o caso da responsabilidade assente no risco, na qual se excluem intencionalmente as finalidades sancionatórias e preventivas como características da responsabilidade civil pública<sup>282</sup>. Destaca ainda que os sistemas que utilizam a responsabilidade objetiva apenas pela circunstância de eliminarem a culpa ou a prova da culpa acabam por estabelecer qualificações da ilicitude, para efeitos da sua relevância indenizatória, as quais, pela via do agravamento ou da atenuação, implicam

---

<sup>279</sup> Países como Brasil e Espanha já adotam um regime de responsabilidade civil objetiva do Estado. Cfr. ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade indemnizatória...*, op. cit., pp. 347-348. GOMES, Carla Amado. Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. In *Responsabilidade Civil do Estado Ebook*. Julho 2014. Centro de Estudos Judiciários, p. 83. Disponível em <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade\\_Civil\\_Estado.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade_Civil_Estado.pdf)> Acesso em 24 mai 2018.

<sup>280</sup> MEDEIROS, Rui, *Artigo 10.º...*, op. cit., p. 268.

<sup>281</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade indemnizatória...*, op. cit., p. 349.

<sup>282</sup> Carla Amado Gomes informa que a responsabilidade objetiva nasce em razão do aumento das atividades perigosas e da necessidade de ultrapassar uma natural paralisia perante atuações mais arriscadas. Cfr. GOMES, Carla Amado, *Nota breve...*, op. cit., p. 81.

juízos de censura comportamental, ainda que não individualizada, sugerindo que a finalidade do sistema não é meramente reparatória<sup>283</sup>.

Para defender a sua opinião, Vieira de Andrade dá o exemplo da jurisprudência da União Europeia, que condiciona o direito à reparação dos danos ao requisito da existência de uma *violação suficientemente caracterizada* de regras do direito comunitário, definida como uma violação manifesta e grave dos limites impostos ao exercício da competência do órgão público<sup>284</sup>.

O Tribunal de Justiça exige que a culpa relevante para efeitos de responsabilidade seja delimitada pelo conceito de *violação suficientemente caracterizada* ou de *violação manifesta* do direito comunitário, não admitindo outros critérios, como o da culpa pessoal, ainda que presumida, ou o mau funcionamento do serviço. A expressão *violação suficientemente caracterizada* significa que, segundo o direito comunitário, a determinação da responsabilidade estadual comporta normalmente elementos de apreciação que envolvam necessariamente juízos de censura de caráter subjetivo<sup>285</sup>.

O mesmo Autor conclui sustentando que o sistema de responsabilidade objetiva pura é excessivamente rígido, desproporcionado e insustentável, e que a responsabilidade civil pública por fato ilícito, ainda que nela haja uma desvalorização da dimensão punitiva, não pode prescindir da censura ética do comportamento lesivo, sob pena de se descaracterizar, pela total indiferença funcional, e de se tornar tendencialmente inibidora da ação pública<sup>286</sup>.

Carla Amado Gomes defende que a responsabilidade objetiva tem que manter o seu caráter subsidiário, pois admiti-la como regra poderia contribuir para que a Administração arruinasse o nível de qualidade das atuações de fiscalização, além de constituir um severo ônus financeiro para as entidades públicas<sup>287</sup>.

A atividade estatal é marcada pela supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, a relação do particular com o Estado é caracterizada pela hipossuficiência, i.e. pela vulnerabilidade daquele em relação a este. Nas relações públicas sempre haverá uma hierarquia vertical, de maneira que a constituição do Estado em uma responsabilidade

---

<sup>283</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade indemnizatória...*, op. cit., p. 349; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Panorama...*, op. cit., p. 45.

<sup>284</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade indemnizatória...*, op. cit., p. 349.

<sup>285</sup> *Ibidem*, pp. 349-350.

<sup>286</sup> Ele estende essa conclusão à responsabilidade por fatos ilícitos praticados no exercício da função jurisdicional por erro judiciário e pelo exercício da função político-legislativa. Cfr. *Ibidem*, pp. 350-351.

<sup>287</sup> GOMES, Carla Amado, *Nota breve...*, op. cit., p. 81.

civil objetiva como regra seria, a meu ver, um alerta ao ente público para exercer as suas funções da maneira mais correta, cautelosa e eficiente, pois na hipótese de não cumprir com os seus deveres teria que responder, independentemente de ter agido com culpa. Tal posição, ao contrário, não inibe o Estado, mas compele à sua capacitação para que execute o serviço público da melhor forma.

### **3.2.3.2 O papel da culpa da responsabilidade civil por danos resultantes de ilegalidades ocorridas no âmbito de um procedimento de formação de um contrato público**

Consoante já analisado, a parte final da redação original do art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 foi alterada para que a indenização fundada em violação de norma, na fase pré-contratual, passasse a ser concedida de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário.

A redação anterior do dispositivo se limitava apenas a estabelecer uma presunção ilidível de culpa leve por remissão aos requisitos da responsabilidade civil por ato ilícito do RRCEE, que, como tal, seria insuficiente para assegurar adequadamente a transposição da Diretiva Recurso<sup>288</sup>.

O direito comunitário exige que a apreciação dos pressupostos da responsabilidade civil das entidades adjudicantes se faça à margem de qualquer indagação da eventual existência de culpa, mesmo que por presunção legal, pois não seria compatível com as normas comunitárias que a entidade adjudicante pudesse se eximir da obrigação de indenizar, através do afastamento da presunção de culpa ou pela demonstração de uma causa desculpabilizante<sup>289</sup>.

Para obrigar à reparação do dano, o direito da União Europeia cinge-se à constatação (objetiva) de um comportamento antijurídico, ofensivo de direitos ou interesses legalmente protegidos e causal de danos. Isso significa que a responsabilidade das entidades adjudicantes ao abrigo das Diretivas Recursos funda-se na invocação da

---

<sup>288</sup> MEDEIROS, Rui, Manuel Afonso e MARTINS, Patrícia Fragoso, *op. cit.*, p. 186.

<sup>289</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 109. ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade indemnizatória...*, *op. cit.*, p. 348. SIMONATI, Anna. Responsabilità precontrattuale e risarcimento del danno da attività provvedimento dell'amministrazione: lo stato dell'arte alla luce di una recente sentenza del TRGA di Trento. In *Il Foro Amministrativo T.A.R. (Rivista mensile di dottrina e giurisprudenza)*. Vol. II. N.º 2. Febbraio. Milano: Guiffre Editore, 2003, pp. 453.

mera ilicitude do ato<sup>290</sup>.

O TJUE já constatou a inexistência de um conceito uniforme de culpa nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, tendo avançado com uma concepção própria, ao nível do direito comunitário. Assim, em situações de responsabilidade do Estado-membro pelo exercício da função legislativa, a condição extraída do conceito de culpa não pode ir além da constatação de uma violação suficientemente caracterizada (Acórdão *Brasserie du Pêcheur*). Complementando esse acórdão, o Acórdão *Dillenkofer*, de 08.10.1996, P. C-178/94 sublinhou que não se pode subordinar a reparação do prejuízo pelo incumprimento do direito comunitário à existência de dolo ou negligência por parte do órgão estadual a quem seja imputável<sup>291</sup>.

Segundo Carlos Cadilha, a alteração legislativa teve por finalidade substituir o regime da presunção de culpa, por remissão ao art. 10.º, n.º 2, do RRCEE, por um critério de *objetivação* da culpa, ajustando-o ao entendimento da jurisprudência comunitária. Isto porque a presunção de culpa pode ser afastada por prova em contrário, de acordo com o art. 350.º, n.º 2, do CC. No dizer do autor, a modificação pretendeu “dar plena satisfação às exigências do direito comunitário em matéria de contratação pública, tornando claro que a violação de normas comunitárias, no domínio dos procedimentos de formação de contratos abrangidos pelas referidas Directivas, arrasta a existência de culpa.”<sup>292</sup>.

Todavia, esse não foi o entendimento da maioria doutrinária. A alteração legislativa nesses moldes sofreu e sofre severas críticas.

Carla Amado Gomes entende que o legislador teria andado melhor se tivesse remetido o dispositivo para o regime das Diretivas, e não ter “atirado” o intérprete para o direito comunitário, pois, segundo a autora, nem o próprio direito da União Europeia define propriamente um regime de responsabilidade civil extracontratual dos Estados-membros, nem o TJUE, na sua jurisprudência, aponta para uma solução de

---

<sup>290</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 109.

<sup>291</sup> *Ibidem*, pp. 109-110. Sue Arrowsmith aponta para a desnecessidade de culpa, considerando ainda que a eventual exigência de uma violação suficientemente caracterizada parece respeitar o princípio da efetividade do direito da União. ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Thomson Reuters, 1996: “It is arguable that damages are available for all violations. The ECJ has ruled that damages can not be limited to cases in which the violation involves subjective fault by the procuring entity. It is less clear, however, whether a damages claim may be made dependent on showing a sufficiently “serious” breach. This is probably a permitted limitation for damages claims based solely on the effectiveness principle of the EC Treaty.”

<sup>292</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 159-160.

responsabilidade objetiva em sede geral<sup>293</sup>.

Heloísa Oliveira também critica a alteração legislativa. A doutrinadora a considerou infeliz e incorreta sob o ponto de vista de técnica legislativa. Defende que, existindo especificidades quanto à responsabilidade do Estado no âmbito dos procedimentos pré-contratuais, estas deviam vir identificadas no art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, e em tudo mais deviam ser aplicados os preceitos gerais do RRCEE. A remissão para os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário é de difícil aplicação e concretização, visto que a jurisprudência comunitária não dá resposta a todas as questões que se colocam neste âmbito, pelo que, conseqüentemente, será necessário recorrer a algumas normas do RRCEE, as quais são delimitadas negativamente face ao direito comunitário da responsabilidade civil extracontratual. Conclui salientando que a remissão para os requisitos do direito comunitário decorre apenas de uma necessidade de aligeirar o ônus da prova da culpa e que a presunção de culpa leve estabelecida no art. 10.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 é suficiente para concluir pela conformidade do diploma neste ponto (culpa) com a jurisprudência comunitária<sup>294</sup>.

Maria José Rangel de Mesquita, por sua vez, explica que a remissão constante no art. 7.º, n.º 2 reconduz-se ao regime especial de responsabilidade do Estado-Administração por incumprimento constante na Diretiva Recursos. A Autora considera-o menos exigente do que o regime geral no que diz respeito ao requisito da violação suficientemente caracterizada. Com efeito – acrescenta – bastará, para a verificação do requisito da violação suficientemente caracterizada do direito comunitário, a violação, por ação ou omissão, do Direito da União Europeia, não se aplicando qualquer requisito relativo à culpa (dolo ou negligência), ainda que presumida, visto que a presunção de culpa também é incompatível com o regime comunitário geral de responsabilidade do Estado, porquanto a presunção de culpa é ilidível e permite prova em contrário<sup>295</sup>.

Rui Cardona, por seu turno, expõe que a atual redação do art. 7.º, n.º 2 é fonte de incerteza jurídica, porque não esclarece se a remissão para o direito comunitário se refere

---

<sup>293</sup> 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. 2009. N.º 11, pp. 293 e 294.

<sup>294</sup> 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, pp. 154-155.

<sup>295</sup> MESQUITA, Maria José Rangel de. *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 53-54.



ao regime geral da responsabilidade por violação do direito comunitário, consagrado na jurisprudência comunitária, ou a um regime especial de responsabilidade consagrado nas Diretivas Recursos<sup>296</sup>.

A objetivação da culpa no que diz respeito à responsabilização da Administração no processo de formação dos contratos não impede a aplicação dos demais pressupostos da responsabilidade civil pelo exercício da função administrativa, especialmente quanto ao nexo de causalidade e dano indenizável, nem exclui o direito de regresso, quando se verificar que o titular do órgão, funcionário, agente ou trabalhador do Estado ou da entidade pública atuou fora dos quadros de diligência e zelo que lhe são exigíveis. Para fins de ação de regresso, a verificação da eventual existência de dolo ou culpa grave poderá ser realizada nos termos do art. 8.º, n.º 4, do RRCEE<sup>297</sup>. Isso não prejudicará o lesado no âmbito da relação processual com a entidade demandada. Com efeito, para lhe ser reconhecido o direito de indenização, continua não ser necessária a demonstração de culpa<sup>298</sup>.

Dessa maneira, em sede de contencioso pré-contratual, estes requisitos apontam para uma objetivação da responsabilidade das entidades adjudicantes, dissolvendo a culpa na ilicitude. As Diretivas Recursos, ao condicionarem o direito à indenização apenas à verificação dos três pressupostos, já mencionados, não admitem que a concessão da indenização esteja submetida à demonstração da existência de culpa (dolo ou negligência)

---

<sup>296</sup> FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>297</sup> A definição do grau de culpa apenas poderá ser efetuada no âmbito das relações entre as pessoas coletivas públicas e os titulares dos seus órgãos, agentes ou funcionários, a fim de se exercer o direito de regresso daqueles sobre estes. Após a prolação da sentença condenatória contra a Administração Pública, o art. 8.º, n.º 4, da Lei n.º 67/2007 permite que o processo prossiga em ordem ao apuramento de dolo ou culpa grave no comportamento ilícito do titular do órgão, agente ou funcionário, o que possibilitará o exercício do direito de regresso por parte do Estado, com o fito de obter o reembolso do montante indenizatório. O processo só pode prosseguir se a sentença condenatória não tiver apurado o grau de culpa do titular do órgão, agente ou funcionário envolvido. O Tribunal não é obrigado a determinar a existência de dolo ou culpa grave para efeitos indenizatórios; apenas o deverá fazer quando houver pluralidade de agentes, posto que se torna necessário apurar a medida das respectivas culpas para se estabelecer a quota parte da responsabilidade de cada um. Todavia, quando o agente for demandado conjuntamente com a Administração, a sentença poderá, desde logo, fixar a sua responsabilidade, condenando-o ou absolvendo-o do pedido, ou, quando for suscitada a intervenção provocada do funcionário, a decisão poderá determinar se se verificam ou não os pressupostos do direito de regresso. Nestes casos, o conflito de interesses quanto ao direito de regresso fica resolvido no próprio voto condenatório. Frise-se que o mecanismo do art. 8.º, n.º 4 visa, tão somente, com fulcro na economia processual, discutir a matéria relativa ao direito de regresso na própria ação indenizatória, devendo, posteriormente, ser a questão remetida para uma própria ação de regresso, que não se processa automática e oficiosamente pelo juiz, e sim por requerimento do interessado, antigo réu da ação de responsabilidade.

<sup>298</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 161.

na prática do ato ilícito<sup>299</sup>.

Para Carla Amado Gomes, a tendência objetivadora do art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 não pode ser extensível a toda a responsabilidade por fato ilícito administrativo. Primeiro, porque a jurisprudência dos tribunais da União Europeia não permite afirmar que o Direito da União Europeia prescinde do elemento culpa em todos os domínios de responsabilização (administrativo, jurisdicional e legislativo) e, segundo, por estarmos diante de um tipo de responsabilidade que configura um gênero híbrido, não podendo ser aplicado indistintamente<sup>300</sup>.

A reparação do prejuízo, no âmbito de aplicação do art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, não pode depender da demonstração de culpa da entidade adjudicante, pois é irrelevante que o dano seja imputável à atuação individual de um agente ou a uma situação de funcionamento anormal do serviço, em que não é possível identificar o responsável<sup>301</sup>.

Pedro Machete, entretanto, não é a favor da objetivação da responsabilidade do Estado constante no art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007. Defende em artigo anterior à aprovação da Proposta de Lei n.º 195/X, que deu origem à Lei n.º 31/2008, que promoveu a alteração da parte final do referido, que a expressão *nos termos da presente lei* valeria não para os pressupostos da obrigação de indenizar, mas tão somente para as consequências jurídicas definidas nos arts. 3.º a 6.º, da Lei n.º 67/2007<sup>302</sup>.

Não se pode deixar de notar que, no direito nacional, passamos a ter um quadro de responsabilidade civil dos entes públicos, por fato ilícito praticado no exercício da função administrativa, com pressupostos não exatamente coincidentes: haverá que distinguir consoante o fato tenha ocorrido no âmbito de um procedimento de adjudicação, abrangido pelo art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, ou quando tenha sido praticado no exercício de outra atividade administrativa, procedimental ou não. No primeiro caso, a ilicitude do ato funciona como critério jurídico de imputação de dano à esfera jurídica da entidade adjudicante; nos demais casos, o fundamento da responsabilidade da Administração, por fato ilícito, depende também de um juízo de culpa, ainda que legalmente presumido<sup>303</sup>.

Diante do exposto, concebo a responsabilidade constante no art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º

---

<sup>299</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 109.

<sup>300</sup> GOMES, Carla Amado, *Nota breve...*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>301</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 110.

<sup>302</sup> MACHETE, Pedro, *op. cit.*, p. 33.

<sup>303</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 110.

67/2007 como objetiva, razão pela qual os danos causados pelos titulares de órgãos, agentes ou funcionários, no âmbito de procedimento de formação dos contratos, devem ser indenizados, independentemente de os agentes lesantes terem agido ou não com culpa, “transferindo o peso” do nexó de imputação para a ilicitude, de maneira que o fato ilícito que causou um dano violou a posição jurídico subjetiva do particular. Penso que a eventual presença da culpa deverá, somente, ser perquirida em futura ação de regresso. A ação de responsabilidade civil do Estado por prática de ato ilícito, no âmbito de formação dos contratos enquanto garantia a ser assegurada ao particular lesado, deve estar isenta de culpa<sup>304</sup>.

### 3.2.4 A questão do dano indenizável

#### 3.2.4.1 Nexó de causalidade e prova da possibilidade real

Identificada a ação ou omissão ilícita e ofensiva de direitos ou interesses legalmente protegidos no procedimento de adjudicação, haverá que estabelecer se o mesmo é causa adequada<sup>305</sup> dos danos pleiteados. No dizer de Esperança Mealha, isso implica um *juízo de prognose póstuma* através do qual se procura determinar em que medida os danos invocados podiam não ter ocorrido se não tivesse sido praticado o ato ilícito; ou seja, analisa-se o comportamento do lesante para ver se ele é ou não idôneo a produzir um dano daquele tipo<sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> O Ac. STA de 31.05.2001, P. 046919, embora não declare expressamente que a responsabilidade pré-contratual é objetiva, ao afirmar que “não há que repartir culpas na verificação do dano atendendo”, induz a acreditar que, a meu ver, a responsabilidade em discussão é objetiva.

<sup>305</sup> No dizer de Vieira de Andrade, os Tribunais Administrativos adotaram a teoria da causalidade adequada que além de identificar a existência e delimitar o âmbito dos danos a indenizar, concretiza igualmente o alcance da ilicitude em matéria de responsabilidade, privilegiando a ilegalidade substancial em contraposição com as ilegalidades formais. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Panorama...*, *op. cit.*, p. 51. No âmbito do Direito Civil, Mafalda Miranda Barbosa defende que a causalidade adequada apresenta falhas, porque não oferece uma resposta satisfatória sempre que esteja em causa a causalidade psicológica (o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir), e se mostra insuficiente na hipótese de causalidade cumulativa necessária. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Lições...*, *op. cit.*, p. 262. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade Civil Extracontratual: Novas Perspectivas em Matéria de Causalidade*. 1. ed. Cascais: Principia, 2014, p. 20.

<sup>306</sup> Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Panorama...*, *op. cit.*, p. 51. Nesse sentido: CORTEZ, Margarida, *op. cit.*, p. 115. Acerca do juízo de prognose na responsabilidade pré-contratual: SIMONATI, Anna, *op. cit.*, pp. 448-449. CHINÈ, Guiseppè. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi. In *Il Foro Amministrativo T.A.R. (Rivista mensile di dottrina e giurisprudenza)*. Vol. II. N.º 2. Febbraio. Milano: Guiffre Editore, 2003, p. 817.

A apuração do nexo de causalidade consiste na verificação da certeza do dano. No entanto, quando estiver em causa um pedido de indenização por perdas e danos relativos aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, essa *certeza* não pode ter um sentido mais exigente do que aquele constante no art. 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13CEE, no qual o direito à indenização fica subordinado à prova da *possibilidade real* de ser atribuído o contrato ao lesado – essa possibilidade ficou prejudicada com a violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito<sup>307</sup>.

No entanto, questiona-se se a *possibilidade real* a que se refere a Diretiva impõe uma tutela ressarcitória mínima a todos os concorrentes cujas propostas não devessem ser excluídas, independentemente de qualquer juízo de probabilidade de adjudicação.

O Direito da União Europeia nada manifesta sobre a temática, incumbindo ao ordenamento interno de cada Estado-membro fixar os critérios que permitam determinar a extensão da indenização. Nesse sentido, o legislador português apontou no sentido de que todos os concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas ou não devessem ser excluídas tenham a possibilidade real para efeitos do art. 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13CEE; a possibilidade real é suscetível de ser demonstrada por qualquer candidato que cumpra os requisitos legalmente estabelecidos e apresente uma proposta razoável<sup>308</sup>.

Depreende-se que a formulação utilizada pelo legislador europeu pretendeu excluir qualquer solução nacional que fizesse a tutela ressarcitória do interesse contratual negativo ficar dependente da existência de um direito à adjudicação, suportando todos os demais o chamado risco de investimento<sup>309</sup>.

Apesar de a norma estar contida na Diretiva n.º 92/13/CEE, ela não deixa de ser aplicável aos procedimentos de contratação pública estipulados na Diretiva 89/665/CEE<sup>310</sup>.

Considere-se, p.ex., que está a ocorrer um concurso público e que o adjudicatário

---

<sup>307</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 111.

<sup>308</sup> *Idem.*

<sup>309</sup> MEDEIROS, Rui e MARTINS, Patrícia Fragoso, *op. cit.*, p. 210. PINTO, Paulo Mota. Responsabilidade por violação de regras de concurso para a celebração de um contrato (em especial o cálculo da indemnização). *In Estudos de Contratação Pública – II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 286.

<sup>310</sup> Este é o entendimento da interpretação sistemática do Direito da União Europeia e da jurisprudência comunitária. Cfr. MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 110. MEDEIROS, Rui e MARTINS, Patrícia Fragoso, *op. cit.*, pp. 213-214.

do procedimento anterior está participando desse novo processo, estando inclusive bem colocado. Ocorre que o Tribunal, após impugnação, decide anular o ato de adjudicação do contrato, por considerar ilegal o critério adjudicatório aplicado. Contudo, não é mais possível repetir o recurso. Assim, o impugnante tem direito à indenização, por ter conseguido demonstrar que tinha uma possibilidade real de lhe ser adjudicado o concurso, caso tivesse sido repetido, em virtude de ter sido o anterior adjudicatário e de estar bem colocado no trâmite anulado.

O próprio TJUE já se posicionou nesse sentido, decidindo que a possibilidade meramente hipotética não é real e certa. Destacou ser preciso demonstrar se, devido à ilegalidade declarada, se perdeu a oportunidade de obter a adjudicação do contrato (Acórdão *Belfass*, de 21.05.2008, P. T-495/04)<sup>311</sup>.

A possibilidade real é menos do que a demonstração de que o lesado seria efetivamente selecionado no final do procedimento adjudicatório, mas é mais do que uma possibilidade meramente hipotética de ganhar<sup>312</sup>. Em outros termos, a possibilidade real é aquela que revela um grau de probabilidade que só pode ser aferido em concreto, pois o juízo de prognose que é possível formular a *posteriori* dependerá do teor do ato em causa, do momento do procedimento que foi praticado, dos fundamentos da sua invalidade e do tipo de dano invocado<sup>313</sup>.

Vera Eiró esclarece que esta forma especial de ponderar o nexo de causalidade, no entender do Ac. do TCA Norte de 04.11.2011, facilita o caminho para o lesado ser indenizado no interesse contratual positivo. Contudo, em sentido contrário, o Ac. do TCA Sul de 28.06.2012 impõe que a indenização deve se destinar apenas a cobrir o interesse contratual negativo, que engloba os custos da proposta e do procedimento<sup>314</sup>. A

---

<sup>311</sup> Os Tribunais nacionais também têm decidido nesse sentido, julgando improcedente o pedido de indenização por falta de demonstração do nexo de causalidade: Ac. STA de 29.09.2004, P. 01936/03; Ac. STA de 03.03.2005, P. 041794A; Ac. STA de 04.04.2006, P. 077B/02. Cfr. MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 111. Para Margarida Cortez, a relação de causalidade no âmbito da responsabilidade civil da Administração por danos resultantes de atos administrativos ilegais não se estabelece entre o dano e o ato administrativo no seu todo, mas entre o dano e a específica ilegalidade praticada. Razão pela qual devem ser excluídos do objeto de indenização aqueles danos cuja ocorrência não se deveu à ilegalidade cometida. CORTEZ, Margarida, *op. cit.*, p. 116.

<sup>312</sup> Vide Ac. TCA Norte de 04.11.2011, P. 00213/06.1BELLE, que dá o exemplo da proposta que se mostra posicionada em lugar que afaste o reclamante claramente da vitória ou não cumpra o caderno de encargos. Nessa hipótese, diz o julgador: “a possibilidade é meramente hipotética e nunca real.”

<sup>313</sup> MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 111.

<sup>314</sup> EIRÓ, Vera. A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas. In *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013, pp. 60-61. Disponível em

discussão envolvendo o dano indenizável será analisada no tópico seguinte.

Mas antes de prosseguir com a discussão acerca da responsabilidade pré-contratual do Estado, convém ainda tecer algumas considerações acerca do nexo de causalidade, notadamente, no que se refere às novas perspectivas que olham a causalidade como uma verdadeira imputação.

Mafalda Miranda Barbosa explica que a causalidade, além de ser vista como um problema normativo, deve ser analisada com base na ideia de pessoalidade livre em que se ancora toda a juridicidade<sup>315</sup>.

Se a principal finalidade da responsabilidade civil é a reparação dos danos<sup>316</sup>, é necessário que exista um resultado lesivo, pois sem ele a indenização não terá razão de ser. Essa interação torna a causalidade imprescindível como requisito delitual, de maneira que a função reparatória surge quando, no caso concreto, o comportamento ilícito e culposos se projete num dano<sup>317</sup>.

Tradicionalmente, o nexo de causalidade era visto apenas de uma única maneira: como liame que liga a conduta ilícita e culposa aos danos sofridos. Entretanto, a doutrina passou a perceber que essa ligação cumpria uma dupla função, que era ser pressuposto da responsabilidade civil, e um problema atinente ao cálculo da indenização. Dessa forma, a doutrina portuguesa passou a distinguir dois nexos de causalidade: a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido, sendo o pressuposto delitual, e a segunda conecta a lesão do direito ou interesse protegido aos danos verificados, dizendo respeito à indenização<sup>318</sup>. Assim, para que haja indenização, deve se tratar o nexo de causalidade não só no âmbito do preenchimento da responsabilidade, como também na esfera de sua fundamentação. Contudo, a questão da

---

<[https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil\\_ebook\\_completo\\_rev2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf)> Acesso em 01 jun 2018. Estes julgados se mostram igualmente relevantes para o estudo da responsabilidade pela perda de chance.

<sup>315</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Responsabilidade Civil Extracontratual...*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>316</sup> A análise teleológica da responsabilidade pode ser realizada em BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Volume I. Dissertação de Doutoramento na área Jurídico-civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: [s.n.], 2012, pp. 292 e ss.

<sup>317</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade: breves considerações. *In Revista Fides*. (2017). Volume 8. N.º 2. Julho-Dezembro, p. 183. Disponível em <<http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/325/332>> Acesso em 15 jun 2018.

<sup>318</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Lições...*, *op. cit.*, pp. 249-250.

causalidade como imputação se circunscreve à causalidade fundamentadora da responsabilidade<sup>319</sup>.

As recentes propostas que olham para o problema da causalidade em termos de imputação explicam que, para que o sistema da responsabilidade seja coerente, não basta a mera previsão da culpa e da ilicitude como requisitos de ressarcimento. Assim, a análise da responsabilidade tem que ultrapassar a culpa e a ilicitude e passar a ser observada pelo prisma da intencionalidade ético-axiológica assente na personalidade, de modo que a responsabilidade se torna indissociável da liberdade positiva que se concretiza pela possibilidade de autodeterminação<sup>320</sup>.

A imputação que se refere é uma imputação objetiva cujo alicerce é a ação humana. Assim, “a liberdade positiva em que radica a ação leva consigo a ideia de responsabilidade – uma responsabilidade que, no momento do comportamento, se caracteriza pela assunção de uma esfera de risco orientada pelo respeito que cada homem concita (responsabilidade pelo outro), e que, posteriormente, verificado que seja um determinado resultado lesivo, se convola, numa atualização daquela liberdade de que é indissociável, em responsabilidade pelo dano (...) Dela resulta que o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa esfera de risco que se assume.”<sup>321</sup>.

Dessa maneira, duas hipóteses são possíveis: (i) a da pessoa que possui uma função especial ou que integra uma comunidade de perigo concretamente definida: nesse caso, a esfera de risco, já previamente determinada, alicerça o juízo imputacional, situação que ocorre na responsabilidade objetiva; e (ii) a esfera do risco não é suficientemente definida a fim de assegurar o acerto daquele juízo: nesse quadro, é necessário um aumento do risco cuja comprovação se dá com a demonstração que houve a preterição dos deveres de cuidado, que cumprem dupla função, a de desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio), ou a de embasar o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo<sup>322</sup>.

---

<sup>319</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade Civil Extracontratual...*, op. cit., pp. 09 e 24.

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>321</sup> *Ibidem*, pp. 32 e 34.

<sup>322</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda, *Responsabilidade civil do produtor...*, op. cit., pp. 184-185.

Assim, “para que haja imputação objetiva, tem de se verificar a assunção de uma esfera de risco. São-lhe, por isso imputáveis, em princípio, todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera. Donde, a priori podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (impossibilidade do dano), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de aumento do risco.<sup>323</sup>”.

Nessas situações, exclui-se a imputação quando o risco não foi criado, quando haja diminuição do risco e quando ocorra um caso fortuito ou de força maior<sup>324</sup>.

Tecidas as presentes considerações, analisaremos a seguir o elemento sem o qual não há responsabilidade: o dano.

#### **3.2.4.2 O dano e a indenização pelo interesse contratual negativo e pelo interesse contratual positivo**

Vimos que para haver responsabilidade civil do Estado, no âmbito do procedimento de formação dos contratos, basta uma ação ou omissão ilícita violadora de direitos ou interesses legalmente protegidos, um nexo de causalidade e, por fim, como se observará neste ponto, um dano. Não é necessário o elemento subjetivo, por estarmos diante de uma responsabilidade objetiva. Mas o ponto crucial é que não se pode falar em dever de reparação se não houver dano; a sua existência é condição essencial da responsabilidade civil.

O dano é a expressão da diferença entre a situação atual hipotética e a situação atual efetiva ou real do lesado<sup>325</sup>.

Mas qual a medida de indenização em caso de violação de regras de concurso de adjudicação do contrato? O art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, mais uma vez, não esclarece, tendo de recorrer às normas de direito comunitário aplicáveis, bem como às disposições específicas que constam no CCP e aos princípios gerais do direito.

O art. 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva n.º 89/665/CEE estabelece a concessão de indenizações às pessoas lesadas por uma violação. Ocorre que a citada Diretiva limita-se,

---

<sup>323</sup> Ibidem, p. 185.

<sup>324</sup> Para um estudo mais detalhado sobre a matéria consultar as obras referidas nas notas anteriores.

<sup>325</sup> Cfr. MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 113. CORTEZ, Margarida, *op. cit.*, p. 129. Sobre o conceito de dano: PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 536 e ss.



apenas, a prever que os órgãos jurisdicionais devem atribuir indenizações aos lesados, sem fixar os termos em que esses ressarcimentos devem ser realizados, mas sem esclarecer se tais indenizações devem ou não abranger os lucros cessantes<sup>326</sup>. O art. 2.º, n.º 7, da Diretiva n.º 92/13/CEE, no entanto, foi mais preciso ao possibilitar um direito de indenização por perdas e danos relativos aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato quando ocorra a violação do direito comunitário nesta matéria ou das normas nacionais de transposição desse direito e o interessado prove que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o negócio e que aquela ficou prejudicada por essa violação.

Na hipótese do parágrafo acima, estamos diante de um dano resultante do *interesse contratual negativo* (dano da confiança), o qual corresponde aos danos sofridos pelo lesado por ter confiado na celebração do contrato.

Os domínios da responsabilidade pré-contratual esteve sempre associado à figura da indenização pelo interesse contratual negativo. Grande parte da doutrina defendia (e ainda defende) a posição segundo a qual, nos casos de responsabilidade pré-contratual, apenas deve ser ressarcido o prejuízo correspondente ao interesse contratual negativo<sup>327</sup>.

No entanto, a alusão constante da Diretiva n.º 92/12/CEE ao interesse contratual negativo não pode ser interpretada restritivamente, reduzindo o âmbito da indenização da responsabilidade das entidades adjudicantes. A sua referência deve ter uma finalidade ampliativa<sup>328</sup>, de maneira que a previsão de um regime de ressarcimento com base no interesse contratual negativo não prejudique uma eventual pretensão indenizatória fundada no interesse contratual positivo<sup>329</sup>.

A indenização pelo *interesse contratual positivo* (dano de cumprimento), por seu turno, só é admitida, excepcionalmente, quando a conduta do agente consistir na violação de um *dever de conclusão do contrato* e se traduz no benefício que a conclusão do negócio traria à parte prejudicada; ou seja, a vantagem econômica que se obteria com a conclusão do ajuste<sup>330</sup>. Esse interesse teria por guia o montante necessário para colocar o

---

<sup>326</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, *Responsabilidade...*, op. cit., p. 79. FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização...*, op. cit., p. 20.

<sup>327</sup> A jurisprudência também adotava esse entendimento: Ac. STA de 12/02/2009, P. 01068/08.

<sup>328</sup> Nesse sentido: FERREIRA, Rui Cardona, *Responsabilidade...*, op. cit., p. 79.

<sup>329</sup> Cfr. MEDEIROS, Rui e MARTINS, Patrícia Fragoso, op. cit., p. 212. PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, op. cit., p. 876 e ss.

<sup>330</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, op. cit., p. 102. Durante longo tempo, a jurisprudência do STA não concedeu indenização com base no interesse contratual positivo aos

lesado na situação em que se encontraria se a transação tivesse sido regular e integralmente executada.

O estudo do interesse contratual negativo e positivo é indispensável quando se pretende determinar o tipo e o *quantum* da indenização devida pelo Estado no âmbito dos procedimentos de adjudicação, pois, como salienta Paulo Mota Pinto, não existe hoje uniformidade na doutrina e na jurisprudência quanto ao alcance da indenização da responsabilidade pré-contratual<sup>331</sup>.

Todavia, os estudos e os julgados têm evoluído no sentido de considerar que o problema da medida do dano na responsabilidade pré-contratual deve ser resolvido recorrendo às regras gerais da responsabilidade civil constante no art. 562.º, do CC. Esta posição tem acolhimento no art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2007 e nos arts. 2.º, n.º 1, alínea d) e n.º 7.º, da Diretiva n.º 92/13/CEE e art. 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 89/665/CEE<sup>332</sup>.

O art. 562.º, do CC estatui que quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação. Assim, o problema do ressarcimento do interesse contratual negativo ou positivo na responsabilidade pré-contratual só se coloca quando não for possível assegurar a reconstituição da situação jurídica violada através do correspondente processo executivo.

No âmbito da relação pré-contratual, essa reconstituição ocorre: na hipótese de o candidato ter sido ilegalmente excluído, após a prolação de uma sentença anulatória de um ato administrativo é possível a renovação do procedimento; ou na reformulação do ato de adjudicação, mediante a atribuição do contrato ao concorrente ilegalmente preterido; ou, tendo em conta as especificidades da contratação pública, o lesado ser colocado na situação em que se encontraria se não tivesse decidido participar do certame público.

---

lesados em responsabilidade pré-contratual. Um exemplo é o Ac. STA de 29.09.2005, P. 179/05, referente a uma ilegal abertura do concurso. O Tribunal entendeu que o dano da confiança abrangia todas as despesas com a participação no procedimento adjudicatório, mas negou a ressarcibilidade do interesse contratual positivo, por inferir que não há lugar a indenização pelos prejuízos correspondentes à vantagem econômica que se obteria com a celebração do contrato pretendido, com o fundamento de que o direito ao lucro pretendido só surge com o contrato. Análise de outras jurisprudências pode ser feita na obra de FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização...*, *op. cit.*, pp. 29 e ss. Ver também: MEALHA, Esperança, *op. cit.*, pp. 113-114. MEDEIROS, Rui e MARTINS, Patrícia Fragoço, *op. cit.*, p. 212. De acordo com Paulo Mota Pinto, o ressarcimento do interesse no cumprimento aparece como dever de prestação secundário, sucedâneo do dever de prestação principal. Cfr. PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 871.

<sup>331</sup> PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 967-968.

<sup>332</sup> Cfr. MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 113. MEDEIROS, Rui e MARTINS, Patrícia Fragoço, *op. cit.*, p. 212. PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 1350 e ss.

Quando há remoção dos efeitos danosos do ato ilegal, ocorre a reposição natural. Assim, ela consiste na própria reparação, mas nada impede que, restando danos residuais, os mesmos não possam ser indenizados.

Não havendo possibilidade dessa reposição natural, a compensação deverá partir para o pagamento de uma pecúnia<sup>333</sup>.

A indenização, assim, pode abranger os danos emergentes, alcança, igualmente, os lucros cessantes.

A indenização por danos emergentes ocorre quando o responsável pela obrigação ressarcitória tem de compensar a frustração de uma vantagem que já existe, pois já houve a diminuição do patrimônio que se consumou com o efeito da lesão; ou seja, são danos que avultam em despesas já realizadas, p.ex., os custos incorridos na elaboração de apresentação da candidatura, que acabam por se traduzir em despesas inúteis<sup>334</sup>. A indenização por lucros cessantes, por sua vez, se situa na compensação pela não concretização de uma vantagem que se verificaria se não fosse a ocorrência do fato que origina a responsabilidade (art. 564.º, n.º 1, do CC); em outros termos, corresponde aos benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão<sup>335</sup>.

No entanto, quando se atende ao interesse contratual positivo, os danos pelo interesse contratual negativo não são indenizáveis, isto porque nesse caso o lesado se encontraria numa situação como se o contrato lhe tivesse sido adjudicado. Assim, uma vez reconhecido ao lesado o direito à adjudicação, este teria necessariamente de ter suportado os custos da participação no procedimento, sob pena de enriquecimento sem causa. O concorrente não deve ser deixado em melhor situação do que aquela em que teria estado se o evento que obriga à reparação se não tivesse verificado<sup>336</sup>.

No início do tópico, foi afirmado que, diante da escassez normativa do art. 7.º, n.º 2,

---

<sup>333</sup> Na opinião de Pedro Sánchez, na impossibilidade de se prosseguir com o procedimento [reposição natural], a compensação pecuniária serve de sucedâneo ressarcitório dos lesados correspondentes ao interesse contratual positivo, visto ser este o único meio de colocação das posições jurídicas lesadas na mesma situação em que se encontrariam se não existisse o ilícito. Cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. Ressarcimento de lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de chance nos procedimentos de contratação pública. In *Contencioso Pré-contratual*. 1. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2017, p. 115. Disponível em <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_Contencioso\\_Precontratual.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf)> Acesso em 30 mai 2018. Ver: Ac. TAF Coimbra de 26.09.2013, P. 00011/11.0BECBR.

<sup>334</sup> PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, op. cit., pp. 1071 e ss.

<sup>335</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 111. PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, op. cit., pp. 1088 e ss.

<sup>336</sup> MEDEIROS, Rui e MARTINS, Patrícia Fragoço, op. cit., pp. 212-213. PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, op. cit., p. 1003 e ss.

da Lei n.º 67/2007 acerca da medida da indenização, um dos mecanismos utilizados para esclarecê-la era o CCP. Dessa maneira, o CCP reconhece também, a favor dos concorrentes, uma indenização pelos encargos a que comprovadamente se sujeitaram para a elaboração das propostas apresentadas em concurso, quando, por exemplo: a decisão de escolha do ajuste direto tiver caducado ou não tenha sido tomada no prazo (art. 27.º, n.º 6), a decisão de adjudicação seja tomada e notificada aos concorrentes após o prazo da obrigação de manutenção das propostas (art. 76, n.º 3), o órgão competente para a decisão de contratar decida não adjudicar com fundamento em circunstâncias imprevistas e supervenientes (art. 79.º, n.º 4), e a entidade adjudicante, por fato que lhe seja imputável, não outorgar o contrato no prazo de 30 dias contados da data da aceitação da sua minuta ou da decisão sobre a reclamação (art. 105.º, n.º 3)<sup>337</sup>.

Nestes casos, também, estamos perante uma indenização pelo *interesse contratual negativo*, pois os dispositivos visam assegurar ao cocontratante o ressarcimento pelos encargos em que incorreu com a sua apresentação ao concurso. Porém, aqui, corresponde a um *direito de indenização mínimo*, que não afasta outras pretensões indenizatórias com base em responsabilidade pré-contratual<sup>338</sup>.

Na hipótese de a decisão de adjudicação ser tomada após o término do prazo da obrigação de manutenção das propostas (art. 76.º, n.º 3, do CCP), a indenização só se reduz aos encargos incorridos na elaboração da proposta, não podendo exigir da entidade adjudicante que compense outros danos ou tome como referência o interesse contratual positivo. Se o adjudicatário quiser colher os lucros resultantes da execução do contrato, basta aceitar a adjudicação, mesmo fora do prazo. Mostra-se desarrazoado o adjudicatário se recusar a executar o contrato e simultaneamente beneficiar do valor correspondente aos lucros do contrato que não celebrou<sup>339</sup>.

No domínio do direito privado, a responsabilidade pré-contratual abrange, tipicamente, as situações em que um contrato não é celebrado por superveniente

---

<sup>337</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>338</sup> Rui Medeiros e Patrícia Fragoso Martins dão, também, como exemplo aplicável a essa situação de *direito de indenização mínimo* o art. 45.º, n.º 3, da LOPTC. Cfr. MEDEIROS, Rui e MARTINS, Patrícia Fragoso, *op. cit.*, pp. 215-216. Em sentido contrário, Pedro Sánchez entende que essas situações nem sequer fixam um patamar mínimo de compensação legalmente exigida pelo Direito dos Contratos Públicos. SÁNCHEZ, Pedro Fernández., *op. cit.*, p. 111. Rui Cardona, entretanto, ensina que nenhuma dessas hipóteses se refere à preterição ilícita de um concorrente, razão pela qual deve ser repudiada qualquer tentativa de extrair destes dispositivos um princípio de limitação da indenização, nos procedimentos adjudicatórios públicos, ao interesse contratual negativo. Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 78-79.

<sup>339</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *op. cit.*, p. 118.

desinteresse de uma das partes na sua conclusão. Sucede que, no âmbito de um procedimento pré-contratual público, a Administração, após determinar a abertura desse procedimento, fica, por regra, legalmente vinculada a outorgar o contrato ao concorrente que oferecer a melhor proposta. Só assim não sucederá se se verificar alguma das circunstâncias que, nos termos do artigo 79.º, n.º 1, do CCP, permitem à entidade adjudicante, por sua iniciativa, tomar uma decisão de não adjudicação.

Quando, por circunstâncias imprevistas, for necessário alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento (art. 79.º, n.º 1, alínea c), do CCP) ou, por circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar, se justifique a desistência da adjudicação (artigo 79.º, n.º 1, alínea d), do CCP), a entidade adjudicante está habilitada a emitir uma decisão de não adjudicação, extinguindo o procedimento. Contudo, neste caso, a entidade adjudicante deve indenizar os concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas, pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respetivas propostas (art. 79.º, n.º 4, do CCP) – i.e. os danos emergentes –. Podemos, pois, falar efetivamente de uma situação de ressarcimento do interesse contratual negativo fundada em responsabilidade pré-contratual<sup>340</sup>. Não é justificável a proteção de quem não elabora uma proposta adjudicável, a qual nunca daria origem à celebração do contrato<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> Carlos Cadilha, no entanto, questiona se a situação prevista no art. 79.º, n.º 4, do CCP não seria verdadeiramente uma situação de responsabilidade civil por ato lícito, uma vez que a responsabilidade pré-contratual pressupõe uma conduta intencionalmente violadora da confiança suscitada na contraparte, o que poderá não ser aplicável quando a Administração tome a decisão de não adjudicar com base numa das razões acima descritas. Cfr. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. Responsabilidade Civil Pré-contratual das entidades públicas. In *Contencioso Pré-contratual*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. Fevereiro de 2017, p. 99, nota 16. Disponível em: <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_Contencioso\\_Precontratual.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf)>. Acesso em 17 abril 2018. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *op. cit.*, p. 114. Ressalvada a ponderação do autor, penso que a previsão do art. 79.º, n.º 4, do CCP não constitui uma hipótese de responsabilidade civil pela prática de atos lícitos, uma vez que está em causa unicamente o interesse do cocontratante lesado, não se vislumbrando a imposição de um ônus excessivo a ele que suporta em favor da coletividade. Aqui, fica violado o direito subjetivo ou o interesse legalmente protegido do lesado.

<sup>341</sup> Maria João Estorninho faz uma análise reflexiva das causas de não adjudicação (art. 79.º, do CCP) e chega à conclusão que “em tempos de crise, torna-se óbvia a necessidade de repensar os critérios de determinação da medida da indenização, nas diferentes situações que fomos analisando. Torna-se nítido que as soluções progressivamente mais generosas para com os concorrentes e, sobretudo, para com o adjudicatário, que foram sendo pensadas ao longo das últimas décadas, se revelaram totalmente inadequadas. Na verdade, quando as razões de interesse público que justificam a desistência de contratar da entidade adjudicante se prendem, não propriamente com as novas opções (...), mas antes com situações de dificuldades financeiras públicas, dir-se-ia que o mesmo princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos obriga soluções precisamente de modo diverso. Soluções pensadas, noutra contexto, para evitar que as entidades adjudicantes pudessem desistir de ânimo leve dos procedimentos pré-contratuais tornar-se-ia, em situação de crise, absolutamente perversas do ponto de

Entretanto, quando a Administração decida concluir um procedimento pré-contratual sem praticar um ato de adjudicação invocando simplesmente que não está vinculada a um dever de adjudicação ou apresentando um fundamento que não se enquadre em nenhuma das situações previstas no art. 79.º, n.º 1, do CCP, a frustração de direitos ou expectativas dos participantes no procedimento configura, nessa hipótese, um fato ilícito cujos danos indenizáveis corresponderão, não a uma indenização pelo interesse contratual negativo a título de responsabilidade civil pré-contratual, mas sim ao interesse contratual positivo ou à perda de chance<sup>342</sup>.

Diante do exposto, a respeito do direito à indenização na responsabilidade pré-contratual, Carlos Cadilha explica que há três tipos de opiniões: (i) autores que entendem que não deve haver indenização, seriam as situações em que mesmo que o ilícito não tivesse sido praticado a proposta preterida nunca seria escolhida; (ii) outros que defendem uma indenização total, por danos emergentes ou lucros cessantes, justificando que sem o proferimento de uma decisão ilícita, a proposta do concorrente excluído ou preterido teria sido adjudicada; e (iii) estudiosos que sustentam a indenização pela perda de uma chance, em casos de impossibilidade, maior onerosidade ou inutilidade da reconstituição natural<sup>343</sup>.

O debate sobre a atribuição de indenização, em alguns casos por interesse contratual negativo ou indenização por interesse contratual positivo, nos parece que está longe de terminar. Assim, para que se delimitar o alcance da indenização e fixado o *quantum* indenizatório é necessário, em primeiro lugar, verificar em qual situação se enquadra o caso em concreto. Logo, cumpre necessário analisar se a causa em que se baseia o pedido de indenização configura uma causa lícita ou ilícita de adjudicação.

A responsabilidade pré-contratual do Estado e das pessoas coletivas de direito público possuem diferentes fontes. Assim, a forma de ressarcimento da referida responsabilidade depende do tipo de comportamento ilícito imputado à entidade adjudicante, bem como da natureza dos deveres que possam ser violados na fase da formação do contrato. Nessa conjuntura, há quatro situações típicas: (i) o ilegal

---

vista dos dinheiros públicos...”. ESTORNINHO, Maria João. Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise... *In Cadernos de Justiça Administrativa*. (2011). N.º 88. Julho/Agosto, pp. 41-42.

<sup>342</sup> CADILHA, Carlos, *Responsabilidade Civil...*, *op. cit.*, p. 99. Pedro Sánchez considera essa situação um exemplo de omissão ilegal. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *op. cit.*, p. 114.

<sup>343</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, *op. cit.*, 2011, p. 106. SIMONATI, Anna, *op. cit.*, pp. 453 e ss.

afastamento do candidato ou a preterição na graduação do concurso, que venha a conduzir à declaração de ilegalidade e conseqüente anulação contenciosa do ato de exclusão ou do ato de adjudicação; (ii) a invalidade ou a ineficácia do concurso por violação de normas substantivas ou vícios procedimentais; (iii) a recusa de contratar ou a revogação da decisão de contratar; e (iv) a alteração das condições de contratar após a adjudicação quando se tenha impedido o adjudicatário de celebrar o contrato<sup>344</sup>.

A jurisprudência do STA vem considerando que a ocorrência de ilegalidades no sistema do procedimento pré-contratual, que gere o afastamento ilegal de um candidato, a anulação da decisão de adjudicação ou a nulidade ou ineficácia do contrato que tenha sido celebrado, revela no domínio da responsabilidade pré-contratual o interesse contratual negativo<sup>345</sup>.

Segundo Paulo Mota Pinto, em casos de ilegalidade do procedimento pré-contratual, seja na exclusão do pretense lesado, seja no ato de adjudicação, a questão é resolvida antes da determinação do dano ressarcível, isto é, pelo nexo de causalidade ou pela ilicitude<sup>346</sup>.

No caso de afastamento ilegal do candidato ou da preterição na graduação do concurso<sup>347</sup>, levando em consideração o disposto no art. 2.º, n.º 7, da Diretiva n.º 92/12/CEE, o lesado terá direito ao ressarcimento pelo interesse contratual negativo quando demonstrar que tinha uma possibilidade real de lhe ser adjudicado o contrato se não tivesse sido cometida a ilegalidade, de maneira que poderá ser ressarcido pelos custos em que incorreu na elaboração de apresentação da candidatura. Nessa situação, o interesse contratual positivo só poderá ser considerado quando o autor do concurso já não tiver mais uma liberdade negativa de contratar, pois estaria obrigado a respeitar as regras e a celebrar o contrato com o lesado. Assim, se o lesado provar que teria uma forte probabilidade de ficar colocado em primeiro lugar, devendo levar em conta fatores como o número de candidatos, o mérito das propostas, os critérios de adjudicação, o grau de

---

<sup>344</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 106. PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 1350 e ss.

<sup>345</sup> Nesse sentido: Ac. STA de 07.10.2009, P. 823/08.

<sup>346</sup> PINTO, Paulo Mota, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 285.

<sup>347</sup> O concurso tem várias hipóteses de regime. Pode ser: indicativo, quando for mera fonte de informação para o autor; vinculativo, quando integra um processo tendente à formação do contrato; solicitação, quando for um convite a contratar; ou proposta. Pode estar sujeito a regras procedimentais e substantivas. Quando há vinculação de procedimentos e comportamentos instrumentais para a realização do concurso, estamos diante de regras procedimentais, e quando incidem sobre os limites materiais, para a determinação do círculo a que se dirige e designação das regras relativas aos critérios de decisão, estão presentes regras substantivas. PINTO, Paulo Mota, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 275.

discricionariedade na escolha das propostas e o fundamento que determinou a invalidade da decisão, e o contratante tinha o dever de adjudicar, terá direito de ser indenizado pelo interesse contratual positivo, devendo se ressaltar que o ônus da prova é seu<sup>348</sup>.

E se o lesado não conseguir provar que sem a violação das regras teria vencido o concurso? Em muitos casos, as dificuldades de prova obstarão qualquer indenização, apenas podendo este resultado ser afastado por regras de direito positivo que, por exemplo, se bastem com a existência de uma possibilidade real de vencimento para o reconhecimento da obrigação de indenizar<sup>349</sup>.

Quando há invalidade ou ineficácia do concurso por vício imputável à entidade adjudicante, é indenizável em relação a qualquer um dos participantes o interesse contratual negativo correspondente aos encargos que incorreram na elaboração das propostas, visto que se trata de um dano que estes não teriam sofrido se não tivessem participado do concurso e que resulta da violação dos deveres de cuidado e de informação exigíveis no lançamento e na organização do procedimento. Não é aceitável, contudo, o interesse contratual positivo, mesmo em relação ao candidato que se encontrasse em melhores condições de vencer o concurso, porque nesse caso não se pode invocar um direito à adjudicação ou à celebração do contrato, mas uma mera expectativa de permanecer no concurso até ser proferida uma decisão final<sup>350</sup>.

Em havendo a recusa de contratar ou a revogação ilícita da decisão de contratar, é devida a indenização pelo interesse contratual positivo quando a Administração se encontrava vinculada ao resultado do concurso e há um dever de conclusão do procedimento, com amparo no dever de lealdade. O direito à indenização cabe ao adjudicatário quando ele já tenha sido designado ou consiga provar que tinha uma possibilidade real de vencer o concurso. Assim, a indenização só pode ser pleiteada pelo autor da melhor oferta que comprovadamente teria vencido o certame; os restantes

---

<sup>348</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 109. PINTO, Paulo Mota, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 290-291. O Ac. STA de 29.10.2015, P. 0413/14 trata da abertura de um concurso público internacional para fornecimento de equipamentos de resíduos sólidos, no qual a comissão do concurso vedou a um dos concorrentes o exercício do direito de reclamar e de recorrer da admissão de outros concorrentes, inclusive àquele a quem o contrato de fornecimento foi adjudicado. O Tribunal entendeu por bem que “o afastamento ilegal de um concurso, com perda de uma oportunidade de nele poder obter um resultado favorável, com repercussão remuneratória, é um bem cuja perda é indemnizável”, de modo que condenou a Associação do Município da Região Autónoma da Madeira ao pagamento de indenização correspondente ao interesse contratual positivo.

<sup>349</sup> PINTO, Paulo Mota, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 293.

<sup>350</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 109. PINTO, Paulo Mota, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 288. Vide: Ac. STA de 18.10.2011, P. 0322/11.



concorrentes não podem reclamar qualquer indenização. Entretanto, se o autor do concurso não estava vinculado pelas respectivas regras a concluí-lo ou a celebrar o contrato, a possibilidade de indenização só corresponde ao interesse contratual negativo, desde que sem essa violação não tivessem incorrido nas despesas ou na perda de oportunidades alternativas em causa<sup>351</sup>.

Nos casos em que haja alterações das condições de decisão de contratar após o ato de adjudicação e que isso leve à desistência do interessado na celebração do contrato, cabe a indenização pelo interesse contratual negativo<sup>352</sup>.

Quando a violação das regras do concurso conduz a uma informação incorreta dos participantes sem a qual não teriam participado, nesse caso é ressarcível o interesse contratual negativo<sup>353</sup>.

As questões de responsabilidade pré-contratual colocam-se, preferencialmente, no âmbito da responsabilidade por inexecução, quando se torne necessário fixar uma indenização pecuniária pela prática do ato procedimental ilegal. Assim, o pedido de indenização por causa legítima de inexecução pode diluir-se no âmbito do processo de execução (arts. 166.º e 176.º, n.º 7, do CPTA). Mas nada impede que essas mesmas questões se coloquem no âmbito de uma ação autônoma de responsabilidade pré-contratual. O acionamento da ação autônoma de responsabilidade civil pré-contratual ocorre em três situações: situação de fato consumado em que não foi reparada a ilegalidade cometida e se torne necessário reagir por via processual, com o fim de obter uma indenização pecuniária através de uma ação de indenização autônoma que venha a ser instaurada em alternativa ao processo executivo; quando se pretenda obter uma indenização pela prática de um ato administrativo ilegal que já não possa mais ser impugnado (art. 38.º, do CPTA); ou quando, em virtude da especificidade do caso, a ação indenizatória passa a ser o único meio processual adequado à tutela dos interesses ofendidos, posto não ser mais possível recorrer a ação impugnatória ou a ação de condenação à prática de ato devido<sup>354</sup>.

---

<sup>351</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 109. PINTO, Paulo Mota, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 294-295. Assim: o Ac. STA de 20.06.2013, P. 01360/12.

<sup>352</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>353</sup> PINTO, Paulo Mota, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>354</sup> As questões processuais não nos ocupam no presente trabalho. Porém, importa assinalar algumas questões.

Os arts. 103.º-A e 103.º-B, do CPTA instituíram, respectivamente, um processo urgente de impugnação, bem como a possibilidade de adoção de medidas provisórias. A impugnação tem o propósito de

---

suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato (de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços), se este já tiver sido celebrado. A medida provisória poderá ser requerida ao juiz nos processos que não tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação e destina-se a prevenir o risco de, no momento em que a sentença venha a ser produzida, se ter constituído uma situação de fato consumado ou já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário.

Os procedimentos dos arts. 100.º a 103.º-B possuem um caráter de urgência. As providências cautelares relativas à formação dos contratos não abrangidos pelo regime dos arts. 100.º a 103-B, por sua vez, visam designadamente obter a suspensão da eficácia de atos praticados no âmbito do procedimento, a suspensão do próprio procedimento e a proibição da celebração ou da execução do contrato (art. 132.º, do CPTA). Ambas as ferramentas jurídicas visam assegurar a possibilidade de obter a reconstrução da situação jurídica violada, em termos de permitir que um candidato ilegalmente excluído ou preterido possa vir ainda a ser admitido ao concurso ou escolhido como adjudicatário. Nessas hipóteses, a pretensão indenizatória destina-se a garantir a reparação dos danos causados quando o processo impugnatório, devidamente acompanhado das providências cautelares adequadas, não tenha permitido corrigir, em tempo hábil, as ilegalidades cometidas, ou quando subsistam danos que não tenham sido cobertos pela reformulação do procedimento pré-contratual, na sequência da impugnação contenciosa, quando julgada procedente.

Existem outros mecanismos processuais de que os interessados podem dispor para impugnar as ilegalidades perpetradas no âmbito de formação de um contrato público, por exemplo, a ampliação de instância mediante o alargamento do objeto do processo impugnatório à impugnação do contrato (art. 102.º, n.º 4, do CPTA). Isso ocorre quando o processo impugnatório do ato administrativo, ainda pendente, não conseguiu obter a suspensão da celebração do contrato. Nesse caso, a impugnação poderá alcançar o próprio contrato, que se encontra eivado de ilegalidade devido a vícios procedimentais, a fim de impedir a sua execução.

Como se sabe, o legislador, com a revisão do regime do contencioso administrativo constante no CPTA, reuniu as anteriores ação administrativa comum e ação administrativa especial numa única forma de processo, a ação administrativa, com uma tramitação comum (a ação administrativa especial, regulada pelo então revogado art. 46.º, do CPTA, abrangia os processos cujo objeto eram pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de atos administrativos, bem como de normas que tinham ou deveriam ter sido emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo e visavam a impugnação do ato administrativo, a condenação à prática do ato devido, a impugnação de normas e a declaração da ilegalidade por omissão. A ação administrativa comum era definida por exclusão; ou seja, a sua via de eleição ocorria quando os pedidos não estivessem especialmente previstos em outra forma). Entretanto, o CPTA não “abandonou” essa opção dualista, pois passou a consagrar dois regimes processuais de contencioso pré-contratual: o regime geral, para os litígios ocorridos na formação da generalidade dos contratos da Administração, e um regime especial, de natureza urgente, pensado para os litígios ocorridos em procedimentos de formação de contratos públicos submetidos a regulamentação europeia. O contencioso pré-contratual geral (não urgente) tem o sentido de delimitar a análise ao regime jurídico-processual de reação contra aqueles documentos, peças e atos praticados ou omitidos excluídos do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente, atualmente disciplinado como ação administrativa urgente, nos arts. 97.º, n.º 1, alínea c), e 100.º a 103.º-B, do CPTA.

Nada impede que, em face do princípio da livre cumulação de pedidos previsto nos arts. 4.º e 5.º, do CPTA, se cumule, v.g., a impugnação de um ato pré-contratual com um pedido de reparação de danos assim como a anulação de um ato pré-contratual com um pedido de condenação à prática de ato devido em substituição do ato ilegal. As restrições quanto à cumulação de pedidos em sede de contencioso pré-contratual terão mais a ver com o ritmo processual célere do que com o tipo de pedidos cumuláveis. A cumulação com o pedido indenizatório, por exemplo, resulta numa desaceleração do processo, visto que passa a ser necessária a realização de diligências instrutórias destinadas a determinar os pressupostos da responsabilidade civil e a fixar o quantum indenizatório. Mas, para Paulo Pereira Gouveia, o sistema não tolera uma discriminação negativa dos processos urgentes relativamente à cumulação de pretensões impugnatórias com pretensões indenizatórias. Esperança Mealha, contudo, entende que, ainda que admissível essa cumulação, a mesma não tem utilidade prática.

A existência de uma norma especial, que reconhece um direito à reparação de danos por ilegalidade cometida no âmbito do procedimento de formação dos contratos (art. 100.º, do CPTA), não implica que não haja lugar para a indenização por fatos ilícitos praticados em quaisquer outros procedimentos pré-

Entretanto, quando se verifique no processo executivo uma causa legítima de inexecução, por impossibilidade absoluta ou grave prejuízo para o interesse público na execução da sentença (art. 163.º do CPTA), há lugar à fixação judicial de uma indenização que visa reparar o prejuízo resultante da inexecução da sentença e que se traduz numa indenização pecuniária sucedânea da reconstituição em espécie que seria aplicável caso não subsistisse a causa legítima de inexecução (arts.166.º e 178.º, do CPTA). Segundo Carlos Cadilha, a inexecução da sentença não deixa de constituir uma forma de responsabilidade civil por facto ilícito e, respeitando a atos administrativos praticados no âmbito de um procedimento de formação de contrato, tratar-se-á também de uma forma de responsabilidade pré-contratual. Entretanto, essa não é uma indenização que visa cobrir todos os danos que possam ter resultado da atuação ilegítima da Administração; ela apenas pretende compensar o interessado pelo fato de não ser possível reconstituir a situação anterior à lesão<sup>355</sup>.

Por fim, como proceder nas hipóteses em que a entidade adjudicante praticou um ato ilícito mas o concorrente não está em condições de demonstrar que, não fora esse ilícito, ele teria maior probabilidade de vir a ser adjudicatário? Neste caso, a falha do nexo causal poderá permitir a indenização da perda de chance, como se verá a seguir<sup>356</sup>.

---

contratuais, ainda que não sujeitos ao regime de impugnação do referido preceito legal. O direito à reparação é justificado pela ilicitude decorrente do exercício de atos administrativos ilegais, não deixando de existir um dever de indenizar por parte das entidades adjudicantes quando, em relação à formação de qualquer contrato público, sejam afetados direitos ou interesses legítimos dos concorrentes ou potenciais concorrentes, através de atos administrativos ilegais. Mas estes contratos públicos devem estar submetidos a um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público e estar sujeitos à competência dos tribunais administrativos e a um regime substantivo de responsabilidade administrativa.

Sobre as questões processuais ver: CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado..., pp. 161 e ss.; GOUVEIA, Paulo Pereira. A nova ação administrativa de contencioso pré-contratual., in *Julg. (2015)*. N.º 26. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 41 a 56. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/05/JULGAR-26-02-Paulo-P-Gouveia-Contencioso-pr%C3%A9-contratual.pdf>>. Acessado em 12 abr 2018.; MEALHA, Esperança, op. cit., pp. 117 e ss. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos. In *Cadernos de Justiça Administrativa*. (2016). N.º 115. Janeiro-Fevereiro, pp. 16 e ss. Para um estudo do tema sob a perspectiva da Constituição e do Tribunal Constitucional, MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. O direito de impugnação judicial de actos administrativos na Constituição de 1976 e na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In *Jurisprudência Constitucional*. (2005). N.º 6. Abril-Junho, pp. 49 e ss.

<sup>355</sup> CADILHA, Carlos, *Responsabilidade Civil...*, op. cit., pp. 95-96. O Ac. STA de 30.09.2009, P. 634/09 entendeu que o regime da inexecução legítima de sentença configura perda de chance.

<sup>356</sup> Carlos Cadilha chega inclusive a defender que, desde que o concorrente consiga demonstrar que, em tese, havia uma possibilidade – que não uma probabilidade – de vir a ser adjudicatário, ou seja, desde que comprove que se encontrava em concurso com uma proposta juridicamente válida, não parece ser de afastar a indenizabilidade dos encargos correspondentes à preparação dessa proposta. CADILHA, Carlos, *Responsabilidade Civil...*, op. cit., p. 100.

### 3.3 A responsabilidade pré-contratual e a responsabilidade pela perda de chance

A fim de delimitar o objeto da presente temática, necessário se faz salientar que o instituto da responsabilidade pré-contratual se distingue da responsabilidade resultante da perda de chance ou da perda de oportunidade.

O tema da perda de chance ainda não é pacífico no direito português. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência se mostram divididas acerca da sua (in)admissibilidade, e quem admite o instituto apresenta fundamentos distintos acerca do seu enquadramento<sup>357</sup>. Quem não admite defende que a teoria representa, não uma revisão do conceito de dano ou uma sua ampliação, mas uma ruptura camuflada da concepção clássica de causalidade. Todavia, estas questões não nos ocupam no presente trabalho. O que nos importa assinalar é que a perda de chance pode se concretizar no domínio da contratação pública, mas não se confunde com a responsabilidade pré-contratual. Partindo desta premissa, consideramos que quando a atuação ilícita das entidades adjudicantes agrava, em determinadas situações, a aleatoriedade ou o grau de risco de não adjudicação, ao ponto de convolar a incerteza quanto à obtenção da adjudicação na certeza da sua não obtenção, isso configura a perda de chance, de modo que o risco de não adjudicar gera o dever de indenizar o dano correspondente com fundamento na oportunidade perdida.

A perda de chance é perda da possibilidade de obtenção de um benefício, nos casos de probabilidade intermédia (entre a certeza da inexistência ou a certeza da existência) de surgimento de uma posição jurídica de vantagem numa esfera jurídica<sup>358</sup>. Em outros termos, a teoria da perda de chance é a resposta dada aos casos em que não é possível afirmar que os danos verificados não teriam ocorrido se não fora a ilegalidade praticada.

O instituto não tem conteúdo dogmático único, comum a todas as áreas normativas. Como ficou demonstrado na obra de Rui Cardona, a perda de chance abrange: (i) o dano correspondente à lesão de um bem ou interesse jurídico potenciada pela não intervenção oportuna segundo os padrões de diligência aplicáveis, p.ex., diminuição da probabilidade de cura de uma doença ou lesão, ou ainda a perda da possibilidade de se evitar uma intervenção cirúrgica; (ii) o dano correspondente à perda

---

<sup>357</sup> Acerca das considerações jurisprudenciais e doutrinárias, ver: FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização...*, *op. cit.*, pp. 29 e ss., 95 e ss. e 220 e ss.

<sup>358</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *op. cit.*, p. 113.

de oportunidade de concretização de negócios alternativos ao negócio cujas negociações se tenham frustrado; (iii) o dano correspondente à perda de oportunidade de concretização do negócio para que tendia um determinado procedimento adjudicatório público cuja lesão é vista como bem autonomamente digno de tutela e distinto do interesse na execução do contrato (a perda de chance é entendida como dano emergente); (iv) o dano correspondente ao interesse contratual positivo a que se referia determinado procedimento adjudicatório público, ressarcindo o lesado pela não obtenção das vantagens patrimoniais que previsivelmente resultariam da execução do contrato, ponderadas as circunstâncias concretas do caso; e (v) o dano correspondente ao não ingresso, no patrimônio do lesado, de quantias pecuniárias ou outras vantagens patrimoniais que poderiam, em tese, ter sido alcançadas se não fora o ilícito praticado pelo lesante, mas cuja obtenção se encontrava dependente de um elevado grau de aleatoriedade – p.ex., a não inclusão de um bilhete de loteria no sorteio<sup>359</sup>.

No âmbito da responsabilidade do Estado no exercício da função administrativa, a perda de chance pode ser organizada em dois grupos: um que se ocupa da problemática da determinação da indenização por inexecução de sentença, e o outro que trata o tema da indenização em concurso público.

No primeiro grupo, a perda de chance não tem tanto a finalidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil, mas sim de aplicar as normas de processo administrativo que atribuem aos lesados uma indenização em caso de causa legítima de inexecução de sentença, relevando a aplicação dos artigos do CPTA sobre o regime da inexecução legítima da sentença.

Nesse sentido, o Ac. STA de 29.11.2005, P. 41321-A considerou que a perda da execução de sentença de uma decisão anulatória de um ato de adjudicação de um concurso público consubstancia um dano autônomo, e o Ac. STA de 30.09.2009, P. 634/09 ponderou que o afastamento ilegal de um concurso, com perda de uma oportunidade de nele se poder obter um resultado favorável, com repercussão remuneratória, é um bem cuja perda é indenizável.

Observa-se que, nessas situações, a perda de chance é considerada um dano autônomo que, embora não provocado pelo ato ilícito, resulta da inexecução legítima de sentença.

---

<sup>359</sup> FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização...*, op. cit., pp. 93-94.

No segundo grupo, a perda de chance é utilizada para resolver diretamente casos relacionados com a responsabilidade civil.

Pensemos na hipótese de anulação contenciosa de um ato de adjudicação por vício de fundamentação e em que ficasse impossibilitada a emissão de novo ato para reavaliar as propostas dos concorrentes (sem qualquer possibilidade de se reconstituir a situação). Pergunta-se: o concorrente tem direito a ser indenizado pelos prejuízos causados pelo ato se não estiver em condições de demonstrar que, não fora esse ilícito, teria maior probabilidade de vir a ser adjudicatário?

No âmbito dos procedimentos de adjudicação, me parece que a linha que divide os dois institutos, o da responsabilidade por perda de chance e o da responsabilidade pré-contratual, é bastante tênue. Com efeito, alguns casos de exclusão ilegal de um concorrente, como o exemplo acima dado, podem gerar um pedido de indenização com fundamento tanto na perda de oportunidade quanto na responsabilidade pré-contratual. Destarte, o que os diferencia?

Deve-se analisar o fundamento do pedido de indenização e observar se ele se baseia na indenização pela oportunidade perdida ou na indenização pela perda da expectativa de se obter o resultado esperado. Em caso de pedido de perda de expectativa, a presença da esperança de um direito insere-se na responsabilidade pré-contratual. Já se o pedido for de perda de oportunidade como um direito em si mesmo, a obtenção do resultado vantajoso é meramente hipotética, devendo-se falar em responsabilidade pela perda de chance<sup>360</sup>.

Desta forma, se o ilícito é certo, mas não o dano e o nexo de causalidade, a certeza do dano indenizável se degrada em mera possibilidade de ocorrência do resultado a que a chance se refere. Assim, a indenização do lesado não seria pelos danos emergentes ou lucros cessantes, mas pela perda da situação jurídica, sendo o cálculo da indenização, neste cenário, com base num juízo de equidade<sup>361362</sup>.

A teoria da perda de chance permite ultrapassar a lógica do tudo ou nada<sup>363</sup> e possibilita a atribuição de uma indenização, mesmo quando não fica provado que o

---

<sup>360</sup> Domingo Bello Janeiro defende que o dano deve ser efetivo, isto é, real e certo, devendo ser excluídos os danos hipotéticos, as meras especulações, as perdas contingentes ou duvidosas, por não serem seguros em termos de sua produção. Cfr. JANEIRO, Domingo Bello, *op. cit.*, p. 71.

<sup>361</sup> Ac. STA de 29.11.2005, P. 41321-A.

<sup>362</sup> FERREIRA, Rui Cardona, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 71. MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 115. EIRÓ, Vera, *A perda de chance...*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>363</sup> A teoria do tudo ou nada consiste na indenização daqueles casos em que o lesado consegue demonstrar o nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano que sofreu, ou a não ressarcibilidade, na hipótese de não se conseguir demonstrar o nexo de causalidade. Cfr. EIRÓ, Vera, *A perda de chance...*, *op. cit.*, p. 51.

comportamento do lesante foi a causa adequada do resultado final e não seja possível demonstrar a certeza do dano.

Segundo Rui Cardona, para que a perda de chance seja indenizável, não basta a constatação da prévia existência de uma oportunidade ou da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou vantagem por parte do lesado que tenha sido destruída em resultado do fato lesivo ocorrido. É preciso ainda que a concretização da chance se apresente com um grau de probabilidade ou verossimilhança razoável, e não com caráter meramente hipotético<sup>364</sup>.

No que toca à fixação do montante da indenização, a perda de chance apenas dará lugar a uma indenização parcial. Não se trata de uma exceção ao princípio da reparação integral, mas para determinar o montante efetivo da indenização, tomar como referência o valor do dano final e incidir a fração correspondente ao grau de probabilidade de realização da chance perdida. Esse grau de probabilidade dependerá da avaliação do juiz<sup>365</sup>.

No direito português, a quantificação da perda de chance foi expressamente abordada num caso de afastamento ilegal de um funcionário, de maneira que o STA considerou ser indenizável a perda definitiva da possibilidade de ter progredido na carreira como dano decorrente do afastamento ilegal, e entendeu que a indenização não devia ser fixada com base nas diferenças salariais entre a categoria efetivamente ocupada pelo funcionário e aquela que lhe corresponderia caso lhe tivesse sido dada a possibilidade de progredir, mas sim pela fixação, na falta de outros elementos, de uma importância que se afigure justa e razoável para compensar essa perda de chance; ou seja, com recurso à equidade, nos termos do art. 566.º, n.º 3, do CC<sup>366</sup>.

Vera Eiró elenca alguns critérios que o julgador deverá utilizar para alcançar essa equidade, impedindo que o Tribunal arbitre indenizações apenas simbólicas. São eles: os custos em que o autor incorreu para participar do procedimento e para propor a ação; probabilidade de ocorrência do dano final; tempo decorrido; e lucro máximo expectável com a execução do contrato<sup>367</sup>.

---

<sup>364</sup> FERREIRA, Rui Cardona, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 71. Assim: Ac. TAF de Coimbra de 11.10.2013, P. 01119/08.5BECBR.

<sup>365</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>366</sup> Nesse mesmo sentido: Ac. TCA Sul de 08.09.2011, P. 6762/10. Cfr. MEALHA, Esperança, *op. cit.*, p. 115.

<sup>367</sup> EIRÓ, Vera, *A perda de chance...*, *op. cit.*, pp. 62-63.

Neste contexto, infere-se que a responsabilidade fundada na perda de chance se distingue da responsabilidade pré-contratual, especialmente no que diz respeito ao fundamento do pedido de indenização. Pois, como vimos, a indenização pela perda de oportunidade não está diretamente ligada ao resultado pretendido. Está vinculada à ideia de oportunidade perdida, como um direito em si mesmo. Ademais, a responsabilidade pela perda de chance não poderia ser compreendida como uma forma de responsabilidade pré-contratual. Se assim fosse, estaria inserida no âmbito da responsabilidade extracontratual por ato ilícito, o que não ocorre após uma simples análise da Lei n.º 67/2007<sup>368</sup>.

Prefiro concordar com a opinião de Carlos Cadilha, e considerar a responsabilidade civil pela perda de oportunidade como meio alternativo à responsabilidade pré-contratual, de maneira que os casos de ilegal exclusão ou preterição de um candidato em concurso de adjudicação podem constituir campo propício de aplicação da indenização por perda de chance, na medida em que permitem superar as dificuldades de prova dos fatos de que depende o ressarcimento do interesse contratual positivo, e pressupõem que o lesado se encontra em melhor posição para obter o direito à adjudicação, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito<sup>369</sup>.

### **3.4 Análise de um *case law*: Ac. TCA Sul de 28.06.2012, P. 06934/10<sup>370</sup>**

#### **3.4.1 Sinopse do acórdão**

O referido acórdão versa sobre uma ação administrativa comum para efetivação de responsabilidade civil proposta pela empresa Alberto... S/A em face do Município de Sintra, a fim de obter indenização pelos danos causados pelo ente público no âmbito de um concurso público realizado com o fito de contratar uma empresa para a remodelação da rede de abastecimento de água e a execução de redes de drenagem de águas residuais domésticas e pluviais.

O contrato foi celebrado com a empresa Sanestradas. Ocorre que um dos concorrentes, atual autor da ação administrativa, tempestivamente impugnou o ato,

---

<sup>368</sup> Ac. do TRL de 19.06.2012, P. 4765/10 e Ac. do TRP de 10.09.2012, P. 275/09.0.

<sup>369</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>370</sup> Disponível

em  
<<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/04554777b621588780257a3100337e42?OpenDocument>> Acesso em 05 jun 2018.



ajuizando ação de contencioso pré-contratual com o objetivo de declarar nula a adjudicação, e pleiteou a repetição da fase procedimental relativa à elaboração do relatório de avaliação das propostas sob a alegação de que a adjudicatária deveria ter sido excluída do concurso, em virtude de a sua proposta não ter apresentado preço unitário em certos artigos, constituindo uma ilegalidade de formalidade essencial, e de tal conduta ofender os princípios da igualdade, da imparcialidade, da estabilidade e da transparência.

O contencioso pré-contratual foi julgado procedente e determinou a anulação de todas as decisões e deliberações referentes à classificação final do concurso, bem como a repetição da fase procedimental do certame. A decisão foi objeto de recursos pelo Município acionado, mas ambos foram negados.

A ação administrativa comum só foi intentada após a inexecução da sentença anulatória pelo Município de Sintra, razão pela qual a empresa Alberto... S/A pleiteou indenização relativa aos danos emergentes (custos sofridos com a sua apresentação no concurso) e lucros cessantes (benefício que deixou de obter em face de um ato ilegal).

O TAF de Sintra decidiu condenar o Município apenas ao pagamento de indenização pelos danos emergentes, por considerar que os benefícios que o Autor pretendia auferir eram projeções abstratas no horizonte, que se podiam ou não verificar; por outro lado, a empresa não demonstrou que o envolvimento no procedimento tivesse acarretado o afastamento dela em outras atividades ou concursos.

O ente público se defendeu sustentando que a responsabilidade em causa decorre da prática de ato de gestão pública que foi julgado ilícito, sendo qualificada como responsabilidade civil extracontratual, e que a responsabilidade por violação das regras do concurso só admite o ressarcimento do dano correspondente ao interesse contratual negativo, referente às despesas de participação no concurso.

O TCA Sul entendeu que a responsabilidade do Município de Sintra era pré-contratual, pois o ato ilícito reconhecido em âmbito judicial ocorreu durante o procedimento do concurso e que o autor não teria direito aos lucros que colheria com a execução do contrato, mas apenas aos danos emergentes. De modo que, negou provimento ao recurso da empresa, mantendo os termos da sentença que condenou o Município tão somente ao pagamento dos danos emergentes.

### 3.4.2 Comentários

Com base no referido julgado, podem-se tecer algumas considerações e promover subsunções das problemáticas já discutidas.

Inicialmente, observa-se que o contrato objeto da impugnação do contencioso pré-contratual é um ajuste previsto na Diretiva n.º 92/12/CEE, posto que a abertura do concurso público se deu, no presente caso, com o propósito de contratar uma empresa para promover a remodelação da rede de abastecimento de água, execução de redes de drenagem de águas residuais domésticas e pluviais, e contrato do setor especial.

A segunda questão reside no fato de que o ato adjudicatório do certame foi objeto de impugnação, em virtude de a proposta aceita não ter apresentado preço unitário em todos os artigos. A apresentação de preço unitário de todos os artigos é uma formalidade essencial. Discutimos anteriormente se a noção de ilicitude abarcava ou não as normas procedimentais. Apesar de alguma doutrina em contrário, concluí que as normas orgânicas integram o conceito de ilicitude, pois embora não tutelem diretamente os direitos subjetivos e os interesses juridicamente protegidos dos particulares, realizam essa proteção reflexamente. Assim, ao contratar com uma empresa que não respeitou uma formalidade essencial na apresentação da proposta, o Município, além de ofender os princípios da igualdade, da imparcialidade, da estabilidade e da transparência, violou os direitos ou interesses legalmente protegidos dos demais concorrentes, de forma que eles adquirem um direito indenizatório. Assim, o acórdão agiu acertadamente, ao considerar uma ilegalidade formal como uma atuação ilícita.

Mas, e se hipoteticamente a formalidade fosse não essencial? Nesse caso, a violação da formalidade corresponderia a uma mera irregularidade, de maneira que não haveria o cometimento de ato ilícito e, conseqüentemente, o ato de adjudicação seria válido e eficaz.

Vê-se também que, nos autos, teve cabimento a ação autônoma de responsabilidade pré-contratual. Efetivamente, quando o ato é objeto de recurso contencioso, que resulta na sua anulação, e não há imediata e espontânea execução do julgado por parte da Administração, abrem-se ao interessado duas possibilidades de tutela jurisdicional: ou requerer a execução do julgado, ou intentar uma ação de indenização fundada nos prejuízos decorrentes de ato ilícito.

Dessa maneira, o julgado decidiu corretamente ao assinalar que não estava em causa

a ilicitude de inexecução da sentença, mas sim a reparação dos prejuízos causados pelo ato ilícito praticado pela Administração, cuja ilegalidade praticada no âmbito de formação do contrato já foi judicialmente reconhecida.

Por fim, o Tribunal entendeu que a indenização por lucros cessantes não tinha cabimento na responsabilidade pré-contratual do Município de Sintra, pois não foi possível estabelecer um nexo de causalidade adequada entre a ilicitude cometida e os danos que se consubstanciam na margem de lucro esperada com a adjudicação, pois o lesado nem sequer suscitou que ficou impossibilitado de concorrer a outros fornecimentos públicos.

Penso que o Tribunal agiu corretamente ao excluir a indenização pelo interesse contratual positivo nessa situação, pois, consoante anteriormente afirmado, quando o concurso é invalidado por vício de normas materiais ou procedimentais imputável à entidade adjudicante, os participantes apenas podem ser indenizados pelos encargos que incorreram na elaboração das propostas, visto que não teriam sofrido o dano se o Município tivesse o cuidado de observar que a proposta do concorrente eleito não respeitava as legalidades formais exigidas. O interesse contratual positivo não é aceitável, mesmo em relação ao candidato que se encontrasse em melhores condições para vencer o concurso, porque pode nesse caso invocar, não um direito à adjudicação ou à celebração do contrato, mas uma mera expectativa de permanecer no concurso até ser proferida uma decisão final.

Assim, no caso em análise, embora o concorrente se encontrasse em segundo lugar, a anulação da adjudicação e a repetição da fase procedimental relativa à elaboração do relatório de avaliação das propostas não implica que a empresa ficaria em primeiro lugar, e sim que teria a possibilidade de ser bem colocada novamente. Donde, o Tribunal decidiu sem erros.

No caso dos autos não foi celebrado qualquer contrato válido com a Alberto... S/A e nem sequer se pode falar na existência de um dever de conclusão do contrato com a mesma, uma vez que, não obstante haver uma probabilidade real de obtenção de ganho (pois ficou classificada em segundo lugar no concurso anulado), a verdade é que a decisão do contencioso pré-contratual foi no sentido da repetição da fase procedimental do concurso após sanção dos vícios verificados. Não existe, deste modo, nexo de causalidade entre o ato lesivo e os danos de que a empresa pretende ser ressarcida.

Com base no que foi exposto, considero impecável a decisão e a fundamentação do Tribunal, e constitui um bom resumo do debate dogmático que desenvolvemos ao longo do estudo.

### **3.5 A Responsabilidade Civil do Estado no âmbito do procedimento de formação dos contratos: uma análise reflexiva**

É tempo de proceder a uma análise reflexiva sobre as questões discutidas acerca da matéria.

#### **3.5.1 Impressões sobre a Responsabilidade Pré-contratual no Direito Civil e no Direito Administrativo**

Vimos que a responsabilidade civil clássica do Estado (extracontratual) extrai do Direito Civil as suas noções. Contudo, ao longo do tempo o instituto foi adquirindo contornos próprios e acabou por se “distanciar” do direito privado.

A responsabilidade pré-contratual do Estado adquiriu os seus contornos no direito da UE e ganhou real aplicabilidade na ordem nacional, após a transposição das Diretivas Recursos e, dadas as suas particularidades, possui pontos de distinção com a responsabilidade civil privada.

No Direito Civil, a fase negociatória é marcada por uma autonomia privada e uma liberdade de decisão que vai diminuindo à medida que os envolvidos vão criando a confiança de que o contrato será celebrado. No Direito Administrativo, essa fase negociatória dos contratos equivaleria ao procedimento de escolha do adjudicatário: escolher-se-á o candidato que apresente o melhor preço, ou a melhor técnica, ou a melhor técnica e preço, etc. Ocorre que a Administração Pública, diferentemente do direito privado, não goza de ampla margem de discricionariedade (liberdade de decisão) para escolher um candidato C, em vez de B ou A. Há as regras de um edital para cumprir. No entanto, submetidas as propostas, à medida que os candidatos vão superando as etapas, vai criando a confiança de que um deles será o escolhido para a adjudicação do contrato.

A boa-fé rege as relações pré-negociais no direito privado e, igualmente, deve reger as relações entre Administradores e particulares a fim de limitar a atuação do ente público

e impedir a tomada de decisões arbitrárias. Ressalte-se ainda que em ambos deverá ser analisada a boa-fé em sua vertente objetiva e não subjetiva.

Na relação entre particulares, nem toda a ruptura é ilícita. Só assim será quando se criar uma confiança e ela for injustificadamente quebrada. Nas relações públicas não funciona assim. Quando a Administração resolve instaurar um procedimento de concurso público, é porque necessita. Não se inicia uma contratação pública simplesmente porque se quer... Dessa forma, se, iniciado o certame para a contratação, o Estado injustificadamente decide não contratar, ainda que não tenha se formado uma confiança entre os envolvidos, a Administração já incorreu em fato ilícito pré-contratual.

Pensemos: um Município decide começar um concurso público para contratar uma empresa que preste serviço de limpeza pública. Aberta a concorrência, os interessados apresentam as suas propostas. Antes mesmo de as analisar, o Município decide que não tem verba pública para contratar e cancela o concurso. Note-se que nem sequer se criou uma confiança entre as partes que apenas apresentaram as suas propostas. Em contrapartida, essas empresas já sofreram prejuízos, porque tiveram gastos para a elaboração dessas propostas, com técnicos, advogados etc. Diante disto, pergunto: não haveria responsabilidade pré-contratual do Município? Entendo que sim.

Nessa linha, concordo com Maria João Estorninho<sup>371</sup>, quando destaca que, em tempos de crise, a justificativa da dificuldade financeira e do interesse público não podem ser utilizados a fim de blindar o Estado e possibilitar a sua desistência de contratar quando quiser, porque seria muito cruel para com os interessados. Destarte, cabe sim ao ente público indenizar os lesados pelas despesas que tiveram com a realização das propostas, o que configura uma responsabilidade pré-contratual.

Diferentemente ocorre se um particular *A* tiver negociando com outro *B*, que a todo o momento deixa claro que além de negociar com *A*, está negociando com *C*. Entretanto *A*, ainda assim, envida esforços e realiza gastos na tentativa de celebração do contrato. Sucede que *B* decide convencionar com *C*. A meu ver, *A* não tem direito de ser indenizado pelas despesas tidas, porque ele estava ciente que *B* também estava negociando com *C*, de modo que não pode se dizer que houve quebra da confiança.

No direito privado, a regra é que a responsabilidade pré-contratual seja subjetiva, sendo admitida apenas a modalidade objetiva por determinação legal, v.g. responsabilidade

---

<sup>371</sup> ESTORNINHO, Maria João, *op. cit.*, pp. 41-42.

civil pré-contratual por fato de outrem, o que é inadmissível quando o agente do dano é um ente público.

O Direito Civil adotou uma noção subjetivista de responsabilidade a fim de limitar o quadro dos agentes causadores de danos e, por conseguinte, limitar a própria responsabilidade. Sucede que, no âmbito do exercício da atividade administrativa pré-contratual, é irrelevante se o dano é imputável à atuação de um agente ou ao funcionamento anormal do serviço, em que não é possível identificar o responsável. A reparação do dano decorre do ilícito praticado e não da ilicitude culposa, de modo que a responsabilidade pré-contratual do Estado independe da demonstração pelo lesado da conduta culposa do agente.

Os civilistas afirmam que, embora a finalidade precípua da reparação seja a reconstituição da situação que foi violada, tal reconstituição não é possível na responsabilidade pré-contratual, uma vez que implicaria uma conclusão forçada do contrato.

No âmbito da formação dos contratos públicos, entretanto, a reconstituição natural não encontra empecilho, podendo se efetivar sempre que: haja remoção dos efeitos ilegais através da prolação de uma sentença anulatória de um ato administrativo, se o candidato tiver sido ilegalmente excluído; se reformule o ato de adjudicação, atribuindo o contrato ao candidato ilegalmente preterido; o lesado seja colocado na situação em que se encontraria se não tivesse decidido participar do certame público.

Ainda no âmbito indenizatório, a maioria dos doutrinadores civilistas defendem a admissibilidade somente da indenização pelo interesse contratual negativo. Apenas uma pequena parte da doutrina entende que, quando há um dever de concluir o contrato, é admissível, excepcionalmente, a indenização pelo interesse contratual positivo.

Os administrativistas, por sua vez, também se mostram divididos. Sustentam que a previsão legal da Diretiva Recursos acerca da responsabilidade pré-contratual só possibilita a indenização pelo interesse contratual negativo. Todavia, defendem que essa interpretação legal não pode ser tão restrita. Assim, se a Administração tem o dever de contratar e o lesado (candidato ilegalmente excluído ou preterido) conseguir provar que ficaria em primeiro lugar se não fosse o fato ilícito, é possível a indenização pelo interesse contratual positivo, que também é cabível na hipótese em que a Administração se recusa a contratar ou revoga ilicitamente a decisão de contratar. A jurisprudência, no entanto, também não se

mostra pacífica. Apesar da sua evolução decisória acerca da matéria, ainda se tem mostrado resistente a aceitar a indenização pelo interesse contratual positivo.

### **3.5.2 A Responsabilidade Pré-contratual do Estado e a harmonia entre as Diretivas Recursos e a Lei n.º 67/2007**

Os contratos de direito público têm um peso significativo nas economias dos Estados-membros. Calcula-se que representem mais de 16% do PIB da União. Estes contratos desempenham um papel fundamental em determinados setores, como a construção e as obras públicas, a energia, as telecomunicações e a indústria pesada<sup>372</sup>.

Diante da relevância da matéria, o Direito da UE decidiu estipular algumas disposições a serem cumpridas pelos Estados-membros, não apenas no que diz respeito a regras relacionadas com a livre concorrência, mas também no que tange à responsabilidade em que incorrem os Estados-membros na formulação desses contratos, assegurando o respeito pelos princípios da transparência, da igualdade de tratamento, da verdadeira concorrência e da eficiência, e reduzindo, deste modo, o risco de fraude e de corrupção.

Consoante já analisámos, houve uma altura em que o direito interno estipulava preceitos acerca da responsabilidade do Estado no âmbito do procedimento de formação dos contratos públicos que iam de encontro ao estipulado pelo direito comunitário.

Determinava o Direito da UE que, para haver indenização por perdas e danos relativos aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, o interessado apenas precisava de provar a violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito, e que teria havido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato; possibilidade esta que ficou prejudicada por essa violação. Paralelamente, havia uma legislação nacional que instituía indenização para as pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos "nos termos da presente lei", sendo que a legislação referida correspondia ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de direito

---

<sup>372</sup> Disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU\\_2.1.10.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.10.pdf)> Acesso em 09 mai 2018.

público, cujo art. 7.º, n.º 2 remetia para as disposições relativas à responsabilidade do Estado no exercício da função administrativa por fato ilícito cuja natureza jurídica é subjetiva.

Em virtude da sanção sofrida pelo Estado Português por violação do direito comunitário por incorreta transposição em matéria de responsabilidade pré-contratual, a meu ver o legislador português resolveu fazer essa alteração de qualquer maneira, com o simples objetivo de suspender a incidência da multa por descumprimento da determinação comunitária, sem se preocupar muito com as implicações que uma modificação sem um correto rigor técnico traria ao direito pátrio.

Substituir a expressão *nos termos da presente lei* por *requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário* não teve rigor legislativo algum. Uma matéria como esta, que envolve importantes singularidades e polêmicas, poderia ser tratada no capítulo correspondente “Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa” e na secção que prevê as regras acerca da “Responsabilidade por fato ilícito”. Mas penso que poderia haver um maior cuidado em definir quais seriam os requisitos da responsabilidade, qual a sua abrangência e quais as suas ressalvas. Acredito que o legislador teria agido melhor se tivesse optado por transcrever na íntegra o disposto no art. 2.º, n.º 7, da Diretiva n.º 92/13/CEE.

É interessante que o ordenamento jurídico português seja unânime em defender que a responsabilidade objetiva é a exceção e só compreenderá os casos que a própria lei estipular. Sendo assim, o dispositivo legal do RRCEE deveria deixar claro que a responsabilidade do Estado no âmbito do procedimento de formação dos contratos é uma responsabilidade que prescinde da comprovação de uma ação ou omissão culposa do titular do órgão, do agente ou do funcionário<sup>373</sup>.

Penso que uma correta compreensão do assunto se daria se a previsão legal fosse estipulada da seguinte maneira:

Artigo X.º

Responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas de direito público no âmbito do procedimento de formação dos contratos

1. É concedida indenização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no

---

<sup>373</sup> Compreendo, inclusive, que a culpa deveria ser ilidida em qualquer exercício da atividade administrativa do Estado. Porém, essa é uma discussão que cabe em outro momento.



âmbito do procedimento de formação dos contratos, se provarem que apenas teriam tido uma possibilidade real de lhes ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação.

2. Para fins do presente artigo:

a) Consideram-se ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios comunitários, 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;

b) Também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte de ilegalidades formais, salvo as formalidades não essenciais e as ilegalidades sanáveis;

c) Não é preciso demonstrar a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes;

d) A indenização compreende os danos emergentes e, quando possível, os lucros cessantes;

e) Os contratos a que se refere o n.º 1 deste artigo compreendem o rol previsto no art. 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e no Título II do Código de Contratos Públicos.

Creio que, nestes termos, a estipulação legal facilitaria a compreensão doutrinária acerca do tema, e possibilitaria uma melhor aplicação e julgamento da matéria nos Tribunais.

## CONCLUSÃO

A contratação pública é uma realidade global, principalmente na União Europeia, com a instituição de um mercado comum. Ela passou a ter relevância não só a nível nacional, mas, particularmente, a nível internacional. Contratar com o Estado é interessante, mas não é um procedimento simples. Quando uma empresa ou um particular decide participar de um procedimento como esse, sabe que é um “jogo de circunstâncias”, podendo ser ou não o escolhido. Assim, as despesas em que incorre para concorrer ao procedimento é risco seu.

Em contrapartida, os interessados esperam que o Estado desenvolva o procedimento de maneira idônea e segundo os ditames da boa-fé, devendo vencer a melhor proposta (a que apresentou melhor preço, ou melhor técnica, etc.). Assim, caso a Administração Pública realize o certame com incorreções – afasta ilegalmente o candidato, pretere a graduação do concurso –, pratique atos inquinados de vícios, desista ou se recuse a contratar após a apresentação das propostas, altere as condições da decisão de contratar após o ato de adjudicação, ela passa – nesses casos – a ter o dever de reparar os prejuízos causados.

Essas situações constituem ilícitos praticados no âmbito do procedimento de formação dos contratos públicos que resultam na responsabilidade pré-contratual do Estado. Após a exposição acerca do instituto, podemos neste momento tecer algumas conclusões acerca da matéria.

Com a devida vênia, é inequívoco o meu inconformismo com a falta de rigor legislativo no tratamento desta temática. A meu ver, a leitura do dispositivo legal não é esclarecedora quanto às regras a seguir para solucionar os casos atinentes aos danos causados no âmbito do procedimento de formação dos contratos públicos. O legislador, já tendo como parâmetro o disposto nas Diretivas Recursos, poderia ter desenvolvido uma melhor redação.

Consoante ficou demonstrado, a responsabilidade pré-contratual da Administração Pública é claramente objetiva. Do meu ponto de vista, a decisão da UE em adotar esse modelo de responsabilidade foi certa, pois entendo que nas relações constituídas entre os particulares e a Administração não se deve questionar a existência de culpa do agente, funcionário ou titular do órgão. A atividade estatal tem um risco que lhe é inerente A

partir do momento em que o Estado decide atuar nas mais diversas esferas, ele tem de suportar o ônus dessa atuação. Como salientei precedentemente, a culpa se mostra relevante para fins de ação de regresso, mas não de responsabilidade.

Retirado o foco da culpa, torna-se necessário adotar outros critérios limitadores de responsabilidade, para que não haja responsabilização indiscriminada do Estado. Nesse sentido, a atenção volta-se para a ilicitude.

Não se mostra mais adequado ao nosso sistema adotar um conceito de ilicitude que se equipare apenas à antijuridicidade. Numa estrutura que valoriza as relações intersubjetivas é necessário um *plus*. Assim, não basta a ação ou omissão violar a lei ou os princípios; é preciso que essa conduta ofenda direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos.

Só que, devido a tal concepção, começou-se a discutir quais normas seriam hábeis para gerar essa ilegalidade que ofende posições jurídicas substantivas. Infiro que tanto as normas materiais, que resultam nas ilegalidades substanciais, quanto as normas formais, que provocam as ilegalidades procedimentais, integram o conceito de ilicitude. As primeiras porque ofendem diretamente essas posições jurídicas substantivas dos particulares, e as segundas porque, embora não resultem em ofensa direta, reflexamente causam a violação dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos. Esta última situação ocorre, normalmente, no procedimento de escolha do candidato ou do concorrente.

Todavia, vimos que as formalidades não se situam todas no mesmo plano, razão pela qual compreendo que as formalidades não essenciais e as formalidades sanáveis não integram o conceito de ilicitude, exatamente por não ofenderem qualquer posição jurídica substantiva, nem diretamente nem indiretamente. Podem constituir uma questão de mera irregularidade ou um problema que se transfere para a causalidade. Falando em nexos causal, o referido elemento exerce, de igual modo, um importante papel na responsabilidade pré-contratual do Estado, por configurar uma possibilidade real.

No âmbito da responsabilidade pré-contratual do Estado, coloca-se muito a seguinte questão: e se a proposta do concorrente não fosse ilicitamente excluída, e se a Administração não tivesse desistido de contratar, e se o ato administrativo não possuísse aquela invalidade?... Contudo, em sede de responsabilidade civil, o direito da indenização não pode ficar no campo do “e se”, pois há uma exigência de uma

possibilidade real para se gerar o dever de reparação. Não seria lógico indenizar um dano sofrido pelo lesado quando a conduta praticada pelo Estado não fosse a causa daquele resultado. O percurso entre conduta e dano tem de estar intrinsecamente ligado.

No que se refere aos danos, pugno pela possibilidade de indenização tanto pelo interesse contratual negativo quanto pelo positivo, mas não simultaneamente, pois a admissibilidade de um exclui o outro. No entanto, o rol de possibilidades de indenização pelo interesse contratual positivo não é tão amplo quanto o negativo. É admissível no afastamento ilegal do candidato ou na preterição na graduação do concurso, quando o lesado prove que teria uma forte probabilidade de ficar colocado em primeiro lugar e o contratante tinha o dever de adjudicar, e em havendo recusa de contratar ou a revogação ilícita da decisão de contratar, quando a Administração se encontrava vinculada ao resultado do concurso e a um dever de conclusão do procedimento.

Ainda neste âmbito dos danos, e na tentativa de diferenciar a responsabilidade pré-contratual do Estado pelo afastamento ilegal de um candidato ou concorrente do instituto da perda de chance, cheguei à conclusão de que a responsabilidade civil pela perda de oportunidade seria um meio alternativo à responsabilidade pré-contratual.

Por fim, quanto aos contratos atingidos pela regra do art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, compreendo que eles não se limitam aos contratos previstos no art. 100.º, do CPTA, produto das Diretivas n.º 89/665/CEE e 92/13/CEE. Devem também abranger todo o rol de contratos que, embora não regulados pelo direito comunitário, estão previstos no direito interno, notadamente no CCP.

## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I – Conceito, fontes, formação*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- ALMEIDA, Mário Aroso. Artigo 9.º. In *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.
- *Teoria Geral do Direito Administrativo: O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Justiça Administrativa (Lições)*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- A responsabilidade *indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado Social*. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 140.º. N.º 3969. Julho-Agosto 2011. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 345-365.
- 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*. Ano 137. N.º 3951. Junho/Agosto 2008, pp. 360-371.
- *Lições de Direito Administrativo*. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013.
- *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- Panorama Geral do Direito da Responsabilidade “Civil” da Administração Pública em Portugal. In *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo Valladolid, 16-18 de octubre de 1997)*. Madrid: Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, pp. 39-58.
- ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Thomson Reuters, 1996.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- AYALA, Bernardo Diniz. A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa – Ac. Do STA DE 17.1.2001. P. 44 249. In

- Cadernos de Justiça Administrativa*. (2006). N.º 56. Março/Abril, pp. 18-31
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Volumes I e II. Dissertação de Doutoramento na área Jurídico-civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: [s.n.], 2012.
- *Lições de Responsabilidade Civil*. 1.ed. Cascais: Principia, 2017.
  - Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade: breves considerações. *In Revista Fides*. (2017). Volume 8. N.º 2. Julho-Dezembro, pp. 172-190. Disponível em <<http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/325/332>> Acesso em 15 junho 2018.
  - *Responsabilidade Civil Extracontratual: Novas Perspectivas em Matéria de Nexo de Causalidade*. 1. ed. Cascais: Principia, 2014.
- BARRA, Tiago Viana. *A responsabilidade civil administrativa do Estado*. Disponível em: <<https://www.oa.pt/upl/%7B915b1a77-e7cb-48fa-9b7c-3399815c19dd%7D.pdf>> Acesso em 27 abril 2018.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Dicionário de Contencioso Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006.
- Responsabilidade Civil Pré-contratual das entidades públicas. *In Contencioso Pré-contratual*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. Fevereiro de 2017, pp. 89-104. Disponível em: <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_Contencioso\\_Precontratual.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf)>. Acesso em 17 abril 2018.
  - *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas (anotado)*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
  - Regime geral da responsabilidade civil da Administração Pública. *In Cadernos de Justiça Administrativa*. (2003). N.º 40. Julho/Agosto, pp. 18-31.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II, 10. ed. e reimp. Coimbra: Almedina, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Dissertação para o exame do Curso Complementar de Ciências Político-Económicas (1970-71) da Faculdade de Direito da Universidade de

- Coimbra. Coimbra, 1971.
- e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*. Vol. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CHINÈ, Guiseppe. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi. *In Il Foro Amministrativo T.A.R. (Rivista mensile di dottrina e giurisprudenza)*. Vol. II. N.º 2. Febbraio. Milano: Guiffrè Editore, 2003, pp. 797-827.
- Comunicado de Imprensa n.º 1/14 proferido pelo TJUE, em 15 de janeiro, em Luxemburgo. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-01/cp140001pt.pdf>>. Acesso em 09 abril 2018.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.
- *Tratado de Direito Civil Português II, Direito das Obrigações III*. Coimbra: Almedina, 2010.
- COSTA, Mariana Fontes da. *Ruptura de Negociações Pré-contratuais e Cartas de Intenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2009.
- *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994.
- CORTEZ, Margarida. Responsabilidade Civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado. *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editoria, 2000.
- CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade Pré-contratual por ruptura das negociações*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CUNHA, Estêvão Nascimento da Cunha. *Ilegalidade externa do acto administrativo e responsabilidade civil da administração*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DIAMVUTU, Lino. A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais. *In Revista da Ordem dos Advogados*. (2011). Ano 71. Abril-Junho, Lisboa, pp. 517-568.
- EIRÓ, Vera. *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes: fundamento e*

*pressupostos*. Coimbra: Almedina, 2013.

- A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas. *In Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013, pp. 49-67. Disponível em <[https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil\\_ebook\\_completo\\_rev2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf)> Acesso em 01 junho 2018.

ESTORNINHO, Maria João. Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise... *In Cadernos de Justiça Administrativa*. (2011). N.º 88. Julho/Agosto, pp. 37-42.

FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e perda de uma chance em especial, na contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

- Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance. *In Contencioso Pré-contratual*. 1. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2017, pp. 69-88. Disponível em <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_Contencioso\\_Precontratual.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf)> Acesso em 01 junho 2018.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. A responsabilidade pela confiança nos 35 anos do Código Civil – Balanço e perspectivas. *In Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 – Volume III – Direito das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 285-307.

- *Direito Civil, Responsabilidade Civil: O método do caso*. Reimpressão. Almedina: Coimbra, 2010.

– *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Dissertação de Doutoramento em Ciência Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Almedina, 2007.

- *Uma 'terceira via' no direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1997.



- 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 Textos dispersos sobre direito da responsabilidade extracontratual das entidades públicas*. Lisboa: AAFDL, 2010, pp. 47-81.
- Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. *In Responsabilidade Civil do Estado Ebook*. Julho 2014. Centro de Estudos Judiciários, pp. 71-100. Disponível em <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade\\_Civil\\_Estado.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade_Civil_Estado.pdf)> Acesso em 24 maio 2018.
- 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. 2009. N.º 11, pp. 291-315.
- Topicamente – e as quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. *In Textos dispersos sobre direito da responsabilidade extracontratual das entidades públicas*. Lisboa: AAFDL, 2010, pp. 235-264.
- GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*. Coimbra: Almedina, 2004.
- GONZÁLEZ, José Alberto. *Código Civil Anotado Volume I – Parte Geral (artigos 1.º a 396.º)*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011.
- GOUVEIA, Paulo Pereira. A nova ação administrativa de contencioso pré-contratual. *In Julgar*. (2015). N.º 26. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 41 a 56. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/05/JULGAR-26-02-Paulo-P-Gouveia-Contencioso-pr%C3%A9-contratual.pdf>>. Acesso em 12 abril 2018.
- JANEIRO, Domingo Bello. La responsabilidad patrimonial de la Administración. *In Estudos de Direito do Consumidor*. N.º 6. 2004. Coimbra: Centro de Direito do Consumidor, pp. 45-84.
- JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999.
- LEITÃO, Alexandra. *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2002.

- Ilícitude e presunção de culpa na responsabilidade pelo exercício da função administrativa. *In Novos temas de responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*. Disponível em <[https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil\\_ebook\\_completo\\_rev2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf)> Acesso em 21 maio 2018, pp. 9-22.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. Volume I. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- LEONG, Hong Cheng. *Da Imputação Objetiva na Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado decorrente no exercício da função administrativa: Algumas questões atinentes à delimitação em geral da esfera da responsabilidade da Administração*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito na área de especialização em ciências jurídico-políticas. Coimbra: [s.n.], 2017.
- LIUZZO, Ermanno. *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*. Milano: Guiffrè Editore, 1995.
- MACHETE, Pedro. A Responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da prova. *In Cadernos de Justiça Administrativa*. (2008). N.º 69. Maio/Junho, p. 30-40.
- MARTINS, António Carvalho. *Responsabilidade Pré-contratual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MAXIMO, Daniel. *Responsabilidade Civil Pré-contratual*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56401/responsabilidade-civil-pre-contratual>>. Acesso em 26 março 2018.
- 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*. (2008). N.º 5. Maio/Agosto. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 99-120.
- MEDEIROS, Rui. Artigo 10.º. *In Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 276-293.
- *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Dissertação de mestrado em ciências jurídico políticas. Coimbra: Almedina, 1992.

- MESQUITA, Maria José Rangel de. Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente. *In Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública (coordenação de Fausto de Quadros)*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 39-134.
- *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MONCADA, Luís Cabral de. Boa fé e tutela da confiança no Direito Administrativo. *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 573 a 611.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. O direito de impugnação judicial de actos administrativos na Constituição de 1976 e na jurisprudência do Tribunal Constitucional. *In Jurisprudência Constitucional*. (2005). N.º 6. Abril-Junho, pp. 49-89.
- Princípios da Contratação Pública. *In Revista de contratos públicos*. (2016). N.º 11, pp. 25-68.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Culpa in contrahendo*. *In Cadernos de Justiça Administrativa*. (2003). N.º 42. Novembro/Dezembro, pp. 5-14.
- *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Almedina, 1989.
- NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares do. A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato. *In Estudos em Homenagem a Inocêncio Galvão Telles – Volume IV*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 179-260.
- NEVES, A. Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- 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, pp. 147-168.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; e AMORIM, J. Pacheco. *Código do Procedimento Administrativo: comentado*. 2. ed. 8. reimpressão.

- Coimbra: Almedina, 2010.
- ; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa: das fontes às garantias*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos. *In Cadernos de Justiça Administrativa*. (2016). N.º 115. Janeiro-Fevereiro, pp. 16-26.
- Os princípios gerais da contratação pública. *In Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 51-113.
- Parecer n.º 138/79, de 20 de Dezembro de 1979. *In Boletim do Ministério da Justiça*. N.º 298 de julho de 1980.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*. Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento XIV). Coimbra, pp. 143-250.
- *Cessão da Posição Contratual*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Reimpressão. Almedina: Coimbra, 2003.
- *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- Responsabilidade por violação de regras de concurso para a celebração de um contrato (em especial o cálculo da indemnização). *In Estudos de Contratação Pública – II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 273-295.
- PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- RAIMUNDO, Miguel Assis. Artigo 1º – Âmbito de aplicação. *In O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência (coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão)*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Responsabilidade Pré-contratual – Breves anotações sobre a natureza e o regime. *In Boletim da Faculdade de Direito Studia Iuridica* 96 Ad

- Honorem* – 4. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 746-767.
- RUBIO, Maria Paz García. *La responsabilidad precontractual en el derecho español*. Madrid: Tecnos, 1991.
- SÁNCHEZ, Pedro Fernández. Ressarcimento de lesão por interesse contratual positivo ou negativo e por perda de chance nos procedimentos de contratação pública. *In Contencioso Pré-contratual*. 1. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2017, pp. 109-123. Disponível em <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_Contencioso\\_Precontractual.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontractual.pdf)> Acesso em 30 maio 2018.
- SBURLATI, Ludovico. La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione per recesso dalle trattative tra diritti soggettivi e interessi legittimi. *In Responsabilità Civile e Previdenza (Rivista Bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione)*. Vol. LIX. N.º 3. Maggio-Giugno. Milano: Guiffrè Editore, 1994, pp. 438-442.
- SIMONATI, Anna. Responsabilità precontrattuale e risarcimento del danno da attività provvedimentale dell'amministrazione: lo stato dell'arte alla luce di una recente sentenza del TRGA di Trento. *In Il Foro Amministrativo T.A.R. (Rivista mensile di dottrina e giurisprudenza)*. Vol. II. N.º 2. Febbraio. Milano: Guiffrè Editore, 2003, pp. 444-462.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Culpa do devedor ou do agente*. Separata do Boletim do Ministério da Justiça n.º 48. Lisboa, 1957.
- Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual. *In Boletim do Ministério da Justiça*. N.º 85. Abril/1959.
- SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas. Coimbra: Almedina, 2006.
- SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral – Tomo III*. 1. ed. reimpressão. Lisboa: Dom Quixote, 2008.
- TEIXEIRA, Guilherme da Fonseca. Da eficácia não invalidante dos atos administrativos anuláveis: entrave à afirmação de uma responsabilidade civil extracontratual da administração por atos administrativos ilegais. *In Revista Eletrónica de Direito Público*. Vol. 4. N.º 2. Novembro 2017, pp. 172-195. Disponível em

<<http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v4n2/v4n2a09.pdf>> Acesso em 18 maio 2018.

- TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7. ed. rev. Atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- TERRINHA, Luís Heleno. O outro do Direito Público alemão: fluxos europeizantes, direito subjectivo público e direitos individuais juseuropeus. *In O Direito*. (2014). Ano 146.º. N.º 3. Coimbra: Almedina, pp. 621-716.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral Vol. I*. 10. ed., rev., atual. Coimbra: Almedina, 2014.
- VAZ, Manuel Afonso. *A responsabilidade civil do Estado: Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*. Porto: Universidade Católica Lusitana, 1995.
- e BOTELHO, Catarina Santos. Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. *In Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 29-52.
- e MARTINS, Patrícia Fragoso. Artigo 7.º, n.º 2. *In Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 181-216.
- VICENTE, Dário Moura. Culpa na formação dos contratos. *In Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 – Volume III – Direito das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 265-268.
- VIEIRA, José Alberto. *Negócio Jurídico – Anotação ao Regime do Código Civil (artigos 271.º a 295.º)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

As presentes referências jurisprudenciais foram consultadas em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Supremo Tribunal Administrativo (STA)

- Ac. 31.05.2001, P. 046919
- Ac. 18.06.2003, P. 01188/02
- Ac. 29.09.2004, P. 01936/03
- Ac. 03.03.2005, P. 041794A
- Ac. 29.11.2005, P. 41321-A
- Ac. 04.04.2006, P. 077B/02
- Ac. 26.09.2007, P. 0569/06
- Ac. 05.12.2007, P. 0653/07
- Ac. 12/02/2009, P. 01068/08
- Ac. 30.09.2009, P. 634/09
- Ac. 07.10.2009, P. 823/08
- Ac. 18.10.2011, P. 0322/11
- Ac. 20.06.2013, P. 01360/12
- Ac. 29.10.2015, P. 0413/14
- Ac. 07.06.2016, P. 01005/13

Supremo Tribunal de Justiça (STJ):

- Ac. 22.01.2009, P. 08B3301
- Ac. 14.07.2009, P. 370/09.5YFLSB

Tribunais Administrativos e Fiscais de Coimbra (TAF Coimbra)

- Ac. 26.09.2013, P. 00011/11.0BECBR
- Ac. 11.10.2013, P. 01119/08.5BECBR

Tribunais Administrativos e Fiscais do Porto (TAF do Porto):

- Ac. 11.02.2010, P. 01312/07.8BEPRT

Tribunal Central Administrativo do Norte (TCA Norte):

- Ac. 04.11.2011, P. 00213/06.1BELLE
- Ac. 18.12.2015, P. 01262/08.0BEPRT

Tribunal Central Administrativo do Sul (TCA Sul):

- Ac. 08.09.2011, P. 6762/10
- Ac. 28.06.2012, P. 06934/10
- Ac. 02.04.2014, P. 08197/11

Tribunal da Relação de Évora (TRE):

- Ac. 22.06.2004, P. 509/2004

Tribunal da Relação de Lisboa (TRL):

- Ac. 19.06.2012, P. 4765/10

Tribunal da Relação do Porto (TRP):

- Ac. 10.09.2012, P. 275/09.0