

**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Processo nº 11616/22.4T8LSB.L1-7**

**Relator:** LUÍS FILIPE BRITES LAMEIRAS

**Sessão:** 13 Janeiro 2026

**Número:** RL

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** APELAÇÃO

**Decisão:** PARCIALMENTE PROCEDENTE

**CONCURSO PÚBLICO**

**CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL**

**DIREITO DE ACÇÃO**

**ABUSO DE DIREITO**

**CULPA IN AGENDO**

**CONDENAÇÃO ILÍQUIDA**

## **Sumário**

I – O direito de acção, de implantação constitucional (artigo 20º, nº 1, da Constituição Portuguesa) e contemplado na lei ordinária (artigo 2º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos; artigo 2º do Código de Processo Civil), não é absoluto e carece de uma legitimação consistente na putativa vantagem para a situação jurídica de quem o acciona ou, pelo menos, que se sustente em alguma norma habilitante de tutela que o conceda.

II – Age em abuso do direito de acção aquele que o acciona em desvio notório e ostensivo do expectável (artigo 334º do Código Civil); age com culpa in agendo aquele que o acciona à margem da legitimação que, sequer, lho permita reconhecer.

III – O concorrente de um concurso público que suscita contencioso pré-contratual, sem qualquer perceptível vantagem para a sua situação jurídica, por sempre ficar esta indiferente e alheia a qualquer sucesso, mesmo que obtido nesse contencioso, actua com culpa in agendo.

IV – O regime da condenação ilíquida só deve operar quando seja expectável a obtenção ainda de elementos probatórios, de que antes se não pôde dispor e capazes de contribuir para a configuração do prejuízo real (artigo 609º, nº 2, do Código de Processo Civil); devendo fixar-se a indemnização segundo juízos

de equidade se for razoável supor que essa averiguação já não é passível de poder ser actuada (artigo 566º, nº 3, do Código Civil).

## **Texto Integral**

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

### I - Relatório

#### (I). A instância da acção.

1. *H--- Lda.* suscitou contra *B--- Lda.* uma acção declarativa a pedir a condenação da ré a pagar-lhe 1.053.442,88 €, juros e outra quantia ainda (ilíquida), a liquidar (6.5.2022).

É a seguinte, em súmula, a sua argumentação.

Foi concorrente, com a ré, em concurso público para disponibilização de meios aéreos de combate a incêndios florestais; foram-lhe adjudicados os lotes com os nºs 4 e 5. Celebrou os contratos em 14.5.2019; que entrariam em vigor no dia 7.6.2019.

A ré, em 14.5.2019, propôs acção administrativa de contencioso pré-contratual para invalidar as adjudicações; com eficácia suspensiva. A autora deduziu incidente de levantamento deste efeito, com decisão favorável, em 3.7.2019.

Na acção administrativa, a aí autora alegou falsas declarações de *H---* no documento europeu de contratação pública (DEUCP), sem concretizar a consequência; e, sobre o lote 4, o não averbamento no certificado de operador (COTA) das aeronaves disponíveis, envolvendo caducidade da adjudicação.

Ora, quanto ao lote 4, o tribunal administrativo de círculo decidiu que os factos alegados eram insusceptíveis de fundamentar o sucesso do pedido de invalidade da adjudicação; e que a caducidade não era a ilação imediata da circunstância apontada. E julgou improcedente a pretensão. Decisão que foi confirmada pelo tribunal central.

A ali autora procedeu de forma grosseira no âmbito de acção urgente e dotada de efeito suspensivo automático; desvirtuou meio processual, sem qualquer sustentação ou hipótese de procedência; e como modo de prejudicar de forma gratuita a *H---*.

Quanto ao lote 5, tendo a *B---* sido ordenada na 4ª posição, o tribunal de círculo, logo no despacho saneador, considerou não ter interesse em agir. E absolveu a instância. Decisão igualmente confirmada pelo tribunal central.

O efeito suspensivo *ope legis* da acção trouxe perdas à *H---*.

As aeronaves apenas foram recepcionadas em 4.7.2019, com 28 dias de atraso; a empresa deixou de ser remunerada, quanto ao lote 4, em 658.542,08

€, e, quanto ao lote 5, em 394.900,80 €; sem contar as outras horas de voo que as aeronaves fariam.

Ao ter proposto a acção contenciosa pré-contratual, a *B*--- é responsável pelo atraso na execução dos contratos e pelos lucros cessantes da *H*---. A inadequação da acção foi reconhecida pelas decisões que conheceu. O seu sucesso não era capaz de atribuir à sua autora qualquer benefício. A sua interposição constituiu abuso de direito e acto ilícito. E faz operar os pressupostos da responsabilidade civil.

## 2. Contestou a ré; a pedir a improcedência da acção (9.9.2022).

É o seguinte, em síntese, o ponto de vista que defende.

O desfecho que teve a acção administrativa não basta à procedência da pretensão da autora; e nem nela a (agora) ré foi censurada. O entendimento diferente sufragado, e o decaimento, não tornam o exercício do direito de acção em abusivo.

Além disso, ao dano indemnizável estão associadas as despesas de operação, e os custos, que a autora teria (e deixou) de suportar; que têm de ser descontados; e que a autora omite. Acresce que as aeronaves não estavam, à data do início dos contratos, já prontas a ser recepcionadas e disponibilizadas; na véspera do levantamento do efeito suspensivo eram ainda objecto de procedimentos de verificações.

A pendência do efeito suspensivo « escondeu » a incapacidade da autora.

Não há dano indemnizável prévio à disponibilização das aeronaves.

Mesmo a integração no COTA era condição para a recepção; e esta nem sempre preenchida para as várias aeronaves. Como, ainda, operando penalizações à autora.

Em suma; a ré recorreu a um instrumento processual para fazer valer direitos que entendia lhe assistirem. Pretende-se agora apreciar factos e condutas de uma acção já extinta; onde a ré não foi censurada como litigante de má-fé. E o que ali alegou era verdadeiro; prosseguindo os pedidos um interesse sério. O exercício do direito de acção comportou-se em moldes adequados.

## 3. A autora ainda respondeu (13.12.2022).

Os custos operacionais, de muito difícil apuramento, são excludentes.

A recepção das aeronaves era impossível antes da cessação da suspensão.

O exercício do direito de acção, com suspensão, foi desajustado.

Não há caso julgado no confronto com a acção administrativa.

Operou o abuso de direito.

#### 4. A instância declaratória progreduiu.

O tribunal *a quo* proferiu um despacho a arredar caso julgado (27.2.2023).

Houve audiência final, com prova pessoal (23.4.2024; 29.5.2024; 7.7.2024).

#### 5. O tribunal *a quo* proferiu *sentença final* (19.3.2025).

Julgou assim.

Em (1.º); que não houve « abuso de direito de acção ».

Em (2.º); que a autora não facultou dados capazes de permitirem moldar a quebra patrimonial virtualmente indemnizável.

Em síntese; que a acção é « totalmente improcedente ».

#### (II). A instância da apelação.

##### 1. A autora, inconformada, interpôs recurso da decisão.

Organizou assim as *conclusões* da sua alegação.

1. O pedido indemnizatório corresponde ao somatório dos montantes que a Recorrente deixou de auferir em virtude da suspensão dos contratos relativos aos lotes 4 e 5 do procedimento de contratação através de concurso público n.º G---.

2. O processo de impugnação dos actos de adjudicação de cada um destes contratos correu junto dos tribunais administrativos, sendo que o mesmo processo tratava da impugnação de três lotes, dois quais a Recorrente era adjudicatária de apenas dois, os referidos lotes 4 e 5.

3. Nesse mesmo processo administrativo a Recorrida deduziu um pedido de indemnização sobre o total dos rendimentos que deixou de auferir em virtude da suspensão dos contratos, sendo que, para cada um dos contratos alegou causas de pedir distintas, pese embora, aplicando o mesmo instituto jurídico, leia-se o de abuso de direito na modalidade de *culpa in agenda*.

4. Assim, a ora Recorrida deduziu pedidos e causas de pedir distintas, e perfeitamente autónomos entre si, tanto que, podia o Douto Tribunal Administrativo que apreciou os autos, manifestado o entendimento de que apenas um deles seria anulável, a título de exemplo.

5. Os pedidos de anulação, pese embora no mesmo processo, comportavam autonomia jurídica e factica, não possuindo qualquer relação de dependência, constando apenas do mesmo processo por questões de mera conveniência

processual.

6. Nesta senda, a ora Recorrente apresentou de forma perfeitamente autonomizada a causa de pedir na qual sustenta a responsabilidade da Recorrida através da aplicação do instituto da culpa *in agenda*, resultando o montante indemnizatório do somatório dos prejuízos contabilizados em cada um dos contratos suspensos, os quais, por sua vez correspondem a diferentes lotes.

7. Porém, o Douto Tribunal *a quo* entendeu apreciar o comportamento processual da Recorrida em sede de processo de impugnação de contencioso pré-contratual em termos genéricos, tomando como irrelevante todos os factos concretos da causa de pedir dos presentes autos, e, bem assim, a causa de pedir deduzida com relação a cada um dos lotes e a ausência de interesse da Recorrida na impugnação do lote 5.

8. A Recorrente não submeteu à apreciação do Douto Tribunal a apreciação geral da actuação da Recorrida, pelo contrário, a causa de pedir foi fundada em factos concretos relativos a cada um dos lotes.

9. O Douto Tribunal *a quo* entendeu, até, que o comportamento processual da Recorrida, para efeitos de verificação da existência de *culpa in agenda* deveria referir-se ao lote 6, para o qual a Recorrente não possui legitimidade seja a que título for.

10. E que, de resto, não integra sequer a causa de pedir da Recorrente, pelo que o Douto Tribunal jamais poderia apreciar qualquer factualidade quanto a esta matéria.

11. Assim, não só o Douto Tribunal *a quo* não se pronunciou sobre o que lhe foi pedido como, ainda, considerou no seu juízo um conjunto de actos e factos que não foram alegados nem constituem objecto do processo.

12. Havendo uma relação poligonal entre a Recorrida, na qualidade de impugnante, a entidade adjudicante e a contra-interessada, com relação a cada lote, não pode a ora Recorrente substituir-se à contra-interessada lesada pela impugnação do lote 6 e peticionar o que quer que seja por carecer de legitimidade processual para tal.

13. Nesta medida, o Douto Tribunal *a quo* proferiu uma decisão fora da moldura factual apresentada pela Recorrente, escolhendo enveredar por uma via de apreciação de colisão de direitos de forma abstracta, efectuando um juízo acerca da “força” dos argumentos apresentados pela Recorrida, o que de resto jamais foi pedido ao Douto Tribunal *a quo*.

14. Note-se que, estando em causa uma situação de abuso de direito, enquanto causa da responsabilidade da Recorrida, é dever do Tribunal analisar em concreto os factos e circunstâncias do caso, porquanto a figura do abuso de direito aplica-se exactamente a situações que do ponto de vista

forma não se encontram em conflito.

15. Sendo o abuso de direito uma excepção material ao exercício formal de um direito cujas consequências práticas são rejeitadas pela ordem jurídica, não pode o Douto Tribunal, chamado a apreciar tal situação, esgotar o seu juízo com uma análise perfunctória genérica e abstracta.

16. A Recorrente fundou o seu pedido de indemnização, relativo ao lote 4, na falta de alegação de pressupostos necessários à aplicação da figura das falsas declarações e, com relação ao lote 5, na falta de pressuposto processual de interesse em agir por total ausência de benefício direito na esfera da Recorrida na impugnação.

17. Sobre estas circunstância não foi efectuado qualquer juízo jurídico, em detrimento da apreciação genérica do direito de acesso aos tribunais.

18. A questão colocada ao Douto Tribunal *a quo* foi saber se naquelas circunstâncias concretas a, tendo por base os factos constantes da causa de pedir, poderia existir responsabilidade da Recorrida à luz dos artigos 334.<sup>º</sup> e n.<sup>º</sup> 1 do artigo 483.<sup>º</sup>, ambos do CC.

19. Por esta razão, a sentença em crise padece de nulidade, em virtude de omissão de pronúncia, nos termos da alínea d) do n.<sup>º</sup> 1 do artigo 615.<sup>º</sup> do CPC.

20. Conforme decorre das conclusões anteriores, o Douto Tribunal *a quo* pronunciou-se em termos distintos e para lá daquele que foi o conjunto de factos elencados na petição inicial apresentada pela Recorrente.

21. Tal circunstância, por si só configura uma decisão surpresa, uma vez que a decisão versou sobre uma realidade distinta e paralela que determinou um raciocínio jurídico distinto àquele que foi solicitado ao Douto Tribunal.

22. Isto porque não versou sobre os factos alegados na petição inicial nem sobre o teor da defesa apresentada em sede de contestação, a qual, de resto, se reporta à factualidade alegada pela Recorrente.

23. Tendo a Recorrente formulado o seu pedido e causa de pedir em factos concretos relativamente à impugnação de cada um dos lotes não podia o Douto Tribunal fundar a sua decisão em termos absolutamente distintos, e com consequências a nível de apreciação da ilicitude e censurabilidade dos actos praticados pela Recorrida à revelia das partes.

24. Enquanto as partes discutiam a valoração do comportamento processual da Recorrida relativamente a cada um dos lotes o Douto Tribunal *a quo* veio, inovatoriamente, e sem notificar as partes, colocar o centro da discussão na apreciação global do comportamento processual da Recorrida, fazendo, inclusive, apelo à apreciação do lote 6, sobre o qual a Recorrente não possuía qualquer legitimidade para se pronunciar.

25. O que está em causa nos presentes autos é um quadro valorativo e factual

da aplicação da figura do abuso de direito distinto ao alegado pela Recorrente na sua petição inicial e distinto daquele que foi objecto de defesa por parte da Recorrida na sua contestação, configurando uma circunstância com a qual as partes não podiam contar, pois no silogismo jurídico efectuado pelo Douto Tribunal *a quo*, e vertido em sede de sentença, são utilizados factos que não são os quais as partes discutiram nos seus articulados.

26. O objecto dos autos nunca foi a apreciação de “maior” ou “menor” força” dos argumentos suscitados pela Recorrida na acção de contencioso pré-contratual, antes a inexistência objectiva de alegação de factos essenciais a ser possível obter sucesso na sua acção, bem como a inexistência de benefício jurídico na esfera da Recorrida, na qualidade de impugnante, quando coloca em causa a validade do acto de adjudicação relativo ao lote 4, causando, assim, somente prejuízos à ora Recorrente.

27. A Recorrente colocou a questão de forma objectiva e não meramente subjectiva sobre o que pode ser a maior ou menor razão que cada parte pode ter num pleito em que o litígio se desenvolve dentro dos limites da boa-fé e da normal litigância entre as partes.

28. [ *A Recorrente colocou a questão de forma objectiva e não meramente subjectiva sobre o que pode ser a maior ou menor razão que cada parte pode ter num pleito em que o litígio se desenvolve dentro dos limites da boa-fé e da normal litigância entre as partes.* ]

29. Não se trata de punir a parte que saiu vencida do pleito, trata-se sim, de responsabilizar uma parte que coloca uma acção que causa prejuízo a terceiros sem cumprir requisitos mínimos de procedibilidade, independentemente da maior ou menor bondade dos seus argumentos.

30. Jamais poderia ser antevisto pelas partes que o Douto Tribunal desconsiderasse toda a matéria de facto que constitui a sua causa de pedir e optasse por constituir, *ex officio*, uma causa de pedir baseada em factos genéricos e abstractos, por oposição aos concretamente alegados pela Recorrente na sua petição inicial, tudo sem que as partes se pudessem pronunciar quanto a essa matéria.

31. Motivo pelo qual a sentença, é nula nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC, em virtude de, através de excesso de pronúncia ter proferido uma decisão surpresa.

32. Com relação à matéria de facto, o Douto Tribunal *a quo* não considerou prova produzida em sede de julgamento sobre os custos de preparação da operação que foram efectivamente realizados pela Recorrente sem com isso poder obter qualquer contrapartida financeira durante o período de suspensão dos contratos.

33. Ainda que o Douto Tribunal *a quo* entenda que os danos sempre se cifrariam na diferença entre os custos necessários à execução e a remuneração contratual da mesma, isto é, a margem de lucro do contrato, não foi considerada a prova testemunhal produzida em sede de audiência final sobre gastos com reserva de aeronaves, pagamento de rendas das mesmas, contratação de pilotos e treino dos mesmos.

34. Sobre esta matéria versaram os depoimentos das testemunhas J --- e D ---, respectivamente responsável pela elaboração de propostas, do ponto de vista da rentabilidade financeira e responsável pela parte operacional da Recorrente.

35. Tendo ainda a testemunha J---, responsável da sociedade que locou as aeronaves necessárias à execução do contrato pela Recorrente referido que existe escassez de aeronaves no mercado.

36. O que, comprova a necessidade imperiosa de efectuar uma reserva das mesmas através do pagamento de um valor para assegurar a sua disponibilidade no momento em que se deveria iniciar a execução contratual.

37. Assim, perante a prova produzida pelas testemunhas J ---, D --- e --- deve dar-se como provado o seguinte facto:

“A Autora incorreu em custos fixos com a preparação da operação perante terceiros, nomeadamente, a título de reserva das aeronaves, renda de locação de aeronaves, pagamento a pilotos para executar a operação e treino dos mesmos em momento prévio ao de início de vigência do contrato suspenso”.

38. Resultou ainda demonstrado à saciedade pela prova junto ao processo e pelo depoimento de L---, que a Recorrida tinha perfeita consciência e conhecimento da sua graduação quanto ao lote 5, no qual ficou graduada em 4.<sup>º</sup> lugar.

39. Pois tal, resulta da não impugnação do artigo 75.<sup>º</sup> da petição inicial, devendo o mesmo ser admitido por acordo nos termos do n.<sup>º</sup> 2 do 574.<sup>º</sup> do CPC.

40. Sendo que é reforçado pelo teor do documento n.<sup>º</sup> 15 junto à petição inicial.

41. É relevante, para efeitos de juízo sobre a existência de abuso de direito na modalidade de *culpa in agendo*, saber se a Recorrida poderia ter alguma probabilidade de sucesso na lide, resposta essa que é negativa.

42. Face ao exposto, devem dar-se como provados os seguintes factos:

- a. “A Ré foi ordenada na 4.<sup>ª</sup> posição relativamente ao lote 5”.
- b. “A impugnação foi improcedente em virtude da verificação de falta de interesse em agir pois a ora Ré não impugnou as propostas graduadas em 2.<sup>º</sup> e 3.<sup>º</sup> lugar”.

43. Da prova produzida em sede de audiência de julgamento pela testemunha

L--- resultou ainda que a Recorrida pretendeu impugnar o acto de adjudicação relativamente ao lote 5 por entender que o mesmo não era legal, porém sem impugnar as propostas graduadas antes da sua.

44. E de que a Recorrida tinha consciência e conhecimento de que ao propor a acção iria provocar a suspensão do contrato.

45. Pelo que, deve ser dado como provado o seguinte facto:

“A Recorrida sabia que com a proposição da sua acção iria provocar a suspensão da execução dos contratos”.

46. Sem prejuízo do que acima se referiu, e se assim não se entender, sempre se dirá que existe erro de julgamento ao colocar a questão do exercício de direito de acesso aos tribunais num plano meramente abstracto, em detrimento da análise concreta do que no processo sucedeu.

47. A questão de fundo, de direito e princípio, suscitada nos presentes autos é a da existência de responsabilidade por danos causados a outrem por parte de quem propõe uma acção, com múltiplos pedidos que podiam configurar processos perfeitamente autónomos, que é um verdadeiro “nado-morto”.

48. Contrariamente ao que parece ser entendido pelo Douto Tribunal *a quo*, na presente lide não são tecidas considerações materiais sobre os argumentos esgrimidos pela Recorrida, apenas narra factos, reconhecidos judicialmente, que impedem a prolação de uma decisão favorável à Recorrida nessa lide.

49. Não obstante a consagração do direito de acesso aos tribunais, tal direito conhece limites nomeadamente [*limites*] a quem propõe uma acção que sabe não lhe trazer qualquer benefício e apenas prejuízos a outrem e a quem propõe uma acção n[a] qual não alega, sequer, os pressupostos do instituto do qual se pretende valer, ficando-se por alegações genéricas que jamais poderiam lograr alcançar o objectivo pretendido.

50. Deste modo, é patente a existência de uma diferença fundamental entre a perda de um processo por falta de prova ou por improcedência do argumentário suscitado e a proposição de uma acção que em si mesma, *ab initio*, está condenada ao fracasso e que causou prejuízos a outrem de forma totalmente gratuita.

51. Com relação ao lote 4 o acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul refere expressamente que a Recorrida nada alegou, e, por conseguinte, também nada demonstrou com relação à culpa da Recorrente, limitando-se à singela afirmação de que foram prestadas falsas declarações.

52. Tendo na prática sido feita, somente uma mera alegação sem qualquer sustentação.

53. Não se trata de uma interpretação jurídica que não mereceu o acolhimento do Douto Tribunal, trata-se de uma impossibilidade originária da pretensão

deduzida por omissão imputável à Recorrida.

54. Deste modo, em respeito pelo princípio do dispositivo, por muita razão que eventualmente pudesse assistir à Recorrida, o que não se concede, jamais poderia obter qualquer grau de sucesso, pois jamais poderia o Tribunal, por si, suprir a total ausência de alegação de um pressuposto do instituto do qual a Recorrida se pretendeu fazer valer.

55. A propositura de uma acção judicial não pode ser levianamente considerada como um conjunto de alegações e imputações a outrem sem qualquer suporte fundamentador e cumprimento de requisitos das figuras jurídicas a aplicar.

56. Importa sublinhar que não está em causa ineficiência de prova, está efectivamente a imputação de alegações que, por si só, provocaram prejuízos a outrem sem qualquer tipo de responsabilização por parte de quem praticou o acto lesivo.

57. Concatenando o conteúdo da PI apresentada pela ora Recorrida e os normativos do qual esta se pretendeu fazer valer logo se conclui pela impossibilidade de procedência da acção nesses termos, o que de resto veio, apenas e só ser constatado pelos Tribunais da jurisdição administrativa, ou seja, estes não vieram constituir um novo facto, ou a manifestar um entendimento jurídico diverso do pugnado pela Recorrida, apenas a reconhecer a impossibilidade originária de procedência do seu pedido.

58. Esta impossibilidade não podia ser desconhecida da Recorrida, e ainda que fosse, não podia ser tolerada pelo Direito e, portanto, sempre seria censurável.

59. Pois uma litigância nestes termos não se inscreve dentro do exercício do normal, adequado e desejado do direito de acesso aos Tribunais, ao Direito e à Justiça.

60. Face ao exposto, resulta evidente que não se trata de uma mera divergência de posições jurídicas, antes de uma verdadeira impossibilidade de procedência do pedido relativo ao lote 4 em virtude da impossibilidade legal do Tribunal se fazer substituir à parte na alegação de facto e direito de que esta se pretende fazer valer.

61. Razão pela qual, não pode a decisão manter-se quanto à ausência de abuso de direito relativamente ao lote 4.

62. Relativamente ao lote 5, no qual a Recorrida ficou graduada em 4.º lugar, veio esta propor uma acção com vista à anulação do acto de adjudicação sem pretender impugnar a proposta das segundas e terceiras classificadas, ou seja, propôs a acção apenas com vista a prejudicar a Recorrente sem que nenhum benefício lhe adviesse de tal circunstância.

63. Uma vez mais, não está em causa qualquer divergência de entendimento jurídico, está em causa um comportamento que tem como único propósito a

prejudicar outrem, nada tem que ver com a reivindicação de um direito ou defesa do mesmo, apenas e só com a criação de um dano a outrem.

64. A Recorrida sabia que nenhuma vantagem ou benefício directo e imediato lhe adviria do sucesso na acção, em virtude da violação das regras de legitimidade previstas na lei processual, tal como sabia que a aferição de tal pressuposto processual apenas teria lugar após os efeitos suspensivos da proposição da sua acção, daí resultando um dano causado culposamente à Recorrente.

65. Da mesma forma que sabia que ao não ser adjudicada a proposta graduada em 1.º lugar, sempre seria a que se encontrava graduada em 2.º lugar e assim sucessivamente.

66. Sendo certo que, na hipótese deste Douto Tribunal da Relação de Lisboa considerar tratar-se de erro de julgamento sempre se alega, desde já, que a análise genérica da questão suscitada nos presentes autos viola o princípio do dispositivo o qual determina o ónus às partes de conformarem a instância alegando os factos que integram a sua causa de pedir e vinculam tematicamente o Tribunal na apreciação dos mesmos nos termos apresentados pelas partes.

67. Esta análise formalista não atende ao conteúdo das decisões relativas a cada um dos lotes, da mesma forma que não atende à total ausência de pressupostos processuais essenciais e necessários à procedência dos pedidos deduzidos, pois, fossem quais fossem, do ponto de vista material os argumentos jurídicos utilizados, jamais poderiam obter provimento em virtude de, quanto ao lote 4, não serem sequer alegados os factos que configuram os pressupostos do instituto e, quanto ao lote 5, a Recorrida pura e simplesmente carecia de legitimidade por ausência de interesse e benefício directo na causa, ou seja, qualquer argumentação por esta expendida seria irrelevante.

68. A Recorrente defende, crê que à semelhança da maioria da jurisprudência e doutrina, que o exercício de qualquer direito possui limites e que não pode pura e simplesmente ser admitido pelo ordenamento o exercício de um direito que prejudica outrem sem que tal exercício respeite os parâmetros mínimos em matéria processual que permitem sua eventual procedibilidade.

69. Pugnar pelo entendimento da sentença em crise é convidar qualquer concorrente a impugnar actos de adjudicação de contratos públicos independentemente de qualquer ponderação prévia, a qual, antecede a proposição de qualquer acção judicial seja ela qual for.

70. A culpa *in agenda* é o instituto que atende precisamente a este tipo de situações e que não carece de qualquer consagração legal expressa, o instituto legal que permite obstar a que sejam propostas acções com vantagens mínimas para uma das partes (ou até inexistentes) e danos máximos para a

outra parte, o instituto que atende à primazia da materialidade subjacente para expor uma situação embora formalmente possa parecer encontrar-se a coberto de um[.] direito é, na verdade, um comportamento abusivo e censurável pela ordem jurídica.

71. Nestes termos se requer, desde já a revogação da sentença em crise e a sua substituição por outra decisão que analise com a detença a fundamentação de facto e de direito apresentada pela Recorrente, em concreto com relação à possibilidade de procedibilidade dos pedidos de anulação do acto de adjudicação dos lotes 4 e 5.

72. O Douto Tribunal *a quo* incorreu igualmente em erro de julgamento ao analisar conjuntamente os dois lotes em vez de proceder à análise nos termos pedidos pela Recorrente na sua petição inicial e de acordo com os factos aí vertidos.

73. Isto porque o que está em causa são duas realidades jurídicas verdadeiramente distintas e autónomas entre si que, apenas foram cumuladas no mesmo processo por vontade da Recorrida, mas não tinham de o ser por força da lei.

74. Com efeito, não se trata de uma mera cumulação de pedidos, trata-se de uma verdadeira situação de cumulação de objectos processuais que, do ponto de vista lógico e jurídico, são perfeitamente autónomos.

75. O abuso de direito é um instituto que visa, precisamente, acudir a situações de exercício desproporcional de um direito sancionando esse mesmo exercício através da não admissão dos efeitos jurídicos do mesmo, o que não se compadece com uma análise que não considere em concreto o exercício do direito alegadamente exercido de forma desproporcional e ilícita.

76. Pela própria natureza do instituto do abuso de direito, a análise levada a cabo pelo julgador deve ser concreta, pois, amiúde (senão sempre) são as circunstâncias, concretas de exercício do direito que permitam a qualificação de tal exercício como abusivo, isto porque, no plano abstracto e formal, existindo um direito e encontrando-se o mesmo a ser exercido nenhuma questão se suscita.

77. Esta apreciação não se compadece com uma análise global como se tratasse de uma média dos comportamentos da Recorrida.

78. Com relação aos danos, o Douto Tribunal *a quo*, salvo o devido respeito, não considerou os danos com a preparação da operação, conforme acima se referiu.

79. Sendo certo que, com a matéria provada consagrada na sentença em crise o Tribunal *a quo* poderia proferir uma decisão de condenação genérica nos

termos do n.º 2 do artigo 609.º do CPC.

80. Efectivamente, atendendo à fundamentação apresentada sobre os danos, em concreto a referência à teoria da diferença ainda que se entenda que o montante de danos verificados não corresponde ao peticionado, de acordo com a referida teoria, a mesma sempre será aplicável a cada uma das aeronaves que integra cada um dos lotes de acordo com a data de inserção da mesma no COTA e o dia do levantamento do efeito suspensivo, pois, tal significa que, não fosse pela proposição da acção a Recorrente estaria a ser remunerada, pelo menos, através do preço de disponibilidade operacional das aeronaves.

81. Pese embora o Douto Tribunal *a quo* possa entender que será de aplicar a teoria da diferença, jamais poderia absolver a Recorrida por ausência de elementos para fixar o valor indemnizatório.

82. Sendo certo que, conforme já se referiu, resulta dos autos prova relativamente à verificação de danos, ou seja, de investimento que não obtiveram qualquer retorno conforme o planeamento financeiro da Recorrente e, portanto, tais danos poderiam ser averiguados em sede de liquidação de sentença.

83. Assim, a sentença em crise erra ao afirmar que a Recorrente não logrou fazer prova dos danos e erra ao manifestar o entendimento segundo o qual ainda que não tenha sido feita prova, a acção deveria resultar na absolvição da Recorrida apenas e só por essa razão, ao invés de aplicar o disposto no nº 2 do artigo 609.º do CPC.

## 2. A ré respondeu.

Não organizou conclusões; mas, em síntese, defendeu (1.) a não verificação das nulidades, (2.) a irrelevância da inclusão dos (novos) factos, (3.) a justeza do uso do seu direito de acção, e, em qualquer dos casos, (4.) a insuficiência na demonstração do dano.

## 3. Delimitação do objecto do recurso.

3.1. À partida, são as questões (todas) desfavoráveis ao recorrente, que a decisão contemple, que circunscrevem o âmbito objectivo (*os temas decidendos*) do recurso (artigo 635º, nº 3, do Código de Processo Civil).

Não obstante, se as conclusões do recorrente desenharem outros contornos *mais restritos*, sinalizando os particulares assuntos visados, passam a ser *estes* os temas do recurso (artigo 635º, nº 4, do Código de Processo Civil).

3.2. No caso concreto, e tomando por referência a sentença de que se recorre, são muito sumariamente estas as *questões* que a alegação da apelante

contempla:

1.ª; o vício formal de nulidades (omissão de pronúncia; decisão-surpresa; excesso de pronúncia);

2.ª; o aditamento de novos factos (quatro) ao elenco dos provados;

3.ª; a concretização da culpa *in agenda* na conduta da empresa apelada;

4.ª; o apuramento do prejuízo gerado na esfera da empresa apelante.

## II – Fundamentos

### 1. A matéria de facto organizada pelo tribunal *a quo*.

Na sentença, consta assim enunciada a *fundamentação de facto*:

« 3.1.1. Factos admitidos por acordo ou resultantes de documentos autênticos  
a. A autora é uma sociedade comercial cujo objecto consiste no transporte e trabalho aéreo, instrução de pilotagem e navegação aérea, comercialização de aeronaves, sua manutenção e assistência técnica, comercialização de bens e tecnologias militares e ainda gestão de imóveis próprios (*certidão permanente junta como documento n.º 1 da p.i.*).

b. No dia 04.03.2019, a autora apresentou proposta para os Lotes 1, 2 ,3, 4, 5, 8 e 9, no âmbito do Concurso Público n.º CP, n.º G---, promovido pelo Estado Maior da Força Aérea (FAP), em representação do Estado Português (*documento n.º 2 da p.i.*).

c. Autora e ré participaram no concurso público n.º 5---, cujo objecto consistia na “Aquisição De Serviços De Disponibilização e Locação Dos Meios Aéreos que Constituem o Dispositivo Aéreo Complementar do DECIR de 2019 a 2022”.

d. O DECIR é a Directiva Operacional Nacional n.º 2, que resultou da Resolução do Conselho de Ministros n.º 157-A/2017, de 21 de outro, a qual visou, essencialmente, estabelecer uma reforma no sistema de prevenção e combate aos incêndios, de modo a reforçar a segurança das populações.

e. Consta do ponto 7, alínea b) do DECIR (página 15<sup>a</sup>) que; “1. *O DECIR organiza-se e funciona de forma permanente, sendo reforçado (...) em função dos níveis de probabilidade de ocorrência de incêndios rurais e do estado de alerta do SIOPS activado - estado normal (monitorização) ou estado de alerta especial (EAE).*

*Definem-se os seguintes níveis:*

2.

<i>NÍVEL DE EMPENHAMENTO OPERACIONAL</i>	<i>PERÍODO</i>
<i>PERMANENTE - NÍVEL I</i>	<i>De 01 janeiro a 14 maio</i>
<i>REFORÇADO - NÍVEL II</i>	<i>De 15 maio a 31 maio</i>
<i>REFORÇADO - NÍVEL III</i>	<i>De 01 junho a 30 junho</i>
<i>REFORÇADO - NÍVEL IV</i>	<i>De 01 julho a 30 setembro</i>
<i>REFORÇADO - NÍVEL III</i>	<i>De 01 outubro a 15 outubro</i>
<i>REFORÇADO - NÍVEL II</i>	<i>De 16 outubro a 31 outubro</i>
<i>PERMANENTE - NÍVEL I</i>	<i>De 01 novembro a 31 dezembro</i>

.”

- f. A ré também participou no referido Concurso Público, tendo apresentando proposta para os Lotes 4, 5, 6 e 8.
- g. A proposta da ré, relativamente ao Lote 4, ficou classificada atrás da proposta da Autora (*relatório final do concurso - documento n.º 2 da p.i.*).
- h. O Lote 4 era composto por 8 Helicópteros Médios A.
- i. Relativamente ao Lote 5, a ré ficou em 4.º e último lugar.
- j. O Lote 5 era composto por 4 helicópteros Médios B.
- k. A autora ficou classificada em 1.º lugar no concurso relativo aos referidos Lotes 4 e 5.
- l. Os contratos relativos aos Lotes 4 e 5 foram adjudicados à Autora (*documento n.º 4 da p.i.*).
- m. No dia 14 de Maio de 2019 a autora celebrou, com o Estado Português, os contratos relativos aos Lotes 4 e 5 do Concurso Público n.º CP, n.º G--- (*documentos n.ºs 5 e 6 da p.i.*).
- n. O n.º 1 da cláusula 5.ª de ambos os contratos tem a seguinte redacção: *“Nos termos previstos no n.º 4 do artigo 45º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na sua versão actual, o CONTRATO entra em vigor após a notificação ao ADJUDICATÁRIO da concessão do visto prévio pelo Tribunal de Contas, e termina em 2022, na data fixada no n.º 3 para o termo do PERÍODO OPERACIONAL ANUAL.”*.
- o. A alínea a) do n.º 2 da cláusula 5.ª do contrato relativo ao lote 4 e o n.º 3 da cláusula 5ª do contrato relativo ao lote 5 têm a seguinte redacção: *“O PERÍODO OPERACIONAL ANUAL corresponde, ao período compreendido entre dia 15 de Maio a 31 de Outubro, de cada um dos anos entre 2019 e 2022”*.
- p. A cláusula 7ª de ambos os contratos tem a seguinte redacção: *“1. O início de cada PERÍODO OPERACIONAL ANUAL depende do*

*procedimento de recepção previsto na presente Cláusula.*

*2. Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a recepção das AERONAVES tem lugar em local e data a determinar pela ENTIDADE ADJUDICANTE em território continental português.*

*3. Considera-se recepcionada uma aeronave pela ENTIDADE ADJUDICANTE, quando sejam reunidas as seguintes condições cumulativas:*

*a) Entrega pelo ADJUDICATÁRIO de cópia das apólices de seguro, e condições particulares respectivas, nos termos da Cláusula 20<sup>a</sup>;*

*b) Entrega pelo ADJUDICATÁRIO do COTA ou autorização equivalente emitida pela ANAC, quando aplicável;*

*c) Entrega pelo ADJUDICATÁRIO de cópia da declaração válida de voo 'firefighting' de cada piloto, emitida pela ANAC, quando aplicável;*

*d) Entrega pelo ADJUDICATÁRIO de cópia das partes do manual de operações de voo relativas à operação 'firefighting', devidamente aprovada pela ANAC;*

*e) Entrega de lista com a identificação dos pilotos que são afectos pelo ADJUDICATÁRIO à OPERAÇÃO das AERONAVES durante a execução do CONTRATO devidamente identificados, com referência específica ao tipo de licença de voo e qualificações tipo;*

*f) Entrega do certificado de aeronavegabilidade e do certificado de avaliação de aeronavegabilidade respeitante a cada AERONAVE ou documentos equivalentes emitidos pela autoridade aeronáutica competente;*

*g) Entrega da licença estação de cada AERONAVE ou documento equivalente emitido pela autoridade aeronáutica competente;*

*h) Verificação pela ENTIDADE ADJUDICANTE, mediante inspecção física da AERONAVE e documental, relativa o cumprimento integral dos requisitos técnicos e operacionais elencados no Anexo A.*

*4. A recepção prevista na presente Cláusula ocorre todos os anos antes do início de cada PERÍODO OPERACIONAL ANUAL previsto no n.º 3 da Cláusula 5<sup>a</sup>.*

*5. Após concluída a recepção, a ENTIDADE ADJUDICANTE autoriza o posicionamento inicial anual de cada AERONAVE de acordo com o disposto no Anexo B.”.*

*q. A alínea a) do n.º 1 da cláusula 9.<sup>º</sup> de ambos os contratos tem a seguinte redacção:*

*“1. Sem prejuízo de outras obrigações previstas na legislação e regulamentação aplicáveis e no CADERNO DE ENCARGOS e respectivos anexos, constituem obrigações principais do ADJUDICATÁRIO as seguintes:*

*a) Garantir a DISPONIBILIDADE OPERACIONAL para a prestação dos serviços definidos na Cláusula 1<sup>a</sup> e de acordo com o LOTE constante na Cláusula 24<sup>a</sup>; (...).”.*

r. A alínea b) do n.º 1 da cláusula 24.º do contrato respeitante ao Lote 4 tem a seguinte redacção:

*“O preço do custo da DISPONIBILIDADE OPERACIONAL diária por AERONAVE de 2.939,92€ (...), acrescido de imposto sobre o valor acrescentado à taxa legal em vigor, perfazendo um total de 3.616,10€ (...).”*

s. A alínea b) do n.º 1 da cláusula 24.º do contrato respeitante ao Lote 5 tem a seguinte redacção:

*“O preço do custo da DISPONIBILIDADE OPERACIONAL diária por AERONAVE de 3.525,90€ (...), acrescido de imposto sobre o valor acrescentado à taxa legal em vigor, perfazendo um total de 4.336,86€ (...).”*

t. A cláusula 30<sup>a</sup> de ambos os contratos tem a seguinte redacção:

*“1. Sem prejuízo do poder de resolução do CONTRATO, e salvo quando autorizada nos termos da Cláusula 13<sup>a</sup>, por cada hora de INDISPONIBILIDADE de cada AERONAVE implica o pagamento pelo ADJUDICATÁRIO de uma penalidade de valor correspondente a 1/12 do preço diário da DISPONIBILIDADE OPERACIONAL por AERONAVE resultante da PROPOSTA do ADJUDICATÁRIO, por cada hora de INDISPONIBILIDADE.*

*2. A penalidade prevista no número anterior aplica-se igualmente à fracção de horas de INDISPONIBILIDADE, na respectiva proporção.*

*3. Para efeitos de aplicação da penalidade prevista nos termos dos números anteriores, considera-se ainda na situação de INDISPONIBILIDADE, todas as aeronaves que à data de início do PERÍODO OPERACIONAL ANUAL não tenham sido recepcionadas pela ENTIDADE ADJUDICANTE por razões imputáveis ao ADJUDICATÁRIO.*

*4. Sem prejuízo do poder de resolução do CONTRATO, pelo incumprimento das obrigações do ADJUDICATÁRIO previstas no CONTRATO, designadamente na Cláusula 9<sup>a</sup>, a ENTIDADE ADJUDICANTE pode aplicar a penalidade por INDISPONIBILIDADE prevista no n.º 1, por cada dia de atraso no cumprimento, sempre que a mesma se revele adequada e oportuna em função da duração da infracção, da sua reiteração, do grau de culpa do ADJUDICATÁRIO e das consequências do incumprimento.*

*5. A aplicação de penalidades nos termos da presente Cláusula não prejudica qualquer direito de indemnização, legal ou contratualmente fixado”.*

u. O visto do Tribunal de Contas, para ambos os contratos, foi concedido no dia 06.06.2019.

v. A “---, Lda.” intentou acção administrativa urgente de contencioso pré-contratual no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, que correu termos como processo n.º 8---, contra o Estado Português, sendo contra-interessadas a H--- - Aviação, Lda., a H---, S.A., a AIR C--- e a U---, agrupamento entre Sky ---, S.A. e R--.

w. Por decisão de 3 de Julho de 2019 do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa foram apreciados os pedidos de levantamento do efeito automático de suspensão determinado pelo disposto no artigo 103º-A/I/CPTA formulados pelo réu Ministério da Defesa Nacional e pela contra-interessada “H--- – Aviação, Lda.”, tendo sido decidido determinar “*o imediato levantamento suspensivo do art.º 103º-A/I/CPTA, com o consequente prosseguimento do procedimento concursal*”.

x. Em 24 de Janeiro de 2020 foi proferido despacho saneador do qual consta, entre o mais, o seguinte:

“(...)

Em suma, e atento o supra exposto, o alegado pela A. na p.i., e a prova supra elencada, é de concluir que a A. limitou-se a invocar questões atinentes ao mérito da causa (razões e factos legitimadores da nulidade ou anulação dos atos procedimentais), mas nada disse ou alegou quanto a lesão efetiva para ancorar o interesse em agir e necessidade de tutela, o que decorre de não colocar em crise as propostas – todas – que lhe antecedem no ato de graduação final das propostas concorrentes para de modo objetivo validamente fundamentar a necessidade de tutela objetiva e não meramente abstrata, o que em nada se confunde com as questões atinentes ao mérito da causa, pois ainda, estamos no domínio dos pressupostos processuais.

(...)

Em face da prova produzida e atentos os pedidos formulados, julga-se como fundamentada a arguida inutilidade superveniente da lide, já que estando o contrato celebrado e esgotado pela verificação do seu termo, e por executado, os pedidos formulados ainda que a A. obtivesse ganho de causa nada adiantavam à sua esfera jurídica, já que qualquer alteração da graduação das propostas, ou admissão da A. ao concurso quanto ao lote 6, não teria como consequência nenhum facto concreto e objetivo modificativo da esfera jurídica da A., por o objeto do contrato em causa mostrar-se esgotado.

(...)

Decisão:

Assim, e com fundamento no supra exposto, decide-se julgar como:

- a) Procedente, por fundamentada e provada, a exceção dilatória de ilegitimidade ativa, por falta de interesse em agir da A., o que determina a absolvição da instância da Ré, do pedido atinente ao lote 5 (...)
- b) Procedente a inutilidade superveniente da lide quanto aos pedidos formulados quanto ao lote 6, e com fundamento na mesma decretar a extinção da instância (...).”

y. Tendo a “B---, Lda. interposto recurso do despacho saneador, veio o Tribunal Central Administrativo Sul a apreciá-lo, por acórdão de 17 de Dezembro de

2020, no qual se julgou improcedente o recurso na parte respeitante ao decidido sob a alínea a) do despacho saneador, e procedente na parte respeitante ao decidido sob a alínea b), determinando a baixa dos autos ao TAC de Lisboa, tendo em vista o seu prosseguimento nessa instância nos termos supra expostos.

z. No dia 10 de Maio de 2021 foi proferido despacho dispensando a audiência prévia no processo n.º 8--- e proferida sentença, julgando totalmente improcedente a pretensão da autora, decisão de cuja fundamentação consta, entre o mais, o seguinte:

“Fundamentação de Direito

Lote 4

- Da exclusão da proposta da Contra-Interessada H---, nos termos do disposto no Artigo 146º, n.º 2, alínea m) do CCP, pelo facto de no DEUCP ter declarado que não dependeria de terceiros para executar o contrato, assim como, que não teria de se socorrer de qualquer subcontratação.

(...)

No entanto, é preciso ter em mente que, não se pode afirmar que ocorre a existência imediata de prestação de falsas declarações, só pelo facto das declarações proferidas por uma pessoa não corresponderem, eventualmente, à verdade.

Não se questiona que uma declaração é falsa quando não corresponde à realidade histórica. Porém, para que haja a prestação de falsas declarações, que relevam como causa de exclusão á luz da alínea m), do n.º 2 do Artigo 146º do CCP, é, desde logo, necessário, por um lado, que o declarante tenha a consciência de que ao proferir certa declaração, está voluntariamente faltar à verdade, e, por outro lado, de que o está a fazer com o único intuito de obter uma vantagem ilegítima no procedimento, através dessa informação - (...) O que não sucede no presente caso; sendo certo que, a Autora não alega minimamente que a Contra-Interessada tenha deliberadamente prestado falsas declarações do DEUCP, com o único propósito de obter uma vantagem ilegítima no procedimento.

(...)

Assim sendo, improcede a alegação da autora quanto a esta questão.

\*

- Da Caducidade da Adjudicação, com fundamento no facto de a Contra-Interessada ter apresentado, como documento de habilitação, um COTA no qual não se encontram averbadas as aeronaves a disponibilizar à Entidade Adjudicante

(...)

Segundo a Autora, essa omissão equivale à falta do documento e, como tal,

conduz à caducidade da adjudicação.

(...)

Questão distinta, é se as aeronaves têm de estar averbadas no COTA entregue à entidade adjudicante, na fase de habilitação. E dada a natureza desta fase, e o propósito os documentos são entregues, a resposta parece apontar no sentido afirmativo; isto é, de que no momento de apresentação do COTA em sede de habilitação, este deveria já contemplar as aeronaves que iriam integrar a execução do contrato.

(...)

No entanto essa omissão, ao contrário do que alega a Autora não conduziria, desde logo, à caducidade da adjudicação.

(...)

Dito de outro modo, a omissão que a Autora aponta ao COTA apresentado pela Contra-Interessada H--- na fase de habilitação, não comportaria por si só, e de forma automática, a caducidade da adjudicação, tal como alega e pretende a Autora; pelo que, nessa medida, a sua alegação é improcedente.

(...)

## Lote 6

### - Da Exclusão da Proposta da Autora ao Lote 6

(...)

#### VI - Dispositivo

Assim sendo, e nos termos dos fundamentos de facto e direito supra expostos, julga-se a presente Ação de Contencioso Pré-Contratual totalmente improcedente e, consequentemente absolve-se a Entidade Demandada dos pedidos.”.

aa. A “B---, Lda.” interpôs recurso da decisão proferida em primeira instância no processo n.º 8---, tendo a Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul, por acórdão de 31 de Março de 2022, transitado em julgado, negado provimento ao recurso, mantendo a sentença recorrida (certidão junta em 22.12.2022), acórdão do qual consta, entre o mais, o seguinte:

“B---, Lda, melhor identificado nos autos, instaurou acção administrativa de contencioso pré-contratual contra o Ministério da Defesa Nacional - Força Aérea Portuguesa, igualmente melhor identificado nos autos, formulando os seguintes pedidos:

- a) Notificação da FAP para apresentação dos despachos de adjudicação e respectiva fundamentação, que nunca foram inseridos na plataforma electrónica, dela constando apenas mensagens de adjudicação;
- b) Declaração de nulidade ou, subsidiariamente, anulação dos actos de adjudicação e dos contratos relativos aos Lotes 4 e 5 que tenham sido,

entretanto, outorgados – ainda que, na presente data (13.05.2019) nada conste na plataforma nesse sentido;

c) Declaração de caducidade da adjudicação relativa ao Lote 6;

d) Subsidiariamente, declaração de nulidade ou de anulação do acto de adjudicação e do subsequente contrato que venha a ser celebrado relativo ao Lote 6;

e) Declaração de nulidade ou de anulação do acto de exclusão da ora Autora relativamente ao Lote 6.

Indicou como contra-interessadas a H--- - Aviação, Lda., a H--- S.A., a AIR ---. e a U---, agrupamento entre Sky --- S.A. e R---., todas com os demais sinais nos autos.

\*

Por sentença datada de 10/05/2021, o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa julgou a acção totalmente improcedente e, em consequência, absolveu a Entidade Demandada do pedido.

(...)

De Direito:

A Autora, ora Recorrente, propôs contra o Ministério da Defesa Nacional - Força Aérea, acção de contencioso pré-contratual, na qual impugnou os actos de adjudicação (e subsequentes contratos que venham a ser celebrados) de três lotes - concretamente, os lotes 4, 5 e 6 - do concurso internacional n.º 967/2019 para “Aquisição de Serviços de disponibilização e locação dos meios aéreos que constituem o dispositivo aéreo complementar do DECIR de 2019 a 2022” e ainda o acto de exclusão da Autora relativamente ao lote 6.

Em relação ao acto de adjudicação do lote 5, o Tribunal a quo, por despacho saneador de 24.01.2020, julgou procedente a excepção dilatória de falta de interesse em agir da Autora, o que foi confirmado por acórdão deste Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 17.12.2020.

No que se refere aos actos impugnados concernentes ao lote 6 (acto de exclusão da Autora e acto de adjudicação), decidiu o Tribunal a quo, no aludido despacho saneador, pela extinção da instância por inutilidade superveniente da lide. Decisão que foi revogada pelo supra referido acórdão do TCAS, que determinou “a baixa dos autos ao TAC de Lisboa, tendo em vista o seu prosseguimento nessa instância nos termos supra expostos.”

Após a baixa dos autos e o seu prosseguimento, o TAC de Lisboa conheceu dos pedidos formulados relativamente aos lotes 4 e 6 e concluiu pela sua integral improcedência.

\*

Assente que a sentença recorrida não é nula, importa agora apreciar os erros de julgamento de direito que lhe são imputados.

Começaremos pelo Lote 4.

Afirma a Recorrente que a sentença em crise violou os princípios da imparcialidade, da igualdade e não discriminação e da concorrência ao decidir no sentido da improcedência da verificação de impedimento, nos termos e para os efeitos do artigo 55º do CCP, decorrente de prestação de falsas declarações por parte do Concorrente H--- (o que, nos termos e para os efeitos do artigo 57º, nº 4 alínea h) constituía motivo de exclusão da proposta); bem como ao decidir pela improcedência da caducidade da adjudicação, com fundamento na não entrega do COTA enquanto documento de habilitação. No que se refere à alegada prestação de falsas declarações por parte do Concorrente H---, decidiu a sentença recorrida o seguinte:

(...)

Vejamos.

Em síntese, a sentença recorrida decidiu-se pela não exclusão da proposta da H---, por não se encontrarem preenchidos os pressupostos do artigo 146º, nº 2 alínea m) do CPP, designadamente a alegação e prova da culpa.

Louvou-se, para tanto, em acórdão deste TCAS, de 16.01.2018, proferido no proc. nº 552/17 - disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), assim como os demais arrestos citados infra -

(...)

Nos termos do artigo 146º, nº 2 alínea m) do CPP, é causa de exclusão da proposta que esta seja constituída “por documentos falsos ou nas quais os concorrentes prestem culposamente falsas declarações”.

Não resta dúvida, em face da letra da lei, que se exige, enquanto causa de exclusão, não só a prestação de falsas declarações como ainda que essa prestação seja culposa.

Independentemente do que se possa entender por uma prestação culposa de falsas declarações, sempre será de exigir que o declarante tenha conhecimento dos factos ou circunstâncias inexatamente declaradas ou omitidas, isto é, que se aperceba do verdadeiro alcance e relevância dessas declarações inexatas.

A decisão recorrida é para manter, desde logo, porque a factualidade apurada - que não vem impugnada - não permite concluir que a concorrente H--- tenha prestado falsas declarações, isto é, que, no momento em que foram prestadas, as declarações não correspondiam à realidade histórica.

Acresce que, como bem afirma a sentença recorrida, a Autora, ora Recorrente, nada alega e, como tal, nada demonstra no que se refere à culpa da declarante, limitando-se à singela afirmação de que foram prestadas falsas declarações.

(...)

A este respeito, fundando-se as imputações de falsas declarações essencialmente na ideia de que a concorrente H--- teria que subcontratar terceiros a fim de cumprir com as obrigações resultantes do contrato por não dispor de meio próprios, assinalou o Júri do Procedimento que a Entidade Adjudicante não formulara no programa de procedimento qualquer requisito relativo à propriedade dos meios aéreos a disponibilizar, com isso querendo atestar o carácter inócuo das declarações em crise. E, de facto, o critério de selecção fixado no Programa do Concurso não inclui qualquer factor relacionado com a propriedade dos meios aéreos a disponibilizar no âmbito dos contratos a celebrar e não estabelece quaisquer requisitos mínimos de capacidade técnica exigíveis aos concorrentes.

(...)

Destarte, em consonância com o exposto, não se permite atestar um comportamento culposo da H--- aquando do preenchimento do DEUCP. Ainda sobre o lote 4, argumenta a Recorrente que os mesmos princípios da imparcialidade, da igualdade e não discriminação e da concorrência foram violados, ao decidir a sentença recorrida pela improcedência da caducidade da adjudicação, com fundamento na não entrega do COTA, enquanto documento de habilitação.

A este respeito, foi este o juízo da sentença recorrida:

(...)

Como é bom de ver, o erro de julgamento agora invocado entronca quer com a nulidade decisória quer o erro de julgamento já apreciados.

No que de distinto se invoca, continua a não assistir à razão à Recorrente.

A sentença recorrida concordou com a Autora quando a mesma alegou que o COTA - documento emitido pelo INAC, I.P. [agora ANAC], que atesta a capacidade técnica do operador para o exercício dessa actividade (cfr al. c) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 44/2013) -, apresentado em fase de habilitação, teria que contemplar as aeronaves a afectar à prestação de serviços objecto do contrato a celebrar. Donde, a Contra-interessada H---, em sede de adjudicação, deveria ter apresentado um COTA nessas condições, o que não fez.

A sentença divergiu da tese da Autora no que se refere à consequência a retirar dessa omissão. Defende a Autora, ora Recorrente, que a não entrega do documento nos termos legalmente exigidos conduziria, de imediato, à caducidade da adjudicação. Decidiu o Tribunal a quo que, confrontada a Entidade Adjudicante com uma situação em que o COTA apresentado não contemplava a as aeronaves a operar na prestação dos serviços contratados, deveria fazer uso dos mecanismos previstos nos artigos 86.º n's 2 e 3 do CCP; isto é, teria de notificar o adjudicatário para se pronunciar quanto a essa

omissão e, caso concluísse, em face da justificação apresentada, que essa omissão não seria de imputar ao adjudicatário, então, ainda teria de lhe conceder um prazo para a suprir.

E assim é. Ao contrário do que defende a Autora, a omissão detectada no documento (COTA) apresentado pela H--- na fase de habilitação, não comporta, por si só e de forma automática, a caducidade da adjudicação. A caducidade de uma adjudicação não opera automaticamente perante a ausência de apresentação dos documentos de habilitação, tendo de resultar de uma decisão da entidade adjudicante no sentido da imputabilidade das suas causas ao adjudicatário, tomada após prévia audiência deste - neste sentido, entre muitos outros, vejam-se os acórdãos

(...)

O Programa do Concurso identificou como documento de habilitação, na alínea d) do n.º 1 do artigo 12.º, o “*Certificado de Operador de Trabalho Aéreo (COTA) ou documento equivalente, emitido por Autoridade Nacional competente do país onde o concorrente se encontre sediado e validado*”.

Considerando quer o disposto no artigo 86º do CCP, que regula a não apresentação dos documentos de habilitação, quer o disposto no artigo 13º do Programa do Concurso, não podia a Entidade Adjudicante, como pretende a Autora/Recorrente, declarar de imediato a caducidade da adjudicação ao verificar que o documento, entregue na fase de habilitação, não estava conforme.

Antes, tinha a Entidade Adjudicante o dever de notificar a Adjudicatária para, num prazo não superior a 5 dias, se pronunciar por escrito, ao abrigo do seu direito de audiência prévia. E, se concluir que o facto não é imputável ao adjudicatário, deve conceder-lhe um prazo adicional para a apresentação do documento em falta.

Impõe-se, pois, à Entidade Demandada o dever de indagar e apreciar a actuação do adjudicatário, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. Em face do que precede, não procede a censura apontada à decisão em crise.

\*

No que ao Lote 6 se refere,

(...)

Não obstante o Tribunal a quo não tenha sido claro na sua fundamentação, fazendo uso quer do termo “legitimidade” quer do termo “prejudicado”, certo é que, a final, absolveu a Entidade Demandada do pedido, o que nos remete para a prejudicialidade do conhecimento, nos termos do art. 608º, nº2 do CPC. A Recorrente não se insurge contra o enquadramento jurídico efectuado pela sentença recorrida, neste tocante. O que a Recorrente defende é que, apesar de excluída do concurso, deve continua a poder impugnar o acto de

adjudicação e o tribunal tem o dever de apreciar a sua impugnação. Ora, que assim não era já o decidira o TCAS, em acórdão de 17.12.2020, com o qual a Autora, ora Recorrente se conformou. Nestes termos, improcedem as conclusões formuladas pela Recorrente nos pontos 9 a 14.

\*

#### IV - DECISÃO

Pelo exposto, acordam os Juízes deste Tribunal Central Administrativo Sul, em negar provimento ao recurso, mantendo a sentença recorrida.”

\*

##### 3.1.3 Factos provados

Ficou provado que:

1. Manter uma aeronave em prontidão acarreta custos respeitantes à própria aeronave (sua manutenção, consumíveis, seguro, eventual aluguer), e aos pilotos e mecânicos (salário e outras componentes remuneratórias).
2. A Autora integrou no seu COTA as aeronaves integrantes do Lote 4 nas datas seguintes:

EC-MZE 31.05.2019

SE-JUG 03.06.2019

EC - KEB 03.06.2019

D - HAFL 12.06.2019

EC - MZD 12.06.2019

EC - MGH 14.06.2019

EC - MYN 26.06.2019

D - HBWP 05.07.2019

3. A Autora integrou no seu COTA as aeronaves integrantes do Lote 5 nas datas seguintes:

EC-IXV 31.05.2019

EC - MYP 31.05.2019

EC - MAR 12.06.2019

EC - MGI 14.06.2019

\*

##### 3.1.4. Factos não provados

Não se provou:

- a. Que a ré tenha proposto a acção de contencioso pré-contratual com o n.<sup>o</sup>

8--- com o objectivo ou intenção de causar danos à autora e ao Estado Português.

b. Que apenas após a prolação da decisão de levantamento do efeito suspensivo pôde a autora começar a preparação das aeronaves com vista à sua recepção pelo Estado Português. »

## 2. O mérito jurídico do recurso de apelação interposto.

### 2.1. As nulidades da sentença.

#### 2.1.1. A apelante atribui à sentença o vício da omissão de pronúncia.

Em essência, porque autonomizou causas de pedir, e pedidos, ora referente à inconveniente impugnação do lote 4, ora referente à impugnação do lote 5; autonomia que a decisão ignorou, procedendo a uma apreciação geral da actuação da apelada.

O vício da omissão de pronúncia, contemplado na 1.<sup>a</sup> parte da alínea d), do artigo 615º, do Código de Processo Civil, constitui a sanção para a preterição da regra do artigo 608º, nº 2, 1.<sup>a</sup> parte, do código, quando aqui se diz que o tribunal deve resolver todas as questões que as partes submetam à sua apreciação.

Como é jurisprudência (*mais do que*) pacífica as « questões » aí visadas são as que inserem o (ou os) pedido(s) e a(s) causa(s) de pedir, que se possam encontrar, na óptica do autor, e, na óptica do réu, a (ou as) excepção(ões) por ele convocadas e a(s) respectiva(s) causa(s) constitutiva(s).

Não se confundido esses assuntos ou temas, assim identificados, com as razões ou os motivos - com os argumentos - conducentes a cada uma das decisões que se profiram, acerca de cada um (de cada uma) de tais tópicos (de tais questões).

São precisamente os « tópicos decididos » as supra-referidas « questões ».

O caso da hipótese visa encontrar dois créditos indemnizatórios.

Não obstante uma única acção administrativa (*a inconsequente*), nela se invocou a impugnação de duas adjudicações, uma de um lote (o 4), outra de outro lote (o 5). E é a partir desta dissociação que a empresa, agora apelante, também dissocia as perdas.

Não cremos que a decisão recorrida tenha “posto de parte” esta decomposição, e menos ainda que o tenha feito inconscientemente, por tal modo que permita poder imputar-lhe o vício de forma da lacuna de julgamento.

A decisão assumiu a apreciação genérica, que a apelante critica, dizendo assim:

« Acresce que não podemos analisar a actuação da autora parcelarmente, pedido a pedido, fundamento a fundamento, dividindo a acção na parte respeitante ao lote 4 e na parte respeitante ao lote 5, antes importando atentar na acção proposta na sua globalidade, e abrangendo também o lote 6 »

E desenvolvendo, a seguir, esse raciocínio.

Ou seja, o modo de abordagem ajustado para as (embora) desagregadas causas de pedir não justificava, na óptica da decisão, uma observação separada; mas única; para todas aquelas valendo o mesmo argumentário. Que, em síntese, sempre era conducente ao (mesmo) resultado de rejeição. Ora, se o argumentário é, ou não, fundado para cada causa de pedir (para cada um dos dois lotes), não é (já) questão de forma, mas de mérito; alheia ao vício de lacuna ou de omissão de pronúncia.

Por conseguinte; não merecendo acolhimento esta imputação.

2.1.2. A apelante também atribui à sentença o vício do excesso de pronúncia. Em essência, diz, proferiu uma decisão-surpresa, com a qual as partes não podiam contar, enveredando por delinejar oficiosamente uma causa de pedir alheia à que fôra circunscrita pela apelante e contestada pela apelada.

São, na verdade, dois os vícios aqui visados.

O 1.º. A existência de uma decisão-surpresa supõe que o juiz, não obstante a liberdade de enquadramento que o habilita (artigo 5º, nº 3, do Cód. Proc. Civ.), omite o necessário contraditório (artigo 3º, nº 3, do código), de tal maneira que confronta as partes com uma abordagem que é perfeitamente desenquadrada do expectável.

Quando assim faz, a omissão é susceptível de contaminar a validade da decisão.

O 2.º. O excesso de pronúncia, que se contempla na 2.ª parte da alínea d), do artigo 615º, nº 1, citado, constituindo sanção de preterição da regra do 2.º segmento do artigo 608º, nº 2, também referido, significa que o tribunal suplanta as questões que lhe foram postas sob análise, para se preocupar com outras que ninguém lhe trouxe.

No 1.º vício, está-se na questão convocada, mas pretere-se uma formalidade.

No 2.º, está-se fora de qualquer questão convocada, tratando o juiz de outra (s).

Na hipótese concreta, a sentença desalinhou argumentos no sentido de chegar à conclusão de que a empresa apelada, ao propor a acção administrativa, agiu ainda dentro do quadro do direito de acção que lhe assistia. Portanto licitamente.

Não se vislumbra aí uma abordagem ou julgamento surpreendente, imprevisto ou inesperado para qualquer das partes. Uma e outra puderam expor, no lugar e momento próprios, os respectivos pontos de vista. E o tribunal evidenciou o seu, olhando a acção em causa, os fundamentos invocados e as decisões aí (ou não) tomadas.

Toda a factualidade decorreu da alegação ou, ao menos, dos documentos que se disponibilizam nos autos; não se percebendo facto algum alheio a esse substrato ou capaz de configurar algum tipo de oficiosa (?) causa de pedir. Como também a análise não extravasou, no domínio da temática sinalizada para a decisão, o escrutínio acerca do abuso do direito de acção. Não podendo exigir-se do juiz que tenha de aderir, por modo formatado, à argumentação de uma das partes ou à da outra; sem poder elaborar com criatividade e inovação o seu raciocínio decisório.

Estando cingido às « questões », o tribunal não está limitado nos « argumentos ».

E, por isso, ainda aqui, o bem (ou mal) fundado das razões ou dos motivos que a decisão contém se posiciona, não em tema de forma (gerador de vício, e da putativa invalidade), mas em assunto de mérito (gerador de virtual reconfiguração).

Por conseguinte; não merecendo acolhimento qualquer das imputações feitas.

2.1.3. Em qualquer dos casos importa notar que omissão ou excesso de pronúncia houvesse, como pretende a apelante, sempre caberia ao tribunal de recurso supri-la e em substituição conhecer do objecto da apelação (artigo 665º, nº 1, do Código de Processo Civil).

## 2.2. A modificação da decisão de facto.

2.2.1. O escrutínio fáctico, mesmo em sede de recurso, não deixa de obedecer aos critérios gerais de interesse dos segmentos de vida que possam ser convocados.

Quer isto significar que o objecto da decisão de facto há-de ser apenas composto por aqueles índices que possam condicionar (moldar) a integração normativa, segundo as que sejam as várias soluções plausíveis da questão de

direito; e sejam controversos.

Apenas esses são substrato para o juízo de convicção (artigo 607º, nº 4, 2.ª parte, e nº 5, início, e artigo 663º, nº 2, final, do Código de Processo Civil). Apenas a esses o tribunal *ad quem* se há-de reportar, para os confirmar ou para os infirmar (artigo 662º, nº 1, do Cód. Proc. Civ.).

Excludentes daqui ficam os que, sendo relevantes, mas por estarem apurados por modo tabelar e legal, subtraídos à livre apreciação, hão-de sempre e irreversivelmente integrar a sentença (artigos 607º, nº 5, 2.º trecho, e 663º, nº 2, final, do código).

2.2.2. A apelante configurou a acção, em matéria de perda patrimonial, apenas no lucro cessante consistente em remunerações que deixou de auferir.

O seu raciocínio, nessa circunscrição objectiva, foi este.

A acção administrativa interposta gerou 28 dias de suspensão contratual.

No lote 4, com oito aeronaves, a remuneração virtual por dia e por aeronave era a de 2.939,92 €; portanto, uma quebra igual a 658.542,08 €.

No lote 5, com quatro aeronaves, a remuneração virtual por dia e por aeronave era a de 3.525,90 €; portanto, uma quebra igual a 394.900,80 €. Sendo essa a soma de valores que contabiliza o pedido, de 1.053.442,88 €.

No recurso, a apelante reconverteu esta abordagem.

E aditou que da prova emergiu ter suportado custos de preparação das operações sem contrapartida financeira no período da suspensão.

Por isso, pedindo que deva ser dado por provado o facto:

*«A autora incorreu em custos fixos com a preparação da operação perante terceiros, nomeadamente, a título de reserva das aeronaves, renda de locação das aeronaves, pagamento a pilotos para executar a operação e treino dos mesmos em momento prévio ao de início da vigência do contrato suspenso »*

Ao autor compete expor os factos essenciais que constituem a causa de pedir (artigos 5º, nº 1, e 552º, nº 1, alínea d), início, do Cód. Proc. Civ.).

Além desses, o tribunal apenas pode assimilar ao processo os complementares ou concretizadores que resultem da instrução e apenas após de subordinados a contraditório dos sujeitos do processo (artigo 5º, nº 2, alínea b), do código).

O facto visado pelo apelante nem foi alegado, nem foi assimilado de acordo com o mecanismo previsto para os (outros, virtuais) factos complementares (ou concretizadores).

Por outro lado; observada a configuração da causa de pedir como do

consequente pedido, aparenta-se inócua à integração normativa a aquisição - inovatória -, e já em fase de recurso, do concreto facto sinalizado. A apelante foi enxuta em apontar a dimensão das remunerações, e a quebra. Apenas isso; como sustento para robustecer os seus lucros cessantes. Factualidade potencial conexa - alegação (nova) de encargos suportados sem retorno financeiro - é, agora em recurso, inconsequente; porque a este não está concedida vocação para examinar qualquer questão nova, desenquadrada do que foi o objecto desenhado (e apreciado) junto do tribunal de 1.ª instância.

2.2.3. A apelante sugere, por haver admissão por acordo, que devem ser dados como provados os (dois) factos:

« *A ré foi ordenada na 4.ª posição relativamente ao lote 5* » e

« *A impugnação foi improcedente em virtude da verificação da falta de interesse em agir pois a ora ré não impugnou as propostas graduadas em 2.º e 3.º lugar* »

Como antes dissemos, desde que relevantes os factos e uma vez emergentes de prova plena, gera-se o duplo efeito de, por um lado, ficarem excluídos de livre convicção, e, por outro, de merecerem sempre lugar no escrutínio fáctico da decisão (artigo 607º, nos cit. nºs 4, 2.ª parte, e 5, segmento final).

É o caso.

De um lado, injustifica-se recurso em matéria de facto (reservado à prova livre).

Do outro, os (dois) sugeridos factos já se mostram (ademas) contemplados na decisão recorrida; ambos em 3.1.1. («factos admitidos por acordo ou resultantes de documentos autênticos»), em i. o primeiro, e em x. e y. o segundo.

2.2.4. Por fim, neste particular, propõe ainda a apelante o acrescento de um facto provado, com a seguinte redacção:

« *A recorrida sabia que com a proposição da sua acção iria provocar a suspensão da execução dos contratos* »

Está provada a propositura da acção (urgente) de contencioso pré-contratual (facto 3.1.1.v.). Embora se não haja provado - e sem impugnação neste particular - o objectivo ou intenção de causar danos à autora (facto 3.1.4.b.).

A interposição da acção administrativa era hábil a operar um efeito suspensivo automático do(s) acto(s) nela impugnado(s), ou da execução do(s) contrato(s) (artigo 103º-A do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

A circunstância fáctica assinalada posiciona-se ao nível do conhecimento da lei e do direito; assunto que, por princípio, é irrelevante em termos de eficácia jurídica (artigo 6º do Código Civil).

O cerne (e a controvérsia) essencial da acção de indemnização concentra-se na ilicitude do facto; e este consistente no acto de interposição.

Embora a constituição da obrigação de indemnizar, que tem fonte aquiliana, não dispense a culpa do lesante (artigos 483º e 487º do Código Civil), é seguro no caso da hipótese que não será por via da isenção do facto proposto que se gerará a exclusão do efeito jurídico visado pela apelante.

A apelada não o discute; nem discutiu.

Nem foi essa a causa da absolvição proferida pelo tribunal de 1.ª instância.

Significa, neste quadro, que a mexida na matéria de facto também aqui se revela indiferente para o que verdadeiramente importa ao julgamento de mérito.

O que já está provado, associado ao (putativo) juízo de ilicitude e à sensatez das ilações inerentes (cit. artigo 487º, nº 2; artigos 349º ou 351º do Cód. Civ.), é o que basta, a este título, para a tomada da decisão conscientiosa.

2.2.5. Em síntese; não se crê oportuno, ou necessário, a pretexto dos índices aqui propostos, alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto, e já contemplada pela sentença recorrida.

Esta, que se afigura suficiente para o escrutínio do direito.

### 2.3. A propositura da acção administrativa; o acto ilícito da apelada.

#### 2.3.1. Eis a síntese do que se prova.

(1.º). As empresas, apelante e a apelada foram concorrentes em concurso público que se desdobra em dois segmentos, o lote 4 e o lote 5.

A apelante, nos dois casos, ficou classificada em 1.º lugar.

A apelada, no lote 4, ficou atrás da apelante; e, no lote 5, ficou em 4.º lugar.

Houve adjudicação à empresa apelante.

Foram celebrados com esta os dois contratos (14.5.2019).

Com putativa (possível; virtual) execução (a partir de 6 / 7.6.2019).

Portanto, com a potencialidade de gerarem, para a esfera patrimonial da empresa apelante, rendimentos (a partir desse dia, 6 / 7.6.2019).

(2.º). A empresa apelada propôs acção de contencioso pré-contratual.

(3.º). O tribunal administrativo levantou o efeito suspensivo da acção (3.7.2019).

Em matéria de lote 5, julgou extinta a instância por falta de interesse da apelada (24.1.2020; 17.12.2020).

Em matéria de lote 4, julgou a acção improcedente (10.5.2021; 31.3.2022).

2.3.2. A empresa apelante formula, então, as seguintes ilações.

Os dois contratos (lote 4; lote 5) tinham virtual execução a partir de 6 / 7.6.2019.

A propositura da acção de contencioso suspendeu (impediu) de modo automático essa execução, a partir de 6 / 7.6.2019 e até ao dia 3.7.2019 (artigo 103º-A do Cód. Proc. Trib. Adm.); portanto, durante 28 dias.

Ao longo destes dias, a apelante suportou a perda (a quebra) dos rendimentos.

2.3.3. A questão nuclear - a que importa responder - é, pois, a seguinte.

A propositura da acção de contencioso pré-contratual, com os atributos que a envolvem, pela empresa apelada, constituiu da parte desta um acto ilegítimo capaz de fazer suportar na sua esfera jurídica o nascimento de uma obrigação de indemnizar?

2.3.4. O direito de acção, como índice da tutela jurisdicional efectiva, constitui um direito fundamental (essencial), de conteúdo constitucional; e sujeito a um regime injuntivo de onde sobressai a *excepcionalidade* do seu condicionamento (artigo 18º da Constituição da República Portuguesa) (entre mais; os Acórdãos da Relação do Porto de 24.11.2016, proc.º nº 982/14.5T8PRT.P1, ou da Relação de Lisboa de 12.7.2018, proc.º nº 672/13.6TBSCR-G.L1-1).

Diz o artigo 20º da Constituição *além do mais* que a todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Particulariza *depois*, para as relações com a administração, o seu artigo 268º, nº 4, esse mesmo direito; com garantia aos administrados, para defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, a impugnação de quaisquer actos *que os lesem* (Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume III, 2007, página 612; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, 4.ª edição revista, 2010, página 828).

A lei ordinária desenvolve estas garantias.

O artigo 2º do Cód. Proc. Trib. Adm. consagra o direito ao processo, por modo de se apreciar qualquer pretensão *regularmente* deduzida (nº 1); dando exemplos de algumas das *situações jurídicas subjectivas* (direitos; interesses protegidos) passíveis de tutela junto dos tribunais administrativos (nº 2). E o Cód. Proc. Civ., de aplicação subsidiária ao processo administrativo, procede a igual registo (artigo 2º); contemplando a pretensão *regularmente* deduzida em juízo (nº 1) e a excepcionalidade do desvio do direito de acção (nº 2).

A robustez do direito de acção não o volve, *porém*, em absoluto e indiscutível.

A lei é, ainda a este respeito, igualmente sintomática.

Numa hipótese de (aparente) desnecessidade de accionar, a confirmação de que o autor não carecia de propor a acção, ainda que com ganho, pode fazê-lo devedor de toda a responsabilidade tributária (artigo 535º, nºs 1 e 2, do Código de Processo Civil).

A envolvência *formal* do direito de acção não exime o seu autor, por exemplo, se a propuser em manifesta improcedência, associada algum tipo de culpa, a um juízo de censura reflectido por uma qualificada (sancionatória) tributação (artigo 531º do Código de Processo Civil).

Já se o autor da acção, por exemplo, aí falsamente deduziu pretensão, alterou a verdade dos factos, omitiu a cooperação ou fez das ferramentas processuais algum uso desviante, há-de ser censurado como litigante de má-fé (artigo 542º, nºs 1 e 2, do Cód. Proc. Civ.).

A essa censura podendo associar-se até, caso seja pedida, uma indemnização ao lesado, por modo a lhe minimizar prejuízos (artigos 542º, nº 1, cit., e 543º, do código).

Outros exemplos de indemnização, por uso indevido no direito de accionar, são mostrados pelo regime dos processos (ou procedimentos) cautelares.

No processo administrativo, a utilização abusiva, com culpa, da tutela cautelar, é hábil a gerar o vínculo indemnizatório por danos (artigo 126º, nº 1, do CPTA).

Em processo civil, a injustificação da providência, com culpa do requerente, tem a mesma habilitação (artigo 374º, nº 1, do CPC).

Ou seja; a própria lei contém situações que mostram ajustados condicionamentos.

A ordem jurídica, entretanto, previne também e *em geral* salvaguardas, por modo de garantir o exercício dos direitos de acordo com a sua expectável

circunscrição.

O artigo 334º do Código Civil estabelece a ilegitimidade do exercício sempre que o titular exceda *manifestamente* os limites impostos pela boa fé, bons costumes ou fim social ou económico desse direito.

A actuação de qualquer direito é funcional, instrumento de um interesse.

O preceito, pensado para a tutela substantiva e de acção oficiosa, constitui uma válvula de escape ou de segurança, destinada a obviar a hipóteses de *ostensiva* (*ou manifesta*) ultrapassagem desse interesse justificativo da atribuição de uma vantagem.

O enquadramento do desvio (da ilegitimidade do uso) verificado pode bem ser o da atribuição de uma indemnização ao lesado (Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, volume 1.º, 4.ª edição, página 299).

E a sua aquisição para o domínio processual, de maneira a reconhecer o conceito dogmático de abuso do direito de acção, não merece maior discussão (António Menezes Cordeiro, *Litigância de má-fé, Abuso do direito de acção e Culpa "in agendo"*, 2.ª edição, páginas 130 a 132).

A hipótese de abuso ainda se contempla nos limites *formais* do direito.

Diferente é a hipótese do desvio (da ultrapassagem; da superação) a estes limites.

O exercício de um putativo (*meramente virtual*) direito pode constituir um acto ilícito, desde que a sua acção contenda com interesses legítimos de outrem.

Neste sentido, o exercício (*infundado*) do direito de acção pode traduzir-se na violação dos mais diversos direitos subjectivos; caindo, dessa maneira, sob o jugo do artigo 483º, nº 1, do Código Civil. Quem, ainda que por meios judiciários, com dolo ou mera culpa, viole ilicitamente o direito alheio ou uma norma de protecção, é responsável por indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação (António Menezes Cordeiro, na obra citada, páginas 175 a 177).

Aqui se significa, *ao menos por princípio*, que a interposição de uma acção pode ser facto gerador (*ou fonte*) da obrigação de indemnizar, por via de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

Basta que se possa configurar essa interposição como facto ilícito, à margem das regras legais estabelecidas; e quadre os seus demais pressupostos constitutivos.

O exercício do direito de acção, sem direito de base ou interesse do seu autor que sejam minimamente perceptíveis, integra desvio; e se for de molde a

gerar a quebra na esfera patrimonial de outrem, vincula à restauração (*reparação; reposição*) na exacta medida dessa quebra.

É, aqui e agora, a chamada *culpa in agenda* (entre mais; o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.1.2025, proc.º nº 13340/22.9T8PRT.P1.S1; e os Acórdãos da Relação de Lisboa de 13.7.2010, proc.º nº 1259/08.0TVLSB.L1-8, e de 11.7.2024, proc.º nº 8450/21.2T8LSB.L1-6).

### 2.3.5. A empresa apelada, na hipótese, suscitou contencioso pré-contratual.

É um mecanismo jurisdicional administrativo, de carácter urgente (artigo 36º, nº 1, alínea c), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Na sua tramitação, o processo contempla despacho *liminar*, sujeitando a petição a um juízo *jurisdiccional* imediato, de admissão, ou rejeição liminar, aqui, por manifesta ausência de pressupostos processuais ou manifesta falta de fundamento das pretensões formuladas (artigo 102º, nºs 2 e 3, do Cód. Proc. Trib. Adm.).

Para a hipótese de o objecto ser a impugnação de actos de adjudicação, como era o caso, podia operar, como operou, um efeito de suspensão automática da execução do contrato (artigo 103º-A, nº 1, cit.).

Embora estivesse aberta a possibilidade de se poder desencadear o levantamento desse efeito suspensivo (artigo 103º-A, nº 2); que o juiz ordena quando, ponderados *os interesses* em confronto se afigure serem os prejuízos da sua manutenção superiores aos virtualmente gerados pelo seu levantamento (artigo 103º-A, nº 4).

O impacto deste contencioso surge, portanto, acautelado por válvulas de espape; o (1.) carácter urgente; (2.) o despacho liminar; (3.) o mecanismo extintivo da suspensão.

O desencadear do direito de acção supõe *sempre*, como pensamos que resulta da lei, a existência da titularidade de um direito subjectivo do autor ou, *no mínimo*, de uma situação jurídica, com a capacidade de atingir (de afectar) a sua esfera jurídica *ou senão* com a capacidade de (*algum*) impacto substantivo que justifique a atribuição do direito de agir àquele concreto sujeito (autor).

A apelada visou dois lotes; conexos com os dois contratos da empresa apelante.

A abordagem judiciária feita, para uma e outra das situações, não permitiu dar o despacho liminar de indeferimento (*imediato*) com base em manifesta irregularidade da instância ou em manifesta inviabilidade substantiva.

Operou a suspensão automática. E (*tão-só*) o seu (*rápido*) levantamento.

Sendo *exactamente* o tempo que mediou entre *suspensão* (acção) e *levantamento* o que se questiona; em função do bloqueio (dos contratos) e da imanente quebra (na esfera patrimonial).

No concurso público visado pela acção, o 1.º lugar coube (sempre) à apelante.

Em matéria do lote 4, a apelada ficou atrás da apelante.

Neste particular, não vemos superados limites ao direito de acção.

A empresa apelada estava habilitada, pelos quadros normativos, a desencadear o contencioso, desde que assim o entendesse; e o sucesso do processo teria directa repercussão na sua posição jurídica – passava a ser ela a vencedora do concurso, com expectativa substantiva de adjudicação e celebração do contrato, em substituição da afastada empresa apelante.

É nítida a robustez, aqui, do direito de acção; que nada permitia arredar.

Por outro lado; o argumento do pouco fundado (ou do infundado) da sustentação da acção administrativa não é suficiente para configurar uma ilegitimidade hábil à conformação de uma obrigação de indemnizar (a vencedora; a apelante).

A acção administrativa foi, aqui, improcedente; é certo.

Mas passou o filtro do despacho liminar (...); foi objecto de abordagem analítica no despacho saneador; e, nem no recurso interposto, foi apreciado como abertamente desprovido de fundamento (ostensivamente; nitidamente). A empresa apelada, aí autora, não foi censurada como litigante de má-fé.

Nem qualquer dos tribunais administrativos lhe tributou juízo de reprovação. E o abuso do direito de acção, por final, contemplado no artigo 334º do Código Civil, não se contenta com o excesso dos limites impostos pelo equilíbrio dos padrões; mas exige (*impõe*) que esse excesso seja *manifesto* (declarado; desconcertante).

E não é esse o caso. Devendo, neste particular e em dúvida, optar-se por um enquadramento excludente de censura, por em causa estar um direito fundamental, de ordem constitucional, e por modo a obstar-se aos riscos de algum tipo de banalização associado às restritivas excepções que indiscutivelmente ele merece.

Em matéria do lote 5, a apelada ficou classificada, no concurso, em 4.º lugar. E numa hipótese que tem aproximações com o caso abordado pelos acórdãos da Relação de Évora de 11.2.2021 e do Supremo Tribunal de Justiça de 24.5.2022 (no proc.º nº 2737/19.1T8FAR).

Dissemos antes que o direito de accão deve ser apetrechado de uma função. Os tribunais administrativos reconheceram, nas duas instâncias decisórias, a falta de interesse em agir da empresa apelada, por estar a accionar uma tutela « meramente abstracta », sem perceptível vantagem alguma; julgando o processo extinto por falta de pressuposto processual que viabilizasse ajustado conhecimento de mérito.

É decisão consolidada.

Em complemento, o que agora se pode acrescentar é que, na verdade, sucessivamente no contencioso pré-contratual que desencadeou, o único efeito que conseguiria seria o de obstar (à adjudicação e) ao contrato com a empresa apelante, fazendo-o(s) reverter para a classificada seguinte - que não era ela (a apelada).

Não se vislumbrando outra qualquer consequência (...).

Ou seja; lograria evidenciar, de modo técnico-jurídico (quase académico), algum vício (eficiente), mas sem qualquer vantagem para a sua própria situação jurídica.

Sem detecção de (outra) norma habilitante de (alguma) tutela substantiva.

Como se escreveu no apontado acórdão da Relação de Évora, no caso paralelo: « (...) fê-lo [propôs accão] sem que da procedência da accão lhe resultasse qualquer interesse directo e pessoal, uma vez que, anulado o acto, o contrato seria adjudicado à proponente que no concurso ficou em segundo lugar e não à [impugnante] que ficou em terceiro [em 4.º no nosso caso], ou seja, sem demonstrar *interesse em agir* motivo da sucumbência da accão de anulação (...). »

A isto acresce que, na accão de indemnização *a seguir* proposta pela apelante, a apelada teve o ensejo e a oportunidade de clarificar as *razões profundas* que a levaram a interpor o contencioso pré-contratual, no concreto do lote 5.

E não o fez, por modo de convencer; nem em 1.ª instância, nem agora no recurso de apelação (...); deixando essa omissão antever a lacuna de algum legitimado proveito, próprio ou normativamente habilitado.

Do nosso ponto de vista, portanto, e em face de tais circunstância, nem se afigura licitamente facultado propor a accão administrativa; por se não dispor desse direito.

Mostrando-se a sua situação jurídica material alheia a (*desafectada ou desfasada de*) qualquer vantagem, sem habilitação normativa para assumir, de modo altruísta, a realização do interesse substantivo (*relevante*) de outrem, a conclusão é a de que a empresa apelada agiu, na hipótese e a respeito (*da adjudicação e*) do contrato do lote 5, com *culpa in agendo*; à margem das

regras estabelecidas; e, por conseguinte, de modo ilegítimo.

Situação que, associada à verificação de perdas (cit. artigo 483º, nº 1, do Código Civil), é passível de fazer germinar a responsabilidade civil e o vínculo a indemnizar.

#### 2.4. A concretização do volume da indemnização.

2.4.1. Chegamos, assim, à obrigação de reparar os prejuízos provocados na esfera patrimonial da empresa apelante, por via do contencioso pré-contratual desencadeado pela empresa apelada, de modo inconsequente (desconcertante), no segmento referido ao lote 5 do concurso público.

Dissera a apelante, na petição, que o seu prejuízo corresponde (*e não só*) à remuneração não auferida, nos 28 dias da suspensão automática, em valor igual a 394.900,80 €.

A decisão recorrida, a respeito da fixação de danos, disse que os lucros cessantes sempre teriam de contar com os custos, que a empresa deixou de ter; mas sem ter dado nos autos elemento algum a esse apuramento.

No recurso de apelação, a apelante reajusta a pretensão inicial; e propugna, ao menos, uma condenação genérica, no quadro do artigo 609º, nº 2, do Cód. Proc. Civil.

#### 2.4.2. Que concreta dimensão a da quebra patrimonial pressentida pela apelante?

Indiscutida a admissibilidade da restauração dos lucros cessantes - os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão (artigo 564º, nº 1, 2.ª parte, do Código Civil) -, a sua concreta ordem de grandeza há-de corresponder, por princípio, à diferença entre a situação patrimonial existente e a que seria se não houvesse lesão (artigos 562º e 566º, nº 2, do Código Civil).

Quando a existência de danos seja inequívoca, mas não hajam *ainda* elementos apropriados (vocacionados) para fixar a sua quantidade, o tribunal condena no que vier a ser liquidado (artigo 609º, nº 2, do Código de Processo Civil).

E só se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados (artigo 566º, nº 3, do Código Civil).

A delimitação das condições em que o tribunal deve optar pela *condenação ilíquida* ou pela *condenação certa segundo a equidade* deve encontrar-se na razoável expectativa das provas. A preferência deve dar-se à *condenação*

*ilíquida*; sendo sempre preferível que se concretize o *valor exacto* (e real) dos danos, à opção da concretização *equitativa* (mais artificial); deixando esta apenas para quando a averiguação do valor exacto já não seja *razoavelmente* possível (de certa forma, como também se intui do texto do artigo 556º, nº 1, alínea b), início, do Cód. Proc. Civ.; ou mesmo do artigo 569º do Cód. Civ.).

No caso da hipótese estão em causa lucros cessantes por inexecução de contrato.

Os termos em que a sua execução operaria não são, porém, perfeitamente claros.

O lote 5 compunha-se de quatro aeronaves (facto 3.1.1.j.).

O valor contratado da disponibilidade operacional diária de cada aeronave era o de 3.252,90 € (facto 3.1.1.s.).

A disponibilidade de cada aeronave supunha a entrega do respectivo certificado de operador (ou COTA) (facto 3.1.1.p.).

A data de entrada em vigor do contrato era a de 7.6.2019 (factos 3.1.1.n. e u.).

Os certificados foram integrados em 31.5.2019 (duas aeronaves), em 12.6.2019 (uma aeronave) e em 14.6.2019 (uma aeronave) (facto 3.1.3.3.).

A manutenção de cada aeronave em prontidão acarreta custos da própria aeronave (manutenção, consumíveis, seguro, aluguer), dos pilotos e dos mecânicos (salário; componentes remuneratórias) (facto 3.1.3.1.).

A execução do contrato esteve suspensa 28 dias, até 3.7.2019 (facto 3.1.1.w.).

A empresa apelante verbalizou, na acção de indemnização, a extrema dificuldade ou mesmo a impossibilidade de apurar (de provar) os seus virtuais custos da operacionalidade (artigo 7º de resposta; 13.12.2022).

A empresa apelada não deu contributo algum, neste particular.

Não é, desta maneira, inequívoco (claro) o apuramento do valor exacto dos lucros cessantes da empresa apelante; constituídos estes pela diferença da remuneração que auferiria no confronto com os custos operacionais que também teria (mas deixou de ter); num período de tempo que divergiu para cada uma das aeronaves.

E nem se aparenta razoável esperar por algum contributo probatório e eficiente.

Logo, caindo-se na previsão do artigo 566º, nº 3, do Código Civil.

Com toda a plasticidade associada.

A lei manda atender aos limites tidos por provados.

O juízo de equidade é hábil a convocar sinais como os dos graus da censura que seja possível encontrar, das envolvências económicas (ou financeiras) que a hipótese concreta convoque, em geral, das circunstâncias particulares, e caracterizadoras, de cada caso (artigo 494º, final, do Código Civil).

A hipótese da apelação envovia concurso público de prevenção e combate a incêndios rurais, e de reforço da segurança das populações; com um carisma elevado de sensibilidade social (factos 3.1.1.d. e e.). As vicissitudes relevantes para a análise ocorreram em período prévio, e durante, (a)o de maior potencialidade dos riscos, tendo os contratos da apelante sido celebrados em Maio de 2019 (facto 3.1.1.m.).

A empresa apelada, mesmo que sem nítida intenção danosa (facto 3.1.4.a.), e a respeito do único lote em causa, não se coibiu, sem dispor de interesse palpável para o efeito, de desencadear um contencioso gerador de automática suspensão.

Incluiu o contencioso, ainda assim, numa cumulação com outros.

Ainda que todos julgados inconsequentes.

Por outro lado; e como é notório, o objecto dos contratos em causa apresenta uma componente técnica de complexidade elevada; e de escassa oferta, para os fins visados. Os valores conexos são correntemente elevados; na hipótese, de quase três mil euros por dia e por equipamento.

O tempo de impacto dos prejuízos foi de cerca de 28 dias para duas aeronaves; e de cerca de metade desses para as outras duas.

Para cada aeronave, houve custos operacionais que deixaram de ser suportados.

A empresa apelante parte, na acção, de um quadro indemnizatório a chegar aos quatrocentos mil euros (ordem de grandeza aritmética das remunerações). Na apelação suscita já a sua iliquidez.

Tudo ponderado; com uma putativa taxa de ganho, que se projecta entre os 15% e os 20% dos valores brutos apresentados, considerado que a disponibilidade dos equipamentos se situou aquém do que foi (inicialmente) alegado, para o período em causa; temperado tudo por uma dimensão pedagógica a aconselhar moderação no desencadear deste tipo de condutas, e com o carisma que se pôde apurar; julga-se que uma indemnização próxima de 75.000,00 €, a pagar pela apelada à apelante, por modo de lhe ressarcir os danos pressentidos, se tem por justa e equilibrada.

## 2.5. Síntese conclusiva.

Em suma; (1.) não padecendo a sentença recorrida de qualquer invalidade formal e (2.) não carecendo o julgamento de mérito de mexida alguma na decisão sobre matéria de facto, ainda assim, (3.) se aparenta, num dos segmentos que é objecto do recurso, ter a apelada incorrido em culpa *in agenda*, dessa forma se vinculando a ter de reparar os prejuízos causados à apelante, (4.) que se fixam globalmente com o valor concreto igual a 75.000,00 € (setenta e cinco mil euros).

Não se fixando os juros, que se consideram abrangidos (de acordo com o suposto pelo artigo 703º, nº 2, do Código de Processo Civil).

### III – Decisão

Em face do exposto, acordam os juízes deste tribunal da Relação em julgar:

1.º. improcedente a arguição de qualquer das nulidade da sentença recorrida (de omissão de pronúncia; de decisão-surpresa; de excesso de pronúncia);

2.º. improcedente a pretensão de alteração da decisão proferida sobre a matéria de facto no tribunal de 1.ª instância;

3.º. parcialmente procedente o recurso de apelação, no segmento em que, desprovida de interesse ou vantagem, a apelada optou por suscitar um contencioso pré-contratual junto dos tribunais administrativos (adjudicação e contrato do lote 5), nessa sua opção reconhecendo culpa *in agenda*;

4.º. em consequência, revogar, nessa parte, a sentença, e, a respeito desse mesmo segmento, condenar a apelada a pagar à apelante a quantia de 75.000,00 € (setenta e cinco mil euros); e

5.º. em todo o resto, manter a sentença.

As custas devidas, na acção e na apelação, vão distribuídas na proporção de 85% para a apelante e de 15% para a apelada (artigo 607º, nº 6, do Cód. Proc. Civ.).

Lisboa, 13 de Janeiro de 2026

*Luís Filipe Brites Lameiras*

*Paulo Ramos de Faria*

*Alexandra de Castro Rocha*