

Breve nota sobre o controlo judicial da aplicação das diretivas da União Europeia aos contratos públicos em Portugal

FAUSTO DE QUADROS

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Jurisconsulto, Advogado e Árbitro

Sumário: 1. Objeto do estudo; 2. Introdução; 3. As diretivas da União e os contratos públicos; 4. A vinculação dos Estados à diretiva antes mesmo da sua transposição; 5. A autenticidade da diretiva; 6. A transposição da diretiva; 7. As consequências jurídicas da não transposição da diretiva dentro do prazo ou da sua transposição incorreta; 8. Idem: a) O dever de interpretação conforme com a diretiva; 9. Idem: b) O efeito direto da diretiva; 10. Idem: c) A responsabilidade civil extracontratual do Estado; 11. Idem: d) O processo por incumprimento; 12. O controlo judicial da conformidade dos contratos públicos em Portugal com as diretivas aplicáveis da União Europeia e transpostas pelo Código dos Contratos Públicos; 13. Consequências para os contratos públicos da desconformidade do Código dos Contratos Públicos com as diretivas que ele transpõe. O desvalor do contrato público e os meios contenciosos adequados; 14. Outras situações contenciosas; 15. Idem: a) O controlo da autenticidade da diretiva; 16. Idem: b) A interpretação conforme da diretiva; 17. Excurso: a “Diretiva recursos”.

Resumo: São complexas mas muito importantes as relações entre as Diretivas da União Europeia e os Contratos Públicos. Existe hoje um Direito Administrativo Europeu dos Contratos Públicos, que resulta da harmonização, através de diretivas, dos Direitos nacionais dos Estados membros da União em matéria de contratos públicos. Portugal tem tido alguma dificuldade em transpor atempadamente e de modo correto as diretivas também sobre contratos públicos. Daí resulta uma série de consequências para o regime jurídico dos contratos quando estes, embora possam estar em conformidade com os atos legislativos internos de transposição das diretivas, todavia contrariam estas. Essas consequências podem atingir a própria validade dos contratos. Neste artigo examinam-se as consequências jurídicas que advêm para os contratos públicos da transposição tardia ou da má transposição das Diretivas de 2014 pela revisão de 2017 do Código dos Contratos Públicos bem como os meios contenciosos de Direito da União e de Direito Português adequados para reparar essas consequências.

Palavras-chave: *Direito Administrativo Europeu; Contratos públicos; Diretivas da União Europeia sobre Contratos Públicos e sua transposição para o Direito Português; regime jurídico dos contratos públicos conformes com o Código dos Contratos Públicos mas desconformes com as respetivas Diretivas, incluindo os meios contenciosos adequados do Direito da União e do Direito Administrativo português.*

Abstract: *This article deals with a important issue of European Administrative Law for the Portuguese Administrative Law, i. e., the transposition of the EU Directives of 2014 on Public Contracts by the Portuguese Code of Public Contracts. Special attention is paid to the legal consequences of the late or incorrect transposition and to the remedies established by both EU Law and Portuguese Law to overcome those consequences.*

Keywords: *European Administrative Law; Public contracts; EU Directives on Public Contracts and their transposition to the Portuguese Law; legal consequences for the validity of the contracts in case of nonconformity of the transposition of the EU Directives by the Public Contracts Code.*

1. Objeto do estudo

Já nos anos 70 do século passado a União Europeia (então, as Comunidades Europeias, e, mais especificamente, a Comunidade Económica Europeia – CEE) dispunha, através de diretivas, sobre contratos públicos, embora sem utilizar então esta expressão quer nos Tratados, quer no Direito derivado. Essas diretivas sobre contratos públicos são hoje, como acontece com as diretivas que incidem sobre as matérias mais importantes para a União, verdadeiros atos legislativos ordinários da União, tomados por co-decisão do Parlamento Europeu e do Conselho a coberto do artigo 289.º, n.º 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Como tal, e como é comumente sabido, elas obrigam e vinculam os Estados, que as devem transpor de modo a elas vigorarem na sua ordem interna, como prescreve o atual artigo 288.º, parágrafo 3, do mesmo TFUE. As diretivas sobre contratos públicos aumentaram de número, de âmbito e de densidade sobretudo neste século¹.

¹ A evolução histórica do Direito da União nesta matéria até aos nossos dias encontra-se compendiada entre nós na obra recente de Pedro Fernández Sánchez, *Direito da Contratação Pública*, vol. I, Lisboa, 2020, pp. 20 e segs.

Portugal foi transpondo, melhor ou pior, essas diretivas para a sua ordem interna. Para tanto foi mesmo elaborado um Código dos Contratos Públicos (CCP), em 2008, que foi mais recentemente, em 2017, revisto para transpor novas Diretivas aprovadas em 2014.

Tem persistido, todavia, desde sempre, no nosso País algum descuido na transposição das diretivas. O problema não é exclusivo da matéria dos contratos públicos, estendendo-se a outros domínios em que a União Europeia, em conformidade com os Tratados, tem optado por legislar por diretivas e não por regulamentos em matérias que interessam ao Mercado Interno. Todavia, pela enorme importância prática que os contratos públicos têm vindo a ganhar na vida jurídica e económica em Portugal, a questão da transposição tardia ou incorreta das diretivas nessa área tem assumido uma especial relevância². E seria um erro não reconhecer que o CCP, desde logo no quadro da sua revisão de 2017, apresenta muitos vícios na transposição das diretivas³.

Ora, o que pretendemos neste artigo é contribuir para uma melhor sintonia dos contratos públicos com as respetivas diretivas da União, na exata medida em que isso é imposto a Portugal pelos Tratados, quer ao prescreverem a definição e a natureza das diretivas, no referido artigo 288.º, par. 3, do TFUE, quer ao imporem o princípio da cooperação leal como um dos princípios fundamentais que devem reger as relações recíprocas entre os Estados membros e a União, no artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE). E um dos corolários desse princípio da lealdade é justamente

² Dado o caráter sumário deste estudo, o leitor não estranhará que o remetamos, por vezes, a fim de podermos ser melhor compreendidos, para nossos estudos anteriores onde tratámos de modo mais desenvolvido matérias que são trazidas à colação neste artigo. Será o caso, sobretudo, do nosso manual sobre o *Direito da União Europeia – Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra, 2013 (reimp. em 2018). Para começar, é o que acontece com a matéria agora abordada no texto: alguns dos problemas suscitados pela má transposição das diretivas em Portugal encontram-se elencados nessa obra, pp. 474 e segs. e 654 e segs.

³ A doutrina deveria dedicar maior atenção a este problema devido à gravidade das consequências para o Direito Administrativo nacional da sua dissonância, por essa via, com o Direito da União. São poucos os autores que o fazem, mas, por exemplo, Mário Aroso de Almeida, escrevendo sobre a revisão de 2017, sublinha a “deficiente compreensão do sentido das Diretivas no que diz respeito a algumas matérias” – “Apreciação Geral da Revisão do Código dos Contratos Públicos: em Particular, os Novos Regimes dos Artigos 280º e 313º do CCP”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3.ª ed., Lisboa, 2019, pp. 23 e segs. (25).

o da aplicação fiel pelos Estados do Direito da União na sua ordem interna nos exatos termos definidos pelos Tratados e acolhidos pelas respetivas Constituições nacionais. E, o que ainda mais concretamente desejamos, é apurar quais são as consequências jurídicas que advêm da divergência entre os contratos públicos e as diretivas por estas terem sido mal transpostas e como é que se procede ao controlo judicial dos contratos públicos que se encontrem nessas condições. Daremos por essa via também um modesto contributo para se robustecer entre nós a convicção de que o Legislador, a Administração Pública, os Tribunais e a doutrina, para compreenderem hoje o Direito Administrativo português, têm de levar em devida conta, e como sua fonte muito importante mas com as suas características próprias, inclusive nos seus métodos próprios de interpretação e aplicação, o Direito Administrativo Europeu⁴.

De propósito ficaremos pela generalidade e pela abstração. Não mencionaremos casos concretos, embora, como é bom de ver, sempre tenhamos em mente concretos contratos públicos que temos vindo a conhecer ou no quadro da nossa atividade profissional ou como simples cidadão. Não podia ser de outra forma: o que este artigo visa é tão-somente proceder a um breve estudo doutrinário, não é emitir juízos sobre o comportamento de quem quer que possa estar ligado à celebração e à gestão de contratos públicos.

Pela mesma razão, e como dizemos na epígrafe, considerando que estamos num artigo de revista, pelo menos desta vez e nestas linhas limitaremos as nossas observações ao mínimo necessário à compreensão do problema.

⁴ Mantemo-nos fiel ao conteúdo que demos aos vários sentidos de Direito Administrativo Europeu no nosso opúsculo *A nova dimensão do Direito Administrativo – O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, 1999, completado depois no *Direito da União Europeia*, cit., pp. 417-418 e 419 e segs. Sobre o sentido, o âmbito e a grande relevância do Direito Administrativo Europeu para a moderna Ciência do Direito Público, sem prejuízo do muito que qualificada doutrina tem escrito sobre a matéria em muitos Estados, inclusive em Portugal, ver os clássicos, sempre atuais e muito profundos, citados na nossa última obra acima referida, no lugar indicado: as obras de Bachof, “Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung”, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1972, pp. 193 e segs., Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 vols., Baden-Baden, 1988, Idem (ed.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluss*, Baden-Baden, 1996, von Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, dissertação, Tubinga, 1996, Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2.^a ed., Berlim, 2004, e S. Cassese, “La signoria amministrativa sul diritto comunitario”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 291 e segs.

2. Introdução

Não têm sido fáceis as relações entre o Direito Português e o sistema jurídico da União Europeia. Da parte dos nossos órgãos legislativos, administrativos e judiciais parece haver por vezes alguma displicência, quando não relutância, em aceitar que com a adesão de Portugal às então Comunidades Europeias (hoje, União Europeia), que ocorreu há já mais de trinta anos, em 1986, e foi levada a cabo com respeito por todo o formalismo constitucional, o Direito da União Europeia penetrou como uma nova fonte no sistema jurídico português. Dito de outra forma, o nosso País passou a ter de cumprir, de aplicar e de executar o Direito da União, a começar pelos Tratados, passando depois, à sombra dos Tratados, para os atos praticados pelos órgãos da União, que estão enunciados no já referido artigo 288.º do TFUE. Ou seja, o Direito da União faz parte do bloco de legalidade que obriga todos os Poderes Públicos em Portugal. Tudo isso ocorre por força do sistema que hoje não pode suscitar dúvidas em face da redação dos artigos 7.º, n.º 6, e 8.º, n.ºs 3 e 4, da Constituição, ainda por cima depois da explicação dada pela Declaração n.º 17 que ficou anexa ao Tratado de Lisboa⁵. É certo que a situação já foi pior. Chegou a acontecer, não há muito tempo, o nosso Supremo Tribunal de Justiça decidir que o processo das questões prejudiciais do artigo 267.º do TFUE constituía um instrumento de “total e inaceitável subversão da regulamentação do nosso sistema judiciário”⁶. Congratulamo-nos pelo facto de essa situação ter entretanto melhorado. Mas, vista a questão em globo, estamos ainda longe do que se passa na maioria dos outros Estados membros, onde, com base no respetivo Tratado de Adesão, tanto os Tratados como as normas e os atos neles fundados são aplicados na ordem interna nos exatos termos por eles prescritos e em que as respetivas Constituições nacionais o permitem. Com a referida displicência dos nossos órgãos têm perdido todos. Tem perdido o Estado, porque não tem sabido aproveitar muito daquilo que a nossa participação na União lhe tem propiciado, inclusive alguns recursos técnicos e financeiros. Tem perdido os nossos concidadãos, porque muitas vezes o Direito da União, desde logo com base na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e sobretudo

⁵ Veja-se esta matéria explicada por nós com maior desenvolvimento no nosso *Direito da União Europeia*, cit., pp. 523 e segs.

⁶ Acórdão de 03/12/2009, proc. 9180/07.

através do nível mais alto de proteção, consagrado no seu artigo 53.º, lhes reconhece direitos fundamentais dos quais, ao ignorar a Carta, Portugal se está a esquecer, e que, alguns deles, se encontram mais bem protegidos na Carta do que na nossa Constituição. Por fim, e em suma, tem perdido também o princípio do primado do Direito (*rule of law*), que constitui uma das primeiras decorrências do princípio da Democracia, que está ínsito na identidade constitucional da União Europeia⁷.

Ou seja, e repetindo para concluir, dentro do bloco de legalidade que obriga os Poderes em Portugal que têm competência para criar e aplicar Direito, ou seja, os Poderes Legislativo, Administrativo e Judicial, está integrado todo o Direito da União Europeia, que vigora na nossa Ordem Jurídica interna e com primado sobre o Direito Português, de harmonia com o que dispõe a Constituição no artigo 7.º, n.º 6, e no artigo 8.º, n.ºs 3 e 4, completados pela já referida Declaração n.º 17 anexa ao Tratado de Lisboa⁸.

3. As diretivas da União e os contratos públicos

Esta breve introdução teve em vista especificamente enquadrar a recente revisão do CCP pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto. Mais haveria a dizer acerca da matéria caso não nos quiséssemos limitar a este objeto. Por exemplo, haveria que verificar se os regulamentos, que são

⁷ A identidade constitucional da União Europeia está estudada nesses termos em Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 5.ª ed., Baden-Baden, 2008, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed, Coimbra, 2003, pp. 824 e segs e 1139, De Búrca e Weiler, *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, 2012 (com o exame da jurisprudência do TJ sobre a matéria), e o nosso *L'identité constitutionnelle de l'Union européenne et les valeurs communes*, in Laurence Potvin-Solis (ed.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruxelas, 2014, p. 165.

⁸ Há vários preceitos espalhados pelo Direito ordinário que concretizam essas normas constitucionais. Merece relevo especial o artigo 696.º, alínea f), do Código de Processo Civil, que permite a revisão de sentença transitada em julgado quando ela “seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português”, numa alusão implícita ao Tribunal de Justiça da União Europeia e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Essa norma aplica-se ao Contencioso Administrativo não apenas como norma geral em matéria de processo como também enquanto norma subsidiária, como tal admitida de modo expresso pelo artigo 154.º, nº 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

principalmente leis europeias⁹, e que são obrigatórios para os Estados em todos os seus elementos (artigo 288.º, parágrafo 2, do TFUE), são aplicados em Portugal com respeito pelos Tratados, designadamente, são aplicados logo a partir da data da sua entrada em vigor na Ordem Jurídica da União e mediante a aprovação atempada das medidas nacionais complementares e de execução de que podem necessitar, e muitas vezes necessitam, para uma sua correta e plena execução pela Administração Pública e pela Justiça¹⁰. Mas deixemos os regulamentos para outra oportunidade, eles não são objeto deste estudo¹¹.

No que especificamente diz respeito aos contratos públicos, eles têm para o Direito da União uma enorme importância. Eles traduzem-se num instrumento fundamental para a livre circulação, que se encontra no âmago do Mercado Interno, que vigora, mesmo se ainda inacabado, desde 1993, e que tem como elemento essencial a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais (artigos 26.º, n.ºs 1 e 2, e 114.º, do TFUE). Por isso, o Direito da União criou o seu próprio Direito dos Contratos Públicos. Esse Direito é Direito Administrativo Europeu harmonizado, ou seja, ele é igual para todos os Estados, salvo as especificidades que o próprio Direito da União permita a estes manter¹². É muito importante que esse Direito exista como Direito Administrativo harmonizado porque só dessa forma se torna possível haver contratos públicos, e em grande escala, inclusive, como modernamente acontece, por via eletrónica, entre cidadãos e empresas de Estados diferentes. E, simultaneamente, só assim é possível assegurar iguais níveis de simplificação de procedimentos, de transparência, de igualdade de tratamento ou não discriminação, de concorrência e de legalidade na celebração de contratos públicos no espaço da União mesmo entre sujeitos de Estados diferentes.

⁹ Há regulamentos que não são atos legislativos e isso acontece também em matéria de contratos públicos: ver, por exemplo, os importantes Regulamentos delegados (aprovados à sombra do artigo 290.º do TFUE) n.ºs 2017/2365/UE e 2019/1780/UE, ambos da Comissão.

¹⁰ Como entendeu o TJ recentemente no Ac. 15/03/2017, *Chodor*, proc. C-528/15.

¹¹ Veja-se, todavia, o que já escrevemos sobre isso em *Direito da União Europeia*, cit., pp. 654 e segs.

¹² Ver as obras citadas de Schwarze, von Danwitz e Cassese, e a nossa *A nova dimensão*, cit.

O principal instrumento da harmonização dos Direitos nacionais dos Contratos Públicos, quer dizer, da formação do Direito Europeu dos Contratos Públicos, são as diretivas da União. Estas têm para os Estados a grande vantagem de que lhes permitem adaptar os objetivos das diretivas aos respetivos interesses nacionais.

Com efeito, dispõe o já referido artigo 288.º, parágrafo 4, do TFUE: «A diretiva *vincula* o Estado membro destinatário quanto ao *resultado* a alcançar, *deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.*» (itálicos nossos). Isto significa que a diretiva é obrigatória para os Estados aos quais se destina quanto ao resultado concreto visado por cada uma delas mas deixa à liberdade destes a escolha dos meios e da forma de alcançar esse resultado. Ou seja, enquanto que o regulamento é um ato supranacional, de subordinação dos Estados à União, porque obriga os Estados em todos os seus elementos (resultado, forma e meios), a diretiva é predominantemente um ato intergovernamental, de cooperação entre a União e os Estados, porque, como ficou dito, obriga quanto ao resultado mas deixa aos Estados a faculdade de escolher os meios e a forma de se alcançar esse resultado. Essa liberdade pode ser maior ou menor conforme o legislador da União o quiser no exercício por ele da competência que lhe é atribuída pelo artigo 288.º do TFUE. Nas chamadas “diretivas detalhadas” ou “de pormenor” essa liberdade deixada aos Estados é muito menor e pode até acontecer, na prática, que seja mínima. É uma questão de interpretação da diretiva. Sem prejuízo de não podermos ignorar que muitas vezes não é fácil ao intérprete nacional descortinar, com precisão, qual é o concreto resultado visado pela diretiva, não há dúvida de que lhe cabe descobrir esse resultado para cumprir a sua obrigação de o alcançar através da escolha da forma e dos meios que entenda adequados para o efeito.

4. A vinculação dos Estados à diretiva antes mesmo da sua transposição

Em bom rigor, a diretiva passa a obrigar os Estados logo a seguir à sua entrada em vigor na Ordem Jurídica da União, na data que se segue à sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) e é fixada por este ou, na falta de prazo, no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação (artigo 297.º, n.º 1, par. 3, do TFUE). Ou seja, a diretiva vincula os Estados mesmo

antes da sua transposição por estes para a sua ordem interna. São os “efeitos prévios” da diretiva¹³. De facto, por força do já referido princípio da cooperação leal entre a União e os Estados membros, definido no artigo 4.º, n.º 3, do TUE, conjugado com a definição da diretiva, contida no já referido artigo 288.º, par. 3, do TFUE, o TJ entende que “enquanto corre o prazo para a transposição os Estados devem abster-se de adotar quaisquer medidas que possam comprometer o resultado prescrito pela respetiva diretiva. E cabe aos tribunais nacionais controlar, nesse sentido, a legalidade das disposições nacionais”¹⁴. Mas o TJ vai mais longe: soma a essa obrigação *de abstenção* uma obrigação *de ação*, por força da qual os Estados devem, logo a seguir à data da entrada em vigor da diretiva, adotar medidas “concretas” para “de imediato aproximar” o seu Direito “do resultado prescrito pela diretiva”¹⁵. Ou seja, como persistentemente sustenta o Tribunal de Justiça (TJ)¹⁶, todos os Poderes do Estado, os Poderes Legislativo, Administrativo e Judicial, estão vinculados a esta “proibição de frustração” da diretiva, para utilizar uma expressão feliz da melhor doutrina alemã¹⁷. Temos que compreender que essa é uma forma de os Estados cumprirem a sua obrigação de respeitar o “efeito útil” da diretiva¹⁸⁻¹⁹.

Todavia, o momento formal de vinculação de cada Estado à diretiva é assinalado pelo ato nacional de transposição da diretiva.

¹³ Assim, e muito a-propósito, Streinz, *Europarecht*, 12.ª ed., Heidelberg, 2019, p. 186.

¹⁴ Ac. 18/12/97, *Inter-Environnement Wallonie*, proc. C-129/96, pontos 45-46. Mais tarde o TJ renovou esta doutrina em vários Acórdãos prejudiciais, inclusive, em relação a Portugal, no caso *Portgás*, Ac. 12/12/2013, proc. C-425/12, ponto 34.

¹⁵ Ac. 22/11/2005, *Mangold*, proc. C-144/04, ponto 72.

¹⁶ Ac. 15/04/2008, *Impact*, proc. C-268/06, ponto 41, e jurisprudência anterior aí citada desde o Acórdão pioneiro nesse sentido, de 10/04/84, *von Colson*, proc. 14/83, ponto 15.

¹⁷ Ver, por todos e por último, Streinz, *op. e loc. cit.*, Idem, *EUV/AEUV Kommentar*, 3.ª ed., Munique, 2018, anotação 68, e Herdegen, *Europarecht*, 20.ª ed., Munique, 2018, § 8.

¹⁸ Sobre o efeito útil, ver Cruz Vilaça, “Le principe de l’effet utile du droit de l’Union dans la jurisprudence de la Cour”, in CJEU/CJUE, *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law – La Cour de Justice et la construction de l’Europe: analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, Haia, 2013, pp. 276 e segs..

¹⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre a matéria do texto ver o nosso *Direito da União Europeia*, cit., pp. 469 e segs.. Na doutrina nacional, ver, por último, Ana Soares Pinto, “A obrigação de interpretação conforme no direito da União Europeia”, in *Liber amicorum Fausto de Quadros*, vol. I, Coimbra, 2016, pp. 147 e segs. (161).

5. A autenticidade da diretiva

Mas antes de nos debruçarmos sobre a transposição propriamente dita, temos que atender a um momento prévio que é o da elaboração da diretiva e, mais concretamente, ao problema consequente, que é o da autenticidade, ou fidedignidade, da diretiva. Este problema já foi colocado em casos decididos pelo TJ relativos a Portugal.

Tomemos como exemplo o caso *Ambisig c. AICP*²⁰. Esse processo nasceu numa questão prejudicial suscitada pelo nosso Tribunal Central Administrativo do Sul junto do TJ, ao abrigo do artigo 267.º do TFUE, quanto à interpretação do artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, e que foi transposta por Portugal pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o CCP. Essa Diretiva viria a ser revogada pela Diretiva 2014/24/UE, que foi transposta pelo já referido Decreto-Lei n.º 111-B/2017, que aprovou a recente revisão profunda do CCP. Respondendo ao tribunal nacional, o TJ, ao interpretar aquele preceito da Diretiva n.º 2004/18/CE, chegou à conclusão de que a versão oficial portuguesa dessa Diretiva exigia que a declaração do adquirente privado contivesse a sua assinatura reconhecida por notário, advogado ou outra entidade competente. Todavia, comparando a versão portuguesa da Diretiva com as suas versões nas línguas francesa, alemã, espanhola, italiana e inglesa, o TJ verificou que todas elas se contentavam com um simples documento redigido sem qualquer formalismo e, portanto, sem a necessidade de assinatura reconhecida. Portanto, a redação da Diretiva em português tinha-lhe retirado autenticidade. Ou seja, a Diretiva efetivamente aprovada não era, no seu conteúdo, aquela que era dada a conhecer na sua versão oficial em língua portuguesa. Por isso, o TJ afastou a versão portuguesa da Diretiva. O TJ justificou deste modo esse seu comportamento: "(...) Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a redação utilizada numa das versões linguísticas de uma disposição do direito da União não pode servir de base *única* à interpretação dessa disposição e também não lhe pode ser

²⁰ Ac. 07/07/2016, proc. C-46/15.

atribuído carácter *prioritário* em relação às outras versões linguísticas. Com efeito, as disposições do direito da União devem ser interpretadas e aplicadas de maneira uniforme, à luz das versões redigidas em *todas* as línguas da União. Assim, em caso de *divergência* entre as diversas versões linguísticas de um texto de direito da União, a disposição em questão deve ser interpretada em função da economia geral e da finalidade da regulamentação de que constitui um elemento”²¹.

Dito de outra forma, pode ser necessário comparar uma dada versão linguística de uma diretiva com outras das suas versões linguísticas a fim de se saber qual é aquela que deve ser atendida, porque pode acontecer que a primeira não espelhe, de modo fiel, o que a diretiva pretendeu, ou seja, o resultado que ela visou. Neste caso concreto, o TJ entendeu que a exigência de um reconhecimento da assinatura do adquirente privado, imposto só pela versão portuguesa da Diretiva, iria limitar a concorrência entre os operadores económicos, dificultando sobretudo o acesso das pequenas e médias empresas aos concursos públicos²².

6. A transposição da diretiva

Mas, como se disse acima, formalmente a vinculação de cada Estado à diretiva dá-se pela sua transposição para o Direito interno. Os Estados têm a obrigação de transpor a diretiva e, diz o TJ num caso português, essa obrigação é “coerciva”, por força do artigo 288.º, par. 3, do TFUE²³.

A diretiva deve ser transposta pelo Estados dentro do prazo para tal previsto e de modo correto. Quanto ao prazo, é certo que o TFUE, no referido artigo 288.º, não impõe que a diretiva indique o prazo para a sua transposição, mas o TJ tem vindo a decidir que essa fixação é obrigatória com base numa “prática corrente”²⁴. Se os Estados não transpuserem a diretiva dentro do prazo e de modo correto, resultam daí consequências jurídicas. Elas não se encontram previstas no Direito positivo da União e, mais uma vez, decorrem da elaboração do TJ. O fim último da jurisprudência nesta

²¹ N.ºs 46-49 do Acórdão. Os itálicos são nossos.

²² Ver os n.ºs 50-56 do Acórdão.

²³ Caso *Portgás*, cit., ponto 33.

²⁴ Caso *Inter-Environnement Wallonie*, cit., pontos 42 e segs.

matéria é o de garantir que a diretiva será cumprida e que o seu resultado será atingido, como o impõe o artigo 288.º, par. 3, do TFUE.

7. As consequências jurídicas da não transposição da diretiva dentro do prazo ou da sua transposição incorreta

A jurisprudência sobre as consequências jurídicas da não transposição da diretiva dentro do prazo ou da sua incorreta transposição é muito antiga e concretiza-se num número muito elevado de processos nos quais o TJ se pronunciou, a título prejudicial, sobretudo sobre a interpretação, mas também sobre a apreciação da validade, da respetiva diretiva, ao abrigo do artigo 267.º do TFUE. Mas há um caso em que o TJ resume e compendia, de forma sistemática e de modo hierarquizado, os meios que entende deverem ser utilizados para se fazer respeitar a diretiva: é o caso *Dominguez*²⁵.

Vejamos.

8. Idem: a) O dever de interpretação conforme com a diretiva

O primeiro meio é o da interpretação conforme com a diretiva ou, melhor dito, com as disposições da diretiva que estão em causa em cada caso.

O TJ entende que “ao aplicar o Direito interno, os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a interpretá-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da diretiva em causa para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir assim o disposto no artigo 288.º, par. 3, TFUE”. Só assim será assegurada pelos tribunais estaduais a “plena eficácia do Direito da União quando decidem os litígios que lhes são submetidos”²⁶. Por conseguinte, o princípio da interpretação conforme “é inerente ao sistema dos Tratados” e exige que os tribunais nacionais façam tudo o que for da sua competência, tomando em consideração todo o Direito interno e mediante a aplicação dos métodos de interpretação por este reconhecidos, para garantir a plena eficácia da diretiva em causa e alcançar uma solução conforme ao objetivo por ela prosseguido²⁷.

²⁵ Ac. 24/01/2012, proc. C-282/10, sobretudo ponto 44.

²⁶ Caso *Dominguez*, cit., ponto 24.

²⁷ Caso *Dominguez*, cit., loc. cit., Ac. 05/10/2004, *Pfeiffer*, procs. C-378/07 a C-380/07, pontos 115-119, e caso *Impact*, cit., pontos 100 e 104.

Mas, ao contrário do comportamento comumente seguido pelos tribunais nacionais, o TJ não entende que o recurso à interpretação conforme seja abstrata e absoluta. De facto, ele adverte no caso *Dominguez*, na esteira de alguns Processos anteriores que aí cita, que “este princípio da interpretação conforme do Direito nacional conhece certos limites”. Assim, a obrigação de interpretação conforme “é limitada pelos princípios gerais do Direito e não pode servir de fundamento a uma interpretação *contra legem* do Direito nacional”²⁸. E, para o efeito, deve ser levado em conta o Direito interno no seu “todo” e considerando toda a sua “parte integrante”²⁹. Nessa linha de orientação, o Tribunal entende que a obrigação para as autoridades nacionais de interpretação conforme com o conteúdo de uma diretiva quando procedem à interpretação e à aplicação das normas pertinentes do direito interno é limitada, designadamente, pelos princípios da segurança jurídica e da não retroatividade³⁰.

De qualquer forma, se não pode levar a uma interpretação *contra legem* do Direito interno, a interpretação conforme pode, todavia, conduzir a uma sua interpretação *praeter legem*³¹⁻³².

Em matéria de contratos públicos, isto que dizer que, se uma diretiva não for transposta dentro do prazo ou se se descobrir no diploma de transposição da diretiva uma norma que a transponha mal no todo ou em parte, os órgãos administrativos ou jurisdicionais dos Estados (neste caso, com ou sem a intervenção do TJ através de uma questão prejudicial suscitada perante ele) estão obrigados (não é uma faculdade, é uma obrigação) a interpretar e aplicar aquela norma em conformidade com a diretiva, como, aliás, em conformidade com todo o demais Direito da União. Sublinhe-se que, como temos vindo a dizer, essa obrigação é comum à Administração Pública e aos tribunais. Se ela é apresentada mais como uma obrigação dos tribunais isso acontece apenas devido à uma relação mais estreita entre o TJ e os tribunais estaduais por força das questões prejudiciais do artigo 267.º do TFUE.

²⁸ Caso *Dominguez*, cit., ponto 25.

²⁹ Caso *Dominguez*, cit., pontos 28 e 31.

³⁰ Ac. 08/10/87, *Kolpinghuis Nijmegen*, proc. 80/86, ponto 13, e Ac. 04/07/2006, *Adeneler*, proc. C-212/04, ponto 110.

³¹ Caso *Pfeiffer*, cit., ponto 116. Em sentido favorável a esta decisão, ver Hatje, in Schwarze (ed.), *EU-Kommentar*, 3.ª ed., Baden-Baden, 2012, anotação 49 ao artigo 4.º do TUE.

³² Sobre os limites à interpretação conforme veja-se em Portugal Ana Soares Pinto, *op. cit.*, pp. 165-166.

9. *Idem*: b) O efeito direto da diretiva

Se a interpretação conforme do ato de transposição da diretiva não resolver o problema da divergência entre a diretiva e o ato nacional de transposição, nesse caso, de harmonia com o citado Acórdão *Dominguez*, pode o particular invocar o efeito direto vertical da norma respetiva da diretiva.

O efeito direto da diretiva é outro instituto de Direito da União de criação pretoriana. Com ele pretende-se dizer que, quando a diretiva não for transposta dentro do prazo ou ela for transposta de modo incorreto, os particulares têm o direito de invocar contra o Estado, nos órgãos nacionais de aplicação do Direito (portanto, a Administração Pública e os tribunais), as disposições da diretiva que sejam incondicionais, que sejam suficientemente claras e precisas e que não careçam de qualquer disposição nacional ou da União que as complete. É o caráter *self-executing* da diretiva. O efeito direto foi, portanto, estruturado como sanção contra o Estado por este não ter transposto a diretiva dentro do prazo ou por ele a ter transposto de modo incorreto. O TJ iniciou esta construção no caso *Van Gend en Loos*, onde a aceitou depois de ela ter sido invocada nesse processo pela primeira vez pela representação dos Países Baixos³³. De seguida, ela foi desenvolvida nos casos *Grad*³⁴, *Van Duyn*³⁵ e *Ursula Becker*³⁶. Encontramos depois muitos casos em que o TJ aplicou essa doutrina. Entre os mais recentes situam-se dois casos relativos a Portugal que já foram citados neste estudo: os casos *Portgás*³⁷ e *Ambisig c. AICP*. Neste último caso, discutia-se o efeito direto de disposições da Diretiva 94/50/CE sobre contratos públicos, que foi depois substituída pela já referida Diretiva 2004/18³⁸, tendo esta, por sua vez, sido revogada pela também já citada Diretiva 2014/24, que foi transposta pelo CCP quando da sua revisão de 2017.

Recordamos que o efeito direto que a jurisprudência do TJ reconhece à diretiva é apenas o efeito vertical e não o horizontal. Esta afirmação carece de

³³ Ac. 05/02/63, proc. 26/62.

³⁴ Ac. 06/10/70, proc. 9/70.

³⁵ Ac. 04/02-74, proc. 41/74.

³⁶ Ac. 19/01/82, proc. 8/81.

³⁷ Ponto 18.

³⁸ Pontos 16-21 do Acórdão.

duas advertências. A primeira é a de que, justamente porque o efeito direto vertical consiste numa sanção contra o Estado, a diretiva pode ser invocada pelo particular contra o Estado mas este não pode invocá-la contra o particular. Ou seja, o “efeito direto vertical invertido” não é admissível. Assim decidiu o TJ nos casos *Kolpinghuis Nijmegen*³⁹ e *Traen*⁴⁰. A segunda advertência é a de que um particular não pode invocar uma diretiva não transposta ou mal transposta contra outro particular. Ou seja, o TJ não reconhece efeito direto horizontal à diretiva⁴¹. Por conseguinte, a diretiva pode ser invocada, perante a Administração Pública ou em tribunal nacional, contra o Estado, mas não o pode ser contra um particular. Embora com flutuações, devidas às circunstâncias específicas de cada caso concreto, continua a ser essa a orientação daquele Tribunal⁴². Sublinhe-se que a referência ao Estado engloba aqui qualquer entidade, seja qual for a sua forma jurídica, que, por um ato de autoridade pública, tenha a seu cargo um interesse público e, para a sua prossecução, disponha de poderes de autoridade⁴³. É importante recordá-lo sobretudo para os contratos públicos, onde o adjudicante pode ser uma entidade com poderes públicos diferente do Estado⁴⁴⁻⁴⁵.

10. Idem: c) A responsabilidade civil extracontratual do Estado

Caso não seja possível a interpretação conforme com a diretiva nem a invocação do seu efeito direto, desde logo, por não se reunirem no caso concreto os requisitos para tal exigidos pela jurisprudência do TJ, caberá a efetivação da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos danos causados pela não transposição da diretiva ou pela sua transposição incorreta. É o terceiro

³⁹ Cit., ponto 9.

⁴⁰ Ac. 12/05/87, procs. 372 a 374/85, ponto 24.

⁴¹ Ver sobretudo o Ac. 14/07/94, *Faccini Dori*, proc. C-91/92, ponto 20.

⁴² Ver caso *Dominguez*, cit., pontos 36-37, e jurisprudência clássica aí citada no mesmo sentido.

⁴³ Caso *Farrell*, Ac. 18/04/2007, proc. C-356/05, ponto 40, e caso *Dominguez*, cit., ponto 39.

⁴⁴ Sobre os problemas suscitados pela interpretação do artigo 2.º do CCP quando enuncia as entidades adjudicantes, ver Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, 2018, pp. 124 e segs.

⁴⁵ Sobre o que se diz neste lugar acerca do efeito direto, ver o desenvolvimento que lhe damos em *Direito da União Europeia*, cit., pp. 543 e segs.

meio na hierarquia definida pelo Acórdão *Dominguez*⁴⁶. Dessa forma, o Estado responde, em sede de responsabilidade civil extracontratual, pelos prejuízos causados ao particular com o atraso na transposição da diretiva ou com a sua transposição incorreta. Embora essa responsabilidade seja efetivada em tribunais nacionais, os critérios da sua efetivação, inclusive da determinação da reparação devida, são ditados pelo Direito da União Europeia, porque a responsabilidade pelo incumprimento da diretiva é uma responsabilidade de Direito da União. É a doutrina conhecida por *jurisprudência Francovich*, por consideração pelo caso onde ela primeiro foi sustentada pelo TJ e cujos requisitos se encontram nele bem explicados⁴⁷⁻⁴⁸. Essa jurisprudência tem sido sucessivamente reiterada pelo TJ, como se viu, não há muito tempo, num caso português, o *caso João Filipe Ferreira da Silva e Brito*⁴⁹. O Tribunal decidiu aí que “Importa recordar que, quando estão preenchidos os requisitos da responsabilidade do Estado, o que cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais determinar, é no âmbito do direito nacional que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado, entendendo-se que os requisitos estabelecidos pelas legislações nacionais em matéria de reparação dos prejuízos não podem ser menos favoráveis do que os aplicáveis a reclamações semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência) nem ser organizados de maneira a, na prática, tornarem impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação (princípio da efetividade)”⁵⁰.

Esta faceta da responsabilidade civil extracontratual do Estado pode ter que ser completada pela responsabilidade civil extracontratual que para ele advém também por danos decorrentes de ações ou omissões do seu Poder Judicial. Assim acontecerá, por exemplo, quando o tribunal nacional competente, de algum modo, não respeitar os requisitos fixados pela jurisprudência do TJ para, à sombra do artigo 267.º do TFUE, ele suscitar questões prejudiciais, ou não cumprir integralmente o acórdão prejudicial que o TJ tiver proferido. É a doutrina do Acórdão *Köbler*⁵¹, que

⁴⁶ Cit., ponto 44.

⁴⁷ Ac. 19/11/91, *Francovich e Bonifaci*, proc.ºs. C-6/90 e 9/90, completado pelo Ac. 05/03/96, *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 e C-48/93.

⁴⁸ Ver sobre isso o nosso *Direito da União Europeia*, cit., pp. 704 e segs.

⁴⁹ Ac. 09/09/2015, proc. C-160/14.

⁵⁰ Ponto 50.

⁵¹ Ac. 30/09/2003, proc. C-214/01.

já foi aplicada a Portugal no mesmo caso *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*, há pouco citado⁵². Note-se que a responsabilidade civil extracontratual do Estado por ações ou omissões do seu Poder Judicial encontra-se expressamente admitida, no nosso Direito interno, pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, nos seus artigos 12.º a 14.º. Uma das particularidades do regime dessa responsabilidade reside no facto de a sua efetivação, e, concretamente, a concessão da indemnização devida, estar dependente, por força do artigo 13.º, n.º 2, daquela Lei, da condição de prévia revogação, pelo tribunal competente, da decisão que causou o dano e, portanto, que gerou a responsabilidade. Mas o TJ, no referido caso *Ferreira da Silva e Brito*, decidiu que essa condição violava o Direito da União em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado por seus atos jurisdicionais. Isso significa que, no cumprimento desse Acórdão prejudicial, o tribunal nacional tem de desaplicar aquele artigo 13.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, e que impende sobre o Estado Português a obrigação, que ainda não foi cumprida, de remover esse preceito da nossa Ordem Jurídica para conformar o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado com o Direito da União⁵³.

11. Idem: d) O processo por incumprimento

Os três meios acabados de referir envolvem um controlo judicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais. Do ponto de vista orgânico estamos aí perante o contencioso nacional do incumprimento das diretivas. Mas existe um outro meio de fiscalizar a transposição da diretiva, este através dos órgãos da União: o processo por incumprimento, regulado nos artigos

⁵² Ponto 47.

⁵³ Vejam-se no mesmo sentido as nossas observações sobre esta matéria ainda na fase da preparação da Lei n.º 67/2007, “A responsabilidade civil extracontratual do Estado – problemas gerais”, in Ministério da Justiça (ed.), *Responsabilidade civil extracontratual do Estado – Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, 2002, pp. 53 e segs., e, mais recentemente, em *Direito da União Europeia*, cit., pp. 704-707, para além de outros nossos estudos aí citados sobre este tema específico. No mesmo sentido ver, por último, Maria José Rangel de Mesquita, *Introdução ao Contencioso da União Europeia – Lições*, 3.ª ed., Coimbra, 2018, p. 237.

258.º a 260.º do TFUE. Passamos aí para o contencioso da União Europeia do incumprimento das diretivas.

Esse processo por incumprimento inicia-se por um procedimento administrativo instaurado pela Comissão contra o Estado faltoso, nos termos do artigo 258.º, par 1, e pode desembocar numa ação contenciosa que ela decida propor contra o Estado no TJ, nos termos do artigo 258.º, par. 2. Se a iniciativa do processo contra o Estado incumpridor couber a outro Estado membro caímos na previsão do artigo 259.º. Nesse caso, este apresenta uma queixa à Comissão. Esta promove um procedimento contraditório entre os dois Estados. Se este não resultar, a Comissão enviará ao Estado faltoso um parecer fundamentado para que ele corrija o seu comportamento. Se a Comissão não enviar ao Estado incumpridor esse parecer dentro de três meses, isso não impede o Estado queixoso de propor a ação de incumprimento no TJ. O processo contencioso a que essa ação dá lugar encontra-se disciplinado no artigo 260.º.

O Tratado de Lisboa introduziu nesse artigo 260.º um novo n.º 3, que regula especificamente o contencioso nascido da não transposição atempada de uma diretiva pelo Estado. De harmonia com a inovação agora introduzida, quando a Comissão propuser uma ação contra o Estado faltoso por entender que ele não cumpriu a obrigação de comunicar as medidas de transposição de uma diretiva legislativa (e, portanto, não no caso de uma transposição mal efetuada nem no caso de se tratar de uma diretiva delegada ou de execução)⁵⁴, logo quando propõe a ação ela deve indicar qual é a sanção pecuniária que vai pedir ao Tribunal que aplique ao Estado incumpridor. Se o Tribunal der provimento à ação o montante indicado pela Comissão consiste no limite máximo da condenação possível pelo Tribunal, sendo a respetiva sentença imediatamente executória⁵⁵.

Têm sido instaurados muitos processos por incumprimento contra os Estados, inclusive contra Portugal, pelo atraso na transposição de diretivas ou por sua transposição incorreta. Nalguns casos, chega-se mesmo à situação grave do duplo incumprimento, ou incumprimento de segundo grau,

⁵⁴ Diretiva legislativa, nos termos do artigo 289.º, n.º 3, do TFUE, é uma diretiva aprovada por um qualquer dos dois processos legislativos regulados, respetivamente, nos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo.

⁵⁵ Sobre o novo n.º 3 do artigo 260.º veja-se, por último, Streinz, *Kommentar*, cit., anotações 15-19.

previsto no artigo 260.º, n.º 2, do TFUE⁵⁶. Estamos perante uma situação que não prestigia os respetivos Estados até porque, em muitos casos, eles não levantaram objeções à diretiva na fase da sua elaboração, noutras casos, não apresentam justificação plausível para o incumprimento.

12. O controlo judicial da conformidade dos contratos públicos em Portugal com as diretivas aplicáveis da União Europeia e transpostas pelo Código dos Contratos Públicos

Como se disse acima, Portugal tem negligenciado a transposição das diretivas, quer quanto ao prazo de transposição, quer quanto ao modo de as transpor. E isso, repetimos, tem acontecido também quanto às diretivas sobre a contratação pública. Podemos agora acrescentar que esse tem sido um dos domínios em que o nosso País tem manifestado maiores dificuldades na transposição.

Como bem se observa numa obra recente de carácter geral sobre a matéria⁵⁷, foram muitas e difíceis as vicissitudes que rodearam a elaboração da revisão de 2017 do CCP. Essas vicissitudes também se repercutiram no rigor que era de exigir na transposição das diretivas em causa, cujo espectro era muito largo: as Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Como acima já deixámos sublinhado, para além de um exagerado atraso na sua transposição, houve também negligência na parte substantiva da transposição. Daí resultou, naturalmente, que há muitos casos de divergência entre as diretivas e as novas normas do Código que as transpõem, o que tem vindo a provocar dificuldades àqueles que têm de cumprir e aplicar o Código na sua versão atual. Não quer isso dizer que não tenha havido erros na transposição das diretivas para a versão inicial do CCP, em 2008. Mas sem dúvida que a situação se agravou bastante com a revisão desse Código em 2017.

Como logo de início disemos, não vamos aqui referir nem normas concretas nem casos concretos em que houve incorreta aplicação das diretivas por erros havidos na sua transposição para as novas normas do Código. Basta-nos identificar a situação jurídica com isso criada e contribuir para

⁵⁶ Cf. Estatísticas do TJ disponíveis em www.curia.eu

⁵⁷ Pedro Fernández Sánchez, *op. cit.*, vol. I, pp. 34-37.

se encontrar para ela a solução que nós entendemos ser a mais adequada. Isto quer dizer que vamos refletir aqui sobre os meios que o Direito faculta para se obviar às consequências jurídicas desses vícios na transposição.

13. Consequências para os contratos públicos da desconformidade do Código dos Contratos Públicos com as diretivas que ele transpõe. O desvalor do contrato público e os meios contenciosos adequados

Assentemos em definitivo em que a diretiva é obrigatória e vinculativa para os Estados, para todos os Poderes dos Estados. Isso resulta com clareza, como acima demonstrámos, do artigo 288.º do TFUE. É necessário recordá-lo aqui porque já tem acontecido alguns arestos dos nossos tribunais porem isso em dúvida quando se referem às diretivas da União como “diretrizes”, que contêm “sugestões” ou “orientações” ou “recomendações”.

Põe-se então a seguinte questão: qual é o desvalor do contrato público celebrado de acordo com o ato de Direito nacional de transposição de uma diretiva mas em desconformidade com a diretiva da União Europeia que aquele ato transpõe mal? E como é que essa divergência se controla judicialmente?

Os Tratados não o dizem. O Direito português também não, mesmo depois de o artigo 1.º-A do CCP, no seu n.º 1, assumir, de modo expresso, como fonte do Direito português dos Contratos Públicos também o Direito da União Europeia. Enquanto o ato de transposição transpõe mal a diretiva e, portanto, a infringe, ele é ineficaz. Porquê? Aplica-se aqui a jurisprudência do TJ iniciada no caso *Simmenthal*⁵⁸, segundo a qual a norma ou o ato nacional que viole diretamente uma norma ou um ato do Direito da União não sofre uma sanção no domínio da validade (portanto, não se lhe aplica a sanção federal *Bundesrecht bricht Landesrecht*, constante da Lei Fundamental de Bona, no artigo 31.º, para as relações entre o Direito federal e o Direito dos *Länder*⁵⁹) mas apenas no domínio da eficácia ou, o que para o TJ é dizer o mesmo por outras palavras, da aplicabilidade. Portanto, numa situação

⁵⁸ Ac. 09/03/78, proc. 106/77, pontos 13 e segs., sobretudo 17-18. Veja-se o que sobre ele escrevemos no nosso *Direito da União Europeia*, cit., pp. 513-514.

⁵⁹ Veja-se a exaustiva interpretação desse artigo, inclusive no sentido defendido no texto, em Maunz e Dürig, *Grundgesetz*, 89.ª ed., Munique, 2020, anotações ao artigo 31.º.

dessas a norma em causa do ato de transposição não produz efeitos no concreto caso em que a questão é suscitada. Por conseguinte, não o tendo previamente feito a Administração Pública, porque era obrigada a fazê-lo, o tribunal nacional desaplica no caso concreto essa norma do diploma de transposição por confronto com a diretiva, que obriga o tribunal nacional, e, conseqüentemente, o contrato público perde base e fundamento legal e, por isso, é inválido⁶⁰. Esta questão da perda de fundamento do contrato tem de ser levada muito a sério. De facto, o princípio da legalidade impõe, como se sabe, que a atividade administrativa tenha o seu fundamento e os seus limites na lei. Isso abrange, portanto, também os contratos públicos. Se tiver sido desaplicada uma norma do ato de transposição (que, recordamos, no Direito português tem de ser sempre um ato legislativo, por força do artigo 112.º, n.º 8, da Constituição), o ato ou o contrato que tiver sido praticado a coberto dessa norma e tenha nesta a sua sustentação perde relevância jurídica e é inválido. Todavia, o problema não se esgota aqui. Por força do primado do Direito da União o Legislador está obrigado a remover do Direito português a norma do ato de transposição que contraria a diretiva e a substituí-la por uma outra que a transponha de modo fiel⁶¹⁻⁶².

⁶⁰ O dever para o tribunal nacional de desaplicar uma disposição legislativa ou administrativa do seu Direito interno que seja contrária ao Direito da União sem que o respetivo sistema jurídico nacional o possa impedir ou proibir está há muito tempo consagrado na jurisprudência do TJ: veja-se um dos Acórdãos pioneiros, o Ac. 14/02/95, *Peterbroeck*, proc. C-312/93.

⁶¹ Ver assim o caso *Simmenthal*, cit., pontos 21 e 22, e, com fundamento nele, o Ac. 19/06/90, *Factortame*, proc. C-213/99, o Ac. 10/07/90, *Vinho de Mesa (Comissão c. Alemanha)*, proc. C-217-88, ponto 26, e o Ac. 22/11/2005, *Mangold*, proc. C-144/04, pontos 77-78. Concedendo a esta jurisprudência a mesma interpretação que lhe damos aqui, ver Lenaerts e van Nuffel, *European Union Law*, Londres, 2011, pp. 757 e segs., e, em Portugal, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 826-826, e o nosso *Direito da União Europeia*, cit., quando apontamos ao primado um duplo efeito, abrogatório e bloqueador – loc. cit..

⁶² Devido ao primado supraconstitucional do Direito da União Europeia sobre o Direito estadual, tal como ele hoje se encontra consagrado nos Tratados e aceite na nossa Constituição, como atrás mostrámos, temos qualificado de inconstitucionalidade atípica ou insupraconstitucionalidade o desvalor das normas e dos atos que violam o primado – *Direito da União Europeia*, cit., p. 703, com base em nossos trabalhos anteriores. Essa posição está próxima da que foi introduzida no Direito Administrativo Europeu por um nome ilustre da doutrina, Chiti, ao falar de “anticomunitariedade”, em *Le peculiarità dell’invalidità amministrativa*

Portanto, voltando à desaplicação do ato de transposição, em consequência dela o tribunal nacional declara o contrato inválido (e só não o declara inexistente porque o CPA de 2015 acabou com a inexistência⁶³). O tribunal nacional pode, em princípio, fazer isso sem ser necessária a intervenção do TJ. Com efeito, como tribunal comum que é do contencioso da União⁶⁴, o tribunal nacional interpreta e aplica, de modo direto, o Direito da União, incluindo todas as suas fontes, e, portanto, também a diretiva.

Mas pode-se perguntar: o tribunal pode fazer isso sem solicitar naquele caso concreto ao TJ, a título prejudicial, a interpretação da norma da diretiva que está em relação com a norma controversa que consta do ato de transposição? A resposta é simples. Se o tribunal não for para o concreto litígio um tribunal de última instância, isto é, se da sua sentença no litígio concreto couber recurso jurisdicional de Direito interno, ele não é obrigado a colocar ao TJ a questão prejudicial de interpretação. É o que decorre, com toda a simplicidade, do artigo 267.º, par. 2, do TFUE. Se, ao contrário, da sua sentença no litígio concreto não couber esse recurso, o tribunal nacional continua a não ser obrigado a suscitar a questão prejudicial de interpretação se, atentas as circunstâncias concretas do caso concreto, a interpretação da diretiva não suscitar “qualquer dúvida razoável”. Foi o que, partindo da doutrina do Acórdão *CILFIT*⁶⁵, o TJ decidiu no caso *Intermodal Transports*⁶⁶. Indo mais longe, o TJ explica, num caso português, que “a simples existência de decisões contraditórias proferidas por outros órgãos jurisdicionais não pode constituir um elemento determinante, suscetível de impor a obrigação

per antimunitarietà, in Rivista italiana de diritto pubblico comunitario 2008, pp. 477 e segs.. Em Portugal, a insupraconstitucionalidade, com o mesmo sentido do nosso, acha-se acolhida também por Paulo Otero, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I-2.º tomo, Lisboa, 1999, p. 197, e *Direito Constitucional Português*, vol. II, Coimbra, 2010, p. 442.

⁶³ Veja-se Vieira de Andrade, “Artigo 161.º”, in Fausto de Quadros, Sérvulo Correia, Rui Machete, Vieira de Andrade, Maria da Glória Garcia, Mário Aroso de Almeida, Políbio Henriques e José Miguel Sardinha, *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Coimbra, 2016, pp. 320 e segs. (322).

⁶⁴ É a “aplicação descentralizada do Direito da União”, de que nos falamos, sobretudo depois do Tratado de Lisboa, Lenaerts e van Nuffel, *op. cit.*, p. 524. Ver também Fausto de Quadros e Ana Martins, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra, 2007, p. 23.

⁶⁵ Ac. 06/10/82, proc. 283/81.

⁶⁶ Ac. 15/09/2005, proc. C-495/03, ponto 37.

enunciada no artigo 267.º, terceiro parágrafo, do TFUE”⁶⁷. Contudo, o tribunal de última instância, mesmo não tendo dúvidas sobre a interpretação da diretiva na sua relação com a norma do ato de transposição, será obrigado a submeter a questão prejudicial de interpretação ao TJ quando, simultaneamente, tiver havido “decisões divergentes de tribunais inferiores quanto à interpretação” e “dificuldades de interpretação recorrentes” da diretiva nos diferentes Estados membros⁶⁸ – o que, mostra a prática, não é muito vulgar acontecer⁶⁹.

Se optar, nos termos referidos e em função das circunstâncias específicas do caso concreto, por suscitar uma questão prejudicial de interpretação junto do TJ, nos termos do artigo 267.º do TFUE, o TJ, verificando, ao interpretar a diretiva, que essa interpretação se opõe à norma do ato que a transpõe, deixará ao tribunal nacional o encargo de retirar daí as respetivas consequências jurídicas que se extraem da elaboração que a jurisprudência do TJ deu às questões prejudiciais, ou seja, o encargo de desaplicar essa norma nacional. É o que este terá de fazer e, perante isso, não restará ao tribunal nacional outro caminho que não seja o de, numa ação de anulação proposta por quem prove ter legitimidade para tanto, declarar inválido o contrato público celebrado à sombra dessa norma, por falta de base legal. Nessa ação o autor poderá cumular o pedido de anulação com o pedido de indemnização pelos danos que prove ter sofrido com a má transposição da diretiva, de harmonia com a jurisprudência *Francovich*, atrás referida.

A desaplicação do ato de transposição pelo tribunal nacional, por sua iniciativa ou por efeito da execução por ele de um acórdão prejudicial de interpretação, é questão do Direito da União. De modo diferente, a questão do desvalor jurídico do ato ou do contrato celebrado à sombra do ato de transposição é questão do Direito nacional. Esse desvalor deverá, portanto, ser extraído pelo tribunal nacional do seu próprio Direito interno. É uma

⁶⁷ Ac. 09/09/2015, caso *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*, já cit., ponto 41.

⁶⁸ O mesmo caso citado na nota anterior, pontos 44-45.

⁶⁹ Já que falámos do Acórdão *CILFIT*, diremos de passagem que conviria que os tribunais portugueses a respeitassem mais, não suscitando uma questão prejudicial de interpretação quando ela, manifestamente, não é necessária nem pertinente para o julgamento do litígio principal, ou quando a interpretação da norma da União que está em questão é manifestamente clara. Caso contrário, entre outras consequências, estão a atrasar ainda mais o andamento do processo principal. Ver o nosso *Direito da União Europeia*, cit., pp. 596 e segs. e 613 e segs.

consequência do princípio da autonomia dos Estados na aplicação do Direito da União, princípio esse que tem tido uma intensa densificação pelo TJ, ainda que com base nos Tratados. Ao mesmo tempo que criou e desenvolveu esse princípio o TJ tem insistido em que a autonomia dos Estados na aplicação do Direito da União não pode servir de pretexto para eles se eximirem ao cumprimento das obrigações que para eles advêm do Direito da União⁷⁰.

Dentro dessa linha de orientação o que se extrai do Direito positivo português sobre o desvalor do contrato público?

Se da desaplicação do ato de transposição resultar para o contrato a perda de todo o procedimento administrativo pré-contratual ou de um ato procedimental em que tenha assentado a sua celebração (por exemplo, o ato administrativo de aprovação do contrato ou o ato de adjudicação), e que se enquadre em qualquer das causas de nulidade previstas, a título exemplificativo, nas alíneas do artigo 161.º, n.º 2, do CPA, ou previstas em lei especial a coberto do n.º 1 do mesmo artigo 161.º, o contrato é nulo, por força e nos termos do artigo 283.º, n.º 1, do CCP. Ou seja, neste caso a nulidade do procedimento ou do ato em que tenha assente a celebração do contrato gera, como consequência, a nulidade do contrato (desde que aquela já tenha sido judicialmente declarada ou ainda o possa ser, exige esse preceito contra a teoria geral da invalidade no Direito Português, que, para o atendimento da nulidade, nem exige a sua prévia declaração judicial nem fixa um prazo para o efeito). Note-se que o nosso Tribunal de Contas, à sombra deste preceito do CCP, já considerou nulo o contrato com fundamento na nulidade do procedimento ou do ato procedimental em que estava fundada a sua celebração. Nos dois Acórdãos que relevam para aqui, num deles aquele Tribunal concluiu pela nulidade resultante da preterição total do procedimento dirigido à escolha do co-contratante e, noutro, pela nulidade da adjudicação, resultante da falta de um seu elemento essencial. Ele subsumiu os dois casos no artigo 133.º, n.º 1, do CPA de 1991, com uma fundamentação que, após a revisão em 2015 desse Código, o levaria a integrar as duas nulidades no seu atual artigo 161.º, n.º 2, al. 1)⁷¹.

⁷⁰ Veja-se esta matéria desenvolvida no nosso *Direito da União Europeia*, cit., pp. 648 e segs., com base na jurisprudência do TJ.

⁷¹ Respetivamente, Ac. n.º 5/2012 – 1.ª S/SS, de 17/12/2012, proc. 1855/2011, e Ac. n.º 29/2013 – 1ª S/SS, de 18/11/2013, proc. 1469/2013.

Se, de modo diferente, da desaplicação do ato de transposição resultar a perda para o contrato de todo o procedimento administrativo contratual, independentemente do procedimento pré-contratual, o contrato é nulo por si próprio, por força e nos termos da remissão do artigo 284.º, n.º 2, do CCP, para o artigo 161.º do CPA. Dessa remissão resulta que são transponíveis para o contrato, com as devidas adaptações, as causas de nulidade previstas para o ato administrativo no artigo 161.º, n.º 2, do CPA, nas suas alíneas b), c), d), e), f) [embora esta nulidade também possa resultar para o contrato do n.º 3 do mesmo artigo 284.º], g) e l)⁷², para além das causas de nulidade fixadas para o ato de modo expresso em lei especial, à sombra do n.º 1 do mesmo artigo 161.º. Diga-se de passagem, porque a questão não cabe nas intenções deste estudo, que não se compreende que a ofensa dos Princípios Gerais da Atividade Administrativa, agora previstos e regulados nos artigos 3.º e seguintes do CPA, e alguns dos quais são de fonte constitucional e supraconstitucional, tenham sido pura e simplesmente excluídos, em globo, de fonte da nulidade do contrato no n.º 1 do artigo 284.º do CCP, atenta a natureza, o fundamento e o valor que esses princípios, uns mais do que outros, têm hoje no Direito Administrativo português⁷³.

Se da desaplicação nas duas hipóteses anteriores resultar a mera anulabilidade do procedimento administrativo (pré-contratual ou contratual) essa anulabilidade é suscetível de ser afastada nos termos dos artigos 283.º, n.º 4, e 285.º, n.º 4, ambos do CCP.

Não há aqui atribuição de efeito direto à diretiva, que seria o efeito direto horizontal. A linha de separação entre as duas situações pode parecer ténue, mas, na verdade, são duas situações totalmente distintas: no caso em apreço não se invoca a diretiva contra um particular, apenas se invoca perante o tribunal nacional a desconformidade do ato nacional de transposição com a diretiva e pede-se ao tribunal que declare essa desconformidade.

⁷² Veja-se sobre este ponto, com base na demais doutrina, Ana Raquel Gonçalves Moniz, “A invalidade do contrato no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 1197 e segs. (1214 e 1221 e segs.). Sobre o artigo 161.º do CPA veja-se Vieira de Andrade, *loc. cit.*

⁷³ Ver Fausto de Quadros, “Princípios gerais da atividade administrativa”, in *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, obra coletiva cit., pp. 18 e segs.

Correspondentemente, o tribunal nacional não aplica a diretiva contra um particular, mas, muito diferentemente, na defesa da legalidade do Direito da União (que antes se chamava legalidade comunitária), a que está obrigado como tribunal comum do Direito da União, como acima se demonstrou, decide que o ato nacional de transposição viola a diretiva, com a qual se devia conformar, e extrai daí todos os efeitos jurídicos, isto é, desaplica aquele ato de transposição e, conseqüentemente, decide-se pela invalidade do contrato público.

Uma vez detetada pelo tribunal nacional a desconformidade do ato de transposição com a diretiva e quando o tribunal nacional conclua pela nulidade do contrato, são do conhecimento oficioso do juiz nacional a desaplicação do ato de transposição assim como a conseqüente nulidade do contrato público.

Em que sede jurídica pode ser suscitada a questão da desconformidade do contrato com a diretiva mal transposta?

Se o interessado optar por questionar a validade do contrato público pela impugnação de um ato pré-contratual, porque, por exemplo, entende que a invalidade do contrato advém de ato procedimental inválido dado que é este que está diretamente em desconformidade com a diretiva, nesse caso o meio adequado será o da invocação perante o respetivo tribunal nacional de efeito direto vertical da diretiva. Se não se reunirem no caso concreto os requisitos do efeito direto, que acima ficaram enunciados, nessa hipótese, e seguindo a doutrina defendida pelo TJ no já referido caso *Dominguez*, o meio adequado será o de uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra o respetivo Estado na esteira da jurisprudência *Francovich*. Para a hipótese, que não se deve excluir, de o tribunal nacional decidir não suscitar a questão prejudicial quando está obrigado a fazê-lo, ou não der cumprimento cabal ao Acórdão prejudicial, nesse caso à responsabilidade extracontratual do Estado pela transposição incorreta da diretiva pode somar-se a responsabilidade extracontratual do Estado por aqueles atos jurisdicionais (de ação ou omissão), que, sendo assim, deve ser efetivada nos termos dos Acórdãos do TJ proferidos nos casos *Köbler*⁷⁴ e *Traghetti*⁷⁵⁻⁷⁶.

⁷⁴ Ac. 30/09/2003, proc. C-204/01.

⁷⁵ Ac. 13/06/2006, proc. C-173/03, sobretudo pontos 38 e segs. e 47.

⁷⁶ Ver a análise que fazemos dos dois Acórdãos em *Direito da União Europeia*, cit., pp. 705 e segs.

Em qualquer desses processos de responsabilidade, por sua vez, pode o tribunal nacional vir a suscitar, nos termos em que mostrámos o problema colocar-se, uma questão prejudicial junto do TJ. Já nos debruçámos atrás sobre esta matéria, inclusive com referência a um caso português em que o TJ aplicou essa doutrina.

Se, de modo diferente, o interessado optar por questionar diretamente a validade do contrato público com fundamento em invalidade própria do contrato, porque, por exemplo, entende que é o contrato que está diretamente em desconformidade com a diretiva, nesse caso o meio adequado será o de uma ação de anulação do contrato. Nessa ação o interessado pedirá ao tribunal que desaplique o ato de transposição e declare inválido o contrato. Também nessa situação o tribunal nacional pode vir a suscitar, nos termos em que mostrámos o problema colocar-se, uma questão prejudicial de interpretação junto do TJ. O interessado pode somar ao pedido de anulação do contrato (no mesmo processo ou em processo autónomo, isso dependerá das circunstâncias processuais do caso concreto) uma ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos prejuízos sofridos, sempre segundo a jurisprudência *Francovich*, e inclusive, se for o caso, por ação ou omissão que eventualmente se verifique da parte do Estado-Juiz, segundo a jurisprudência *Köbler* e *Traghetti*. Já explicámos isso atrás.

14. Outras situações contenciosas

Acabámos de tratar o problema nuclear deste artigo: o de saber como se corrige por via judicial a desconformidade entre um contrato público e a diretiva da União com a qual aquele se devia conformar. Vamos agora, e para concluir, debruçar-nos sobre situações laterais em relação a essa mas que têm muito importância para a celebração de contratos públicos em conformidade com as diretivas. São duas: a da autenticidade da diretiva e a da obrigação para os Estados de respeitar a diretiva ainda antes da sua transposição. Vamos ver essas situações em ligação com os contratos públicos.

Já nos ocupámos em cima das duas questões em teoria, mas é agora altura de as examinarmos em relação com a realidade portuguesa.

15. **Idem: a) O controlo da autenticidade da diretiva**

Quando da celebração de um contrato público, todos – partes, Administração Pública, tribunais – terão que começar antes de tudo, como se viu acima, pela fiscalização da autenticidade da diretiva transposta pelos artigos do CCP que se lhe aplicam. Isto é, terão que começar por se certificar de que a diretiva corresponde àquilo que o Legislador da União quis vazar no seu conteúdo.

É natural que os órgãos de interpretação e aplicação das diretivas em Portugal, ou seja, os Poderes Legislativo, Administrativo e Judicial (sobretudo a Administração Pública e os tribunais), se sirvam preferencialmente da versão da diretiva na língua portuguesa. Trata-se de uma versão oficial, provinda dos próprios órgãos da União. Mas será errado eles julgarem que essa versão tem para eles prioridade sobre outras versões noutras línguas da União. Por isso, sempre, mas sobretudo em caso de dúvida, eles devem fazer o que o TJ fez no caso português *Ambisig*, como acima mostrámos, isto é, confrontar várias versões linguísticas da diretiva para depois concluir pelo texto autêntico e fidedigno dessa diretiva. Portanto, não havendo superioridade de nenhuma versão linguística sobre as demais, nada autoriza o Legislador, a Administração Pública ou o Juiz nacional a conceder, por princípio, prioridade à versão portuguesa quando se transpõe a diretiva para o Direito português ou se aplica a diretiva no ordenamento jurídico português. E, por maioria de razão, nada aconselha as partes a negociarem um conteúdo para o contrato que não coincide com a versão linguística autêntica da diretiva.

No que respeita ao controlo judicial, isto quer dizer que, debruçado sobre a relação entre um contrato público e uma diretiva, o tribunal nacional terá que começar por se certificar de que a versão oficial da diretiva com a qual está a lidar é a autêntica. É um problema de interpretação da diretiva. Tem para isso competência o tribunal nacional respetivo. De facto, já o dissemos várias vezes, como órgão comum de aplicação do Direito da União cabe-lhe interpretar e aplicar a diretiva ao caso concreto ou por sua iniciativa ou por efeito direto da diretiva invocado pelo particular (e não pelo Estado contra o particular, pelas razões atrás expostas). Se tiver dúvidas sobre a interpretação da diretiva, nesse caso o tribunal nacional pode suscitar junto do TJ uma questão prejudicial de interpretação da diretiva nos termos do artigo 267º do TFUE e da jurisprudência formada pelo TJ

em seu torno, como fez o Tribunal Central Administrativo do Sul no caso *Ambisig*.

Caso o tribunal nacional não siga esse caminho para fazer triunfar a versão autêntica da diretiva, o particular lesado poderá efetivar a responsabilidade civil extracontratual do Estado, por ação ou omissão do Juiz nacional, como acima explicámos.

16. Idem: b) A interpretação conforme da diretiva

Um outro aspeto de índole contenciosa relativamente à relação entre a diretiva e os contratos públicos prende-se com o comportamento do Estado no período que decorre entre a publicação da diretiva no JOUE e a sua transposição para o Direito interno. A questão é particularmente importante em Portugal porque, de um modo geral, a transposição das diretivas da União Europeia sobre contratos públicos tem sido muito tardia.

Já foi explicado atrás quais são, em geral, as obrigações do Estado nesse período. Vamos agora adaptar isso ao caso português.

Como acima se demonstrou, existe hoje uma corrente jurisprudencial no TJ segundo a qual os Estados ficam obrigados pela diretiva na data da sua entrada em vigor na Ordem Jurídica da União, portanto, mesmo antes da sua transposição para o seu Direito interno. Dentro desta orientação, os Estados, a partir dessa data, por um lado, estão proibidos de adotar quaisquer medidas que possam comprometer o resultado visado pela diretiva. E, por outro lado, eles devem, logo a seguir a essa data, por em vigor de imediato todas as medidas concretas que forem necessárias para que a sua Ordem Jurídica nacional alcance, depois da transposição, o resultado fixado pela diretiva. Essas obrigações estendem-se ao dever que recai sobre os tribunais nacionais de controlar a legalidade tanto das ações como das omissões do Estado que ignorem essas obrigações.

Vamos então imaginar que é celebrado um contrato público em desconformidade com uma diretiva depois da entrada em vigor desta mas ainda antes da sua transposição para o Direito interno. Temos que distinguir nesse caso duas situações: já tinha ou não expirado o prazo para a transposição.

Se o contrato público tiver sido celebrado ainda antes da transposição da diretiva e também antes de terminado o prazo para a transposição, o juiz nacional, colocado perante o problema da interpretação do contrato,

deve interpretá-lo de modo a respeitar o “efeito útil” da diretiva. Se o não fizer, estará a infringir o dever, que incumbe aos Poderes do Estado, de não fazerem nada, após a entrada em vigor da diretiva, que possa por em perigo o cumprimento da diretiva ou que vá dificultar a sua transposição. Caso não atue assim, o tribunal estará a fazer incorrer o Estado em responsabilidade civil extracontratual perante o lesado. Aliás, incide sobre o tribunal nacional, numa situação dessas, o dever de fazer cessar de imediato os efeitos das medidas que o Estado tiver adotado depois da publicação da diretiva que dificultem a obtenção do resultado prescrito pela diretiva. Já vimos isso atrás com maior desenvolvimento.

Todavia, se o contrato público tiver sido celebrado ainda antes da transposição da diretiva mas já depois de terminado o prazo para a transposição (foi o que aconteceu com as Diretivas de 2014 que foram transpostas em 2017 com a revisão do CCP), o juiz nacional deve interpretar o contrato em conformidade com a diretiva. Se não o puder fazer, e se o particular o invocar, terá de conceder efeito direto vertical à diretiva desde que fique provado que se reúnem no caso concreto os requisitos para tal exigidos pelo TJ. Pode para tanto, se quiser, colocar uma questão prejudicial de interpretação da diretiva ao TJ. Esse efeito direto será, em condições normais, invocado numa ação de anulação do contrato. Se também isso não puder ser feito porque no caso concreto não se encontram reunidas as condições exigidas para o tribunal suscitar a questão prejudicial junto do TJ, o tribunal nacional deverá condenar o Estado em responsabilidade civil extracontratual perante o particular lesado pelos prejuízos que este venha a demonstrar. Também nesta situação, se o Estado tiver entretanto aprovado medidas desconformes com a diretiva, o tribunal deverá anulá-las com o mesmo fundamento de na hipótese anterior, e, se o Estado não tiver aprovado as medidas adequadas à transposição, o tribunal nacional deverá condená-lo por essa omissão. Num caso e noutro poderá iniciar esses processos judiciais quem provar ter legitimidade para o efeito. Também isto já foi explicado atrás com maior profundidade e com base na jurisprudência do TJ.

17. Excurso: a “Diretiva recursos”

Não nos ocupámos neste artigo do problema da transposição da “Diretiva recursos” (atualmente, a Diretiva nº 2007/66/CE, do Parlamento Europeu

e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007), para a Ordem Jurídica portuguesa porque, não tendo sido essa Diretiva transposta pelo CCP, ela escapa ao objeto deste estudo.

Aliás, o problema maior que, na matéria de recursos em sede de contratos públicos, o Direito positivo Português coloca nem é um problema nascido da transposição de diretivas, é um problema que tem a sua origem numa pura opção soberana do Legislador português: ele resolveu, por sua exclusiva iniciativa, e sem que o Direito da União Europeia o obrigasse a isso, fixar, no artigo 101.º do CPTA, um prazo, e um prazo muito curto, para a impugnação dos atos aí referidos. A interpretação desse artigo faz nascer dois problemas, que qualificada doutrina há muito já identificou: o primeiro, e o mais grave, o da fixação, pela primeira vez no Direito Administrativo português, e, como atrás se disse, ao arrepio da teoria da invalidade do ato jurídico no sistema jurídico português, de um prazo para a impugnação de atos nulos; depois, o problema da fixação de um prazo para a impugnação de atos anuláveis que é diferente do prazo geral fixado no CPTA para o efeito e que, além disso, é um prazo muito curto. Se subsistirem dúvidas sobre se é a “Diretiva recursos” que impõe esse regime (o que, em face do que acima dissemos, a nosso ver não se justifica), poderá o juiz português, por sugestão das partes ou por sua iniciativa, e num processo principal em que se discuta o referido artigo 101º do CPTA, perguntar ao TJ, através de uma questão prejudicial de interpretação, suscitada ao abrigo do artigo 267º do TFUE, se as normas pertinentes da “Diretiva recursos” deverão ser interpretadas no sentido que o Legislador nacional verteu naquele artigo do CPTA. Devemos dizer que nos surpreende o facto de ainda não ter sido utilizada esta via.

Esperamos ter a oportunidade de voltar a este assunto num outro contexto.

Colares, Sintra, março de 2020