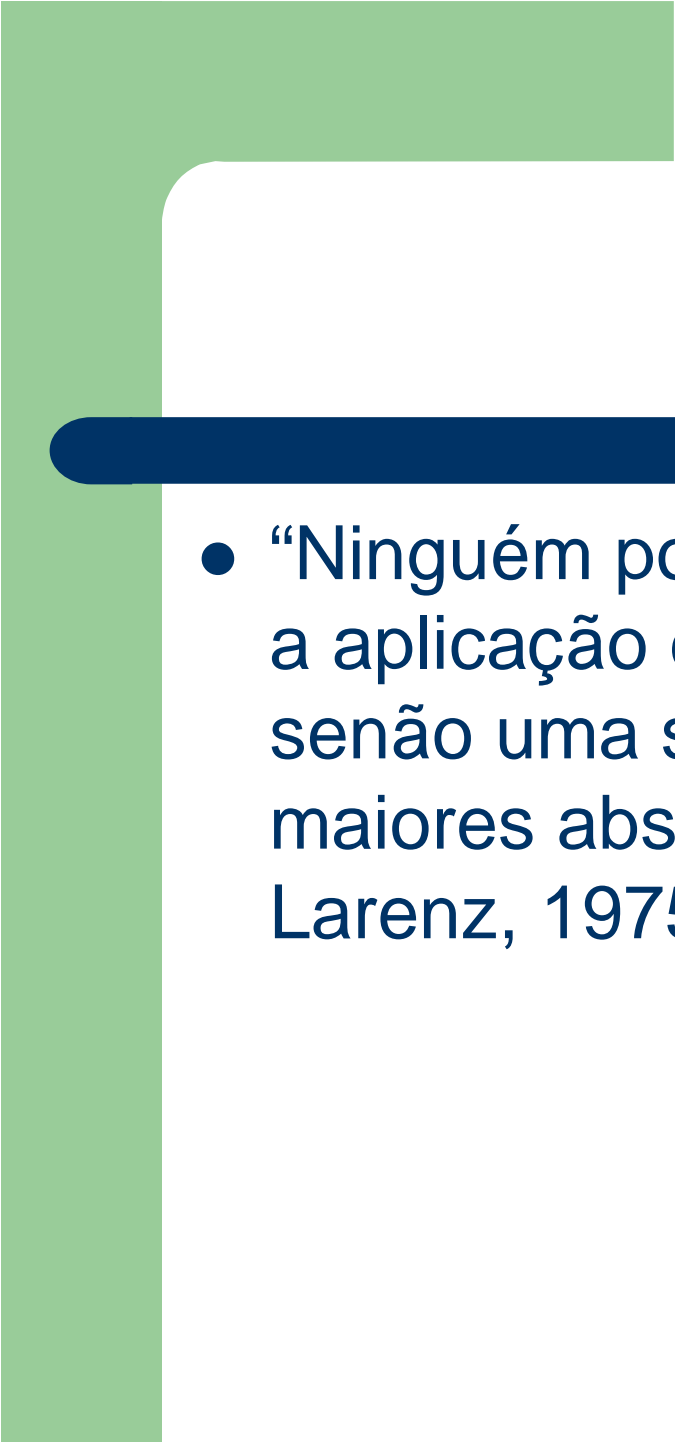



# **Contratos públicos caducidade**

CEJ, 15/06/2012

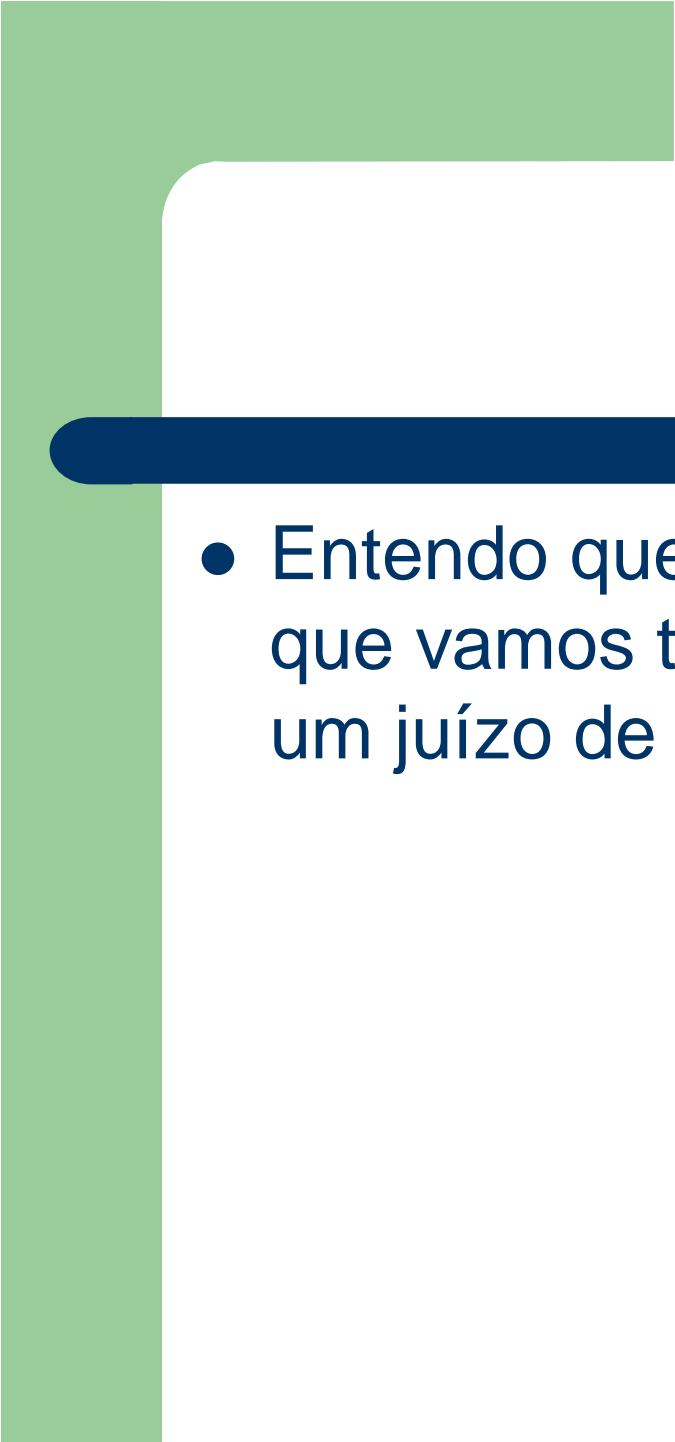

Paulo Carvalho

---

- 
- 
- “Ninguém pode mais afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstractamente formuladas” (Karl Larenz, 1975)

## Artº 100.2: Posição do STA

- Pode-se impugnar o ato de adjudicação do concurso em causa com base em ilegalidades das normas concursais, ato esse em que essas ilegalidades se repercutam, invalidando-o.

- 
- 
- Entendo que a questão não é líquida pelo que vamos tentar resolvê-la com recurso a um juízo de ponderação.

## 4 razões para a actual complexidade interpretativa

- 1- Incerteza da linguagem
  - Sintáctica
  - Polissémica
  - Vagueza da norma
  - Utilização de conceitos abertos.
- 2- Conflitos normativos
- 3- Lacunas jurídicas
- 4- Necessidade de uma decisão que contrarie a literalidade da norma.

## 4 pressupostos

- 1- O Direito não é uma democracia, é uma ciência exacta.
- 2- Em caso de conflito insanável entre a certeza e a justiça, a certeza deve prevalecer.
- 3- Há questões jurídicas cuja solução exige ferramentas de outros ramos do conhecimento.
- 4- O modo de controle de uma decisão jurídica não é a análise do processo de raciocínio, é a verificação do resultado.

## Riggs vs Palmer, (Supreme Court NY, 1888)

- Primeiro processo a dizer que um princípio jurídico, no caso que ninguém pode beneficiar da sua conduta ilícita (*no man may profit from his own wrong*), prevalecia sobre uma regra.

# Acórdão Luth

(Tribunal Constitucional Alemão, 13/01/1958)

- 1- Natureza intersubjetiva dos direitos fundamentais.
- 2- Efeito irradiante dos direitos fundamentais sobre todo o sistema jurídico.
- 3- A colisão de direitos fundamentais resolve-se pela ponderação de bens
- 4- O modo de controlar a bondade de uma decisão não é verificar os pressupostos, é verificar a solução.



## Casos em que se recorre à Ponderação

- 1- Quando a subsunção não é conclusiva
- 2- Colisão normativa não resolúvel por norma de conflitos
- 3- Colisão de soluções legais

# Subsunção não conclusiva

- Quando através da subsunção não chegamos a uma conclusão convincente sobre qual o sentido da norma
- Não é uma qualquer dificuldade interpretativa que permite recorrer à ponderação, é uma dúvida séria e sobre cuja resposta não é de todo possível obter uma solução segura

# Colisão normativa não resolúvel por norma de conflitos

- Conceito de norma jurídica:

$$\bullet H \times D = R$$

- em que:
- H= hipótese legal
- D= operador deôntico
  - permissão
  - imposição
  - proibição
- R= Resultado jurídico

# Colisão normativa: norma especial

Norma 1:  $(H1 + H2) \times D = R1$

Norma 2:  $(H1 + H2 + H3) \times D = R2$

A norma 2 é especial em relação à norma 1, porque o seu campo de previsão normativa contém toda a previsão da norma 1 e algo mais.

## Colisão normativa: situação mais habitual

- Norma 1:  $(H1 + H2) \times D = R1$
- Norma 2:  $(H2 + H3) \times D = R2$
- Se não houver norma de conflitos que regule a sobreposição da previsão normativa H2 entre as duas normas, o conflito normativo tem de ser resolvido por ponderação.

# Conflito de soluções legais

- Norma 1:  $H1 \times D = R1$
- Norma 2.  $H2 \times D = R2$ , em que as soluções legais  $R1$  e  $R2$  são incompatíveis.
- Aqui, o conflito não é normativo, é de soluções legais, logo, não há norma de conflitos aplicável (pois as normas de conflitos só regulam conflitos dos campos de previsão normativos), pelo que a solução do conflito tem de ser por Ponderação.

# Métodos de ponderação

---

- Hoc Balancing
- Definitional Balancing

# Hoc Balancing

- Caso a caso, o intérprete balança os interesses em jogo e diz, segundo a sua opinião, qual deve prevalecer.



# Definitional Balancing

- A Ponderação de bens tem de ser algo objectivo, controlável, ter regras definidas e transparentes.
- *“giving reasons for a decision, in cases of both deductions and balancing, is, after all, what judges owe to society (to the parties and the general public) in a democracy”* - Marko Novak

# Definitional Balancing

- Sistema Americano. Ex: processo Sullivan (1964):  
“Um Estado não pode, sob o primeiro e décimo quarto aditamentos, conceder uma indemnização a um funcionário público em virtude de falsidade difamatória relacionada com a sua conduta oficial a menos que ele prove que houve intenção maliciosa – que a declaração fora feita com conhecimento da sua falsidade ou com despreocupação sobre se a mesma era verdadeira ou falsa”

# Definitional Balancing

- Sistema Alemão: Conjunto de decisões jurisprudenciais, conjugadas com a doutrina, vai permitir que a ponderação de bens tenha um conjunto de regras.
- A tese mais importante é atualmente a de Robert Alexy

## Dworkin e Alexy: Distinção entre princípios e regras

- As regras são de aplicação rígida, binária, ou se aplicam ou não (a sua aplicação faz-se pela subsunção).

# Dworkin e Alexy: Distinção entre princípios e regras

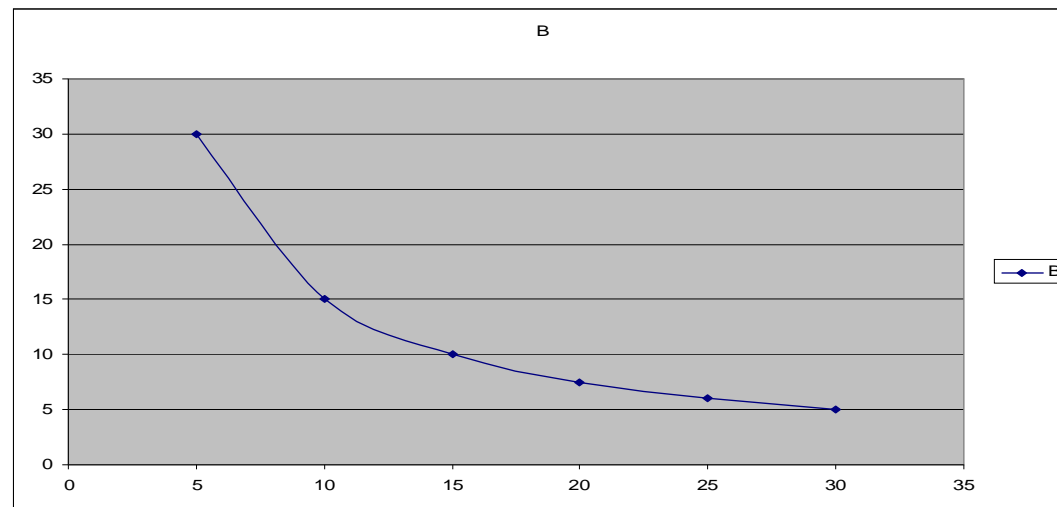
- Os princípios deixam de se distinguir por serem normas de uma ordem superior, para passarem a ser normas qualitativamente diferentes. Passam a distinguir-se das regras por serem elásticos, por poderem ser comprimidos, por poderem aplicar-se muito ou pouco. A diferença deixa de ser de grau e passa a ser de qualidade. Quando dois princípios conflituam entre si, a aplicação depende de um trabalho de ponderação entre ambos. Um expande-se à custa do outro. Quando um se expande, ou outro comprime-se. Os princípios são verdadeiros mandados de otimização. Por isso, os princípios passam a ter, consoantes as circunstâncias do caso concreto, uma aplicação maior ou menor dos seus comandos.

## Dworkin e Alexy: Distinção entre princípios e regras

- Movimento neoconstitucional: não há diferenças entre princípios e regras.

# Alexy: Leis da Ponderação

- 1ª Lei: *Quanto maior for o grau de insatisfação ou detrimento de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação de outro*



- 2ª Lei: *Quanto mais forte for o peso da interferência com um direito constitucional, maior deve ser a fiabilidade das suas premissas*

# Alexy: Fórmula do Peso

- $$W_{ij} = \frac{I_i \times W_i \times R_i}{I_j \times W_j \times R_j} = \frac{a}{b}$$
- Ou de outra forma:
- $$W_{ij} = (I_i \times W_i \times R_i) / (I_j \times W_j \times R_j) = a/b$$
- Em que:
- $I_i$  = Intensidade da interferência sentida pelo princípio I por força da aplicação do princípio oposto (j)
- $W_i$  = Importância do direito
- $R_i$  = Fiabilidade das assumptions.
- Idem para j



## Alexy: Fórmula do Peso

- $W_{ij} = (I_i \times W_i \times R_i) / (I_j \times W_j \times R_j) = a/b$
- Cada um dos valores vai ser dividido numa escala tripartida, correspondente a Fraco, médio ou forte.
- $I = 1$  ou  $2$  ou  $4$
- $W = 1$  ou  $2$  ou  $4$
- $R = \frac{1}{4}$  ou  $\frac{1}{2}$  ou  $1$

# Alexy: Fórmula do Peso

- Valores em causa no artº 100.2. CPTA:
- Se aceitarmos que este artigo tem carácter meramente exemplificativo, teremos que:
  - - os concorrentes não necessitam de se preocupar em identificar erros no programa ao longo do concurso;
  - - os concorrentes preteridos terão uma tutela fundamentalmente de segundo grau em vez de primeiro grau;
  - - o interesse público num concurso que siga a forma legal é mais difícil de atingir;
  - - os concorrentes podem guardar “em carteira” os erros detetados a fim de posteriormente fundamentarem a sua impugnação se não ganharem o concurso;
  - - os concorrentes terão um prazo mais longo para impugnarem as peças concursais, ficando o direito ao acesso à justiça mais protegido.

# Alexy: Fórmula do Peso

- Se entendermos que o artº 100.2. tem carácter preclusivo:
- - os concorrentes têm de colaborar com as entidades adjudicantes na identificação atempada dos erros das peças concursais;
- - a tutela de primeiro grau é mais fácil de atingir;
- - o interesse público num concurso que siga desde o princípio a forma legal é mais fácil de atingir;
- - os concorrentes terão um prazo mais curto para impugnarem as peças concursais, ficando o direito ao acesso à justiça menos protegido.

## Alexy: Fórmula do Peso

- $W_{ij} = (I_i \times W_i \times R_i) / (I_j \times W_j \times R_j) = a/b$
- O litígio é fundamentalmente entre por um lado o direito ao acesso à justiça e o interesse público num concurso que siga desde o princípio a forma legal. Assim teremos:

## Alexy: Fórmula do Peso

- A intensidade da interferência sofrida pelo princípio do acesso à justiça pela aplicação do princípio oposto é fraca, logo o valor é 1.
- O princípio é importante: valor 4
- A fiabilidade das assunções é grande: valor 1.
- $W_{ij} = (1 \times 4 \times 1) / (1 \times 4 \times 1) = 1$

# Alexy: Fórmula do Peso

- A intensidade da interferência sofrida pelo princípio do interesse público num concurso que siga desde o princípio a forma legal pela aplicação do princípio oposto é forte: valor 4.
- O princípio é de importância mediana: valor 2
- A fiabilidade das assunções é grande: valor 1.
- $W_{ij} = (1 \times 4 \times 1) / (4 \times 2 \times 1) = 4/8$

# Advertência

- A fórmula do peso não é um método para obter resultados acríticos, é uma forma de demonstrar a racionalidade da ponderação.
- Há mais técnicas de ponderação

## Artº 101 CPTA

- Ac. do Pleno do STA, de 06/02/2007, proc. nº 598/06: O prazo de impugnação é de um mês, mesmo em caso de nulidade.
- A entidade adjudicante, em caso de corrupção, pode recusar-se a cumprir o contrato, ou propor uma acção de simples apreciação, sem que o outro contratante possa invocar o contrato como fonte dos seus direitos, pois ninguém pode beneficiar da sua conduta ilícita.
- O que esta construção não permite é a terceiros impugnarem o contrato depois do prazo.



## Prazo para propositura de acções pelo M. P.

- Sendo o M. P. uma estrutura hierarquizada, o prazo só se pode começar a contar a partir do momento em que quem pode propor a acção tem conhecimento, ou um seu superior hierárquico.