

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DAS ENTIDADES ADJUDICANTES E PERDA DE CHANCE

SUMÁRIO:

1. Introdução
2. A figura da perda de *chance*
 - 2.1 Origem e evolução histórica
 - 2.1.1. Em geral
 - 2.1.2. Na responsabilidade civil por ato médico
 - 2.1.3. Apreciação no contexto do sistema de responsabilidade civil francês
 - 2.2 Apreciação crítica: a questionável autonomia do dano patrimonial de perda de *chance*
3. A responsabilidade das entidades adjudicantes
 - 3.1 O enigmático artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE
 - 3.2 O regime da *culpa in contrahendo* e a indemnização do interesse contratual positivo
 - 3.3 A (limitada) discricionariedade das entidades adjudicantes
 - 3.4 A deslocação do problema para o plano da responsabilidade pela inexecução de sentença anulatória
4. Conclusão

1. Introdução

O presente texto serviu de base à intervenção que tivemos oportunidade de fazer na conferência organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, dedicada ao tema da responsabilidade civil das entidades públicas e que teve lugar no dia 10 de maio de 2013. Afigurando-se-nos, por um lado, que o tema da perda de *chance* não é específico da contratação pública e, por outro, que a problemática da responsabilidade das entidades adjudicantes não se cinge à relevância da perda de *chance*, optámos por abordar primeiro a figura da perda de *chance* e ocupar-nos, depois, dos aspetos específicos da contratação pública.

Deve ressaltar-se, porém, que o teor deste texto não é original e corresponde, com adaptações, ao que já escrevemos noutros locais¹. Se tais adaptações permitiram condensar o texto, poderão ter contribuído também, num ou noutro aspeto, para tornar a exposição menos completa ou menos fundamentada, pelo que se convida os leitores a confrontar, sempre que possível, os escritos originários.

2. A figura da perda de *chance*

2.1. Origem e evolução histórica

2.1.1. Em geral

A origem da figura da perda de *chance* remonta ao acórdão tirado pela *Cour de cassation* em 17 de Julho de 1889, no qual foi concedido provimento a um pedido de indemnização pela perda da possibilidade de prossecução de um processo judicial e, por conseguinte, de obtenção de ganho de causa².

Desde esse acórdão, o mesmo Tribunal superior vem confirmando regularmente a respetiva doutrina e admitindo a indemnização do dano de perda de *chance*, em particular nos casos de responsabilidade civil profissional no âmbito do patrocínio judiciário. Está em causa, fundamentalmente, a ideia de que a falta cometida pelo advogado ou consultor que resulte na perda da *hipótese* ou *possibilidade* de conservação ou satisfação dos direitos do respetivo cliente constitui um dano indemnizável. O mesmo racional foi, porém, paulatinamente alargado aos mais diversos domínios de aplicação, tendo a jurisprudência francesa admitido que a

¹ Cf. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra, 2011, “Perda de *chance* – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática”, in *O Direito*, 2012, tomo I, e “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 97 (Jan./Fev. 2013).

² Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité de Droit Civil – Les Conditions de la Responsabilité*, 3.ª ed., Paris, 2006, p. 91, e YVES CHARTIER, *La Réparation du Préjudice dans la Responsabilité Civile*, Paris, 1983, p. 33.

indenização pela perda de *chance* tenha lugar em contextos tão diversos como os jogos de fortuna ou azar, competições desportivas, a progressão na carreira profissional, o desenvolvimento de atividade científica ou comercial e o acesso a determinadas funções.

Entre os domínios de aplicação desta teoria aceites pela jurisprudência civil francesa encontram-se ainda os casos de perda da *chance* de celebração de um contrato ou da respetiva execução – e, conseqüentemente, de auferir os ganhos respetivos –, designadamente nas situações de *ruptura de negociações*.

Constata-se, pois, que a jurisprudência francesa aceita a aplicação da noção de perda de *chance* de forma muito ampla. Como referem GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, aquela noção tem encontrado, em França, campo fértil, quer na área da responsabilidade delitual, quer na da responsabilidade obrigacional, tendo como pressuposto o desaparecimento da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou de uma vantagem: a jurisprudência tende a vislumbrar aí um dano *direto* e *certo*, embora admitindo que, *por definição, a realização de uma chance nunca é certa*³. Também YVES CHARTIER assinala, aliás, que «*não há limites de princípio, nem domínio reservado*» à aplicação da perda de *chance*⁴.

Não obstante a larga projeção da figura da perda de *chance* na jurisprudência dos tribunais franceses, para que a respetiva indenização seja admitida não deixam aqueles de impor determinados requisitos. Com efeito, para além da verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, incluindo a existência do dano e de um nexo de causalidade entre o facto lesivo e o dano, exige-se que a *chance* a indemnizar seja *real* e *séria*.

Assim, para que a perda de *chance* seja indemnizável, não basta a constatação da prévia existência, numa qualquer medida, da oportunidade ou da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou vantagem por parte do lesado, em face do circunstancialismo concretamente existente, que tenham sido destruídas em resultado do facto lesivo ocorrido. Para tal, é ainda

³ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 96. Conforme aí dão nota as Autoras, a *facilidade* com que a jurisprudência francesa tem recorrido à figura da perda de *chance* induziu, aliás, um efeito perverso ou abusivo, verificando-se, por vezes, a atribuição de uma indemnização *parcial* em casos que esta deveria ter sido atribuída *integralmente*, por referência à perda do objeto ou do bem sobre o qual incidia a *chance* e não à perda da *chance* em si mesma.

⁴ In *La Réparation...*, cit., p. 50.

necessário que a concretização da *chance* se apresente com um grau de probabilidade ou verosimilhança razoável e não com carácter meramente hipotético.

De outra forma, a perda de *chance* não se apresenta, segundo a jurisprudência francesa e a doutrina dominantes, revestida da *certeza* que é condição da indemnizabilidade do dano⁵. Daí a necessidade de verificar se a *chance* é real e séria, o que não é senão, como assinala YVES CHARTIER, «(...) *uma outra forma de exprimir que o evento tornado impossível era provável*»⁶. Nessa *probabilidade* de ocorrência do evento final reside a *certeza* de que depende, em geral, a indemnizabilidade do dano, quando nos situemos no domínio da perda de *chance*. Por outras palavras, a *certeza* do dano indemnizável é aqui *degradada* em mera probabilidade de ocorrência do resultado a que a *chance* se refere.

Tal orientação não é, contudo, inteiramente uniforme. A questão tem sido discutida, fundamentalmente, a respeito da responsabilidade civil profissional no âmbito do patrocínio judiciário e que, como referimos acima, está historicamente na génese da figura da perda de *chance*. Embora a jurisprudência dominante exija a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na ação perdida (ou não proposta) – o que pressupõe uma profunda indagação quanto ao fundo da causa respetiva –, sob pena de não se considerar verificada a *certeza* do dano, outra corrente jurisprudencial tem concedido a indemnização ao lesado independentemente desse circunstancialismo, invocando que nenhuma ação judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendência processual constitui um fator de pressão sobre a contraparte⁷.

De acordo com esta segunda linha de orientação, o baixo grau de probabilidade de obtenção de uma decisão judicial favorável na ação primitiva não impede a atribuição de uma indemnização ao cliente lesado, mas apenas influi no respetivo *quantum* indemnizatório. Parece ser também esta a posição considerada preferível por GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, admitindo que haja lugar a indemnização sempre que a improcedência da ação primitiva não fosse certa e reconhecendo que a condenação no pagamento da indemnização teria aqui, pelo

⁵ *Ibidem*, p. 99.

⁶ In *La Réparation...*, cit., p. 50.

⁷ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., pp. 99-100.

menos, «(...) *uma função de pena privada que pode ser útil*»⁸.

Já no que toca à fixação do montante da indemnização, é normalmente afirmado que a perda de *chance* apenas dá lugar a uma indemnização *parcial*. Com isso, pretende-se assinalar que a indemnização corresponde unicamente a uma fração do valor que corresponderia à destruição do próprio bem ou vantagem que deixou de concretizar-se em resultado da perda de *chance*.

Do ponto de vista dogmático, porém, a doutrina francesa assinala que não estamos perante nenhuma exceção ao princípio da reparação integral, mas que a redução em causa evidencia a perda de *chance* como *dano específico e autónomo por referência ao dano final*⁹. No entanto, quando se trata de determinar o montante efetivo da indemnização, a mesma doutrina não deixa de reconhecer que aquele há de tomar como referência o valor do dano final e refletir, depois, a fração correspondente ao grau de probabilidade de realização da *chance* perdida¹⁰.

Assim, mesmo ao abrigo da orientação minoritária acima descrita, segundo a qual o grau de probabilidade ou a *seriedade* da *chance* não constituem um pressuposto da própria obrigação de indemnizar, o desencadeamento da responsabilidade civil pela perda de *chance* pressupõe sempre, em primeiro lugar, a prova da ocorrência do próprio dano final e, depois, a avaliação pelo juiz, em face dos elementos carreados para o processo, desse mesmo grau de probabilidade, que mais não seja para determinar o *quantum* indemnizatório¹¹.

2.1.2. Na responsabilidade civil por ato médico

Uma das matérias em que a figura em causa alcançou particular desenvolvimento na jurisprudência francesa, a partir de meados da década de 60 do século passado, é o da perda de *chance de recuperação ou sobrevivência*, no domínio da responsabilidade civil por ato médico,

⁸ *Ibidem*, p. 100.

⁹ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 102.

¹⁰ *Ibidem*, p. 103.

¹¹ Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., pp. 51-52.

seja dos próprios profissionais de saúde, seja dos respectivos estabelecimentos hospitalares¹². O recurso à perda de *chance*, como instrumento *conscientemente* empregue na superação das dificuldades postas, em tal domínio, pelas exigências de prova do nexo de causalidade, surge, historicamente, através de um aresto tirado pela *cour d'appel* de Grenoble, em 24 de Outubro de 1961, num caso em que estava em causa a falta de diagnóstico oportuno de uma fratura já evidenciada em anterior exame radiológico, com consequente agravamento do estado de saúde do paciente¹³. Alguns anos mais tarde, é a própria *Cour de cassation* que vem a sancionar tal doutrina, através de um acórdão tirado em 14 de Dezembro de 1965, a que se seguiram diversos outros arestos, versando também casos de negligência médica e mantendo, desde então, uma corrente jurisprudencial que consagrou a indemnização pela perda de *chance de recuperação ou sobrevivência*¹⁴.

Estão em causa situações em que, na sequência de erros de diagnóstico ou de falhas no tratamento prescrito, o doente vem a falecer ou o respetivo estado de saúde se agrava ou se prolonga, quando, não fora a falta cometida, a morte ou o agravamento da doença talvez pudessem ter sido impedidos ou o doente tivesse mesmo recuperado do mal de que padecia. Às situações de erro de diagnóstico ou falha no tratamento prescrito têm sido ainda equiparadas, nalguma medida, as situações de violação do dever de informação do paciente sobre os riscos da terapia a adotar ou de uma intervenção cirúrgica.

Uma incursão na doutrina francesa, em torno deste último domínio da responsabilidade civil, permite identificar quatro posições diferentes, a saber:

a) Uma posição mais conservadora ou tradicional, segundo a qual estaria em causa uma aplicação espúria da perda de *chance*, que não prescinde da existência de um dano autónomo impossível de descortinar em tal domínio¹⁵;

¹² Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., pp. 35 e ss..

¹³ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil.....*, cit., p. 229.

¹⁴ *Ibidem*, p. 230 e nota 185.

¹⁵ SAVATIER, por exemplo, considerou estar-se aqui, verdadeiramente, perante um *sofisma*, por via do qual o juiz confunde a sua *incerteza* ou *perplexidade*, quanto à verificação do nexo de causalidade, com um cálculo de probabilidades arbitrariamente definido, quando deveria haver lugar a indemnização apenas perante a demonstração de que o dano (final) não se teria produzido na ausência da falta verificada (cf. *La Théorie des Obligations en Droit Privé Économique*, 4.^a ed., Paris, 1979, p. 304). Também JEAN PENNEAU refere que «(...) se

b) Uma segunda posição, de acordo com a qual não se registam diferenças substanciais entre este domínio de aplicação da perda de *chance* e qualquer outro, mas em que o recurso à figura resulta aí numa diminuição da indemnização (integral) que deveria ser atribuída ao lesado com fundamento no risco ilicitamente criado¹⁶;

c) Uma terceira posição, que sustenta uma perspetiva unívoca da perda de *chance*, como dano autónomo, e a sua aplicação indiferenciada nos mais diversos domínios¹⁷;

d) Finalmente, a perspetiva de que a perda de *chance* não apresenta qualquer especialidade no contexto da responsabilidade civil por ato médico, mas constitui, em todas as suas manifestações, manifestação de uma ideia de *causalidade parcial* e não um verdadeiro dano autónomo¹⁸.

Esta diversidade de entendimentos – que constitui uma brecha na habitualmente

trata de artifício puramente verbal através do qual se pretende resolver, no plano do prejuízo, um problema que, pela sua verdadeira natureza, é um problema de causalidade», sustentando que há uma diferença essencial entre a generalidade dos casos em que a jurisprudência faz uso da teoria da perda de *chance* e os casos de responsabilidade civil por diagnóstico ou intervenção clínica deficientes ou ainda por violação do dever de informação do paciente quanto aos respetivos riscos (cf. *La Responsabilité du Médecin*, Paris, 1992, p. 31).

¹⁶ Assim, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil.....*, cit., p. 231. A crítica de GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN coloca-se, todavia, da perspetiva oposta à que descrevemos na nota anterior, entendendo as Autoras que a perda de *chance* não constitui instrumento idóneo para o estabelecimento da responsabilidade civil por ato médico, mas apenas por implicar uma redução da indemnização correspondente ao dano concretamente ocorrido, em termos algo arbitrários ou aleatórios (*ibidem*, pp. 232-233 e p. 236).

¹⁷ Neste sentido, YVES CHARTIER sustenta que, também neste domínio, o dano a considerar é, efetivamente, «(...) constituído pela própria perda de chance: *é por isso que, aliás, como em todas as hipóteses de ressarcimento de uma perda de chance, a indemnização não poderá representar senão uma fração do que seria devido se o médico ou o cirurgião tivesse sido responsável pelo próprio estado da vítima*» (in *La Réparation....*, cit., pp. 38-39).

¹⁸ Dando voz a esta última perspetiva, encontra-se JACQUES BORÉ, segundo o qual o correto entendimento do mecanismo da perda de *chance* não passaria pela *deteção* de um dano autónomo e distinto do dano final, mas pela revisão da estrutura a adotar a respeito da relação de causalidade entre o facto lesivo e o (único) dano verificado: «(...) a justificação do ressarcimento da perda de chance não é possível senão segundo uma conceção de causalidade que, tendo em conta a complexidade do real, reconheça, na produção dos fenómenos, a combinação da lei causal e da lei aleatória» (cf. «L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable», in *Juris-Classeur Périodique*, 1974, I, 2620, n.º 23). Em sentido próximo, pronunciou-se, mais recentemente, FRÉDÉRIC DESCOPRS DECLÈRE (cf. «La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin», in *Recueil Dalloz*, 2005, n.º 11, pp. 742-748).

divulgada *consensualidade* da perda de *chance* no Direito francês – denota bem a complexidade e as incertezas a respeito deste tema.

2.1.3. Apreciação no contexto do sistema de responsabilidade civil francês

A problemática da perda de *chance* prende-se, em França, com o requisito da *certeza* do dano, que é tradicionalmente afirmado na doutrina. Como refere YVES CHARTIER, essa ideia de *certeza* do dano retira o seu fundamento do próprio *bom senso*, dado que, de outra forma, poderia enriquecer-se, sem causa, o suposto lesado¹⁹. O dano meramente *eventual* ou *hipotético* não é, portanto, indemnizável.

A figura da perda de *chance* permite, assim, assegurar ao lesado *alguma* indemnização, quando a verificação do dano final se apresenta aleatória, mas é ainda possível constatar uma probabilidade *séria* da respetiva ocorrência. É que, perante essa margem de aleatoriedade, o dano final não pode considerar-se *certo* e mesmo uma indemnização parcial que, assumidamente, se lhe referisse, brigaria com outro princípio normalmente afirmado no Direito francês da responsabilidade civil, qual seja o da *reparação integral*²⁰.

No entanto, a certeza do dano de perda de *chance* apresenta-se como uma certeza *relativa* ou de *segundo grau*²¹, dado que, por natureza, é impossível saber se, não tendo a *chance* sido *perdida* ou *destruída*, a vantagem prosseguida teria sido alcançada ou a perda evitada²².

A autonomia da perda de *chance* em face do dano final, não é, aliás, inquestionável. Com

¹⁹ Cf. *La Réparation...*, cit., p. 21.

²⁰ Referindo-se a este princípio, vide GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 82, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil, 4/Les Obligations*, 18.^a ed., 1994, pp. 447-448, PHILIPPE CONTE/PATRICK MAISTRE DU CHAMBON, *La Responsabilité Civile...*, cit., pp. 23-25.

²¹ Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., p. 22.

²² Também PHILIPPE CONTE/PATRICK MAISTRE DU CHAMBON assinalam que «(...) a perda de chance apresenta-se como um prejuízo certo, na medida em que o ganho esperado se encontra definitivamente perdido. Mas é igualmente um prejuízo eventual, porque nada garante que o lesado, na hipótese de evolução normal dos acontecimentos, teria obtido o ganho frustrado» – in *La Responsabilité Civile...*, cit., p. 41.

efeito, tal autonomia não pode deixar de ser posta em causa a partir do momento em que se constata que a indemnizabilidade da perda de *chance* assenta, numa dupla perspetiva, na *probabilidade* de verificação do dano final. É que, como assinala ainda YVES CHARTIER, «(...) é o próprio grau de probabilidade da chance perdida invocada que, do mesmo passo, justifica a reparação e determina a fração do ganho esperado, ou da perda que não tenha sido possível evitar, a indemnizar»²³.

A propalada autonomia da perda de *chance* só aparece evidenciada, de forma congruente, quando se sustenta que a sua indemnizabilidade e o *quantum* indemnizatório são relativamente indiferentes ao grau de probabilidade de concretização da *chance*. Nesse enquadramento, o único pressuposto é a existência de *alguma* – ou *qualquer* – *chance* e basta, portanto, a respetiva perda para que o lesado tenha direito a ser indemnizado, desde que se encontrem verificados os restantes pressupostos da responsabilidade civil.

Já na perspetiva do Direito positivo, o surgimento e a expansão da perda de *chance*, no Direito francês, enquanto dano patrimonial, emergente e autónomo, não podem ser dissociados da circunstância de o *Code Civil* ter consagrado uma cláusula aberta em matéria de responsabilidade civil delitual, assente na noção de *faute* (cf. artigo 1382.º do *Code Civil*). Por isso, tal conceção pode ser dificilmente transponível, pelo menos com a amplitude com que é admitida em França, para sistemas de responsabilidade civil que, como o nosso, tendam a restringir, segundo a orientação dominante, a responsabilidade civil delitual à violação culposa de direitos absolutos ou de disposições legais que tenham por finalidade a proteção de outrem.

Ainda na perspetiva do Direito positivo, o sistema francês de responsabilidade civil é também marcado, no plano da causalidade, pela redação do artigo 1151.º do *Code Civil*, que adota uma fórmula de sentido impreciso. Na verdade, a fórmula desse preceito legal não parece ter um conteúdo preceptivo e tende a ser entendida, fundamentalmente, numa aceção *negativa*, tendo em vista o repúdio das consequências decorrentes de uma aplicação linear e cega da teoria da *conditio sine qua non*²⁴.

²³ In *La Réparation...*, cit., p. 32. Sublinhando o mesmo aspeto, vide ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil...*, cit., p. 680.

²⁴ Neste sentido, cf. SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, Paris, 1939, tomo II, pp. 95-

A isto acresce que, no plano doutrinário e dogmático, *grassa* entre os autores franceses um desalento generalizado quanto à viabilidade e à utilidade de uma teoria da causalidade, constatando-se uma tendência para remeter as questões de fronteira ou mais complexas para o domínio da apreciação da prova. JEAN CARBONNIER observa, aliás, que «(...) *a jurisprudência parece decidir sobretudo empiricamente (...)*», recusando a verificação do nexo de causalidade quando esta se apresente demasiado *lassa* ou demasiado *extraordinária*, mas reduzindo o nível de exigência quando a falta cometida se revista de maior gravidade²⁵. Por isso, refere ainda este Autor que «(...) *dá-se uma ideia bastante precisa da jurisprudência, se se disser que ela se serve de uma causalidade moral mais do que material*»²⁶.

Pode, portanto, concluir-se que a configuração da perda de *chance*, enquanto dano autónomo, encontra um campo particularmente fértil no sistema de responsabilidade civil francês, em face quer da amplitude da noção de *faute*, quer da reduzida apetência para a *prospecção* de construções alternativas, que situem a perda de *chance* no plano da causalidade. Mesmo em França, porém, os precisos contornos dogmáticos da perda de *chance* constituem objeto de controvérsia, em especial na responsabilidade civil por ato médico.

2.2. Apreciação crítica: a questionável autonomia do dano patrimonial de perda de *chance*

A análise do processo de surgimento e expansão da perda de *chance* permite-nos constatar que, na sua génese ou motivação funcional, a perda de *chance* traduz um fenómeno essencialmente idêntico em todos os seus múltiplos domínios de aplicação, pelo que não se justificam, em nosso entender, distinções apriorísticas ou pré-jurídicas, não alicerçadas

96, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil*....., cit., p. 192, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*..., cit., pp. 334-335. Também no sentido de que a exigência de uma relação *imediata e direta* se limita a reclamar um nexo *suficiente* de causalidade, vide ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil*..., cit., p. 681.

²⁵ In *Droit Civil*..., cit., p. 346.

²⁶ *Ibidem*. A referência a uma causalidade *moral* só encontra explicação, em França, em vista de uma certa mobilidade dos pressupostos da responsabilidade civil e da tendência jurisprudencial para atenuar as exigências a respeito da causalidade, quando a conduta ilícita se reveste de considerável gravidade.

normativamente. Dessa motivação funcional ou mesmo *oportunistica*, resulta, aliás, a *fungibilidade* entre a conceção da perda de *chance* como dano autónomo, por um lado, ou como expressão de um entendimento mais flexível a respeito do nexo de causalidade, por outro.

Verifica-se, igualmente, que a perda de *chance* é tendencialmente apresentada como um dano patrimonial emergente, atual e autónomo. Este entendimento é, todavia, favorecido pela *abertura* da cláusula geral em matéria de ilicitude constante do artigo 1382.º do *Code Civil*, ainda que não se apresente, mesmo aí, inteiramente convincente. Em especial, é dificilmente explicável como se concilia, em termos normativamente sustentados, o pressuposto da autonomia da perda de *chance* com a circunstância de o seu reconhecimento ou indemnizabilidade depender do grau de probabilidade de materialização da vantagem ou utilidade a que a *chance* se refere (o mesmo seria dizer, a *probabilidade de materialização do próprio dano final que se alega não ser indemnizado*).

Em estreita relação com o aspeto acabado de referir, conclui-se, também, que a autonomia da perda de *chance* parece só ser aceitável em vista de uma relativa indiferença quanto àquele grau de probabilidade.

Embora traduzindo uma motivação funcional idêntica, a perda de *chance* pode, pois, ser recebida, nos quadros do sistema, de forma diversa, segundo o entorno normativo da situação típica considerada e a natureza do dano final a que se refere, o que deve conduzir à recusa de uma teoria geral da perda de *chance*. Quando esteja em causa a lesão de bens com natureza patrimonial, a conformação da perda de *chance* como dano emergente e autónomo apresenta-se, em larga medida, falaciosa²⁷, muito embora a qualificação alternativa como critério de avaliação

²⁷ Recorde-se que a possibilidade de atribuição de um valor patrimonial próprio à *chance*, em si mesma considerada, dependeria, nos termos gerais, da sua suscetibilidade de avaliação pecuniária, com base num *valor de uso* ou de *troca*, o que não parece viável, tanto mais que o conceito de dano tem de ser normativamente recortado, não podendo ser preenchido unicamente com apelo a um critério económico. A configuração da *chance* como dano autónomo, a partir de uma mera *refração* económica ou financeira do dano final, não tem, a nosso ver, o necessário lastro normativo. É curioso notar, aliás, que a dimensão artificial (ou *artificiosa*) do valor patrimonial próprio, e a consequente autonomia, da *chance* perdida ressaltam, desde logo, da fundamentação adotada no *leading case* *Chaplin vs. Hicks*, de 1911, que constitui o primeiro marco da jurisprudência inglesa a respeito da teoria da perda de *chance*. No caso concreto, o réu, responsável pela gestão de um teatro, havia promovido, através de um jornal, um concurso cujo prémio era a atribuição de “*theatrical engagements*” às doze

da causalidade jurídica colida com os parâmetros normalmente adotados e, em especial, com o crivo praticamente hegemónico da *conditio sine qua non*.

Seja como for, a perda de *chance* é uma daquelas figuras jurídicas com *vida própria*, em que, um pouco por toda a parte, a prudência dos tribunais, às vezes de forma hesitante ou pouco fundamentada, quando não contraditória, se vai adiantando ao labor científico da doutrina. Como instrumento privilegiado para a realização de um Direito *justo*, no domínio da responsabilidade civil, a perda de *chance* já penetrou no nosso ordenamento jurídico por via pretoriana e é muito provável que tenha vindo para ficar.

Pela nossa parte, porém, entendemos que a aplicação da teoria da perda de *chance*, na indemnização por danos patrimoniais²⁸, só é dogmaticamente explicável através da rutura com um entendimento monolítico da relação de causalidade exigível para fundar o dever de

vencedoras. Seis mil mulheres concorreram ao concurso e a autora foi escolhida pelos leitores como uma das cinquenta possíveis vencedoras, mas não foi informada da entrevista oportunamente e as doze vencedoras foram escolhidas sem que lhe tenha sido concedida a oportunidade de participar na fase final do concurso. Não obstante a impossibilidade de demonstrar que o prémio teria sido alcançado não fora a falta cometida (entendida, no caso, como incumprimento contratual), foi-lhe atribuída uma indemnização de £ 100, pela perda de *chance* de vitória nessa competição. No entanto, das pronúncias dos juízes do *Court of Appeal* parece resultar que o fundamento da indemnização repousa não na suposição de um verdadeiro valor de mercado da *chance*, mas numa perda *ficcionada* ou, mais claramente, na equiparação entre a lesão do direito a uma prestação contratual (ainda que secundária ou instrumental), com aptidão lucrativa, e a existência de um dano. Assim, lê-se na pronúncia de VAUGHAN WILLIAMS LJ: «É verdade que não pode afirmar-se a existência de um mercado. Nenhuma das cinquenta concorrentes poderia ter ido ao mercado e alienado o seu direito; o seu direito era pessoal e insuscetível de ser transmitido. Mas um júri pode bem adotar o entendimento segundo o qual esse direito, caso pudesse ter sido transmitido, teria sido de tal forma valioso que toda a gente reconheceria que um bom preço poderia ser obtido por ele». Sobre os contornos e os fundamentos desta decisão, vide ANDREW BURROWS, *A Casebook on Contract*, 2.^a ed., Oxford e Portland, Oregon, 2009, pp. 346-350. Referindo-se também a este caso, cf. TONY WEIR, *An Introduction to Tort Law*, 2.^a ed., Oxford, 2006, p. 80, M.A. JONES, “Causation in tort: general principles”, in *Clerk & Lindsell on Torts*, 9.^a ed., Londres, 2006, p. 81, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 7.^a ed. (por W.V.H. ROGERS), Londres, 2006, p. 289, e TREITEL, *The Law of Contract*, 12.^a ed. (por EDWIN PEEL), Londres, 2007, pp. 1026-1027.

²⁸ Já quando esteja em causa a lesão de bens não patrimoniais – tipicamente, a responsabilidade civil por ato médico –, parece-nos ser de aceitar a conceção estritamente normativa da perda de *chance*, veiculada por alguma doutrina germânica, dado tratar-se aí, fundamentalmente, de um problema de delimitação do âmbito da proteção normativa (cf. o nosso artigo “Perda de *chance* – análise comparativa e perspetivas de ordenação sistemática”, in *O Direito*, 2012, tomo I, pp. 50 ss).

indemnizar, admissível quando existam dados normativos que justifiquem um *abaixamento* da respetiva *fasquia*, normalmente estabelecida a partir do patamar mínimo da *conditio sine qua non*.

3. A responsabilidade das entidades adjudicantes

3.1. O enigmático artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE

Embora o Código dos Contratos Públicos (“CCP”) contemple, em diversas disposições, obrigações de indemnizar a cargo da entidade adjudicante (cf. artigos 27.º, n.º 6, 76.º, n.ºs 1 e 3, e 105.º, n.º 3), nenhuma delas se refere, propriamente, à preterição ilícita de um concorrente. Por isso, deve, aliás, repudiar-se qualquer hipotética tentativa de extrair dessas várias disposições um princípio de limitação da indemnização, nos procedimentos adjudicatórios públicos, ao interesse contratual negativo.

No que se refere à responsabilidade civil das entidades adjudicantes por facto ilícito, o ponto de partida, no plano do Direito positivo, é dado, pois, pelo artigo 7.º, n.º 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (“RRCEE”). Todavia, não obstante o legislador ter adotado disposição expressa sobre esta matéria, a verdade é que a mesma não tem conteúdo precativo próprio, sendo meramente remissiva: na versão originária, a remissão do artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE era feita para os termos gerais da responsabilidade civil da Administração, constantes do próprio RRCEE, e hoje é feita para as regras de Direito da União Europeia aplicáveis²⁹.

Relativamente ao *regime geral* da responsabilidade pela violação do Direito da União Europeia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça (“TJ”) tem-se limitado a afirmar, no essencial,

²⁹ Sobre as *razões históricas* e o propósito imediato da adoção pelo legislador do artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE, vide MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra, 2009, pp. 49 ss, CARLOS FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 157 ss, e RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo...*, cit., pp. 17 ss.

que a mesma assenta em três pressupostos, a saber: «(...) *que a regra de direito violada tenha por objecto conferir direitos aos particulares, que a violação seja suficientemente caracterizada*³⁰ e, por último, *que exista um nexo de causalidade directo entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas*»³¹. No mesmo aresto, o TJ não deixou de assinalar, porém, que «(...) *a exclusão total, a título do prejuízo reparável, do lucro cessante não pode ser aceite em caso de violação do Direito Comunitário (...)*»³².

Já no domínio específico da contratação pública, a Diretiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de *recurso* em matéria de contratos de direito público, apenas estabelece que os órgãos jurisdicionais devem dispor da faculdade de atribuir indemnizações aos lesados, não regulando os termos em que essas indemnizações devem ser atribuídas – cf. artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da referida diretiva. Por sua vez, a Diretiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992 – relativa aos processos de *recurso* referentes a contratos públicos a celebrar pelas entidades que operam nos habitualmente designados *sectores excluídos* (água, energia, transportes e telecomunicações) – contém, efetivamente, uma disposição especial em matéria de responsabilidade civil, embora limitada ao interesse contratual negativo, estatuiuando que a indemnização pelos custos incorridos pelo concorrente preterido «*com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um*

³⁰ A definição de violação *suficientemente caracterizada* apresenta-se complexa, devendo ser tidos em conta, conforme se lê no mesmo aresto, elementos tão diversos como «(...) *o grau de clareza e de precisão da regra violada, o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias, o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adoptadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão, a adopção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário*» – in Ac. do TJ de 05.03.96, processo C-46/93 (“*Brasserie du Pêcheur*”), n.º 56.

³¹ In Ac. do TJ de 05.03.96 (“*Brasserie du Pêcheur*”), n.º 51. Sobre a responsabilidade civil pela violação do Direito da União Europeia, cf. também os Acs. do TJ de 13.11.1991, processos apensos C-6/90 e C-9/90 (“*Francovich*”), de 05.03.1996, processo C-48/93 (“*Factortame III*”), de 23.05.1996, processo C-5/94 (“*Lomas*”), e de 08.10.1996, processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94 (“*Dillenkofer*”).

³² In Ac. do TJ de 05.03.96 (“*Brasserie du Pêcheur*”), n.º 87.

contrato» depende, unicamente, da verificação da ilicitude (objetiva) da conduta lesiva adotada pela Administração e da demonstração de uma «*possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato*», que tenha sido prejudicada por efeito daquela conduta (cf. artigo 2.º, n.º 7). Estas disposições mantêm-se inalteradas na revisão das referidas diretivas operada pela Diretiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, transposta para a ordem jurídica interna através do Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro.

Importa aqui esclarecer que a alusão, constante da Diretiva 92/12/CEE, ao interesse contratual negativo não pode ter por efeito uma redução do âmbito da indemnização que resultaria da aplicação do Direito interno e das respetivas regras gerais de responsabilidade civil, nem sequer quanto aos contratos diretamente abrangidos por essa diretiva, tendo a mesma, inequivocamente, uma finalidade garantística, ou ampliativa, do âmbito da responsabilidade das entidades adjudicantes e não uma finalidade restritiva³³.

Daí que, não obstante a indeterminação e a deficiente técnica legislativa que transparecem do artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE, o sentido que o mesmo comporta não possa diferir daquele que, com maior clareza, foi dado pelo legislador alemão ao § 126 GWB³⁴, transpondo,

³³ O artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CEE parece ter em vista, sobretudo, os Direitos nacionais em que a atribuição de uma indemnização, mesmo limitada ao interesse contratual negativo, dependeria, de acordo com as regras gerais dos respetivos sistemas de responsabilidade civil, da demonstração da elevada probabilidade de êxito do concorrente preterido, não fora o ilícito verificado, como é o caso do Direito alemão. Na verdade, pelo menos no quadro do sistema alemão de responsabilidade civil, tenderia a exigir-se, como condição de *qualquer indemnização*, a demonstração de que o concorrente ilicitamente preterido teria sido adjudicatário, não fora o ilícito praticado – assim, STOCKMANN, in *Wettbewerbsrecht: GWB* (coord. IMMENGA/MESTMÄCKER), 4.ª ed., Munique, 2007, *sub* § 126 GWB, pp. 2759-2760, e ANDREA MARIA KULLACK, in *Handkommentar zur VOB*, (coord. WOLFGANG HEIERMANN *et alii*), 11.ª ed., Wiesbaden, 2008, *sub* § 126 GWB, p. 1652. O artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CEE serve, ainda, o óbvio propósito de *dispensar* o pressuposto da culpa da entidade adjudicante, facilitando, também por essa via, a obtenção de uma indemnização.

³⁴ A redação do mencionado preceito é a seguinte (tradução nossa): «*Se a entidade adjudicante infringir uma norma que tenha como escopo a proteção de concorrentes, e se o concorrente em causa tivesse tido, sem a ocorrência dessa infração, uma verdadeira chance de obter a adjudicação, que, em resultado da infração, tenha sido afetada, o concorrente pode exigir uma indemnização pelos custos de preparação da proposta ou de participação no procedimento adjudicatório. Outros direitos de indemnização não são prejudicados*». Especificamente sobre o sentido e o alcance desta disposição, cf. STOCKMANN, *loc. cit.*, pp. 2754 ss, KULLACK, *loc. cit.*, pp. 1652 ss, FRIDHELM MARX, in *Beck'scher VOB-Kommentar* (coord. GERD MOTZKE/JOST PIETZCKER/HANS-JOACHIM PRIEB), Munique, 2001, *sub* § 126 GWB, pp. 2117 ss, OLAF OTTING, in

para o respetivo Direito interno, a norma constante do artigo 2.º, n.º 7, da mencionada Diretiva 92/13/CEE, e alargando a sua aplicação a todos os *sectores* da contratação pública.

É certo que a indemnização a conceder ao abrigo do § 126 GWB se limita, nos termos da própria redação do preceito, aos *custos de preparação da proposta ou de participação no procedimento adjudicatório*, ou seja, ao interesse contratual negativo. Para que o concorrente lesado tenha direito a tal indemnização, basta, aliás, a verificação da violação *objetiva* das normas de Direito da União Europeia em matéria de contratação pública, ou das normas de Direito interno que as transponham ou concretizem³⁵, e a comprovação de que o concorrente teria tido uma *verdadeira chance* de obter a adjudicação.

Para além deste *patamar mínimo*, todavia, e tal como resulta expressamente da mesma disposição legal, não se encontra excluído o direito a uma indemnização nos termos gerais aplicáveis segundo o Direito alemão e, nomeadamente, com fundamento em responsabilidade pré-contratual³⁶ ou, subsidiariamente, responsabilidade delitual, na modalidade de violação de normas legais com escopo de proteção³⁷. A jurisprudência alemã tem mesmo afirmado, neste contexto, a indemnizabilidade do interesse contratual positivo, ou seja, os lucros cessantes que adviriam da execução do contrato, desde que o contrato tenha sido efetivamente adjudicado e o concorrente demonstre que, na ausência da falta cometida, ele teria sido adjudicatário³⁸.

Kartellgesetz: GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar (coord. RAINER BECHTOLD), Munique, 2008, sub § 126 GWB, pp. 703 ss, e ANNE RUBACH-LARSEN, “Damages under German law for infringement of EU procurement law”, in *Public Procurement Law Review*, 2006, n.º 4, pp. 179 ss.

³⁵ A finalidade de proteção dos concorrentes inerente a essas normas tenderá a verificar-se ou presumir-se na generalidade dos casos.

³⁶ Cf. STOCKMANN, *loc. cit.*, pp. 2763 ss, e KULLACK, *loc. cit.*, p. 1654. Durante muito tempo sem expressão positiva na lei civil alemã, a reforma de 2002 acabou por consagrar a *culpa in contrahendo* no atual § 311 II BGB, relativo à constituição de relações obrigacionais de génese negocial ou equiparável.

³⁷ Cf. STOCKMANN, *loc. cit.*, pp. 2771-2772, e KULLACK, *loc. cit.*, p. 1654. A *sede legal* desta modalidade de responsabilidade civil é o § 823 II BGB, semelhante ao artigo 483.º, n.º 2, do CC.

³⁸ Cf. STOCKMANN, *loc. cit.*, p. 2769, KULLACK, *loc. cit.*, p. 1655, e RUBACH-LARSEN, *loc. cit.*, pp. 189 ss.

3.2. O regime da *culpa in contrahendo*

Decorre do exposto que a determinação do regime da responsabilidade civil das entidades adjudicantes continua a não dispensar, mesmo depois da entrada em vigor do artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE – e da correspondente remissão para o Direito da União Europeia –, que sejam consideradas as regras gerais que integram o sistema de responsabilidade civil português. Em especial, inserindo-se o *ilícito* praticado pelas entidades adjudicantes no contexto de um procedimento funcionalmente orientado para a adjudicação e a celebração de um contrato, a responsabilidade civil daí emergente deve ser qualificada ou aproximada ao instituto da *culpa in contrahendo*.

A *culpa in contrahendo* encontra-se consagrada, entre nós, no artigo 227.º do CC, cujo n.º 1 determina que «*quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve proceder segundo as regras da boa fé*». A sujeição da atividade administrativa ao princípio da boa fé não oferece hoje, aliás, qualquer dúvida, atendendo ao disposto no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição, *secundado*, hierarquicamente, pelo artigo 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”)³⁹.

Assim, nos casos de violação das regras de concursos para a celebração de um contrato, e estando em causa a *adjudicação ilícita a outro concorrente*, ou mesmo a sua *revogação ilícita*, PAULO MOTA PINTO destaca a necessidade de «(...) *delimitar ainda as hipóteses consoante o autor do concurso estava já vinculado pelas regras deste a celebrar o contrato (pois o anúncio*

³⁹ Antes do *acolhimento* constitucional e legal do princípio da boa fé, no domínio da atividade administrativa, referia já FAUSTO DE QUADROS: «*Também a Administração Pública está obrigada a obedecer à bona fide nas relações com os particulares. Mais: ela deve mesmo dar, também aí, o exemplo aos particulares da observância da boa fé, em todas as suas várias manifestações, como núcleo essencial do seu comportamento ético*» (in “O concurso público na formação do contrato administrativo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1987, p. 725). Lugares de destaque, no processo de afirmação da sujeição da Administração aos deveres da boa fé e à *culpa in contrahendo*, merecem também o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 138/79, de 20 de dezembro, e o conhecido caso da privatização da Sociedade Financeira Portuguesa (cf. *A Privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, AA.VV., Lisboa, 1995, *passim*). Sobre a sujeição da Administração ao princípio da boa fé, na doutrina recente, vide PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Coimbra, 2011, *passim* e pp. 207 ss.

continha uma verdadeira proposta) ou se tratava de um mero convite a contratar (...)»⁴⁰. É certo que o Autor se refere aqui, fundamentalmente, aos concursos de Direito privado, mas da posição então expendida resulta, desde logo, a consequência de a indemnização ter como medida o *interesse contratual positivo* – ou seja, o interesse na celebração e execução do contrato –, desde que o *evento lesivo* consubstancie a violação de um dever de cuja observância tivesse resultado a celebração do contrato com o lesado, nos termos gerais do artigo 562.º do CC.

Aliás, noutro local, PAULO MOTA PINTO não deixa de reconhecer que, «(...) *quando o prejuízo alegado decorre de o lesado não ter vencido o concurso (adjudicação ilícita a outro concorrente) ou de aquele ter sido ilegitimamente revogado (revogação ilícita)*», se suscita, realmente, «(...) *o problema das condições para a exigência, pelo lesado, de uma indemnização correspondente ao interesse contratual positivo, no que, pensamos, não é mais do que uma aplicação do critério (que vale para a medida da responsabilidade no caso de não conclusão do contrato em geral) da existência de um dever de conclusão*»⁴¹.

Presentemente, não é questionável a existência, em geral, de um *dever de celebrar* o contrato, ou seja, um dever de prosseguir o procedimento pré-contratual e de escolher a melhor proposta com vista à celebração do contrato, conquanto que essa proposta não se situe aquém dos patamares de exigência previamente fixados pela própria entidade adjudicante⁴². De outra forma, aliás, não se compreenderia a existência de uma reserva de não adjudicação por motivos de interesse público, hoje limitada às hipóteses contempladas no artigo 79.º do CCP⁴³. Neste mesmo

⁴⁰ Cf. *Interesse Contratual...*, p. 1357.

⁴¹ In “Responsabilidade por violação de regras de concurso...”, in *Estudos de Contratação Pública – II* (org. PEDRO GONÇALVES), Coimbra, 2010, pp. 288-289.

⁴² Sobre a evolução da doutrina nacional, quanto à configuração e aos efeitos jurídicos da abertura do procedimento, cf. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo...*, cit., pp. 36 ss.

⁴³ Como assinalam MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «*a adjudicação é um acto predominantemente vinculado quanto à sua emissão: ela só pode não ter lugar nos casos enunciados taxativamente no artigo 79.º, n.º 1, do CCP (...)*» – cf. *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, tomo III, 2.ª ed., Lisboa, 2009, p. 118. Por isso mesmo, não pode a entidade adjudicante, à luz da lei portuguesa, inserir, nas peças do procedimento, cláusula que tenha em vista *habilitar* a decisão de não adjudicação para além dos limites legalmente permitidos, conforme já havia decidido o STA em face do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho – cf. acórdão de 07.07.2005, tirado no processo n.º 352/2004. Sustentando, todavia, uma interpretação mais *generosa* para as entidades adjudicantes, quer quanto à admissibilidade de cláusulas de não adjudicação, quer quanto ao leque de razões de interesse público invocáveis para fundar uma decisão de não adjudicação, vide

sentido, aliás, depõe, positivamente, o artigo 76.º, n.º 1, do CCP, referindo-se expressamente a um *dever de adjudicação*.

A esta luz, é hoje ainda mais fácil acompanhar a posição de SINDE MONTEIRO, quando referia, há já quase uma década, que «(...) a indemnização parece dever orientar-se pelo interesse positivo na hipótese de ilícita/culposa não adjudicação de um contrato em concurso público»⁴⁴, desde que, naturalmente, se achem verificados os respetivos pressupostos e, em especial, o nexo de causalidade entre o ilícito e os lucros cessantes⁴⁵.

Importa, portanto, arredar, definitivamente, o *preconceito*, tradicionalmente apregoado, da limitação apriorística do âmbito da indemnização ao *interesse negativo*, na *culpa in contrahendo*, devendo o critério determinante do âmbito da indemnização residir na existência, ou não, de um dever de celebração do contrato e na exigência, com alcance geral, de congruência entre o evento lesivo e a indemnização (cf. artigos 562.º do CC e 3.º, n.º 1, do RRCEE)⁴⁶. Mas, sendo assim, torna-se necessário aprofundar a análise e procurar apreender – ou *desmistificar* – as razões que têm contribuído, na prática, para impedir uma plena afirmação, ou concretização jurisprudencial, desta posição de princípio.

3.3. A (limitada) discricionariedade das entidades adjudicantes

Uma das razões que, a nosso ver, têm contribuído, mesmo que *subliminarmente*, para as

BERNARDO AZEVEDO, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública – II*, cit., pp. 243 ss.

⁴⁴ Cf. “*Culpa in contrahendo*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 42 (2003), p. 12.

⁴⁵ Quando este pressuposto faltar – seja em face dos parâmetros normalmente adotados em matéria de causalidade, seja em face de uma noção de causalidade mais flexível, quando tal se considere admissível (cf. nota 53 *infra*) –, quedará sempre o direito a indemnização pelas *despesas frustradas*, nos termos do artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CEE (cf., no texto, n.º 8 *supra*).

⁴⁶ A própria jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem, aliás, afirmado que a indemnização fundada em responsabilidade civil pré-contratual pode ter por medida, em determinados casos, o interesse contratual positivo, nomeadamente, quando as negociações tenham atingido um desenvolvimento tal que o acordo se encontre substancialmente alcançado e pendente apenas de formalização – cf. o aresto tirado em 26.01.2006, publicado, com anotação favorável de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 20 (2007), pp. 26 ss, e o acórdão de 27.09.2012, proferido no proc. n.º 3729/04.0TVLSB.L1.S1.

hesitações da jurisprudência neste domínio é a ideia segundo a qual a decisão de adjudicação, e a consequente celebração do contrato objeto do procedimento, radicam numa ampla *margem de livre apreciação*, ou *discrecionarietà de escolha*, por parte da entidade adjudicante, especialmente quando esteja em causa o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa⁴⁷. No entanto, este ponto de vista só muito residualmente pode hoje encontrar apoio no regime jurídico aplicável.

Com efeito, sabe-se que uma das consequências da transposição para o Direito interno das diretivas comunitárias em matéria de contratação pública – plasmada, hoje em dia, no CCP –, foi o reforço das exigências de enunciação e publicitação dos fatores e subfatores de adjudicação e dos elementos que devem preenchê-los, bem como do respetivo *coeficiente de ponderação* (isto é, o peso relativo de cada subfator no fator de adjudicação respetivo e, por essa via, no juízo global de avaliação e graduação das propostas)⁴⁸.

Assim, se subjacente à determinação do critério, bem como dos fatores e eventuais subfatores de apreciação das propostas, há de estar, naturalmente, a intenção da entidade adjudicante de eleger o concorrente que ofereça melhores *garantias* de satisfação da necessidade pública concretamente em causa, a concretização dessa intenção é, em larga medida, *objetivizada*, referindo-se a avaliação «*aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência*» – cf. artigos 42.º, n.º 3, 75.º, n.º 1, e 132.º, n.º 1, alínea *n*), do CCP.

Acresce que o CCP veio conferir o máximo de concretização possível aos princípios da concorrência, da imparcialidade e da transparência, no que se refere à avaliação das propostas. Efetivamente, o legislador nacional não se bastou com a exigência de explicitação do critério de adjudicação, bem como, quando seja adotado o critério da proposta economicamente mais vantajosa, dos fatores e eventuais subfatores de apreciação das propostas e dos respetivos coeficientes de ponderação. Indo além do que exigiam as diretivas comunitárias, a lei impõe que seja adotado um verdadeiro *modelo de avaliação*, de que resultam, necessariamente, uma pontuação global da proposta e pontuações parciais, relativas a cada fator ou subfator elementar

⁴⁷ Neste sentido, mas em face de um quadro normativo muito diverso e já longínquo no tempo, vide SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 696 ss.

⁴⁸ Cf. artigos 132.º, n.º 1, alínea *n*), e 139.º do CCP. No direito progressivo, vide o artigo 66.º, n.º 1, alínea *e*), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e os artigos 89.º, alínea *l*), e 94.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

– cf. artigos 132.º, n.º 1, alínea *n*), e 139.º, n.º 2, do CCP –, pontuações estas expressas numericamente e determinadas de acordo com uma escala de pontuação definida, para cada fator ou subfator elementar, «(...) *através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para o aspecto da execução do contrato submetido à concorrência (...)*» – cf. artigo 139.º, n.º 3, do CCP.

Além disso, o legislador não deixou de esclarecer que as pontuações parciais de cada proposta são atribuídas pelo júri através da aplicação da *expressão matemática* contida no modelo de avaliação, ou através de um juízo de comparação do atributo da proposta concretamente considerado com o *conjunto ordenado de atributos suscetíveis de serem propostos* – que integre, em alternativa à *expressão matemática*, esse modelo –, sendo a pontuação global da proposta obtida através da multiplicação das pontuações parciais pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação – cf. artigo 139.º, n.ºs 5 e 2, do CCP.

Significa isto que a avaliação das propostas dos concorrentes, mesmo de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa, assenta hoje, em boa medida, não no preenchimento de conceitos indeterminados, mas em meros *juízos verificativos ou de “accertamento”*, a empreender *com base em instrumentos e conhecimentos científicos e técnicos*, que se reconduzem ao reduto da tradicionalmente designada *discricionariedade técnica*⁴⁹. A avaliação das propostas comporta, portanto, uma dimensão meramente *verificativa* muito para além dos fatores de avaliação tradicionalmente reconhecidos como puramente objetivos, como o preço ou o prazo de execução, uma vez que a liberdade de apreciação, ou de avaliação, pode ter-se esgotado na prévia elaboração do modelo de avaliação.

Em face da natureza diversa dos fatores e eventuais subfatores de avaliação das propostas, e do grau de exigência legal quanto à densificação do modelo de avaliação, deixou de ter justificação o *dogma* da genérica insindicabilidade contenciosa da atividade de avaliação e graduação das propostas dos concorrentes e da consequente decisão de adjudicação, salvo no que respeite à respetiva legalidade externa ou à eventual ocorrência de erro grosseiro ou manifesto ou de violação dos princípios gerais aplicáveis⁵⁰.

⁴⁹ Cf. BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, 1995, p. 114.

⁵⁰ Cf., no sentido da orientação tradicional, *inter alia*, o aresto tirado pelo STA em 02.12.2004, relativo ao proc. n.º

Com efeito, e em resultado da exigência de um modelo de avaliação imposta pelo CCP, nos termos acima descritos, não estará propriamente em causa, em muitas situações, uma *substituição* da Administração que pudesse contender com a respetiva liberdade de apreciação e a reserva constitucional da atividade administrativa. O que estará em causa, normalmente, é uma *reconstituição* do concreto exercício dessa apreciação, mediante a observância, precisamente, dos parâmetros e dos termos plasmados, antecipadamente, no modelo de avaliação⁵¹.

Por outro lado, deverá ainda ter-se presente a necessária distinção entre a tutela meramente *ressarcitória* e a tutela *reintegradora* dos concorrentes ilicitamente preteridos, sendo que, quando se trate de apreciar unicamente uma pretensão indemnizatória, não poderá haver lugar, mesmo em tese, ao exercício, pelo tribunal administrativo, de poderes de anulação, condenação ou substituição da Administração no desempenho de funções que lhe estejam reservadas⁵². Como tal, nenhum princípio constitucional obsta, nem sequer em abstrato, a que o juiz administrativo determine, segundo um juízo de prognose póstuma, qual teria sido o mérito reconhecido à proposta do concorrente ilicitamente preterido, se o ilícito em causa não tivesse sido cometido pela entidade adjudicante.

Em suma, pode concluir-se que a natureza dos poderes exercidos pela entidade

48079.

⁵¹ Como acima se referiu, a avaliação das propostas, de acordo com os parâmetros e termos do modelo de avaliação, deve ser reconduzida ao plano da discricionariedade técnica, cuja equiparação à verdadeira e própria discricionariedade só pode assentar num critério funcional (a insusceptibilidade de substituição pelo juiz administrativo de um juízo irredutivelmente opinativo ou subjetivo) e não numa identidade ontológica, que inexistente. Mas esta zona de sobreposição funcional tenderá hoje a regredir, com o alargamento dos meios de prova no contencioso administrativo e a admissibilidade de recurso à prova pericial (cf. artigo 90.º, n.º 2, do CPTA). Tal evolução é patente, nomeadamente, na jurisprudência e na doutrina italianas, em que o âmbito de insindicabilidade reconhecido à discricionariedade técnica tem vindo a diminuir – cf. ROBERTO CARANTA, *Attività Amministrativa ed Illecito Aquiliano – La Responsabilità della Pubblica Amministrazione dopo la L. 21 Luglio 2000*, n.º 205, Milão, 2001, pp. 112 ss, CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Turim, 2002, pp. 380-381, FRANCESCO CARINGELLA *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., Milão, 2007, pp. 959 ss, ELIO CASETTA/FABRIZIO FRACCHIA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 12.ª ed., Milão, 2010, pp. 383 ss, e ROBERTO CHIEPPA/ROBERTO GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milão, 2011, pp. 360 ss.

⁵² Este dado é tanto mais evidente quanto a indemnização *em dinheiro* tende a ser arbitrada em face da impossibilidade de obtenção da indemnização *em espécie*, em resultado da invocação pela entidade adjudicante de causa legítima de inexecução da sentença anulatória e da consequente inviabilidade da reinstrução procedimental.

adjudicante na avaliação e graduação das propostas não constitui, por si só e de um modo geral, obstáculo ao reconhecimento do direito do concorrente ilicitamente preterido a ser indenizado pelos lucros cessantes que adviriam da execução do contrato objeto do procedimento, mesmo quando seja adotado o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa. Tudo depende, na verdade, da situação concretamente considerada, ou seja, dos atributos da proposta em causa, dos termos do modelo de avaliação adotado e do posicionamento relativo (mais ou menos distante entre si) dos diferentes concorrentes.

3.4. A deslocação do problema para o plano da responsabilidade pela inexecução de sentença anulatória

O recurso a uma noção de indemnização pela perda de *chance* ou de oportunidade, e a inerente atribuição de indemnizações de montante mais reduzido, não pode prejudicar os direitos dos concorrentes que, segundo as regras gerais da responsabilidade civil e os padrões de causalidade normalmente exigidos, devam ser indemnizados pela totalidade dos lucros cessantes.

Na verdade, não é impensável a existência de situações em que o particular deva ser indemnizado pela totalidade desse dano, o que ocorrerá em casos *extremos*, onde não reste dúvida de que, não fora a preterição do concorrente ilicitamente levada a cabo pela Administração, a proposta ser-lhe-ia adjudicada e ele seria admitido a executar o contrato objeto do procedimento, auferindo as vantagens patrimoniais inerentes. Entre esses casos *extremos* estarão não apenas as situações em que se tenha perfilado unicamente um concorrente – ou em que haja uma pluralidade de concorrentes, mas os demais devessem ter sido excluídos – e as situações de revogação ilegal da adjudicação a favor do concorrente lesado, mas também situações em que, atendendo aos termos do modelo de avaliação adotado e ao concreto *vício* ocorrido na apreciação das propostas, seja possível identificar, com segurança, qual teria sido a correta graduação dos concorrentes.

Como tal, apenas nos casos em que seja impossível reconstituir, com a desejável certeza, qual a posição que seria alcançada pelo concorrente preterido, não fora o ilícito praticado, está aberto o caminho à indemnização segundo a teoria da perda de *chance*.

Contudo, o caráter residual ou subsidiário da indemnização pela perda de *chance* tende a ser obnubilado e são frequentes as decisões que concluem pela condenação nessa indemnização, em detrimento da indemnização pelas despesas incorridas com a participação no procedimento adjudicatório ou pelos lucros cessantes. E a verdade é que tal orientação não constitui, para os concorrentes ilicitamente preteridos, mais do que uma *vitória de Pirro*, tendo em conta a margem de subjetividade inerente à quantificação do dano segundo a equidade e o baixo valor das indemnizações habitualmente arbitradas.

Deve, aliás, referir-se que a ideia de uma indemnização pela perda de *chance* ou de oportunidade surge, neste contexto e à luz da jurisprudência nacional, com contornos de alguma *singularidade*, tanto em face do Direito comparado, como em face do próprio artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva n.º 92/13/CEE. É que, recorde-se, nessa disposição – tal como, nomeadamente, na lei alemã (cf. § 126 GWB) –, o pressuposto ou requisito da *chance*, ou da *probabilidade* de obtenção da adjudicação, serve apenas para *modelar* a relação de causalidade exigível e fundar a indemnização, pelo menos, das despesas incorridas no procedimento adjudicatório. Não surge, seguramente, como dano autonomamente indemnizável, distinto tanto das despesas frustradas, como dos lucros cessantes⁵³.

Além disso, no nosso sistema de responsabilidade civil, e conforme também já se referiu, é duvidosa a admissibilidade, em geral, da perda de *chance* como dano patrimonial autónomo (e, como tal, autonomamente quantificável através do apelo à equidade), diversamente do que parece suceder, nomeadamente, no sistema de responsabilidade civil francês.

Quais são, pois, as razões desta *singularidade*, que apenas na aparência serve o propósito de assegurar a tutela dos direitos dos concorrentes na contratação pública? Supomos que essas razões são, no essencial, três.

a) A primeira dessas razões apresenta-se como um dado óbvio, mas espúrio. Trata-se da facilidade de *manuseamento* desta solução, que dispensa as entidades adjudicantes de uma defesa

⁵³ Pela nossa parte, entendemos que, na contratação pública, o recurso à noção de perda de *chance* apenas é admissível, dentro de determinados limites, como critério para aferição da causalidade em termos mais flexíveis do que os normalmente exigidos, dependendo o direito a indemnização do grau de probabilidade da adjudicação e devendo a respetiva quantificação ter por base o montante dos lucros cessantes (cf. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização...*, cit., pp. 344 ss).

mais aturada e evita o aprofundamento da análise, o recurso à prova pericial e, em geral, a incursão em matérias técnicas ou frequentemente *indigestas* para o jurista. Mas esta é ainda, insiste-se, uma razão *pré-jurídica*, que nenhum crédito científico merece.

b) Em segundo lugar, surge uma razão já atendível, de ordem substancial, mas cuja invocação não tem em conta as especificidades do grupo de casos concretamente em apreço. Está aqui em causa a circunstância de a generalidade das situações de responsabilidade civil, no domínio da contratação pública, poder coincidir com a invocação de causa legítima de inexecução, nos termos do artigo 163.º do CPTA.

No entanto, a *ratio* subjacente à *ficção*, neste contexto, de um dano autónomo, não encontra aplicação no domínio da contratação pública, em que, pelo menos, o interesse contratual negativo deveria ser, em princípio, indemnizado, por imposição expressa do legislador comunitário (cf. o mencionado artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva n.º 92/13/CEE). E isto sem dependência da demonstração de culpa pelo lesado ou, sequer, a admissibilidade de prova de inexistência de culpa por parte do lesante.

Acresce que a necessidade de articulação entre a indemnização assim arbitrada e a verdadeira e própria indemnização pela preterição ilícita do concorrente pode conduzir a uma situação desequilibrada, seja por excesso, seja por defeito. Por excesso, quando se entenda que esta indemnização poderá acrescer à indemnização a alcançar pelo concorrente preterido em sede de responsabilidade civil. Por defeito, no cenário inverso, caso se lhe atribua efeito excludente da indemnização devida a título de responsabilidade civil.

c) Como terceira e última razão para este estado de coisas, mas estreitamente relacionada com o aspeto que acabámos de referir, cumpre aludir à ideia, muito divulgada na doutrina e na jurisprudência, segundo a qual não cabe, no âmbito do processo de execução de sentença anulatória, a pretensão de indemnização pela responsabilidade civil emergente da prática do ato ilícito anulado⁵⁴.

⁵⁴ Cf., *inter alia*, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 1078-1079. Esta orientação parece, aliás, encontrar sólido apoio literal no artigo 166.º, n.º 1, do CPTA, sendo, depois, estendida às hipóteses contempladas nos

Parece-nos, porém, que esta solução não deveria vigorar no domínio da contratação pública. Por um lado, este entendimento, com a inerente exigência de ulterior recurso a uma ação administrativa comum de responsabilidade civil, não deixa de constituir um obstáculo à célere efetivação dos direitos dos particulares, como impõe o Direito da União Europeia. Por outro, a instrução da causa, num pedido de indemnização fundado em responsabilidade civil da entidade adjudicante – e uma vez que a indemnização se acha, em princípio, limitada pelo âmbito do contrato e não depende de culpa do lesante –, não tenderá a ser particularmente árdua.

Além disso, contra esta orientação, existem ainda dois argumentos relevantes. Um primeiro argumento alicerça-se na constatação *empírica* de que o âmbito da indemnização devida pela inexecução lícita da sentença anulatória pode bem coincidir, nalguns casos, com o âmbito da indemnização emergente do ato ilícito anulado⁵⁵, o que demonstra que é possível *acomodar*, mesmo sem adaptação do processo, esta última pretensão indemnizatória na tramitação do processo executivo. Um segundo e derradeiro argumento, no sentido proposto, é-nos dado pela reforma do Direito processual administrativo italiano, sendo que o artigo 112.º, n.º 4, do novo *Codice del Processo Amministrativo*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104, de 2 de julho de 2010, veio prever, com carácter geral, a possibilidade de dedução do pedido indemnizatório no *processo di ottemperanza*, com a inerente convalidação deste no processo ordinário⁵⁶.

É certo que esta norma da lei italiana vigorou durante pouco tempo – tendo sido revogada pelo Decreto-Lei n.º 195, de 15 de novembro de 2011 –, o que ficou a dever-se às dúvidas que suscitou quanto à determinação do tribunal competente para apreciar, em simultâneo, o pedido

artigos 45.º, n.º 1, e 102.º, n.º 5, do CPTA (cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 291 e pp. 686-688).

⁵⁵ Cf. o aresto do TCAS de 22.03.2012, proferido no proc. n.º 7045/10. Como este aresto evidencia, o que está em causa é um concurso de pretensões indemnizatórias que, embora alicerçando-se em títulos jurídicos diversos (atuação ilícita da entidade adjudicante vs. inexecução lícita da sentença anulatória), se referem, afinal, aos mesmos danos. Por isso mesmo, a obtenção de uma mera indemnização pela perda de *chance*, determinada em abstrato, por apelo à equidade e resultando em montantes frequentemente irrisórios (por vezes, inferiores ao valor das *despesas frustradas* cujo ressarcimento é expressamente imposto pelo Direito da União Europeia), não pode ser considerada satisfatória.

⁵⁶ Cf. ALESSIO LIBERATI, *Il Nuovo Diritto Processuale Amministrativo*, Pádua, 2010, pp. 759 ss, FRANCESCO CARINGELLA/MARIANO PROTTO, *Manuale di Diritto Processuale Amministrativo*, Roma, 2011, pp. 1197 ss, e DANIELE GIANNINI, *Il Nuovo Giudizio di Ottemperanza dopo il Codice del Processo*, Milão, 2011, pp. 131 ss.

de execução da sentença anulatória e o pedido de indenização a título de responsabilidade civil⁵⁷. No entanto, entre nós, é hoje residual a competência do STA para conhecer, em primeira instância, de ações de impugnação e, portanto, para a execução das respectivas decisões anulatórias (cf. artigo 24.º, n.º 1, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais), pelo que só muito raramente se poderá colocar um problema de *dissociação* entre a competência para conhecer do pedido de execução da decisão anulatória e a competência para conhecer do pedido de indenização. Como tal, nada obstará a uma solução similar à do mencionado artigo 112.º, n.º 4, do *Codice del Processo Amministrativo*, de âmbito geral ou, pelo menos, limitada ao domínio da contratação pública, ainda que, porventura, deixando ao juiz a liberdade de adaptar a tramitação processual.

4. Conclusão

Em face de tudo quanto antecede, parece-nos ser de concluir, em síntese, que existe margem para aperfeiçoamento e reforço da tutela *secundária* ou *ressarcitória* dos concorrentes ilicitamente preteridos, já à luz do nosso Direito interno constituído. No entanto, parece-nos, igualmente, que seria recomendável uma intervenção legislativa que desse conteúdo útil ao artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE, do mesmo passo que regulasse, adequadamente, a articulação entre a indenização fundada em responsabilidade civil, por um lado, e a indenização pela inexecução lícita de sentença anulatória, por outro, tanto no plano substantivo, como no plano processual.

⁵⁷ Cf. FRANCESCO CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. I, *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Roma, 2012, pp. 590-592.