

O DIREITO

Ano 147.º (2015), IV

Diretor: JORGE MIRANDA

Fundadores

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

Antigos Diretores

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

Diretor

Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Propriedade de JURIDIREITO – Edições Jurídicas, Lda.

NIPC 506 256 553

Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.º 76, 78, 80

Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 300 exemplares

Assinatura anual € 70,00 (12,5% de desconto sobre o total dos números avulsos)

Número avulso € 20,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS – Digital Printing Services, Lda.

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

ARTIGOS DOUTRINAIS

RUI SOARES PEREIRA/DAVID SILVA RAMALHO <i>Os processos especiais no direito processual penal português</i>	823
PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ <i>A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance</i>	853
OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO <i>O estado de necessidade econômico-financeiro e o impacto sobre os direitos fundamentais</i>	897
ALEXANDRE GUERREIRO <i>Intervenção militar na Síria e o Conselho de Segurança das Nações Unidas: Obligatio erga omnes ou a descredibilização das instituições internacionais?</i>	969
DAVID SILVA RAMALHO/JOSÉ DUARTE COIMBRA <i>A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves</i>	997
MARGARIDA SEPÚLVEDA TEIXEIRA <i>Apreciação da Matéria de Facto em Sede de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade</i>	1047

A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance

DOCTOR PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ*

SUMÁRIO: § 1.º *Introdução e Enquadramento*. § 2.º *Especificidades da tutela ressarcitória no contexto dos contratos públicos*. § 3.º *O ponto de partida: a modificação do alcance de conceitos básicos do instituto da responsabilidade civil no contexto dos contratos públicos*: 3.1. *Contraposição entre danos emergentes e lucros cessantes*; 3.2. *Interesse contratual negativo, interesse contratual positivo e perda de chance*. § 4.º *O regime ressarcitório aplicável a cada tipologia de lesões: hipóteses de lesões pré-contratuais*: 4.1. *Primeiro conjunto de hipóteses: revogação da decisão de contratar – causas lícitas de não adjudicação*; 4.2. *Segundo conjunto de hipóteses: revogação da decisão de contratar – causas ilícitas de não adjudicação*; 4.3. *Terceiro conjunto de hipóteses: situações adicionais (híbridas) de não adjudicação por erros grosseiros da entidade adjudicante*; 4.4. *Quarto conjunto de hipóteses: casos excepcionais de demora lícita no acto de adjudicação*; 4.5. *Quinto conjunto de hipóteses: a não outorga do contrato*; 4.6. *Sexto conjunto de hipóteses: o caso típico da adjudicação ilegal*; 4.7. *Sétimo conjunto de hipóteses: a impossibilitação de apresentação de proposta por culpa da entidade adjudicante*. § 5.º *Regime ressarcitório aplicável a cada tipologia de lesões: hipóteses de lesões contratuais*: 5.1. *Primeiro conjunto de hipóteses: erro grosseiro impeditivo da eficácia do contrato ou tentativa da entidade adjudicante de impedir a sua entrada em vigor*; 5.2. *Segundo conjunto de hipóteses: redução do objecto do contrato por erro procedimental anterior da entidade adjudicante*; 5.3. *Terceiro conjunto de hipóteses: resolução do contrato por motivos de interesse público*; 5.4. *Quarto conjunto de hipóteses: cenários de modificação contratual por reequilíbrio financeiro, alteração de circunstâncias ou fait du prince*.

§ 1.º Introdução e Enquadramento

1. O Direito dos Contratos Públicos não constitui excepção à generalidade dos sectores do ordenamento jurídico que não podem dispensar o recurso ao instituto da responsabilidade civil como meio de assegurar um *sucedâneo pecu-*

niário para a tutela de posições juridicamente protegidas, nos casos em que se demonstre que estas posições, uma vez lesadas pela entidade pública contratante, não podem ser integralmente restabelecidas através do método da *restauração natural*. Quando é juridicamente impossível ou inconveniente – à luz de uma ponderação de valores conflitantes exclusivamente efectuada pelo Tribunal – concluir um procedimento pré-contratual ou executar um contrato já celebrado nos exactos termos em que a Administração se comprometeu antes, o recurso à responsabilidade pecuniária oferece, pelo menos, uma *garantia de valor* ao lesado.

Sabe-se que tal garantia de valor consiste na fronteira última – esta já inultrapassável – imposta pelo n.º 2 do artigo 62.º da Constituição: se é certo que a significativa amplitude reconhecida pela Lei Fundamental aos direitos patrimoniais privados não pode assegurar que todo o seu conteúdo seja imediatamente operativo e justiciável pelo seu titular, reconhece-se que, pelo menos em algumas das suas vertentes – naquelas em que o direito patrimonial surge “precisamente como *direito “clássico” de defesa*” –, ele obtém uma natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando do regime privilegiado de protecção previsto, entre outros, no artigo 18.º da Constituição¹. E se também é certo que, devido à sua função social, ele nunca obtém “protecção constitucional em termos absolutos”², estando sujeito, “nos termos da Constituição” (cfr. n.º 1 do artigo 62.º), a importantes ablações³, então o essencial da tutela jusfundamental imune a qualquer afectação fica reservado para a obrigação, a cargo do Estado, de manutenção da garantia do património de que o proprietário dispunha na sua esfera jurídica antes da intervenção lesiva de que haja sido alvo, nos termos do disposto naquele n.º 2 do artigo 62.º⁴.

Na formulação de síntese do Tribunal Constitucional: a imunidade contra ingerências externas é garantida, pelo menos, no tocante ao “*direito de cada um a não ser privado da sua propriedade senão por intermédio de um procedimento adequado*”

¹ Cfr., entre tantos, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 44/99; 329/99; 205/2000; 263/2000; 425/2000; 57/2001; 187/2001; 391/2002; 139/2004; 159/2007 ou 421/2009.

² Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 805.

³ Cfr., com recensão da jurisprudência constitucional, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, 2 vols., Almedina, Coimbra, 2006, II, pp. 653 e segs.; v. também RUI MEDEIROS, “Artigo 62.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1252-1254.

⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., I, p. 805; MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 574-580; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, cit., II, pp. 657 e 668-670.

e mediante justa compensação, procedimento esse especialmente assegurado no n.º 2 do artigo 62.^o⁵.

Ora, visto que o conceito constitucional de propriedade é sujeito a um *entendimento amplo* que o leva muito além do conceito estrito de propriedade próprio do Direito Civil, não se confinando sequer aos direitos reais, abrangendo a generalidade das *posições jurídicas com conteúdo patrimonial protegidas por direitos subjectivos ou com relevância económica directa*⁶, a circunstância de ser possível identificar na esfera jurídica de um determinado titular um *direito de tipo contratual* já implica, só por si, a necessidade de ponderar a invocação da garantia de valor decorrente do n.º 2 do artigo 62.º da Constituição, sempre que se cogita a afectação desse direito contratual.

É neste contexto que a tutela ressarcitória do lesado que contrata com a Administração se torna incontornável para evitar a desconformidade da conduta desta última com a Lei Fundamental: se a realidade material foi já sujeita a factos consumados que impedem a *restituição natural* da posição lesada – não sendo possível levar um procedimento pré-contratual até ao seu devido termo ou não sendo possível executar integralmente um contrato já celebrado –, só a responsabilidade da entidade pública contratante, concretizada por via pecuniária, pode restaurar o *valor global do património lesado*.

Noutros termos, quando se demonstra não ser possível uma compensação guiada pelo *dano real* – o prejuízo correspondente às vantagens efectivas subtraídas a um património –, ao lesante cabe, pelo menos, promover a compensação guiada pelo *dano de cálculo* – isto é, a quantificação monetária do dano real, segundo o critério presente no n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil.

Como adiante se verá, qualquer interpretação normativa num sentido divergente ou menos exigente do que este não consegue passar o crivo estabelecido pelo artigo 62.º da Constituição, justificando a sua desaplicação por qualquer Tribunal ao abrigo do poder-dever previsto no artigo 204.º da Lei Fundamental.

§ 2.º Especificidades da tutela ressarcitória no contexto dos contratos públicos

2. O cumprimento desta exigência constitucional não deixa de colocar graves desafios ao sistema jurídico e, em especial, ao trabalho concretizador da jurisprudência. As fórmulas tradicionais do instituto da responsabilidade civil –

⁵ Cfr. Acórdão n.º 421/2009 (Processo 667/09 – MARIA LÚCIA AMARAL).

⁶ Cfr., por exemplo, Acórdão cit. n.º 421/2009.