

O CONCEITO DE POSSIBILIDADE REAL NO REGIME DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Pedro Cerqueira Gomes

1. DELIMITAÇÃO DO ESTUDO *IN QUESTIO*

O art. 2.º, n.º2 do regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas estabelece uma “*remissão extra-sistemática*”¹ para o direito comunitário, pois remete para este ordenamento jurídico o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil extracontratual do Estado, em caso de violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos². Perante esta remissão “amplíssima” somos levados a um exercício interpretativo difícil que se prende com a identificação e concretização dos pressupostos da obrigação de indemnizar à luz do direito comunitário.

No campo pré-contratual são as Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE, esta última com mais precisão, que nos fornecem “voz” quanto a uma possível resposta sobre que pressupostos condicionam a obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes.

O presente estudo irá centrar-se no pressuposto do nexo de causalidade que deverá existir à luz do art. 2.º, n.º2 do regime da responsabilidade extracontratual do estado, ou seja, e para ser mais preciso, qual será o exacto sentido e alcance que devemos conferir ao conceito de “possibilidade real” estatuído no art. 2.º, n.º7 da Directiva 92/13/CEE³.

¹ Rául Guichard, *Tópicos sobre técnicas legislativas*, Revista de Ciências Jurídicas Empresariais, nº16, pág. 62. Considera que a “remissão extra-sistemática” existe para representar uma “recepção” de um outro ordenamento jurídico.

² A nova redacção surge como consequência dos processos C-225/03 e C-70/06, e visa alinhar o direito interno ao entendimento jurisprudencial comunitário patente nestes respectivos processos, vide Heloísa Oliveira, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia, Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado...*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2010, pág. 620-621.

³ Doravante, Directiva.

Afigurou-se necessário este enquadramento prévio, pois só assim teremos “legitimidade sistemática” para proceder à definição deste conceito de origem comunitária.

2. O ART. 2.º, N.º 7 DA DIRECTIVA – QUE TUTELA?

Resulta do art. 2.º, n.º 7⁴ e do Considerando 11 da Directiva que o legislador comunitário quis tutelar “*as perdas e danos pelos encargos suportados com a preparação de uma proposta ou com a participação num processo de celebração*”, ou seja, quando estamos perante estes danos, o nexo de causalidade deverá ser aferido, não através da teoria da causalidade adequada⁵, mas sim, através da seguinte prova “*que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação*”. Isto posto, o búsilis para estabelecer um nexo de causalidade é o conceito de possibilidade real.

Na distinção de PAULO MOTA PINTO⁶, devemos ter em conta que existe uma “*cisão*” de nexos causais, uma vez que teremos o nexo causal “fundamentador de responsabilidade” que liga a acção e o evento lesivo, estabelecendo, assim, o alcance e medida da responsabilidade e, por outro lado, a causalidade “preenchedora da responsabilidade” que estabelece o nexo entre o evento lesivo e os prejuízos e danos ressarcíveis⁷. Atente-se que será no domínio desta última causalidade que se coloca a distinção entre o interesse negativo e o interesse positivo no que respeita à determinação ou alcance da indemnização.

Transpondo a doutrina exposta para o nosso estudo, poderemos afirmar que o conceito o conceito de “possibilidade real” visará dar resposta à causalidade “preenchedora de responsabilidade”, pois devemos colocar a seguinte

⁴ Sem prejuízo de esta norma se incluir na Directiva recursos para os sectores especiais, ela não poderá deixar de se considerar aplicável a entidades adjudicantes não incluídas nestes sectores, pois é a solução que se impõe pela interpretação sistemática do direito comunitário que, em momento algum, permitiria uma distinção entre os recursos disponibilizados aos interessados em função do sector de actividade, Esperança Mealha, *Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos*, Julgar, n.º 5, 2008, pág. 111.

⁵ Para uma definição sobre a teoria da causalidade adequada (art. 563.º do Código Civil), vide Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 5ª edição, Almedina, pág. 342.

⁶ Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, pág. 926.

⁷ *Idem*, *Ibidem*, pág. 927-929.

questão: qual será o elo de ligação entre certo evento lesivo e os prejuízos e danos em equação (os danos pelos encargos com a preparação das proposta e participação no procedimento concursal)⁸? Será, precisamente, a possibilidade real da sua proposta ser adjudicada.

Não nos parece que a Directiva quisesse tutelar certos danos como a perda de lucro futuro, que corresponderia ao benefício que a conclusão do negócio traria ao reclamante (vantagem económica que se obteria com a execução do contrato), que, maioritariamente, poderá identificar-se com as indemnizações pelo interesse contratual positivo, mas apenas os ditos “custos de participação no procedimento” que poderão enquadrar-se nas indemnizações pelo interesse contratual negativo (ou dano da confiança), isto é, danos que o lesado não teria sofrido se não fosse a expectativa do contrato⁹. Não pretendemos, contudo, negar, uma possível identidade denexo causal entre o dano da perda de lucro e os danos com os custos de apresentação da proposta e participação no procedimento.

3.UM “ÓCULO” DE DIREITO COMPARADO

A tarefa seguinte será “densificar” o conceito comunitário de “possibilidade real”. Será interessante investirmo-nos de um “óculo de direito comparado”¹⁰ e analisarmos algumas das consagrações deste conceito noutros ordenamentos jurídicos europeus, dado que através da análise de outros regimes europeus tentaremos acalmar um campo onde o pendor interrogativo impera.

3.1. O REGIME FRANCÊS

Segundo a lei francesa, quando estamos perante uma ilegalidade, no procedimento de formação de contratos, sabemos que caberá fazer prova se o

⁸ Atente-se que este tipo por vezes não é tido como uma categoria independente, mas, no âmbito da contratação pública, terá que se considerar um dano especial com grande autonomia e relevo. Verá Liró e Esperança Mealha, *Damages under public procurement: the portuguese case*, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, pág.1242.

⁹ Estamos cientes de que uma exacta correspondência entre os danos *in caso* e o interesse contratual negativo possa ser perigosa e conduzir a inúmeras dúvidas e inquietações, porém, é certo que se enquadram neste campo e não no do interesse contratual positivo. Ou seja, é na estrita medida desta contraposição que nos interessa a categorização.

¹⁰ Sobre as funções do direito comparado como uma função interpretativa e integrativa, vide Carlos Ferreira de Almeida, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra 1998, pág.16 e ss.

acto (ou omissão) ilícito e ofensivo de direitos ou interesses legítimos no procedimento de formação é *causa* dos danos invocados.

Os danos com os “custos de participação no procedimento” são os que nos interessam, pois pese embora a lei francesa não confira nenhum direito genérico à indemnização por estes danos, a tendência da jurisprudência é bastante generosa, uma vez que a única condição, em termos probatórios, para conceder a indemnização, é a prova que o concorrente não estaria desprovido de qualquer chance da sua proposta ser adjudicada, isto é, desde que demonstre que teria, pelo menos, um por cento de hipóteses da sua proposta ser a adjudicada. Contudo, a jurisprudência administrativa francesa parece impor que a proposta apresentada respeite o caderno de encargos e, em termos genéricos, as exigências formais e matérias impostas pela entidade adjudicante no procedimento concursal. Este tem sido o entendimento do Conseil d'Etat. Todavia, as instâncias administrativas judiciais inferiores têm adoptado uma posição mais restritiva nesta matéria¹¹. Questão diferente é estabelecer umnexo causal para o dano da perda de lucro futuro, que será aferido tendo em conta a doutrina da perda de chance^{12 13}.

Em suma, a legislação francesa é bastante generosa, uma vez que parece que provando que estamos perante um procedimento ilegal, e que existem, nem que seja um por cento de hipóteses, da sua proposta ser a adjudicada, teremos uma indemnização quanto aos custos no procedimento. Porém, se existir prova que, segundo a doutrina da perda da chance, existiria uma “chance real” de ter ganho o concurso, será conferida uma indemnização pelo dano de perda de lucro¹⁴.

3.2. O REGIME ALEMÃO

No direito alemão, além da responsabilidade resultante em geral da *culpa in contrahendo*, o §126 da “Lei contra as restrições à concorrência” (com a

¹¹ Francois Lichère, *Damages for violation of the EC public procurement rules in France*, Public Procurement Law Review, P.P.L.R. 2006, 4, pág.171-174.

¹² Idem, *ibidem*. pág.176.

¹³ Aqui estamos a considerar a perda de chance não como uma modalidade especial de prejuízo, mas sim como um meio artifício que mascara a insuperável incerteza do juiz na sua apreciação da relação causal. Júlio Vieira Gomes, *O dano da perda de chance*, in Direito e Justiça, Vol. XIX, 2005, pág.35.

¹⁴ Nicolas Gabayet, *Damages for Breach of Public Procurement Law: A French perspective* in Duncan Fairgrieve and Francois Lichère, *Public Procurement Law, Damages as an effective remedy*, Hart Publishing, UK, 2011, pág.9-30.

epígrafe “pretensão do ressarcimento do dano da confiança”) dispõe que se o organizador do concurso tiver violado um preceito que vise a proteção de um concorrente que, sem tal violação, teria tido uma “chance real”¹⁵ de, na ponderação das propostas, lhe ver adjudicado o contrato, esse concorrente pode exigir indemnização “pelos custos de preparação da oferta ou da participação no procedimento do concurso”. Segundo o n.º 2 desta norma, não são, contudo, prejudicadas pretensões ressarcitórias mais amplas, incluindo aqui a doutrina casos de *culpa in contrahendo*, que podem conduzir a uma indemnização pelo interesse contratual positivo¹⁶.

Este conceito de “chance real” era desconhecido no direito alemão da contratação pública e provocou alguma divergência na doutrina alemã quanto ao seu preenchimento. Atendendo ao escopo do §126 GWB serão apenas de considerar aquelas propostas que poderiam ter ganho o concurso, isto é, além de preencherem todos os requisitos legais impostos pela entidade adjudicante aquando da sua análise/avaliação (símitude com o regime francês), teriam, ainda, que se encontrar graduadas no topo do ranking¹⁷. Isto posto, não bastará o preenchimento dos requisitos formais impostos pela entidade adjudicante, uma vez que tem que existir uma “chance real” e não meramente hipotética da sua proposta ser a adjudicada.

3.3. ANÁLISE CRÍTICA

As duas soluções *supra* expostas representam mundos antagónicos, uma vez que assistimos, por um lado, a um excessivo protecionismo no regime francês e, por outro lado, a um regime germânico que parece estabelecer uma *probatio diabolica* tendo em conta o dano que se visa tutelar.

3.3.1. Análise da solução francesa

Poderemos considerar que o regime francês vai além das exigências do direito comunitário, dado que confere um protecionismo alargado a todos os concorrentes, pois desde que estes provem que não estariam desprovidos de qualquer chance da sua proposta ser adjudicada, serão indemnizados nos custos de

¹⁵ Este conceito “chance real” suige para dar cumprimento às obrigações comunitárias de “possibilidade real” presente no art. 2.º, n.º 2 da Directiva 92/13/CEE. Neste sentido Anne Rubach-Larsen, *Damages under German law for infringement of EU procurement law*, EPLR. 2006, 4, pág.179-182.

¹⁶ Paulo Mota Pinto, Estudos da Contratação Pública, *Responsabilidade por violação de regras do concurso para a celebração de um contrato*, Vol. II, pág. 229-280.

¹⁷ Anne Rubach-Larsen, *Ob cit.*, pág.181-184.

participação. Confrontando esta solução com o conceito de possibilidade real, somos tentados a afirmar que a jurisprudência e doutrina francesa se contentam com um mero juízo de “possibilidade”. No entanto, sabemos que a Directiva não fala, apenas, em possibilidade, mas em possibilidade real, ou seja, esta é a premissa completa. Podemos, portanto, concluir que legislador e jurisprudência foram um pouco mais além no protecionismo a que a Directiva obrigava.

Segundo NICOLAS GABAYET¹⁸, a *ratio* desta solução generosa deverá ser vista como uma sanção para as entidades adjudicantes que cometeram ilegalidades. Ao que acresce a opinião de FRANÇOIS LICHERÈ, que coloca o acento tónico nos gastos do concorrente na elaboração de uma proposta num procedimento que estaria viciado. Neste campo, a função primária da responsabilidade civil parece-nos ser mais sancionatória do que reparadora. Violando, assim, uma das traves mestras do instituto no ordenamento jurídico-civilístico português¹⁹. Isto porque, um instituto onde o nexo de causalidade se funda numa mera possibilidade não tutela, a nosso ver, de forma adequada, todos interesses em causa, sendo uma sanção excessiva para a entidade adjudicante, porque deverá considerar-se que as empresas que participam nestes procedimentos terão que estar sujeitas a uma certa aléa/risco, uma vez que participam num mercado, como agentes económicos, tendo de suportar os riscos que daí advêm²⁰.

Claro está que temos assistido a uma metamorfose no campo da responsabilidade civil do Estado face ao regime do instituto civilístico²¹. Todavia, não poderemos instituir uma responsabilidade primariamente sancionatória, como é o caso, ou seja, este papel preventivo/repressivo do instituto não pode assumir-se como um fim primário, uma vez este papel apenas poderá surgir como secundário.

Não cremos que seja de adoptar esta solução, não tanto pelo assumir de uma vertente mais preventivo/repressiva, mas, sim, porque vai além do es-

¹⁸ Nicolas Gabayet, *Ob cit.* pág. 10.

¹⁹ Sobre as funções do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico português vide José Brandão Proença, *Direito das Obrigações, relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino*, Publicações UCP, pág.173.

²⁰ Para uma visão interessante, com a qual não concordamos por inteiro, sobre o risco da participação dos agentes económicos no mercado com algum enfoque na responsabilidade social dos agentes económicos, vide Suzana Tavares da Silva, *A responsabilidade Administrativa relativa a concursos*, www.ipcjp.pt, pág. 15-17.

²¹ Sobre este ponto, J.C. Vieira de Andrade, *A Responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos: em 3D: Estado de direito, Estado fiscal e Estado social*, in RI J, pág. 345-346

copo da Directiva de forma excessiva, levando a um acesso indiscriminado a juízo, uma vez que existiria um excesso garantístico do risco negocial. Importante será estabelecer, através deste juízo de possibilidade real, a conexão entre o evento lesivo e o dano, que apenas poderá ser estabelecido no casuismo do caso concreto.

3.3.2. Análise da solução alemã

O regime germânico parece quase estabelecer uma equiparação, em matéria denexo de causalidade, entre o dano de perda de lucro e os danos com os custos de participação. Ora, esta opção parece-nos desconforme ao direito comunitário, pois o conceito de possibilidade real não se poderá identificar com uma “chance real”, pese embora, em termos etimológicos, “chance real” e “possibilidade real” serem sinónimos, não nos parece que a interpretação dada, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência germânicas, sejam conformes ao direito comunitário, uma vez que o regime é demasiado “castrador”. Veja-se que apenas é conferida protecção quando a proposta for graduada no topo do ranking das propostas apresentadas. O nexocausal terá, aqui, que ser mais leve. Com isto não pretendemos defender a solução francesa de “mera possibilidade”, mas negamos uma graduação pelos lugares cimeiros do ranking, pois aí entraríamos num juízo de prognose póstuma onde teríamos que partir da premissa “com toda a probabilidade”. No entanto, não fechamos a porta a uma possível identidade entre o conceito de possibilidade real e a doutrina de perda de chance, em termos de causalidade, dependendo esta identidade da categorização efectuada a cada uma.

3.3.3. Ideias conclusivas

Em suma, depois de tecermos algumas críticas a estes dois mundos antagónicos, entendemos que a maneira mais correcta de definir o conceito de possibilidade real será entender, o mesmo, como menos do que a demonstração de que o lesado seria o efectivo seleccionado no final do procedimento adjudicatório, mas mais do que a possibilidade meramente hipotética de ganhar (se o candidato não cumpria o caderno de encargos este não teria uma possibilidade real). Por fim, a possibilidade, para ser real, deverá revelar um grau de probabilidade, aferido segundo um juízo casuístico, tendo em conta, no juízo a formular à *posteriori*, o teor do acto em causa, o momento do procedimento em que este foi praticado, assim como os fundamentos da sua invalidade e dos

danos invocados²².

É pena que não nos seja possível alongar no presente estudo, porque a questão é deveras complexa e interessante de ser analisada tendo em conta todos os pressupostos comunitários que condicionam a obrigação de indemnizar²³, pois só assim conseguiríamos almejar um possível “fechar de raciocínio” onde as traves mestras deverão ser sempre interpretadas de acordo com os valores supra comunitários da transparência, igualdade e concorrência, que fundamentam todo o regime de contratação pública europeu.

BIBLIOGRAFIA:

- Anne Rubach-Larsen, *Damages under German law for infringement of EU procurement law*, Public Procurement Law Review, P.P.L.R. 2006, 4, (c) 2011 Sweet & Maxwell and its Contributors.
- Esperança Mealha - *Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos*, Julgar, nº 5, 2008.
- Francois Lichère - *Damages for violation of the EC public procurement rules in France*, Public Procurement Law Review, P.P.L.R. 2006, 4, (c) 2011 Sweet & Maxwell and its Contributors.
- Heloísa Oliveira - Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, *Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado...*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010.
- José Carlos Brandão Proença - *Direito das Obrigações, relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino*, Publicações Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2002.
- J.C. Vieira de Andrade, *A Responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal e Estado social*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 140º.
- Júlio Vieira Gomes - *O dano da perda de chance*, in Direito e Justiça, Vol. XIX, 2005.
- Luís Manuel Teles de Menezes Leitão - *Direito das Obrigações*, Vol. I, 3ª edição, Almedina.
- Nicolas Gabayet, *Damages for Breach of Public Procurement Law: A French perspective in Duncan Fairgrieve and Francois Lichère, Public Procurement Law, Damages as an effective remedy*, Hart Publishing, UK, 2011.
- Paulo Mota Pinto, *Estudos da Contratação Pública Responsabilidade por violação de regras do concurso para a celebração de um contrato*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010.

²² Esperança Mealha, *Ob cit.*, pág. 112.

²³ Analisando de forma correcta os artigos 29.º, n.º4, 26.º, n.º3 e 105.º, 3 do Eódigo dos Contratos Públicos, que tratam da indemnização quanto aos custos de participação no procedimento.

Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009.

Rául Guichard, *Tópicos sobre técnicas legislativas*, Revista de Ciências Jurídicas empresariais, nº16.

Suzana Tavares da Silva, *A responsabilidade Administrativa relativa a concurso*, www.ipejpp.pt.

Verá Eiró e Esperança Mealha: *Damages under public procurement: the portuguese case*, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra Editora 2010.