

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

***A compensatio lucri cum damno* na Responsabilidade Civil
Pré-Contratual das Entidades Adjudicantes**

Mestrado em Direito Administrativo

Sob orientação do Professor Doutor Rui Medeiros

Guilherme Marques Rodrigues

Março 2024

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

A compensatio lucri cum damno na Responsabilidade Civil
Pré-Contratual das Entidades Adjudicantes

Dissertação apresentada para a
obtenção do grau de Mestre em
Direito

Sob orientação científica do
Professor Doutor Rui Medeiros

Guilherme Marques Rodrigues

Março 2024

“É necessário sair da ilha para ver a ilha,
não nos vemos se não saímos de nós.”

JOSÉ SARAMAGO, *O conto da ilha desconhecida*

À minha mãe por todo o apoio incondicional que me deu

Aos meus avôs Hamiton, Manuel e Maria dos Anjos

À minha família e aos meus amigos

*Ao Professor Doutor Rui Medeiros, por toda a disponibilidade e
auxílio constante*

*A todos os membros do Departamento de Direito Administrativo da
Garrigues pela constante troca de ideias*

*Por fim, um agradecimento especial ao Mestre Nuno Salpico, ao Dr.º
Manuel Quintana, à Dr.ª Andreia Ribeiro e à Dr.ª Constança Cabral*

RESUMO:

Perante a ocorrência de um facto lesivo nem sempre advêm apenas desvantagens para o lesado, podendo também suceder que este evento acarrete vantagens. Efetivamente, quando um determinado facto lesivo proporcione determinadas vantagens ao lesado, discute-se se estas vantagens devem ser deduzidas ao *quantum* indemnizatório a prestar pelo lesante, por força do *princípio da compensatio lucri cum damno*. Esta discussão, que nasce no foro civilístico, tem vindo, de forma progressiva, a ser colocada no domínio do Direito Administrativo. No entanto, não é evidente que este princípio possa ser aplicado na Responsabilidade Civil Pré-Contratual das Entidades Adjudicantes. Assim, o primeiro momento desta investigação começa por abordar a temática da Responsabilidade Civil Pré-Contratual das Entidades Adjudicantes, o princípio da *compensatio lucri cum damno* e a respetiva admissibilidade deste princípio no âmbito do Direito Administrativo.

O segundo momento desta investigação concerne à admissibilidade deste princípio no âmbito da Responsabilidade Civil Pré-Contratual das Entidades Adjudicantes, com especial foco no caso de preterição ilícita de um concorrente num procedimento de formação de um contrato público e outros casos análogos.

PALAVRAS-CHAVE:

compensatio lucri cum damno, indemnização, vantagens, responsabilidade civil pré-contratual, compensação, entidades adjudicantes, dedução das vantagens, concorrente

ABSTRACT:

The occurrence of a harmful event does not always only result in disadvantages for the injured party, but it can also bring advantages. In fact, when a certain harmful event brings certain advantages to the injured party, it is debated whether these advantages should be deducted from the quantum of compensation to be paid by the injured party, by virtue of the principle of *compensatio lucri cum damno*. This discussion, which originated in Civil Law, has gradually been brought into the field of the Administrative Law. However, it is not clear that this principle can be applied to the Pre-Contractual Civil Liability of Contracting Authorities. Therefore, the first part of this research begins by addressing the issue of the Pre-Contractual Civil Liability of Contracting Authorities, the principle of *compensatio lucri cum damno* and the respective admissibility of this principle in the context of Administrative Law.

The second stage of this research concerns the admissibility of this principle in the context of the Pre-Contractual Civil Liability of Contracting Authorities, with a special focus on the case of unlawful rejection of a competitor in a public tender procedure and other similar cases.

KEYWORDS:

compensatio lucri cum damno, damages, benefits, pre-contractual civil liability, compensation, contracting authorities, deduction of the benefits, competitor

ÍNDICE

Siglas e abreviaturas	6
CAPÍTULO I: O PROBLEMA E COORDENADAS GERAIS	7
1. Introdução	8
2. A Responsabilidade Civil Pré-Contratual das entidades adjudicantes.....	9
3. Noção da <i>compensatio lucri cum damno</i>	13
3.1. Função e Enquadramento	13
3.2. Distinção de entre outras figuras	14
4. Admissibilidade da <i>compensatio lucri cum damno</i>	16
4.1. No ordenamento jurídico português.....	16
4.2. Em especial: no âmbito do Direito Administrativo.....	17
Capítulo II: A <i>COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO</i> NA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL	21
5. Os critérios da <i>compensatio lucri cum damno</i> : em especial, nos casos de <i>adjudicação ilegal</i>	22
5.1. Nótulas gerais	22
5.2. A existência de uma vantagem <i>relevante e real</i>	24
5.3. A causalidade adequada entre a vantagem e o evento lesivo	25
5.4. A autonomia da vantagem.....	26
5.5. O respeito pela autodeterminação do lesado e o ônus de evitar a produção ou o agravamento dos danos por parte do concorrente que foi ilicitamente preterido	27
5.6. <i>A manifesta (des)proporcionalidade</i>	32
6. Outros grupos de casos nas quais a <i>compensatio</i> pode ser invocada: território por explorar?	34
6.1. O ato impeditivo da atribuição de eficácia ao contrato	35
6.2. A revogação ilícita da decisão de contratar e outras situações equiparáveis: breves notas	37
7. O ônus da prova e averiguação dos factos constitutivos da <i>compensatio</i> pelo Tribunal... 38	
8. Conclusão.....	43
Bibliografia:.....	45
Índice de Jurisprudência.....	52
Jurisprudência italiana:	52
Jurisprudência nacional	52

Siglas e abreviaturas

Ac./Acs.	Acórdão/Acórdãos
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos
Cf.	Conferir
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPC	Código de Processo Civil
CPTA	Código dos Processos nos Tribunais Administrativos
Constituição	Constituição da República Portuguesa
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
p. p.	previsto e punido
RRCEE	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul

CAPÍTULO I:
O PROBLEMA E COORDENADAS GERAIS

1. Introdução

A Responsabilidade Civil representa, nos dias de hoje, um dos temas que mais interesse desperta junto dos juristas. Ora, quando se cruza o tema da Responsabilidade Civil com o Direito Administrativo, área do Direito em que verificou uma das maiores metamorfoses nas últimas décadas, o resultado final – a Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – não é possível escapar à aplicação das regras jurídicas do Direito Civil para o âmbito do Direito Administrativo, o que, inevitavelmente, transmuta o debate jurídico para um novo patamar. Isto significa que, na corrente Justiça Administrativa, o juiz tenha de conhecer e compreender, não apenas o Direito Administrativo, mas também dominar o Direito Civil, especialmente, quando se em causa está o direito de ressarcimento de danos provocados por atuações da Administração Pública Portuguesa.

Adicionalmente, é necessário ter ainda presente que envolta de todo este enredo, no cerne da Responsabilidade Civil, o cálculo do *quantum* se assume como uma questão de inegável protagonismo.

Tendo por presente este panorama, o tema sobre o qual nos propomos a debruçar, prende-se com a *compensatio lucri cum damno* – um dos institutos jurídicos mais antigos do Direito Civil, com origens que remontam ao Direito Romano – e que tem vindo a ser, progressivamente, invocado em domínios *jus-administrativos*.

Assim, em primeiro plano, afigura-se-nos necessário apreender a *ratio* deste instituto jurídico. Veja-se que, quando se fala da *compensatio*, é necessário compreender que este instituto se situa a jusante da obrigação de indemnizar, ou seja, pressupõe-se que estão preenchidos os requisitos que impõem a obrigação de indemnizar. Caso se verifique a existência de uma obrigação de indemnizar¹ (*i.e.*, caso todos os pressupostos da obrigação de indemnizar estejam preenchidos), é que, na etapa seguinte - o cômputo do dano – é feita alusão à regra da *compensatio*, deduzindo as eventuais vantagens auferidas pelo lesado no quantum a indemnizar pelo lesante.

Após depreendermos a *ratio* subjacente à *compensatio*, será necessário averiguar se será possível invocar esta regra jurídica ao Direito Administrativo. Após indagarmos sobre esta questão, iremos circunscrever-nos ao âmbito da Responsabilidade Civil Pré-Contratual do Estado e demais entidades adjudicantes, como eventual campo privilegiado de aplicação da regra da *compensatio lucri cum damno*.

Relativamente a esta regra, a jurisprudência administrativa portuguesa, tem, ocasionalmente, recorrido a esta regra - apesar de, muitas das vezes, apenas ao seu espírito - sem, no entanto, aprofundar esta questão, invocando apenas a capacidade de o concorrente que foi ilicitamente preterido de participar noutros procedimentos pré-contratuais, assim como, a manutenção da capacidade produtiva por parte do concorrente.

Ora, daí que seja dogmaticamente necessário não apenas compreender melhor este instituto e perceber se ele poderá ser aplicado no âmbito da responsabilidade civil pré-contratual, mas também analisar os critérios da *compensatio lucri cum damno*, e perceber se, de facto, será possível recorrer a esta figura jurídica neste tipo de circunstância, bem como noutras eventuais situações geradoras de responsabilidade civil pré-contratual por parte das entidades adjudicantes.

2. A Responsabilidade Civil Pré-Contratual das entidades adjudicantes

Antes de entrarmos no *thema decidendum*, é necessário proceder ao enquadramento do mesmo, que *in casu*, corresponde à responsabilidade civil pré-contratual das entidades adjudicantes, que, hodiernamente, vive enformada por um conjunto relevante de princípios e normas jurídicas que cumpre analisar.

O princípio da boa-fé assume-se como um vetor geral do sistema jurídico¹, com fortes antecedentes no Direito Civil, que, todavia, acabaram por se alastrar para o domínio das relações *jus-administrativas*. Esta constatação surge confirmada não só pelo próprio artigo 266.º, n.º 2 da Constituição, ao impor que os órgãos da Administração e os seus respetivos agentes atuem, no exercício das suas funções com respeito por diversos princípios, entre os quais o princípio da boa-fé, mas também pelo artigo 10.º do CPA. No que concerne à Contratação Pública, verificamos que o princípio da boa-fé se manifesta em todas as suas fases, isto é, desde o momento em que se inicia o procedimento pré-contratual de formação de um contrato público, na fase da sua adjudicação, ao longo da sua execução e, inclusive, após a extinção do respetivo contrato. Com efeito, caso se verifique a violação de regras da boa-fé, poderá dar azo a responsabilidade pré-contratual por *culpa in contrahendo*.²

¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1984, pp. 371 e ss.

² JORGE ANDRADE DA SILVA, *O princípio da Boa-fé na Contratação Pública*, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 118-119.

No nosso ordenamento jurídico, o princípio da *culpa in contrahendo*, enquanto manifestação do princípio da boa-fé, foi acolhido no artigo 227.º do CC, funcionando “*quando a violação dos deveres de proteção, de informação e de lealdade, conduza à frustração da confiança criada na contraparte pela atividade anterior do violador ou quando essa mesma violação retire às negociações o seu sentido substancial profundo de busca de um consenso na formação de um contrato válido, apto a prosseguir o escopo que, em termo de normalidade, as partes lhe atribuem.*”³

Inicialmente, o tema da responsabilidade pré-contratual da Administração apresentava um enquadramento algo desafiante no âmbito do direito administrativo.⁴ No entanto, com o decurso do tempo, tem sido alargado o elenco de casos passíveis de gerar responsabilidade civil pré-contratual, podendo esta reportar-se a factos anteriores à adjudicação do contrato, ou ao invés, à fase situada entre a adjudicação e a celebração do contrato.⁵ Cingindo-nos apenas aos casos compreendidos na fase de preparação do contrato, podemos agrupar esta realidade em quatro grandes grupos de situações: **(i)** a preterição ilegal de um candidato ou na graduação de um concurso; **(ii)** a ineficácia ou invalidade do contrato por violação de normas injuntivas ou vícios procedimentais; **(iii)** a alteração das condições de contratar após ter sido adjudicado o contrato, de forma a impedir o adjudicatário de celebrar o contrato e, por fim, **(iv)** a revogação da decisão de contratar ou recusa de contratar.⁶

No domínio do *jus constituto*, a responsabilidade por violação das regras relativas à formação dos contratos públicos, é tão-somente tutelada pelo artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007 (“RRCEE”)⁷, o qual limita o seu âmbito de aplicação aos contratos a que se refere o artigo

³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, *op.cit.*, pp. 583-584.

⁴ Mencionando as dificuldades em aplicar a figura da *culpa in contrahendo* perante as eventuais violações que possam ocorrer no decurso da fase de formação dos contratos públicos, cf. ALEXANDRA LEITÃO, *A Proteção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 408.

⁵ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 462-463.

⁶ Estas diversas fontes de responsabilidade civil pré-contratual advêm de CARLOS FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 106.

⁷ Sublinhando que esta norma pretendeu concretizar, no nosso ordenamento jurídico, o estabelecido na Directiva n.º 89/665/CE, do Conselho, de 21 de dezembro, assim como a Directiva n.º 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, onde, através dos seus artigos 2.º, n.º 1, al. c) e 2.º, n.º 7, respetivamente, era consagrado a atribuição de uma indemnização, por violação do direito comunitário, no âmbito de procedimentos pré-contratuais de direito público, CARLOS FERNANDES CADILHA, *op.cit.*, p. 157. No entanto, deve ser sublinhado, que a Directiva n.º 92/13/CEE aplica-se especificamente aos procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, foi mais longe, quanto à medida da indemnização, prevendo um direito à indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta, ou a participação num procedimento de celebração de um contrato.

100.º do CPTA⁸, não existindo, ao contrário do que sucede no âmbito do Direito Civil, uma norma equivalente ao artigo 227.º do CC. Assim, atendendo ao limitado âmbito de aplicação do artigo 7.º, n.º 2 do RRCEE, é questionável que o seu regime seja aplicável a outros casos nos quais sejam violadas regras jurídicas no âmbito de um procedimento de formação de um contrato público.⁹ A obrigação de indemnizar nasce ao abrigo do artigo 7.º, n.º 2 do RRCEE, quando seja violado o “*bloco legal comunitário de contratação pública*” ou os “*diplomas nacionais de transposição*”, dando azo à substituição do regime da ilicitude, previsto no artigo 9.º do RRCEE, pelo regime da mera ilegalidade, conforme as Diretivas Recursos.¹⁰ Em bom sentido, do artigo 7.º, n.º 2 do RRCEE resulta uma obrigação de indemnizar por responsabilidade civil pré-contratual, atendendo que se trata de uma manifestação de responsabilidade por culpa na formação de um contrato público, equivalente à *culpa in contrahendo*, no âmbito do direito civil.¹¹

No que concerne às restantes situações suscetíveis de gerar responsabilidade civil pré-contratual (*i.e.*, que não sejam subsumíveis na previsão do artigo 7.º, n.º 2 do RRCEE) sempre se poderá advogar que estas se reconduzem ao âmbito do RRCEE, por força do disposto no artigo 1.º, n.º 1 do RRCEE, pela circunstância de não estarem reguladas em lei especial.

Todavia, cotejando as normas do CCP, verificamos que em diversas disposições – mais concretamente, nos artigos 27.º, n.º 6; 76.º, n.º 3; 79.º, n.º 4; e 105.º, n.º 3 – o legislador consagrou regimes “especiais”, que preveem a obrigação de indemnizar por parte das entidades adjudicantes, mediante o preenchimento dos respetivos pressupostos, no entanto, o que se depreende de todos estes regimes é a “*afirmação de um direito de indemnização mínimo [...] - e que se [pode] reconduzir, aliás, ao menos em certos casos, a regimes especiais de responsabilidade por atos lícitos - não prejudicando outras pretensões indemnizatórias quando a atuação da entidade adjudicante seja ilícita e, na medida em que se exija culpa, culposa.*”¹². No entanto, reitera-se que nestas disposições já não está em causa a preterição

⁸ Contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços.

⁹ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Artigo 1º - Âmbito de aplicação” in *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência* (coordenadores Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão), Lisboa, AAFDL Editora, 2022, p. 301.

¹⁰ VERA EIRÓ, *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes: fundamento e pressupostos*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 499-503.

¹¹ CARLOS FERNANDES CADILHA, *op.cit.*, p. 101.

¹² RUI MEDEIROS/ PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Artigo 7.º- Responsabilidade Exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público (n.º2)”, in AAVV, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 215-216. No

ilícita de um concorrente no âmbito de um procedimento pré-contratual de formação de um contrato público.¹³

Por fim, no âmbito da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (“LOPTC”), tendo em conta o exercício da função de fiscalização prévia desempenhada pelo Tribunal de Contas, através do *visto prévio*, verificamos que o artigo 45.º da LOPTC, ao regular os efeitos do visto prévio^{14/15} do Tribunal de Contas, é consagrado, no n.º 3 deste artigo, a possibilidade de o co-contrante ser remunerado caso este já tenha praticado atos de execução respeitantes ao contrato celebrado. Repare-se, no entanto, que em circunstância alguma pode entender-se que a *ratio* desta norma é a de limitar ou até afastar o regime da responsabilidade civil.¹⁶ O que já não será líquido é se perante os casos de recusa do visto do Tribunal de Contas, a responsabilidade em causa, possa ser considerada como responsabilidade pré-contratual¹⁷ ou um misto entre responsabilidade pré-contratual e extracontratual.¹⁸

mesmo sentido, reportando-se apenas aos artigos 79.º, n.º 4 e 105.º, n.º 3 ambos do CCP, cf. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos: anotado e comentado*, 9ª ed., 2021, pp. 384, 443 e 444, entendendo que estamos, em ambos os casos, no âmbito de uma atuação lícita.

¹³ RUI CARDONA FERREIRA, *A Responsabilidade Civil...*, p. 107. Para este A., a norma do artigo 105.º, n.º 3 do CCP, na verdade, não consubstancia uma recusa lícita da celebração do contrato, cf. *Ibidem*, p. 114, nota 262.

¹⁴ Apesar de não integrar o objeto da presente dissertação, relativamente à natureza do visto prévio, nem pretendendo que seja tomada posição quanto a este tema, veja-se que, defendendo o carácter administrativo do mesmo, cf. JOÃO CAUPERS, “A Administração entalada: não feche o Tribunal de Contas as portas que o legislador abriu!” in *CJA*, n.º 33 (2002), p. 8, TIAGO DUARTE, “Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efetiva? Yes, we can!” in *CJA*, n.º 71 (2008), p. 33, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre os poderes do Tribunal de Contas” in *Revista de Direito Administrativo*, Lisboa, n.º especial 2, (julho 2021), pp. 52-53 e MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “Controlo da contratação pública pelo Tribunal de Contas” in *Revista de Contratos Públicos*, CEDIPRE, n.º 30, p. 82, entre outros. Defendendo a qualificação do visto prévio como ato jurisdicional, cf. ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 461.

¹⁵ Como sublinha RUI MEDEIROS, “A fiscalização da contratação pública pelo Tribunal de Contas - Alguns aspetos” in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 8, Maio-Agosto 2020, pp. 11 e ss., destarte o facto de o visto prévio consubstanciar um importante instrumento quanto ao controlo do erário público, a verdade é que devido a esta orientação teleológica, o Tribunal de Contas acaba por, na grande maioria dos casos, desconsiderar outros (importantes) interesses públicos assim como os próprios interesses do adjudicatário, em casos de recusa do visto prévio.

¹⁶ RUI MEDEIROS/ PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *op.cit.*, p. 216. De facto, advogar que a operabilidade do artigo 45.º, n.º 3 da LOPTC limitaria ou afastaria o regime da responsabilidade civil, seria manifestamente incompatível do ponto de vista constitucional, atendendo à existência do princípio da responsabilidade civil dos poderes públicos. Para um desenvolvimento deste princípio, cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 221 e ss..

¹⁷ Cf. Ac. STA de 23/09/2003, proc. n.º 01527/02, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁸ Cf. Ac. STA de 17/03/2004, proc. n.º 0962/03, Ac. STA de 23/09/2003, proc. n.º 0875/05, Ac. STA de 18/10/2011, proc. n.º 0322/11, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

3. Noção da *compensatio lucri cum damno*

3.1. Função e Enquadramento

Através de uma determinada conduta, quer da própria Administração Pública, quer de um mero particular, pode suceder que essa conduta seja suscetível de originar prejuízos na esfera jurídica de outro sujeito. No entanto, existem situações em que, aliado ao surgimento de um determinado prejuízo, surge concomitantemente, um determinado benefício, originando um incremento patrimonial na esfera jurídica do lesado.

Deste modo perante este circunstancialismo, a questão que se coloca, é a de saber qual é o relevo que deve ser dado a este lucro. Deverá este ser tido em consideração, aquando na computação do *quantum* indemnizatório? De forma que a dar resposta a esta questão, a nossa indagação passa, necessariamente, pela regra da *compensatio*, também designada, entre nós, como *compensação de vantagens* ou *compensação de benefícios*.

Esta regra jurídica não é nenhuma novidade, bem pelo contrário, a sua origem remonta ao Direito Romano, apesar de ter existido alguma dificuldade quanto à determinação da respetiva fonte.¹⁹ No entanto, nos dias que correm, apesar de não ser muito discutido entre nós, a *compensação de vantagens* tem, por base, o princípio do não-locupletamento do lesado que, em traços bastante gerais, dita que não pode existir um incremento patrimonial, na esfera do lesado, por virtude da ocorrência de um determinado evento lesivo. Deste modo, verifica-se que “em relação a cada lesão há que considerar, de um lado, a conduta que lhe deu origem, do outro, como escopo da reparação, o restabelecimento do equilíbrio abstrato, há que considerar cada pretensão como um processo unitário, em que a lesão final apurada, e a reparação final atribuída satisfaçam às imposições daquele conceito de responsabilidade.”²⁰

Como tal, fica assim evidenciado que, quando nos referimos ao conceito de *compensação de vantagens*, estamos situados no âmbito da obrigação de indemnizar, e não no preenchimento dos pressupostos da Responsabilidade (*i.e.*, a *compensatio lucri cum damno*, situa-se, no designado Direito da Indemnização, no qual, após ter-se concluído pela existência de

¹⁹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 720.

²⁰ MARIA NAZARETH L. GUIMARÃES, “A compensação de lucros com danos” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano II, n.ºs 2 - 3, Junho - Agosto de 1946, pp. 81-82.

responsabilidade, procurar-se-á apurar a natureza e proceder ao cálculo da indemnização que será prestada).²¹

3.2. Distinção de entre outras figuras

Ainda no âmbito da noção da *compensatio*, é necessário distinguir esta figura de outros institutos que, apesar de *prima facie* aparentarem ser bastante semelhantes, na verdade, conforme se verá, abarcam realidades bem distintas.

3.2.1. A compensação

A primeira figura que deve ser mencionada, neste exercício, é a da Compensação civil, regulada nos artigos 847.º e seguintes do Código Civil (“CC”). Como primeira nota, veja-se que a compensação civil é uma modalidade de extinção de vínculos obrigacionais, através da qual, o devedor opõe um contra crédito sobre o credor, de forma a extinguir, total ou parcialmente, a indemnização a prestar a favor do credor. Deste modo, na compensação pressupõe-se a existência de duas obrigações autónomas entre si.²² Por outro lado, na *compensatio*, o *thema decidendum* centra-se na avaliação e quantificação dos danos, que embora possam reduzir o *quantum indemnizatório*, considerando, no cômputo do dano, os eventuais benefícios usufruídos pelo lesado pela ocorrência do evento lesivo. Assim, não existe, sublinhe-se, uma obrigação autónoma que impenda sobre o lesado e que vise a extinção do crédito, ao contrário do que sucede com a compensação civil.²³

Concomitantemente, estamos a tratar de conceitos distintos e em hiatos temporais distintos, isto é, enquanto na compensação civil, estamos no seio de dívidas, advindas de vínculos obrigacionais anteriores, na *compensatio*, o que está em causa são eventuais lucros (ou vantagens), que surgem posteriormente à ocorrência do evento lesivo que gerou a obrigação de indemnizar a favor do lesado.²⁴ Por fim, enquanto que a compensação civil pode verificar-se entre créditos e contra créditos distintos (desde que se verifiquem os requisitos da

²¹ NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*Compensatio lucri cum damno: em especial, por violação de direitos de personalidade*” in *Revista de Direito Civil*, Ano V, 2020 (2), p. 310.

²² PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 135.

²³ PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, *op.cit.*, p. 724; NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*Compensatio...*”, *op.cit.*, pp. 313-314

²⁴ MARIA NAZARETH L. GUIMARÃES, *op.cit.*, p. 83.

compensabilidade do artigo 847.º, n.º 1 CC), na *compensatio*, será necessário a existência de um nexo de causalidade entre as vantagens e dos danos.²⁵

3.2.2. O enriquecimento sem causa

Uma outra figura que pode levantar algumas dificuldades de distinção, face à compensação de vantagens, é a do enriquecimento sem causa (regulada nos artigos 473.º a 482.º do CC), pela sua alegada similitude. Como nota preliminar, diga-se que a premissa na qual assenta o enriquecimento sem causa, estatui que “*aquele que foi empobrecido, sem causa no seu património, por acto a que corresponda o enriquecimento doutrem, pode, em determinadas condições, exigir ao enriquecido uma reparação corresponde ao seu empobrecimento.*”²⁶

No entanto, veja-se que, qualquer a semelhança entre estas duas figuras é meramente aparente, desde logo, porque a *compensatio* não constitui, a favor do lesante, uma obrigação autónoma, ao invés, ela é meramente *accessória* da obrigação de indemnizar, no melhor dizer de MOTA PINTO, “na sua previsão a *compensatio* não postula que a vantagem seja obtida à «custa de outrem», ou um empobrecimento do lesante”.²⁷ É ainda possível identificar uma outra característica que distingue estas duas figuras, a existência ou não de *cobertura jurídico normativa*: na *compensatio*, é através da existência de vantagens, que ao serem consideradas pelo julgador e descontadas no quantum indemnizatório, que se traduzem na causa jurídica (*i.e.*, a sentença judicial), enquanto que, por oposição, no enriquecimento sem causa, a obrigação de restituição que impende sobre o enriquecido nasce pelo facto de inexistir uma cobertura jurídico normativa que justifique o seu enriquecimento.²⁸

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ L.P. MOUTINHO DE ALMEIDA, *Enriquecimento sem Causa*, Coimbra: Almedina, 2000, pp. 13 e ss. Como sublinha este A., esta moderna teoria jurídica assenta nos princípios “*neminem laedere*” e “*suum cuique tribuere*”, ou seja, dar a cada um o seu, não lesar ninguém.

²⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, *op.cit.*, p. 725, nota 2054

²⁸ NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*Compensatio..*”, *op.cit.*, p. 315; Adicionalmente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, VIII, Direito das Obrigações: Gestão de Negócios, Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil*, Reimpressão da 1.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 236-237, onde este A. sublinha que o enriquecimento sem causa, assenta na inaplicabilidade de uma norma (ou princípio) que legitime a aquisição”.

4. Admissibilidade da *compensatio lucri cum damno*

Compreendido, em traços gerais, o princípio da compensação das vantagens, e a sua distinção face a outras figuras, a questão subsequente sobre a qual nos deteremos, será sobre a admissibilidade do recurso ou não à *compensatio* no nosso ordenamento jurídico e, com especial importância, no âmbito do Direito Administrativo.

4.1. No ordenamento jurídico português

Se folhearmos o atual Código Civil, chegaremos à conclusão de que não existe uma norma específica que consagre ou faça menção alguma à *compensatio*, no entanto este é um fenómeno que se verifica noutros ordenamentos jurídicos que nos são próximos tais como o italiano e o alemão. Com efeito, esta omissão foi intencional²⁹, entendendo-se que a mesma já estava consagrada nas *regras gerais*³⁰, mais concretamente, no artigo 566.º, n.º 2 do CC, que alude à da teoria da diferença, segundo a qual “a extensão do dano a indemnizar é a que resulta da diferença entre a situação real e a situação hipotética atual do património do lesado”³¹. Não obstante, nos presentes dias, a *compensatio* é admitida tanto pela doutrina³² como pela jurisprudência, em casos de indemnizações por (i) lucros cessantes em incumprimentos contratuais, (ii) resolução do contrato de empreitada e (iii) salários intercalares no despedimento ilícito.³³

Uma questão que ainda não foi mencionada e que se encontra conexa com a admissibilidade da *compensatio*, prende-se com o facto de saber se a *compensatio lucri cum damno* opera em quaisquer das formas de responsabilidade civil, isto é, quer a responsabilidade em causa seja de fonte contratual ou aquiliana. Quanto a esta questão, cumpre que se tenha presente que, conforme aludido por MARIA NAZARETH GUIMARÃES, “[a] origem contratual ou delitual do

²⁹ Inicialmente ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de indemnização (colocação, fontes, dano, nexos causal, extensão, espécies de indemnização). Direito de abstenção e de remoção*, BMJ n.º 84 (1959), pp. 222- 224, tinha proposto dois artigos, dedicados à compensação de vantagens, no entanto, posteriormente, este mesmo A. chamou à atenção para a dispensabilidade e sugeriu eliminar, a disposição proposta nos trabalhos preparatórios, dado que “o princípio da compensação de vantagens resulta já da regra geral sobre o cálculo da indemnização e as particularidades dos casos de seguro, pensões, etc.”, cf. ADRIANO VAZ SERRA, BMJ n.º 100 (1960), p. 134, nota 275

³⁰ PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, *op.cit.*, p. 713.

³¹ FRANCISCO PEREIRA COELHO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 198

³² ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de indemnização ...*, *op.cit.*, pp. 183 e ss; PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, *op.cit.*, pp. 713 e ss.

³³ Dando nota destes casos, cf. MARGARIDA LAIRES CORTES FIGUEIREDO DA SILVA, *Compensatio Lucri Cum Damno: Uma apreciação da Jurisprudência Portuguesa*, Universidade Católica Portuguesa, 2019, pp. 31 e ss., onde é feito um levantamento exaustivo de jurisprudência quanto a estes casos.

dano, é ela irrelevante nesta matéria (...) a compensatio lucri pode verificar-se quer dano e lucro tenham a sua origem na violação de um contrato, quer provenham de um procedimento ilícito (delito ou quase-delito).”³⁴

4.2. Em especial: no âmbito do Direito Administrativo

Desvanecida a questão da admissibilidade da *compensatio*, torna-se dogmaticamente necessário, compreender se é possível aplicar este mesmo princípio no âmbito do Direito Administrativo. Não é novidade alguma que o Direito Administrativo apresente, por contraposição ao Direito Civil, funções e valorações próprias, sobressaltando desde logo, a prossecução do interesse público³⁵, mas será que podemos importar a *compensatio lucri cum damno* para o campo *jus-administrativo*, mais concretamente, para o domínio da Responsabilidade Civil do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público?

A título preliminar, é necessário ter presente que a obrigação de indemnizar do Estado e das demais pessoas coletivas de Direito Público está prevista no artigo 3.º do RRCEE, sendo que as restantes disposições deste diploma se prendem com a enunciação e preenchimento dos pressupostos da Responsabilidade Civil, pelos danos decorrentes no exercício das diversas funções. Dito de outro modo, no âmbito do RRCEE, o Direito da Responsabilidade é muito lacunar, como tal, é necessário recorrer à “*dogmática tradicional da obrigação de indemnização e à experiência da interpretação-aplicação do direito civil*”.³⁶

Atendendo que a génese da *compensatio* reside no Direito Civil, não existe nenhum dado normativo, que revele a intenção de o RRCEE afastar o princípio do não locupletamento, o qual está na base da *compensatio*. Portanto, se a intenção do legislador foi a de remeter para o regime previsto nos artigos 562.º e seguintes do CC e encontrando-se a *compensatio* prevista, de forma implícita, no artigo 566.º, n.º 2 do CC, não parecem existir, *prima facie*, obstáculos

³⁴ MARIA NAZARETH L. GUIMARÃES, *op.cit.*, p. 91. Em igual sentido, cf. PAOLO POZZAN, *A compensatio lucri cum damno*, Universidade Católica Portuguesa, 2003, pp. 128-129.

³⁵ Densificando as diversas funções e valores do Direito Administrativo, cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Funções e Valores do Direito Administrativo” in AA VV, *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2018, pp 454 e ss.

³⁶ NUNO TRIGO DOS REIS, “Artigo 3º - Obrigação de indemnizar” in *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência* (coordenadores Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão), Lisboa, AAFDL Editora, 2022, p. 364.

que impeçam o recurso à *compensatio* no âmbito da Responsabilidade Civil do Estado e Demais Entidades Públicas.

Deste modo, não só inexistem dados que apontem nesse sentido, como se analisarmos a jurisprudência dos tribunais administrativos, verificamos que a *compensatio* tem sido invocada em diversos domínios.³⁷ O fenómeno do recurso à *compensatio* (ou pelo menos ao seu espírito) pelos Tribunais Administrativos nos mais variados domínios, nomeadamente no âmbito do cálculo do *quantum* indemnizatório resultante de uma demissão de um gestor público³⁸, extinção de vínculos de trabalho em funções públicas, na Responsabilidade do Estado por atraso na justiça³⁹, na indemnização por *perda de chance*⁴⁰ e ainda, na preterição ilícita de um concorrente no âmbito de um procedimento concursal⁴¹, permitem ilustrar que, de facto, é possível recorrer à *compensatio* no âmbito do Direito Administrativo.

Este fenómeno de ausência de uma referência expressa à *compensatio* no âmbito *jus-administrativo* é, como se disse, um fenómeno comum a outros ordenamentos jurídicos. No entanto, o ordenamento jurídico italiano é especialmente rico quanto a esta questão, considerando que ao abrigo do artigo 30.º, n.º 3 da lei processual administrativa italiana⁴², o juiz pode aplicar o princípio da *compensatio* no cálculo do quantum indemnizatório, pelo facto de estar adstrito a considerar todas as circunstâncias de facto, entre as quais, podem constar as vantagens decorrentes do evento lesivo.⁴³ Mais interessante ainda, será o facto de ter sido

³⁷ Cfr. Acs. TCAN 03.out.2010, processo n.00164-A/2000-Coimbra [Lino Rodrigues Ribeiro]; TCAS 24.nov.2016, processo n.13745/16 [Nuno Coutinho]; TCAS 05.abr.2018, processo n.1578/13.4BELRA [Sofia David]; STA 26.fev.2019, processo n.0510/15.5BALS [José Veloso]; STA 22.set.2022, processo n.01438/03.7BALS-C [Cristina Santos], todos disponíveis em www.dgsi.pt

³⁸ Matéria esta que é regulada no artigo 26.º, n.º 3 e n.º 4 do Estatuto do Gestor Público, aprovado através do Decreto-Lei n.º 71/2007.

³⁹ Apesar de não constituir o objeto da presente dissertação, sublinhe-se que o regime da Responsabilidade Civil do Estado pela Administração da Justiça, é regulado nos artigos 12.º e 13.º do RRCEE. Para uma análise desta matéria, cf. RICARDO PEDRO, *Responsabilidade Civil do Estado pelo mau funcionamento da Administração da Justiça*, Coimbra: Almedina, 2016.

⁴⁰ Para um desenvolvimento deste tema cf. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora: Coimbra, 2012, pp. 227 e ss.

⁴¹ O tema da preterição ilícita de um concorrente no âmbito de um procedimento pré-contratual, na sequência de uma adjudicação ilegal, será desenvolvido *infra* no Ponto 5 da presente dissertação.

⁴² O artigo 30.º, n.º 3 do Código do Processo Administrativo Italiano (aprovado através do Decreto Legislativo n.º 104 de 2 de julho de 2010) determina que: “*La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.*”

⁴³ MAURIZIO SANTISE, “*Aliunde perceptum e compensatio lucri cum damno*” in *Giustizia Amministrativa*, 2016, pp. 15 e 16, disponível em: <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

consagrado, em 1994, no artigo 1.º-bis da Lei do Tribunal de Contas Italiano a necessidade de serem tidas em contas as vantagens que foram obtidas pela Administração, pelo comportamento dos administradores ou dos funcionários públicos, no julgamento das ações de responsabilidade dos respetivos sujeitos⁴⁴, apelando-se, deste modo, à *ratio* da *compensatio*. Na verdade, apesar de não existir nenhuma menção expressa a esta regra jurídica, considera-se que a *compensatio lucri cum damno* também é aplicável no âmbito do Direito Público, pertencendo aos princípios gerais do Direito.⁴⁵

Com efeito, advogando-se a possibilidade de recorrer à *compensatio* no âmbito do Direito Administrativo, não significa que se possa recorrer a esta regra jurídica sem a observância de quaisquer limites, bem pelo contrário. A ausência de uma menção expressa não é sinónimo de vivência num estado de *anomia*, pelo que importa que se tenha presente que será sempre necessário a verificação dos critérios da mesma, destacando-se, entre outros, (i) a atualidade da vantagem e (ii) a causalidade adequada entre o facto danoso e a alegada vantagem⁴⁶, não sendo suficiente uma mera apelação a este instituto, como se verifica na grande maioria dos casos.⁴⁷

Antes de iniciarmos a dissecação dos critérios da *compensatio*, ainda quanto à admissibilidade da mesma, mantendo presente o mencionado *supra* quanto à possibilidade de a *compensatio lucri* operar independentemente do tipo de responsabilidade em causa⁴⁸, aplicar-se-á, neste domínio, *mutatis mutandis*, mesmo quando estejamos a falar da Responsabilidade Civil Pré-Contratual, por uma simples razão: não obstante a natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual configurar uma questão altamente controversa⁴⁹, sucede

⁴⁴ O artigo 1.º-bis da Lei do Tribunal de Contas Italiano (aprovado através da Lei de 14 de janeiro de 1994, n.º20) estatui que: “*Nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità.*”

⁴⁵ MASSIMO FRANZONI, “*Compensatio lucri cum damno*” in *Le Parole Del Diritto: Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Jovene Editore, 2018, p. 261.

⁴⁶ LIBERATI ALESSIO, *Il Diritto Amministrativo. Manuali professionali – Vol II: La responsabilità della Pubblica Amministrazione ed il risarcimento del dano*, CEDAM, 2009, pp. 145-146. Este A. menciona dois requisitos específicos quanto à *compensatio lucri cum damno*, no âmbito desta norma da Lei do Tribunal de Contas Italiano – a conformidade do benefício com os fins institucionais dos poderes públicos e ainda, a apropriação dos benefícios pelos poderes públicos.

⁴⁷ Admitindo que o recurso à “dedução de vantagens” no âmbito do RRCEE está dependente de uma análise casuística, após uma “ponderação conjunta e global dos argumentos em jogo” cf. NUNO TRIGO DOS REIS, *op.cit.*, p. 420.

⁴⁸ Cf. ponto 4.1. da presente dissertação.

⁴⁹ Classificando a responsabilidade civil pré-contratual como obrigacional, cf., designadamente, VAZ SERRA “Culpa do devedor ou do agente” in *BMJ*, n.º 68, pp. 130 e ss, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 8ª Edição, Coimbra: Almedina, 1994, pp. 271-275, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, *op.cit.*, p. 585, CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: Almedina, 1982, p. 351, ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade Pré-Contratual*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 10, ANA PRATA,

que, existem traços comuns, entre a responsabilidade civil pré-contratual e a responsabilidade civil contratual, bem como entre a responsabilidade civil pré-contratual e responsabilidade civil aquiliana.

Com este esclarecimento feito, a etapa seguinte passa pela enunciação e densificação dos critérios da *compensatio*, para que, depois de apurados, possamos estar em condições de nos pronunciarmos sobre o recurso à *compensatio* no âmbito da Responsabilidade Civil Pré-Contratual das Entidades Adjudicantes.

Notas sobre a Responsabilidade Civil Pré-Contratual, Coimbra: Almedina, 2002, p. 214, MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-contratuais e Cartas de Intenção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 66. Em sentido oposto cf. ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, pp. 93 e ss, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil (artigos 217.º a 295.º)*, Lisboa: AAFDL Editora, 2006, p. 34. Afirmando que a Responsabilidade Civil pré-contratual corresponde a uma “terceira via” cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, volume I- Introdução da constituição das obrigações*, 14º ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 361, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceito, Fontes, Formação*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 206-207, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Uma Terceira Via no Direito da Responsabilidade Civil?*, Coimbra: Almedina, 1997, pp. 95 e ss. e *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 99-100, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual - breves anotações sobre a natureza e o regime”, in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 96, Ad Honorem - 4, Coimbra, Coimbra Editora, p. 748.

Capítulo II:

A COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO

NA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

5. Os critérios da *compensatio lucri cum damno*: em especial, nos casos de *adjudicação ilegal*

5.1. Nótulas gerais

Apesar de a *compensatio lucri* não ser um instituto recente, não existe um consenso quanto aos seus critérios (nem mesmo nos ordenamentos jurídicos onde a questão já foi exaustivamente estudada, não obstante, atendendo ao esforço de NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO em dissecar os critérios da *compensatio*, iremos partir do seu estudo, com algumas adaptações. Nesta senda, os critérios são os seguintes: *(i)* a existência de uma vantagem relevante e real; *(ii)* a causalidade adequada entre a vantagem e o evento lesivo; *(iii)* a autonomia da vantagem; *(iv)* o respeito pela autodeterminação do lesado; *(v)* a homogeneidade entre a vantagem e o dano..^{50/51}

Assentes quais são os critérios pelos quais nos iremos guiar, enquanto percorremos cada critério, será analisado, o evento lesivo mais usual no âmbito da Responsabilidade Civil Pré-Contratual das Entidades Adjudicantes: a *adjudicação ilegal*.⁵² Contudo, antes de iniciarmos o percurso pelos critérios da *compensatio*, torna-se dogmaticamente necessário tecer algumas considerações acerca da preterição ilícita de um concorrente no domínio de um procedimento de formação de um contrato público.

Se, em face de um procedimento de formação de um contrato público, um concorrente apresenta uma proposta, e à luz do critério de adjudicação, essa proposta, de todas as que foram apresentadas, é a economicamente mais vantajosa e, por conseguinte, a que melhor satisfaz o interesse público, o expectável seria que fosse esta a proposta adjudicada. No entanto, raras não são as situações, em que o adjudicatário acaba por ser um concorrente cuja proposta, de acordo com os trâmites legais e regulamentares do procedimento pré-concursal *in casu*, não

⁵⁰ NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*A Compensatio...*”, *op.cit.*, p. 337

⁵¹ Na presente dissertação não iremos desenvolver o requisito da homogeneidade entre a vantagem e o dano, atendendo que é controverso que este critério seja *conditio sine qua non* para a operabilidade da *compensatio*, neste sentido, cf. PAOLO POZZAN, *A compensatio...*, *op.cit.*, p. 117, parecendo ser esta também a posição assumida por MARIA NAZARETH L. GUIMARÃES, *op.cit.*, p. 95. Em sentido contrário, cf. NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*A Compensatio...*”, *op.cit.*, pp. 342-343, arguindo a imprescindibilidade deste critério, no âmbito da violação dos direitos de personalidade.

⁵² A adjudicação ilegal pode ocorrer por uma panóplia indeterminável de casos, como por exemplo, quando é excluída do procedimento uma proposta que, na verdade, deveria ter sido adjudicada atendendo aos seus atributos, ou porque as propostas foram avaliadas e ordenadas de forma incorreta, ou até porque a proposta que foi adjudicada, na verdade, deveria ter sido excluída do procedimento, atendendo que os seus atributos ou termos ou condições não cumprem com os imposições estabelecidas no caderno de encargos, entre outros casos.

seria aquela que deveria ter sido adjudicada. De uma forma muito sintética, a entidade adjudicante praticou um *ato de adjudicação ilegal*.

Quando o ato de adjudicação surge em desconformidade com a ordem jurídica, lesando, deste modo, as expectativas jurídicas do concorrente que apresentou a proposta que deveria ter sido adjudicada e que, conseqüentemente, deveria celebrar e executar o contrato público com a entidade adjudicante, obtendo, desta forma, uma determinada contraprestação por parte da entidade adjudicante, a resposta do Direito assenta na constituição de uma obrigação de indemnizar a favor do concorrente ilegalmente preterido. Verificando-se a ocorrência deste evento lesivo (*i.e.*, o ato de adjudicação ilegal), gerador de um dano para o concorrente, tem sido discutido se, apesar da ocorrência de um dano, em determinados casos, não terá o concorrente ilicitamente preterido obtido uma determinada vantagem em face deste evento, designadamente, pelo facto de possuir uma faculdade de participar noutros procedimentos de formação de contratos públicos, e ainda, pela circunstância de manter a sua capacidade produtiva.⁵³

Em bom sentido o *thema decidendum* e o qual nos agora cabe indagar, é o de saber se a *compensatio* será aplicável num caso de adjudicação ilegal, deduzindo as eventuais vantagens auferidas pelo concorrente que foi ilicitamente preterido, na sequência de um ato de adjudicação ilegal, na indemnização a prestar pela entidade adjudicante.

No ordenamento jurídico italiano, a jurisprudência administrativa sufraga que devem ser deduzidas ao *quantum* indemnizatório, as quantias auferidas pelo concorrente ilicitamente preterido (mais concretamente, a empresa) que advenham da realização de outras atividades lucrativas, no decurso do período em que estaria a ser executado o contrato que deu azo à abertura do procedimento pré-concursal, sem prejuízo de, o concorrente demonstrar que as quantias auferidas através da execução de outros contratos, não foram obtidas pela não execução do contrato que esteve na abertura deste procedimento.⁵⁴

Será este entendimento advogável também no nosso ordenamento jurídico?

⁵³ RUI CARDONA FERREIRA, *A Responsabilidade Civil...*, p. 90. Este tema também é suscitado pelo já mencionado Ac. TCAS de 24/11/2016, proc. n.º 13745/16.

⁵⁴ Neste sentido, cfr. os seguintes Acs: Cons. Stato, Sez. VI, n. 1681/2011; Cons. Stato, III, n. 1839/2015 e Tribunale Amministrativo Regional per il Veneto, sez. II, 14/03/2016, n. 279.

5.2. A existência de uma vantagem *relevante e real*

Primo, para que estejam reunidas as condições necessárias que permitam invocar a *compensatio lucri cum damno*, é necessário que tenha sido obtida uma vantagem em face do evento lesivo. Como já explicava MARIA NAZARETH GUIMARÃES “*vantagem quer dizer utilidade, isto é, meio de satisfação de necessidades.*”⁵⁵

Veja-se que, no entanto, é necessário que esteja em causa uma vantagem com *relevância jurídica*, esta vantagem pode traduzir-se numa vantagem patrimonial, isto é, com relevo pecuniário, o qual por sua vez pode consistir na prevenção da diminuição do património do lesado, ou, por outro lado, no incremento do património do lesado, mas a vantagem também pode, para certos setores da doutrina, assumir uma natureza não patrimonial (como no caso do bom nome do lesado ser louvado).⁵⁶

Sem embargo, é ainda necessário que esta seja uma vantagem real, ou seja, uma vantagem que seja contabilizável, não se considerando as meras vantagens hipotéticas, ao invés do que sucede no âmbito do problema da relevância da causa virtual.⁵⁷

Estabilizada a noção de *vantagem* à luz da *compensatio*, torna-se mister que num cenário de uma adjudicação ilegal, o mero facto de o concorrente manter a possibilidade abstrata de participar noutra procedimento, ou até a sua capacidade produtiva, em circunstância alguma pode ser considerado como uma vantagem. Quando se invoca a possibilidade abstrata de um concorrente participar noutra procedimento pré-concursal, na verdade, está a apelar-se a um juízo *meramente hipotético*, atendendo que este concorrente tanto poderá optar por participar noutra procedimento, como até poderá não o fazer, mas daí não se pode aferir a existência de nenhuma vantagem para este concorrente, por uma simples razão: não existiu nenhuma vantagem patrimonial na esfera jurídica do concorrente que foi ilicitamente preterido. Esta mesma ordem de razão valerá, igualmente, quanto ao argumento da manutenção da capacidade produtiva do concorrente.

Para que se possa falar na existência de uma vantagem, num cenário de adjudicação ilícita e num juízo *meramente hipotético*, seria necessário que este concorrente, não só participasse, efetivamente, num outro procedimento pré-concursal, mas, e sobretudo, que a sua proposta

⁵⁵ MARIA NAZARETH L. GUIMARÃES, *op.cit.*, p. 96.

⁵⁶ NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*A Compensatio...*”, *op.cit.*, p. 320.

⁵⁷ FRANCISCO PEREIRA COELHO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1955, p. 196, nota 43.

fosse adjudicada, celebrando e executando o contrato e, conseqüentemente, obtivesse a correspondente contraprestação pela execução do mesmo.^{58/59}

5.3. A causalidade adequada entre a vantagem e o evento lesivo

Secundo, para operar a *compensatio*, é necessário que exista uma conexão adequada entre a vantagem e o evento lesivo, impondo-se que este nexos causal seja da mesma natureza daquele que existe entre esse evento lesivo e o dano.⁶⁰ Com efeito, não se podem considerar quaisquer vantagens que tenham sido auferidas pelo concorrente, nomeadamente as que não estejam relacionadas com o evento lesivo, devendo prescindir-se das vantagens que, segundo um juízo probabilístico, não advenham do evento danoso, assim como as vantagens meramente furtivas.^{61/62}

É necessário que exista “*uma relação normativa mínima*”⁶³ entre o evento lesivo (a adjudicação ilícita) e a vantagem auferida pelo concorrente cuja proposta não foi adjudicada.

O preenchimento deste critério será particularmente desafiante. Em primeiro lugar, porque é necessário que este concorrente tenha participado, após ter sido ilicitamente preterido, noutro procedimento e que a sua proposta tenha sido adjudicada. Caso contrário, conforme se mencionou no ponto anterior, não se poderá propriamente falar de uma *vantagem* (real e materializada). Em segundo lugar, mesmo admitindo que este concorrente acabe por participar noutro procedimento, e a sua proposta seja adjudicada, será necessário demonstrar, em juízo, que se este concorrente não tivesse sido preterido, de forma ilícita, no procedimento pré-concursal que participou em primeiro lugar, não teria tido a possibilidade de participar noutro procedimento, ou pelo menos, não nos mesmos exatos termos.⁶⁴

⁵⁸ Claro que, conforme se verá *infra* no ponto 5.5, mesmo neste cenário, é necessário que seja tido em conta o respeito pela autonomia do lesado.

⁵⁹ Uma eventual questão sobre a qual se poderá refletir, é se em virtude da execução deste novo contrato público, não poderá advir para este concorrente, uma outra vantagem não patrimonial conexa: o incremento do valor no mercado em que o concorrente atua ou da sua notoriedade. Claro que, mesmo nesta situação, é necessário ter em conta que esta “vantagem” será uma consequência do esforço deste concorrente.

⁶⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigação de indemnização ...*, *op.cit.*, pp. 190 e ss. Em igual sentido MARIA NAZARETH L. GUIMARÃES, *op.cit.*, pp. 84-85, onde afirma que “[o] problema da causalidade é resolvido, para este efeito, exatamente nos mesmos termos em que for posto e concluído como problema geral do direito privado. O nexos exigido é um nexos de causalidade adequada.”

⁶¹ A. VON THUR, *Tratado de Las Obligaciones* (Trad. Del alemán y concordado por W. Roces), Tomo I, 1ª Ed., Madrid, Editorial Reus, 1934, p. 74.

⁶² Já no direito romano era questionado se o sócio, que tinha prejudicado a sociedade em alguns negócios, poderia compensar este dano com a vantagem dada à sociedade na sequência de outros negócios.

⁶³ NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*A Compensatio...*”, *op.cit.*, p. 322.

⁶⁴ RUI CARDONA FERREIRA, *A Responsabilidade Civil...*, p. 94.

No entanto, mesmo que seja feita esta demonstração em juízo, ela só será procedente quando, considerando o objeto contratual dos contratos públicos de ambos os procedimentos, o concorrente não conseguiria, satisfazer ambos em simultâneo, devido, nomeadamente, aos recursos limitados do mesmo.⁶⁵ E mesmo nestes eventuais cenários, é necessário não olvidar a possibilidade de recorrer à subcontratação na execução dos contratos públicos⁶⁶ (arts. 316.º e ss do CCP).

5.4. A autonomia da vantagem

Tertio, verificando-se a existência de uma vantagem *relevante e real*, e existindo uma conexão adequada entre esta vantagem e o facto lesivo que deu origem à obrigação de indemnizar, será ainda necessário que a vantagem seja autónoma, não podendo esta assumir-se como uma configuração de uma extensão do dano ou um mero fator do cálculo do dano, ou com o benefício da poupança de custos.⁶⁷ Exemplos clássicos deste tipo de situações seriam os casos em que um determinado sujeito matava um animal ou destruía um edifício, questionando-se se deveriam descontar-se na indemnização os eventuais despojos do animal ou os materiais do edifício.⁶⁸ Ora como explica NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “[q]uando não existe uma perda total do bem, o dano abrange apenas a parte destruída do bem, sendo que o resto não é uma vantagem.”⁶⁹

Assim, concernente à tipologia de casos em estudo, afirmar que na sequência de um concorrente ter sido ilicitamente preterido, este concorrente acabou por obter uma determinada vantagem, atendendo que acabou por não ter de incorrer em determinadas despesas – as quais seriam inevitavelmente necessárias para executar o contrato a adjudicar⁷⁰ –, é um juízo

⁶⁵ A título meramente ilustrativo, considere-se, por exemplo, que ambos os procedimentos pré-concursais seriam para a aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, e que este concorrente mesmo alocando todos os seus recursos, não conseguiria satisfazer ambos os contratos. Ou, caso se tratasse de contratos de concessão, sendo que o concorrente só conseguiria executar integralmente um desses contratos.

⁶⁶ RUI CARDONA FERREIRA, *A Responsabilidade Civil...*, p. 94.

⁶⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, *op.cit.*, pp. 730-733.

⁶⁸ Contudo, nas elucidativas palavras de ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações de indemnização ...*, *op.cit.*, p. 185, o que está em causa neste tipo de situações “[é] uma parte do valor precedente.”

⁶⁹ NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*A Compensatio...*”, *op.cit.*, p. 325. Em igual sentido, HANS ALBRECHT FISCHER, *A Reparação dos Danos no Direito Civil*, (Trad. António Ferrer Correia), Coimbra, Armenio Amado – Editor, 1938, p. 196.

⁷⁰ Designadamente, os custos de produção dos produtos, caso se tratasse de um contrato de aquisição de bens móveis.

manifestamente improcedente. Assim, conseqüentemente, observe-se que “[a]s poupanças (...) em consequência do dano não passam de um mero fator de cálculo do dano líquido.”⁷¹

O que acaba por estar em causa neste tipo de situações, é “[a] separação entre a unidade e a pluralidade do fenómeno juridicamente relevante”, afigurando-se dúbia que a autonomia da vantagem assuma um relevo efetivo para efeitos de operabilidade da *compensatio*.⁷² Contudo, não é totalmente despicienda a discussão relativamente à autonomia atendendo que, com “[o] apuramento das consequências ativas e passivas do evento danoso, com a identificação do quantum de dano, se pode efetuar o confronto do dano com os fenómenos vantajosos, fenómenos esses que são identificáveis somente pelo juízo de causalidade.”⁷³

5.5. O respeito pela autodeterminação do lesado e o ónus de evitar a produção ou o agravamento dos danos por parte do concorrente que foi ilicitamente preterido

Quartus, para que seja possível deduzir a vantagem no *quantum* indemnizatório, torna-se mister que seja respeitada a autodeterminação do lesado pressupondo-se, assim, que só será admissível recorrer-se à *compensatio*, quando o lucro seja uma consequência automática e direta do evento lesivo. Dito de outro modo, caso a vantagem dependa de um comportamento ativo ou de uma opção por parte do lesado, não fará sentido falar-se na *compensatio*.⁷⁴ Nestes moldes, de acordo com ANTUNES VARELA, caso “[a] vantagem provenha de um ato lucrativo pelo próprio lesado, em termos que transcendem o dever acessório de conduta resultante do artigo 570.º (...), não haverá lugar à *compensatio*.”⁷⁵

O artigo 570.º do CC aborda a temática dos efeitos da conduta do lesado na obrigação de indemnizar. No entanto, sucede que não se encontra qualquer menção às eventuais vantagens que advenham da conduta do lesado, aludindo-se apenas aos casos em que o Tribunal pode reduzir o *quantum* quando o lesado tiver contribuído para a produção ou agravamento dos

⁷¹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, *op.cit.*, p. 780.

⁷² De acordo com PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, *op.cit.*, p. 733 “[a] distinção não parece ter significativo relevo jurídico-material.”

⁷³ NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “A *Compensatio*...”, *op.cit.*, p. 325.

⁷⁴ PAULO POZZAN, *A compensatio...*, *op.cit.*, pp. 120-123.

⁷⁵ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 8ª ed, Coimbra: Almedina, 1994, p. 956.

danos. Em matéria da culpa do lesado, a grande generalidade da doutrina entende que, sobre o lesado, impende um ónus de mitigar os danos^{76/77}.

De acordo com PAULO MOTA PINTO, as vantagens da conduta do lesado, no âmbito da *compensatio*, devem ser aferidas justamente de acordo com o ónus de não agravamento dos danos, em que, se “o lesado se limitou, com a conduta que lhe trouxe vantagens, a satisfazer o ónus que sobre ele impendia, aquelas devem ser compensadas com os danos; se diversamente, incorreu em esforços que iam além daquilo a que estava obrigado (...), devem beneficiá-lo a ele, e não ao lesante, não sendo descontáveis”⁷⁸ Portanto, em súmula, tudo dependerá se as vantagens que foram reportadas à esfera jurídico-patrimonial do lesado, se situam ainda dentro do ónus de não contribuir ou agravar os danos, ou se excedem este ónus – no caso de excederem, não se deverá deduzir as mesmas no *quantum*.

Retomando o caso de adjudicação ilícita, na perspetiva de RUI CARDONA FERREIRA existe um dever de mitigação do dano por parte do concorrente que foi ilicitamente preterido, devendo o mesmo prosseguir novas oportunidades lucrativas, especialmente quando esteja em causa uma atividade profissional ou comercial do lesado, e advoga-o, tendo por base a função preventiva e punitiva da responsabilidade civil, e ainda a boa-fé objetiva.⁷⁹ Todavia, do nosso lado, não nos parece que a questão seja assim tão líquida. Vejamos.

Primeiramente, a associação da função preventiva à Responsabilidade Civil, não é uma matéria inequívoca. MARIA DE LURDES PEREIRA sublinha que o fim preventivo não se encontra plasmado no esquema da Responsabilidade Civil e lança as suas dúvidas sobre a conexão entre a dimensão punitiva da Responsabilidade Civil e a responsabilidade por factos ilícitos⁸⁰

⁷⁶ JOÃO BATISTA MACHADO, *Obra Dispersa*, Volume I, Braga, Scientia Iuridica, 1991, pp. 578-581, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado Como Pressuposto e Critério de Impugnação do Dano Extracontratual*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 513-514, 523-524. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, volume I- Introdução da constituição das obrigações*, 14^o ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 296.

⁷⁷ Afirmando a existência, de forma perentória, de que sobre o lesado “incumbe um ónus de proteção diligente da sua esfera jurídica”, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2^a Ed., Alfragide: D. Quixote, 2009, p. 500.

⁷⁸ PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, *op.cit.*, p. 782.

⁷⁹ RUI CARDONA FERREIRA, *A Responsabilidade Civil Pré-contratual das Entidades Adjudicantes*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 93

⁸⁰ MARIA DE LURDES PEREIRA, *Direito da Responsabilidade Civil: a obrigação de indemnizar*, Lisboa: AAFDL Editora, 2021, pp. 17-40. Como densifica esta autora, tanto a função preventiva como a função punitiva contrariam os princípios legais em matéria de indemnização, em especial quanto à função preventiva, defender esta função, como parte da Responsabilidade Civil, acabaria por “empobrecer a previsibilidade da sanção pelos infratores que é uma omnipresente preocupação do direito penal, expressa, designadamente, na regra de tipificação,”

enquanto RUI ATAÍDE entende que a função preventiva e a função punitiva se apresentam como subordinadas à Responsabilidade Civil.⁸¹

Concomitantemente, é necessário equacionar-se o plano económico-financeiro deste concorrente, por uma simples razão: atendendo a que nos encontramos no seio da contratação pública, existe uma elevada probabilidade de o concorrente ter de incorrer em custos para se apresentar a outro procedimento pré-concursal (desde logo, custos com a elaboração da proposta) e ainda, caso a sua proposta seja a adjudicada, de acordo com a regra geral plasmada, no artigo 88.º, n.º 1 do CCP, o agora adjudicatário, estará ainda sujeito à prestação de uma caução ou de outra garantia equiparável. Advogar um “dever de mitigação de danos”, impondo a este concorrente que, quase cegamente, incorra em custos adicionais, poderá levar a que o mesmo realize um investimento de risco que, do ponto de vista económico-financeiro, não se apresente como benéfico e, por essa razão, racional.^{82/83}

No nosso ordenamento jurídico, o legislador não consagrou, um dever de atenuação ou minimização do dano sobre o lesado, portanto, nunca se poderá falar nesta sede, que o lesante – *rectius*, a entidade adjudicante – possa ter uma pretensão segundo a qual incumbe ao lesado mitigar o dano, aliás, afirmar a existência deste dever, seria o equivalente a afirmar que o lesante teria uma autêntica pretensão em ver o dano limitado, e o lesado não pode ser visto como um *gestor de negócios* do lesante, nem como seu mandatário.⁸⁴

⁸¹ RUI ATAÍDE, *Direito da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Gestlegal, 2023, pp. 570-574. Já ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações de indemnização ...*, *op.cit.*, pp. 230-237 destacava a existência das funções preventiva e punitiva da Responsabilidade Civil. Em especial, sobre a função punitiva da responsabilidade civil, cfr. PAULA MEIRA LOURENÇO, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006. *Vide* ainda em geral sobre o papel preventivo da responsabilidade civil, NUNO A. PIRES SALPICO, *Indemnização “própria” e “imprópria” em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 31-34, e do mesmo Autor, *Cálculo de Danos e Equidade: aplicação, alcance e limites do artigo 566.º, n.º 3 do Código Civil*, Coimbra: Almedina, 2023, pp. 26-34.

⁸² Conforme sublinha FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, pp. 46-48, na ciência económica, as limitações orçamentais (e temporais) são as manifestações mais restritivas no plano da escassez de recursos de um determinado agente económico, pelo que, considerando os princípios da racionalidade da análise económica, perante múltiplas escolhas de ação possível, o agente económico irá sempre procurar maximizar os ganhos ou minimizar os custos. Face ao exposto, não parece que seja racional, do ponto de vista da ciência económica, impor a um concorrente que incorra em custos adicionais, quando na verdade já incorreu em outros custos (através da participação no primeiro procedimento), através dos quais não obteve o rendimento que esperava.

⁸³ Aliás, advogar este dever, pode levar até, em certas circunstâncias, que o concorrente seja colocado numa situação mais frágil, considerando que não existe nenhuma garantia, que o mesmo não volte a ser preterido, de forma ilícita, neste novo procedimento pré-concursal, significando que incorreu em mais custos, o que poderá seriamente comprometer a sua capacidade económica.

⁸⁴ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado Como Pressuposto e Critério de Impugnação do Dano Extracontratual*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 668.

Vejamos que, para a resolução desta questão, fará sentido recorrer-se a um lugar paralelo, mais especificamente, o que a doutrina civilística designa por *negócios de substituição*, sendo que, conforme PAULO MOTA PINTO adverte, de acordo com a doutrina alemã enquanto se mantém uma pretensão de cumprimento e, o lesado não faça profissão do negócio em causa, não será exigível a celebração de negócios de substituição.⁸⁵ NUNO PIRES SALPICO, entende que caso não seja celebrado um negócio de substituição, é possível uma redução do *quantum*, “quando o lesado, que costuma celebrar com facilidade e frequência aquele tipo de negócios, se fica pela inércia, ou quando tenha surgido uma oportunidade que o mesmo não aproveitou, sem justificação.”⁸⁶

Torna-se mister compreender se deve entender-se que caso um concorrente que tenha sido preterido, de forma ilícita, num determinado procedimento de formação de um contrato público esteja sujeito a, pelo menos, participar num *procedimento pré-concursal de substituição*. Apesar de a doutrina civilística oferecer uma base sólida quanto a esta questão, no âmbito da contratação pública, será necessária uma prudência acrescida neste tipo de casos.

Não são raros os operadores económicos que, ao desenvolverem a sua atividade económica, participam em procedimentos para a formação de contratos públicos, com o intuito último de maximizar o seu lucro. No seio da contratação pública, um determinado concorrente, para apresentar uma determinada proposta, no âmbito de um procedimento pré-concursal, incorrerá sempre em determinados custos, nomeadamente com a elaboração da respetiva proposta, pelo que, do ponto de vista económico, poderá não fazer sentido que o mesmo suporte custos adicionais, quando os custos que o mesmo terá de incorrer para a elaboração da respetiva proposta sejam elevados.⁸⁷ Mesmo que surja uma oportunidade de participar noutro procedimento pré-concursal, a inércia deste concorrente poderá considerar-se como justificada,

⁸⁵ PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, *op.cit.*, pp. 784-785.

⁸⁶ NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*A Compensatio...*”, *op.cit.*, pp. 330-331.

⁸⁷ A título de exemplo, veja-se que ao abrigo do artigo 5.º, n.º 2 do regime jurídico dos contratos de gestão de eficiência energética a celebrar entre o Estado e as empresas de serviços energéticos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 50/2021, os interessados qualificados que tenham sido selecionados a participar num procedimento pré-concursal têm de realizar uma auditoria energética dos edifícios ou equipamentos afetos à prestação de serviços públicos objeto de intervenção, a expensas suas – sobre os contratos de eficiência energética cfr. LINO TORRALBA/RAFAEL RIBEIRO, “Nota sobre o novo regime jurídico dos contratos de gestão de eficiência energética” in AA VV, *Contratos Públicos: presente e futuro – actas das III jornadas de direito dos contratos públicos (29 de setembro a 1 de outubro de 2021)*, Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 77- 101. Adicionalmente, será possível, que além destes custos, caso a sua proposta seja a adjudicada, este concorrente terá de prestar uma caução, ou outro tipo de garantia, o que implicará que este concorrente incorra em custos adicionais.

caso os eventuais custos de participação neste procedimento, do ponto de vista económico, sejam demasiado elevados.

Sucedem que mesmo se advogando que o concorrente ilicitamente preterido deve participar noutra modalidade pré-contratual, as vantagens que daí advêm podem não ser necessariamente deduzidas no *quantum* indemnizatório, tudo dependendo se existiu um “*esforço especial*”⁸⁸ do concorrente ou não. Ou seja, o que se pretende advogar, é o seguinte: caso a vantagem obtida pelo concorrente seja devida à realização de um esforço acrescido por parte do mesmo⁸⁹, então, o *quantum* indemnizatório não deve ser reduzido, não se justificando que a entidade adjudicante beneficie da redução da indemnização. Se ao invés, por força de fatores exógenos, através de flutuações de mercado⁹⁰, o concorrente que foi ilicitamente preterido, acabou por obter uma vantagem, então neste cenário, em que não existiu nenhum esforço acrescido por parte do mesmo, a vantagem que o mesmo obteve, poderá vir a ser deduzida na indemnização, desde que se verifiquem os restantes critérios da *compensatio*. A tudo isto deve ainda somar-se o facto de, nestes casos, se apresentar uma variável acrescida considerando a (in)certeza da probabilidade de que seja adjudicado o contrato público ao concorrente, sendo extremamente difícil de determinar – ou quase impossível – através de um juízo *ex ante*, se o concorrente possui elevadas probabilidades de ver a sua proposta ser adjudicada.

Portanto, pela nossa parte, não consideramos que seja correto falar-se na existência de um dever de mitigação dos danos, por parte do concorrente que foi ilicitamente preterido é possível, tendo em conta o ónus de não produção ou agravamento dos danos, por parte do lesado, que seja reduzido o *quantum* indemnizatório, por este concorrente não ter participado numa *procedimento pré-concursal de substituição*.

Para que tal seja possível, é necessário que este concorrente participe, de forma recorrente, neste tipo de procedimentos e que, perante o surgimento de uma nova oportunidade de participar noutra modalidade pré-concursal muito similar ao primeiro procedimento, num curto período de espaço de tempo, opte por permanecer na inércia, sem qualquer motivo

⁸⁸ PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, *op.cit.*, p. 785.

⁸⁹ Imagine-se que, no hiato temporal que decorreu entre ambos os procedimentos pré-concursais, o concorrente fez avultados investimentos que lhe permitiram reduzir o custo de produção de um determinado produto.

⁹⁰ Como por exemplo, no contexto atual de conflito armado, a nível global, que leve ao incremento da procura de um bem que o concorrente produza (pense-se por exemplo, na produção de armas de fogo).

justificativo.⁹¹ Por outro lado, é ainda necessário provar que a proposta apresentada no primeiro procedimento foi a proposta economicamente mais vantajosa, de forma manifesta, em comparação com as propostas apresentadas pelos restantes concorrentes no segundo procedimento, exercício probatório que, como se denota, se reveste da maior complexidade.

Fora deste cenário, não consideramos que seja possível afirmar que impende sobre o concorrente que foi ilicitamente preterido num primeiro procedimento, um dever de participar noutra procedimento pré-contratual.

Aliás, em síntese conclusiva, sublinhe-se que afirmar a existência de tal dever e, consequentemente, a obrigação de um determinado concorrente participar noutra procedimento contratual, traduz-se numa compressão da liberdade contratual (enquanto manifestação da autonomia privada e instrumento da livre iniciativa económica)⁹², postulada constitucionalmente no artigo 61.º da Lei Fundamental⁹³, e ainda no artigo 405.º do CC.⁹⁴

5.6. A manifesta (des)proporcionalidade

Após este excuro por critérios até agora estudados, caso os mesmos estivessem todos verificados, estariam reunidas todas as condições necessárias que permitiram invocar a *compensatio*, deduzindo-se, deste modo, ao *quantum* indemnizatório, as eventuais vantagens auferidas pelo lesado. Contudo, em consonância com o que foi exposto até agora, concernente aos critérios da *compensatio*, parece improvável que estejam verificados os critérios que permitam recorrer a esta figura, em particular, o critério do nexo de causalidade adequada.

⁹¹ Considerando-se como motivo justificativo, por exemplo, os elevados custos que o concorrente tenha de incorrer para apresentar a proposta.

⁹² SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 429 e ss.

⁹³ Veja-se que, conforme sublinham JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 621, a liberdade de iniciativa privada compreende dois momentos: o primeiro momento, que consubstancia “a liberdade de estabelecimento”, e o segundo momento, o qual corresponde ao “*resultado da iniciativa*” e que compreende a “*liberdade de empresa, do direito de empresa de praticar os actos correspondentes aos meios e fins predispostos e de reger livremente a organização em que tem de assentar.*”

⁹⁴ Adicionalmente, veja-se que esta limitação, ao materializar-se numa obrigação de contratar não precedida de ato legislativo acaba, em última análise, por atentar contra o próprio princípio da legalidade, na vertente de reserva de lei, por força do disposto nos artigos 26.º, n.º 4 e 165.º, n.º 1, al. A) da Constituição. Sobre o princípio da reserva de lei cfr., nomeadamente, PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 379 e 380. Quanto aos limites à reserva de lei, cfr. LUÍS PEREIRA COUTINHO, *Regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias e determinação normativa. Reserva de parlamento e reserva de ato legislativo*, Relatório de mestrado em direito constitucional, Lisboa, 1998.

Assim, em face dos árduos contornos que o recurso à *compensatio* aparenta assumir na tipologia de casos sob estudo, poderemos interrogar-nos se será possível recorrer à *compensatio*, caso não esteja preenchido um dos critérios.

Explorando esta via, pense-se num caso em que apesar de o concorrente ter sido preterido, de forma ilícita, num procedimento pré-concursal, acabou por decidir participar num outro procedimento, no qual acabou por ver a sua proposta ser a adjudicada e, com a execução deste contrato público, acabou por obter um lucro extraordinariamente alto. Destarte, por algum motivo, não ficou provado a causalidade adequada, isto é, que apesar de este concorrente ter sido preterido de forma ilícita no primeiro procedimento pré-concursal que participou, não se comprovou a conexão adequada entre este facto e a circunstância de o mesmo ter tido não a oportunidade de participar num segundo procedimento, no qual lhe foi adjudicado o contrato público e com a respetiva execução deste contrato, obteve um lucro substancial. *Prima facie*, seríamos tentados a afirmar que não faria sentido recorrer à *compensatio*, até porque o concorrente, iria acabar por obter não apenas o lucro da execução deste contrato, mas também uma indemnização, por parte da entidade adjudicante. No entanto, evidencia-se aqui uma questão: Será que existe uma situação de locupletamento deste concorrente?

Pelos dados apresentados, a resposta não é líquida. Assim, caso suceda que o lesado auferiu na sua esfera jurídica patrimonial de uma vantagem de tal forma desproporcional (por contraposição com o dano que sofreu), e desde que seja um caso de menor culpa, poder-se-á equacionar-se se, mesmo assim, deduzir as vantagens no quantum indemnizatório, caso a equidade o exija, tendo sempre em consideração as circunstâncias *in casu*.⁹⁵

Todavia, reconhecemos que tal cenário, apenas sucederá em casos muito pontuais, ao qual se soma toda a problemática que é chamada à colação pelo recurso à equidade, que se inicia logo quanto ao seu próprio conceito⁹⁶ e que é coadjuvado pelas várias ligações que a equidade apresenta com entidades de uma ordem diversa, mas, e sublinhe-se com particular ênfase, tal

⁹⁵ KARL LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, (Trad. Jaime Santos Briz), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 204 (*apud* NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*A Compensatio...*”, *op.cit.*, p. 328). No mesmo sentido VAZ SERRA, *Obrigações de indemnização...*, *cit.*, p. 191. NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*A Compensatio...*”, *op.cit.*, p. 328, não hesita em afirmar a possibilidade de recorrer à *compensatio* “*se a vantagem for considerável num raciocínio de proporcionalidade dos interesses em jogo e, ocorrendo negligência do lesante, é possível no direito português, considerar aquelas vantagens de acordo com a equidade, de modo a reduzir a indemnização (art. 494.º CC).*”

⁹⁶ Conforme já assinalava OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed, Coimbra: Almedina, 2005, p. 245, “a meditação sobre o conceito de equidade é tão antiga como a meditação sobre o Direito”.

não significa que deixe de ser “jurídico-normativa”.⁹⁷ Além do que, mesmo que se possa recorrer à equidade⁹⁸, quando não exista a conexão adequada entre o facto lesivo e a vantagem, não é por isso que deixam de operar os restantes critérios, em particular, o respeito pela autodeterminação do lesado, dado que, considerando o caso meramente exemplificativo a que fizemos alusão, não pode deixar de se chamar à colação, até que ponto, esta vantagem não foi mérito do próprio concorrente que foi ilicitamente preterido.^{99/100}

Esta posição poderá ser sufragada e aparenta ser coerente com o esquema geral da *compensatio*, especialmente ao fazer apelo à negligência do lesante – *rectius*, da entidade adjudicante –, mas conforme já foi antevisto, será de difícil verificação. No entanto, se contra todas as probabilidades, estiverem reunidas todas as outras condições que legitimam o recurso à *compensatio*, então, poderá considerar aplicar-se este critério, *mutatis mutandis*, não parecendo que existam impedimentos para importar esta solução proposta pelo Direito Civil, considerando o famoso inciso do artigo 9.º, n.º 1 do CC, através do qual se determina que o intérprete-aplicador não deve cingir-se à letra da lei, sendo-lhe exigido que tenha em conta, os diversos elementos extraliterais, em especial, a *unidade do sistema jurídico*.¹⁰¹

6. Outros grupos de casos nas quais a *compensatio* pode ser invocada: território por explorar?

Feito este excursus, em redor do tema da *compensatio*, perante os eventuais casos em que se verifique uma *adjudicação ilícita*, podemos-nos indagar sobre se não existiram outros casos, em que pelo menos, num cenário meramente hipotético, possa trazer-se à colação a *compensatio*.

⁹⁷ NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, *Cálculo de Danos e Equidade: aplicação, alcance e limites do artigo 566.º, n.º 3 do Código Civil*, Coimbra: Almedina, 2023, p. 233.

⁹⁸ Considerando o objeto da presente dissertação, não será desenvolvido o tema do recurso à equidade, e o modo de operar da mesma. Para uma análise pormenorizada desta figura cf. NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, *Cálculo de Danos e Equidade...*, *op.cit.*.

⁹⁹ Caso esta vantagem fosse fortuita, o que aparenta ser algo difícil, atendendo que o concorrente tem sempre de se apresentar a outro concurso, e a sua proposta tem de ser adjudicada, talvez nesse cenário, e sublinhe-se uma vez mais, desde que estivessem verificados todos os restantes critérios, excetuado o critério da conexão adequada, talvez nesse caso, seria possível apelar mesmo assim à *compensatio*. No entanto, este cenário parece ser muito hipotético e de difícil verificação.

¹⁰⁰ O recurso à equidade não pode servir como uma válvula de escape, é necessário que exista aqui algum “temperamento”, pelo que o recurso à mesma, só poderá acontecer em casos muito pontuais, e sempre em respeito pelos restantes critérios.

¹⁰¹ Conforme alerta JOÃO BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 2017 (reimpressão), p. 191, dos três fatores interpretativos a que o n.º 1 do artigo 9.º do CC alude, este será o mais importante tendo em conta o “*princípio da coerência valorativa ou axiológica da ordem jurídica*.”

6.1. O ato impeditivo da atribuição de eficácia ao contrato

Em primeiro plano, situado a jusante da problemática que nos ocupou *supra* (cf. ponto 5. Da dissertação), pode suceder que já após a adjudicação do contrato e da outorga do mesmo, um determinado ato impeça a *eficácia* do contrato, mais concretamente, caso o Tribunal de Contas, no domínio da fiscalização prévia, exercida através do mecanismo do visto prévio, acabe por recusar o visto ao contrato em questão.¹⁰²

A recusa do visto prévio por parte do Tribunal de Contas pode ter origem uma multiplicidade de fatores¹⁰³, no entanto para a problemática que nos propusemos a estudar, revestem-se de particular relevância as situações em que *i*) a recusa do visto é alheia à responsabilidade do próprio adjudicatário, isto é, por se verificar que a ilegalidade afeta todo o procedimento (e.g., a entidade adjudicante adotou, de forma indevida, um ajuste direto), ou *ii*) a recusa do visto advém de um *erro grosseiro* por parte da entidade adjudicante, com o intuito de impedir a execução do contrato, e ainda *iii*) quando a entidade adjudicante não tome a iniciativa de obter o visto prévio, ou deixe de diligenciar pela obtenção do mesmo.¹⁰⁴

Considerando esta tipologia de casos, é necessário não olvidar que em qualquer destes casos, existem enormes probabilidades de o contrato já se encontrar a produzir efeitos, pelo que, não só o adjudicatário já se encontrará adstrito a cumprir com (algumas) das obrigações que advém do contrato, mas também já possuirá o direito de obter a correspondente remuneração pela sua execução. Aliás, cumpre lembrar que mesmo que acabe por ser recusado o visto prévio, num dos cenários anteriormente descritos, ao abrigo do disposto no artigo 45.º, n.º 3 da LOPTC – previsão normativa esta que tem em vista a proteção da posição jurídica do co-contratante – permite-se o pagamento pela entidade adjudicante, de forma sinalagmática, das prestações realizadas pelo co-contratante, até ao momento da recusa do visto e não mais que isso.¹⁰⁵

Com efeito, sendo afirmada a existência de responsabilidade civil pré-contratual por parte da entidade adjudicante, e conseqüentemente, constituindo-se a obrigação de indemnizar,

¹⁰² Nesta situação, estamos a partir do pressuposto que este tipo de casos configura uma situação de responsabilidade civil pré-contratual, questão esta que conforme foi mencionado anteriormente, não é líquida.

¹⁰³ Cfr. Artigo 44.º, n.º 3 da LOPTC. Sublinhando que se afigura questionável a compatibilidade, com a Constituição, da vinculação do cocontratante pela própria decisão de recusa de visto, atendendo que é proferida no decurso de um processo em que o cocontratante não é chamado a participar, cfr. RUI MEDEIROS, “A proteção processual do adjudicatário em face de uma recusa de visto no âmbito da fiscalização prévia de contratos pelo Tribunal de Contas”, in *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 1 (2011), pp. 31 e ss..

¹⁰⁴ Mencionando todas estas situações, cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo, interesse contratual negativo e perda de chance” in *O Direito*, n.º 147 (2015), IV, pp. 882-887.

¹⁰⁵ RUI GUERRA DA FONSECA, “Pagamentos a realizar na sequência de recusa de visto prévio pelo Tribunal de Contas” in *Revista dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, n.º 7, 2013, pp. 53 e ss.

poder-nos-emos interrogar se será despicienda a possibilidade de recurso à *compensatio*, nesta tipologia de casos. Uma vez que o contrato, destarte ainda não ser eficaz, já foi parcialmente executado, verifica-se neste cenário, à primeira vista, a configuração de uma vantagem *relevante* e *atual*, muito provavelmente no seu expoente máximo, por uma simples razão: apesar de o ato de recusa de visto dar azo à obrigação de indemnizar nos casos *supra* mencionados, sucede que o concorrente, ao executar algumas das prestações a que se encontrava adstrito, e sendo titular do direito de obter a correspondente remuneração pelas mesmas, já auferiu, efetivamente, na sua esfera jurídica de uma vantagem – algo que, conforme mencionado *supra*¹⁰⁶, era de difícil afirmação nos casos de adjudicação ilícita, por pressupor que esse concorrente teria de participar noutro procedimento pré-concursal, e de a sua proposta ser a adjudicada, celebrando e executando o contrato. Relativamente ao critério do nexo de causalidade adequada entre o facto danoso e a alegada vantagem, não parecem existir grandes margens de dúvidas, quanto à inexistência deste nexo causal, dado que a vantagem auferida pelo adjudicatário não é causa adequada da recusa do visto por parte do Tribunal de Contas, mas antes, da sua proposta ter sido a adjudicada e da outorga e execução do contrato.

Claro que, nesta senda, e na mesma linha do que foi defendido para os casos de adjudicação ilícita, *prima facie*, poderíamos equacionar que apesar da ausência de conexão adequada, seria possível superar este obstáculo apelando à equidade. No entanto, veja-se que não é possível apelar à equidade sem qualquer tipo de temperamento. Este exercício levaria a deduzir no *quantum* indemnizatório qualquer tipo de vantagem que o co-contratante viesse a auferir, mesmo que não apresentasse qualquer tipo de relação causal com o evento lesivo, cenário este, que seria uma desvirtuação da *ratio* da *compensatio*.¹⁰⁷

Adicionalmente, cumpre recuperar para esta tipologia de casos, o critério da autonomia da vantagem, segundo o qual, a suposta vantagem não se pode assumir como uma ramificação do dano causado ao lesado.¹⁰⁸ Ora, no que concerne a esta tipologia de casos, verifica-se, na verdade, que a alegada vantagem não é autónoma do dano.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Cf. Ponto 5.1 da presente dissertação.

¹⁰⁷ A título meramente ilustrativo, considere-se que o co-contratante se encontra a executar um outro contrato com outra entidade adjudicante, ora advogar este entendimento, sem qualquer tipo de limites, levaria a afirmar que estas vantagens poderiam ser deduzidas no quantum indemnizatório a prestar por outra entidade adjudicante, por recusa do visto prévio, entendimento este que não poderá manifestamente proceder.

¹⁰⁸ Cf. Ponto 5.4. da presente dissertação.

¹⁰⁹ Neste caso, considerando que parte do contrato já foi executado, verifica-se que, na verdade, o dano corresponderia apenas aos lucros cessantes pela não execução integral do contrato – aliás, veja-se que o lucro cessante, de acordo com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, VIII, Direito das Obrigações...*, op.cit., p. 524, “advém da não concretização de uma vantagem que, doutra forma, operaria.” Portanto, nesta tipologia de casos, a alegada “vantagem” corresponderia aos benefícios auferidos pelo lesado com a parte do

No que concerne aos restantes critérios, encontramos, de igual modo, dificuldades que muito dificilmente serão superáveis. Em particular, o respeito pela autonomia do lesado, tendo em conta que as eventuais vantagens que o co-contratante obteve com a execução parcial do contrato (e de todo o processo causal que levou a esta execução, iniciando-se com a sua decisão de participar num determinado procedimento pré-concursal, apresentando uma proposta, a qual teve de ser a melhor, em face do critério de adjudicação estabelecido nas peças do procedimento, outorgando o contrato) devem-se a uma decisão de gestão empresarial deste co-contratante, e que representou um risco de investimento, pelo que, mesmo que não se levantasse qualquer questão quanto ao nexo de causalidade adequada, este obstáculo seria sempre intransponível.

Mais: importa ter presente que o co-contratante teria incorrido em custos, não só para apresentar a proposta, mas, mais do que isso, para proceder à execução do contrato, como a prestação de caução, através, nomeadamente do depósito em dinheiro ou a prestação de uma garantia bancária.¹¹⁰

6.2. A revogação ilícita da decisão de contratar e outras situações equiparáveis: breves notas

A adjudicação ilícita, apesar de ser o caso clássico, não é o único evento suscetível de gerar responsabilidade civil pré-contratual, por parte de uma entidade adjudicante. Ao invés, existem ainda inúmeros outros eventos que são suscetíveis, no âmbito de um procedimento pré-contratual, de gerar responsabilidade civil e, como tal, deve ser feita uma breve nota sobre a possibilidade de ser invocada a *compensatio* nestes casos.

A revogação ilícita da decisão de contratar por parte da entidade adjudicante – situando-se à margem das situações elencadas no artigo 79.º, n.º 1 do CCP e, portanto, mantendo-se o dever de adjudicação consagrado no artigo 76.º do CCP – pode gerar, pela mesma, a obrigação de indemnizar.¹¹¹ Ora, atendendo a este circunstancialismo, e caso seja efetivamente apurada a responsabilidade da entidade adjudicante, constituindo-se uma obrigação de indemnizar, será

contrato que executou, e, portanto, respeita ao cálculo do valor do prejuízo em causa, não podendo assim ser verdadeiramente qualificada como uma vantagem autónoma, para efeitos da operabilidade da *compensatio*.

¹¹⁰ Relativamente ao tema das garantias bancárias, no âmbito do CCP, cf. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Garantias bancárias no Código dos Contratos Públicos – breves notas” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol III, Coimbra Editora, 2010, pp. 505 e ss.

¹¹¹ Conforme salienta PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A tutela ressarcitória ...”, *op.cit.*, pp. 866-880, tal poderá suceder quando a evolução da realidade física ou jurídica impossibilitam a continuação do procedimento.

aplicável, *mutatis mutandis*, as considerações tecidas *supra* relativamente aos casos de adjudicação ilícita, quanto à possibilidade de se recorrer à *compensatio*.

Portanto, irá ser necessário ultrapassar o obstáculo que se prende com a existência de uma vantagem relevante, real e atual – não será procedente, também neste plano, invocar a possibilidade de um determinado concorrente participar noutra procedimento pré-contratual, nem tampouco, a manutenção da capacidade produtiva.

Mas, conforme analisamos anteriormente, mesmo que seja ultrapassado este obstáculo, o maior desafio, e que também se colocará nesta sede, será sempre o da existência do nexo de causalidade adequada entre a alegada vantagem e a revogação ilícita praticada pela entidade adjudicante, que dificilmente se verificará.¹¹²

Em igual similitude, situam-se as restantes situações que consubstanciam lesões pré-contratuais, nomeadamente, os casos de não outorga do contrato (quando se torne impossível a execução do contrato), outros casos de adjudicação ilegal que não consistam na preterição ilícita de um determinado concorrente (e.g., escolha indevida do tipo de procedimento) ou até quando, um potencial interessado em participar de participar no procedimento se vê impossibilitado de apresentar uma proposta por culpa da entidade adjudicante.¹¹³

7. O ónus da prova e averiguação dos factos constitutivos da *compensatio* pelo Tribunal

Por fim, uma última questão merecedora da nossa atenção, situada no plano do direito probatório e que se prende com a temática do ónus de prova na *compensatio lucri cum damno*.

Inicialmente, conforme advogado por ENNECERUS e LEHMANN, imponderia sobre a parte que alegava a compensação da vantagem que o ónus de provar a mesma em juízo, mas, se a indemnização solicitada fosse uma quantia em dinheiro e a vantagem obtida correspondesse a um ganho pecuniário, a redução do *quantum* indemnizatório ocorreria automaticamente.¹¹⁴

¹¹² Não deve ser olvidado, que mesmo para quem entenda que pode ser invocada a equidade, para que a *compensatio* seja invocável, nos casos em que não exista este nexo causal, que seja tido em consideração que isto não pode ocorrer em qualquer tipo de casos – isto seria uma válvula de escape que desvirtuaria a ratio da *compensatio*. Diga-se, ainda, que seria ainda necessário ter em consideração o limite da autonomia do lesado.

¹¹³ Sobre a determinação do *quantum* indemnizatório em todas estas situações, sem, todavia, se pronunciar sobre a *compensatio*, cf. *Ibidem*.

¹¹⁴ LUDWIG ENNECERUS/ HENRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones- Volumen primero* (Tradução da 35ª Edição, Blas Pérez González e José Alguer), 2ª Edição, Barcelona, 1954, p. 89. Este entendimento foi, posteriormente, também sufragado por VAZ SERRA, *Obrigações de indemnização...*, *cit.*, p. 224, no artigo 2.º que propunha para a compensação de vantagens.

Em matéria de ónus de prova, destaque-se que a regra geral advém do artigo 342.º, n.º 1 do CC, o qual estatui que incumbe à parte que pretende invocar um direito fazer a respetiva prova dos factos constitutivos do direito alegado. Deste modo, para que se constitua a obrigação de indemnizar pelo lesante, é necessário que se verifiquem os factos constitutivos do direito do lesado a ser ressarcido, matéria esta abrangida pelo já mencionado direito da responsabilidade.¹¹⁵

Ora, o cômputo das vantagens no *quantum* indemnizatório, situa-se a montante do debate sobre a existência ou não de responsabilidade, influenciando apenas no eventual montante que o lesante terá de ressarcir ao lesado, reduzindo respetivo o *quantum* indemnizatório, pelo que se deve concluir que a *compensatio* impede, modifica ou extingue o direito à indemnização, e como tal, o respetivo ónus de prova caberá ao lesante, de acordo com o artigo 342º, n.º 2 do CC¹¹⁶, entendimento que, será plenamente transponível para o plano da *compensatio* na responsabilidade civil pré-contratual das entidades adjudicantes.^{117/118}

Adicionalmente, veja-se que a matéria da repartição do ónus da prova em processo administrativo, assume uma configuração muito distinta face àquela que vigora no âmbito do processo civil, que é uma consequência direta, conforme sublinha ANA CELESTE CARVALHO, “da diferenciação e da *desigualdade substantiva pré-existente*, em que o particular no

¹¹⁵ NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*A Compensatio...*”, *op.cit.*, p. 334.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Neste mesmo sentido, cf. RUI CARDONA FERREIRA, *A Responsabilidade Civil...*, pp. 94-95. No entanto, não deve deixar de ser feita menção ao que JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa: Lições*, 19.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, pp. 468-476 designa como ao grupo de casos em, na falta de lei, o juiz possa vir a estabelecer regras específicas quanto ao ónus de prova, “tendo em conta os interesses e valores em jogo e as consequências da decisão”, reportando-se, entre outros, aos casos em que a disponibilidade dos elementos probatórios relevantes pertence a uma das partes. Tendo em conta esta doutrina, apenas se poderia equacionar que o ónus de prova poderia pertencer ao lesado, se os elementos probatórios estivessem, única e exclusivamente, na sua posse, cenário esse que além de ser altamente improvável, é de difícil arguição, considerando que, estaria a exigir-se que fosse o próprio lesado, a arguir a existência de uma vantagem, que na sequência de um evento lesivo, levaria a uma redução do *quantum* indemnizatório que a entidade adjudicante lhe iria prestar, o que contrariaria a sua própria pretensão.

¹¹⁸ Este entendimento – segundo o qual a *compensatio* constitui um facto impeditivo, modificativo ou extintivo – é líquido no nosso ordenamento jurídico, no entanto, em Itália, tem sido advogado, nomeadamente por MARIANGELA FERRARI, “L’attuale modello di compensatio lucri cum danno valido per il superamento del danno differenziale quantitativo” in *Contratto e impresa: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, Milano: Wolters Kluwer Italia, n.º 4, 2021, p. 1252, que a *compensatio* não é um facto extintivo, modificativo ou impeditivo do direito invocado, mas sim, uma mera defesa quanto à dimensão global do dano sofrido pela parte lesada. Na verdade, de acordo com esta A. A *compensatio* é um “*mecanismo flexível*”, traduzindo-se num facto concreto, pelo que a exceção da *compensatio* não implica o alargamento do litígio inicial, dado que continua a balizar-se pela avaliação do prejuízo sofrido pelo lesado, não existindo barreiras que impeçam o conhecimento da *compensatio ex officio*, com base no princípio da aquisição processual.

procedimento administrativo se apresenta em posição muitíssimo mais enfraquecida do que a Administração.”¹¹⁹

Em face deste panorama de desigualdade, é necessário que o processo administrativo corrija este desequilíbrio e o aloque na conformidade que lhe é exigida em por imposição do princípio do processo equitativo¹²⁰, pelo que sempre incumbiria à entidade adjudicante, o ónus da prova dos factos constitutivos da *compensatio*, sob pena de se verificar um género de *reformatio in pejus* contra o lesado, caso se advogasse que o ónus de prova não incumbe à entidade adjudicante premiando-se, por esta via, a entidade passiva da mesma.¹²¹¹²²

Questão diversa, e sobre a qual será necessário indagar é a de saber se será possível o conhecimento oficioso da *compensatio*. Quanto a esta matéria, MARIA NAZARETH GUIMARÃES defendia que o cômputo das vantagens no *quantum* indemnizatório deveria ser feito *ex officio*¹²³ posição essa que é parcialmente defendida por PAULO MOTA PINTO, entendendo que caso constem dos autos elementos relativos à vantagem que acaba por diminuir o prejuízo, estes elementos devem ser tidos em conta, mesmo que a prova não tenha sido feita pelo lesante.¹²⁴ Adicionalmente, refere NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO que, ao abrigo do princípio do

¹¹⁹ ANA CELESTE CARVALHO, *O princípio do inquisitório na justiça administrativa: o Diálogo entre a Lei e a Prática Jurisprudencial*, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 1072-1075. Em igual sentido, cfr. CARLOS CADILHA, “A prova em contencioso administrativo – Ac. TCA Sul de 14.11.2007, proc. n.º 2982/07” in *CJA*, n.º 69 maio-junho, 2008, p. 49.

¹²⁰ Conforme sublinham MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 44, o “processo devido em Direito” esclarece as “exigências próprias quanto à definição da tramitação do processo, designadamente (...), aos ónus processuais que sobre elas (**as partes**) incidem (...) sendo ponto assente que os regimes adjetivos deverão mostrar-se funcionalmente adequados aos fins do processo, de modo a não traduzirem imposições sem sentido útil, e não poderão impossibilitar ou dificultar de modo excessivo a atuação processual das partes (...)” (**destacado nosso**).

¹²¹ JOAQUIN BAYO DELGADO, “Proceso Contencioso-Administrativo: Carga de la prueba, recebimento a prueba e instruccion previa en via administrativa”, Cuadernos de Derecho Judicial, Jurisdiccion Contencioso-Administrativa: aspectos Procesales, Consejo Genereal del Poder Judicial, XV, Madrid, 1992, p. 507 (*apud* ANA CELESTE CARVALHO, *op. cit.*, p. 1075).

¹²² Em face do exposto, divergimos de NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*A Compensatio...*”, *op. cit.*, pp. 335-336, ao entender que através de uma aplicação analógica do disposto no artigo 566.º, n.º 3 do CC, “[o] julgador, com base nas regras de experiência comum e critérios de justiça ao caso concreto, atribua um cálculo de quantum que favoreça uma das partes, independentemente das regras do ónus da prova.” Ademais, cumpre até relembra que, para recorrer à analogia, é necessário que os seus pressupostos estejam verificados, que, de acordo com DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. II, Almedina, 2019, p. 195, são dois: “(...) a) Uma semelhança relevante entre o caso omissão e o caso que se encontra regulado noutra norma; b) A identidade das razões justificativas de uma certa regulação normativa em ambos os casos.”

¹²³ MARIA NAZARETH L. GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 82.

¹²⁴ PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 734. No entanto, veja-se que, este autor alega que, nos casos de incerteza, estando em causa o montante do dano, é possível também, nos termos do art. 566.º, n.º 3 do CC, uma avaliação do dano segundo a equidade, independentemente de se qualificar a vantagem como factor a subtrair como para a obtenção do dano ou como elemento positivo a ele contraposto.”

inquisitório, plasmado no artigo 411.º do CPC e pelo facto de a quantificação dos danos residir na livre convicção do julgador, o tribunal pode averiguar a existência de vantagens.¹²⁵

Ora, no plano da Justiça Administrativa, o princípio do inquisitório assume, de igual modo, uma relevância muito substancial, encontrando-se o juiz habilitado a ordenar as diligências de prova que julgue necessárias para apurar a verdade material sobre o caso em juízo, conforme decorre do artigo 90.º, n.º 3, do CPTA. No entanto, este princípio tem de ser articulado com o princípio do dispositivo e com as correspondentes limitações aos poderes de cognição do juiz, dado que está vedado ao juiz o conhecimento de factos essenciais, que possam respeitar a causa de pedir ou matéria de defesa¹²⁶, os quais, de acordo com o princípio do dispositivo, apenas podem ser articulados pelas partes, considerando o exposto nos artigos 78.º, n.º 1 e 83.º, n.º 1 do CPTA.¹²⁷ Neste caso, considerando que os factos constitutivos da *compensatio*, em última análise, acabam por delimitar a avaliação do prejuízo sofrido pelo lesado (*i.e.*, o *quantum* indemnizatório), é sinónimo afirmar que são factos essenciais que constituem a causa de pedir. Neste pressuposto, caso os factos constitutivos da *compensatio* não sejam alegados pela entidade adjudicante, encontra-se vedado ao juiz o conhecimento dos mesmos, por força do princípio do inquisitório.

Adicionalmente, caso se advogue que o juiz pode conhecer, a título oficioso, dos factos constitutivos da *compensatio* incorre-se o risco de se desvirtuar o fim preventivo da responsabilidade civil.¹²⁸ Este fim pretende dissuadir o lesante (*i.e.*, a entidade adjudicante) de futuras reincidências, considerando a indemnização que terá de prestar a favor do lesado, assim como todos os restantes custos que possam advir do litígio. Ora, advogar a possibilidade de o juiz averiguar, a título oficioso, os factos constitutivos da *compensatio*, tendo a entidade adjudicante permanecido em inércia processual quanto a esta questão, não poderá proceder, por uma simples razão: a entidade adjudicante, que regra geral, já se encontra numa posição superior face ao particular, estaria a ser beneficiada pela sua própria inércia, desvirtuando-se, em grande medida, o fim de prevenção geral subsidiária da responsabilidade civil.

¹²⁵ NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO, “*A Compensatio...*”, *op.cit.*, p. 336.

¹²⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *op.cit.*, pp. 760-761.

¹²⁷ JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE, *op.cit.*, p. 453 designa-o como princípio da limitação do juiz pela causa de pedir. No entanto, ressalve-se que este princípio se manifesta de forma distinta, nos processos de *impugnação de atos administrativos*, nos quais, de acordo com o artigo 95.º, n.º 3 CPTA, o juiz possui um *poder-dever* de conhecer de todas as causas de invalidade, mesmo que não tenham sido alegadas pelas partes.

¹²⁸ Independentemente do maior ou menor relevo que este fim possa representar na aplicação do instituto.

Como argumento final, em jeito de rúbrica, veja-se que, no nosso ordenamento jurídico, não existe uma norma semelhante ao artigo 30.º, n.º 3 da lei processual administrativa italiana, que, conforme vimos¹²⁹, impõe ao juiz a aplicação do princípio da *compensatio* no cálculo do *quantum* indemnizatório, considerando que está adstrito a ter em conta todas as circunstâncias de facto, entre as quais, as eventuais vantagens do evento lesivo. Com efeito, perante a inexistência de semelhante norma, não é possível ao juiz, a título officioso, averiguar a existência dos factos constitutivos da *compensatio*.

¹²⁹ Cfr. ponto 4.2. da presente dissertação.

8. Conclusão

Considerando tudo o que foi exposto, podemos apresentar oito notas essenciais:

- I. A *compensatio lucri cum damno*, apesar de ser um dos institutos mais antigos do Direito Civil, ainda se discute quais são os critérios para a sua aplicação. No entanto, esta importante regra jurídica constitui um princípio geral de Direito e, como tal, é também aplicável ao Direito Público, particularmente ao que interessa neste estudo, à Responsabilidade Civil Pré-Contratual das Entidades Adjudicantes;
- II. Apesar de ser equacionável o recurso a este instituto neste plano, no que concerne especificamente aos casos de preterição ilícita de um concorrente, vislumbra-se de difícil a verificação da totalidade dos critérios que permitiriam realizar o cômputo das vantagens auferidas por um concorrente que foi ilicitamente preterido começando, desde logo, pela efetiva existência de uma vantagem que possa ser considerada como relevante e real.
- III. Isto significa que, as poucas sentenças dos Tribunais Administrativos superiores que se pronunciam sobre esta questão, apresentam um entendimento correto, ao afirmarem que não se pode considerar como uma verdadeira vantagem, a mera possibilidade de participação noutra procedimento pré-concursal ou a manutenção da capacidade produtiva por parte do concorrente.
- IV. Mesmo que seja averiguado, efetivamente, a existência de uma vantagem *in casu*, o maior obstáculo quanto à invocação deste instituto irá residir na existência de um nexo de causalidade adequada entre a vantagem auferida e o facto que deu origem ao direito de o lesado ser ressarcido.
- V. Claro está que, relativamente ao limite do respeito pela autonomia do lesado, também este será mais um entrave quanto à possibilidade do recurso à *compensatio*, no âmbito da responsabilidade civil pré-contratual.
- VI. No entanto, não é apenas nos casos de adjudicação ilícita que verificamos estas entraves, ao invés, elas são também comuns às restantes situações geradoras de responsabilidade civil pré-contratual por parte das entidades adjudicantes.
- VII. Constatção esta que também se verifica no âmbito dos casos de recusa do visto prévio por parte do Tribunal de Contas.
- VIII. Em matéria de ónus de prova, dúvidas não existem quando se afirma que o ónus de prova da *compensatio*, caberá à entidade adjudicante – tarefa esta que será

particularmente desafiante, mas irá sempre depender de uma análise casuística e, a sua averiguação, não deverá ser feita de forma oficiosa.

Bibliografia:

ALESSIO, Liberati:

- *Il Diritto Amministrativo. Manuali professionali – Vol II: La responsabilità della Pubblica Amministrazione ed il risarcimento del danno*, CEDAM, 2009

ALMEIDA, Carlos Ferreira de:

- *Contratos I – Conceito, Fontes, Formação*, Coimbra: Almedina, 2022

ALMEIDA, L. P. Moutinho de:

- *Enriquecimento sem Causa*, Coimbra: Almedina, 2000

ALMEIDA, Mário Aroso de:

- “Sobre os poderes do Tribunal de Contas” in *Revista de Direito Administrativo*, Lisboa, n.º especial 2, (Julho 2021)

ALMEIDA, Mário Aroso de/ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes:

- *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2021

AMARAL, Diogo Freitas do:

- *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. II, Almedina, 2019

AMORIM, João Pacheco de:

- “O princípio da reversibilidade dos casinos para o domínio privado do Estado no termo da concessão: análise, em especial, do caso da concessão do Casino de Lisboa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 78, n.º I-II, (Jan-jun. 2018)

ANDRADE, José Carlos Vieira de:

- *A Justiça Administrativa: Lições*, 19.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021

ARAÚJO, Fernando:

- *Introdução à Economia*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2005
- *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra: Almedina, 2007

ASCENSÃO, Oliveira:

- *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed, Coimbra: Almedina, 2005

ATAÍDE, Rui:

- *Direito da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Gestlegal, 2023

CABRAL, Margarida Olazabal:

- “Controlo da contratação pública pelo Tribunal de Contas” in *Revista de Contratos Públicos*, CEDIPRE, n.º 30

CADILHA, Carlos Fernandes:

- “A prova em contencioso administrativo – Ac. TCA Sul de 14.11.2007, proc. n.º 2982/07” in *CJA*, n.º 69 maio-junho, 2008
- *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- CARVALHO, Ana Celeste:
- *O princípio do inquisitório na justiça administrativa: o Diálogo entre a Lei e a Prática Jurisprudencial*, Lisboa, AAFDL, 2021
- CAUPERS, João:
- “A Administração entalada: não feche o Tribunal de Contas as portas que o legislador abriu!” in *CJA*, n.º 33 (2002)
- COELHO, Francisco Pereira:
- *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998
- COSTA, Mário Júlio de Almeida:
- *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984
- COSTA, Mariana Fontes da:
- *Ruptura de Negociações Pré-contratuais e Cartas de Intenção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- CORDEIRO, António Menezes:
- *Da boa-fé no Direito Civil*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1984
- *Tratado de Direito Civil, VII, Direito das Obrigações: Gestão de Negócios, Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil*, Reimpressão da 1.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2017
- CORREIA, Sérvulo:
- *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987
- CORTEZ, Margarida:
- “Responsabilidade Civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado” in *Stvdia Iuridica*, 52, Coimbra: Coimbra Editora, 2000
- COUTINHO, Luís Pereira:

— *Regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias e determinação normativa. Reserva de parlamento e reserva de ato legislativo*, Relatório de mestrado em direito constitucional, Lisboa, 1998

DUARTE, Tiago:

— “Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efetiva? Yes, we can!” in CJA, n.º 71 (2008)

EIRÓ, Vera:

— *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes: fundamento e pressupostos*, Coimbra: Almedina, 2013

ENNECCERUS, Ludwig / LEHMANN, Henrich:

— *Derecho de Obligaciones- Volumen primero* (Tradução da 35ª Edição, Blas Pérez González e José Alguer), 2ª Edição, Barcelona, 1954

ESTORNINHO, Maria João:

— *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável*, Coimbra: Almedina, 2013

FERRARI, Mariangela:

— “L’attuale modello di compensatio lucri cum damno valido per il superamento del danno differenziale quantitativo” in *Contratto e impresa: Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, Milano: Wolters Kluwer Italia, n.º 4, 2021

FERREIRA, Rui Cardona:

— *A Responsabilidade Civil Pré-contratual das Entidades Adjudicantes*, Almedina, Coimbra, 2018

— *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora: Coimbra, 2012

FISCHER, Hans Albrecht:

— *A Reparação dos Danos no Direito Civil*, (Trad. António Ferrer Correia), Coimbra, Armenio Amado - Editor, 1938

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da:

— *Uma Terceira Via no Direito da Responsabilidade Civil?*, Coimbra: Almedina, 1997,

— *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2007

FRANCO, António Sousa:

— *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 1993

FRANZONI, Massimo:

- “*Compensatio lucri cum damno*” in *Le Parole Del Diritto: Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Jovene Editore, 2018
- FONSECA, Rui Guerra da:
- “Pagamentos a realizar na sequência de recusa de visto prévio pelo Tribunal de Contas” in *Revista dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, n.º 7, 2013
- GOMES, Januário da Costa:
- “Garantias bancárias no Código dos Contratos Públicos – breves notas” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol III, Coimbra Editora, 2010
- GONÇALVES, Pedro Costa:
- “Funções e Valores do Direito Administrativo” in AA VV, *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2018
- GUIMARÃES, Maria de Nazareth L.:
- “A compensação de lucros com danos” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano II, n.ºs 2 - 3, Junho - Agosto de 1946
- LANCEIRO, Rui Tavares:
- Anotação ao n.º 2 do artigo 7.º” in AA VV., *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência* (coordenadores Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão), 3ª Ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2022
- LEITÃO, Alexandra:
- *A Proteção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2002
- LEITÃO, LUÍS MENEZES
- *Direito das Obrigações, volume I- Introdução da constituição das obrigações*, 14º ed., Coimbra: Almedina, 2017
- LIMA, Pires de / VARELA, Antunes:
- *Código Civil Anotado*, Volume II, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1986
- LOURENÇO, Paula Meira:
- *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006
- MACHADO, João Batista:
- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 2017 (reimpressão)
- *Obra Dispersa*, Volume I, Braga, Scientia Iuridica, 1991

MARTINS, António Carvalho:

— *Responsabilidade Pré-Contratual*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002

MEDEIROS, Rui:

— “A fiscalização da contratação pública pelo Tribunal de Contas - Alguns aspetos” in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 8, Maio-Agosto 2020

— “A proteção processual do adjudicatário em face de uma recusa de visto no âmbito da fiscalização prévia de contratos pelo Tribunal de Contas”, in *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 1 (2011)

MEDEIROS, Rui/ MARTINS, Patrícia Fragoso:

— “Artigo 7.º- Responsabilidade Exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público (n.º 2)”, in AAVV, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013

MESQUITA, Maria José Rangel de:

— *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2009

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui:

— *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

OTERO, Paulo:

— *Direito do Procedimento Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2016

— *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2013

POZZAN, Paolo:

— *A compensatio lucri cum damno*, Universidade Católica Portuguesa, 2003

PEDRO, Ricardo:

— *Responsabilidade Civil do Estado pelo mau funcionamento da Administração da Justiça*, Coimbra: Almedina, 2016

PEREIRA, Maria de Lurdes:

— *Direito da Responsabilidade Civil: a obrigação de indemnizar*, Lisboa: AAFDL Editora, 2021

PINTO, Carlos Mota:

— *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: Almedina, 1982

PINTO, Paulo Mota:

- *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008
- “Responsabilidade por violação de regras de concurso para a celebração de um contrato” in AA VV, *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2008
- PRATA, Ana:
- *Notas sobre a Responsabilidade Civil Pré-Contratual*, Coimbra: Almedina, 2002
- PROENÇA, José Carlos Brandão:
- *A Conduta do Lesado Como Pressuposto e Critério de Impugnação do Dano Extracontratual*, Coimbra: Almedina, 2007
- RAIMUNDO, Miguel Assis:
- “Artigo 1º - Âmbito de aplicação” in *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência* (coordenadores Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão), 3ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2022
- REBELO DE SOUSA, MARCELO/MATOS, ANDRÉ SALGADO DE:
- *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª Ed., Alfragide: D. Quixote, 2009
- REIS, Nuno Trigo dos:
- “Artigo 3º - Obrigação de indemnizar” in *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência* (coordenadores Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão), 3ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2022
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa:
- “Responsabilidade Pré-contratual - breves anotações sobre a natureza e o regime”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Studia Iuridica 96, Ad Honorem - 4, Coimbra, Coimbra Editora
- SALPICO, Nuno Alexandre Pires:
- “A *Compensatio lucri cum damno*: em especial, por violação de direitos de personalidade” in *Revista de Direito Civil*, Coimbra, Ano V (2020), 2
- *Cálculo de Danos e Equidade: aplicação, alcance e limites do artigo 566.º, n.º 3 do Código Civil*, Coimbra: Almedina, 2023
- *Indemnização “própria” e “imprópria” em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2024
- SÁMCHÉZ, Pedro Fernández:

- “A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo, interesse contratual negativo e perda de chance” in *O Direito*, n.º 147 (2015), IV
- SANTISE, Maurizio:
- “*Aliunde perceptum e compensatio lucri cum damno*” in *Giustizia Amministrativa*, 2016
- SERRA, Adriano Vaz:
- “Conculpabilidade do prejudicado”, *BMJ*, n.º 86 (1959), pp. 131 e ss
- “Culpa do devedor ou do agente” in *BMJ*, n.º 68
- “Obrigação de indemnização (colocação, fontes, dano, nexo causal, extensão, espécies de indemnização). Direito de abstenção e de remoção”, *BMJ*, n.º 84 (1959)
- SILVA, Jorge Andrade da
- *Código dos Contratos Públicos: anotado e comentado*, 9ª ed., Coimbra: Almedina, 2021
- *O princípio da Boa-fé na Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2022
- SILVA, Margarida Laires Cortes Figueiredo da:
- *Compensatio Lucri Cum Damno: Uma apreciação da Jurisprudência portuguesa*, UCP, 2019
- THUR, A. Von:
- *Tratado de Las Obligaciones* (Trad. Del alemán y concordado por W. Rocés), Tomo I, 1ª Ed., Madrid: Editorial Reus, 1934
- TORGAL, Lino / RIBEIRO, Rafael
- “Nota sobre o novo regime jurídico dos contratos de gestão de eficiência energética” in AA VV, *Contratos Públicos: presente e futuro – actas das III jornadas de direito dos contratos públicos (29 de setembro a 1 de outubro de 2021)*, Lisboa: AAFDL, 2021
- VARELA, Antunes:
- *Das Obrigações em Geral, Volume I*, 8º ed., Coimbra: Almedina, 1994
- VIEIRA, José Alberto:
- *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil (artigos 217.º a 295.º)*, Lisboa: AAFDL Editora

Índice de Jurisprudência

Jurisprudência italiana:

Cons. Stato, Sez. VI, n. 1681/2011, consultável via <http://www.gadit.it/>

Cons. Stato, III, n. 1839/2015, consultável via <https://www.mediaconsult.it/>

Tribunale Amministrativo Regional per il Veneto, sez. II, 14/03/2016, n. 279, consultável via <https://www.studiocerbone.com/>

Jurisprudência nacional:

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 03/10/2010, processo n.º 00164-A/2000-Coimbra, consultável via <https://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 24/11/2016, processo n.º 13745/16, consultável via <https://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 05/04/2018, processo n.º 1578/13.4BELRA, consultável via <https://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23/09/2003, processo n.º 01527/02, consultável via <https://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/03/2004, processo n.º 0962/03, consultável via <https://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 03/03/2005, processo n.º 041794, consultável via <https://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 07/03/2006, processo n.º 0965/03, consultável via <https://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 18/10/2011, processo n.º 0322/11, consultável via <https://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26/02/2019, processo n.º 0510/15.5BALSB, consultável via <https://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/09/2022, processo n.º 01438/03.7BALSB-C, consultável via <https://www.dgsi.pt/>