



“Mantido pelo Acórdão nº 7/03, de 18/02/03, proferido no Recurso nº 04/03”

## **ACÓRDÃO Nº100 /02-DEZ.17-1ªS/SS**

### **Processo nº 2874/2002**

A Câmara Municipal de Tavira submeteu a fiscalização prévia a minuta de um contrato de compra e venda de quatro edifícios com vinte e quatro fogos sitos na freguesia de Santa Catarina da Fonte do Bispo pelo valor de 1 307 203,20 euros, a celebrar com a empresa “Projectos e Construções J. Baía Lda.”.

São os seguintes os factos que relevam para a decisão:

1. Em 7/4/1999 na sequência da proposta nº 247/99/CM, a Câmara Municipal de Tavira deliberou “desencadear um concurso limitado”, convidando para o efeito 18 empresas, “com vista a um contrato de desenvolvimento habitacional o qual terá edificações dentro dos perímetros urbanos de sete localidades, com 100 fogos no seu conjunto”, “com tipologia média T3”;
2. Nos considerandos invocou-se, além do mais, “a dinamização demográfica das aldeias do interior através da fixação de casais jovens de fracos recursos”, em aldeias entre as quais se contava a de Santa Catarina da Fonte do Bispo, localidade onde o município tinha terrenos disponíveis para o efeito;
3. O número de fogos previsto para Santa Catarina era de 15;
4. Os concorrentes seriam seleccionados “em função do prazo de entrega das construções prontas a habitar, do preço a pagar à CMT



# Tribunal de Contas

---

- (Santa Catarina) (...), das áreas disponíveis para a edificação e dos estudos prévios de urbanismo apresentados para cada caso”;
5. Ainda e sempre na mesma proposta que foi objecto de aprovação estabeleceu-se que em Santa Catarina da Fonte do Bispo a Câmara se dispõe a alienar “para o efeito” os terrenos já referidos, que recentemente adquirira;
  6. Por escritura de compra e venda celebrada em 26 de Março de 2001 o Município vendeu a Construções J. Baía, Lda., os quatro lotes de terreno destinados a construção urbana, sitos na já referida freguesia;
  7. Entre outras cláusulas deste contrato de compra e venda de terrenos – que surge, ao que aí se informa, na sequência de um contrato-promessa celebrado em 19/9/2000 – consta a de que “a Câmara Municipal de Tavira compromete-se no âmbito do contrato de Desenvolvimento Habitacional a celebrar com o INH, adquirir os fogos a edificar nos prédios objecto do presente contrato ou assegurar que os mesmos sejam adquiridos por agregados familiares que reúnam as condições sócio-económicas para beneficiar de habitação social”;
  8. O contrato de compra e venda ora “sub judice” refere-se a 24 fogos edificados nos aludidos quatro lotes sendo 12 deles “T2” e os restantes 12 fogos “T3”.

Como é sabido, as autarquias locais são pessoas colectivas que visam a prossecução de interesses próprios das respectivas populações.

Este conceito, que a doutrina há muito incorporou, encontra-se hoje inequivocamente inscrito na ordem jurídica portuguesa e, desde logo, na Constituição (cfr. artº 235º, nº 1).



# Tribunal de Contas

---

De entre os “interesses próprios” que hão-de enformar as atribuições dos municípios conta-se, sem dúvida, o da habitação dos munícipes, como resultaria da natureza das coisas e se encontra, de resto, consagrado no artº 13º, nº 1, al. i) da Lei nº 159/99, de 14 de Setembro.

A satisfação das necessidades públicas por parte dos órgãos municipais – como, de resto, de toda a Administração Pública – encontra-se, porém, subordinada ao princípio da legalidade como resulta da Constituição, artº 266, nº 1: “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei (...)”. E, também no mesmo sentido, o artº 3º do Código de Procedimento Administrativo.

De uma forma abreviada é costume referir que, na sua dimensão principal, resulta deste princípio que à Administração, ao contrário do que sucede com os particulares, não é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, mas apenas aquilo que a lei, de forma positiva, lhe permite.

É sem perder de vista este prisma de apreciação que se irá tentar aferir pela lei vigente o contrato ora submetido a fiscalização prévia e o procedimento que a ele conduziu.

Como se deduz da matéria de facto e no que para aqui importa, os órgãos municipais competentes decidiram prover pela satisfação de necessidades habitacionais que se faziam sentir na freguesia de Santa Catarina da Fonte do Bispo utilizando para o efeito terrenos que o município ali possuía.

À primeira vista, afigura-se que poderiam lançar mão de um contrato de empreitada de obras públicas precedido do adequado procedimento adjudicatório. Mas não o fizeram, como vimos.



# Tribunal de Contas

---

Durante a instrução do processo e quando questionada a autarquia sobre os procedimentos seguidos para alienação dos terrenos e para selecção da empresa para construção dos fogos, a autarquia respondeu, numa primeira fase (ofício nº 35 418, de 14/NOV/02” que “o procedimento seguido para a alienação dos terrenos bem como para selecção da empresa para a construção dos respectivos fogos foi o concurso limitado com convite a 18 empresas (...).”

Perante nova insistência, onde se indagou sobre a razão pela qual se não procedeu a concurso público visto parecer tratar-se de uma empreitada, a resposta foi a seguinte, no que para aqui releva (fax de 29/NOV/2002):

- “5. Face ao exposto considera-se que existem dois momentos distintos, sendo eles: o momento da alienação do terreno, em que o município intervém como proprietário, no uso das competências que legalmente são conferidas aos seus órgãos e o momento da celebração e posterior execução do Contrato de Desenvolvimento Habitacional, no qual o município não figura como outorgante (v. ponto 4).
6. Considera-se empreitada, nos termos do artº 1207º do CC, “o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra mediante um preço”.
7. O conceito exposto no número anterior pressupõe a existência de dono da obra e de empreiteiro, os quais não se fundem, constituindo pessoas jurídicas diferentes.
8. No caso em análise o dono da obra é a empresa adquirente do terreno, sendo esta simultaneamente a entidade construtora.

Como conclusões extrai-se o seguinte:

- a) O município apenas alienou o terreno de acordo com a legislação vigente;



## Tribunal de Contas

---

- b) Na posterior celebração do Contrato de Desenvolvimento Habitacional, o município já não interviu;
- c) Resulta, então, que não se encontram preenchidos os requisitos necessários para que se esteja em presença de um contrato de empreitada.”

Ora o teor desta resposta é de todo contraditório com o que resulta dos factos apurados e, até, dos procedimentos – embora exíguos – adoptados pela Câmara Municipal.

Em primeiro lugar há a notar que o Município vendeu terrenos com o compromisso de o empreiteiro comprador construir habitação social, sendo que o denominado “concurso limitado” se dirigiu a empreiteiros.

Depois, há que referir que quem está adquirindo os fogos é o Município o qual, de resto, se havia comprometido a adquiri-los ou a assegurar que os mesmos fossem adquiridos por munícipes de menores recursos.

De salientar ainda que foram os serviços camarários (cfr. Informação de 7/7/99, subscrita pelo Director do Departamento de Urbanismo) que, naturalmente, procederam à avaliação das propostas, num procedimento que foi chamado de “concurso limitado” mas de cuja conformidade com qualquer forma legal de concurso limitado propriamente dito não há prova.

Não colhe pois, de forma nenhuma, que o Município nada tenha a ver com o assunto...



# Tribunal de Contas

---

Entende-se hoje que o conceito de empreitada de obras públicas abrange realidades da vida corrente que ultrapassam o modelo formal que ganhou forma nos séculos passados.

É assim que a Directiva nº 93/37/CEE, na alínea a) do artº 1º, define os contratos de empreitada de obras públicas como os que, a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro e uma entidade adjudicante tenham por objecto (entre outros) “a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante”.

Diz a propósito o “Guia das regras relativas aos processos de adjudicação dos contratos públicos de obras” (ed. Comissão Europeia, Luxemburgo, 1997, pág. 12) que um caso de realização de obra pode ser, por exemplo, aquele em que, “a obra é financiada e realizada pelo empreiteiro, que será depois reembolsado pelo comprador”.

E, mais impressivamente, aí se pode ler o seguinte:

“O âmbito de aplicação da Directiva é portanto o mais vasto possível, de modo a abranger todas as formas contratuais a que uma entidade adjudicante possa recorrer para dar resposta às suas exigências específicas.

É oportuno salientar que a Directiva não abrange a simples compra de um bem imóvel já existente, na condição, como é evidente, de esse imóvel não ter sido construído para responder às necessidades indicadas pela entidade adjudicante, que previamente tenha subscrito o compromisso de o adquirir após terminado. Neste último caso, tratar-se-ia, com efeito, de um contrato de promoção imobiliária abrangido pela directiva” (pág. 13 do referido “Guia”, com sublinhados nossos).



## Tribunal de Contas

---

Ora, no caso em concreto, do conjunto dos dois contratos celebrado entre a Câmara e a empresa, o que resulta é que o ente público, perante a necessidade de dotar a freguesia com habitações vende-lhe terrenos ficando desde logo acertado que a Câmara lhe comprará os fogos que obrigatoriamente aí serão construídos ou, no mínimo, assegurará que os mesmos sejam adquiridos por agregados familiares que reúnam as condições sócio-económicas para beneficiar de habitação social” (em qualquer dos casos, como se vê, satisfação de necessidades previstas nas atribuições do Município); E, agora, em cumprimento do que se acha contratado, o Município dispõe-se a comprar os fogos.

Em bom rigor, do que resulta do teor dos procedimentos e do teor do conjunto contratual, é perante um contrato de empreitada de obras públicas que estamos, embora com uma ou outra cláusula atípica que, no entanto, não é suficiente para o descaracterizar ou para evitar que se lhe aplique a generalidade das normas que disciplinam aquele contrato – e desde logo o artº 48º do Dec-Lei nº 59/99, de 2 de Março, no que respeita à exigência de concurso, ou dos artºs 48º e seguintes do Dec-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, tendo em conta que a iniciativa se desencadeou antes da entrada em vigor daquele diploma.

Mas, ainda que não se tratasse de algo configurável como um contrato de empreitada ou sequer de um contrato administrativo (em que a obrigatoriedade do concurso público resultaria do artº 183º do Código de Procedimento Administrativo) sempre deveria ser acatada a referida exigência.

Isto é, mesmo que estejamos no domínio da contratação que a Administração realiza com recurso ao direito privado, nem assim ela fica isenta do conjunto de directrizes aplicáveis nos termos dos artºs 266º e 267º da Constituição (cfr. J. J. Canotilho e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3ª edição, pág. 921; J. M. Sérvulo Correia, “Legalidade e Autonomia Contratual em Contrato Administrativos”, Coimbra, 1987, pág 532.



# Tribunal de Contas

---

Observa Maria João Estorninho (“A Fuga para o Direito Privado”, 1996, pág. 239) que “a razão pela qual a Administração Pública não pode furtar-se à vinculação dos direitos fundamentais é o facto de ela ser sempre Administração Pública e nunca se transformar em pessoa privada, seja em que circunstâncias for, mesmo quando utiliza forma jurídico-privadas”.

Defende a mesma autora, de resto, que quanto maiores e frequentes forem as “fugas” às formas jurídico-públicas “tanto mais necessário se torna ser absolutamente intransigente na afirmação da sua vinculação aos direitos fundamentais e, nomeadamente, ao princípio da igualdade”.

O mesmo resulta ainda do artº 2º, nº 5, do Código de Procedimento Administrativo, segundo o qual os princípios gerais que norteiam obrigatoriamente a actividade administrativa, bem como as normas que concretizam preceitos Constitucionais, são aplicáveis “a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada”.

E qual é a forma procedimental adequada à realização destes princípios?

Para Margarida O. Cabral (“O concurso público nos contratos administrativos”, 1999, pág. 258 e segs.) a questão do respeito pelo princípio da igualdade através do concurso público coloca-se da seguinte forma:

“(…) trata-se de assegurar que todos os cidadãos potencialmente interessados em contratar com a Administração (...) tenham efectivo acesso ao procedimento de contratação e iguais hipóteses de se tornarem co-contratantes”.

“(…) seria de facto impossível à Administração senão por um sistema de público apelo à concorrência trazer ao procedimento





# Tribunal de Contas

---

todos aqueles que pudessem estar interessados em contratar, até porque nem sequer os conheceria”.

Para esta autora é ainda o concurso público que garante o cumprimento do princípio da imparcialidade (na vertente da ponderação de todos os interesses relevantes – não só públicos mas também privados).

Citamos ainda, da mesma obra (pág. 260)::

“Também o princípio da racionalidade na actuação da Administração – e necessariamente o da prossecução do interesse público – implica que, na celebração de contratos administrativos, a Administração faça a melhor escolha, o que significa que esta deverá escolher o co-contratante que melhor seja capaz de satisfazer os fins que conduziram à decisão de contratar” sendo que “a escolha do melhor co-contratante só será possível se a entidade adjudicante conhecer todos os interessados em contratar e puder comparar as suas propostas” (...)

“Ainda do ponto de vista do princípio constitucional da transparência, o ambiente de publicidade inerente a todo o concurso público e o facto deste permitir um verdadeiro controlo (desde logo, por todos os interessados) das decisões – que implicam escolhas – da entidade adjudicante transformam-no certamente no procedimento de contratação administrativa preferido pela Constituição”.

Podemos assim concluir, seguramente, que, qualquer que seja o ponto de vista pelo qual se observe o conjunto contratual ora em exame, sempre seria obrigatório o concurso público.



## Tribunal de Contas

---

E, para além de obrigatório, seria naturalmente útil de todos os pontos de vista, nomeadamente no que respeita à chamada “legitimação da escolha”: (...) é necessário não só assegurar que seja efectivamente escolhido o melhor, mas igualmente garantir que toda a comunidade acredite que foi feita uma boa escolha, baseada apenas no interesse público e sem a interferência de quaisquer outros factores estranhos” (Margarida O. Cabral, ob. cit., pág. 113).

De resto, em termos de realização da concorrência, nem sequer se cumpriram de forma minimamente satisfatória os parâmetros que haviam sido definidos pela Câmara Municipal, já de si tão escassos.

Assim para além de não serem conhecidos os termos em que foram feitos os convites, o certo é que, a avaliar pela já referida informação subscrita pelo Director do Departamento de Urbanismo, não se vê que tenha sido feita uma avaliação das duas únicas propostas de acordo com os factores que supostamente presidiriam à escolha e que foram fixados na deliberação da Câmara Municipal

Acresce que, estando deliberada a construção na referida freguesia de 15 fogos, a proposta vencedora, a julgar pelo “quadro-resumo” das propostas concorrentes, previu 24 fogos, os quais são agora objecto do contrato. Por outro lado estavam previstos fogos de “tipologia média T3” e o que agora se contrata são 12 fogos “T2” e outros tantos “T3”.

Isto é, nem de forma remota se concretizou um procedimento adequado a garantir os valores primordiais da transparência, da concorrência e da igualdade de acesso, numa despesa pública de tão elevado montante.

Ocorreu, assim injustificada omissão do concurso o qual é um elemento essencial do procedimento pelo que estamos em face de uma nulidade (artº 133º, nº



# Tribunal de Contas

---

1, do Código de Procedimento Administrativo) que se transmite ao contrato nos termos do artº 185º, nº 1 do mesmo Código.

A nulidade é um dos fundamentos de recusa de visto, de acordo com o disposto no artº 44º, nº 3, al. a) da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

Termos em que vai recusado o visto.

São devidos emolumentos.

Lisboa, 17 de Dezembro de 2002

Os Juizes Conselheiros,

(Lídio de Magalhães)

(Ribeiro Gonçalves)

(Adelina de Sá Carvalho)

(O Procurador-Geral Adjunto)