



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Transitada em julgado

SENTENÇA Nº 14/2011

(Processo n.º 10-JRF/2010)

I – RELATÓRIO

- 1. O Exmo. Magistrado do Ministério Público, ao abrigo do disposto nos artigos 57º, 58º e 89º e sgs. da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, requereu o julgamento dos Demandados Davide Pereira Catarino, Vitor Manuel de Jesus Frazão, João Manuel Moura Rodrigues e Humberto Lopes da Piedade imputando-lhes a prática de duas infracções financeiras sancionáveis nos termos do disposto no artigo 65º, n.º 1-b) da referida Lei.**

Articulou, para tal e em síntese que :

- Em 7 de Dezembro de 2005, foi celebrado pela Câmara Municipal de Ourém e a empresa "Construtora S. José, S.A.", um contrato de empreitada para "Construção do Edifício dos Paços do Conselho", no valor de € 4.607.488,12.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- *Em 12 de Fevereiro e 21 de Maio de 2007, o executivo camarário constituído pelo 1º Demandado, como presidente, e pelos restantes Demandados, como vice-presidente e vereadores, aprovou no decurso da mesma empreitada a adjudicação, à mesma empresa, de dois contratos adicionais, pelos valores de 257.362,83C e 738.043,48€, respectivamente.*
- *O primeiro destes adicionais foi justificado por trabalhos a mais e a menos derivados do facto de, no projecto inicial, as fundações, pilares e a laje do tecto do piso-1 terem sido subdimensionados, como se veio e concluir através de um estudo geotécnico levado a efeito no decurso da obra.*
- *O segundo adicional foi posteriormente justificado pela existência de medições incorrectas e omissões da obra cuja correcção se mostrava necessária à sua completa execução.*
- *Quanto ao primeiro adicional, não são apresentadas quaisquer razões ou factos que permitam concluir pela ocorrência de modificações ou alterações que o dono da obra não pudesse ter previsto, e antes se concluiu que todos esses trabalhos eram perfeitamente passíveis de terem sido incluídos no projecto inicial de execução de obra, o que só se não verificou devido às deficiências do mesmo projecto.*
- *Circunstâncias estas que, de resto, são reconhecidas pela própria Câmara quando, em reunião de 05.02.2007, decide e informa estar a proceder ao apuramento de responsabilidades relativas à elaboração e revisão do projecto.*
- *E o mesmo é de referir relativamente aos trabalhos que constituem o 2º adicional, uma vez que também não são apresentadas justificações que*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

permitam enquadrar os alegados "erros e omissões" em qualquer das alíneas do artº. 14º do DL nº 59/99, de 02/03.

- Por outro lado, estes "erros e omissões", tendo ocorrido em resultado de circunstâncias que podiam e deviam ter sido previstas pelo projectista ou, em última análise, pelo dono da obra, nunca poderão ser justificados por "circunstância imprevista", para efeitos da sua qualificação como "trabalhos a mais" e, como tal, subsumíveis ao disposto no artº26º nº 1 do DL nº 59/99.*
- Considerando o valor dos trabalhos adicionais, estes deveriam ter sido adjudicados na sequência de concurso público ou limitado com publicação de anúncio.*
- Os Demandados não ignoravam as razões que determinaram a necessidade destes trabalhos, pois estavam inteiramente esclarecidos quanto às inúmeras falhas e erros do projecto.*
- Ao autorizarem os adicionais em causa, os Demandados agiram ivre e voluntariamente, com manifesta consciência de que a sua conduta violava os preceitos supra mencionados (artºs. 26º nº1 e 48º, nº 2, al. a) do DL. nº 59/99), que a sua experiência e funções não consentiam desconhecer, autorizando uma despesa com flagrante violação das normas e princípios que regem a assunção de despesas públicas e procedimentos impostos pelo regime da contratação pública.*

Concluiu pedindo que os Demandados sejam condenados nas multas de 1.850,00€ (o 1º Demandado) e 1.650,00€ (os restantes) por cada uma das infracções financeiras previstas na alínea b) do artº 65º da



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Lei nº 98/97, de 26 de Agosto e puníveis nos termos do nº2 e segs. do mesmo normativo.

2. Citados, os Demandados contestaram o requerimento apresentado pelo Ministério Público, alegando em síntese, que :

- *Em reunião extraordinária realizada em 6 de Julho de 2006, entre representantes do Dono da Obra, do Empreiteiro e o Projectista, este último, surpreendentemente, deu conta que as sapatas previstas em projecto poderiam ter problemas de punçoamento dado que a sua altura era muito baixa em função das cargas provenientes dos pilares.*
- *Como se sabe, a ruptura por punçoamento é um fenómeno localizado, podendo dar início a uma ruptura progressiva e ao colapso total da estrutura, pelo facto da perda de um ponto de apoio aumentar os esforços transmitidos aos apoios vizinhos.*
- *Seria a este fenómeno de punçoamento que toda a estrutura do edifício em construção ficaria sujeita se a obra prosseguisse sem as diligentes e devidas correccões do projecto.*
- *Ora, na mesma oportunidade, o Projectista informou que a reformulação/correccão deste erro do projecto provocaria, só ao nível das fundações, um aumento (de cerca de três vezes) das quantidades de betão necessárias relativamente ao previsto no projecto inicial.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- *Por outro lado, revelou ainda o Projectista que a laje do tecto do piso -1 (que é a laje que vai suportar a praça exterior) também deveria ser reforçada porque quando o projecto inicial foi elaborado o seu autor se terá esquecido de contabilizar um aterro em terra em cima dessa laje com uma espessura de 1,00 m.*
- *Portanto, demonstrada que foi a necessidade técnica de proceder ao reforço das fundações e ao reforço da laje do tecto do piso -1, sob pena de ocorrência de graves consequências na estrutura do edifício, capazes de comprometer a viabilidade de todo o projecto, o executivo municipal, em reunião de 12-02-2007, na ausência de qualquer outra alternativa viável, defrontou-se com a necessidade de aprovar a proposta de trabalhos a mais que lhe foi apresentada através da Informação dos serviços municipais n.º 226/2006.*
- *Os trabalhos objecto do 1º Adicional são cabalmente subsumíveis na previsão do artº 26º, nº 1 do Decreto-Lei nº 59/99 porquanto:*
 - *São trabalhos cuja espécie havia sido prevista (fundações e laje), mas em quantidades inferiores às que resultam da constatada necessidade de reforço das respectivas estruturas, constituem condição sine qua non da robustez e segurança do em construção objecto da mesma em que se integram e cuja necessidade só se revela em circunstâncias compreensivelmente imprevistas.*
- *Independentemente da existência de estudos geotécnicos ou prévios e/ou de previsões sobre as características geológicas do terreno, ainda que fundadas em dados empíricos, há-de ser sempre qualificável como imprevisível pelo*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Dono da obra o acontecimento que se revela na necessidade de realizar trabalhos não previstos de redimensionamento e reforço das fundações e da laje do tecto do piso -1 impostos pelas efectivas (que não previstas nem previsíveis) características do solo, visto que só em situação de execução da obra tais características podem ser realmente detectadas e comprovadas com rigor.

- E foi nessa convicção, com esse entendimento, com esse querer e de boa fé que os ora Demandados agiram.*
- Como é referido no próprio Relatório de Auditoria as razões que determinaram a necessidade de realizar os trabalhos objecto do 2.º Adicional foram a existência, no projecto da obra, de medições incorrectas e de omissão de medições que fazem parte da obra e sem as quais não seria possível executar e concluir a empreitada em causa.*
- Na verdade, em 14 de Julho de 2006, foi apresentada pelo Empreiteiro uma lista de erros e omissões relativa à empreitada do Novo Edifício do Paços do Concelho.*
- Como se reconheceu no próprio Relatório de Auditoria, a apresentação da reclamação de erros e omissões pelo Empreiteiro foi tempestiva.*
- Após longas reuniões, com debates técnicos muito complexos, o valor inicialmente reclamado dos trabalhos a mais decorrentes da extensa lista de erros e omissões apresentada pelo Empreiteiro baixou de 1.061.280,08€ para os referidos 738.043,48€*
- Todos os trabalhos mencionados nas listagens de erros e omissões constantes do processo de auditoria têm o seu enquadramento nas alíneas a) e b) do referido artigo 14.º.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- *Na verdade, os erros e omissões que estão agora em causa não decorrem da questão de saber se a opção do Projectista foi ou não a mais adequada; antes têm a ver com o facto de os mesmos terem sido omitidos ou estarem mal medidos.*
- *De resto, a rectificação de tais erros, mais do que uma faculdade do Dono da obra, é um verdadeiro dever legal deste.*
- *O Dono da obra tem o dever de, em certo prazo, decidir as reclamações do Empreiteiro contra tais erros e omissões do projecto e das peças que o integram, sob pena de tais reclamações se considerarem tacitamente aceites se não tiver havido notificação da decisão expressa do Dono da obra no prazo legal.*
- *E havendo decisão positiva do Dono da obra, expressa ou tácita, relativamente à reclamação de erros e omissões, estes serão rectificadas e o respectivo valor será acrescido ou deduzido ao valor da adjudicação.*
- *Portanto, nos termos da lei, execução de uma obra com erros e omissões de projecto é que nunca deverá nem poderá acontecer.*
- *E assim sendo, tendo o Empreiteiro apresentado uma reclamação tempestiva de tais erros e omissões, não podem restar dúvidas de que o Dono da obra estava legalmente obrigado a rectificar os mesmos, como de facto fez de modo rigoroso, oportuno e diligente.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Concluíram os Demandados que a acção deve ser julgada improcedente e não provada, com a consequente absolvição do pedido.

- 3. Sendo o processo o próprio, o Tribunal competente, as partes legítimas e não ocorrendo excepção a obstar ao prosseguimento dos autos, procedeu-se, subsequentemente, a julgamento, com observância do adequado formalismo legal, tendo a matéria de facto sido fixada por despacho, de que não houve reclamação, tudo conforma consta da acta de julgamento elaborada e junta aos autos.**

II - OS FACTOS

A factualidade relevante e provada nos termos do artº 791º , nº 3 do Código do Processo Civil, aplicável subsidiariamente à audiência de julgamento nestes autos (artº 93º da Lei nº 98/97) é, conforme consta do despacho proferido, a seguinte:



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

"Factos Provados:

1º

Em 7 de Dezembro de 2005 foi celebrado o contrato de empreitada por preço global "Construção do Edifício dos Paços do Concelho" entre a Câmara Municipal de Ourém (C.M.O.) e a empresa San José, S.A., pelo valor de 4.607.488,12€, o qual foi visado pelo Tribunal de Contas em 8 de Março de 2006.

2º

No âmbito da execução do contrato de empreitada foram celebrados e executados dois contratos adicionais os quais foram remetidos à fiscalização deste Tribunal nos dias 8 de Junho e 9 de Agosto de 2007.

3º

O 1º contrato adicional foi celebrado em 25 de Maio de 2007, pelo valor de 257.362,83€, representando 5,58% do contrato inicial, relativo a trabalhos a mais justificados pelo facto de, no projecto, as fundações, pilares e a laje do tecto do piso -1 terem sido subdimensionados.

4º

O 2º contrato adicional foi celebrado em 27 de Julho de 2007, pelo valor de 738.043,48€, correspondendo a 16,01% do contrato inicial, relativos a erros e omissões do projecto.

5º

O 1º adicional foi celebrado na sequência de decisão do executivo camarário, em reunião de 12 de Fevereiro de 2007, em que os ora Demandados participaram e votaram favoravelmente.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

6º

O 2º adicional foi celebrado na sequência de decisão do executivo camarário, em reunião de 21 de Maio de 2007, em que os ora Demandados participaram e votaram favoravelmente.

7º

O Demandado Davide Pereira Catarino era Presidente da C.M.O., o Demandado Vítor Manuel de Jesus Frazão vice-presidente da C.M.O. e os Demandados João Manuel Moura Rodrigues e Humberto Lopes da Piedade vereadores a tempo inteiro, auferindo as remunerações líquidas anuais constante de fls. 9 dos autos e que se dão como reproduzidas.

8º

A 1ª Secção deste Tribunal realizou uma acção de fiscalização concomitante a tais adicionais no Processo de Auditoria nº 66/07, no âmbito do qual foi aprovado o Relatório nº 27/2008 em sessão de 22 de Setembro de 2008.

9º

Os Serviços da C.M.O. não dispunham de capacitação técnica e os conhecimentos exigíveis para elaborar o projecto dos paços do concelho e arranjos exteriores pelo que, em 8 de Setembro de 1999, fora celebrado, entre o Município de Ourém e a empresa Vasco da Cunha, Arquitectura e Planeamento, Lda um contrato de prestação de serviços que tinha por objecto a elaboração do projecto em causa.

10º

Atendendo à envergadura e complexidade da obra, a C.M.O. contratara em 27.09.2002, serviços de análise e saneamento do projecto à empresa DVHFBO-Consultores, S.A..



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

11º

Na sequência da adjudicação da obra e da celebração do respectivo contrato, a C.M.O., em 24.01.06, também contratou a um consórcio a prestação de serviços de fiscalização da empreitada.

12º

Em reunião conjunta do dono da obra, empreiteiro e fiscalização, realizada em 11 de Abril de 2006, foi referido por todas as partes a importância da elaboração de um estudo geotécnico, pois as sondagens elaboradas pelo G.A.T. de Tomar a pedido do dono da obra e entregues ao empreiteiro eram inconclusivas.

13º

O estudo geotécnico foi adjudicado pela C.M.O. em 10 de Maio de 2006, entregue à C.M.O. em 2 de Junho de 2006 e ao empreiteiro e ao projectista em 9 de Junho de 2006.

14º

Na sequência da análise do estudo geotécnico, o projectista, em reunião de 6 de Julho de 2006, deu conta aos representantes do dono da obra que as sapatas previstas no projecto poderiam ter problemas de punçamento, dado que a sua altura era muito baixa em função das cargas provenientes dos pilares.

15º

O projectista também informou que a correcção deste erro do projecto provocaria, só a nível das fundações, um aumento (de cerca de três vezes) das quantidades de betão relativamente ao previsto no projecto.

16º

O projectista ainda revelou que, por esquecimento, o autor do projecto não contabilizara um aterro em terra, com uma espessura de 1,00 m, em cima da laje do piso -1 que suportaria a praça exterior.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

17º

Na reunião de 6 de Julho o dono da obra informou que estes erros do projecto e a sua correcção eram da responsabilidade do projectista.

18º

O redimensionamento de fundações e pilares e a revisão e reforço da laje do piso do tecto -1 foram objecto da informação nº 226, de 6 Fevereiro de 2007, do Departamento de Ambiente, Ordenamento do Território e Obras – Divisão de Obras Municipais – Sector de Fiscalização de Obras, que foi presente à reunião do executivo camarário de 7 de Fevereiro de 2007 por despacho do 1º Demandado, tendo sido aprovada a adjudicação ao empreiteiro da obra e constituindo o 1º adicional.

19º

Em 14 de Julho de 2006 foi apresentada pelo empreiteiro uma lista de erros e omissões relativa à empreitada em causa nestes autos.

20º

A reclamação do empreiteiro indicava que o valor dos erros e omissões detectados atingia 1.061.280,08€.

21º

Após reuniões do dono da obra e da equipa de fiscalização com o empreiteiro, o valor dos erros e omissões baixou para 738.370,42€, tendo sido apresentada pelo 1º Demandado à reunião Camarária de 21 de Maio de 2007 com o suporte da informação do Departamento indicado no nº 18, acompanhada da listagem dos erros e omissões em causa.

22º

Os erros e omissões do projecto, resultaram, entre outros, do facto de o projectista não ter considerado a medição do pavimento térreo do piso -2, com uma área de 5.236,93 m², (119.852,05€) de ter apresentado um valor de medição de escavação inferior em 15.359,14



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

m3 ao realmente necessário (54.375,44€) bem como de divergências e não contabilização de quantidades de trabalhos entre as peças do projecto, os mapas de quantidades e a realidade no que concerne a impermeabilização e isolamentos, revestimentos, redes de água, loiças e equipamentos sanitários, instalações elétricas e telefones, rede de combate a incêndios e iluminação (290.884,83€).

23º

Os trabalhos que integravam o 1º adicional eram necessários e indispensáveis para garantir a boa execução da empreitada uma vez que o reforço das fundações e da laje do tecto do piso -1 evitaria a hipótese de ruptura por punçoamento e o colapso total da estrutura do edifício.

24º

Os trabalhos que integraram o 2º adicional eram necessários e indispensáveis para que a empreitada pudesse ser concluída uma vez que o projecto de execução da obra tinha inúmeras e relevantes falhas e omissões tornando-o inadequado e desfasado da efectiva realidade existente.

25º

O Demandado Davide Pereira Catarino é licenciado em Filologia Românica e foi Presidente da C.M.O. até Janeiro de 2009.

26º

Na Câmara de Ourém havia, à altura dos factos, um gabinete jurídico mas estava dedicado aos processos de contraordenação, não tendo, como era usual, emitido qualquer parecer no âmbito desta empreitada.

27º

Os Demandados e, particularmente, o 1º Demandado, acompanharam de perto a execução da obra, que decorria numa zona adjacente ao local onde funcionavam os serviços da Câmara.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

28º

Os serviços contratados pelos Demandados no âmbito desta empreitada revelaram-se ineficientes uma vez que o projecto tinha omissões e erros de muito difícil explicação, e a análise e saneamento do projecto de execução não detectou aqueles erros e omissões.

29º

No dia 18 do corrente mês de Maio deu entrada no Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria uma acção administrativa comum intentada pelo Município de Ourém contra Vasco da Cunha, Arquitectura e Planeamento, Lda e D.H.V., S.A. empresas a quem foram contratados os serviços de elaboração do projecto e os serviços de análise e saneamento do projecto em causa nestes autos.

30º

O processo tem o nº 634/11 – 8 BELRA, a causa de pedir é o cumprimento defeituoso dos contratos, o pedido é a condenação das empresas a ressarcir a C.M.O. os danos causados pelo cumprimento defeituoso das prestações contratuais.

31º

Os Demandados deliberaram os ajustes directos convictos da legalidade dos procedimentos face à informação e parecer dos serviços e da necessidade e indispensabilidade dos trabalhos para a boa execução da empreitada.

Factos não provados:

Todos os que foram articulados e que directa ou indirectamente estiverem em contradição com os factos dados como provados.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

III - O DIREITO

A) O ENQUADRAMENTO LEGAL

A Lei n.º98/97, de 26 de Agosto, que aprovou a Organização e o Processo do Tribunal de Contas (L.O.P.T.C.), previu, no seu artigo 58.º, diversas espécies processuais para a efectivação de responsabilidades financeiras indiciadas no âmbito da sua jurisdição.

A infracção que vêm imputada aos Demandados – *"assunção autorização e realização de despesa pública ilegal"* exige que o comportamento do agente seja culposos, como, aliás, todas as que estão elencadas no artº 66º e ainda, todos os factos integráveis na responsabilidade sancionatória – vide artigos 65º-nº 4 e 5, 66º-nº 3, 67º-nº 2 e 3 e 61º-nº 5 da Lei nº 98/97.

A culpa do agente pode bastar-se com a evidenciação da negligência – artº 65-nº 5 da Lei nº 98/97 – ou seja, de grau mínimo de culpa.

Esta é a única infracção, ainda que referente a duas decisões distintas, que o Ministério Público imputa aos Demandados como claramente resulta da leitura integrada do requerimento inicial, e especificamente, dos artigos 3º, 13º, 17º, da referida peça processual.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Vejamos, então, se a factualidade adquirida nos autos nos permite considerar verificada a materialidade da infracção; subseqüentemente, se for o caso, se os responsáveis agiram culposamente

B) DA ILICITUDE DO FACTO

1.

1º CONTRATO ADICIONAL

Atento o valor dos trabalhos constantes do contrato adicional – 257.362,83€ – (facto nº 3º) – o ajuste directo com a empresa "*San José, S.A.*" só seria legal se estivessem reunidos os pressupostos e requisitos dos conceitos de "*trabalhos a mais*" previstos nos artigos 14º e 26º do Decreto-Lei nº 59/99, vigente à data dos factos.

O conceito legal de "*trabalhos a mais*" impõe, para além do mais, que aqueles resultem de circunstância imprevista (artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99).

Ora relembra-se que ficou provado:

- Que os trabalhos resultaram do facto de, no projecto, as fundações, pilares e a laje do tecto do piso –1 terem sido subdimensionados.

(facto nº 3º).



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- Que o subdimensionamento da laje do piso do tecto –1 resultara do facto do autor do projecto não ter contabilizado um aterro em terra, com uma espessura de 1,00m em cima da referida Laje, a qual, suportaria a praça exterior.

(facto nº 16º)

- Que o redimensionamento das fundações e pilares foi detectado na sequência do estudo geotécnico realizado após a adjudicação e consignação da obra tendo-se evidenciado que as sapatas previstas no projecto poderiam ter problemas de punçamento dado que a sua altura era muito baixa em função das cargas provenientes dos pilares.

(factos nºs 1º; 12º; 13º; 14º; e 15º).

Esta factualidade é, de todo, estranha ao conceito legal de "*trabalhos a mais*": não se obteve materialidade que permitisse concluir que, no decorrer da empreitada, o dono da obra foi confrontado com a necessidade de realizar trabalhos exclusivamente resultantes de circunstâncias imprevistas.

Pelo contrário, o que se evidenciou foi que os trabalhos que integraram este adicional só foram necessários, por lapsos, erros do projecto e inexistência de estudo geotécnico prévio à execução da empreitada: as características dos terrenos não se conheciam e nem se alteraram por circunstancialismo inopinado.

A ilicitude financeira decorrente desta factualidade não oferece quaisquer dúvidas.

Na verdade, no artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, o legislador foi muito exigente e rigoroso nos pressupostos que permitem ao dono da obra fazer



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

um ajuste directo em empreitada invocando a figura jurídica de "*trabalhos a mais*". Desde logo, pela particular exigência da "*imprevisibilidade*" dos trabalhos em causa: é necessário que o dono da obra se tenha deparado com factos, circunstâncias novas, que o tenham impellido à realização de outros trabalhos não incluídos no contrato inicial, para assim completar a obra projectada.

Relembra-se, assim, que é erróneo o entendimento de que sejam trabalhos imprevistos todos aqueles que não foram inicialmente previstos. Só perante circunstâncias inesperadas, inopinadas que um decisor público não pudesse nem devesse ter previsto, os trabalhos daí resultantes são susceptíveis de integrarem o conceito legal de "*trabalhos a mais*" em sede de empreitada de obra pública.

- É este o estreito condicionalismo que se tem que evidenciar para que a estatuição legal se cumpra, sendo certo que a imprevisibilidade é o núcleo decisivo da previsão normativa: os trabalhos podem ser integráveis na empreitada, podem ser necessários ao seu acabamento, a sua autonomização em novo contrato pode ser técnica ou economicamente desaconselhável, mas se não resultaram de circunstâncias imprevistas na execução da obra não são susceptíveis de ajuste directo.
- **Assim, e face ao valor dos trabalhos em causa no contrato adicional (257.362,83€) e ao disposto no artº 48º-nº 2 do Decreto-Lei nº 59/99, o procedimento de ajuste directo é ilegal e a correspondente assunção da despesa consubstanciada na deliberação em análise integra a materialidade infraccional estatuída no artº 65º-nº 1-b) da L.O.P.T.C.**
- **Dá-se, pois, como verificada a ilicitude do facto**



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

2.

O 2º CONTRATO ADICIONAL

Em 27 de Julho de 2007 foi celebrado o 2º contrato adicional, no valor de 738.043,48€, correspondendo a 16,01% do contrato inicial, tendo sido provado que os trabalhos em causa eram relativos a erros e omissões do projecto.

(facto nº 4º)

Estes erros e omissões resultaram, entre outros, do facto de o Projectista não ter considerado a medição do pavimento térreo do piso -2, com uma área de 5.236,93m², no valor de 119.852,05€; de ter sido apresentado um valor de medição de escavação inferior em 15.359,14 m² ao realmente necessário (54.375,44€), bem como de divergências e não contabilização de quantidades de trabalhos entre as peças do projecto, os mapas de quantidades e a realidade no que concerne a impermeabilização e isolamentos, revestimentos, redes de água, loiças e equipamentos sanitários, instalações eléctricas e telefone, rede de combate a incêndios e iluminação (290.884,83€).

(facto nº 22º)

O Ministério Público alegou, no seu requerimento inicial, que o ajuste directo autorizado pelos Demandados integra a infracção financeira prevista no artº 65º-nº 1-b) da L.O.P.T.C., uma vez que a autorização da despesa em causa violava as disposições conjugadas dos artºs. 14º, 26º e 48º-nº 2-a) do Decreto-Lei nº 59/99, de 02/03, aplicável à altura da decisão de autorização (artºs. 8º, 9º, 12º do requerimento).

Para justificar a sua posição, alega o Ministério Público que “não são apresentadas justificações que permitam enquadrar os alegados “erros e omissões” em qualquer



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

das alíneas do artº 14º do Decreto-Lei nº 59/99, de 02/03” (nº 8 do requerimento) e ainda, porque estes “erros e omissões”, tendo ocorrido em resultado de circunstâncias que podiam e deviam ter sido previstas pelo Projectista ou, em última análise, pelo dono da obra, nunca poderão ser justificados por “circunstância imprevista” para efeitos da sua qualificação como “trabalhos a mais” e, como tal, subsumíveis ao disposto no artº 26º-nº 1 do Decreto-Lei nº 59/99” (nº 9 do requerimento).

Vejamos, então, se a censura financeira se justifica.

Em primeiro lugar, deverá atentar-se ao que se estipula no artº 14º do referido Decreto-Lei, expressamente aplicável às empreitadas por preço global, como era o caso da empreitada em análise.

(facto nº 1)

Neste artigo, o legislador possibilitou que o empreiteiro poderá, no prazo geral de 66 dias contados desde a data da consignação, reclamar contra:

- a) erros e omissões do projecto – por se verificarem diferenças entre as condições locais existentes e as previstas ou entre os dados em que o projecto se baseia e a realidade;
- b) erros de cálculo, materiais e outros erros e omissões — por se verificarem divergências entre as folhas de medição e respectivos mapas de quantidades de trabalhos e o que resulta das restantes peças do projecto.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Ora, e atenta a matéria de facto adquirida nestes autos e a que se aludimos, não pode questionar-se que os trabalhos em causa se integram no conceito legal de "erros e omissões" conforme decorre do facto nº 22 já reproduzido.

Logo, a conclusão será que o valor destes trabalhos reclamados pelo empreiteiro que forem aceites pelo dono da obra deverá ser acrescido ao valor da adjudicação (artº 15º-nº 1 do Decreto-Lei nº 59/99).

Sublinhe-se que a reclamação foi tempestiva: foi apresentada em 14 de Julho de 2006 (facto nº 19) e a consignação ocorrera em 15.05.06 (relatório de auditoria nº 27/08 – quadro a pág. 2). Aliás, a intempestividade da reclamação nunca se colocou, tendo sido reconhecido no relatório de auditoria que a reclamação fora tempestivamente apresentada (pág. 9, a fls. 542 do processo de auditoria nº 66/07 apenso aos autos).

Como decorre da factualidade provada, a reclamação atingia o valor de 1.061,280,08€ (facto nº 20º); após reuniões com o dono da obra e com a equipa de fiscalização, as partes acordaram no valor global de 738.370,42€ (facto nº 21º), pelo que se cumpriram todas as formalidades previstas no artº 14º do Decreto-Lei nº 59/99.

Anota-se, ainda, que os trabalhos em causa no 2º adicional "*eram necessários e indispensáveis para que a empreitada pudesse ser concluída uma vez que o projecto de execução da obra tinha inúmeras e relevantes falhas e omissões tornando-o inadequado e desfasado da efectiva realidade existente*".

(facto nº 24)



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Deverá explicitar-se que o conceito de "*necessidade*" de realizar os trabalhos resultantes de "*erros e omissões*" não é confundível com o conceito de "*trabalhos a mais*" contante do artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99.

Na verdade, a "*necessidade*" de suprir os erros e omissões é a que resulta da exigência de não se impossibilitar ou desvirtuar o objecto das empreitadas, sendo alheia a esta temática a questão da previsibilidade ou imprevisibilidade dos trabalhos, que, como sabemos, é indissociável do conceito legal de "*trabalhos a mais*".

Por outro lado, nem sempre resultam trabalhos a mais na sequência da detecção de "*erros e omissões*", podendo verificar-se uma diminuição do valor da adjudicação pela eliminação dos erros do projecto como se preceitua no artº15º-nº1 do Decreto-Lei nº59/99.

Em suma: a actuação do dono da obra não se nos afigura insustentada. É certo que se demonstrou que o projecto foi mal elaborado e pouco rigoroso "*tinha inúmeras irrelevantes falhas e omissões, de muito difícil explicação*" (factos nºs 24º e 28º) mas tal não determina, necessariamente, a responsabilidade do dono da obra, devendo aferir-se, em cada caso, se a actuação do dono da obra foi diligente e cuidadosa.

Ora, temos como seguro que os Demandados actuavam de forma prudente e atenta.

Na verdade, ficou provado que:

- os Serviços não dispunham de capacitação técnica e os conhecimentos exigíveis para elaborar o projecto pelo que os Demandados



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

celebraram um contrato com uma empresa exterior para a elaboração do projecto.

(facto nº 9º)

- Atendendo á envergadura e complexidade da obra, os Demandados contrataram os serviços de análise e saneamento do projecto a outra empresa externa.

(facto nº 10º)

- Os serviços contratados pelos Demandados relevaram-se ineficientes uma vez que o projecto tinha omissões e erros de muito difícil explicação e a análise e saneamento do projecto de execução não detectou aqueles erros e omissões.

(facto nº 28º)

- A C.M.O. accionou judicialmente as empresas a quem foram contratados os serviços referidos peticionando a sua condenação no ressarcimento dos danos causados pelo cumprimento defeituoso das prestações contratadas.

(factos nºs 29º e 30º)

Ou seja: o ajuste directo tinha conforto legal.

De tudo o que se vem expondo, concluímos que, atenta a prova recolhida nesta instância, não se dá como adquirido que o ajuste directo autorizado pelos Demandados, em 21 de Maio de 2007, formalizado no 2º contrato adicional à empreitada, constituiu uma autorização ilegal de despesa pública por alegada



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

violação de normas do Decreto-Lei nº 59/99, especificamente dos artigos 14º, 26º e 48º daquele diploma.

Acresce que, mesmo que se concluisse pela ilegalidade da despesa pública em causa, não se verificaria qualquer infracção financeira, designadamente a constante do artº 65º-nº 1-b) da LOPTC uma vez que se provou que os Demandados deliberaram ajustes directos:

"convictos da legalidade dos procedimentos, face à informação e parecer dos serviços e da necessidade e indispensabilidade dos trabalhos para a boa execução da empreitada".

(facto nº 31º)

Entende-se, face ao concreto condicionalismo apurado, que dificilmente se poderia exigir maior rigor, atenção e cuidado aos Demandados pelo que o eventual erro sobre a ilicitude não mereceria censura, o que, nos termos do artº 17º-nº 1 do C. Penal, excluiria a culpa dos Demandados, a qual, como já referimos, é inerente à verificação de toda e qualquer infracção financeira.

- **O que, tudo visto e ponderado, justifica a improcedência do peticionado.**



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

C) DA RESPONSABILIDADE DOS DEMANDADOS

Adquirida a ilicitude do procedimento de ajuste directo no âmbito do 1º contrato adicional em causa, a respectiva responsabilidade financeira recai sobre o agente ou agentes da acção – artºs 61º-nº 1, 62º-nº 2 e 67º-nº 3 da L.O.P.T.C.

Resulta dos autos que os trabalhos que integravam o adicional e que foram ajustados directamente sem fundamento legal foram autorizados mediante deliberação do executivo camarário, tomada por unanimidade, na reunião de 12 de Fevereiro de 2007 em que estiveram presentes todos os Demandados (facto nº 5)

Neste quadro fáctico, nenhuma dúvida sobre imputabilidade dos Demandados, que, com o seu voto favorável, são co-responsáveis pela ilegalidade da deliberação em causa.

- **Do exposto e sem necessidade de mais desenvolvimentos, decide-se que a responsabilidade financeira em causa é imputável a cada um dos Demandados.**



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

D) DA CULPA

Como já referimos, a responsabilidade sancionatória, no âmbito do direito financeiro, impõe o recurso ao direito penal e aos conceitos de culpa aí definidos pois não é concebível postergar tais conceitos e princípios quando se apela, na Lei nº 98/97, à necessidade de se comprovar a culpa do agente como elemento integrador da infracção, sendo pacífico que os conceitos enformadores dos diversos regimes sancionatórios nas múltiplas áreas do Direito se devem adequar aos princípios e conceitos enformadores do direito penal, onde estão mais solidificados e têm recebido desenvolvido tratamento.

O Código Penal assinala, na parte introdutória que *"um dos princípios basilares do diploma reside na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta"*

Há pois que analisar se a concreta conduta dos Demandados justifica uma censura e reprovação por não corresponder e se enquadrar nas que seriam exigíveis a um responsável da administração confrontado com o circunstancialismo apurado no processo

Decisiva, nesta matéria, é a factualidade apurada no ponto nº 31º e que já referenciámos:

"Os Demandados deliberaram os ajustes directos convictos da legalidade dos procedimentos face à informação e parecer dos serviços e da necessidade e indispensabilidade dos trabalhos para a boa execução da empreitada"



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Na verdade, esta facticidade impõe-nos uma, ainda que breve, reflexão sobre o regime de um dos pressupostos da punição do facto: o erro sobre a ilicitude

Nos termos do artº 17º do Código Penal, o agente que actua sem consciência da ilicitude do facto pode vir a ser declarado culpado se se concluir que o erro sobre a consciência da ilicitude é censurável.

Se, por outro lado, o erro sobre a ilicitude for um erro não censurável, for um erro inevitável, então o agente age sem culpa.

Há, pois, que analisar se a convicção da legalidade da deliberação por parte dos Demandados é ou não censurável.

Critério decisivo para se objectivar um pouco a censurabilidade ou não do erro é a de contrapor e comprovar a actuação de um agente na posição do agente real. No caso, um responsável pela gestão e administração de dinheiros públicos colocado nas mesmas circunstâncias, agiria como os Demandados e não lhe era, também evidente a ilicitude do facto?

Em suma, tudo se reconduz, directa ou indirectamente, a saber "*se a falta de consciência da ilicitude se ficou a dever, directa e imediatamente, a uma qualidade desvaliosa e jurídico-penalmente relevante da personalidade do agente*"¹

É também este o critério decisivo da jurisprudência do S.T.J. ao analisar e decidir quando é censurável o erro sobre a existência de Lei permissiva do facto:

¹Figueiredo Dias, "O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal", pág. 362



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

"O artº 17º do Código Penal de 1982 dispõe que age sem culpa quem aja sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável, mas já haverá punição a título de dolo se o erro lhe for censurável.

*Existe censurabilidade do erro sobre a consciência da ilicitude uma vez que o arguido não actuou com o cuidado que uma pessoa portadora de uma recta consciência ético-jurídica teria."*²

Vejamos, então, se os Demandados evidenciaram, no concreto condicionalismo fáctico adquirido nos autos, uma conduta susceptível de censura.

A nossa resposta é afirmativa.

Na verdade, não se pode tolerar nem desculpar que responsáveis da Administração, quer local, quer nacional, desconheçam os princípios há muito clarificados em sede de efectivação de "*trabalhos a mais*", no âmbito das empreitadas de obras públicas.

Não é mais sustentável e aceitável que se confundam conceitos básicos e estruturantes da assunção de despesas públicas em sede de empreitadas, em que as "*circunstâncias imprevistas*" a que alude o artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99 indevidamente se assimilam a "*circunstâncias resultantes de erros e falhas de projecto*", a circunstâncias "*que visam melhorar o projecto, e ou a não retardar a execução de obra aguardada e apetecível para os municípios*"

²Ac. S.T.J. de 28.02.96 in www.dgsi.pt/jstj.nsf, entre muitos outros.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Como se decidiu no Ac. nº 002/2007, do Plenário da 3ª Secção, de 16.05.2007, in Revista do Tribunal de Contas, nº 48, pág 214.

"merece censura o erro quando não estão em causa normas erráticas, de difícil indagação ou susceptíveis de suscitarem especiais aporias hermenêuticas, mas normas que era suposto deverem ser conhecidas e cabalmente executadas por pessoas colocadas nas posições funcionais dos agentes e com a experiência que detinham".

Na situação que analisamos, os Demandados sabiam que, logo em 11 de Abril de 2006, poucos meses após a celebração do contrato (07.12.05) e ainda antes da consignação da obra (15.05.06), as sondagens elaboradas pelo G.A.T. de Tomar eram inconclusivas e que todos os intervenientes concordaram com a necessidade de se elaborar um estudo geotécnico.

(facto nº12º)

Os Demandados sabiam que o redimensionamento das fundações e pilares foi necessário na sequência da análise do estudo geotécnico, entregue em Junho de 2006, e que só este redimensionamento exigia um aumento, de cerca de três vezes, das quantidades de betão previstas.

Os Demandados deveriam saber que é obrigação do dono da obra definir e patentear as características geológicas do terreno para efeitos do concurso (artº 63º - nº4º do Decreto-Lei nº 59/99).

O circunstancialismo descrito evidencia que os Demandados não podem deixar de ser financeiramente censurados quando aprovam um ajuste directo com base em alegados trabalhos a mais resultantes de "circunstâncias imprevistas"



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Em síntese: a questão concreta da ilicitude do procedimento de adjudicação directa não se revelava discutível e controvertida e, por isso, merece censura a alegada convicção da legalidade.

O argumento de que os Demandados decidiram de acordo com as informações e pareceres dos Serviços não releva.

Na verdade, e como é jurisprudência uniforme do Plenário da 3ª Secção, quem repousa na passividade ou nas informações dos Técnicos para se justificar de decisões ilegais esquece que a boa gestão dos dinheiros públicos não se compatibiliza com argumentários de impreparação técnica para o exercício de tais funções.

Sublinhe-se que não são os Serviços que estão a ser julgados mas os responsáveis financeiros que, livremente, se abalançaram a cargos de gestão autárquica.

A falta de consciência de ilicitude é, pois, injustificada e censurável, não se verificando os requisitos de uma recta consciência ético-jurídica elencados pelo Prof. Figueiredo Dias: ³

- As questões concretas da ilicitude não se revelavam discutíveis e controvertidas;
- A solução dada pelo agente às questões da ilicitude não correspondem a um ponto de vista juridicamente reconhecido ou relevante.

³O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal-5ª ed.-pág. 363



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Trata-se de um caso de *"assunção de tarefas ou na aceitação de responsabilidades para as quais o agente não está preparado, porque lhe falta as condições objectivadas, os conhecimentos ou o mesmo o treino necessários ao correcto desempenho de actividades"* "... o que se passa é que a assunção ou aceitação da actividade como tal constitui já uma contradição com o dever objectivo de cuidado referido ao tipo que virá a ser preenchido"⁴

- **Agiram, pois os Demandados com culpa (artº 17º-nº 2 do C. Penal)**

E) DA MEDIDA DA PENA

Nos termos do artº65º-nº2º da L.O.P.T.C as multas pelas infracções sancionatórias ai previstas têm, como limite mínimo, o montante correspondente a 15 UC e como limite máximo o correspondente a 150 UC.

A infracção em causa foi cometida em 12 de Fevereiro de 2007, data da deliberação do executivo camarário.

O valor da Unidade de Conta (*UC*) para o triénio de 2007 a 2009 é de 96€ (artigos 5º e 6º do Decreto-Lei nº 212/89, de 30 de Junho, com a alteração introduzida pelo

⁴Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I - pág. 445 –Coimbra Editora



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Decreto-Lei nº 323/01, de 17 de Dezembro e artº 1º do Decreto-Lei nº 238/05, de 30 de Dezembro).

Assim, o limite mínimo das multas em análise é de 1.440 Euros e o limite máximo de 14.400 Euros.

O Ministério Público peticionou a multa de 1.850€ para o 1º Demandado e de 1.650€ para os restantes Demandados

A jurisprudência da 3ª Secção tem vindo a aceitar, no âmbito da responsabilidade financeira sancionatória, a aplicação subsidiária de institutos penais como a da atenuação especial e da dispensa da pena (artºs 72º, 73º, 74º do C. Penal, tendo em conta a similitude dos princípios ordenadores do direito penal e sancionatório (vidé, entre outras, as Sentenças nº 01/02, de 24 de Janeiro; nº 04/03, de 5 de Maio; nº 08/03, de 15 de Maio; nº 11/03, de 2 de Julho; nº 14/05, de 21 de Dezembro; nº 06/06, de 7 de Julho, nº 03/08, de 20 de Maio; Acórdão do Plenário nº 04/09, de 26 de Outubro)

- **Os autos fornecem-nos elementos suficientes para considerar que apesar da ilicitude do facto e da culpa dos Demandados, deveremos aferir como diminuto o grau das respectivas culpas.**

Na verdade, o enquadramento factual adquirido no processo justifica que o julgador enfatize as preocupações dos responsáveis da C.M.O. para que uma obra complexa como a dos autos fosse precedida de um projecto contratado a uma empresa especializada em serviços de arquitectura e planeamento e, subsequentemente, que o projecto de execução fosse analisado e saneado por outra empresa especializada e, ainda, que a execução da obra fosse fiscalizada por outra empresa da especialidade, atenta a dimensão e a tecnicidade da empreitada.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Julga-se depreender destas sucessivas decisões um ambiente de seriedade, idoneidade e uma intenção genuína de que a obra, tão emblemática por ser, também, a futura Sede da C.M.O., se desenvolvesse correctamente.

A falha essencial foi não ter sido, previamente, feito o estudo geotécnico do local da obra – pressuposto fundamental na execução dos cálculos de estabilidade – sendo obrigação do dono da obra facultar esse estudo aquando do lançamento do concurso nos termos do nº4º do artº63º do Decreto-Lei nº 59/99.

Mas, mesmo com o estudo geotécnico, os trabalhos da revisão da laje do piso -1, no valor de 93.728.09€, que integraram este 1º adicional, seriam sempre necessários pois, como consta do facto nº 16º, o projectista, pura e simplesmente, se esquecera (!) de contabilizar um aterro em terra em cima da referida laje e que era imprescindível para suportar a praça exterior.

No enquadramento a que nos vimos referindo, importa ainda salientar que, logo na reunião em que foram confrontados com estas anomalias graves, os responsáveis camarários imputaram a responsabilidade ao projectista (facto nº17º), posição que se manteve e determinou a instauração da acção administrativa comum contra as empresas (que elaboraram e deveriam ter analisado e saneado o projecto em causa) onde se peticiona o ressarcimento dos danos causados (facto nº30º).

- **Tudo visto e ponderado justifica-se a aplicação do instituto da dispensa da pena nos termos do disposto no artº74º- nº 1º do C. Penal.**



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

IV - DECISÃO

Atento o disposto decide-se:

- **Julgar parcialmente procedente o pedido formulado pelo Ministério Público relativamente ao Demandados Davide Pereira Catarino, Vítor Manuel de Jesus Frazão, João Manuel Rodrigues e Humberto Lopes da Piedade e, em consequência:**
 - a) **julgar verificada a prática da infracção financeira prevista no artº65º - nº1º - b) da Lei nº 98/97;**
 - b) **dispensar a aplicação da pena de multa nos termos do disposto nº74º - nº1º do C. Penal;**
 - c) **absolver os Demandados do restante peticionado.**
- **Não são devidos emolumentos nos termos dos artºs 14º e 20º do Regime jurídico dos Emolumentos aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96 de 31 de Maio.**

Registe-se e notifique-se.

Lisboa, 20 de Junho de 2011

O Juiz Conselheiro,

(Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes)