



Transitado em julgado em 14-02-2018

ACÓRDÃO N.º 6/2018-23.JAN-1.ª S/SS

Processo n.º 2006/2017

Relator: Conselheiro Mário Mendes Serrano

*

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

I – RELATÓRIO:

1. O Município de Penamacor remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, um contrato de empreitada, respeitante à «Requalificação do Castelo/Fortaleza de Penamacor», celebrado, em 3/5/2017, entre essa entidade e «António José Cruchinho & Filhos, Lda.», pelo valor de 589.183,10 €, com o prazo de 365 dias.

2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato objeto de devoluções à entidade fiscalizada para prestação de elementos e esclarecimentos, designadamente em matéria de incompatibilidades e impedimentos de titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, com referência à relação familiar havida entre vereadora a tempo inteiro da Câmara Municipal de Penamacor (em exercício de funções na pendência do concurso e à data da adjudicação) e sócios da empresa adjudicatária.

II – FUNDAMENTAÇÃO:



– DE FACTO:

3. Com relevo para a presente decisão, e para além do já inscrito no precedente relatório, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:

- a) O contrato em apreço foi precedido da realização de concurso público, subordinado ao critério do mais baixo preço, cujo procedimento se iniciou por deliberação da Câmara Municipal de Penamacor, datada de 23/12/2016, e foi concluído com a adjudicação, conforme deliberação camarária de 3/3/2017;
- b) Na pendência do presente processo chegou a este Tribunal notícia escrita, que informava serem sócios da empresa adjudicatária o pai e um irmão de vereadora a tempo inteiro da Câmara Municipal de Penamacor, de nome Ilídia Cruchinho, e alegava a violação do regime de incompatibilidades e impedimentos de titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, constante da Lei n.º 64/93, de 26/8, concretamente do seu artigo 8.º, n.º 2, alínea a), com a consequência da ilegalidade do contrato em apreço;
- c) Perante essa informação, e já na fase jurisdicional do presente processo, instou-se a entidade adjudicante a prestar esclarecimentos nos seguintes termos:

«(...) como entende legalmente admissível que a sociedade “J. Cruchinho & Filhos, L.da”, seja admitida aos concursos públicos da vossa responsabilidade, tendo presente o vínculo familiar entre os seus gerentes e uma das vereadoras a tempo inteiro do Município, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 64/93, de 26 de agosto (que regula o regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos dirigentes), e tendo presente a



obrigação que impende sobre o júri do procedimento concursal da leitura conjugada da alínea o) do n.º 2 do artigo 146.º com a alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º, ambas do CCP»;

d) Em resposta pronunciou-se a entidade adjudicante do seguinte modo:

«1. A empresa António José Cruchinho e Filhos, Lda., desde a sua constituição, em 1982, que sempre concorreu a concursos de empreitadas de obras públicas e de aquisição de bens e serviços promovidos pelo Município de Penamacor;

2. Muito antes da Vereadora a tempo inteiro Ilídia Cruchinho pensar em vir a ser membro da Câmara Municipal, o que sucedeu a partir de 2001;

3. Entendendo que pelo facto da referida vereadora ter sido eleita, não deveria a empresa em causa ser nem beneficiada nem prejudicada;

4. Na vigência do CPA aprovado pelo DL 442/91, de 15 de Novembro, e no atual, aprovado pelo DL n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, sempre a Sr.ª Vereadora se declarou impedida nas deliberações camarárias em que fossem tratados assuntos relativos à referida empresa (vide atual art. 69.º n.º 1 alínea b) do CPA);

5. Mas apenas quando o signatário foi notificado do processo administrativo n.º 30/2017 instaurado pelo Ministério Público junto do TAF de Castelo Branco é que, quer o signatário quer a Sr.ª Vereadora, tomaram consciência do teor do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 64/93 de 26 de Agosto;

6. Sendo certo que nunca os serviços camarários informaram da eventual ilegalidade da conduta seguida;

7. Acrescendo o facto do Município ter sido objeto de uma inspeção promovida pela IGAL que decorreu de 17-11-2008 até 23-01-2009 que não fez qualquer reparo à atuação seguida, no âmbito das empreitadas e aquisições de bens e serviços;



8. *Mas a falta de consciência da ilicitude da atuação da Câmara Municipal neste campo mais reforçada ficou pelo facto da referida firma ter sido adjudicatária do contrato de empreitada designado por "Centro Escolar de Penamacor", contrato que foi visado pelo Tribunal de Contas em 5-08-2009 (Doc. 1);*

9. *De qualquer modo a Sra. Vereadora Ilídia Cruchinho entendeu apresentar a declaração de renúncia ao cargo para que tinha sido eleita, o que fez em 22 de novembro de 2017, já tendo sido substituída no atual elenco camarário (Doc. 2 e 3);*

10. *Face a tudo quanto antecede considera-se que a recusa do visto constituiria uma medida desproporcionada relativa à gravidade da infração, atentas todas as circunstâncias que rodearam a conduta da autarquia;*

11. *Sendo certo que, em conformidade com o art. 64.º da LOPTC, o Tribunal de Contas deve avaliar o grau de culpa de harmonia com as circunstâncias do caso;*

12. *Afigurando-se que a decisão justa do venerando Tribunal de Contas seria no caso vertente a aposição do visto com recomendações que em caso de incumprimento em situações futuras determinaria a efetiva recusa do visto.»;*

- e) A sociedade adjudicatária tem inscritos, no registo comercial, como seus sócios gerentes, António José Cruchinho e Eugénio Manuel Alves Cruchinho, sendo estes titulares de quotas de valor superior a 10% do seu capital (no seu conjunto e individualmente pelo primeiro) sem que daí conste ter essa Vereadora exercido funções nos órgãos sociais da sociedade;
- f) Os referenciados António José Cruchinho e Eugénio Manuel Alves Cruchinho são, respetivamente, pai e irmão da indicada Vereadora



Tribunal de Contas

(conforme documentos de registo civil juntos aos presentes autos, cujos teores se dão por integralmente reproduzidos);

- g) Nas atas das reuniões da Câmara Municipal de Penamacor em que ocorreram deliberações respeitantes ao contrato em apreço, concretamente a de autorização da adjudicação e a de aprovação da minuta do contrato, ficou lavrado que a referida Vereadora comunicou o seu impedimento em relação à empresa adjudicatária, para o que invocou a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 69.º do Código do Procedimento Administrativo, ausentando-se da sala e não tendo participação nas deliberações;
- h) Encontra-se pendente, nos serviços do Ministério Público junto do Tribunal Administrativo e Fiscal de Castelo Branco, processo administrativo sob o n.º 30/2017, respeitante à situação em causa no presente processo.

– DE DIREITO:

4. O presente contrato, atento o seu valor de 589.183,10 €, excede o limiar de sujeição a visto, legalmente fixado em 350.000,00 €, nos termos combinados dos artigos 46.º, n.º 1, alínea *b*), e 48.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26/8, e, neste caso, do artigo 130.º, n.º 1, da Lei n.º 42/2016, de 28/12 (Orçamento do Estado para 2017) – pelo que se encontra sujeito a visto.

5. Estando assentes os elementos de facto supra descritos, cumpre, com base neles, apreciar a questão central que o contrato em presença suscita, concernente a situação de incompatibilidade emergente do regime inscrito na Lei n.º 64/93, de 26/8.

A) Da verificação de impedimento ao abrigo da Lei n.º 64/93:



6. Perante a factualidade enunciada, encontra-se demonstrada a existência de uma relação de parentesco próximo entre Ilídia Cruchinho, que desempenhava funções de Vereadora a tempo inteiro da Câmara Municipal de Penamacor, na pendência do concurso e à data da adjudicação, e sócios da empresa adjudicatária (concretamente, António José Cruchinho e Eugénio Manuel Alves Cruchinho, enquanto pai e irmão da indicada Vereadora). Confrontada a entidade adjudicante com informação colhida nesse sentido, a mesma não questionou tal informação e transmitiu mesmo a indicação de a então Vereadora se ter declarado «impedida nas deliberações camarárias em que fossem tratados assuntos relativos à referida empresa» – como o confirmam, nomeadamente, as atas respeitantes às reuniões da Câmara Municipal de Penamacor em que se produziram as deliberações de autorização da adjudicação da empreitada em causa e de aprovação da minuta do respetivo contrato, que mencionam a invocação pela própria Vereadora desse seu impedimento em relação à empresa adjudicatária e a sua retirada do local da sessão no momento das deliberações relativas a essa empresa. Nessa base, vejamos o quadro normativo que essa condição familiar da então Vereadora convoca.

7. A referenciada Lei n.º 64/93 – depois de se apresentar como destinada a reger sobre o «exercício de funções pelos titulares de órgãos de soberania e por titulares de outros cargos políticos» e de indicar, no artigo 1.º, entre esses titulares abrangidos pelo diploma, o «vereador a tempo inteiro das câmaras municipais» (alínea *f*) do n.º 2) – dispõe, no n.º 1 do seu artigo 8.º, que «[a]s empresas cujo capital seja detido numa percentagem superior a 10% por um titular de órgão de soberania ou titular de cargo político, ou por alto cargo público, ficam impedidas de participar em concursos de fornecimento de bens ou serviços, no exercício de atividade de comércio ou indústria, em contratos com o Estado e demais pessoas coletivas públicas». Por sua vez, a alínea *a*) do subsequente n.º 2 desse mesmo artigo 8.º estabelece que «ficam sujeitas ao mesmo regime» do n.º 1, «[a]s empresas de cujo



Tribunal de Contas

capital, em igual percentagem, seja titular o seu cônjuge, não separado de pessoas e bens, os seus ascendentes e descendentes em qualquer grau e os colaterais até ao 2.º grau (...)).».

Num outro plano, há que considerar o disposto no artigo 69.º do atual Código do Procedimento Administrativo (CPA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7/1, em que, sob a epígrafe «Casos de impedimento» (e inserido em Secção sob o título «Das garantias de imparcialidade»), se consigna – no seu n.º 1, alínea *b*) – que «(...) os titulares de órgãos da Administração Pública e os respetivos agentes, bem como quaisquer outras entidades que, independentemente da sua natureza, se encontrem no exercício de poderes públicos, não podem intervir em procedimento administrativo ou em ato ou contrato de direito público ou privado da Administração Pública», quando se verifique que «(...) por si ou como representantes ou gestores de negócios de outra pessoa, nele tenham interesse o seu cônjuge ou pessoa com quem viva em condições análogas às dos cônjuges, algum parente ou afim em linha reta ou até ao segundo grau da linha colateral (...)).».

8. Como se disse, a então Vereadora da Câmara Municipal de Penamacor invocou (conforme registado em ata) a existência de impedimento seu em relação à empresa adjudicatária, o que fez por referência ao citado artigo 69.º do CPA – ainda que indicando, por lapso, a alínea *a*) do n.º 1 desse preceito («Quando nele tenham interesse, por si, como representantes ou como gestores de negócios de outra pessoa»), já que, não constando do registo comercial menção a ligação direta sua à sociedade, pretenderia certamente reportar-se à transcrita alínea *b*), enquanto nela se alude a parente em linha reta (*v.g.*, pai) ou até ao segundo grau da linha colateral (*v.g.*, irmão). Porém, mais do que uma questão de *impedimento pessoal* enquanto Vereadora – que se poderia compaginar com a mera não-participação nas deliberações relativas à empresa adjudicatária, por aí arredando eventual verificação de ilegalidade –, aquilo que poderá estar em causa será mesmo uma *proibição* de participação da própria empresa (em virtude do vínculo familiar dos seus sócios com



Tribunal de Contas

quem se encontrava em exercício a tempo inteiro de funções autárquicas na pendência do concurso e à data da adjudicação) no procedimento concursal que conduziu ao contrato em apreço.

9. Com efeito, não oferecerá dúvida que se está perante concurso respeitante a «fornecimento de bens ou serviços, no exercício de atividade de comércio ou indústria, em contratos com o Estado e demais pessoas coletivas públicas» (cfr. artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 64/93), já que a empreitada de obra pública constitui contrato de fornecimento de serviço por empresa de direito privado no exercício da sua atividade comercial, sendo a autarquia cocontratante uma pessoa coletiva pública. Acresce que se verificam as condições previstas no artigo 8.º, n.º 2, alínea *a*), da Lei n.º 64/93: relações familiares dos sócios da sociedade adjudicatária com a então Vereadora a tempo inteiro da Câmara Municipal de Penamacor, sendo que aqueles revestem as qualidades de ascendente no 1.º grau (pai) e de colateral no 2.º grau (irmão) em relação a esta; e titularidade do capital dessa sociedade de direito privado por esses sócios em percentagem superior a 10% (no seu conjunto e individualmente pelo primeiro).

10. Estava, assim, vedado à entidade adjudicatária ser concorrente no concurso público que conduziu ao contrato em apreço, por força do artigo 8.º, n.º 2, alínea *a*), da Lei n.º 64/93. E bem assim como a qualquer outro concurso – e por todo o tempo em que essa sua familiar estivesse a desempenhar funções como Vereadora no respetivo município. Essa proibição torna, pois, irrelevante a atitude daquela autarca de se ausentar das sessões no momento das deliberações relativas àquela empresa. A *ilegalidade* decorrente dessa participação no concurso estava já verificada, não podendo ser sanada pela aludida ausência.

11. Informa agora a entidade adjudicante que a Vereadora em questão renunciou ao cargo autárquico (cfr. ponto de facto sob a alínea *d*), n.º 9, supra).



Contudo, também esse facto se afigura irrelevante para sanar a *ilegalidade* intrínseca ao próprio concurso, já que em caso algum esse concurso poderia ter tido a participação da sociedade adjudicatária, conforme se infere inelutavelmente – como se demonstrou – do disposto no artigo 8.º, n.º 2, alínea *a*), da Lei n.º 64/93.

B) Da consequência do impedimento verificado:

12. Importa, então, caracterizar a *ilegalidade* verificada. Neste ponto, cumpre salientar, desde logo, o disposto no artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/1 (na versão anterior às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/8, sendo aquela aplicável ao caso presente nos termos do artigo 12.º, n.º 1, deste diploma). Dispõe esse preceito legal sobre a análise de propostas, enquanto manifestação da vontade de contratar dos interessados na adjudicação, no contexto de um procedimento pré-contratual – e, concretamente, estabelece a alínea *f*) do n.º 2 dessa disposição legal que «[s]ão excluídas as propostas cuja análise revele: [q]ue o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis». Sem dificuldade se mostra enquadrável a evidenciada situação de impedimento na previsão dessa norma, enquanto reportada à violação de uma vinculação legal – pelo que haveria fundamento para o júri do concurso, no caso concreto, ter excluído a proposta da entidade adjudicatária desse concurso (e propor tal exclusão logo no relatório preliminar elaborado nos termos do artigo 146.º do CCP, conforme decorre da alínea *o*) do seu n.º 2: «(...) [c]uja análise revele alguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 70.º»). Contudo, não ocorreu *in casu* essa exclusão, pelo que se suscita a dúvida sobre o valor negativo associado ao incumprimento desse artigo 70.º, n.º 2, alínea *f*) do CCP.

13. Como é sabido, o regime geral de invalidades dos contratos públicos, constante do artigo 284.º do CCP (que rege para as invalidades próprias dos



Tribunal de Contas

contratos) estabelece como regra a *anulabilidade*, designadamente quanto à ofensa de *normas injuntivas*, como se afigura evidente ser o caso da previsão de causas de exclusão de propostas contidas nas diferentes alíneas desse n.º 2 do artigo 70.º do CCP, pelo que sempre haveria a considerar esse vício. Acresce ainda que aquela *não-exclusão* introduziu uma *disfunção* no concurso público, suscetível de violar princípios como os da imparcialidade e da igualdade, com notória projeção negativa no domínio da *concorrência*. Se bem virmos, a *ratio* dos impedimentos legais associados a relações familiares (neste caso, quer do previsto no artigo 69.º, n.º 1, alínea *b*), do CPA, quer do previsto no artigo 8.º, n.º 2, alínea *a*), da Lei n.º 64/93) radica na proteção do *princípio da imparcialidade*, uma vez que por esse meio se pretende arredar a possibilidade de tratamento de favor ou a suspeição da comunidade sobre um eventual favorecimento. Ora, ao permitir a participação em concurso público de entidade sobre a qual impende uma causa de impedimento, gera-se uma evidente distorção do posicionamento igualitário dos diferentes concorrentes, o que inquina a *lógica concorrencial* a que deve obedecer um procedimento concursal aberto. Daqui se extrairia a verificação de ofensa por aquele contrato do *princípio da concorrência*, a qual, por sua vez, encerra a probabilidade de afetar o respetivo *resultado financeiro*. E, por esta via, se alcançaria a verificação do fundamento de recusa de visto consagrado no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC – o que obstará à concessão de visto com recomendações pretendida pela entidade adjudicante. Recorde-se, a propósito, como este Tribunal tem, pacificamente, entendido que «a inobservância de princípios basilares da contratação pública constitui ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato» (cfr., por todos, o Acórdão n.º 16/2011, de 12/7, desta 1.ª Secção, em Plenário, acessível in www.tcontas.pt).

14. Porém, a própria Lei n.º 64/93 contempla expressamente uma sanção mais gravosa do que aquela que se poderia configurar à luz do regime da contratação pública. Com efeito, o artigo 14.º do regime de incompatibilidades e impedimentos



Tribunal de Contas

dos titulares de cargos políticos é inequívoco: «A infração ao disposto no[...] artigo[...] 8.º (...) determina a nulidade dos atos praticados (...)». Dessa nulidade dos atos procedimentais praticados em violação das normas que impediam a participação da sociedade adjudicatária no concurso em presença decorre, consequencialmente, a *nulidade* do próprio contrato, nos termos do artigo 283.º, n.º 1, do CCP. E, por sua vez, a ocorrência de *nulidade* do contrato em apreço integra, indiscutivelmente, o fundamento de recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC.

*

III – DECISÃO:

Pelo exposto, e ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC, decide-se recusar o visto ao contrato supra identificado.

Emolumentos devidos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Lisboa, 23 de janeiro de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Mário Mendes Serrano - Relator)



Tribunal de Contas

(Fernando Oliveira Silva)

(Paulo Dá Mesquita)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto,
