



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO N.º 41 /09 - 15 Dez 2009-1.ª S-PL

RECURSO ORDINÁRIO N.ª 16/2009

(Processo n.º 204/09)

DESCRITORES: Permuta de bens presentes por bens futuros;

Finalidade da permuta

Empreitada de obras públicas

Regime aplicável

Recusa de visto

Publicação do Acórdão recorrido no Diário da
República



Tribunal de Contas

SUMÁRIO:

1. A minuta da escritura do contrato submetido a fiscalização prévia consubstancia-se, no essencial, na obrigação do Município transmitir, no imediato, à sociedade adjudicada determinadas parcelas de terreno, sua propriedade, tendo a sociedade adjudicada como contrapartida dessa transmissão a obrigação, entre o mais, de construir nessas parcelas, determinados imóveis/equipamentos, voltando a propriedade dessas parcelas, após a conclusão das obras, a ser transferida para o Município, sem qualquer custo adicional;
2. A sociedade adjudicada, por sua vez, será “remunerada” através da alienação a terceiros dos imóveis construídos em duas dessas parcelas, destinadas à habitação;
3. Este contrato visa, no essencial, assegurar a realização de obras municipais, para os quais a Câmara não dispõe de meios



Tribunal de Contas

financeiros, estando, por isso, afecto a fins de interesse público.

4. Estamos, assim, perante um contrato que, formalmente, podemos denominar como um contrato de permuta de bens presentes – as parcelas de terreno - por bens futuros - a construção de determinados imóveis/equipamentos nas parcelas cedidas – seguida de uma retransmissão dessas parcelas com as respectivas construções, sem qualquer custo adicional para a entidade adjudicante, sendo a entidade adjudicada “remunerada” através da alienação a terceiros dos imóveis construídos em duas parcelas de terreno, destinadas a habitação e comércio;

5. O procedimento pré-contratual que precedeu o presente contrato teve o seu início e o seu *terminus* em 2006, e consubstanciou-se num convite a 5 empresas previamente identificadas do ramo imobiliário;



Tribunal de Contas

6. Quer isto dizer que ao procedimento pré-contratual é aplicável a legislação anterior à data de entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos.

7. Dos pontos 1., 3. e 4 deste Sumário, resulta, claramente, que a permuta e posterior retransmissão das parcelas cedidas (com as respectivas construções) constituem apenas o **modo/meio** pelo qual o Município pretende efectivar a empreitada, e para a qual não dispõe de meios financeiros

8. Daí que ao contrato em análise lhe seja aplicável o procedimento pré-contratual do regime das empreitadas de obras públicas.

9. Assim, e atendendo ao valor do contrato (6 milhões de euros) e de harmonia com o disposto nos artigos 48.º, n.º 2, 52.º, n.º 2, do DL 59/99, de 2/03, com as alterações introduzidas pela Lei 163/99, de 14/09, e pelo DL 159/2000 de 27/07, e no artigo 6.º da Directiva n.º 93/37/CE, com as



Tribunal de Contas

alterações da Directiva n.º 97/52/CE, as obras em causa deveriam ter sido precedidas da realização de concurso público, com publicitação no JOUE, o que não ocorreu no presente caso (cfr. ponto 5 do sumário);

10. Estamos, por isso, perante um dos fundamentos de recusa do visto ao contrato: o do art.º 44.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 98/97, de 26/08;

11. Está fundamentada a ordem de publicação do Acórdão recorrido, ínsita neste, quando aí se faz referência à norma legal aplicável; *in casu* o art.º 9.º, n.º 2, alínea f), da Lei 98/97, na redacção da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO N.º 41 /09 - 15Dez2009-1.ª S-PL

RECURSO ORDINÁRIO N.ª 16/2009

(Processo n.º 204/09)

1. RELATÓRIO

1.1. A CÂMARA MUNICIPAL DA GUARDA, inconformada com o Acórdão n.º 111/2009, de 12 de Maio, que recusou o visto à minuta de escritura de permuta celebrado entre a **Guarda Mall S.A.** e a referida Câmara, interpôs recurso jurisdicional, alegando, em síntese, que:

- À data da formação de contratar não impedia sobre a Autarquia a obrigatoriedade de dinamizar qualquer procedimento concursal



Tribunal de Contas

de forma a determinar o privado para cuja propriedade seriam transferidos os imóveis;

- Ao contrário do que acontece com a permuta ou alienação de imóveis da Administração Central e institutos públicos, que são por imposição legal obrigatoriamente precedidos de procedimento de formação do contrato, a permuta ou alienação de imóveis do domínio privado das autarquias não está sujeito a qualquer procedimento prévio;
- A alínea c) do n.º 2 do artigo 4.º do Código dos Contratos Públicos não se aplica aos contratos de compra e venda e de permuta de bens imóveis;
- O contrato submetido a fiscalização prévia cumpre os requisitos impostos pelo n.º 2 do art.º 107.º do DL 208/2007, de 7 de Agosto, que apesar de não ser aplicável às autarquias constituía o único referencial legislativo relativo à permuta de imóveis;
- Não obstante, e previamente à aprovação da permuta por parte do Executivo Camarário e pela Assembleia Municipal, a



Tribunal de Contas

Autarquia dinamizou uma consulta a possíveis investidores, por forma a aferir do seu interesse e receptividade e das condições apresentadas para a execução do projecto;

- A consulta tomou a configuração mais adequada ao facto de, tendo início a 19JAN2006, dever compaginar-se com o prazo legalmente determinado para a candidatura a efectuar, nos termos e prazos previstos pela Lei 12/2004, de 30 de Março, e Portaria 519/2004, de 20 de Maio;
- O alargamento do prazo de consulta inviabilizaria a candidatura no decurso da 1.^a fase, originando um atraso que poderia colocar em causa o projecto;
- A relação directa entre o prazo fixado e as fases de candidatura foi inclusivamente reconhecida por um dos investidores consultados, no caso VougaInvest;
- Ao invés do constante no Acórdão recorrido, entende o Município que o prazo concedido foi um prazo adequado, e não limitador da capacidade de resposta dos investidores;



Tribunal de Contas

- Tendo inclusivamente permitido a 2 concorrentes estudar, configurar e apresentar uma proposta, constituída por todos os elementos necessários à sua apreciação, nomeadamente por peças escritas e desenhadas;
- O Acórdão recorrido suscitou dúvidas quanto à resposta do investidor T Espaços; contudo, não foi recepcionada qualquer resposta ao convite efectuado;
- Não obstante continuar a ter o entendimento que a construção dos imóveis identificados na minuta do contrato não configura, pela sua natureza e finalidade, uma empreitada de obras públicas, o Município, e após ter salvaguardado a concordância da sociedade Guarda Mall, S.A., concorda em submeter a construção de todas as contrapartidas por si a receber, ao regime próprio das empreitadas de obras públicas;
- Assim, caso esse Tribunal o entenda, a sociedade Guarda Mall, S.A. (sociedade anónima de capitais mistos) procederá à dinamização de um procedimento pré-adjudicatório, na



Tribunal de Contas

modalidade de concurso público com publicação JOUE, cumprindo integralmente as prescrições e determinações constantes do DL 18/2008, de 29 de Janeiro, sujeitando, deste modo, a edificação das contrapartidas a receber pelo Município, no âmbito do contrato sujeito a visto, ao regime legal do contrato de empreitada de obras públicas;

- Os edifícios do Mercado Municipal e do Centro Coordenador de Transportes são considerados pelo Município da Guarda como equipamentos de extrema importância, por desempenharem um papel fundamental no desenvolvimento da cidade e do concelho da Guarda, garantindo o acesso ao mesmo por transporte colectivo rodoviário, no caso do Centro Coordenador de Transportes e representando o modo de vida e de subsistência de muitos pequenos comerciantes e agricultores, no que se refere ao mercado Municipal;
- Para tanto, o Município desenvolveu uma consulta a possíveis investidores indo mais além do que o quadro legal impunha e



Tribunal de Contas

cumprindo de forma integral os princípios gerais de actuação da Administração;

- Como desfecho da consulta efectuada, o Município seleccionou a proposta da sociedade TCN, Promoções e Projectos Imobiliários, Lda., que apresentou um projecto absolutamente inovador não só municipal, mas também regional;
- Caso o Acórdão não seja revisto, terá o Município dificuldade em justificar aos Munícipes como é que um projecto gerador de 3000 (três mil) postos de trabalho, num concelho onde a oferta é mínima, não será implementado;
- Foi com estranheza que foi recebida a decisão de publicitação do acórdão e o fundamento da mesma – a alínea f) do n.º 2 do art.º 9.º da Lei 98/97, na redacção dada pela Lei 48/2006, de 29 de Agosto;
- Tendo em conta que os Senhores Juízes não apresentaram as razões que, em seu entender, fundamentam a decisão de publicação do Acórdão em D.R., entende o Município que se



Tribunal de Contas

pretende conferir ao processo uma conotação claramente sancionatória, dando-lhe a configuração de uma pena acessória;

- É entendimento do Município que tais fundamentos não se coadunam com o carácter prévio e preventivo dos termos do visto do presente processo, sendo a decisão de publicação desproporcionada e desajustada do contexto do presente processo de visto prévio.

Termina pedindo a revogação do Acórdão recorrido com a consequente concessão do visto.

Pede igualmente que se revogue *concretamente* a decisão de publicitação do Acórdão no Diário da República.

1.2. O Ministério Público emitiu parecer no sentido de ser confirmada a decisão de recusa do visto ao contrato.

1.3. Foram colhidos os vistos legais



Tribunal de Contas

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. O Acórdão recorrido deu como assente a seguinte facticidade:

“a) Em 28 e 29 de Dezembro de 2005 e em 23 de Janeiro de 2006, o Presidente da Câmara Municipal da Guarda enviou a 5 empresas do ramo imobiliário¹ um convite para apresentação de elementos com vista à instalação de um empreendimento comercial na cidade da Guarda²;

b) Através desse ofício a autarquia solicitou às empresas que apresentassem um estudo relativo ao empreendimento comercial a instalar na área definida pela própria autarquia: zona do Mercado Municipal, Centro Coordenador de Transportes e área envolvente;

¹ FDO Imobiliária, S.A., PROMOQUATRO, Investimentos Imobiliários, Lda., TCN, Promoções e Projectos Imobiliários, TEspaços e VougaInvest.

² Cfr. fls. 89 a 116 dos autos.



Tribunal de Contas

c) Solicitou-lhes ainda que juntassem diversos elementos, entre os quais os elementos que devem acompanhar o pedido de autorização prévia de instalação de conjuntos comerciais, uma proposta de realocação dos equipamentos existentes, bem como a manutenção do seu funcionamento durante o período de intervenção, e a apresentação de “contrapartidas diversas para o Município”;

d) A documentação e os elementos solicitados deveriam ser entregues no Município até **19 de Janeiro de 2006**, para os convites saídos a 28 e 29 de Dezembro de 2005, e até **24 de Fevereiro de 2006**, para o convite saído em 23 de Janeiro de 2006;

e) A **FDO Imobiliária, S.A.**, respondeu à solicitação feita, manifestando “interesse em desenvolver os estudos necessários para poder apresentar-se num concurso que se venha a realizar”, solicitando o esclarecimento de um conjunto alargado de questões, incluindo o “tipo de concurso a realizar”, afirmando estranheza pelo prazo fixado para a apresentação dos elementos solicitados, demasiado curto para a realização dos estudos necessários, e declarando a impossibilidade de o cumprir³;

³ Cfr. fls. 91 a 93.



Tribunal de Contas

f) A **PROMOQUATRO, Investimentos Imobiliários, Lda.**, entregou, no prazo, os elementos solicitados⁴;

g) A **TCN, Promoções e Projectos Imobiliários**, respondeu propondo-se instalar um “Shopping” ou um “Retail Park” no prédio correspondente à central de camionagem e, em troca, construir para o Município da Guarda uma nova central de camionagem, em terrenos angariados e indicados pelo Município. Na sua proposta, são avançadas alternativas para a concretização desse objectivo, equacionando-se a permuta de bens imóveis presentes por bens futuros e a criação de uma empresa de capitais mistos para a realização do projecto⁵;

h) No documento apresentado por esta empresa⁶, refere-se, a dado passo⁷:

“Considerando o caso concreto em que a permuta tem por objecto um imóvel do Município e a construção de uma obra em prédios do Município e para o referido Município por um privado, pode ser

⁴ Cfr. fls 100 e 101.

⁵ Cfr, fls. 104 a 111.

⁶ Subscrito pela Sociedade de Advogados “Lima, Serra, Fernandes & Associados”.

⁷ Vd. fls. 105.



Tribunal de Contas

necessário realizar concurso público nos termos do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, uma vez que a situação enquadra-se no âmbito de aplicação do referido regime.

Poderá não ser necessário realizar concurso público nos termos descritos na alínea anterior no caso de a nova central de camionagem ser construída em terrenos do privado os quais, após a construção, passariam para a titularidade do Município. Neste caso, a permuta seria de prédios, com a única diferença que o prédio do privado teria implantada uma central de camionagem.”

*i) Não foi junta ao processo qualquer resposta da empresa **T Espaços**;*

*j) **VougalInvest** respondeu que “face ao curto período de tempo de que dispomos, agravado pela calendarização das fases de candidatura definidas pela Lei 12/2004, não nos é possível apresentar uma proposta com a dignidade que o convite exige”⁸;*

*k) Em **1 de Fevereiro de 2006**, a Câmara Municipal da Guarda aprovou, por unanimidade, a proposta de “**Recuperação, Reconversão e Requalificação**”*

⁸ Cfr. fls. 116.



Tribunal de Contas

Urbanística da Zona do Mercado Municipal e Centro Coordenador de Transportes”⁹;

l) Consta da acta da reunião em causa que, na discussão sobre a proposta, o Presidente da Câmara afirmou ter procurado encontrar um parceiro com capacidade de promover um investimento marcante na vida da cidade, “tendo-se defendido, aliás, como desde início do mandato, como forma de combate aos constrangimentos existentes na Cidade a rentabilização e a melhoria do existente, através de parcerias público-privadas, tendo-se definido, para o caso, um modelo em que a participação respeita um rácio de 10% - público, 90%- privado”;

m) O modelo referido e aprovado para o investimento integrava¹⁰:

- i. A criação de uma Sociedade Comercial Anónima, a qual ficaria encarregue de prosseguir o projecto;*
- ii. A participação do Município em 10% do capital social dessa sociedade, através da aquisição de acções no valor de € 5.000,00 (cinco mil euros);*

⁹ Cfr. acta da reunião, a fls. 9 e seguintes.

¹⁰ Cfr. a mesma acta.



Tribunal de Contas

- iii. *A participação em 90% do capital social dessa sociedade da empresa **Tramcrone - Promoções e Projectos Imobiliários, S.A.**, enquanto representante em Portugal da **TCN**, entidade proponente do projecto. A posição desta empresa poderia ser assumida por outra sociedade pertencente ao mesmo grupo;*
- iv. *A realização de uma operação de permuta de bens presentes por bens futuros com a sociedade anónima de capitais mistos assim criada;*
- v. *Através dessa permuta, a transmissão pelo Município para a sociedade criada da propriedade de dois prédios;*
- vi. *A realização pela sociedade nos referidos prédios:*
 - *Da construção de um terminal rodoviário;*
 - *Do desenvolvimento de um complexo comercial de serviços e habitação;*
 - *Da requalificação do mercado municipal, através da sua inserção no novo complexo;*
 - *Da realização de todos os arranjos exteriores e infra-estruturas necessários ao funcionamento do projecto (acessos, rotundas, jardins, etc.);*



Tribunal de Contas

- *Do estudo e execução de uma solução urbanística complementar ao terminal rodoviário, destinada ao estacionamento e depósito dos transportes rodoviários;*
- vii. *A transmissão da propriedade das obras referidas para o Município, logo que construídas, com excepção da propriedade do complexo comercial de serviços e habitação;*
- viii. *O pagamento em dinheiro, no acto da escritura, da diferença de valores entre os bens permutados pelo permutante que entregar os bens de menor valor, ficando, no entanto, consagrado que se o permutante que entregar o bem de menor valor for a Câmara, esta não estará obrigada a entregar a diferença em dinheiro, atenta a valorização, após a construção, dos prédios pela mesma entregues;*
- ix. *A atribuição aos prédios entregues pelo Município do valor global estimado de € 4.000.000,00 (quatro milhões de euros); à construção do terminal rodoviário, à requalificação do mercado municipal e à realização dos arranjos exteriores e das infra-estruturas do valor estimado de € 6.000.000,00 (seis milhões de euros) e à obra relativa ao estacionamento*



Tribunal de Contas

e depósito dos transportes rodoviários do valor máximo de €500.000,00 (meio milhão de euros).

Os valores das obras poderão, até à realização da escritura, ser alterados de acordo com a opinião de dois peritos nomeados pelo Município e pela sociedade, tendo em atenção os projectos de construção entretanto aprovados¹¹;

- x. A realização da escritura de permuta no prazo de vinte dias a contar da aprovação dos projectos de construção e instalação das obras a realizar pela sociedade criada;*
- xi. A realização da escritura de permuta sob condição resolutiva, resolvendo-se imediatamente caso não sejam atribuídas à sociedade as necessárias licenças e/ou autorizações à construção pela mesma do conjunto comercial;*
- xii. O realização do contrato de compra e venda de acções da sociedade sob duas condições resolutivas, consagrando-se a sua resolução imediata no caso de o contrato de permuta não ser outorgado ou no caso de o mesmo ser resolvido;*

¹¹ Cfr. acta da reunião da Câmara, a fls. 11.



Tribunal de Contas

n) *Em 21 de Fevereiro de 2006, a Assembleia Municipal da Guarda aprovou, por maioria, a referida proposta¹².*

o) *Nesta reunião da Assembleia Municipal foram feitas intervenções que questionaram, designadamente, a não realização de um concurso público¹³;*

p) *Na mesma reunião, o Presidente da Câmara referiu que “por não terem meios para fazer uma requalificação urbana nem para requalificar equipamentos que estão degradados e alicerçando o princípio de estabelecer parcerias público/privadas, foi este o parceiro escolhido depois de terem feito os respectivos procedimentos de consulta (...) Que foram feitas consultas a cinco promotores e que houve duas propostas que foram analisadas pelo Executivo, que foram a reunião de câmara, que deliberou aceitar esta proposta, explicando as razões da escolha, nomeadamente a qualidade do projecto, os benefícios directos para a Câmara, o espaço envolvente. Referiu ainda que apenas existem duas épocas para se fazerem candidaturas e como a primeira terminava em Fevereiro, era intenção da Câmara poder candidatá-la no imediato”;*

¹² Cfr. acta da reunião da Assembleia Municipal, a fls. 15 e seguintes do processo.

¹³ Cfr. fls. 16 e seguintes.



Tribunal de Contas

q) Em **24 de Fevereiro de 2006**, foi celebrado um Contrato Promessa de permuta entre o Município da Guarda e a empresa **DABIH- Compra e Venda de Imóveis para Revenda, S.A.**, que consagrou, no essencial, o modelo referido em m)¹⁴.

Estipulou-se, no entanto, que a execução da solução urbanística complementar ao terminal rodoviário, destinado ao estacionamento e depósito dos transportes rodoviários, poderá, por acordo das partes, ser substituída pela entrega da quantia de € 500.000,00 (quinhentos mil euros) pela empresa ao Município, para que este encontre e implemente, de acordo com os seus interesses, a referida solução urbanística no Concelho da Guarda;

r) A empresa **DABIH- Compra e Venda de Imóveis para Revenda, S.A.**, outorgante nesse contrato promessa, tem sede na morada da **TCN- Promoções e Projectos Imobiliários**¹⁵;

s) Em **16 de Janeiro de 2009**, foi celebrada uma Adenda ao Contrato Promessa de Permuta referido em q), que deu nova redacção às suas

¹⁴ Vd. fls. 24 e seguintes dos autos.

¹⁵ Cfr. fls. 24



Tribunal de Contas

cláusulas 1.^a, 2.^a, 4.^a e 5.^a e lhe aditou as cláusulas 5.^aA, 5.^aB, 5.^aC e 5.^aD¹⁶.

Estas cláusulas introduziram alterações na descrição dos prédios abrangidos pela permuta a celebrar, em resultado dos novos planos de pormenor da zona, correspondendo os prédios agora a 3 parcelas, uma com o uso dominante de Habitação, outra para construção de um conjunto comercial e com o uso dominante previsto de Comércio e outra correspondente à área onde será edificado o novo Mercado Municipal e o Centro Coordenador de Transportes.

Foram ainda estabelecidas contrapartidas adicionais para o Município da Guarda, consubstanciadas na realização pelo parceiro de estudos e projectos necessários à realização do empreendimento, aos quais foi atribuído o valor global de € 490.000,00.

Estipulou-se que a escritura pública será realizada no prazo de 10 dias após a obtenção do visto do Tribunal de Contas.

¹⁶ Cfr. fls. 35 e seguintes.



Tribunal de Contas

Face às alterações entretanto ocorridas, as cláusulas alteraram ainda as condições resolutivas do contrato e introduziram regras sobre a execução específica e a cláusula penal.

*t) Esta adenda foi celebrada entre o Município da Guarda e a empresa **GUARDA MALL, S.A.**, que assim assumiu a posição da **DABIH-Compra e Venda de Imóveis para Revenda, S.A.**, outorgante no contrato promessa inicial;*

*u) A Sociedade **GUARDA MALL, S.A.** tem sede na Praça do Município, na Guarda, tem o capital social de cinquenta mil euros, dividido em acções, e o seu objecto social consiste na “Requalificação, reabilitação e reconversão urbana a desenvolver no concelho da Guarda, compra e venda de imóveis para revenda dos bens adquiridos para os mesmos fins, construção civil, obras públicas e particulares, remodelações, reconstruções, consultoria, assessoria, estudos económicos e execução de projectos de arquitectura e engenharia, promoção e projectos imobiliários e investimentos, gestão e administração de condomínios”¹⁷;*

¹⁷ Cfr. fls. 44 e seguintes.



Tribunal de Contas

v) Em **4 de Fevereiro de 2009** deu entrada neste Tribunal a minuta de escritura de permuta entre o **Município da Guarda** e a empresa **GUARDA MALL, S.A.**, para efeitos de fiscalização prévia;

w) A minuta de escritura reproduz o clausulado do contrato promessa referido em **q)**, com as alterações da adenda referida em **s) e t)**;

x) Na parte que precede o clausulado, refere-se na minuta:

“(...) Pelo segundo outorgante¹⁸ foi dito:

PRIMEIRO: Que de harmonia com a deliberação de 01 de Fevereiro de 2006, o Município da Guarda pretende levar a efeito a recuperação, reconversão e requalificação urbanística da zona do Mercado Municipal e Centro Coordenador de Transportes, na cidade da Guarda, e o planeamento, gestão e realização de investimentos no mercado municipal e o desenvolvimento de ofertas locais de emprego, o que são suas atribuições nos termos da Lei 159/99, de 14 de Setembro.

¹⁸ O segundo outorgante é o Vice Presidente da Câmara Municipal da Guarda, em representação do Município da Guarda.



Tribunal de Contas

SEGUNDO: Que a consecução do que é referido em “PRIMEIRO” passa pela celebração de um contrato de permuta de imóveis, o que se faz pela seguinte forma (...).”

2.2. O DIREITO

2.2.1. Do Acórdão recorrido

O Acórdão recorrido recusou o visto ao contrato com fundamento nas alíneas a) e c) do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26 de Agosto.

Considerou o referido Acórdão que, independentemente do *nomen juris* do contrato subjacente à minuta remetida pelo Município para efeitos de fiscalização prévia (contrato de permuta ou contrato de empreitada), ou do procedimento com base no qual contratualizou uma eventual parceria público privada institucionalizada com a Guarda Mall, S.A., de que emergiu a presente minuta, sempre tal ou tais procedimentos



Tribunal de Contas

deveriam ter sido precedidos da realização de concurso público e da correspondente publicitação no JOUE.

A este propósito diz o referido aresto: *“Este procedimento era obrigatório nos termos do artigo 48.º, n.º 2, e 52.º, n.º 2, do DL 59/99, de 2 de Março, e do artigo 6.º da Directiva n.º 93/37/CE, com as alterações da Directiva 97/52/CE¹⁹, bem como dos princípios constitucionais da igualdade, imparcialidade, concorrência, não discriminação, liberdade de estabelecimento, livre prestação de serviços e transparência.*

Este Tribunal tem entendido que o concurso público, quando obrigatório, é elemento essencial do procedimento de adjudicação, pelo que a sua falta origina a nulidade do acto procedimental em que assentou a celebração do contrato, nos termos do disposto no artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo. Mais tem entendido que essa

¹⁹ Vd. Despacho 19545/2006, publicado no D.R., 2.ª Série, de 25SET2006



Tribunal de Contas

nulidade se comunica ao contrato celebrado, nos termos do art.º 185.º do Código do Procedimento Administrativo.

Mesmo considerando a revogação deste artigo 185.º pelo artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, essa nulidade, podendo ser declarada a todo o tempo, origina a nulidade do contrato, nos termos do artigo 283.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Diz ainda o Acórdão recorrido: “ A concorrência nos procedimentos de formação dos contratos públicos visa ainda aumentar a qualidade das propostas e baixar os respectivos custos, protegendo o interesse financeiro em dispor de condições para a obtenção da melhor proposta. A ilegalidade resultante de não ter sido assegurada a devida concorrência



Tribunal de Contas

é, assim, também, susceptível de conduzir à alteração do resultado financeiro do procedimento adoptado e do subsequente contrato, o que igualmente constitui fundamento da recusa de visto a contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do mesmo artigo 44.º.

Afirma a Recorrente que o contrato em causa é um contrato de permuta, não estando este sujeito às regras da contratação pública, no que à formação do contrato diz respeito.

Afirma ainda que o contrato cumpre os requisitos impostos pelo n.º 2 do art.º 107.º do DL 208/2007, de 7 de Agosto, que apesar de não ser aplicável às autarquias locais constituía o único referencial legislativo relativo à permuta de imóveis.

Mais diz que a autarquia procedeu a uma consulta a possíveis investidores, por forma a aferir do seu interesse e



Tribunal de Contas

receptividade e das condições apresentadas para a execução do projecto.

Impõe-se, por isso, proceder a uma caracterização do contrato e, em face da conclusão a que se chegar, analisar da existência de alguma ilegalidade susceptível de integrar algum dos fundamentos de recusa do visto ao contrato (art.º 44.º, n.º 3, da Lei 98/97, de 26/08).

2.2.2. Da caracterização do contrato subjacente à minuta remetida a fiscalização prévia

Vejamos o que resulta da referida minuta contratual:



Tribunal de Contas

1. O Município é dono e legítimo possuidor de 3 parcelas sitas na Quinta dos Pelames:

a. Parcela 1, com área de 1917 m² com o uso dominante de habitação;

b. Parcela n.º 2, com a área de 15 624 m² para construção de um conjunto comercial e com o uso dominante previsto de comércio;

c. Parcela 3 com área de 3 173 m² e que corresponde à área onde será edificado o novo Mercado Municipal e o Centro Coordenador de Transportes.

2. O Município da Guarda transmite à Guarda Mall, S.A. a propriedade daqueles imóveis.

3. A Guarda Mall S.A., como contrapartida, compromete-se a nos prédios descritos:



Tribunal de Contas

- a. Construir em condições adequadas de funcionamento um terminal rodoviário de passageiros com características urbanas;
- b. Construir um novo mercado municipal através da sua inserção no novo complexo;
- c. Realizar todos os arranjos exteriores e infraestruturas necessárias ao funcionamento do projecto, como sejam acessos primários ao complexo, jardins, rotundas, e todos os outros, que por acordo das partes, venham a ser considerados necessários para o normal funcionamento dos equipamentos.
- d. Conceber juntamente com o Município e executar uma solução urbanística complementar ao terminal rodoviário destinado ao estacionamento e depósito de transportes rodoviários.



Tribunal de Contas

e. Realizar os estudos e projectos ainda necessários (identificados no ponto V da cláusula 2)

4. Uma vez encerrado o processo de construção das obras supra referidas e obtidas as respectivas licenças de utilização ou efectuada a recepção das mesmas, compromete-se a Guarda Mall, S.A. a transferir para o Município, no prazo de 10 dias, as referidas obras e terrenos onde os edifícios supra identificados se encontram implantados, com a realização da respectiva escritura, livres de ónus ou encargos.

5. Aos imóveis entregues pelo Município é atribuído o valor global de 4 milhões de euros.

6. Às obras a realizar pela Guarda Mall S.A. é atribuído o valor estimado de 6 milhões de euros.



Tribunal de Contas

7. Aos estudos e projectos a realizar pela Guarda Mall S.A. é atribuído o valor máximo de 490.000 euros.

8. Entregando o Município o bem de menor valor não fica este obrigado a entregar a diferença em dinheiro ou espécie, atenta a valorização dos prédios entregues após a respectiva construção

10. Os imóveis a permutar poderão ser alienados pela Guarda Mall, S.A. a terceiros, devendo, aqui, entender-se que se tratam dos imóveis correspondentes às parcelas 1 e 2 (cuja propriedade é transmitida para a Guarda Mall S.A. e que são destinados à habitação e a comércio).

Podemos, assim, afirmar que a minuta da escritura do contrato em causa se consubstancia, no essencial, na obrigação do Município da Guarda transmitir, no imediato, à Guarda Mall, S.A. determinadas parcelas de terreno, sua



Tribunal de Contas

propriedade, tendo a Guarda Mall, S.A. como contrapartida dessa transmissão a obrigação, entre o mais, de construir nessas parcelas, os imóveis/equipamentos supra identificados, voltando a propriedade dessas parcelas, após a conclusão das obras, a ser transferida para o Município, sem qualquer custo adicional.

A Guarda Mall S.A., por sua vez, será “remunerada” através da alienação a terceiros dos imóveis construídos nas parcelas 1 e 2, destinados a habitação e comércio.

Este contrato visa, no essencial, assegurar a realização de obras no mercado municipal, no terminal rodoviário e na envolvente dos imóveis, estando, por isso, afectos a fins de interesse público.

Das cláusulas contratuais, bem como do probatório (alíneas c), l), m), p) e x)), resulta claro que o fim último do contrato, no que ao Município se refere, consiste, como



Tribunal de Contas

afirma o Acórdão recorrido, em obter simultaneamente a requalificação urbanística de uma determinada zona da cidade da Guarda e a realização de investimentos com vista a suprir a degradação do mercado municipal e da central de camionagem, para os quais o Município não dispõe de meios financeiros.

Estamos, assim, perante um contrato que, formalmente, podemos denominar como um contrato de permuta de bens presentes – as parcelas de terreno - por bens futuros²⁰ - a construção de determinados imóveis/equipamentos nas parcelas cedidas – seguida de uma retransmissão dessas parcelas com as respectivas

²⁰ O contrato de permuta, também denominado de troca ou escambo, é hoje um contrato atípico, inominado, já que não tem regulamentação específica na nossa lei, desde o Código Civil de 1966. A sua regulação de referência há-de buscar-se, adaptadamente, no contrato de compra e venda, por força do disposto no artigo 939.º do Código Civil.



Tribunal de Contas

construções, sem qualquer custo adicional para a entidade adjudicante – a CMGuarda -, sendo a entidade a entidade adjudicada – Guarda Mall, S.A. - “remunerada” através da alienação a terceiros dos imóveis construídos nas parcelas 1 e 2, destinados a habitação e comércio.

O procedimento pré-contratual que precedeu o presente contrato teve o seu início e o seu *terminus* em 2006, e consubstanciou-se num convite a 5 empresas previamente identificadas do ramo imobiliário, nos termos constantes do probatório (vide, v.g., alíneas a) a c) do probatório).

Quer isto dizer que ao procedimento pré-contratual é aplicável a legislação anterior à data de entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos.

Ora, a este propósito, importa referir que não existe qualquer diploma legal especificamente aplicável ao procedimento pré-contratual de permutas de bens imóveis pela Administração



Tribunal de Contas

Local, aplicando-se, contudo, os princípios gerais da actividade administrativa consagrados na Constituição (art.º 266.º/2), os princípios gerais previstos no Código do Procedimento Administrativo, como é o caso da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da igualdade, da proporcionalidade, da imparcialidade, da transparência, da publicidade, bem como os princípios mais directamente derivados do direito comunitário, como é o caso do princípio da concorrência, que acaba por ser uma derivação específica do princípio da igualdade.

No caso dos autos, não estamos perante uma permuta de bens presentes por bens já existentes no mercado, mas perante uma permuta de bens presentes por bens ainda não existentes no mercado, seguida da sua retransmissão, sendo certo que os bens a permutar incorporam, no seu núcleo essencial, uma empreitada de obras públicas, empreitada essa que, para além de visar



Tribunal de Contas

satisfazer necessidades públicas do Município, constitui o objectivo último do contrato em causa.

Dito de outro modo: a permuta e posterior retransmissão das parcelas cedidas (com as respectivas construções) constituem apenas o *modo/meio* pelo qual se efectiva a empreitada pretendida pelo Município, e para a qual não dispõe de meios financeiros

Daí que ao contrato em análise lhe seja aplicável o procedimento pré-contratual do regime das empreitadas de obras públicas.

Recordemos, o que, a propósito, diz o Acórdão recorrido:

“A este respeito, importa invocar a extensa e uniforme jurisprudência da 1.ª Secção do Tribunal de Contas²¹.

²¹ Vejam-se, designadamente, os Acórdãos da 1.ª Secção, em Subsecção, n.ºs 79/01, 200/01, 31/02, 87/02, 88/02, 98/02, 100/02, 102/02, 103/02, 104/02, 6/03, 7/03, 12/03, 20/03, 22/03, 28/03, 29/03, 30/03,



Tribunal de Contas

De acordo com essa jurisprudência, os contratos devem ser analisados e qualificados, não apenas com base na sua configuração formal, mas também em função das circunstâncias em que se enquadram e dos objectivos que visam realizar.

Nesse contexto, o Tribunal vem distinguindo as situações em que se recorre ao mercado para adquirir imóveis já construídos e prontos e aquelas em que se escolhe um empreiteiro ou promotor e se lhe “encomenda” a construção de um imóvel.

E tem, de forma constante e uniforme, considerado que a aquisição de imóveis que ainda não existem no mercado e que estão a ser, ou vão ser, construídos para responder a necessidades previamente contratualizadas, através de um

31/03, 32/03, 42/03, 50/03, 79/03 e 23/04, e em Plenário, n.ºs 50/01, 2/02, 17/02, 26/02, 28/02, 5/03, 7/03, 10/03, 16/03, 17/03, 18/03, 20/03, 21/03, 25/03, 31/03, 37/03, 39/03, 49/03 e 21/04.



Tribunal de Contas

compromisso assumido pelos municípios de os adquirir quando concluída a respectiva construção, deve ser reconduzida ao regime das empreitadas de obras públicas.

Este mesmo entendimento foi igualmente adoptado pelo Tribunal nos casos em que o terreno onde vem a implantar-se a construção é – ou vem a ser – propriedade do construtor.

*Isto porque, independentemente da complexidade e atipicidade dos negócios formal ou informalmente estabelecidos, o Tribunal **deu relevância aos fins a atingir**, os quais se consubstanciavam na construção de imóveis para a satisfação de necessidades públicas.*

Os contratos realizados visavam, tão só, associar o particular ao desempenho alternativo de uma função administrativa de interesse público, cujo objecto típico correspondia à



Tribunal de Contas

empreitada de obra pública e, por isso, devia respeitar o respectivo regime procedimental imperativo.

Em abono dessa conclusão, o Tribunal tem invocado também, nos referidos arestos, o regime constante das Directivas Comunitárias de Contratação Pública.

Nesse âmbito, referiu-se em vários dos Acórdãos, e, nomeadamente, no Acórdão n.º 31/03-8.JUL.03-1.ªS/PL:

“Como tem vindo a ser referido em variadas decisões deste Tribunal, este procedimento, seja qual for a forma aparente pelo qual se revela, consubstancia uma empreitada de obra pública quer à face do disposto na alínea a) do artigo 1.º da Directiva n.º 93/37/CEE, quer à face do disposto no n.º 3 do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, sendo certo que este diploma visou adequar a transposição daquela directiva para o direito nacional.



Tribunal de Contas

*Naquele preceito de direito comunitário definem-se os contratos de empreitada de obras públicas como os que, a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, por outro, 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, com maior nitidez, aí se pode ler o seguinte:



Tribunal de Contas

“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”).

Tanto basta para se poder concluir pela submissão ao essencial do regime das empreitadas públicas.”



Tribunal de Contas

Ora, nos casos então em julgamento, como no que ora nos ocupa, as Câmaras alienavam terrenos seus a empresas, no pressuposto de que elas neles construiriam imóveis de acordo com as necessidades que as autarquias pretendiam ver satisfeitas e assumiam o compromisso de, a final, adquirir as construções realizadas.

A similitude das situações e das finalidades prosseguidas justifica que se siga, no caso, a jurisprudência referida”.

Assim, e atendendo ao respectivo valor (6 milhões de euros) e de harmonia com o disposto nos artigos 48.º, n.º 2, 52.º, n.º 2, do DL 59/99, de 2/03, com as alterações introduzidas pela Lei 163/99, de 14/09, e pelo DL 159/2000 de 27/07, e no artigo 6.º da Directiva n.º 93/37/CE, com as alterações da Directiva n.º



Tribunal de Contas

97/52/CE, as obras em causa deveriam ter sido precedidas da realização de concurso público, com publicitação no JOUE.

Estamos, assim, em presença de um acto de adjudicação que, por ter sido antecedido de um procedimento que primou por uma substancial ausência de concorrência e inexistência de publicidade, quando o procedimento aplicável era um procedimento que tem como *ratio* a concorrência e a publicidade, está eivado de um vício de tal modo grave que torna inaceitável a produção dos seus efeitos jurídicos, sendo, por isso, nulo.²²

É, de resto, jurisprudência unânime deste Tribunal o entendimento de que o concurso público, quando obrigatório e se mostre verificado o circunstancialismo supra referido, é elemento essencial da adjudicação, pelo que a sua ausência é geradora de nulidade da adjudicação (artº. 133º, nº. 1, do CPA); nulidade que se transmite ao

²² Anote-se que o acto nulo, ao contrário do acto anulável, não produz quaisquer efeitos jurídicos, não precisando, para tanto, de qualquer declaração de nulidade (artigos 134º e 136º do CPA).



Tribunal de Contas

contrato (art. 185º, nº, 1, do CPA) e constitui fundamento de recusa de visto de acordo com o disposto no artº. 44º, nº. 3, al. a), da Lei nº. 98/97, de 26/8²³

Por estes fundamentos, mantém-se, assim, a recusa do visto ao contrato, o que prejudica o conhecimento do invocado erro de julgamento, com fundamento na adequação do prazo estabelecido para que todos os concorrentes (previamente determinados pela entidade adjudicante) apresentassem as suas propostas, ao invés do que refere o Acórdão recorrido.

2.3.4. Da publicação no Diário da República do Acórdão recorrido, após o trânsito em julgado

²³ Vide Acórdãos do Tribunal de Contas nºs. 8/2004, de 8 de Junho, 1ª.S/PL, e 4/2005, de 22 de Fevereiro, 1ª S/PL



Tribunal de Contas

A ordem de publicação no Diário da República fundamentou-se, conforme se pode ver do Acórdão recorrido, no art.º 9.º, n.º 2, alínea f), da Lei n.º 98/97, na redacção da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

Está, por isso, fundamentada a publicação no Diário da República, sendo que a *ratio legis* que preside ao referido preceito é, a nosso ver, a relevância social/jurídica da decisão em causa, e sempre com o objectivo de dar a conhecer às entidades submetidas a fiscalização prévia do Tribunal de Contas a posição deste órgão de soberania sobre a matéria ou matérias em causa.

Acresce que o que está em causa não é obviamente uma “*pena acessória*”, como refere o Recorrente. E não é, desde logo, uma “*pena acessória*” porque a recusa de visto a um contrato, em si mesmo considerada, não se consubstancia em qualquer tipo de *pena ou sanção* de natureza pessoal.



Tribunal de Contas

Na verdade, a recusa do visto ao contrato tem apenas as consequências previstas no artigo 45.º da Lei 98/97, 26 de Agosto, designadamente as do n.º 2.

Mantém-se, por isso, o Acórdão recorrido, na parte atinente.

3. DECISÃO

Termos em que se decide manter a recusa do visto ao contrato supra identificado, assim se julgando improcedente o recurso. Cumpra-se, após trânsito, o art.º 9.º, n.º 2, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, no que se reporta ao Acórdão recorrido com omissão do *nomen juris* das entidades contratantes.

São devidos emolumentos.

Lisboa, 15 de Dezembro de 2009



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros

Helena Ferreira Lopes

Carlos Moreno

Morais Antunes

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)