



Mantido pelo Acórdão nº 28/02, de
09/07/02, proferido no recurso nº 17/02

ACÓRDÃO Nº 31/02-ABR.9-1ªS/SS

Processo nº 4598/2001

A Câmara Municipal de Cascais remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal a minuta de escritura de compra e venda de 24 fogos com destino ao PER a adquirir à Chegaliza - Cooperativa de Habitação Económica da Galiza C.R.L.

Do referido documento extrai-se que a CHEGALIZA promete vender ao Município de Cascais “os edifícios a construir nos lotes de terreno designados por lotes F, J e L, constituídos por vinte e quatro fogos, no valor de um milhão trezentos e quarenta e oito mil quatrocentos e noventa euros e catorze céntimos (PTE duzentos e setenta milhões trezentos e quarenta e oito mil escudos), situados no Fim do Mundo, Galiza, freguesia do Estoril, destinados a habitação social (...)”.

A cláusula primeira do contrato ora em minuta diz, no nº 1, que a CHEGALIZA é superficiária dos lotes de terreno acima identificados e, no nº 2, textualmente o seguinte:

“Dois – De acordo com a alínea a) do número dois da terceira cláusula da escritura de cedência em regime de direito de superfície, foi acordado adquirir vinte e quatro fogos com destino ao PER”.

A escritura referida nesta cláusula, lavrada em 17.12.98, titulou a cedência de 14 lotes de terreno situados no Fim do Mundo, Galiza Estoril, em direito de superfície por parte da Câmara Municipal de Cascais à referida cooperativa pelo preço de 74 575 000\$00, destinando-os à construção de 112 fogos a custos controlados.



Tribunal de Contas

Ora, a cláusula terceira deste contrato de cedência do direito de superfície dizia, o seguinte :

“Um – O preço do direito de superfície é de setenta e quatro milhões quinhentos e sessenta e cinco mil escudos, a pagar em prestações anuais iguais durante o período de três anos consecutivos.

Dois – O primeiro e segundo outorgante acordam na possibilidade de o pagamento do preço do direito de superfície se efectuar:

a) Através da aquisição no mínimo de vinte e quatro fogos com destino ao PER ou outro programa de Habitação Social pelo preço fixado pelo INH para habitação a custos controlados.

b) Através da realização de obras de manutenção, conservação, arranjos de exteriores e criação de espaço para actividades de âmbito social a realizar pelo segundo outorgante no Bairro Novo do Pinhal – Galiza.

Três – O primeiro outorgante adquirirá à segunda outorgante os restantes fogos que a segunda outorgante disponibilizar.

Quatro – (...)”

Aparentemente, haveria assim três possíveis formas de pagamento, em alternativa:

- Pagamento em prestação anuais (n^o1 da cláusula terceira); ou
- Aquisição de vinte e quatro fogos (alínea a do n^o 2 da cláusula terceira) ou



Tribunal de Contas

- Obras de manutenção, conservação e arranjos exteriores em outro bairro (alínea b do nº 2 da cláusula terceira).

Do documento sujeito a fiscalização prévia e conforme mais acima se transcreveu parecia resultar que a opção dos contratantes seria a do pagamento ser feito através da aquisição dos vinte e quatro fogos, conforme cláusula que acima transcrevemos. Na verdade, afirma-se aí que “de acordo com a alínea a) do nº dois da terceira cláusula da escritura de cedência em regime de direito de superfície, foi acordado adquirir vinte e quatro fogos com destino ao PER”.

Ocorreu no entanto que a Câmara Municipal, quando questionada sobre o assunto, veio responder coisa diversa. E, no ofício nº 12727, de 12.3.2002, ficou expresso o seguinte:

“2. O valor respeitante ao preço do direito de superfície é 371 928,65 €, o qual, nos termos da cláusula terceira do contrato de cedência em direito de superfície podia ser pago através da realização de obras de manutenção, conservação e arranjos exteriores.

Para cumprimento dessa cláusula, a Chegaliza apresentou três orçamentos, optando-se pelo de valor mais baixo (o que totaliza 343 035,72 €).

Como existe um diferencial a favor do Município de Cascais, este será ressarcido do remanescente, ou seja, os 28 892,93 € darão entrada nos cofres municipais em numerário.”



Tribunal de Contas

Perante a contradição, que já se evidenciava no processo, e que agora ficara mais nítida, perguntou-se agora à Câmara Municipal, em nova tentativa de esclarecer o assunto:

- “Qual a cláusula da escritura de cedência de terreno em regime de direito de superfície que está a ser executada no contrato submetido a fiscalização prévia: a cláusula “terceira, dois, alínea a)” ou a cláusula “terceira, três”, sendo certo que ambos falam da aquisição de fogos?

A resposta, constante do nº 2 do ofício nº 15215, do Município de Cascais, veio dizer o seguinte:

“A cláusula que está a ser executada é a que corresponde à alínea b) do nº um da cláusula terceira, como se referiu no ponto 7 do ofício nº 5669, de 02/02/07” (quis-se dizer alínea b) do nº dois da cláusula terceira, como se constata do ofício referido).

Da resposta do município de Cascais aos pedidos de esclarecimento fica patente a contradição entre o clausulado (em que se diz que a venda de fogos se destina ao pagamento do direito de superfície) e as reiteradas afirmações da Câmara Municipal de Cascais de que o pagamento do referido direito de superfície se faz ao menos parcialmente através de obras de manutenção e reparação.

E fica também a incompreensível e reiterada afirmação de que a minuta de contrato submetida a fiscalização prévia, que trata da aquisição de fogos, se destina a executar uma específica cláusula de um contrato anterior que refere obras de reparação e manutenção...



Tribunal de Contas

Prescindindo, por agora, de mais considerações em torno deste aspecto, concentremo-nos no contrato tal como ele se configura substancialmente, ou seja, na prevista aquisição pelo Município de 24 fogos a uma entidade cooperativa que, por sua vez, os irá construir para, seguidamente, os vender ao Município.

Estamos, sem grande esforço interpretativo, no domínio de um contrato perfeitamente subsumível na empreitada de obras públicas, regulada pelo Dec-Lei nº 59/99, de 2 de Março.

Ou seja: normalmente, a entidade pública que carece de 24 fogos para colmatar necessidades habitacionais cuja satisfação lhe incumbe, lançaria, sob sua responsabilidade, um contrato de empreitada de obras públicas.

O que se pretende neste caso fazer é encarregar uma entidade terceira de construir os fogos, comprando-os depois a autarquia, quando concluídos.

Sem curar agora de outros aspectos – que, de resto, fariam ressaltar os fortes inconvenientes decorrentes para o interesse público do facto de não haver um procedimento legalmente adequado para a execução da obra – avaliação do ou dos empreiteiros feita por entidade pública, fiscalização, garantia, etc. – fica, obviamente, a questão nuclear da inexistência de qualquer concurso ou outro procedimento que vise realizar a concorrência.

Pela similitude de situações permitimo-nos invocar aqui o Acórdão nº 200/2001, de 27 de Novembro, que seguiremos de perto.

Ora, desde já se deve dizer que o negócio, tal como está configurado, é susceptível de ser integrado no conceito de contrato de empreitada de obras públicas. E cabe perfeitamente no âmbito da definição que dele faz a Directiva n.º 93/37/CEE, relativamente à aplicação dos procedimentos de adjudicação a tais obras.



Tribunal de Contas

O próprio Decreto-Lei 59/99, de 2 de Março, que efectuou a transposição da directiva atrás referida para o ordenamento português, define no seu art.º 1 n.º 1, que são consideradas obras públicas quaisquer obras de construção, reconstrução, ampliação, alteração, beneficiação e demolição de bens imóveis, executadas por um ente público.

No caso vertente estamos perante uma situação em que os referidos 24 fogos não se destinam a satisfazer necessidades da cooperativa, mas visam antes dar resposta a necessidades do município no que respeita a habitação social.

E, em bom rigor, é perante um contrato de empreitada de obras públicas que estamos, com uma ou outra cláusula atípica que, no entanto, não seria suficiente para o descaracterizar ou para evitar que se lhe aplicasse a generalidade das normas que disciplinam aquele contrato – e desde logo o artº 48º do Dec-Lei nº 59/99, de 2 de Março, no que respeita à exigência de concurso.

Mas as exigências de realização da concorrência através de concurso na contratação feita pelo Município sempre resultariam ainda que a eventual singularidade das suas cláusulas não lhe tornasse aplicável nem o regime das empreitadas públicas nem o regime das aquisições de bens para a Administração Pública.

Na verdade, e como se extrai o artº 183º do Código de Procedimento Administrativo, vigora hoje no direito administrativo português, de forma explícita e inequívoca o princípio de que os contratos administrativos devem ser precedidos de concurso público.

E não parece pôr-se em dúvida que estamos, no caso, perante contratos administrativos.



Tribunal de Contas

Na verdade estamos perante a realização de uma das atribuições específicas dos municípios – cfr. artº 13º, nº 1, al. i) da Lei nº 159/99, de 14 de Setembro.

Ora, se é certo que a Administração não está hoje limitada por nenhum “*numerus clausus*” em matéria de escolha contratual, a verdade é que, mesmo aí o concurso público é a regra, nos termos do já citado artº 183º do CPA.

E mesmo que admitamos, por mera cogitação, que estamos no domínio da mera contratação privada da Administração, a solução é ainda a mesma.

Há que ter sempre em conta, como lapidarmente escreveu Ana Fernanda Neves (“Os desassossegos do regime da função pública”, Revista da Fac. de Direito da Univ. de Lisboa, vol. XLI, nº 1, pág. 59) que a Administração Pública “é uma organização votada à satisfação do interesse público, o seu projecto de acção não é autónomo, vem dado, imposto pela comunidade e pelo ordenamento jurídico de que esta se dotou. A Administração Pública é expressão da comunidade e serve interesses que se colhem e direccionam à colectividade, ao serviço dos cidadãos”, sendo que, como lembra a mesma autora, “os poderes organizativos da Administração Pública não se baseiam na propriedade dos meios de produção e na liberdade dispositiva sobre os mesmos”, fundando-se antes na “legitimidade democrática”.

Por estas razões é que a Constituição traça um conjunto de directrizes à Administração Pública nos artºs 266º e 267º, as quais são aplicáveis ainda quando a Administração Pública utiliza o direito privado (cfr. J. J. Canotilho e V. Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3ª edição, pág. 921; v. também J. M. Sérvulo Correia, “Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos”, Coimbra, 1987, pág. 532).



Tribunal de Contas

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

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

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

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

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

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

“(…) seria de facto impossível à Administração senão por um sistema de público apelo à concorrência trazer ao procedimento todos aqueles que pudessem estar interessados em contratar, até porque nem sequer os conheceria”.



Tribunal de Contas

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

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

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

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

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

E, para além de obrigatório, seria naturalmente útil de todos os pontos de vista, nomeadamente no que respeita à chamada “legitimação da escolha”: (...) é



Tribunal de Contas

necessário não só assegurar que seja efectivamente escolhido o melhor, mas igualmente garantir que toda a comunidade acredite que foi feita uma boa escolha, baseada apenas no interesse público e sem a interferência de quaisquer outros factores estranhos” (Margarida O. Cabral, ob. Cit., pág. 113).

Mesmo as empresas privadas vêm-se socorrendo, cada vez mais, do concurso (cfr. A. Meneses Cordeiro, “Da Abertura de Concurso para a Celebração de um Contrato de Direito Privado, BMJ, nº 369, pág. 38).

Resta acrescentar que, ao contrário do que afirma o contratante, sempre haveria algo a submeter à concorrência, desde logo o preço.

E, além do preço, talvez outros itens pudessem ser objecto de concorrência, como o prazo, ou a cedência do direito de superfície, não sendo de excluir, naturalmente, que pudessem surgir outros concorrentes igualmente laureados.

Ocorreu aqui, como se viu, frontal e injustificada omissão do concurso que, sendo elemento essencial da adjudicação, determina a nulidade desta (artº 133º, nº 1, do Código de Procedimento Administrativo) a qual, transmitindo-se ao contrato, o inquina da mesma forma (artº 185º, nº 1, do mesmo Código).

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

Termos em que vai recusado o visto.

São devidos emolumentos.

Lisboa, 09 de Abril de 2002.

Os Juizes Conselheiros,



Tribunal de Contas

(Lídio de Magalhães)

(Ribeiro Gonçalves)

(Pinto de Almeida)

(O Procurador-Geral Adjunto)