



Transitado em julgado em 11/03/03

## **Acórdão nº 22/2003 – 18.FEV.03 – 1ªS/SS**

### **Processo nº 3347/02**

A Câmara Municipal de Portimão submeteu a fiscalização prévia a “minuta de escritura de compra e venda de 36 fogos, sítos na Brava, Alvor - Portimão” a celebrar com o consórcio “Cota - Companhia Turística do Algarve, S.A.” / “Bemposta - Investimentos Turísticos do Algarve, S.A.” pelo montante de 1 831 553,70€.

É a seguinte a matéria de facto relevante:

1. Em Janeiro de 1999 a Câmara Municipal de Portimão convidou sete empresas, para “estarem presentes num encontro” realizado com o Instituto Nacional de Habitação “para a divulgação de construção de habitação a custos controlados” (cfr. ofício n.º 1 149, de 23/01/03);
2. Posteriormente foram publicitados em alguns órgãos de Imprensa “Avisos”, datados de 20/05/99, de acordo com os quais se tornava público que o Município de Portimão, tendo em vista o cumprimento do seu “Programa de Construção de Habitação para Realojamento”, pretendia “estabelecer parcerias com promotores particulares de habitação a custos controlados, no âmbito de Contratos de Desenvolvimento para Habitação – CDH (Dec-Lei n.º 165/93, de 07/05), mediante a garantia da Autarquia, de aquisição de fogos construídos ou a construir neste regime”,



3. Em 5/2/2001 decorreu uma “sessão de negociação do procedimento por negociação para a construção de fogos para habitação social no âmbito de CDH’S, com cedência do direito de superfície dos terrenos”, em que estiveram presentes representantes do consórcio já mencionado e da empresa SOMAGUE, além de representantes do Município (cfr. acta respectiva);
4. Em tal reunião, ambas as entidades empresariais manifestaram interesse em colaborar com o Município em matéria de habitação social (informando, no entanto, não disporem de terrenos para o efeito) tendo sido decidido o seguinte:

“Após análise do curriculum das referidas firmas e dado o interesse das mesmas, acordou-se que a Câmara Municipal de Portimão cedia em direito de superfície para o consórcio Cota-Bemposta, os terrenos de Montes de Alvor e Mexilhoeira Grande, onde serão construídos cerca de 24 e 36 fogos respectivamente, garantindo a aquisição dos mesmos para futuro arrendamento e que, ainda esta Câmara, cedia em direito de superfície, à empresa SOMAGUE PMG, o terreno na Ladeira do Vau, onde serão construídos cerca de 84 fogos, de acordo com os decretos leis e portarias em vigor”;
5. Em dia desconhecido (mas presumivelmente anterior a 4/4/2001, data em que a Câmara o deliberou aprovar) foi celebrado com o consórcio Cota-Bemposta um “protocolo de acordo para aquisição de habitações, a custos controlados” o qual tinha por objecto (cfr. cláusula 1.ª) “estabelecer entre os outorgantes as condições de compra e venda de aproximadamente 84 fogos para habitação (...) bem como as condições de aquisição de equipamentos de apoio, de natureza cultural, comercial ou lúdica, e ainda espaços destinados a estacionamento, arrecadações e similares que estejam integrados nos empreendimentos respectivos”;



6. Nos considerandos do acordo diz-se que a Câmara “no exercício das suas funções e competências, pretende contribuir para a resolução de tal problema, pelo que prevê a aquisição de aproximadamente oitenta e quatro (84) fogos, a construir em terrenos de sua propriedade localizados no concelho, Montes de Alvor, freguesia de Alvor e Mexilhoeira Grande, freguesia da Mexilhoeira Grande” (a transcrição é textual embora se presuma haver lapso de escrita);
7. Nos termos da cláusula terceira do mesmo “protocolo de acordo” a Câmara obrigava-se a ceder ao consórcio “o direito de superfície sobre os lotes de terrenos onde irão ser contruídos os 60 fogos no âmbito da celebração de um contrato de desenvolvimento para a habitação” (n.º 1) e a adquirir ao mesmo consórcio “os 84 fogos construídos ao abrigo do contrato de desenvolvimento da habitação” (transcrições textuais entre comas, pese embora a disparidade do número de fogos);
8. Por seu turno, em 21 de Março de 2002, o INH e o mesmo consórcio celebraram um “contrato de desenvolvimento para habitação com empréstimo hipotecário” com o referido consórcio, o qual obriga as empresas consorciadas a construir “trinta e seis fogos em regime de custos controlados” (cfr. clausula primeira, n.º 1);
9. Os fogos destinar-se-iam (cfr. n.º dois da mesma cláusula):
  - a) Venda para habitação própria permanente dos adquirentes;
  - b) Venda para arrendamento habitacional em regime de renda condicionada;
  - c) Venda a municípios ou a instituições particulares de solidariedade social (IPSS) para arrendamento em regime de renda apoiada”.
10. Deste contrato consta ainda que “a comercialização dos fogos será promovida pelas empresas” (do consórcio) “ou por uma



empresa de mediação imobiliária” (cláusula sexta, n.º 3), e na cláusula décima que o montante mutuado é de 422 859,82€;

11. Encontra-se também nos autos um “2.º Acordo de Colaboração”, entre o Município e o Instituto Nacional de Habitação, celebrado em 21/12/2000, o qual, logo na cláusula primeira, dá por adquirido que o Município “no âmbito do seu plano de intervenção no domínio da habitação, vai proceder à construção e ou aquisição de 190 fogos destinados a arrendamento, no regime de renda apoiada, para as populações residentes em barracas ou construções similares”, estabelecendo-se ainda que o referido Instituto participará a fundo perdido com uma determinada percentagem do custo de construção ou do valor da aquisição e financiará idêntica percentagem através de crédito (cláusula Quarta);
12. Consta ainda do mesmo Acordo, além do mais, a obrigação de o Município “lançar os respectivos concursos públicos para adjudicação das obras nos termos da legislação em vigor “... – cláusula Quinta – havendo idênticas referências na cláusula Primeira, n.º 3;
13. Em 20/12/2001 foi ainda celebrado o contrato pelo qual foi constituído o direito de superfície sobre seis lotes de terreno para construção urbana, cujo proprietário era o município e beneficiário o consórcio, pelo preço de 124 550,56€, (supostamente 7% do valor dos fogos) aí ficando consagrado que o direito de superfície constituído tem por objecto a construção pelas empresas do consórcio de seis edifícios, com um total de trinta e seis fogos.

Da matéria factual apurada resulta que a autarquia, para satisfação de carências habitacionais existentes no concelho, necessitava de construir – no que para aqui importa – um certo número de fogos em Alvor (número que, de resto, se encontra quantificado nos autos de diferentes maneiras, oscilando entre “cerca de



## Tribunal de Contas

---

24” na acta de 25/2/2002, – ou “cerca” de 60 se lhes juntarmos os “cerca” de 36 da Mexilhoeira Grande – e os “aproximadamente” 84 constantes do protocolo.

De acordo com a legislação em vigor – e a própria natureza das coisas – o Município poderia ter adoptado um de dois procedimentos: lançar o adequado concurso de empreitadas de obras públicas para a construção de fogos, ou adquirir, no mercado, os fogos que aí se encontrassem disponíveis para o efeito.

Mas, como se viu, o que ocorreu foi diferente: não havendo no mercado habitações requeridas, a autarquia escolheu, por procedimento sumaríssimo, um consórcio, cedeu-lhe o direito de superfície de terrenos de propriedade municipal com o compromisso de neles serem construídos os fogos que, desde logo, o mesmo município se obriga a adquirir.

Esta verdadeira “encomenda” de fogos a construir aparece “completada” com outros instrumentos contratuais que, no entanto, parecem não se coadunar com esta realidade.

É que, e por um lado, o consórcio celebrou com o Instituto Nacional de Habitação um “contrato de desenvolvimento para habitação com empréstimo hipotecário” que tem como pressuposto nítido a construção por iniciativa própria dos promotores e como destino obrigatório o mercado social (cfr. n.º 2 da cláusula primeira), de resto em consonância com o que dispõe o artº 10º do Dec-lei n.º 165/93, de 7 de Maio.

Mas, por outro lado, o mesmo Instituto Nacional de Habitação celebra com o Município o “acordo de colaboração” de 21/12/2000 o qual, em relação a fogos a cuja construção se houvesse de proceder (como era o caso), refere explicitamente o “lançamento de concursos públicos por parte do Município” e a “adjudicação de empreitadas destinadas à construção de fogos” (cfr. cláusula primeira, n.º 3). O mesmo resulta também, inequivocamente da cláusula Quinta, n.º 2.



# Tribunal de Contas

---

Como vem sendo referido em jurisprudência deste Tribunal – cfr., por exemplo, o Acórdão n.º 7/03, de 22 de Janeiro, que, a partir de agora, seguiremos de perto – não pode deixar de concluir-se que a forma legal de satisfazer esta necessidade pública em circunstâncias como as que se descreveram, é a do regime das empreitadas de obras públicas.

É o que resulta desde logo do disposto no artigo 1.º e no art.º 2.º, n.º 3, do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, sendo certo, de resto, que este diploma se propõe, confessadamente, transpor a Directiva n.º 93/37/CE, nos termos da qual este tipo de contratos devem ser tratados como de empreitada de obras públicas.

Na verdade, o art.º 1.º, al. a), da referida directiva define os contratos de empreitada de obras públicas como os que, a título oneroso, e celebrados por escrito entre um empreiteiro e uma entidade adjudicante tenham por objecto (entre outros) “a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante”.

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

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

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



## Tribunal de Contas

---

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

Ora, no caso, a Câmara exprimiu a uma empresa quais as necessidades que necessitava ver satisfeitas e assumiu o compromisso de adquirir o resultado dessa encomenda.

Tanto basta para que, além do mais, a celebração deste contrato devesse ser precedida de concurso público, por força das regras do art.º 48º do referido Dec-Lei.

Mas, ainda que não quiséssemos configurar o presente contrato como de empreitada – ou sequer como um contrato administrativo em que a obrigatoriedade do concurso público resultaria do art.º 183º do CPA – ainda assim não ficaria afastada a exigência de tal regime procedimental.

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

Observa, por outro lado, 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



# Tribunal de Contas

---

Administração Pública e nunca se transformar em pessoa privada, seja em que circunstâncias for, mesmo quando utiliza formas 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”.

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).



# Tribunal de Contas

---

Houve portanto, omissão do concurso público que seria o procedimento pré-contratual adequado.

O concurso, quando obrigatório, é elemento essencial do procedimento pelo que estamos em face de uma nulidade (artº 133º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo) que se transmite ao contrato nos termos do artº 185º, n.º 1, do mesmo Código.

A nulidade é um dos fundamentos de recusa de visto – artº 44º, n.º 3, al. a) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Termos em que vai recusado o visto.

São devidos emolumentos.

Lisboa, 18 de Fevereiro de 2003.

Os Juizes Conselheiros,

*(Cons. Lídio de Magalhães)*

*(Cons. Ribeiro Gonçalves)*

*(Cons. Pinto Almeida)*

*(O Procurador-Geral Adjunto)*



# Tribunal de Contas

---