



RECURSO ORDINÁRIO N.º 12 ROM-1S/2013 – 3.ª SECÇÃO

Processo Autónomo de Multa n.º 43/2012 – 1.ª Secção

ACÓRDÃO N.º 5/2014-PL - 3.ª SECÇÃO

I – RELATÓRIO

Maria João Sanches de Azevedo Mendes recorre da sentença da primeira secção que a condenou em multa por injustificadamente não ter remetido documentação comprovativa da execução dos trabalhos adicionais à empreitada dentro do prazo previsto no art.º 47.º, n.º 2, da LOPTC, concluindo assim as suas alegações:

- 1.ª Devem ser considerados provados por documentos e aditados à matéria de facto considerada provada os factos alegados sob as alíneas A) a DD) do n.º 8 das presentes alegações;
- 2.ª Face à redacção da LOPTC em vigor à data da celebração do contrato de empreitada relativo à "Construção do Jardim de Infância Anexo à EBI n.º 101, em Alvalade" e à data da aplicação dos painéis solares que motivaram o processo de modificação objectiva do contrato encetado pelo Município de Lisboa, o qual não chegou a ser formalizado uma vez que o empreiteiro não aceitou a sua responsabilidade nos erros e omissões do projecto de execução, não existia qualquer obrigação legal de remeter ao Tribunal de Contas a documentação enviada pelo Município a coberto dos ofícios n.ºs 88/GVMJM/12 de 24.04.2012 e 139/GVMJM/12, de 05.07.2012;
- 3.ª Tal obrigação não pode resultar de uma aplicação retroactiva da Lei n.º 61/2011 e a integração do tipo de ilícito p. e p. no artigo 66.º, n.º 1, alínea b) da LOPTC por aplicação do artigo 47.º, n.º 2 da mesma lei na redacção dada pela Lei n.º 61/2011 importa uma violação do princípio da legalidade penal, no segmento em que o mesmo consagra a proibição da retroactividade da lei criminalizadora (artigo 29.º, n.º 1 da Constituição);
- 4.ª Neste contexto, é irrelevante o alargamento do prazo de remessa dos documentos, uma vez que o mesmo coincide com o alargamento do universo de actos e contratos sujeitos a fiscalização prévia, concomitante e sucessiva, em virtude da revisão dos artigos 46.º e 47.º da LOPTC operada pela Lei n.º 61/2011;
- 5.ª Consequentemente, a sentença recorrida violou o artigo 3.º da Lei n.º 61/2011 e o princípio da proibição da aplicação retroactiva de normas de conteúdo sancionatório constante do artigo 29.º, n.º 1 da Constituição.
- 6.ª A sentença recorrida violou igualmente o artigo 66.º, n.º 1, alínea b) da LOPTC,



Tribunal de Contas

- uma vez que o artigo 47.º, n.º 1, alínea *d*) da LOPTC, na redacção anterior à Lei n.º 61/2011, não determinava a remessa obrigatória dos documentos remetidos ao Tribunal de Contas a coberto dos ofícios n.ºs 88/GVMJM/12 de 24.04.2012 e 139/GVMJM/12, de 05.07.2012, a qual apenas decorre da nova redacção dada a essa disposição legal pela já mencionada Lei n.º 61/2011;
- 7.^a Além disso, devido à desnecessidade de redução a escrito resultante do artigo 376.º do CCP e à inaplicabilidade ao caso do artigo 311.º do CCP, que remete para os fundamentos de modificação objectiva do contrato previstos no artigo 312.º do mesmo Código, não existia qualquer obrigação legal de remessa ao Tribunal de Contas da documentação relativa ao suprimento de erros e omissões na empreitada relativa à "Construção do Jardim de Infância Anexo à EB1 n.º 101, em Alvalade", uma vez que nunca chegou a ser celebrado qualquer contrato adicional ou qualquer modificação objectiva do contrato,
- 8.^a A sentença recorrida violou o artigo 66.º, n.º 1, alínea *b*) da LOPTC, por falta de norma legal que determinasse a remessa obrigatória dos referidos documentos, não sendo aplicável a nova redacção dada ao artigo 47.º da LOPTC pela já mencionada Lei n.º 61/2011;
- 9.^a Faltam, por isso, os pressupostos objectivos de punibilidade;
- 10.^a Faltam também os pressupostos subjectivos de punibilidade, uma vez que o artigo 66.º da LOPTC, ao prever a responsabilidade sancionatória por infracções não financeiras, não dispensa a demonstração da existência de culpa com o sentido de menor diligência ou de infracção de deveres de cuidado próprios do exercício de competências funcionais;
- 11.^a No plano específico da culpa, é, por demais evidente, face a factualidade alegada e provada *supra* no n.º 8 das presentes alegações, que não são imputáveis à Demandada, ora Recorrente, os problemas emergentes da omissão dos painéis solares no mapa dos trabalhos e a forma como os serviços responsáveis pela obra procuraram regularizar, muito depois dos trabalhos executados, a questão da responsabilidade do empreiteiro, pelo que não estão preenchidos os pressupostos subjectivos da imputação de um ilícito disciplinar ou processual à Demandada, ora Recorrente, como o previsto e punido no artigo 66.º, n.º 1, alínea *b*) da LOPTC;
- 12.^a A sentença recorrida violou o artigo 65.º, n.º 8 da LOPTC, por ter configurado o não preenchimento dos respectivos pressupostos a partir de processos pendentes em que não foi proferida qualquer decisão condenatória

Termos em que, com o duto suprimento de V. Exas. que se pede e espera, deverá o presente recurso ser julgado procedente por provado e, em consequência, revogada a sentença recorrida e absolvida a Recorrente da prática de uma infracção não financeira punida com multa, a título de negligência, assim se fazendo Justiça!

**

No seu parecer, o MP conclui, em síntese, no sentido do provimento do recurso.

Obtidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.



Tribunal de Contas

II – FUNDAMENTAÇÃO

A – Os factos

1. Em 16.10.2009, ocorreu a consignação da empreitada para construção do Jardim de Infância Anexo à EB1 n.º 101, em Alvalade - Lisboa, no montante de € 600.476,84 [s/IVA], sendo que o prazo de execução se estendia por 200 dias e a que acrescem 365 dias de manutenção.

2. A documentação [não inclui qualquer instrumento contratual, por não celebração de contrato escrito] relativa a trabalhos adicionais realizados sobre a referida empreitada e identificados como suprimento de "erros e omissões", no montante de € 3.748,61, foi remetida ao Tribunal de Contas em 24.04.2012 e 05.07.2012.

A execução destes trabalhos [adicionais] teve início em, pelo menos, 04.06.2010.

3. Atenta a data de remessa daquela documentação ao Tribunal de Contas e o estabelecido para tal no art.º 47.º, n.º 2, da L.O.P.T.C. [já na redacção introduzida pelas Leis n.º 48/2006, de 29.08 e 61/2011, de 07.12], verifica-se que o prazo de envio foi excedido em 415 dias.

4. Ocorrendo indícios de que a referida documentação reportada a trabalhos adicionais e realizados na sequência de erros e omissões teria sido remetida em infracção ao prazo estabelecido no art.º 47.º, n.º 2, da L.O.P. T.C., procedeu-se à notificação de Maria João Sanches Azevedo Mendes, na condição de vereadora da Câmara Municipal de Lisboa, para se pronunciar sobre tal matéria.

A propósito, a demandada alegou, com relevância, o seguinte:

"(...) 1. (...) *apurou-se que os mencionados trabalhos adicionais foram autorizados por deliberação da CML, de 11 de abril de 2012, tomada sobre a Proposta n.º 175/2012, e que não foi formalizado o contrato relativo à modificação objetiva do contrato de "Empreitada n.º 165/DMPO/DCCE/DPOME/2008 - Construção do jardim de infância anexo à EB 1, n.º 101, Alvalade, sita na Rua Moura Girão", em virtude de a adjudicatária não ter apresentado os documentos habilitantes no prazo legal e Municipal de Lisboa na signatária - Vereadora com o pelouro das Finanças - compete-lhe, efetivamente, "Remeter, atempadamente, ao Tribunal de Contas os documentos que careçam da respetiva apreciação".*

5. *Acresce que, nos termos da alínea a) do n.º 1 do Ponto G do mesmo despacho compete, igualmente, à signatária a prática dos atos administrativos, incluindo a decisão final, e a gestão dos assuntos que se encontram atribuídos na Orgânica dos Serviços da CML, nomeadamente, à Direção Municipal de Finanças, à exceção da Divisão de Administração do Património Imobiliário, conforme o Despacho n.º 3683/2011, publicado na 2ª Série do "Diário da República", de 24 de fevereiro de 2011.*

6. Assim sendo, é da ora signatária a competência, âmbito do Departamento de Apoio à Atividade Tributária, serviço que se integra na Direção Municipal de Finanças, para "Coordenar as ações inerentes ao relacionamento do Município com o Tribunal de Contas em matéria de fiscalização prévia, sucessiva e concomitante, centralizando a verificação dos processos de contratação de despesa a submeter a



Tribunal de Contas

visto e assegurando o suporte informativo necessário à correcta aplicação pelos serviços municipais da correspondente legislação e conjunto de normas disciplinadoras".

- 7. Constava, ainda, da alínea b) do n.º 4 do Ponto G do mesmo despacho de delegação de competências, na versão anterior à resultante do Despacho n.º 98/P/2012, de 12 de dezembro, que competia, igualmente, à signatária "Planear e promover obras em edifícios municipais, de forma coordenada com o Vereador com competência no âmbito das Obras Municipais, bem como com o Vereador na área da Conservação e Reabilitação Urbana, quando aqueles se situem em áreas consolidadas e as obras excedam a mera conservação ordinária".*
- 8. O mesmo já sucedia nos termos da versão inicial do Despacho n.º 1661PI2009, de 12 de novembro (. . .) de acordo com o respetivo Ponto G, n.ºs 1 e 2, alínea c), e n.º 4, alínea e), em conjugação com a Orgânica dos Serviços Municipais, publicada no Apêndice n.º 148-A da 2ª Série do "Diário da República", de 23 de novembro de 2011, em vigor aquando da execução dos trabalhos adicionais em causa.*
- 9. Na sequência das alterações introduzidas pelo Despacho n.º 981PI2012 no Despacho n.º 1661PI2009, a competência referida na respetiva alínea b) do n.º 4 do ponto G foi revogada, deixando a competência, na mesma prevista, de estar cometida à signatária da presente.*
- 10. Contudo, cabe, nos termos da orgânica municipal, aos diversos serviços a instrução e a verificação de todas as formalidades legais dos processos e a respetiva remessa, em tempo útil, ao Departamento de Apoio à Atividade Tributária da Direção Municipal de Finanças, para que este, centralizando as relações com o Tribunal de Contas, lhe possa remeter, dentro dos prazos legais, a documentação relevante que careça de apreciação.*
- 11. Ora, na situação em apreço, à data do começo e ao longo da execução dos trabalhos em causa, eram os serviços da Direção Municipal de Projetos e Obras que estavam incumbidos da preparação da documentação a remeter ao Tribunal de Contas, nos termos dos 3 e 4 do Ponto B do despacho n.º 731PI2010, aditado pelo Despacho n.º 1691PI2010 (. . .).*
- 12. Até aos dias 23-04-2012 e 05-04-2012, não foi rececionada, quer no Gabinete da ora signatária, quer em qualquer outra unidade orgânica dependente da sua gestão, qualquer documentação para posterior remessa ao Tribunal de Contas.*
- 13. Tendo em atenção as competências, acima referidas, a signatária, no âmbito do*



Tribunal de Contas

esforço concertado, que tem vindo a ser desenvolvido, entre o pelouro das Finanças e o pelouro das Obras Municipais, tendo em vista o estrito cumprimento dos prazos de remessa de documentos a esse Tribunal, obteve os esclarecimentos que seguem por parte daquele pelouro.

- 14. Após a aprovação pelo plenário da CML da Proposta n.º 175/2012, foi a adjudicatária, a empresa "Temudo - Sociedade de Administração de Propriedades, Lda.", notificada, em 19 de abril de 2012, para entregar a documentação necessária à formalização dos trabalhos adicionais em questão.*
- 15. Em 23 de abril de 2012, a adjudicatária, mediante fax, informou que não concordava com o valor aprovado, tendo sido, posteriormente, via telefone, prestados pelos serviços da DMPO os esclarecimentos relativos à razão de ser do referido valor; não obstante isso, a adjudicatária não se manifestou sobre esse assunto.*
- 16. Consequentemente, os serviços da Direção Municipal de Projetos e Obras, através de fax datado de 8 de maio de 2012, solicitaram, de novo, a documentação necessária à formalização dos mencionados trabalhos adicionais.*
- 17. Uma vez que, até 4 de junho de 2012, não tinha ocorrido qualquer resposta por parte da adjudicatária, os serviços informaram-na que iriam dar conhecimento da situação em causa ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., tendo sido feita a referida comunicação a este organismo no dia 28 do mesmo mês.*
- 18. Mais informam os serviços da Direção Municipal de Projetos e Obras que, até à presente data, a adjudicatária não mais se pronunciou sobre a formalização dos trabalhos adicionais em questão, não tendo sido, consequentemente, outorgado qualquer contrato relativamente aos mesmos.*
- 19. Apurou-se, ainda, que foi declarada a insolvência da adjudicatária em 21 de junho de 2012, correndo o respetivo processo no 2º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, com o número 297/12.3 TYLSB.*
- 20. De qualquer modo, face à impossibilidade - tal como já demonstrada na pronúncia proferida pela signatária no âmbito do Processo Autónomo de Multa n.º 27/2012 - 1ª S - de se celebrar os contratos relativos aos adicionais no prazo, anteriormente, de 15 dias, e, atualmente, de 60 dias após o início da sua execução, os serviços da Direção Municipal de Projetos e Obras têm procedido à contagem do prazo de remessa dos mesmos ao Tribunal de Contas apenas a partir da data da respetiva celebração, sem prejuízo do envio a este Tribunal de cópia da autorização para execução dos trabalhos que, posteriormente, irão originar a formalização de um adicional à empreitada.*
- 21. Tratando-se de trabalhos que, por definição, são indispensáveis à correta execução ou conclusão dos contratos iniciais, o retardamento do início da sua execução põe em causa o regular andamento da empreitada com todas as consequências que daí advêm, nomeadamente, no que diz respeito à possibilidade de o empreiteiro vir reclamar compensações a título indemnizatório, fundado no princípio do equilíbrio financeiro dos contratos, causando-se, assim, graves*



- prejuízos ao erário público.*
22. *Na verdade, esta orientação, seguida pelos serviços do pelouro das Obras Municipais, tem subjacente que, não obstante não poder "ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso" (art. ° 9º, n.º 2 do Código Civil), "Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados." (n.º 3 da mesma disposição legal).*
23. *De facto, ajusta-se melhor à realidade, pois, certamente, o Legislador não pretendeu criar uma norma, a maior parte das vezes, inexecutável, e conducente a inúmeras situações de incumprimento, posteriormente originadoras de responsabilidade financeira sancionatória.*
24. *Porém, no caso em apreço, como já acima se referiu, por circunstâncias imputáveis à adjudicatária, não chegou a ocorrer a outorga de qualquer contrato relativamente aos trabalhos adicionais em questão.*
25. *Sendo o pelouro das Finanças responsável pela coordenação e centralização das diversas ações de relacionamento do Município com o Tribunal de Contas, tem o mesmo diligenciado, junto do pelouro das Obras Municipais, no sentido do estrito cumprimento da lei, designadamente, no que concerne à observância dos prazos de remessa de documentos para aquele Tribunal.*
26. *Importa, no entanto, reconhecer o esforço, considerável, feito pelos serviços do pelouro das Obras Municipais, na sequência das diversas advertências efetuadas pelo pelouro das Finanças, no sentido de se encurtar, o bastante, os tempos de tramitação dos processos, que originem contratos adicionais, relativamente ao início da execução dos trabalhos respetivos.*
27. *Com efeito, compete ao pelouro das Obras Municipais a prática dos actos administrativos, incluindo a decisão final e a gestão dos assuntos que se encontram atribuídos na Orgânica dos Serviços da CML, à Direção Municipal de Projetos e Obras.*
28. *Nestes termos, encontram-se atribuídas ao pelouro das Obras Municipais as competências, nomeadamente, para propor à CML ou, caso se enquadre no limite de valor previsto na delegação e subdelegação de competências do Senhor Presidente, para tomar a decisão de contratar, de aprovar Programas de Concursos, Cadernos de Encargos e de adjudicar empreitadas de obras públicas, e de elaborar projetos, executar e fiscalizar todas as obras a desenvolver pelo Município de Lisboa.*
29. *Nesta conformidade, sob pena de invasão da esfera de competências do pelouro das Obras Municipais, a signatária não deve, nem poderia exercer, relativamente aos referidos trabalhos adicionais, quaisquer poderes de direção e/ou supervisão sobre a Direção Municipal de Projetos e Obras.*
30. *No entanto, a signatária da presente, na sequência dos esclarecimentos prestados pelos serviços do pelouro das Obras Municipais, não pode deixar de reconhecer a enorme dificuldade que os mesmos terão em formalizar os adicionais nos termos de uma interpretação, distinta daquela que até agora vem adotando, dos preceitos*



legais, atendendo aos procedimentos e vicissitudes a que, invariavelmente, estão sujeitos os processos relativos à formalização de trabalhos a mais e trabalhos de suprimento de erros e omissões, face ao quadro legal aplicável, e sem pôr em causa o regular andamento da execução da empreitada e a verificação cautelosa dos pressupostos factuais e legais que estão na base de cada adicional.

31. *Acresce que (. . .) o conhecimento pelo Legislador da existência de tais dificuldades não pode ter deixado de estar subjacente à alteração do prazo previsto no n.º 2 do art.º 47º da LOPTC, de 15 para 60 dias, não obstante, face à realidade, em concreto, este último ainda se revelar insuficiente.*

32. *No entanto, tendo sido desenvolvidos os procedimentos necessários, por circunstâncias imputáveis à adjudicatária, não ocorreu a outorga de qualquer contrato relativo aos trabalhos adicionais em questão.*

Termina, advogando a impossibilidade de lhe ser imputada qualquer infracção indutora de responsabilidade sancionatória.

5. Não consta que a demandada - Maria João Sanches Azevedo Mendes -, vereadora da Câmara Municipal de Lisboa, em tempo anterior à data da ocorrência do presente incumprimento do prazo estabelecido no citado art.º 47.º, n.º 2, da Lei n.º 98/97, tenha sido objecto de condenação, relevação de responsabilidade ou extinção de procedimento em razão do cometimento de infracção de idêntica natureza.

Porém, e acentue-se, contra a demandada correm termos neste Tribunal os processos autónomos de multa n.ºs 27/2012, 1/2013, 3/2013 e 4/2013, os quais versam infracção idêntica àquela que é objecto de conhecimento no presente processo [a prevista no art.º 66.º, n.º 1, al. b), da *L.O.P.T.C.*, e por incumprimento do prazo estabelecido no art.º 47.º, n.º 2, do mesmo diploma legal].

**

B – O direito

O objecto do recurso é delimitado pelas conclusões das alegações do recorrente, nos termos dos art.ºs 684.º, n.º 3, e 685.º-A, n.ºs 1 e 2, ou, após a reforma introduzida pela Lei 41/2013, de 26 de Junho, art.ºs 635.º 639.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil (CPC). No caso dos autos, a recorrente impugna a fixação da matéria de facto provada e a aplicação retroactiva de lei e a violação dos art.ºs 66.º, n.º 1, al. b), e 65.º, n.º 8 da LOPTC.

1. Aditamento à matéria de facto.

A recorrente entende que devem ser aditados à matéria de facto provada os factos alegados sob as alíneas A) a DD) do número 8 das suas alegações, que são os seguintes:

A) A empreitada de "Construção do Jardim de Infância Anexo à EBI n.º 101, Alvalade" foi concluída em 3 de Junho de 2010, teve receção provisória em 31 de Agosto de 2010 e conta final em 21 de Outubro de 2010 (cf. INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012, p. 3);

B) Através do despacho exarado em 22/04/2010 sobre a informação n.º 186/DFOME/10,



Tribunal de Contas

- o Diretor Municipal de Projetos e Obras autorizou o fornecimento e montagem de painéis solares e respetiva manutenção (cf. INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012, p. 4 e INF/238/DEPS/12, de 30/01/2012);
- C) A contribuição de painéis solares para o aquecimento de AQS estava prevista no projeto de comportamento térmico, mas a sua aplicação não constava do mapa de trabalhos submetido a concurso (INF/1849/DEPS/11, de 06/12/2011 e INF/238/DEPS/12, de 30/01/2012);
- D) O fornecimento e montagem dos painéis solares e respetiva manutenção correspondem a trabalhos cuja execução é legalmente exigida e indispensável à certificação energética do edifício (INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012, p. 4);
- E) O Departamento de Construção e Conservação de Equipamentos (DCCE) solicitou através da Informação n.º 324/DCCE/10 de 23/07/2010 a Modificação Objetiva do Contrato de Empreitada (MOC) devido ao fornecimento e montagem dos painéis solares e respetiva manutenção (INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012, p. 4 e INF/238/DEPS/12, de 30/01/2012);
- F) Este pedido de MOC foi apreciado pela INF/238/DEPS/12, de 30/01/2012, que concluiu que «da execução dos trabalhos resulta um encargo de 7.497,22 € + IVA» e que «o empreiteiro deverá assumir 50 desses encargos», pelo que «a verba a suportar pela CML totaliza 3.748,61 € + IVA» (cf. INF/238/DEPS/12, p. 4 e INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012);
- G) Por fax n.º 546/DEPS/11 de 15/11/2011 dirigido ao Empreiteiro TEMUNDO - Sociedade de Administração de Propriedades, Lda. (TEMUNDO) praticamente 13 meses após a receção provisória da obra, foi o mesmo informado ser intenção do Departamento de Empreitadas, Prevenção e Segurança (DEPS) «submeter à decisão da entidade com competência para o efeito a aprovação da Iª Modificação Objectiva do Contrato, relativa à execução de trabalhos para suprimento de erros e omissões, pelo montante de €7.497,22, da qual 3 resulta para a CML um encargo de 50 desse valor, ou seja, o pagamento a V. Exas. da verba de €3.748,61 + IVA à taxa legal em vigor» (expediente enviado a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012);
- H) Os trabalhos em causa dizem respeito ao fornecimento e montagem de painéis solares e respetiva manutenção (INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012, p. 4);
- I) O Empreiteiro TEMUNDO respondeu ao fax n.º 546/DEPS/11 em 23/11/2011 informando que discordava por razões que oportunamente apresentaria (Fax n.º 97/2011 enviado a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012);
- J) Por fax n.º RO-099/2011, de 25 de Novembro de 2011, o Empreiteiro TEMUNDO veio rejeitar qualquer responsabilidade pela circunstância de não estar previsto no projeto de execução das instalações AVAC «a instalação de qualquer sistema de colectores solares térmicos» argumentando que os «equipamentos definidos no sistema Avac posto a concurso (...), não são adequados para numa eventualidade futura se associarem a um sistema de colectores solares térmicos» e que só em reunião de obra realizada em **04/05/2010** é que foi informado «da solução adotada pelo dono de obra - Solução 1, não tendo esta empresa sido colocada perante o facto agora levantado para a regularização da situação após decorridos 14 meses do trabalho efectuado» (d. INF/1849/DEPM/11, de 06/12/2011 enviada a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012).



Tribunal de Contas

- K) No mesmo fax o Empreiteiro TEMUNDO confirma que executou os trabalhos em causa e manifesta o seu descontentamento «pelo facto de volvidos mais de 1 ano após terem sido por nós executados os trabalhos em causa, e de todo este período nada V. Exas., terem feito ou informado sobre o presente assunto, sendo que a complacência que tivemos até à presente data pela não formalização e consequente pagamento dos trabalhos em causa, tivesse agora sido premiada 14 meses depois, com este atropelo à legislação aplicável em nosso prejuízo, no qual V. Exas pretendem vir a locupletar-se indevidamente de um benefício que em rigor a lei não vos confere» (idem).
- L) Esta argumentação não foi aceite pelo DEPS que, através da INF/1849/DEPM/11, de 06/12/2011 (enviada a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012) manteve o entendimento de que «as omissões que estão na origem da necessidade de se proceder à execução dos trabalhos incluídos na la Modificação Objectiva do Contrato eram detectáveis em fase de formação do contrato pelo que, nos termos dos n.ºs 3 e 5 do artigo 378.º do CCP, o empreiteiro deve assumir 50 do preço dos "trabalhos de suprimentos, erros e omissões"».
- M) Consequentemente, a reclamação apresentada pelo empreiteiro em sede de audição prévia (fax n.º RO-099/2011 de 25 de Novembro de 2011) foi indeferida em 12/12/2011 por Despacho da Diretora Municipal de Projetos e Obras, exarado sobre a referida INF/1849/DEPM/11 (enviada a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012) - d. INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012, p. 6 e preâmbulo da proposta n.º 175/2012 (enviada a coberto do ofício n.º 88/GVMJM/12 de 24.04.2012).
- N) Por fax n.º 645/DEPS/11 de 20/12/2011 dirigido ao Empreiteiro TEMUNDO, foi o mesmo informado que «foi indeferida a Vossa reclamação relativa à decisão sobre o regime de 4 responsabilidade de encargos aplicável aos trabalhos para suprimento de erros e omissões a que se refere a 1.ª Modificação Objectiva do Contrato, pelo que será submetida à entidade com competência para o efeito a decisão de aprovar a presente MOC pelo montante de 3.748,61 € + IV A à taxa legal em vigor» (enviado a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012;
- O) Em resposta, por fax n.º RO-102/2011, de 26 de Dezembro de 2011, o Empreiteiro TEMUNDO veio declarar não aceitar «a posição manifestada por V.Exas. pelo que nessa medida, cumpre-nos apenas reiterar o conteúdo da nossa exposição remetida por intermédio do n/Fax supra identificado [Fax ref.ª 099/2011]» (enviado a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012;
- P) De acordo com a INF/238/DEPS/12, de 30/01/2012 (enviada a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012) o valor da MOC é de 7.497,22€, corresponde a 1,46 do valor da adjudicação e situa-se no limite de 50 imposto pela alínea d) do n.º 2 do artigo 370.º do CCP, bem como pelo n.º 3 do artigo 376.º do mesmo diploma (d. INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012, p. 6 e preâmbulo da proposta n.º 175/2012, enviada a coberto do ofício n.º 88/GVMJM/12 de 24.04.2012);
- Q) Atendendo às circunstâncias e aos fundamentos que estiveram na origem da necessidade de se proceder à sua execução, os trabalhos de fornecimento e montagem de painéis solares e respetiva manutenção - que constituem a 1.ª Modificação Objetiva do Contrato - foram qualificados como «trabalhos de suprimento de erros e omissões» nos termos dos artigos 61.º, 370.º, n.º 4 e 376.9 a 378.9 do CCP (d. INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012, p. 4 e preâmbulo da proposta n.º 175/2012, enviada a coberto do ofício n.º 88/GVMJM/12 de



Tribunal de Contas

24.04.2012);

- R) Tendo em conta a qualificação daqueles trabalhos como «suprimento de erros e omissões», foi considerado que as omissões do projeto de execução eram detetáveis na fase de formação de contrato pelo que, atendendo ao estabelecido nos n.ºs 3 e 5 do artigo 378.º do CCP, o empreiteiro foi considerado responsável pelos encargos correspondentes a 50 do preço dos trabalhos em causa (d. INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012, p. 4 e preâmbulo da proposta n.º 175/2012, enviada a coberto do ofício n.º 88/GVMJM/12 de 24.04.2012);
- 5) Em conformidade com o enquadramento orçamental, foi proposto que o encargo emergente da MOC fosse considerado na Orgânica N18.01, na Rubrica 07.01.03.01.02 da Ação do Plano: C2.01.POO1.09, do projeto «JI da EB 1 n.º 101 - Alvalade», conforme documento de cabimento n.º 5312000402/001 (cf. INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012, pp. 6-7, preâmbulo da proposta n.º 175/2012 e documento de cabimento n.º 5312000402/001, enviados a coberto do ofício n.º 88/GVMJM/12 de 24.04.2012);
- T) Entendeu-se igualmente que a formalização da MOC obedece às disposições previstas no n.º 1 do artigo 98.º do CCP e na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 311.º do mesmo diploma, daí decorrendo, designadamente, a necessidade da sua redução a escrito, tendo para o efeito sido elaborada a correspondente minuta, aprovada pela deliberação da Câmara Municipal de Lisboa n.º 175/2012, de 11 de Abril de 2012 (cf. INF/565/DEPS/12, de 20/03/2012, pp. 6-7, proposta n.º 175/2012 e ata em minuta enviados a coberto do ofício n.º 88/GVMJM/12 de 24.04.2012);
- U) Por deliberação da Câmara Municipal de Lisboa de 11 de Abril de 2012 (proposta n.º 175/2012) foi aprovada a 1.ª MOC da empreitada de "Construção do Jardim de Infância Anexo à EB1 n.º 101, Alvalade" (Processo n.º 0015/AD/DEPSO/ND/2008), sendo o preço contratual aumentado em € 3.748,61, passando a ser de € 604.225,45, acrescido de IVA à taxa legal em vigor (cf. proposta n.º 175/2012 e ata em minuta enviados a coberto do ofício n.º 88/GVMJM/12 de 24.04.2012);
- V) Por fax n.º 415/DEPS/12 de 19/04/2012 dirigido ao Empreiteiro TEMUNDO, o mesmo foi informado do teor deliberação da Câmara Municipal de Lisboa referida em "U" e convidado, no prazo de 10 dias, «a proceder à substituição ou averbamento da caução já prestada, no montante de € 187,43, correspondente a 5% do preço contratual excluído de IVA» (enviado a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012);
- W) No mesmo fax o Empreiteiro TEMUNDO era igualmente convidado, «em caso de concordância com a minuta de contrato anexa e com vista à celebração do contrato de modificação objectiva em causa» a apresentar o conjunto de documentos aí referidos;
- V) Por fax com a ref.ª NA-51/2012, de 23.04.2012, veio o Empreiteiro TEMUNDO acusar a receção do fax referido em "V" e declarar «que esta empresa não concorda com a minuta de contrato apresentada, nomeadamente com o valor de adjudicação nela inscrito», reiterando a sua «não aceitação deste valor de trabalhos» (enviado a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012);
- W) Por fax n.º 900/2012, de 27.04.2012, o Departamento de Controlo Concomitante do Tribunal de Contas (DCC) acusa a receção do ofício n.º 88/GVMJM/12 de 24.04.2012 e, observando o facto de o mesmo não se fazer acompanhar de qualquer instrumento contratual,



Tribunal de Contas

comunica ao Presidente da Câmara Municipal de Lisboa a necessidade de se «remeter o respetivo contrato adicional», bem como os restantes documentos instrutórios nos termos da Resolução do Tribunal de Contas n.º 1/2009;

- X) Por fax n.º 588/DEPS/12 de 08/05/2012 dirigido ao Empreiteiro TEMUNDO, é feita referência a contatos telefónicos e reiterado o teor da comunicação constante do fax n.º 415/DEPS/12 de 19/04/2012, sendo solicitados, de novo, ao Empreiteiro, os documentos e a caução (enviado a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012);
- AA) O Empreiteiro TEMUNDO não respondeu a este fax de 08/05/2012 e, em 04/06/2012, é-lhe enviado o ofício n.º OFC/587/DEPS/12, em que, mais uma vez, se solicita a apresentação da documentação referida no fax n.º 415/DEPS/12 de 19/04/2012, dando-se indicação de que, na falta de apresentação dessa documentação, será dado conhecimento ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P. (enviado a coberto do ofício n.º 139/GVMJM/12, de 05.07.2012);
- BB) Em 28 de Junho de 2012 foi comunicada ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., a falta de apresentação pelo Empreiteiro dos documentos e caução necessários à formalização da 1.ª MOC ao contrato de empreitada de "Construção do Jardim de Infância Anexo à EBI n.º 101, Alvalade" (cf. n.º 17 do contraditório apresentado pela ora Recorrente, transcrito sob o n.º 4 da sentença recorrida);
- CC) Adjudicatária não mais se pronunciou sobre a formalização do adicional em questão, não tendo sido, conseqüentemente, outorgado qualquer contrato de modificação objectiva do contrato de empreitada (cf. n.º 18 do contraditório apresentado pela ora Recorrente, transcrito sob o n.º 4 da sentença recorrida);
- DD) Foi declarada a insolvência da adjudicatária em 21 de junho de 2012, correndo o respetivo processo no 2º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, com o número 297/12.3TYLSB (cf. n.º 19 do contraditório apresentado pela ora Recorrente, transcrito sob o n.º 4 da sentença recorrida).

Esta matéria encontra-se documentada nos autos, designadamente de fls. 9 a 37, e o MP, no seu douto parecer não só não a impugnou, como declarou nada ter a opor ao seu aditamento aos factos dados como provados na sentença recorrida.

O interesse desta factualidade prende-se essencialmente com a apreciação da culpa, já que a recorrente nem sequer admite ter actuado com negligência. Deste modo, e nos termos do art.º 431.º do CPP, adita-se aos factos provados a matéria das alíneas A) a DD) supra.

2. Aplicação retroactiva da Lei n.º 61/2011, de 7 de Dezembro

Queixa-se a recorrente de, tratando-se de trabalhos de suprimento de erros e omissões, lhe ter sido aplicado indevidamente o disposto no art.º 47.º, n.º 2, da LOPTC, com a redacção introduzida pelo Lei n.º 61/2011.

Na redacção anterior a esta alteração, aquele n.º 2 rezava assim: “Os contratos referidos na alínea d) do número anterior (contratos adicionais aos contratos visados)



Tribunal de Contas

são remetidos ao Tribunal de Contas no prazo de 15 dias a contar do início da execução”

A mesma lei de 7 de Dezembro de 2011 alterou também a al. d) do n.º 1, do citado art.º 47.º, que passou a excluir da fiscalização prévia: “Os actos ou contratos que, no âmbito das empreitadas de obras públicas já visadas, titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros ou omissões, os quais ficam sujeitos a fiscalização concomitante e sucessiva”.

Por sua vez, o novo n.º 2 do mesmo artigo passou a impor a remessa a este Tribunal, em 60 dias, dos actos, contratos ou documentação referidos supra na transcrita al. d).

Apesar de reconhecer que a factualidade em apreço teve lugar antes da publicação da lei nova, a sentença recorrida aplicou esta última por a considerar mais favorável à demandada, louvando-se nos art.ºs 2.º do Código Penal e 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP), e ainda na anotação dos professores Gomes Canotilho e Vital Moreira. Para o efeito, teve-se em conta que ao alargar para 60 dias o prazo para a remessa de actos, contratos e documentação ao Tribunal de Contas, em comparação com os 15 dias da redacção anterior, o novo regime é mais favorável e, por conseguinte, deveria ser aplicado.

Acontece, porém, que a nova redacção, antes de alargar o prazo, ampliou o objecto da obrigação de remessa documental. Enquanto pelo anterior dispositivo da al. d) do n.º 1, e do n.º 2, do citado art.º 47.º, a demandada só estava obrigada a remeter os contratos adicionais – que devem ser formalizados por escrito -, pela nova redacção está obrigada a enviar muito mais, ou seja: *os actos, contratos ou documentação que, no âmbito das empreitadas de obras públicas já visadas, titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros ou omissões, os quais ficam sujeitos a fiscalização concomitante e sucessiva.*

Com efeito, segundo o artigo 375.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), definidos todos os termos e condições a que deve obedecer a execução dos trabalhos a mais, o dono da obra e o empreiteiro devem proceder à respectiva formalização por escrito. Já no que aos trabalhos de **suprimento de erros e omissões** diz respeito, por força do disposto no artigo 376.º, n.º 1, do CCP, o empreiteiro tem a obrigação de executar todos os que lhe sejam ordenados pelo dono da obra, o qual deve entregar àquele todos os elementos necessários para esse efeito, salvo quando o empreiteiro



Tribunal de Contas

tenha a obrigação pré-contratual ou contratual de elaborar o programa ou o projecto de execução. Salvo quando o empreiteiro tenha a obrigação de elaborar o projecto de execução, o dono da obra deve entregar ao empreiteiro todos os elementos necessários à realização dos trabalhos referidos no número anterior (n.º 2).

Deste modo, e tendo em consideração também o art.º 377.º, do CCP, ao contrário do que é exigido para os trabalhos a mais, quando se trata de **suprimento de erros e omissões** a lei não exige formalização de um contrato adicional por escrito e, por isso, neste caso, também não existia, face à lei antiga, a obrigação de remessa de contrato ou documentos atinentes a esta modalidade de trabalhos.

A nova lei impõe uma obrigação de conteúdo mais abrangente em relação à prevista na lei precedente. Isto porque, *in casu*, está assente que os trabalhos adicionais consistiram na supressão de erros e omissões, cuja execução, repete-se, teve lugar antes da vigência da nova lei, sendo certo que a anterior, neste conspecto, não exigia a redução a escrito nem ao envio de documentação ao Tribunal de Contas.

Portanto, ao aplicar a nova lei, a douda sentença recorrida impõe uma obrigação que não existia à data dos factos em causa e, como tal imposição não foi cumprida, dá por cometida uma infracção e aplica uma sanção não contempladas em lei anterior, o que constitui afronta ao princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege praevia* e *nulla poena sine lege praevia*) e ao princípio da irretroactividade da lei mais desfavorável ao arguido (art.ºs 1.º e 2.º do CP, aplicáveis *bonam partem*).

É certo que a Lei n.º 61/2011 alargou o prazo de envio dos documentos que agora manda remeter ao Tribunal de Contas. Todavia, a busca pela lei mais favorável tem de se apoiar numa comparação do regime jurídico consagrado pela lei antiga com o fixado pela lei nova, devendo aplicar-se em bloco o que concretamente se mostre mais favorável ao agente (cf. Maia Gonçalves, *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 55-57, anotação n.º 5). Nesta conformidade, o regime concretamente mais favorável à recorrente é o da lei anterior, que era menos exigente, não impondo sequer a obrigação de enviar contrato ou qualquer outra documentação ao Tribunal de Contas, relativamente a trabalhos de suprimento de erros e omissões.

Por consequência, não existindo, à data dos factos, a obrigação de a recorrente enviar a este Tribunal a documentação relativa ao suprimento de erros e omissões, por tal



Tribunal de Contas

não se encontrar previsto na lei então aplicável – o n.º 2 do art.º 47.º da LOPTC com a redacção anterior à alteração introduzida pela Lei n.º 61/2011, de 7 de Dezembro -, verifica-se que na douda sentença se condenou e aplicou a multa, em violação do disposto no art.º 66.º, n.º al. b), da LOPTC.

Ora, não se mostrando preenchido o tipo objectivo de infracção imputado à demandada, resulta prejudicada a apreciação das restantes questões suscitadas no recurso: a culpa e a pretendida relevação da responsabilidade.

III – DECISÃO

Pelo exposto, não se provando a prática de qualquer infracção, julga-se procedente o recurso, revoga-se a sentença recorrida e absolve-se a recorrente Maria João Sanches de Azevedo Mendes.

Não são devidos emolumentos, nos termos dos art.ºs 17.º, n.º 2, e 20.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio.

Registe e notifique.

Lisboa, 08 de janeiro de 2014,

Os Juízes Conselheiros

João Aveiro Pereira (relator)

Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes

Helena Maria Ferreira Lopes