



Mantido pelo acórdão nº 25/03, de 24/06/03, proferido no recurso nº 11/03

Acórdão nº7 /03 – 22.Jan.03 – 1ªS/SS

Processo nº 3161/02

A Câmara Municipal de Matosinhos submeteu a fiscalização prévia a minuta de um contrato de compra e venda a celebrar com “ASSIMEC – Imóveis Construções A. Silva & Silva, S.A.” e pelo qual o Município pretende adquirir, pelo montante de 573 003,03 €, os seguintes prédios:

- “- Estabelecimento na cave, destinada a prestação de serviços, ATL e Escola Primária, e outras actividades que não exijam alvará de sanidade e logradouro com a área de duzentos e cinco metros quadrados, no valor de quatrocentos e dois mil e trinta e oito euros e setenta e quatro cêntimos, sito na Rua de Recarei de Cima, n.º 152, Freguesia de Leça do Balio.
- Estabelecimento na cave, destinada a prestação de serviços, centro de dia e outras actividades que não exijam alvará de sanidade e logradouro com a área de duzentos e dez metros quadrados e sessenta decímetros quadrados, no valor de cento e setenta mil seiscentos e sessenta e quatro euros e vinte e nove cêntimos, sito na Praceta Recarei de Cima, números 106, 114 e 116, Freguesia de Leça do Balio.”

Relevam para a decisão do processo os seguintes factos:



- a) Em 9/2/1994, foi celebrado entre o Município de Matosinhos, o Instituto de Gestão e Alienação do Património Habitacional do Estado e o Instituto Nacional de Habitação um Acordo Geral de Adesão através do qual o Estado, através dos citados Institutos, colocava fundos à disposição do Município, “para a construção e/ou aquisição de 3982 fogos, no valor estimado de 28 661 140 contos”, no âmbito do Programa Especial de Realojamento nas áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto (cfr. cláusula primeira);
- b) De entre as obrigações constantes do referido documento, e a cargo do Município, contava-se a de “lançar atempadamente os respectivos concursos públicos para adjudicação das obras nos termos da legislação em vigor, por forma a que sejam cumpridos os prazos decorrentes da programação prevista neste acordo” – alínea d) da cláusula oitava;
- c) Em reunião da Câmara de 28/4/98 foram aprovados textos de “protocolos de colaboração entre a Câmara e Empresas para a aquisição de fogos no âmbito do PER” a celebrar com várias empresas, uma das quais a já referida “ASSIMEC”, do qual constava, na cláusula quarta, o seguinte:

“Poderá a Câmara, em acréscimo às habitações objecto do presente Protocolo de Acordo, vir ainda a adquirir à ASSIMEC, por preços a estabelecer, equipamento de apoio dos núcleos habitacionais, de natureza comercial, social, cultural ou lúdica, bem como espaços destinados a estacionamento, arrecadações e similares, construídos no empreendimento em causa.



Tribunal de Contas

A Câmara Municipal definirá, em atenção às necessidades das populações a realojar, os equipamentos de apoio aos núcleos habitacionais de natureza comercial, social, cultural ou lúdica a integrar no empreendimento.”

- d) Ainda do mesmo texto constava – clausula quinta, n.º 2 – que “os equipamentos de apoio, definidos pela CÂMARA MUNICIPAL DE MATOSINHOS, como necessários às populações a realojar, serão adquiridos à ASSIMEC pela CÂMARA MUNICIPAL DE MATOSINHOS, pelo valor usual para este tipo de equipamento, e acordado pelas partes”;
- e) Na versão que se presume definitiva e subscrita em 14/11/98 pelos representantes de ambas as entidades intervenientes no “protocolo de acordo de colaboração” (destinado a estabelecer entre os outorgantes as condições de compra e venda de “aproximadamente 152 fogos a edificar face à Rua de Ricarei de Cima, na freguesia de Leça do Balio”), já a referida clausula quarta dizia – cfr. n.º 1:

“ A Câmara Municipal de Matosinhos adquirirá os equipamentos de apoio ao núcleo habitacional previsto, nomeadamente:

- Estabelecimento para Actividades Económicas	400 m2
- Pré Escolar	140 m2
- ATL	300 m2
- Centro de Dia	150 m2
- Parque Infantil	50 m2
- Centro Comunitário	50 m2”

- f) Quanto ao preço de aquisição fica agora consagrado, (para além da alusão ao “valor usual” para este tipo de equipamento) que nunca



Tribunal de Contas

poderia ultrapassar “o preço definido para a construção de habitações de custos controlados”;

- g) Através de deliberação adoptada pela Câmara em 5/8/2002, o objecto deste contrato, já com preço fixado, aparece descrito da seguinte maneira:

“Fracção A do Lote 1, destinado a equipamento Creche/Pré Primária, com acesso pela Rua Recarei de Cima n.º 152, com a área coberta de 735,30 m² e um logradouro de 205,30 m² pelo montante de: $735,30 \text{ m}^2 \times 109.699\$00 = 80.661.675\$00 = 402.338.74€$;

Fracção A do Lote 13, destinado a Centro de Dia, com acessos pela Praceta Recarei de Cima n.º 106, 114 e 116, com a área de 311,90 m² e um logradouro de 210,60 m² pelo montante de: $311,90 \text{ m}^2 \times 109.699\$00 = 34.215.118\$00 = 170.664.29€$;

- h) Em resposta a pedidos de esclarecimento oportunamente formulados, foi remetida informação da Divisão de Habitação onde se refere, além do mais, ter sido negociado com o promotor “o aproveitamento das caves e Rés-do-chão dos prédios, não utilizáveis para fins habitacionais, com vista a neles instalar equipamentos sociais de apoio” (Inf. DOPC/DM de 19/12/2002);
- i) A contratação da habitação – e, portanto, também, do equipamento social ora contratado – foi precedida da publicação de anúncios na imprensa onde o Município se disponibilizava para “estabelecer parcerias com promotores particulares de habitação a custos controlados, no âmbito de Contratos de Desenvolvimento para



Tribunal de Contas

Habitação (CDH), mediante o exercício da opção de compra de fogos construídos ou a construir neste regime”;

- j) Os fogos e, bem assim, o equipamento ora contratado, não estavam construídos à data do acordo e apenas o foram posteriormente.

Começará por referir-se que o presente contrato é semelhante a alguns outros que têm vindo a ser objecto de recusa de visto por parte deste Tribunal, sendo que um deles – muito recente – se reporta a aquisição de idêntico equipamento pelo mesmo Município (cfr. Acórdão nº 100/2002, de 17 de Dezembro de 2002, proferido no processo n.º 2874/2002); e, tal como neste processo, também agora, pelas razões que se explicitarão, não poderá ser concedido o visto a esta contratação.

Para a satisfação de necessidades habitacionais da população do Município, a Câmara Municipal de Matosinhos empreendeu um processo que visava dotar determinada zona do concelho com um certo número de fogos e equipamento social adjacente.

Como parece resultar dos autos, não existiam no mercado nem os fogos nem o equipamento social de que o Município carecia, pelo que se tornou necessário proceder à respectiva construção.

É então que a Câmara Municipal celebra com a ASSIMEC um contrato (e é perante um contrato que verdadeiramente estamos no “protocolo de acordo de colaboração”) pelo qual – e no que para aqui importa – o município se comprometia a



Tribunal de Contas

adquirir uma determinada quantidade de metros quadrados de área coberta (um pouco mais de 1 000) destinada a equipamento social.

Como é óbvio, uma coisa é ir ao mercado e comprar – fogos, equipamentos, imóveis, em suma – algo já construído.

Outra coisa é escolher um empreiteiro e encomendar-lhe 150 fogos e 1000 m² de área coberta destinada a equipamento social complementar.

Neste caso, como não pode deixar de ser, a forma legal de satisfazer essa necessidade pública é através 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 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:



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 abranquido 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



Tribunal de Contas

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 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”;



Tribunal de Contas

“(…) 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).

Há assim – e de forma injustificada – clara omissão do concurso público que seria o procedimento pré-contratual adequado à salvaguarda dos interesses públicos.

Duas notas finais.

A primeira para relevar que o facto de o terreno onde veio a implantar-se a construção ser –ou vir a ser – propriedade do construtor em nada é susceptível de contrariar o que vem de afirmar-se.

Quando muito, estaríamos perante uma hipótese assimilável às do art.º 5º do Dec-Lei n.º 59/99, por poder configurar-se um contrato misto em que, além da empreitada, existiria aquisição de bens (terrenos para a edificação), mas ainda assim, sem fugir ao regime legal mais exigente – o das empreitadas.

Por outro lado, não estamos, neste processo, em sede de aquisição de habitações.



Tribunal de Contas

E, ainda que estivéssemos, não é o regime dos contratos de desenvolvimento de habitação ou dos planos especiais de realojamento que o eximiria àquela exigência procedimental como aliás resulta de expressa cláusula contratual acima transcrita – cfr. acima, alínea b) da matéria de facto.

A segunda nota é para relevar o preço adoptado para as caves ora contratadas.

Num primeiro momento, remeteu-se para o “valor usual deste tipo de equipamento e acordado pelas partes” (minutas aprovadas por deliberação da Câmara em 28/04/98). Nb “protocolo” (14/11/98), juntou-se a seguinte “limitação”: “nunca podendo ultrapassar o preço definido para a construção de habitações de custos controlados”.

Fica por explicar a remissão para o preço de habitações sendo certo que o valor que veio a ser adoptado (109 699\$00 por m²) é o do preço máximo permitido para os casos “devidamente justificados” em que os Municípios adquiram fogos de tipologia superior a T4 (Portaria n.º 1032/00, de 27/10, n.º 4º).

De qualquer forma, e por tudo quanto acima se referiu, verificou-se omissão de concurso público.

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

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



Tribunal de Contas

Termos em que vai recusado o visto.

São devidos emolumentos.

Lisboa, 22 de Janeiro de 2003.

Os Juizes Conselheiros,

(Cons. Lídio de Magalhães)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

(Cons. Pinto Almeida)

O Procurador-Geral Adjunto



Tribunal de Contas
