



ACÓRDÃO Nº 31 /03-8.JUL.03-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 9/03

(Processo nº 2864/2002)

ACÓRDÃO

A Câmara Municipal de Matosinhos interpôs recurso da decisão vertida no Acórdão n.º 6/2003, proferido no Proc.º n.º 2864/02, em que foi recusado o visto ao contrato celebrado com “SOMAGUE PMG – Promoção e Montagem de Negócios, S.A.” referente à compra e venda de 83 fracções para habitação, situadas no conjunto habitacional do Freixieiro – Perafita.

O referido acórdão baseara a recusa de visto no facto de “o objecto e as concretas condições” do conjunto contratual que culminou com a contratação das 83 referidas fracções haviam sido obtidos por “ajuste directo”, quando o deveriam ter sido por concurso público em obediência aos artigos 8.º, 10.º e 80.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, bem como do artigo 183.º do Código de Procedimento Administrativo.



Tribunal de Contas

Ainda nos termos do acórdão referido, a falta de concurso público acarretou a nulidade do procedimento e do subsequente contrato por preterição de um elemento essencial (art.ºs 133.º e 185.º do já citado Código) daí resultando a recusa de visto nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

É dessa decisão de recusa de visto que vem interposto o presente recurso, no qual se formulam as seguintes conclusões:

“

- A) O contrato questionado não dependia de concurso público, por não lhe serem aplicáveis as normas dos arts. 8, 10 e 80 do DL 197/99, de 8 de Junho;
- B) Efectivamente, dada a sua natureza e a sua finalidade, tal contrato podia ser directamente pactuado com o promotor outorgante do protocolo celebrado pela Câmara, de harmonia com as prescrições do DL 163/93, e do DL 165/93, de 7 de Maio;
- C) Aliás, tem sido este o entendimento sufragado pelo Tribunal de Contas, em múltiplas hipóteses semelhantes à dos presentes autos;
- D) Ao decidir em contrário, sem aduzir razões materiais para tanto, o acórdão recorrido transgrediu o normativo do art. 13 da Constituição da República Portuguesa.”

Sobre o recurso proferiu parecer, nos termos legais, o Ministério Público.



Tribunal de Contas

O Ex.^{mo} Procurador-Geral Adjunto sustentou a improcedência do recurso, contrariando o entendimento subjacente a este e outros recursos da Câmara Municipal de Matosinhos de que bastaria a existência de “protocolos” com o Instituto Nacional de Habitação no âmbito do PER (Programa Especial de Realojamento) para se ficar desonerado dos procedimentos concursais.

Entende ainda o Ex.^{mo} Procurador-Geral Adjunto que à autarquia se abriam duas soluções legais: ou o lançamento de empreitadas para a construção de fogos ou a aquisição, no mercado, de habitações aí já existentes “em condições de custos controlados (designadamente porque construídos por empresas privadas beneficiárias de CDH – cfr. D.L. 165/93, de 7/5)”.

Foi ainda junta aos autos uma carta emitida pela empresa contratante (n.º 99/PMG/03, de 2 de Abril de 2003) com a qual se pretende demonstrar que o preço de venda dos fogos constantes deste e doutros contratos em que a aludida empresa é interveniente não é o preço máximo permitido pelas portarias publicadas no âmbito do PER mas sim “o preço justo determinado pelo Estado, através do INH”.



Tribunal de Contas

Corridos os vistos legais, cumpre decidir tendo como matéria de facto a que resultou apurada no acórdão recorrido:

a)

- Em 9 de Fevereiro de 1994 a Câmara Municipal de Matosinhos (doravante CMM) celebrou com o Instituto de Gestão e Alienação do Património Habitacional do Estado (doravante IGAPHE) e o Instituto Nacional de Habitação (doravante INH) um Acordo Geral de Adesão com vista a *“solucionar o problema habitacional de 3 982 famílias”* do concelho de Matosinhos por via da *“construção e/ou aquisição de 3 982 fogos”*;
- Neste Acordo, para além do mais, fixa-se como obrigação do Município: *“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”* [cláusula 8ª, al. d)];
- Nas als. g), h) e i) da mesma cláusula impõem-se outras obrigações à CMM relacionadas com a realização das obras de construção das ditas habitações;
- No preâmbulo do dito Acordo vêm referidos vários instrumentos legais disponíveis para a resolução de problemas de habitação onde se salienta *“a aquisição de fogos construídos, sempre que as circunstâncias recomendem soluções de maior celeridade”*;

b)

- EM 15 de Abril de 1998 a CMM fez publicar no Jornal de Notícias e no Diário de Notícias um anúncio sob o título *“Município de Matosinhos apoia CDH no âmbito do PER”*, do seguinte teor: *Tendo em vista o cumprimento do Acordo Geral de Adesão ao Programa Especial de Realojamento, o Município de Matosinhos pretende estabelecer parcerias com promotores particulares de habitação a custos controlados, no âmbito de Contratos de*



Tribunal de Contas

Desenvolvimento para Habitação (CDH), mediante o exercício da opção de compra de fogos construídos ou a construir neste regime.

Para mais esclarecimentos poderá ser contactado o DOMH — Departamento de Obras Municipais e Habitação da Câmara Municipal de Matosinhos, sito na Av. D. Afonso Henriques — 4464 Matosinhos Codex (Telefone: 9370928— Fax: 9373213).”

- De acordo com documentos que instruem o processo de visto nº 2 608/02 (minuta do contrato de compra e venda de quatro fracções autónomas a celebrar entre a CMM e a SEDENGIL, a que foi recusado o visto – acórdão nº 104/02-17.Dez-1ªS/SS), na sequência de tais anúncios foram estabelecidos protocolos com vários promotores com a justificação de estes serem proprietários de terrenos “*em locais e freguesias onde (a CMM) necessitava de proceder a realojamento de agregados familiares recenseados no PER*” – ofício nº 19 538, de 6/12/02;
- Para além da razão transcrita, não constam, nem do processo em apreço, nem do processo nº 2 608/02, quaisquer elementos que mostrem em que termos e condições foram escolhidos os promotores com quem foram celebrados os aludidos protocolos;

c)

- Em 14 de Novembro de 1998 foi celebrado entre o Presidente da CMM e a empresa Somague PMG – Promoção e Montagem de Negócios, S.A. um “Protocolo de Acordo de Colaboração para Aquisição de Habitações no Âmbito do Programa Especial de Realojamento”;
- Nos termos deste protocolo:
 - A Somague PMG é uma empresa participada a 100% pelo grupo Somague e foi criada com o objectivo de promover empreendimentos de habitação social (preâmbulo - 4);
 - Para esse efeito e no que ao Município de Matosinhos diz respeito, a Somague PMG propunha-se “*disponibilizar um terreno, de que o grupo Somague é (era) promitente comprador, sito no Freixieiro, na*



Freguesia de Perafita, para nele implantar um empreendimento, de custos controlados, de aproximadamente 80 fogos. Para este terreno existe um projecto aprovado pela Câmara” (preâmbulo - 7);

- *“A Somague PMG assinou com a Câmara um Acordo de Intenções em que se propunha adquirir os terrenos para os quais existem projectos aprovados” (preâmbulo - 8);*
- *Constitui seu objecto “estabelecer entre os outorgantes as condições de compra e venda de aproximadamente 80 habitações a edificar num terreno, (...), situado no Freixieiro, Freguesia de Perafita, para alojamento de agregados familiares incluídos no PER” (cláusula 1ª);*
- *Constituem obrigações da Somague, PMG, entre outras, a aquisição dos projectos aprovados para o terreno em causa; a construção dos edifícios; a construção de diversos equipamentos de apoio e infraestruturas urbanísticas (cláusula 2ª);*
- *Para além da aquisição dos fogos em questão pelos valores fixados pela Portaria que estiver em vigor no ano civil em que for assinado o contrato promessa de compra e venda, a CMM adquirirá os seguintes equipamentos: estabelecimentos para actividades económicas – 200 m²; parque infantil – 50 m²; e centro comunitário – 60 m², pelo valor usual para este tipo de equipamento (cláusulas 4ª e 5ª);*
- *A Somague PMG fica isenta do pagamento de licenças e taxas que seriam devidas à CMM (cláusula 6ª);*

d)

- *Em 18 de Abril de 2001 a Somague PMG e a Somague – Engenharia, S.A. celebraram com o INH um Contrato de Desenvolvimento para Habitação com Empréstimo Hipotecário cujo objecto era concessão de um empréstimo para a construção de 83 fogos, distribuídos por 14 lotes, no lugar de Freixieiro, freguesia de Perafita, em regime de custos controlados (cláusulas 1ª e 10ª);*



Tribunal de Contas

- De entre as obrigações impostas às empresas ressaltam: construção dos fogos e infraestruturas no prazo de doze meses (cláusula 4ª, nºs 1 e 2); iniciar a comercialização dos fogos no prazo de doze meses e concluí-la até ao termo do prazo de amortização (cláusula 4ª, nº 3); incluir nos contratos promessa e nas escrituras públicas de compra e venda uma cláusula de inalienabilidade da habitação e do respectivo prazo (cláusula 8ª);

e)

- Porque o protocolo celebrado em 14 de Novembro de 1998 entre o Presidente da Câmara e a Somague PMG [referenciado em **c)**] *“não foi submetido à Câmara para aprovação”* e porque *“o empreendimento foi alterado de 83 para 107 fogos”*, em reunião de 18 de Dezembro de 2000 a CMM aprovou a celebração do *“Protocolo de Acordo de Colaboração entre a Câmara Municipal de Matosinhos e a Empresa Somague PMG – Promoção e Montagem de Negócios, S.A. para Aquisição de Habitações no Âmbito do Programa Especial de Realojamento”* (acta da respectiva reunião);
- Na mesma reunião foi igualmente aprovado o correlativo contrato promessa de compra e venda;
- O dito Protocolo, e o correlativo contrato promessa de compra e venda, foram aprovados pela Assembleia Municipal na sua sessão ordinária de 28 de Junho de 2001;
- Protocolo que foi outorgado no dia 2 de Julho seguinte;
- O Protocolo agora assinado diverge do que havia sido celebrado em 14 de Novembro de 1998 e referenciado em **c)**, apenas quanto ao número de habitações abrangidas que passou de *“aproximadamente 80”* para *“107 habitações a estabelecer em duas fases de 83 e 24 fogos”*;
- De resto mantém-se para a CMM a obrigação de aquisição da totalidade das habitações pelos valores fixados pela Portaria que estiver em vigor à data da celebração da escritura de compra e venda (cláusulas 5ª), de aquisição dos estabelecimentos para actividades económicas – 200 m2, do



Tribunal de Contas

parque infantil – 50 m² e do centro comunitário – 60 m², pelo valor usual para este tipo de equipamento (cláusulas 4^a e 5^a);

- Igualmente se mantém a Isenção de taxas e licenças devidas à CMM (cláusula 6^a);

f)

- Na reunião ordinária da CMM de 30 de Setembro de 2002 foi aprovada uma alteração ao Protocolo de 2 de Julho de 2001, antes citado, respeitando unicamente ao número de habitações abrangidas que passaram de 107 para 114, em duas fases 83 + 31;
- Esta alteração foi outorgada pelas partes em 19 de Novembro de 2002;

g)

- Fundamentado no protocolo antes referido, a CMM celebrou, em 8 de Agosto de 2001, com a Somague PMG o contrato promessa de compra e venda de 83 fogos (8 T1; 46 T2; 21 T3; e 8 T4) “a edificar nos terrenos (...) sítos no Lugar de Freixieiro, freguesia de Perafita” (cláusula 1^a) pelo montante global de 885 617 690\$00 cláusula 2^a);
- O pagamento será efectuado “nos actos de escrituras públicas de compra e venda” (cláusula 3^a)
- Este contrato promessa não foi remetido para fiscalização prévia deste Tribunal;

h)

- Em cumprimento do contrato promessa de compra e venda antes referido a CMM elaborou a minuta do contrato de compra e venda, aqui em apreço, dos 83 fracções autónomas para habitação, pelo preço de 4 398 654,46 €;



Tribunal de Contas

O primeiro argumento invocado pela entidade recorrente é o de que não era obrigatória a existência de qualquer procedimento concorrencial.

Ao que parece, o entendimento da autarquia assenta num argumento de ordem legal – o de que os decretos-leis n.ºs 163/93 e 165/93 não exigiriam o concurso público – (como se invoca nas conclusões A e B) – e (ou) num argumento de facto, inserido no n.º 7 do recurso, do seguinte teor: “A escolha e a adopção de tal procedimento radicaram, exclusivamente, na circunstância de os terrenos em que foram edificados os fogos serem da propriedade do promotor”.

Ora a verdade é que, – e quanto ao primeiro dos argumentos – para os casos em que não há ainda fogos construídos, em nenhuma disposição dos aludidos diplomas legais se pode procurar fundamento para que a autarquia não devesse proceder a concurso público com vista à selecção do contratante privado.

E se é duvidosa a inclusão da presente contratação no âmbito do disposto no art.º 80.º do Dec-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho (cfr. art.º 1.º do referido diploma) não pode negar-se a sua sujeição ao disposto no art.º 183.º do Código de Procedimento Administrativo.

E mais nítida será a sujeição ao regime do concurso público se, em vez de encararmos os compromissos contratuais existentes como contratação atípica, os considerarmos como puras e simples empreitadas.



Tribunal de Contas

Na verdade, essa configuração é perfeitamente possível quer à face do disposto na alínea a) do n.º 1 da Directiva n.º 93/37/CEE, quer perante o disposto no n.º 3 do art.º 2.º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (diploma que, como é sabido visou adequar a transposição da referida Directiva).

Na verdade se as casas não existem e é preciso construí-las – e se essa construção há-de ocorrer para a satisfação de necessidades públicas – o caminho normal é o da empreitada.

Refira-se ainda que a “compra” que agora se pretende prometer mais não visa do que a mera transferência de propriedade de fogos construídos por força da “encomenda” de fogos oportunamente feita e, de resto, já contratada através do “protocolo” já referido.

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 n.º 1 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.

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



Tribunal de Contas

as necessidades indicadas pela entidade adjudicante” tem-se entendido que, realidades como a que está no processo figurada, aí cabem perfeitamente.

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:

“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”, com sublinhados nossos).

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



Tribunal de Contas

Não se vê, de resto, qual a vantagem para o interesse público em percorrer outro caminho; é que a empreitada de obra pública além de garantir, durante a sua execução, um controlo muito estreito por parte do dono da obra, é obrigatoriamente precedida do procedimento adequado à escolha da melhor proposta, em condições que garantem o acolhimento de princípios tão importantes quanto o são os da igualdade, da transparência, da imparcialidade e da publicidade.

Isto para além de propiciar – como é óbvio – melhores condições para o cumprimento do princípio da concorrência, através das formas que a lei determina, nomeadamente o concurso público, quando é caso disso.

Quanto à circunstância de os terrenos em que iriam ser implantadas as construções serem de propriedade do “promotor imobiliário” não se vê que essa circunstância possa afastar a possibilidade de concorrência.

De resto, ainda que, de todo em todo, estivesse afastada qualquer alternativa em termos de localização de terrenos, essa circunstância ressaltaria, com toda a nitidez, no procedimento a que houvesse lugar para garantir a concorrência.

Ou então, a empresa naturalmente aproveitaria essa vantagem decisiva para construir, ao abrigo de verdadeiros contratos de desenvolvimento de habitação mas por sua conta e risco (isto é, sem compra garantida antes da construção), para o mercado da habitação social.

Resta analisar o argumento retirado da invocada contradição da jurisprudência deste Tribunal sobre a matéria.



Tribunal de Contas

Liminarmente deve começar por referir-se que está prevista na lei a providência adequada para essa alegada contradição: trata-se do recurso extraordinário previsto nos art.ºs 101.º e seguintes da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Depois, há que atentar em que, na extensa lista de processos constante do n.º 13 do recurso, temos de recuar até 1999 para encontrarmos processos com visto concedido expressamente.

Junte-se ainda que, como já foi observado, estes processos devem ser observados não apenas à luz do contrato final, meramente translativo da propriedade dos fogos “encomendados”, mas sob uma perspectiva que analisa a realidade global a partir dos compromissos iniciais de compra garantida que usualmente as autarquias não submetiam a fiscalização prévia.

Acresce que não seria exigível à jurisprudência deste Tribunal (nem à de nenhum outro) que se mantivesse indefinidamente. São conhecidas nos tribunais – em todos eles – evoluções jurisprudenciais que mais não são do que o reflexo de novos pontos de vista, frequentemente mais atentos e exigentes.



Tribunal de Contas

Não vem aduzida no recurso – como já não o fora no processo – qualquer razão que possa justificar a sistemática rejeição do concurso público neste tipo de contratação.

Ora, ainda que a exigência do concurso não decorresse do que se encontra legalmente estabelecido, ainda assim deveria ter-se em conta que esta modalidade procedimental é a que melhor garante a realização do interesse público.

Como observa Margarida O. Cabral (“O Concurso Público nos Contratos Administrativos”, pág. 111), “uma das primeiras funções do concurso público será a de permitir o encontro, nas melhores condições, entre os interesses dos particulares e da Administração”.

Mais adiante, aduz a mesma autora: “Ao suscitar a concorrência, a Administração maximiza as possibilidades de encontrar um bom contratante; por outro lado, como vem sendo repetido desde sempre, a concorrência entre os potenciais contratantes leva-os a oferecerem condições melhores para a Administração, no conhecimento prévio de que serão preteridos a favor de outrem se forem demasiado exigentes...” (loc. cit.).

Indissociável deste aspecto (e da circunstância de o concurso público permitir trazer para a contratação pública a observância dos princípios da igualdade, da transparência, da publicidade e da imparcialidade) há ainda a referir aquilo a que a doutrina chama de “legitimação da escolha”.



Tribunal de Contas

A referida autora refere-se-lhe nos seguintes termos (pág. 113 e 114): “(...) é 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”.

Assim, na sequência de quanto se expôs, só pode concluir-se pela improcedência do recurso, mantendo-se a decisão recorrida e a recusa de visto aí decretada.

São devidos emolumentos.

Diligências necessárias.

Lisboa, 8 de Julho de 2003.

Os Juízes Conselheiros,

Lídio de Magalhães



Tribunal de Contas

Ribeiro Gonçalves

Adelina Sá Carvalho

(O Procurador-Geral Adjunto)