



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Não transitado em julgado

ACORDÃO Nº 4/2009-3ª SECÇÃO

RECURSO ORDINÁRIO N.º 4-JRF/2009 - PROCESSO N.º 03-JRF/2008

SUMÁRIO:

1. Improcede o pedido de anulação da decisão da 1ª instância formulado pelo M.P. ao abrigo do disposto no artº 712º-nº 4 do C.P.C. uma vez que a materialidade dada como provada permite, seguramente, uma decisão judicial fundada e ponderada sobre o litígio;
2. Tendo ficado provado que cada um dos trabalhos integrados no contrato adicional em causa nos autos apenas representou a introdução de melhorias ao projecto inicial que não as contemplava de todo e que não foi feita uma revisão dos projectos de especialidade, tais trabalhos não podem ser qualificados como "trabalhos a mais" na previsão do artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, justificando-se a abertura de um procedimento concursal face ao disposto no artº 48º-nº 2 daquele diploma legal, pelo que o procedimento de ajuste directo é ilegal e a correspondente assunção da despesa consubstanciada na deliberação dos Demandados integra a materialidade infraccional estatuída no artº 65º-nº 1-b) da L.O.P.T.C..



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

3. A abstenção não tem o efeito desresponsabilizador das decisões votadas nos órgãos dos municípios e freguesias, pois só o registo na acta do voto de vencido isenta o emissor deste da responsabilidade que eventualmente resulte da deliberação tomada, pelo que não colhe o argumento da 1ª instância, ao ter desresponsabilizado quatro dos Demandados por estes se terem absterido.

4. Não é mais sustentável e aceitável que Responsáveis da Administração, quer local, quer nacional, desconheçam os princípios há muito clarificados em sede de efectivação de “trabalhos a mais”, no âmbito das empreitadas de obras públicas, pelo que a falta de consciência da ilicitude é injustificada e censurável e não isenta os Demandados de culpa nos termos do disposto no artº 17º-nº 2 do C. Penal.

Conselheiro Relator: Morais Antunes



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

RECURSO ORDINÁRIO N.º 04-JRF/2009

(Processo n.º 03-JRF/2008)

ACÓRDÃO N.º 04/2009- 3ª SECÇÃO

I – RELATÓRIO

1. Em 6 de Maio de 2009, no âmbito do processo de julgamento de responsabilidades financeiras n.º 03/2008, foi, na 3ª Secção deste Tribunal, proferida a douta sentença n.º 02/09 que absolveu os Demandados do pedido apresentado pelo Ministério Público.
2. Não se conformou com a decisão o Ministério Público, que interpôs o presente recurso, nos termos e para os efeitos do art.º 96.º da Lei n.º 98/97.

Nas duntas alegações apresentadas, que aqui se dão como integralmente reproduzidas, o ilustre Recorrente formula as seguintes conclusões:

- *Na deliberação camarária de 21 de Fevereiro de 2007, onde foi determinada a adjudicação de trabalhos a mais, na empreitada de Construção do Pavilhão e Piscinas*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Municipais, todos os Demandados intervieram no pleno exercício dos seus poderes/deveres de autarcas eleitos para a Câmara Municipal de Lagos.

- O Tribunal de Contas é um Tribunal Financeiro, em sentido próprio, dispondo de plena competência para o julgamento das responsabilidades pela prática de infracções financeiras, entre outras atribuições (cfr. artº 1º da Lei nº 98/97 de 26/08)*
- A responsabilidade financeira tem de ser aferida em função do grau de cumprimento da legalidade financeira subjacente à efectivação de quaisquer receitas, ou despesas públicas, sendo inerente a todos os decisores, ou ordenadores financeiros.*
- São decisores, ou ordenadores financeiros, todos quantos exercem funções das quais depende, directa e necessariamente, a cobrança de receitas, ou realização de despesas públicas, designadamente, todos quantos exercem cargos dirigentes na Administração Pública.*
- Os membros dos executivos camarários são pessoas que integram um órgão dirigente da Administração Pública, dispondo de todas as competências financeiras inerentes a essa qualidade, com todas as consequências que dela decorrem, designadamente, ao nível das suas responsabilidades financeiras individuais como decisores públicos.*
- Os demais técnicos e funcionários da Administração Local dispõem de estatuto próprio, mas não são exactores de despesas públicas, não podendo ser directamente responsabilizados em termos de decisões com consequências financeiras.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- *A culpa, daqueles responsáveis, pela prática de quaisquer actos dos quais depende a realização de despesas ilegais, deverá ser avaliada caso a caso e em função do grau de conhecimento e de consciência de que tais actos sejam legais, ou ilegais.*
- *A avaliação de culpa deverá ser feita por recurso a juízos de probabilidade e a partir de dados objectivos, em função do estatuto, cultura, conhecimentos e outros dados pessoais, inerentes a cada decisor, em cada caso concreto e tomando por paradigma, em abstracto, um qualquer decisor medianamente informado e diligente.*
- *Qualquer decisor público, medianamente informado e diligente, sabe, ou deve saber, muito bem, quais são os limiares da despesa pública, que impõem a obrigatoriedade de prévia sujeição à regra geral do "concurso público", quando objectivamente são ultrapassados os respectivos limites, legalmente impostos, nomeadamente, em matéria de empreitadas.*
- *No caso concreto, todos os Demandados, enquanto exactores de despesa pública, determinaram a realização de despesas públicas no montante, pelo menos, de 289.107,58 Euros, por "ajuste directo", violando a respectiva legalidade financeira (cfr. artº 48º nº 2 do Dec-Lei nº 59/99 de 02/03).*
- *O Tribunal deu como provado, no ponto 31, da resposta à "matéria de facto", que "todos os Demandados, de formação cultural acima da média, agiram de vontade livre e esclarecida, pelo entendimento da lei a que tinham, por si próprios, chegado, em síntese das opiniões técnicas que lhes chegaram e tinham solicitado".*
- *O Tribunal não deu como provado, que os trabalhos a mais, cuja adjudicação foi determinada pelos demandados, tivessem resultado da ocorrência de*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

qualquer "circunstância imprevista" (cfr. artº 26º do Dec-Lei nº 59/99 de 02/03 e jurisprudência do Tribunal).

- *As "opiniões técnicas", supra referidas, jamais poderiam ser interpretadas e aplicadas "contra legem", já que todos os Demandados sabiam e estavam conscientes de que nenhum acontecimento imprevisto, ou de força maior, estranho ao normal desenvolvimento da empreitada, tinha ocorrido, que justificasse a adjudicação por "ajuste directo".*
- *Tanto bastava para que o Tribunal os tivesse condenado pela prática da infracção, pela qual vinham demandados, na presente acção; todavia, absolveu-os, desculpabilizando-os pela decisão ilícita, que tomaram, transferindo essa responsabilidade para os que emitiram aquelas "opiniões técnicas".*
- *A resposta ao facto 31 é confusa, obscura e contraditória, ficando sem se saber, ao certo, se a actuação, livre e consciente, teria sido apanágio destes decisores, pelas suas próprias capacidades de decisão esclarecida, ou se, não o sendo (livres e esclarecidas), teriam sido determinadas por outrem — e, assim sendo, não se compreende como a actuação teria sido "livre e esclarecida".*
- *O Tribunal de recurso pode e deve sindicatar todas as respostas à "matéria de facto" e, caso nelas encontre deficiências, que ponham em causa o bem fundado do julgamento, deverá determinar a sua anulação (cfr. artº 712º nº 4 do CPC, aqui aplicável supletivamente — cfr. artº 80º da L.O.P.T.C.)*
- *Caso assim se não entenda, deverá revogar a douta Sentença de que ora se recorre,*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

substituindo-a por outra, que condene os Demandados conforme ao pedido, do Ministério Público, na petição inicial.

3. Por despacho de 28 de Maio de 2009 foi o recurso admitido por se verificar a legitimidade do Recorrente bem como a tempestividade na apresentação do mesmo, nos termos dos artigos 96º, n.º 3 e 97º, n.º 1 da Lei n.º 98/97.
4. Os Demandados e ora Recorridos, notificados para responder ao recurso interposto nos termos do art.º 99º n.º 2 da Lei n.º 98/97, vieram defender a improcedência do mesmo e apresentaram conclusões que se elencam:
 - *Deve o pedido de anulação ser rejeitado, por o Recorrente não cumprir as exigências legais quanto ao seu fundamento.*
 - *Deve o pedido de revogação da sentença, no que diz respeito aos três últimos Demandados, ser rejeitado, porque o Recorrente nem sequer refere o fundamento pelo qual os mesmos foram absolvidos.*
 - *Deve o pedido de revogação da sentença, no que diz respeito a todos os Demandados [e não concedendo quanto ao referido em 2)], ser julgado improcedente.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

II – OS FACTOS

A factualidade apurada na douda sentença impugnada é a seguinte:

FACTOS PROVADOS

- 1. Em 3 de Setembro de 2004, a CML celebrou, com a empresa "CME — Construções e Manutenção Electromecânica, SA", o contrato de empreitada, em regime de série de preços, para "Construção do pavilhão e Piscinas Municipais, incluindo arranjos externos", pelo valor de € 9.320.080,00, acrescido de IVA.*
- 2. Este contrato, precedido de "concurso público", foi visado em sessão diária, pela 1ª Secção do Tribunal de Contas, em 23 de Novembro de 2004.*
- 3. Em 19 de Maio de 2006, a CML celebrou, por ajuste directo, com a mesma empresa, um contrato que denominou "contrato adicional", pelo valor de € 725.739,87, acrescido de IVA referente á mesma empreitada (1º Adicional).*
- 4. Este último foi remetido, pela CML a este Tribunal, para efeitos de "fiscalização prévia", em 31 de Maio de 2006.*
- 5. Em 12 de Março de 2007, a CML celebrou, por ajuste directo, com a mesma empresa, um outro contrato dito "contrato adicional", pelo valor de € 488,016,72, acrescido de IVA, referente à mesma empreitada (2º Adicional).*
- 6. A 23 de Março de 2007, a CML remeteu, este contrato, à 1ª secção do Tribunal de Contas e de harmonia com a deliberação tomada pelo plenário foi aprovada a realização de uma "acção de*





Tribunal de Contas

Gabinete do
Juiz Conselheiro

fiscalização concomitante" que iniciou sobre este 2º adicional da empreitada.

7. A obra encontra-se totalmente concluída desde 20 de Abril de 2007.

8. Os trabalhos em causa no 2º adicional são os seguintes:

DESCRIÇÃO	TRABALHOS A MAIS	TRABALHOS A MENOS
1) Pavilhão		
- Medições Cap.2	59.549,89 €	- 0.021,90 €
- Beirão Armado		
2) Pavilhão		
- Medições Cap.3	16.263,17 €	- 2.507,36 €
- Avenanias		
3) Piscinas		
- Medições Cap.2	39.703,81 €	- 14.345,97 €
- Beirão Armado		
4) Pavilhão		
- Medições Cap.6	592,88 €	
- Carpintarias		
5) Pavilhão		
- Medições Cap.7	2.527,43 €	
- Serralhoias e Alumínios		
6) Pavilhão		
- Medições Cap.8	9.651,87 €	- 3.603,96 €
- Pavimentos e Rodapes		
7) Piscinas		
- Medições Cap.7	1.280,20 €	
- Serralhoias e Alumínios		
8) Alteração da localização de parte do escalino	2.473,11 €	
9) Beirão da Impeza	10.544,45 €	
10) Canúles	43.639,72 €	
11) Pre-tensionamento das águas da cobertura do Pavilhão	21.570,00 €	
12) Pendentes nas coberturas	72.403,22 €	
13) Rede de Escoaria Exteriores	30.761,82 €	
14) Alteração da Perfil de Fixação do Vaso	5.200,00 €	
15) Camada de Forma do Fundo das Piscinas	20.732,57 €	
16) Vãos de Fachada Cozinha	46.621,87 €	
17) Tabelas de Hóquei em Patins	48.203,54 €	
18) Açoões em Tectos Falsos	7.894,00 €	
19) Escultura de Fixação de Iluminação e Sim na Nave do Pavilhão	35.825,00 €	
20) Alteração de Quadros Eléctricos	27.985,28 €	
21) Baixos de Chuveiro	1.316,14 €	
22) Vãos e Fechaduras	10.320,50 €	
23) Fixómetros	3.965,45 €	
24) AVAC na Arranqueiro da Rampa do Pavilhão	1.716,88 €	
SUB-TOTAL	520.155,90 €	32.139,16 €
TOTAL	488.016,72 €	

9. Todos estes trabalhos foram autorizados, mediante deliberação do executivo camarário, tomada por maioria, na reunião de 21 de Fevereiro de 2007, na qual estiveram presentes todos os Demandados.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

10. O resultado da votação foi o seguinte:

a) Os Demandados A), B) e C) votaram favoravelmente a proposta.

b) Os Demandados D), E) e F) abstiveram-se.

11. Os trabalhos descritos nos n.º 4,6,7,9,11,12,14 a 19,21,22 e 24 do quadro n o valor total de € 289.107,58, foram autorizados pelos Demandados, segundo a referida votação deliberativa.

12. Cada um desses trabalhos apenas representou a introdução de melhorias ao projecto inicial que não as contemplava de todo.

13. Entretanto, não foi feita uma revisão dos projectos de especialidade.

14. Os Demandados Júlio José Monteiro Barroso, Maria Joaquina Baptista Quintans de Matos, António Marreiros Gonçalves, José Valentim Rosado, Nuno Pedro dos Santos Borges Marques e Brites Andreia Lourenço Duarte Ramos, deliberaram de acordo com os pareceres e/ou informações dos técnicos dos serviços camarários (obras) e da empresa que acompanhou os trabalhos, e da Divisão Jurídica da CML.

15. Trata-se, esta empreitada, de uma obra de construção de um pavilhão e de uma piscina municipal, com exigências e especialidades múltiplas e complexas, para as quais nenhum membro da Vereação da CML, incluindo o seu Presidente, se encontra profissionalmente preparado.

16. Os Demandados José Valentim Rosado, Nuno Pedro Santos Borges Marques e Brites Andreia Lourenço Duarte Ramos, não eram Vereadores a tempo inteiro ou parcial: sem acesso directo aos dossiês.

17. E Nuno Marques, votou contra a aprovação da acta da reunião camarária em que foram aprovados os trabalhos a mais em causa, por a mesma não referir a sua intervenção, especificamente quando manifestou reservas sobre os montantes desses trabalhos, embora lhe



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

tivesse sido afirmado que não atingiram o limite legal de 25%.

18. Os Vereadores que se abstiveram, não quiseram prejudicar o bom andamento dos trabalhos com maiores atrasos.

19. Júlio José Monteiro Barroso, Maria Joaquina Baptista Quintans de Matos e António Marreiros Gonçalves, ao votarem a autorização, estavam convencidos de terem respeitado a lei.

20. Também, de terem defendido da melhor maneira o concreto interesse do Município e dos seus cidadãos.

21. Todos os técnicos que aconselharam a CML consideraram que não se justificava um novo concurso.

22. E, perante o pré -tensionamento e pendentes das coberturas: este erro do projecto era por si só suficiente para comprometer a execução de toda a cobertura, colocando em causa a sua estabilidade.

23. É matéria referente a especialidades, no âmbito de fornecedores e fabricantes.

24. A não colocação da cobertura em tempo útil de protecção da época das chuvas, para além de arrastar todo o prazo da empreitada, comprometeria a qualidade dos trabalhos já executados.

25. Perante os vãos de fachada cortina: a dimensão ou espessura dos elementos estruturais de suporte aos vidros é matéria referente a especialidades no âmbito de fornecedores e fabricantes.

26. Neste capítulo, estava em causa o fecho de praticamente todo um alçado (poente), afectando a protecção e salvaguarda da qualidade da obra já executada.

27. Perante os pavimentos e rodapés: um entre centenas de artigos e inúmeras referências a materiais, é motivo de esconder a referência diferente da tinta para pavimento ou para paredes, onde a troca diz respeito à de um número, apenas.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

28. Estava disponível no contrato um preço unitário para tarefa equivalente.

29. Perante a estrutura, fixação, iluminação e som: o preço foi da ordem dos 4% do montante onde a modificação se insere no conjunto global previsível das instalações eléctricas do edifício.

30. A não execução desta estrutura no contexto da obra obrigaria à supressão de todo o volume de trabalhos de electricidade, no montante de €835.000,00.

31. Todos os Demandados, de formação cultural acima da média, agiram de vontade livre e esclarecida pelo entendimento da lei a que tinham por si próprios chegado em síntese das opiniões técnicas que lhes chegaram e tinham solicitado.”

III- O DIREITO

1. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA

O Exmo. Magistrado do Ministério Público fundamenta o pedido de anulação da sentença por reputar contraditório e obscuro o teor do facto nº 31 do despacho relativo à fixação da matéria de facto, invocando, para o efeito, o disposto no artº 712º-nº 4 do C.P. Civil, aplicável supletivamente a estes autos por força do



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

disposto no artº 80º-a) da L.O.P.T.C. ¹

Nos termos do referido artº 712º nº 4 do C.P.C. a anulação da sentença da 1ª instância pressupõe que não constem do processo todos os elementos probatórios que permitam a reapreciação da matéria de facto.

O Recorrente não alega, porém, que esse pressuposto se verifique e não impugnou a decisão de facto nos termos do disposto no artº 712º-nº 1-a), ónus a cargo do Recorrente como estipula o artº 685º-B) do C.P.C.:

Anota-se, também, que nos termos do artº 93º da L.O.P.T.C., é aplicável à audiência de julgamento o regime do processo sumário do Código do Processo Civil que determina, no artº 791º-nº 3, a fixação da matéria de facto por despacho judicial e a aplicação subsidiária dos artigos 652º a 655º do C.P. Civil.

Como se constata, tal regime foi cumprido a fls. 69 do processo apenso e após apresentação de propostas de alteração formuladas pelo M.P. e advogado dos Demandados foi proferido o despacho sobre a matéria de facto do qual não houve qualquer reclamação conta a deficiência, obscuridade ou contradição da decisão ou contra a falta da sua motivação (artº 653º-nº 4 do C.P. Civil).

¹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas – Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto e 35/2007, de 13 de Agosto.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

É certo que, nesta sede, o Tribunal, oficiosamente pode decidir-se pela anulação da sentença da 1ª instância quando repute deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria ou quando considere indispensável a ampliação desta (artº 712º-nº 4 do C.P.C.).

No entanto, entende-se não fazer uso dessa faculdade uma vez que, percorrendo e reapreciando a matéria de facto provada na 1ª instância, não se nos suscitam reservas quanto à idoneidade da mesma para sustentar uma decisão fundamentada sobre a questão da existência ou não de culpa na actuação dos Demandados.

Como se demonstrará ulteriormente é essa a questão fundamental em causa no recurso.

A sentença recorrida, estribada nos factos provados, veio a decidir que os Demandados agiram sem culpa.

O Ministério Público, nas alegações de recurso, acaba (ainda que a título subsidiário, não procedendo a anulação requerida) por defender o entendimento de que a factualidade adquirida permite e justifica que se decida pela existência de culpa dos Demandados em ambas as situações em análise e, como tal, pugna pela sua condenação. O que bem evidencia a fragilidade do pedido de anulação. O juiz "*a quo*" apreciou e decidiu absolver os Demandados por entender que não houve culpa e é esta a efectiva discordância do Ministério Público.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Em síntese: a materialidade dada como provada na 1ª instância, ainda que não revele, designadamente o facto nº 31, a clareza exigível, não justifica a anulação da decisão uma vez que os factos, no seu conjunto, permitem, seguramente, uma decisão judicial fundada e ponderada sobre o litígio.

- **Do exposto, e sem necessidade de maiores desenvolvimentos, improcede o alegado vício da matéria de facto e, conseqüentemente, julga-se improcedente o pedido de anulação da sentença recorrida.**

2. DA ILICITUDE

a) Síntese relevante do pedido do Ministério Público

O Ministério Público formulou, no requerimento inicial, um pedido de condenação dos Presidente e Vereadores da Câmara Municipal de Lagos por em 21 de Fevereiro de 2007, terem deliberado a celebração de um contrato adicional (o 2º), por ajuste directo, no âmbito da execução de um contrato de empreitada com a empresa "CME" que havia sido celebrado em 3 de Setembro de 2004.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

O adicional em causa integrava trabalhos, no valor de 289.107,58 € que não resultavam de circunstâncias imprevistas mas de alterações introduzidas durante a execução da empreitada por exclusiva vontade daqueles, pelo que não poderiam qualificar-se como *"trabalhos a mais"* na previsão do artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, antes, justificaria a abertura de um procedimento concursal face ao disposto no artº 48º-nº 2 daquele diploma legal.

O pedido de condenação em responsabilidade financeira sancionatória fundava-se no disposto no artº 65º-nº 1 da L.O.P.T.C.

Efectuado o competente julgamento e face à matéria provada, especificamente, os nºs 1º a 13º, constata-se que os factos alegados pelo Ministério Público nesta matéria – que é, aliás, a relevante para a nossa análise – não foram infirmados, antes, resultaram provados na 1ª instância.

Na verdade, ficou provado que *"cada um desses trabalhos apenas representou a introdução de melhorias ao projecto inicial que não as contemplava de todo"* (facto nº 12) e que *"não foi feita uma revisão dos projectos de especialidade"* (facto nº 13).

Daí que não se tenham provado quaisquer factos que evidenciassem terem ocorrido circunstâncias imprevistas na execução da obra e que justificassem a realização dos trabalhos em causa.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

A ilicitude financeira decorrente desta factualidade não oferece quaisquer dúvidas.

Na verdade, no artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, o legislador foi muito exigente e rigoroso nos pressupostos que permitem ao dono da obra fazer um ajuste directo em empreitada invocando a figura jurídica de "*trabalhos a mais*". Desde logo, pela particular exigência da "*imprevisibilidade*" dos trabalhos em causa: é necessário que o dono da obra se tenha deparado com factos, circunstâncias novas, que o tenham impelido à realização de outros trabalhos não incluídos no contrato inicial, para assim completar a obra projectada.

Reitera-se, assim, que é erróneo o entendimento de que sejam trabalhos imprevistos todos aqueles que não foram inicialmente previstos. Só perante circunstâncias inesperadas, inopinadas que um decisor público não pudesse nem devesse ter previsto, os trabalhos daí resultantes são susceptíveis de integrarem o conceito legal de "*trabalhos a mais*" em sede de empreitada de obra pública.

- É este o estreito condicionalismo que se tem que evidenciar para que a estatuição legal se cumpra, sendo certo que a imprevisibilidade é o núcleo decisivo da previsão normativa: os trabalhos podem ser integráveis na empreitada, podem ser necessários ao seu acabamento, a



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

sua autonomização em novo contrato pode ser técnica ou economicamente desaconselhável, mas se não resultaram de circunstâncias imprevistas na execução da obra não são susceptíveis de ajuste directo.

- Isto dito, não suscita dúvidas que mudanças da filosofia ínsita ao projecto, novas opções estéticas assumidas pelo dono da obra durante a sua execução, erros e ou lapsos do projecto, melhorias ao projecto inicial não são integráveis na estatuição legal.

É pacífica, uniforme e abundante a jurisprudência deste Tribunal sobre as particulares exigências legais que permitem a efectivação de "*trabalhos a mais*" em sede de empreitadas de obras públicas. ²

Exigências que vêm de há muito, bastando citar o artº 26º do Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro e se mantém no artº 370º do actual Código dos Contratos Públicos.

²Veja-se, a título exemplificativo: Ac. nº 08/02-05.Fev-1ªS/PL; Ac. nº 42/03-07.Out-1ªS/PL; Ac. nº 02/05-25.Jan-1ªS/PL; Ac. 144/05-21.Jul-1ªS/SS; Ac. nº 165/05-11.Out-1ªS/SS; Ac. nº 02/06-17.Jan-1ªS/PL; Ac. nº 13/06-21.Fev-1ªS/PL; Ac. nº 15/06-03.Mar-1ªS/PL; Ac. nº 22/06-17.Jan-1ªS/SS; Ac. nº 28/06-16.Mai-1ªS/PL; Ac. nº 29/06-16.Mai-1ªS/PL; Ac. nº 30/06-16.Mai-1ªS/PL; Ac. nº 31/06-16.Mai-1ªS/PL; Ac. nº 39/06-20.Jun-1ªS/PL; Ac. nº 49/06-14.Fev-1ªS/SS; Ac. nº 56/06-21.Fev-1ªS/SS; Ac. nº 167/06-16.Mai-1ªS/SS; Ac. nº 168/06-16.Mai-1ªS/SS.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- **Assim, e face ao valor dos trabalhos em causa no contrato adicional (289.107,58€) e ao disposto no artº 48º-nº 2 do Decreto-Lei nº 59/99, o procedimento de ajuste directo é ilegal e a correspondente assunção da despesa consubstanciada na deliberação em análise integra a materialidade infraccional estatuída no artº 65º-nº 1-b) da L.O.P.T.C.**

3. DA RESPONSABILIDADE DOS DEMANDADOS

Adquirida a ilicitude do procedimento de ajuste directo em causa, a respectiva responsabilidade financeira recai sobre o agente ou agentes da acção – artºs 61º-nº 1, 62º-nº 2 e 67º-nº 3 da L.O.P.T.C.

Resulta dos autos que os trabalhos que integravam o 2º adicional e que foram ajustados directamente sem fundamento legal foram autorizados mediante deliberação do executivo camarário, tomada por maioria, na reunião de 21 de Fevereiro de 2007 em que estiveram presentes todos os Demandados (facto nº 9 e 11).



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

A votação foi a seguinte:

- a) Os três primeiros Demandados votaram favoravelmente a proposta;
- b) Os quatro restantes Demandados abstiveram-se.

(facto nº 10)

Neste quadro fáctico, os quatro Demandados que se abstiveram foram, na 1ª instância, desresponsabilizados *"por motivo de não terem integrado a típica acção voluntária sancionada por lei: abster-se não é querer o resultado e nem sempre será aceitar, apesar de tudo, que este ocorra: depende, no limite, da ordem da votação, acaso não seja sequer tomada por escrutínio secreto"* (ponto nº 7 da parte V).

A argumentação não colhe porque há norma expressa sobre esta matéria.

Assim, nos termos do disposto no nº 3 do artº 93º da Lei nº 169/99, de 18 de Setembro, com a redacção dada pela Lei nº 5-A/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece o quadro de competências assim como o regime jurídico de funcionamento dos órgãos dos municípios e das freguesias, só o *"registo na acta do voto de vencido isenta o emissor deste da responsabilidade que eventualmente resulte da deliberação tomada"*.

É, pois, evidente que a abstenção não tem o efeito desresponsabilizador das decisões votadas nos órgãos dos municípios e freguesias.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Sublinhe-se, ainda, que o voto do Demandado Nuno Marques contra a aprovação da acta da reunião teve como fundamento o facto da acta não referir a sua intervenção, especificamente, quando manifestou reservas sobre o montante desses trabalhos, embora lhe tivesse sido afirmado que não atingiram o limite legal de 25% (facto nº 17) pelo que nada tem a ver com a estatuição do artº 93º-nº 3 citado.

- **Do exposto e sem necessidade de mais desenvolvimentos, decide-se que a responsabilidade financeira em causa é imputável a cada um e a todos os Demandados.**

4. DA CULPA

A absolvição dos Demandados resultou, em síntese, de se ter entendido, na 1ª instância, que aqueles não agiram com culpa, estribando-se, especificamente nos factos nºs 14 e 31:



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

"Os Demandados ... deliberaram de acordo com os pareceres e/ou informações dos técnicos de serviços camarários (obras) e da empresa que acompanhou os trabalhos, e da Divisão Jurídica da C.M.L."

(facto nº 14)

"Todos estes Demandados, de formação cultural acima da média, agiram de vontade livre e esclarecida, sim, mas orientados pelo entendimento da Lei a que tinham por si próprios chegado em síntese das opiniões técnicas que lhes chegaram e tinham solicitado".

(facto nº 31)

Também na 1ª instância se deu como provado, para além do que já referimos que os Demandados que votaram a autorização *"estavam convencidos de terem respeitado a Lei"* (facto nº 19).

Concluiu-se, então, na 1ª instância que *"a comprovada compatibilidade das melhorias do projecto da obra com necessidades funcionais de imediata sensatez, respeitantes a uma infra-estrutura desportiva e aguardada, como é natural, pelos municípios... , integra o erro de tipo permissivo, com diminuição do desvalor da acção, porque os autores acreditaram actuar justificadamente, decididos sem qualquer falha de atitude interna favorável ao direito, mas simplesmente baseados num exame, nem sequer em boa verdade, sem extremo rigor"*

Adiante-se, desde já, que não subscrevemos tal, entendimento, tendo este Tribunal e Secção de há muito sedimentado a sua posição nesta matéria.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Assim, e na esteira do recente Acórdão nº 01/09, de 25 de Maio, do Plenário da 3ª Secção ³, transcreve-se o que, a este propósito, se considera relevante para este processo:

“Nos termos do artº 17º do Código Penal, o agente que actua sem consciência da ilicitude do facto – estatuição que doravante nos ocupará – pode vir a ser declarado culpado se se concluir que o erro sobre a consciência da ilicitude é censurável.

Se, por outro lado, o erro sobre a ilicitude for um erro não censurável, for um erro inevitável, então o agente age sem culpa.

Há, pois, que analisar se a convicção da legalidade das despesas por parte da Demandada é ou não censurável.

Critério decisivo para se objectivar um pouco a censurabilidade ou não do erro é a de contrapor e comprovar a actuação de um agente na posição do agente real. No caso, um responsável pela gestão e administração de dinheiros públicos colocado nas mesmas circunstâncias, agiria como a Demandada e não lhe era, também evidente a ilicitude do facto?

³ Acórdão em que fomos o Relator e que foi aprovado por unanimidade.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

*Em suma, tudo se reconduz, directa ou indirectamente, a saber "se a falta de consciência da ilicitude se ficou a dever, directa e imediatamente, a uma qualidade desvaliosa e jurídico-penalmente relevante da personalidade do agente"*⁴

É também este o critério decisivo da jurisprudência do S.T.J. ao analisar e decidir quando é censurável o erro sobre a existência de Lei permissiva do facto:

"O artº 17º do Código Penal de 1982 dispõe que age sem culpa quem aja sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável, mas já haverá punição a título de dolo se o erro lhe for censurável.

*Existe censurabilidade do erro sobre a consciência da ilicitude uma vez que o arguido não actuou com o cuidado que uma pessoa portadora de uma recta consciência ético-jurídica teria."*⁵

Vejamos, então, se os Demandados evidenciaram, no concreto condicionalismo fáctico adquirido nos autos, uma conduta susceptível de censura.

⁴ Figueiredo Dias, "O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal", pág. 362

⁵ Ac. S.T.J. de 28.02.96 in www.dgsi.pt/jstj.nsf, entre muitos outros.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

A nossa resposta é, indubitavelmente, afirmativa.

Na verdade, não se pode tolerar nem desculpar que responsáveis da administração, quer local, quer nacional, desconheçam os princípios há muito clarificados em sede de efectivação de "*trabalhos a mais*", no âmbito das empreitadas de obras públicas.

Não é mais sustentável e aceitável que se confundam conceitos básicos e estruturantes da assunção de despesas públicas em sede de empreitadas, em que as "*circunstâncias imprevistas*" a que alude o artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99 indevidamente se assimilam a "*circunstâncias resultantes de erros e falhas de projecto*", a circunstâncias "*que visam melhorar o projecto, e ou a não retardar a execução de obra aguardada e apetecível para os munícipes*"

Como se decidiu no Ac. nº 002/2007, do Plenário da 3ª Secção, de 16.05.2007, in Revista do Tribunal de Contas, nº 48, pág 214.

"merece censura o erro quando não estão em causa normas erráticas, de difícil indagação ou susceptíveis de suscitarem especiais aporias hermenêuticas, mas normas que era suposto deverem ser conhecidas e cabalmente executadas por pessoas colocadas nas posições funcionais dos agentes e com a experiência que detinham".



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Em síntese: a questão concreta da ilicitude do procedimento de adjudicação directa não se revelava discutível e controvertida e, por isso, merece censura a alegada convicção da legalidade.

O argumento de que os Demandados decidiram de acordo com as informações e pareceres dos Serviços não releva.

Na verdade, e como é jurisprudência uniforme do Plenário da 3ª Secção, quem repousa na passividade ou nas informações dos Técnicos para se justificar de decisões ilegais esquece que a boa gestão dos dinheiros públicos não se compatibiliza com argumentários de impreparação técnica para o exercício de tais funções.

No caso em análise, os Demandados só se confrontaram com questões como a dos autos porque livremente se decidiram a concorrer, em eleições, a cargos autárquicos.

Não é, pois, aceitável que, uma vez eleitos, venham argumentar com a sua impreparação (facto nº 15) para avalizar da legalidade das decisões.

Sublinhe-se que não são os Serviços que estão a ser julgados mas os responsáveis financeiros que, livremente, se abalancharam a cargos de gestão autárquica.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

A impreparação dos responsáveis pela gestão e administração pública não pode nem deve ser argumento excludente da responsabilidade das suas decisões. Há muito que este Tribunal, e o Plenário da 3ª Secção vem sustentando tal entendimento, como se evidencia, entre outros, dos seguintes Acórdãos:

"A própria circunstância de não terem consciência de que estavam a violar disposições legais e a cometer infracções, quando são pessoas investidas no exercício de funções públicas com especiais responsabilidades no domínio da gestão de recursos públicos, sujeitos a uma disciplina jurídica específica, não pode deixar de merecer um juízo de censura."

(Ac. nº 03/07, de 27.06.07 in www.tcontas.pt)

"Especificamente no que concerne aos eleitos locais, o artº 4º da Lei nº 29/87, de 30 de Junho, define quais os deveres em matéria de legalidade e direito dos cidadãos e em matéria de prossecução do interesse público. Tais deveres são manifestamente violados quando titulares de um órgão executivo de uma autarquia local votam favoravelmente propostas sem se certificarem previamente da sua justificação e legalidade."

(Ac. nº 02/08, de 13.03.08 in Rev. Tribunal de Contas nº 49)

"Estando em causa, nas decisões que consubstanciam os ilícitos praticados, não aspectos menores ou detalhes insignificantes mas a substância e o núcleo das matérias sobre que havia de decidir, tratando-se, por outro lado, não de aplicar normas erráticas, de difícil indagação ou susceptíveis de suscitarem especiais aporias hermenêuticas, mas normas que era suposto deverem ser conhecidas e cabalmente executadas por pessoas colocadas nas posições funcionais dos agentes



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

e com a experiência que detinham, tendo, além disso, descurado a consulta da estrutura jurídica de apoio de que poderiam servir-se, há fundamento para concluir pela existência de culpa.

(Ac. nº 02/07, de 16.05.07 in Rev. Tribunal de Contas, nº 48).

A falta de consciência de ilicitude é, pois, injustificada e censurável não se verificando os requisitos de uma recta consciência ético-jurídica elencados pelo Prof. Figueiredo Dias: ⁶

- As questões concretas da ilicitude não se revelavam discutíveis e controvertidas;
- A solução dada pelo agente às questões da ilicitude não correspondem a um ponto de vista juridicamente reconhecido ou relevante.

*Trata-se de um caso de "assunção de tarefas ou na aceitação de responsabilidades para as quais o agente não está preparado, porque lhe falta as condições objectivadas, os conhecimentos ou o mesmo o treino necessários ao correcto desempenho de actividades" "... o que se passa é que a assunção ou aceitação da actividade como tal constitui já uma contradição com o dever objectivo de cuidado referido ao tipo que virá a ser preenchido"*⁷

- **Agiram, pois os Demandados com culpa (artº 17º-nº 2 do C. Penal)**

⁶ O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal-5ª ed.-pág. 363

⁷ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I - pág. 445 –Coimbra Editora



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

5. DA MEDIDA DA PENA

Nos termos do artº 65º-nº 2 da Lei nº 98/97, (na redacção anterior à Lei nº 48/06), as infracções aí previstas eram punidas com multas que tinham, como limite mínimo, metade do vencimento líquido mensal, e como limite máximo, metade do vencimento líquido anual dos responsáveis.

Com a entrada em vigor da Lei nº 48/06, de 29 de Agosto, as multas passaram a ter, como limite mínimo, o montante correspondente a 15 *UC* e como limite máximo o correspondente a 150 *UC*.

A infracção em causa nos autos foi cometida em 21 de Fevereiro de 2007, data da deliberação do executivo camarário (facto nº 9).

O valor da Unidade de Conta (*UC*) para o triénio de 2007 a 2009 é de 96€ (artigos 5º e 6º do Decreto-Lei nº 212/89, de 30 de Junho, com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei nº 323/01, de 17 de Dezembro e artº 1º do Decreto-Lei nº 238/05, de 30 de Dezembro).

Assim, o limite mínimo das multas em análise é de 1.440 Euros e o limite máximo de 14.400 Euros.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

O Ministério Público peticionou a multa de 1.920€, correspondente a 20 UC para cada um dos três primeiros Demandados e a multa de 1.720€ (18 UC) para cada um dos restantes Demandados.

Tendo em atenção a factualidade recolhida nos autos e os critérios de graduação das multas estabelecidas no artº 67º-nº 2 da L.O.P.T.C. considera-se adequada a multa de 1.920€ peticionada para cada um dos três primeiros Demandados.

Relativamente aos três restantes Demandados entende-se que se deve aplicar o regime da dispensa da pena, atenta a diminuta culpa dos agentes os quais não votaram favoravelmente a deliberação, antes, abstiveram-se como se referiu. Também relevam, como elementos significativamente atenuadores da culpa o facto de não serem Vereadores a tempo inteiro ou parcial e não terem acesso directo aos dossiers (facto nº 16).

Na verdade, a jurisprudência da 3ª Secção tem vindo a aceitar, no âmbito da responsabilidade financeira sancionatória, a aplicação subsidiária dos institutos da atenuação especial e da dispensa da pena (artºs. 72º, 73º e 74º do C. Penal) tendo em consideração a similitude dos princípios ordenadores do direito penal e do direito sancionatório. (vide, entre outras, as sentenças nº 01/02, de 24 de Janeiro; nº 04/03, de 5 de Maio; nº 08/03, de 15 de Maio; nº 11/03, de 2 de Julho; nº 14/05, de 21 de Dezembro; nº 06/06, de 7 de Julho e nº 03/08, de 20 de Maio).

É o caso destes três Demandados.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

IV- DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, os Juizes da 3ª Secção, em Plenário, acordam em:

- **julgar improcedente o recurso quanto ao pedido de anulação da douta sentença;**
- **Julgar procedente o recurso quanto ao pedido de revogação da decisão absolutória, e em consequência:**
 - a) **Condenar o Demandado Júlio José Monteiro Barroso na multa de 1.920 Euros;**
 - b) **Condenar a Demandada Maria Joaquina Baptista Quintans de Matos na multa de 1.920 Euros;**
 - c) **Condenar o Demandado António Marreiros Gonçalves na multa de 1.920 Euros;**
 - d) **Dispensar da pena os Demandados José Valentim Rosado, Nuno Pedro dos Santos Borges Marques e Brites Andreia Lourenço Duarte Ramos.**



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- **Não são devidos emolumentos pelo recurso (artº 16º-nº 2 e 20º do Regime jurídico dos emolumentos deste Tribunal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio).**
- **São devidos emolumentos pelos Recorridos, pela condenação no processo de julgamento de responsabilidade financeira (art.º14.º daquele regime)**
- **Registe e Notifique.**

Lisboa, 26 de Outubro de 2009

Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes (Relator)

Manuel Roberto Mota Botelho

Nuno Manuel Pimentel Lobo Ferreira