

ACÓRDÃO N° 07/2011- 3ª SECÇÃO

(Processo n.º 01-SRM/2011)

CONTRATO ADICIONAL / RATIFICAÇÃO POR ÓRGÃO COMPETENTE / FORMALIZAÇÃO DE CONTRATO ADICIONAL / TRABALHOS A MAIS / EXTINÇÃO DE RESPONSABILIDADE FINANCEIRA SANCIONATÓRIA / PRESIDENTE / AUTARQUIA LOCAL / REGIÃO AUTÓNOMA

Sumário:

- O despacho de 03.06.08 proferido pelo Demandado, enquanto Presidente da Câmara, configurou uma nova autorização de despesa, para trabalhos não previstos nem incluídos no contrato inicial, despesa que, aliás, exigiu o reforço da dotação orçamental, pelo que foi violado o disposto no artº 18º-nº 1-a) do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho.
- A ratificação, entretanto operada pela Câmara Municipal, ainda que fora do prazo previsto no artº 68º-nº 3 da Lei nº 169/99 mas que não foi impugnada nem revogada nos termos da C.P.A., veio expurgar do procedimento a ilegalidade que o inquinaria”, ou seja, sanada a ilegalidade no procedimento, o ato autorizador da despesa veio a convalidar-se na ordem jurídica e nenhuma sanção financeira pode decorrer de um ato, entretanto, válido.
- Sendo o não envio ao Tribunal de Contas consequência inelutável da não redução a escrito do contrato adicional, tem de se considerar que existe um concurso aparente de infracções financeiras, sob a forma de conumpção, na medida em que o não envio constitui um facto posterior não punido relativamente à não redução a escrito.
- Os cálculos de estabilidade constantes do projeto baseavam-se em cálculos apoiados em dados físicos não coincidentes com a realidade, o que tornou necessário quantidades adicionais de trabalhos contratualizados. Pelo que, a situação não integra o conceito legal “trabalhos a mais” a que se refere o artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99, antes a previsão dos artºs 18º, 21º e 37º daquele diploma legal, não sendo exigível a formalização do contrato adicional previsto no nº 7 daquele artigo.

Conselheiro Relator: Morais Antunes



RECURSO ORDINÁRIO N.º 01-SRM/2011

(Processo n.º 04/2010-JRF da S. R. Madeira)

ACÓRDÃO N.º 07/2011- 3ª SECÇÃO

I – RELATÓRIO

1. Em 5 de Abril de 2011, no âmbito do processo de julgamento de responsabilidades financeiras n.º 4/2010, foi, na Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, proferida a douta Sentença n.º 02/2011 que condenou o Demandado Arlindo Pinto Gomes em duas penas de multa pela prática de duas infracções financeiras.
2. Não se conformou com a decisão o Demandado, que interpôs o presente recurso, nos termos e para os efeitos do art.º 96.º-n.º 3 da Lei n.º 98/97 (L.O.P.T.C.)¹.

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

¹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 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*

- *No que diz respeito à alegada infracção de não remessa tempestiva do contrato adicional, falta em absoluto a acusação, pelo que, por força do artigo 119.º, alínea b), do Código de Processo Penal, a sentença, ao ter condenado no pagamento de multa pela prática dessa infracção, padece de inexistência, vício que é insanável e que impede de modo irremediável a produção dos efeitos próprios.*
- *O despacho proferido pelo ora recorrente, em 3 de Junho de 2008, não consubstanciou uma autorização de despesa, mas um despacho proferido no quadro da gestão contratual da empreitada em causa, sujeita ao regime de série de preços, pelo que o Tribunal a quo julgou mal.*
- *Mesmo que assim não se entenda, o acto de ratificação da Câmara Municipal de Câmara de Lobos, consubstanciado na deliberação de 18 de Setembro de 2008, tornou válido o despacho do demandado de 3 de Junho de 2008, afastando a eventual responsabilidade financeira sancionatória que pudesse vir a ser apurada, razão pela qual se impõe a revogação da sentença proferida e o afastamento de qualquer multa.*
- *Ao contrário do que entende o Tribunal de Contas na sentença ora recorrida, não há violação do disposto no n.º 7 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, uma vez que, tendo em conta o regime de série de preços aplicável à empreitada, os trabalhos em questão mais não representam do que quantidades superiores às inicialmente previstas contratualmente, não estando por isso sujeitos à obrigatoriedade de redução a escrito prevista na referida norma.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- *A tudo acresce que, com a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, os trabalhos agora em causa, se dúvidas ainda existissem, deixaram inequivocamente de ser considerados como trabalhos a mais, passando a integrar a categoria de trabalhos de suprimento de erros e omissões, relativamente aos quais não exige a celebração por escrito de qualquer contrato adicional ao contrato de empreitada, nem o cumprimento de qualquer outro tipo de formalismos desta natureza, pelo que mal andou a sentença ao não ter levado em consideração o disposto no n.º 2 do artigo 2.º do Código Penal, impondo-se por isso a sua revogação.*
- *Ainda que, como acima se evidenciou, não se possa concluir pela responsabilidade financeira sancionatória também pela não remessa tempestiva do contrato adicional para o Tribunal de Contas, a desnecessidade da celebração de contratos adicionais relativos a trabalhos em quantidades superiores às previstas no projeto inicial numa empreitada por série de preços implica, pois, a ausência de qualquer responsabilidade do ora recorrente no que diz respeito à sua não redução a escrito e ao seu não envio ao Tribunal de Contas, o que é razão adicional para se entender que a sentença recorrida deve ser revogada.*
- *As infracções financeiras em causa não são puníveis, na medida em que não se identifica, pelas razões supra descritas, um comportamento culposo — em concreto, um comportamento negligente —, pelo que decidiu mal o Tribunal de Contas ao condenar o ora recorrente.*
- *Em qualquer uma das infracções identificadas na decisão recorrida verificam-se os pressupostos previstos no artigo 74.º do Código Penal para a dispensa de aplicação de pena, razão pela qual deveria o Tribunal de Contas ter-se absterido de aplicar qualquer multa, tendo, por isso, decidido mal.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- *A suposta responsabilidade financeira sancionatória pela não remessa tempestiva do contrato adicional ao Tribunal de Contas não pode ser objecto de um tratamento autónomo e, bem assim, dar lugar à aplicação de uma coima distinta, relativamente à responsabilidade pela respectiva não celebração, razão pela qual se impõe a revogação da sentença proferida.*

 - *Na hipótese de assim não se entender, pelas razões supra apontadas, mal andou a sentença recorrida ao não ter tratado as infracções financeiras de não redução a escrito e de não remessa do contrato adicional como uma única infracção financeira, na forma continuada, o que importa, pelas consequências que daí advêm, a revogação da sentença recorrida.*
- 3.** O Recorrente finaliza as alegações requerendo que seja proferido Acórdão que revogue a douda Sentença recorrida. Subsidiariamente, requer que seja decidida a verificação dos pressupostos de que depende a dispensa de aplicação de pena.
- 4.** Tendo o recurso sido admitido, foi notificado o Ministério Público para emitir parecer nos termos do artº 99º nº 1 da Lei nº 98/97. Sustentou a improcedência do recurso, apresentando a seguinte súmula:
- *Não há nenhuma incongruência entre a acusação e a sentença relativamente aos factos e infracções imputadas ao recorrente na PI do Ministério Público e aquelas porque veio a ser condenado.*

 - *Os factos dados como provados consubstanciam as infracções pelas quais o recorrente veio a ser condenado.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

- *Termos em que deve o recurso ser negado no que respeita à pretendida absolvição do demandado, admitindo-se contudo, face ao juízo sobre a culpa assente na sentença, a possibilidade de uma dispensa de pena.*

II – OS FACTOS

A factualidade apurada na douda sentença e que releva para a apreciação da decisão consta dos nºs 1 a 20 que se reproduzem:

FACTOS PROVADOS

1. *O Demandado, à data dos factos que seguem, era Presidente da Câmara Municipal de Câmara de Lobos.*
2. *Em 18 de Junho de 2007 foi celebrado contrato de empreitada de construção da Biblioteca Municipal da Câmara de Lobos entre a Câmara Municipal e o consórcio "Avelino Farinha & Agrela, S.A., FUNCHALBETÃO - Técnicas de Betão e Construções, Lda e Arlindo Correia & Filhos, S.A." pelo valor de 3.640.692,09€.*
3. *Este contrato foi celebrado em regime de séries de preços.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

4. Em 27 de Maio de 2008, o fiscal da obra acima referenciada, apresentou a Informação contendo a memória descritiva e justificativa do designado 1º mapa de trabalhos a mais da empreitada,

CAPITULO	DESIGNAÇÃO DOS TRABALHOS	QUANTIDADE	MONTANTE
<i>Trabalhos a preços contratuais:</i>			
CA.P. II — Art. 2.1.	Escavação mecânica em terreno	9.493,29 m ³	€54.586,42
CAP III — Art 3. 2. 1.	Muros		
	F7cB.A:C20	587,99 m ³	€116.098,63
	Betão ciclópico em muros de suporte	4.991,15 m ³	€254.798,21
CAP. V — Art. 5.3	Impermeabilização de muros de suporte	100,00 m ³	€1.190,00
<i>Trabalhos a preço acordado (não constam do contrato):</i>			
Art. 1.1	Contenção provisória – Betão projectado	542,00m ³	€27.100,00
Total			€453.773,26

o qual "configura uma previsão para alguns trabalhos, agora verificados virem a ser necessárias quantidades adicionais, por força de garantia da boa qualidade da empreitada e cumprimento do prazo de execução. São essencialmente trabalhos de movimentação de terras e contenção periférica, preparatórios à implantação do edifício da Biblioteca (...)"

5. Nos termos dessa informação o custo desses trabalhos necessários à conclusão da obra e justificados com sondagens efectuadas após o seu início, seria de €453.773,26 (12, 6% do valor da empreitada), dos quais €426.673,26 a preços contratuais e €27.100,00 a preços acordados.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

6. *Com a apresentação deste "mapa de trabalhos a mais" da empreitada e da respectiva memória descritiva justificativa o director do Departamento de Gestão e Ordenamento do Território (DGOT) elaborou um memorando, que submeteu à apreciação da Presidência da Câmara, nele fazendo referência ao facto de no orçamento municipal não existir "(...) dotação orçamental que cubra a despesa necessária, sendo por isso imprescindível o reforço da rubrica por forma a dar cobertura à execução de tais trabalhos".*
7. *Em 3 de Junho de 2008 o demandado, na qualidade de Presidente da Câmara, proferiu o seguinte despacho: "Atendendo a que se trata dum projecto que terá de estar concluído impreterivelmente até 31/12/2008; (...) por se enquadrar no III QCA (...) não deve colocar em causa a participação financeira (...), proceda-se à execução dos trabalhos estritamente necessários descrito na informação, submetendo-se nos termos legais a aprovação da Câmara Municipal . Não deverá ser efectuado qualquer pagamento sem se encontrar concluído o procedimento e devida cobertura orçamental.*
8. *Este despacho foi transmitido pelo director do Departamento de Gestão e Ordenamento do Território (DGOT) ao fiscal da obra, que dele deu conhecimento ao director técnico da mesma.*
9. *Em reunião de 7 de Novembro de 2005, a Câmara Municipal delegou no Presidente, ora demandado, com possibilidade de subdelegação entre outras, competência para "Aprovar os projectos, programas de concurso, caderno de encargos e a adjudicação relativamente a obras e aquisição de bens e serviços".*
10. *Por deliberação de 18 de Setembro de 2008, a Câmara Municipal mandou proceder à formalização do Contrato Adicional e reforço da dotação orçamental.*
11. *Esse contrato não foi então reduzido a escrito nem remetido ao Tribunal de Contas.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

12. *No entanto, em 5 de Julho de 2010, em cumprimento de recomendações constantes do Relatório de auditoria n.º 19/2009-FC/SRMTC, que deu origem ao presente processo, o município de Câmara de Lobos remeteu ao Tribunal de Contas o contrato adicional atrás referido, celebrado em 28 de Junho de 2010.*
13. *A empreitada em questão foi financiada em 70% por fundos comunitários do III QCA (quadro Comunitário de Apoios), componente FEDER, em 10% por um contrato-programa com o Governo Regional da Madeira, e em 20% através de um protocolo com o Instituto Português do Livro e da Biblioteca, hoje Direcção Geral do Livro e da Biblioteca.*
14. *A informação referida no n.º 5, caracterizou os trabalhos ali descritos como imprescindíveis à conclusão da obra no calendário estabelecido, mais acrescentando que se tratava de trabalhos "preparatórios à implantação do edifício da Biblioteca". Estes trabalhos teriam que ser executados para que a obra ficasse concluída até 31 de Dezembro de 2008, sem o que não poderiam beneficiar do apoio FEDER.*
15. *Na sequência do despacho do demandado referido em 7, a Divisão de Gestão Financeira da Câmara elaborou um parecer no qual se propunha a autorização para abertura de procedimento concursal para a contratação de um empréstimo bancário para apoio a investimentos municipais constantes do Plano Plurianual de Investimentos, no qual se previa a construção da Biblioteca Municipal.*
16. *Em 26 de Junho de 2008, foi autorizada a abertura de procedimento concursal com vista à contratação do empréstimo bancário de longa data.*
17. *A Câmara Municipal deliberou favoravelmente a adjudicação desse empréstimo, que submeteu à aprovação da Assembleia Municipal, conforme despacho de 4 de Novembro de 2008.*



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

18. *Em 17 de Setembro de 2008, assegurada a existência de verba necessária à cobertura da despesa com os trabalhos em causa, o director do DGOT remeteu um parecer à Câmara Municipal sugerindo o reforço da dotação orçamental necessária, por forma a não pôr em causa a boa execução e o calendário da obra.*
19. *Após a deliberação de 18 de Setembro de 2008, acima referida em 9, a Câmara deliberou, em 2 de Outubro de 2008, a alteração mencionada e em 3 de Outubro de 2008 foi emitida a respectiva informação de cabimento n.º 2139.*
20. *A obra foi concluída até ao final de Dezembro de 2008 e beneficiou do apoio financeiro FEDER, sem o qual a obra não poderia ter sido feita, que se teria perdido caso não tivesse sido terminada até 31 de Dezembro de 2008.*
21. *O demandado na qualidade de Presidente da Câmara Municipal conhecia as normas que regem as autorizações de despesa e os formalismos legais relativos aos contratos de empreitada.*

FACTOS NÃO PROVADOS:

Todos os que directa ou indirectamente entrem em contradição com os factos acima dados como provados, nomeadamente que o Demandado tenha agido com vontade livre, mostrando indiferença pelo cumprimento das normas legais pertinentes, bem como o referido no art.º 114º da contestação relativamente à convicção do demandado relativamente aos poderes delegados pela Câmara Municipal e no artº 143.º da mesma contestação .



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

III- O DIREITO

1º NULIDADE INSANÁVEL PREVISTA NO ARTº 119º-b) do C.P.P.

O Recorrente começa, nas suas douras alegações, por invocar a nulidade da sentença proferida em 1º instância por ter conhecido e decidido condenar o Recorrente por factualidade que o Ministério Público não integrara na sua acusação, concretamente, pela inexistência de acusação pelo Ministério Público quanto à violação da obrigação de remessa tempestiva ao Tribunal de Contas de contrato adicional em causa nos autos.

Assim, e por força da aplicação supletiva do Código do Processo Penal em matéria sancionatória, conforme se estipula no artº 80º-c) da LOPTC, o conhecimento e a condenação do Recorrente constituiria a nulidade insanável da *"falta de promoção do processo pelo Ministério Público"*, prevista no já citado artº 119º-b) do CPP.

Vejamos, então, esta questão:

- O Ministério Público requereu o julgamento do Demandado, ora Recorrente, alegando, nos pontos 11 e 12 que o Demandado *"não se preocupou com a formalização do contrato adicional..."* e que *"igualmente não ordenou a remessa ao Tribunal de Contas, como era da sua competência, violando assim o disposto no artº 47º-nº 2 da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, aditado pelo artº 1º da Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto"*.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

E peticionou, a final, a condenação do Demandado na multa de 3 UC porque “cometeu, ainda, uma infracção financeira punida nos termos da alínea b) do nº 1 e do nº 2 do artº 66º da referida Lei nº 98/97”.

- Face à evidência da acusação e do pedido de condenação, por parte do Ministério Público, no que respeita à não remessa de contrato ao Tribunal de Contas e à invocação expressa das normas aplicáveis da LOPTC e da peticionada multa de 3 UC, falece, na íntegra, a argumentação do Recorrente de que ocorreria a nulidade insuprível do artº 119º-b) do C.P. Penal, sendo manifesto que houve promoção e acusação da entidade competente – o Ministério Público – pelo que, sem necessidade de maiores desenvolvimentos se decide pela improcedência da arguição invocada pelo Recorrente.

2º NATUREZA DO DESPACHO DE 03.06.08

- A segunda questão que se suscitou nos autos tem a ver com a natureza do despacho proferido pelo Demandado, enquanto Presidente da Câmara, em 3 de Junho de 2008, alegando o Recorrente que não consubstanciou uma autorização de despesa, mas um “*despacho proferido no quadro da gestão contratual da empreitada em causa, sujeita ao regime de série de preços*”.

Apura-se da matéria de facto provada que, na sequência de uma informação formalizada pelo fiscal da obra, em 27 de Maio de 2008, onde se descreviam trabalhos necessários à conclusão da obra cujo custo seria de 453.773,26 €,



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

o Demandado, por despacho de 3 de Junho de 2008, determinou que se procedesse à execução daqueles trabalhos.

(factos nºs 4, 5 e 7)

Face ao enquadramento factual apurado não subsistem quaisquer dúvidas que o referido despacho consubstancia numa autorização de nova despesa para trabalhos não previstos nem incluídos no contrato inicial, despesa que, aliás, exigiu o reforço da dotação orçamental como deliberou, em 18 de Setembro de 2008, a Câmara Municipal.

(facto nº 10)

Improcede, pois, a argumentação deduzida pelo Recorrente, sendo evidente que o despacho em causa é um despacho que autoriza despesa nova, não abrangida nem integrável no regime de gestão contratual da empreitada.

3º AS CONSEQUÊNCIAS DO ACTO DE RATIFICAÇÃO PELA CÂMARA MUNICIPAL

- Alega o Recorrente que, a entender-se que o despacho que proferiu em 3 de Junho de 2008 consubstancia uma autorização de despesa, o facto de, em 18 de Setembro de 2008, a Câmara Municipal ter ratificado aquele despacho faz afastar a responsabilidade sancionatória que lhe foi imputada pelo Ministério Público e foi aceite na sentença em causa nestes autos.

Ficou provado na 1ª instância, como já se referiu, que o Demandado, enquanto Presidente da Câmara despachou, em 3 de Junho de 2008,



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

autorizando a execução de trabalhos descritos na informação do fiscal da obra no valor de 453.773,26 Euros, no âmbito de um contrato de empreitada.

Tal despacho violou o disposto no artº 18º-nº 1-a) do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, que estabelece o limite de 149.693,37€ para os Presidentes de Câmara autorizarem despesas, pelo que o Demandado não tinha competência para autorizar a despesa.

Só em 18 de Setembro de 2008 a Câmara Municipal veio a ratificar o acto autorizador da despesa e mandou proceder à formalização do contrato adicional à empreitada (facto nº 10) pelo que a ratificação não respeitou o prazo previsto no artº 68º-nº 3 da Lei nº 169/99, na redacção da Lei nº 5-A/2002 de 11 de Janeiro.

Na verdade, e nos termos daquele normativo quando ocorreram *"circunstâncias excepcionais e urgentes e não seja possível reunir extraordinariamente a Câmara, o presidente pode praticar quaisquer actos da competência desta, mas tais actos ficam sujeitos a ratificação, na primeira reunião realizada após a sua prática, sob pena de anulabilidade"*.

Assim, e mesmo que se pudesse considerar que havia urgência na autorização dos trabalhos, designadamente porque, como se refere no despacho do Demandado tratava-se de um *"projecto que terá de estar concluído impreterivelmente até 31.12 2008... por se enquadrar no III Q.C.A. ... não deve colocar em causa a participação financeira..."*, não foi respeitado o prazo legal para a tempestiva ratificação.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Do exposto conclui-se que:

- O Demandado não tinha competência para autorizar a despesa de 453.773,26€;
- O acto não foi ratificado pela Câmara no prazo previsto no artº 68º-nº 3 da Lei nº 169/99.

O Recorrente vem alegar que não pode existir responsabilidade sancionatória, especificamente a que resulta da prática de acto autorizador de despesa por entidade sem competência legal se, entretanto, o órgão competente para autorizar a despesa vier a ratificar o acto.

Tem razão o Recorrente, e tem sido esta a posição assumida por este Tribunal em casos idênticos e que, aliás, o Recorrente veio citar nas suas alegações: o Tribunal tem entendido de forma pacífica, que a ratificação operada pelo órgão "*competente para proceder à autorização de despesas vem expurgar do procedimento a ilegalidade que o inquinaria.*"²

É que, sanada a ilegalidade no procedimento, o acto autorizador da despesa veio a convalidar-se na ordem jurídica e nenhuma sanção financeira pode decorrer de um acto, entretanto, válido.

- **Assim, e sem necessidade de maiores desenvolvimentos, se julga procedente, nesta parte, o recurso em análise.**

² Acórdão nº 10/02, de 19.02 in Rec. Ord. Nº 2/2002, do qual fomos Relator.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

4º DA NÃO REMESSA DO CONTRATO ADICIONAL

O Demandado foi condenado na multa de 288€ pela prática de uma infracção ao disposto no artº 47º-nº 2 da LOPTC, punida nos termos do artº 66º-nº 1-b) e 2 do mesmo diploma legal, tendo o Recorrente manifestado a sua discordância com a punição autónoma desta conduta omissiva nos termos e com os fundamentos que se dão como reproduzidos.

A factualidade provada é inequívoca: o contrato só foi formalizado em 28 de Junho de 2010 e só foi remetido ao Tribunal de Contas em 5 de Julho de 2010, ou seja, cerca de dois anos após a Câmara ter deliberado que se procedesse à formalização do contrato.

(factos nº 10 e 12)

A formalização e a remessa ao Tribunal de Contas decorreram do cumprimento de recomendações constantes do relatório de auditoria nº 19/2009 da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas e que veio a dar origem a este processo de julgamento de responsabilidades financeiras em análise.

(facto nº 12)

Assim sendo, não será possível autonomizar, conceptualmente, a infracção que determinou a condenação do Demandado: não é possível remeter contratos que não foram formalizados. Impõe-se, então e antes do mais, decidir se é legalmente exigível a redução a escrito do contrato e só depois analisar e decidir se o contrato deve ser remetido e qual o prazo legal para o envio ao Tribunal de Contas. E, concluindo-se que o contrato deveria ter sido reduzido a escrito e não o foi, a censurabilidade financeira esgota-se na punição da não formalização do contrato



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

que absorve ulteriores comportamentos do agente que não são susceptíveis de se materializar como o da observância de prazos de remessa dos contratos.

Entendemos, assim, que a punição do Demandado pela não remessa tempestiva de um contrato que só foi formalizado dois anos após e por recomendação do Tribunal não é atendível nem justificável, aderindo ao entendimento expresso nas duntas alegações sobre este ponto:

"Sendo o não envio ao Tribunal de Contas consequência inelutável da não redução a escrito do contrato adicional, tem de se considerar que existe um concurso aparente de infracções financeiras, sob a forma de consumpção, na medida em que o não envio constitui um facto posterior não punido relativamente à não redução a escrito".

5º DA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO

- O Demandado foi condenado pela violação do disposto no artº 26º-nº 7 e 119º-nº 5 do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, por não ter ordenado a redução a escrito do contrato adicional, como o impunham os preceitos referidos relativos a "trabalhos a mais" em sede de empreitadas de obras públicas.

Os trabalhos em causa, no valor de 453.773,26€, surgiram na sequência da informação do fiscal da empreitada, de 27 de Maio de 2008, contendo a memória descrita e justificativa do designado 1º mapa de trabalhos a mais.

(facto provado nº 4)



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

A informação é do seguinte teor:

"O mapa configura uma previsão para alguns trabalhos, agora verificados, virem a ser necessárias quantidades adicionais, por força de garantia da boa qualidade da empreitada e cumprimento do prazo de execução. São essencialmente trabalhos de movimentação de terras e contenção periférica, preparatórios à implantação do edifício da Biblioteca (...).

Aquando do início dos trabalhos de movimentação de terras para implantação do muro de contenção, na aproximação à cota de fundação prevista, verificou-se não estarem garantidas as características mecânicas do solo pressupostas em projecto. Essa situação só foi possível identificar pela profundidade de escavação entretanto atingida — substancialmente superior à da campanha de inspecção efectuada na fase de projecto.

Ao nível da fundação prevista em projecto, foram abertos diversos poços para inspecção visual e posteriores sondagens de furacão, de forma a aferir qual a profundidade de escavação necessária para assegurar a tensão admissível do terreno considerada no cálculo de estabilidade.

Da análise aos solos encontrados, verificou-se ser absolutamente necessário levar a fundação do muro de contenção abaixo das cotas inicialmente previstas, como garantia de estabilidade global de todo o empreendimento. Por esse facto estão previstas serem necessárias quantidades adicionais dos trabalhos adiante discriminados"



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Ainda nos termos dessa informação e do mapa elaborado, os trabalhos a preços contratuais tinham o valor de 426.673,26€ e os trabalhos a preços acordados, por não constarem do contrato, somaram 27.100,00€.

(factos nº 4 e 5)

O Recorrente vem alegar que não se tratam de “trabalhos a mais” mas de erros e omissões que decorrem do desenvolvimento normal de uma empreitada por série de preços, não sendo possível a existência, neste tipo de empreitadas, de “trabalhos a mais”.

Vejamos:

- Em primeiro lugar não se nos oferece quaisquer dúvidas que, no âmbito do Decreto-Lei nº 59/99, a existência de “trabalhos a mais” é possível nas empreitadas por série de preços.

Bastará, para o efeito, lembrar que o conceito legal de “trabalhos a mais” está definido no Capítulo III do Título II do Decreto-Lei nº 59/99, que integra *“as disposições comuns à empreitadas por preço global e por série de preços”*.

Este Tribunal vem definindo, desde há muito, que o núcleo decisivo da previsão normativa do conceito de “trabalhos a mais” do artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99 é a imprevisibilidade.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

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.³

Assim verificado este condicionalismo e os limites estabelecidos no artº 45º os trabalhos daí decorrentes são legais, quer ocorram no âmbito de empreitadas por preço global quer por série de preços.

As considerações que acabámos de formular permitem e justificam que analisemos se, face à factualidade comprovada, os trabalhos em causa são subsumíveis à figura legal de “trabalhos a mais” ou à de “erros e omissões”.

Os “erros e omissões do projecto” são os *“relativos à natureza ou volume dos trabalhos, por se verificarem diferenças entre as condições locais existentes e as previstas ou entre os dados em que o projecto se baseia e a realidade”* (artº 14º-nº 1-a) do Decreto-Lei nº 59/99).

E, relembramos, que não resultem de circunstancialismo imprevisto, inopinado, inesperado.

- **Ora, face ao enquadramento fáctico apurado afigura-se-nos que os trabalhos necessários à boa finalização da empreitada são, essencialmente, trabalhos resultantes de erros do projecto.**

³ Veja-se, entre outros o Ac. nº 01/2010 da 3ª Secção e a Jurisprudência da 1ª e 3ª Secção citada na nota de rodapé nº 14.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Na verdade, retira-se da informação do fiscal da obra que:

- O nível da fundação prevista no projecto resultou da campanha de inspecção efectuada nessa fase;
- Daí aferiu-se qual a profundidade da escavação que era necessária para assegurar a tensão admissível do terreno considerada no cálculo de estabilidade;
- Mas, já em execução, e com os trabalhos de movimentação de terras para implantação do muro de contenção na cota da fundação prevista no projecto, verificou-se que não estavam garantidas as características mecânicas do solo que haviam sido pressupostas no projecto, uma vez que as escavações feitas, mais profundas que as realizadas na fase de projecto, evidenciavam a necessidade de fundação do muro de contenção ser feita abaixo das cotas inicialmente previstas.

Em síntese : A fim de garantir a estabilidade global de todo o empreendimento, evidenciada pela maior profundidade das escavações, eram "*necessárias quantidades adicionais dos trabalhos*" já contratados no valor de 426.673,28€ a que se somava o valor de 27.100,00€ de trabalhos que não constavam do contrato e que tinham a ver com o fornecimento de 542,00 m³ de betão projectado para a contenção provisória, tudo conforme consta do mapa elaborado e reproduzido no facto provado nº 4.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

Face ao que se provou nos autos importa sublinhar que não existem factos que nos permitam preencher o conceito legal de “trabalhos a mais” pois não se evidenciou qualquer circunstancialismo imprevisto que estivesse na génese da realização daqueles trabalhos. Antes, o que se pode concluir é que os cálculos de estabilidade constantes do projecto foram feitos com base em inspecções efectuadas no local que, por não terem sido mais aprofundadas, não se adequavam às reais características do solo onde a obra se iria implantar: numa palavra, o que estava no projecto baseava-se em cálculos apoiados em dados físicos não coincidentes com a realidade, o que tornou necessário quantidades adicionais de trabalhos contratualizados.

- **Assim, entendemos que esta situação não integra o conceito legal “trabalhos a mais” a que se refere o artº 26º do Decreto Lei nº 59/99, pelo que não era exigível a formalização do contrato adicional previsto no nº 7 daquele artigo, antes, estaremos na previsão legal dos artºs 18º, 21º e 37º do Decreto-Lei nº 59/99: novas quantidades de trabalhos previstos e contratualizados.**

Os trabalhos em causa, já o dissemos, representam a quase totalidade dos que integram o mapa elaborado, situando-se os trabalhos não acordados numa percentagem que ronda os 5%.



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

*

Assente que nos encontramos perante erro do projecto, é certo que, no domínio do Código dos Contratos Públicos *"não são considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros e omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos"* (artº 370º-nº 4).

É, também, indiscutível que a execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões não exige a formalização de contrato adicional. (artº 376º e segs. do C.C.P.) ou qualquer outro tipo de formalismo.

Assim sendo, e mesmo que se entendesse estarmos perante uma situação que exigisse a formalização de um contrato adicional, há que aplicar o disposto no nº 2 do artº 2º do C. Penal, nos termos do qual *"o facto punível segundo a Lei vigente deixa de o ser se uma nova Lei o eliminar do número de infracções"*.

É o caso destes autos e no que respeita aos "erros do projecto" que vimos analisando. A eventual responsabilidade sancionatória do Demandado deve considerar-se extinta no que concerne à infracção que lhe foi imputada (violação do disposto no nº 7 do artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Maio) pela aplicação, em matéria sancionatória, dos princípios enformadores do Direito Penal e que este Tribunal vem aplicando sempre que tal se justifique.⁴

⁴ Vidé, entre outros, o Ac. nº 04/2010, de 28 de Abril, do Plenário da 3ª Secção



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

IV- DECISÃO

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

- **Julgar procedente o recurso e, em consequência, revogar a sentença condenatória proferida em 1ª instância, absolvendo o Recorrente da respectiva condenação.**

Não são devidos emolumentos.

Registe e Notifique.

Lisboa, 9 de Novembro de 2011

Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes (Relator)

Helena Ferreira Lopes

Manuel Mota Botelho