



SENTENÇA n.º 2/2013 – 3.ª Seção (Proc. n.º 5JRF/2012)

Descritores: Trabalhos a mais/erros e omissões; Aplicação da lei mais favorável/lei intercalar.

Sumário:

1. Os erros e omissões traduzem-se sempre em omissões, deficiências ou imperfeições dos elementos de solução da obra por motivos imputáveis às partes do contrato (a uma ou a ambas as partes); pressupõem, por isso, um nexo de imputabilidade a uma das partes do contrato ou a ambas.
2. O CCP, para afastar os trabalhos a mais dos erros e omissões utiliza, precisamente, a forma “*parte responsável pelos mesmos*” (erros e omissões) - vide parte final do n.º 4 do artigo 370.º.
3. Nestes termos, se, em função das circunstâncias concretas, há uma parte (ou ambas) responsável, nunca há trabalhos a mais, mas sim – e apenas – erros e omissões.
4. No caso, estamos perante trabalhos adicionais decorrentes de um erro do projeto que, podendo e devendo ter sido previsto, é imputável, ao menos, à entidade adjudicante;
5. Os referidos trabalhos adicionais correspondem a 9,11% do valor do preço contratual (€2.248.999,99).
6. A estes trabalhos era aplicável, por força do n.º 1 do artigo 16.º do DL 18/2006, de 29 de Fevereiro, o DL 59/99, de 02/03, pelo, caso se aplicasse aquele diploma, os Demandados estariam incursos na infração p. e p. no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2,



da LOPTC, por violação do disposto no artigo 48.º do DL 59/99, de 02/03.

7. No domínio do CCP, ao erro supra identificado aplica-se-lhe a hipótese normativa contida no artigo 370.º, n.º 2, alínea d), já que o regime aí previsto permite que seja ordenada a execução de trabalhos decorrentes de erros e suprimentos até **50%** do preço contratual; daí que aos Demandados nenhuma infração lhe pudesse ser imputada.

8. O DL n.º 149/2012, de 12 de Julho, revogou aquele normativo (o do ponto 7. do Sumário), sendo que, de acordo com a redação dada por aquele diploma, só pode ser ordenada ao empreiteiro a execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões quando o somatório do preço atribuído a tais trabalhos com o preço de anteriores trabalhos da mesma natureza não exceder **5%** do preço contratual; daí que aos Demandados pudesse ser imputada a infração p. e p. no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, da LOPTC, por violação do disposto no artigo 19.º, alínea b), do CCP.

9. O regime do CCP, na sua redação inicial - lei intercalar – é o concretamente mais favorável, sendo este, por isso o aplicável, retroativamente – vide n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal, e n.º 4 do artigo 29.º da CRP; e isto porque a aplicação deste regime permite a absolvição dos Demandados, por falta do elemento objetivo da infração.



SENTENÇA n.º 2/2013 – 3.ª Seção (Proc. n.º 5JRF/2012)

1. RELATÓRIO.

1.1. O Magistrado do Ministério Público, junto deste Tribunal, ao abrigo do disposto nos artigos 57.º, n.ºs 1 e 3, 61.º, 65.º, n.º 1, alínea b), 2 e 5, 67.º e 89.º e seguintes da Lei 98/97, de 26/08 (doravante LOPTC), **requereu o julgamento em processo de responsabilidade financeira de (1) Marco António Ribeiro dos Santos Costa (D1)**, na qualidade de vereador em regime de permanência da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia (doravante CMVNG), durante o exercício de 2009; **(2) José Guilherme Saraiva de Oliveira Aguiar (D2)**, na qualidade de vereador em regime de permanência da CMVNG, durante o mesmo exercício; **(3) Firmino Jorge Anjos Pereira (D3)**, na qualidade de vereador em regime de permanência da CMVNG, durante o mesmo exercício; **(4) Francisco Mário Dorminsky de Carvalho (D4)**, na qualidade de vereador em regime de permanência da CMVNG, durante o mesmo exercício; **(5) António Augusto Guedes Barbosa (D5)**, na qualidade de vereador em regime de permanência da CMVNG, durante o mesmo exercício; **(6) Mário Rui Figueira de Campos Fontemanha (D6)**, na qualidade de vereador em regime de permanência da CMVNG, durante o mesmo exercício; **(7) Manuel Joaquim Barbosa Ribeiro (D7)**, na qualidade de vereador em regime de não permanência da CMVNG, durante o mesmo exercício; **(8) José Moreira Alves (D8)**, na qualidade de vereador em regime de não permanência da CMVNG, durante o mesmo exercício; e **(9) Maria Ilda**



Tribunal de Contas

da Costa Figueiredo (D9), na qualidade de vereadora em regime de não permanência da CMVNG, durante o mesmo exercício.

1.2. Para tanto, em síntese, alega:

- Os Demandados integravam, no ano de 2009, a Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia (CMVNG);
- O Tribunal de Contas, em plenário da 1.^a Seção, de 02.11.2009, deliberou a realização de uma ação de fiscalização concomitante (Processo n.º 18/2009 – Audit. 1.^a S) à execução do contrato de empreitada de “Construção do Empreendimento Miradouro, na Rua General Torres/Rua Guedes Amorim – Freguesia de Santa Marinha”, que envolveu a análise do contrato adicional.
- Os resultados desta ação constam do Relatório n.º 22/2011, aprovado em Subseção da 1.^a Seção, de 15.11.2001, que serviu de base à elaboração do presente requerimento.
- A CMVNG havia remetido ao Tribunal de Contas, para fiscalização prévia, o contrato referente àquela obra, celebrado em 2 de Outubro de 2008, com a empresa “Construtora San José, SA”, pelo valor de 2.248.999,99 euros, s/IVA, o qual foi visado em sessão diária de visto em 13.01.2009.
- O contrato de empreitada foi precedido de concurso público, cuja abertura foi autorizada na reunião da Câmara Municipal, de 4 de Junho de 2007, tendo sido publicitado por Aviso publicado no Diário da República, 2.^a Série, n.º 126, de 3 de Junho de 2007.
- A obra foi consignada em 17 de Novembro de 2008.
- A empreitada, por série de preços, consistiu na construção de um edifício de habitação e comércio, com a realização dos trabalhos, que de acordo com a proposta escolhida, se distribuíam por: arquitetura, fundações e estruturas; contenção de taludes, rede de abastecimento de água, rede de drenagem de águas pluviais e freáticas, rede de drenagem de águas residuais domésticas, eletricidade, rede de abastecimento de água, rede de extinção de incêndio, rede de gás.



- No dia 29.06.2009 e no âmbito da execução referida empreitada, foi celebrado o contrato adicional nº 1 com a sociedade “Construtora São José, S.A”, no montante de 230.000,00 euros, s/IVA, relativo a trabalhos de contenção de taludes, de acordo com a reformulação do projeto de construção de taludes, tendo a adjudicação dos trabalhos sido autorizada por deliberação da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia, aprovada na reunião de 24 de Abril de 2009, com base na Informação nº 27875/08 da Divisão Municipal de Fiscalização de Empreitada e Intervenção na Via Pública.
- O contrato adicional contemplou igualmente “trabalhos a menos” da mesma natureza dos trabalhos adicionais, no valor de 25.000,00 euros, pelo que o acréscimo financeiro é de 205.000,00 euros.
- Os trabalhos que integravam o objeto do contrato adicional tornaram-se necessários em virtude de, já em obra, se ter constatado uma divergência entre as características geológicas/geotécnicas reais do terreno, constituído essencialmente de saibro na área dos taludes existentes na zona envolvente à área específica do edifício, a construir, e as previstas no projeto concursado (consideradas de tipo rochoso).
- A área do terreno correspondente à dos trabalhos da zona envolvente à da implantação do edifício a construir não foi incluída no estudo geológico – geotécnico que precedeu à elaboração do projeto da execução da obra.
- Os trabalhos foram determinados por vontade do dono da obra e resultaram de erros e omissões do projeto inicial da empreitada.
- Não tiveram tais trabalhos origem em qualquer circunstância imprevista, ou seja, um acontecimento inesperado, inopinado ou insuscetível de ter sido previsto por qualquer decisor público razoavelmente informado.
- A adjudicação dos trabalhos que constituem o objeto do contrato adicional nº 1 foi aprovada com os votos favoráveis dos Demandados Marco António Ribeiro dos Santos Costa, José Guilherme Saraiva de Oliveira Aguiar, Firmino Jorge Anjos Pereira, Francisco Mário Dorminsky de Carvalho, António Augusto Guedes Barbosa, Mário Rui Figueiredo de Campos



Tribunal de Contas

Fontemanha, e as abstenções dos demandados Manuel Joaquim Barbosa Ribeiro, José Moreira Alves e Maria Ilda da Costa Figueiredo

- A natureza dos trabalhos realizados, no valor de 205.000,00 euros, impunha o prévio recurso a procedimento por concurso público ou limitado por prévio qualificação, nos termos da alínea b) do artigo 19.º do CCP.
- A adjudicação e contratualização por mero ajuste direto dos trabalhos adicionais não qualificáveis como “trabalhos a mais”, violou o disposto nos artigos 26.º do DL n.º 59/99, de Março, aplicável “ex vi” do artigo 16.º, n.º 1, do DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (que aprovou o CCP) e 19.º, alínea b) do CCP.
- A omissão do procedimento pré-contratual exigido, torna nulos os atos de adjudicação dos trabalhos adicionais, por força do disposto nos artigos 133.º, n.º 1 do CPA e 283.º, n.º 1 do CCP, gerando, conseqüentemente, despesa pública ilegal de 205.000,00 euros.
- Ao votarem como votaram, a adjudicação e contratualização dos trabalhos adicionais em causa, os Demandados agiram sem o cuidado e a diligência impostos pelo exercício das suas funções autárquicas, podendo e devendo ter decidido conforme os preceitos aplicáveis indicados, que acabaram por desrespeitar, sendo ainda aplicável aos Demandados que se abstiveram atento o disposto no artigo 93.º, n.º 3, da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, republicada em anexo à Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro.
- Assim, os Demandados encontram-se incursos na infração financeira sancionatória p.p. pelo artigo 65.º, n.º 1, alínea b), 2 e 5 da LOPTC, com referência aos artigos 26.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março, 19.º, alínea b) do CCP.

Termina pedindo a condenação dos Demandados D1 a D6, na multa correspondente a 20UC (2.040,00€), e dos D7 a D9, na multa correspondente a 15UC (1.530,00€)



1.3. Os Demandados contestaram, alegando, em síntese, que:

- Como os autos ostentam, o contrato adicional foi efetuado com base na informação n.º 27875/08, da Divisão Municipal de Fiscalização de Empreitada e Intervenção na Via Pública;
- Por esta informação técnica, tais trabalhos originariamente não previstos, tornaram-se incontornavelmente necessários à finalização do contrato, e catalogados de trabalhos a mais, na previsão do disposto no artigo 26.º, do DL 59/99, de 2 de Março;
- A deliberação em causa estribou-se na sobredita informação técnica e demais pareceres nela apostos, em cumprimento, aliás, da hierarquia existente nas unidades orgânicas, não sendo exigível nem possível ao decisor público diferente atuação salvo erro grosseiro detetável, o que não foi de todo o caso;
- De resto, apoiar-se numa informação municipal subscrita por técnico devidamente habilitado, portador por excelência do conhecimento técnico da obra, para deliberar sobre assunto de cariz exclusivamente técnico da obra em determinado sentido consubstancia uma boa praxis administrativa ditada pela necessidade de celeridade acompanhada da respetiva delegação de competência e responsabilidade de quem acompanha *in locu* a obra e seus procedimentos, em auxílio de quem, posteriormente, decide;
- Razão pela qual aos Demandados, enquanto decisores públicos, não lhes era exigível, nem possível, aquilatar de erros e omissões do projeto inicial da empreitada, atenta, para além do mais, à especificidade técnica do projeto que envolvia estudos geológicos/geotécnicos de elevada complexidade;
- Projeto este, aliás, da autoria de Gabinete Técnico externo e conceituado – do Senhor Arquiteto Rui Ramos Loza;
- Outrossim, da subtileza que o conceito de “trabalhos a mais” encerra, para os efeitos desses preceitos, a que pretenderam vincular-se e respeitar, mercê da informação cujo sentido se apropriaram e em conformidade decidiram;



Tribunal de Contas

- Enquanto decisores públicos informados e tecnicamente assessorados, não lhes exigível entendimento e soluções diferentes.
- Assim, e ao invés do imputado em 12 e 13 da Demanda, e funcionalmente censurado em 18, os Demandados agiram sem ilicitude e sem culpa, não lhes sendo exigível atuação diferente.
- Tanto mais que essa solução, sopesando os autos configuram sempre exercício legítimo e lícito de direito de necessidade, prevenido pelo artigo 34.º do Código Penal, face à concorrência de pressupostos, o que exclui da ordem jurídica qualquer censura ético-jurídica e funcional.

Sem embargo.

- Tais trabalhos apresentaram-se, na execução do contrato, como irremediavelmente imperiosos para a finalização da empreitada, com vista a levar a bom porto um equipamento de indiscutível interesse social,
- Cujo objeto respeitava a habitação social, com prazos de execução incompatível mesmo com a abertura de novo concurso adrede, fosse caso disso,
- Comprometendo sempre o interesse público prosseguido.

Assim,

- Não devem, pois, ser censurados e sancionados os Demandados, antes devendo ser absolvidos.

Por outro lado,

- Mas não menos despiciendo, diremos que o início da empreitada coincidiu com um novo regime que, pese embora não lhe ser aplicável, criou necessariamente alguma dificuldade por parte de todos os intervenientes em relação a procedimentos legais a adotar em cada uma das empreitadas que, entretanto, estavam em curso;
- De qualquer modo não podemos deixar aqui de realçar que não houve um aumento global da despesa referente à empreitada; bem pelo contrário, resulta da sua conta final, um saldo a favor do erário público de 120.142,76€,

Sem prescindir, e subsidiariamente,

- A ilicitude e culpa dos Demandados, face ao alegado, são reconhecidos e declaradamente diminutos, mercê da inevitabilidade da despesa,



Tribunal de Contas

- Não houve prejuízo para o erário público e foi do interesse público a execução imediata dos trabalhos em execução, não comprometendo assim a finalização do contrato, que respeitava a uma obra de habitação social,
- A errónea qualificação como “trabalhos a mais” na subsunção ao artigo 26.º do DL 59/99, em concreto, redundará apenas em imperfeição formal e procedimental,
- Devendo sempre os Demandados ser dispensados de pena, ao abrigo do disposto no artigo 74.º do Código Penal, “ex vi” do artigo 67.º, n.º 3, da LOPTC, sendo o montante reivindicado pelo Demandante elevado, já o valor limite mínimo ao tempo era de 15UC.
- Deve, pois, improceder, a impetrada responsabilidade financeira sancionatória,
- Dela se absolvendo os Demandados e, sempre, deverão ser dispensados de pena, como propugnado, alegando ainda em sua defesa o merecimento dos autos e quanto a seu favor e proveito resultar do julgamento.

Termos em que, nos melhores de Direito, deve improceder o impugnado procedimento, dele se absolvendo os Demandados e, sempre, a não se entender assim, subsidiariamente, devem ser dispensados de pena, como clamado, ao abrigo do disposto no artigo 74.º do Código Penal, “ex vi” do artigo 67.º, n.º 3, da Lei 98/97, de 26/08, assim se fazendo a acostumada

Justiça.



2. FUNDAMENTAÇÃO.

2.1. O Tribunal, ponderadas todas as provas produzidas em audiência de julgamento, respondeu da seguinte forma à factualidade alegada:

“I – Factos provados:

A) Os demandados integravam, no ano de 2009, a Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia;

B) O Tribunal de Contas, em plenário da 1ª Secção, de 02.11.2009, deliberou a realização de uma ação de fiscalização concomitante (Processo n.º 18/2009- AUDIT. 1.ª S) à execução do contrato de empreitada de “Construção do Empreendimento Miradouro, na Rua General Torres/Rua Guedes Amorim – Freguesia de Santa Marinha”, que envolveu a análise do contrato adicional;

C) Os resultados desta ação constam do Relatório n.º 22/2011, aprovado em Subsecção da 1ª Secção, de 15.11.2001, que serviu de base à elaboração do presente requerimento;

D) A Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia havia remetido ao Tribunal de Contas, para fiscalização prévia, o contrato referente àquela obra, celebrado em 2 de Outubro de 2008, com a sociedade “Construtora San José, SA”, pelo valor de 2.248.999,99 euros, s/IVA, o qual foi visado em sessão diária de visto de 13.01.2009;

E) O contrato de empreitada foi precedido de concurso público, cuja abertura foi autorizada na reunião de Câmara Municipal, de 4 de Junho de 2007, tendo sido publicitado por Aviso publicado no Diário da República, 2ª Série, nº 126, de 3 de Julho de 2007;



F) A obra foi consignada em 17 de Novembro de 2008;

G) A empreitada, por série de preços, consistiu na construção de um edifício de habitação e comércio, com a realização dos trabalhos, que de acordo com a proposta escolhida, se distribuíam por: arquitetura, fundações e estruturas; contenção de taludes, rede de abastecimento de água, rede de drenagem de águas pluviais e freáticas, rede de drenagem de águas residuais domésticas, eletricidade, rede de abastecimento de água, rede de extinção de incêndio, rede de gás.

H) No dia 29.06.2009 e no âmbito da execução referida empreitada, foi celebrado o contrato adicional nº 1 com a sociedade “Construtora São José, S.A”, no montante de 230.000,00 euros, s/IVA, relativo a trabalhos de contenção de taludes, de acordo com a reformulação do projeto de construção de taludes, tendo a adjudicação dos trabalhos sido autorizada por deliberação da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia, aprovada na reunião de 24 de Abril de 2009, com base na Informação nº 27875/08 da Divisão Municipal de Fiscalização de Empreitada e Intervenção na Via Pública.

I) O contrato adicional contemplou igualmente “trabalhos a menos” da mesma natureza dos trabalhos adicionais, no valor de 25.000,00 euros, pelo que o acréscimo financeiro é de 205.000,00 euros.

J) Os trabalhos que integravam o objeto do contrato adicional tornaram-se necessários em virtude de, já em obra, se ter constatado uma divergência entre as características geológicas/geotécnicas reais do terreno, constituído essencialmente de saibro na área dos taludes existentes na zona envolvente à área específica do edifício, a construir, e as previstas no projeto concursado (consideradas de tipo rochoso).

K) A área do terreno correspondente à dos trabalhos da zona envolvente à da implantação do edifício a construir não foi incluída no estudo geológico – geotécnico que precedeu à elaboração do projeto da execução da obra.



Tribunal de Contas

L) A adjudicação dos trabalhos que constituem o objeto do contrato adicional nº 1 foi aprovada com os votos favoráveis dos Demandados Marco António Ribeiro dos Santos Costa, José Guilherme Saraiva de Oliveira Aguiar, Firmino Jorge Anjos Pereira, Francisco Mário Dorminsky de Carvalho, António Augusto Guedes Barbosa, Mário Rui Figueiredo de Campos Fontemanha, e as abstenções dos demandados Manuel Joaquim Barbosa Ribeiro, José Moreira Alves e Maria Ilda da Costa Figueiredo

M) A deliberação em causa fundamentou-se na informação n.º 27875/08 da Divisão Municipal de Fiscalização de Empreitadas e Intervenções na Via Pública, cujo teor se transcreve:

“De: Divisão Municipal de Fiscalização de Empreitadas e Intervenções na Via Pública.

Para: Eng.^a Rita Saraiva

Data: 2008/12/31

N/Ref.^a: 27875/08/DMFEIVP

Assunto: *Construção do Empreendimento Miradouro – Trabalhos a mais n.º 1*

Relativamente à obra em epígrafe, o projetista concebeu uma solução de contenção em talude rochoso que se veio a constatar inapropriada ao tipo de solo encontrado, pelo facto de o talude ser constituído por saibro em quase toda a sua totalidade.

Tal constatação implicou a reformulação do projeto de contenção de taludes, o que acabou por se traduzir na necessidade de uma solução não prevista no contrato e que, segundo parecer da equipa projetista, consiste na execução de contenção do talude por gunitagem e pela execução de muro de Berlim, combinado com ancoragens e pregagens já previstas.



Tribunal de Contas

A fiscalização solicitou ao adjudicatário da empreitada “Construtora San José, SA” proposta para a realização dos trabalhos de espécie não prevista no contrato definido pelo projetista, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 26.º do DL 59/99 de 2 de Março”.

A proposta foi discutida com o objetivo de obter os melhores preços unitários, o que levou a fiscalização a solicitar duas revisões à proposta inicial, que se encontravam em anexo, tendo-se chegado à proposta final, cujos preços unitários apresentados são usualmente praticados no mercado, pelo que a fiscalização solicita que os mesmos sejam aprovados.

A adoção desta solução de contenção de taludes, traduz-se assim na execução indispensável de trabalhos a mais no valor aproximado de 230.000,00+IVA, conforme proposta anexa, o que corresponde a uma mais-valia de aproximadamente 205.000,00+IVA, correspondente a 9,12% do valor da adjudicação.

Desta forma solicita-se a cabimentação do valor em causa (...).

Em anexo: Proposta de trabalhos a mais.

O Engenheiro Civil

(Adelino Braga)”

N) Sobre a referida informação, foi emitido o Parecer da autoria da Senhora Engenheira Ana Rita, que se segue:

“À consideração do Sr. Eng.º Fernando Perpétua (DMOMM), proponho a aprovação dos trabalhos a mais no montante de 230.000,00 +IVA e de trabalhos a menos de 25.000,00+IVA (cerca de 9,12% do valor da adjudicação), nos termos informados.



Alerta-se ainda que os projetos desenvolvidos no âmbito do presente concurso foram elaborados por projetistas externos a esta autarquia sob coordenação da empresa Municipal Gaia Social, EM;

O) Sobre o referido Parecer, foi emitido o Despacho da autoria do Eng.º Fernando Perpétua, que se segue:

“Concordo. Atendendo à natureza do terreno onde se está a executar a obra, quer em termos de solo, quer em termos da inclinação dos taludes, e atendendo ainda a que o projeto elaborado pela Gaia Social e que esteve na base do concurso da obra em causa não prever o indispensável tratamento para a contenção de taludes, proponho a aprovação dos trabalhos a mais e dos trabalhos a menos, bem como a cabimentação do valor de 205,000,00€+IVA nos termos da informação precedente.

À consideração do Sr. Vereador Firmino Pereira”;

P) Na sequência do referido Despacho, foi ordenado pelo Senhor Vereador Firmino Pereira, com o Pelouro das Obras Municipais, que a questão fosse remetida para reunião de Câmara, que deliberou no sentido já expresso na alínea L) do probatório;

Q) O projeto de execução da empreitada foi da autoria de um Gabinete Técnico externo;

R) O referido Gabinete Técnico - do Arquiteto Rui Ramos Loza – era considerado um gabinete conceituado;

S) O projetista concebeu uma solução de contenção em talude rochoso, que se veio a constatar inapropriada ao tipo de solo encontrado, uma vez que o talude era constituído por saibro em quase toda a sua totalidade;



T) Aquando da elaboração do projeto não havia evidência visual de que o talude pudesse ser constituído por saibro;

U) Os Demandados, ao agirem da forma supra descrita, fizeram-no no convencimento de que a desconformidade, constatada no decurso da obra, entre as características geológicas do terreno que foram consideradas no projeto e as realmente existentes, era suscetível de ser considerada uma circunstância imprevisível;

V) Todos os demandados tinham, à data dos factos, experiência em funções autárquicas iguais ou superiores a quatro anos.

2.2. O DIREITO.

2.2.1. Da infração financeira por que vêm acusados os Demandados.

Os Demandados vêm acusados da prática de uma infração financeira sancionatória prevista e punida no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e nºs 2 e 5 da LPOTC, por violação do disposto nos artigos 26.º do DL 59/99, de 02/03, e 19.º, alínea b), do CCP.

2.2.2.1.

A imputação daquela infração por parte do M.P. assenta, no essencial, no seguinte:

- Por deliberação de **24ABR2009**, aprovada com os votos favoráveis dos D1 a D6 e as abstenções D7 a D9, foram



Tribunal de Contas

adjudicados, por ajuste direto, trabalhos adicionais ao contrato inicial;

- O contrato inicial, datado de **2OUT2008**, foi celebrado com a sociedade “Construtora San José, S.A, pelo valor de 2.248.999,99€, s/IVA, tendo sido visado em 13JAN2009;
- O contrato adicional, no valor de **230.000,00€**, foi adjudicado à sociedade supra identificada, tendo contemplado, igualmente, “trabalhos a menos” da mesma natureza dos trabalhos adicionais, no valor de 25.000,00€, pelo que o acréscimo financeiro foi de **205.000,00€**;
- O contrato inicial foi precedido de concurso público, cuja abertura foi autorizada pela CMVNG em **4JUN2007**, e foi celebrado em **2OUT2008**;
- A empreitada é por série de preços;
- Os trabalhos que integravam o objeto do contrato adicional tornaram-se necessários em virtude de já em obra se ter constatado divergência entre as características geológicas/geotécnicas reais do terreno constituído essencialmente por saibro na área dos taludes existentes na zona envolvente à área específica do edifício a construir, e as previstas no projeto concursado (consideradas de tipo rochoso).
- A área do terreno correspondente à dos trabalhos da zona envolvente à da implantação do edifício a construir não foi incluída no estudo geológico-geotécnico que precedeu à elaboração do projeto da execução da obra;



Tribunal de Contas

- Os trabalhos resultaram de erros e omissões do projeto inicial da empreitada, e não tiveram origem em nenhuma circunstância imprevista;
- A natureza dos trabalhos realizados, **no valor de 205.000,00€**, impunha o prévio recurso a procedimento de concurso público ou limitado por prévia qualificação, nos termos da alínea b) do artigo 19.º do CCP;
- Daí a sua incursão na infração identificada no **ponto 2.2.1.**

2.2.3. Da invocada violação do disposto no artigo 19.º, alínea b) do Código dos Contratos Públicos, por os referidos trabalhos, no valor de 205.000,00€, terem sido adjudicados por ajuste direto, quando, atento o seu valor, deviam ter sido adjudicados por concurso público ou limitado por prévia qualificação.

2.2.3.1.

Preliminarmente, importa referir que, com a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (doravante CCP) e estando em causa o apuramento de responsabilidades financeiras de natureza sancionatória, **o regime aplicável é o que concretamente for mais favorável aos Demandados** – vide artigo 2.º do Código Penal.

O M.P. centra a sua argumentação, para efeitos de qualificar os trabalhos em causa como trabalhos não subsumíveis ao conceito de



Tribunal de Contas

“trabalhos a mais”, no facto de estes não terem tido origem em qualquer “**circunstância imprevista**”. Na verdade, diz o M.P., tais trabalhos só se tornaram necessários porque a entidade adjudicante não procedeu, como podia e devia, ao estudo geológico/geotécnico da zona envolvente à da implantação do edifício. Se o tivesse feito – acrescenta - teria constatado que essa zona era composta essencialmente por saibro, o que implicava uma solução de contenção em talude adequada à situação, e não a solução projetada, considerada de tipo rochoso.

O conceito de “trabalhos a mais”, no atual C.C.P, é idêntico ao já previsto no DL 59/99 (vide artigos 370.º e 26, n.º 1, respetivamente).

Trabalhos a mais são aqueles que se tenham tornados necessários na sequência de uma circunstância que, embora desconhecida pelas partes, já existia no momento da preparação do contrato, desde que a circunstância causadora das dificuldades materiais que justificam novos trabalhos, não só não tenha sido prevista, como nem sequer fosse previsível à luz de um padrão de diligência exigível a determinar no caso concreto¹.

Ficou provado que, aquando da elaboração do projeto, não havia evidência visual de que o talude pudesse ser constituído por saibro (**alínea T**) dos factos provados).

¹ Vide Sérvulo Correia e António Cadilha, in “O Regime da responsabilidade por erros e omissões do projeto”, págs. 24 e segs., citado por Rui Medeiros, in “Estudos da Contratação Pública”, Vol. II, pág. 451 (nota 51) e Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/05.



Tribunal de Contas

Contudo, não ficou provado que houvesse qualquer evidência visual de que o talude fosse constituído por terreno rochoso, ou por qualquer outro tipo de terreno.

Ou seja: os trabalhos adicionais ocorreram, no mínimo, porque a entidade adjudicante confiou que, da não evidência visual de que o talude pudesse ser constituído por saibro, se poderia, sem mais, dispensar o estudo geológico/geotécnico do terreno envolvente à da implantação do edifício, como se aquela evidência de cariz empírico pudesse justificar uma omissão de tal dimensão.

Estamos, por isso, perante uma circunstância que qualquer decisor público normal colocado na posição do real decisor, à luz de um padrão de diligência exigível no caso concreto, podia e devia ter previsto, assim se evitando a realização de tais trabalhos adicionais.

Não estamos, por isso, perante “trabalhos a mais”, quer apliquemos o artigo 26.º, n.º 1, do DL 59/99, de 02/03, quer apliquemos o artigo 370.º, n.º 1, do CCP, por não se verificar um dos seus pressupostos, a saber: “circunstância imprevista”.



2.2.3.2.

Mas estaremos perante um erro ou omissão?

No domínio do DL 59/99, de 02/03, era possível a realização de “trabalhos a mais”, resultantes ou não de “erros e omissões”, desde que subsumíveis à hipótese normativa do artigo 26.⁰²

Atualmente, o CCP fornece-nos uma pista com vista a essa diferenciação.

Diz o n.º 4 do artigo 370.º do CCP: “não são considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros e omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos”.

Diz, a propósito, Licínio Lopes, in “Estudos de Contratação Pública – II”, págs. 401 a 403:

“ (...) nos trabalhos a mais³, a espécie ou quantidade de trabalhos a mais não previsto no contrato têm, objetivamente, de resultar de uma circunstância imprevista (nexo de causalidade), cuja ocorrência ou verificação, a título de circunstância imprevista, não é imputável às partes do contrato⁴, sendo que o interesse público da (boa) execução da obra os impõe como necessários.

² Cf. Acórdão n.º29 /05-15NOV-1.ªS-PL, do Tribunal de Contas.

³ O sublinhado é nosso.

⁴ O sublinhado é nosso



Já nos erros e omissões⁵, a espécie ou a quantidade de trabalhos não previstos no contrato ou defeituosamente nele previstos (*maxime*, no plano de trabalhos), ainda que resulte de uma circunstância que não foi prevista ou de uma imprevisão da espécie ou quantidade de trabalhos (ou de uma incorreta qualificação) terá sempre de ser, total ou parcialmente, imputável a uma das partes do contrato ou a ambas⁶ (ou até a um terceiro).

Nestes termos, os erros e omissões tem de revelar-se sempre através de deficiências, concretizadas em omissões ou incorreções, do projeto ou do plano de trabalhos, isto é, dos elementos de solução da obra integrantes do procedimento de formação e adjudicação do contrato de empreitada de obras públicas, por, precisamente, se revelarem ou afigurarem desajustados à realidade efetivamente existente ou projetada, ficando-se tal a dever à responsabilidade de uma ou de ambas as partes do contrato. ***Os erros e omissões traduzem-se sempre em omissões, deficiências ou imperfeições dos elementos de solução da obra por motivos imputáveis às partes do contrato*** (a uma ou a ambas as partes). Os erros e omissões pressupõem, pois, um nexo de imputabilidade a uma das partes do contrato ou a ambas.

O CCP, para afastar os trabalhos a mais dos erros e omissões utiliza, precisamente, a forma “***parte responsável pelos mesmos***” (erros e omissões) (parte final do n.º 4 do artigo 370.º). Nestes termos, se, em função das circunstâncias concretas, há uma parte (ou ambas) responsável, nunca há trabalhos a mais, mas sim – e apenas – erros e omissões. Para efeitos do CCP, circunstância imprevista não se traduz numa mera imprevisão contratual, nem numa circunstância não prevista

⁵ O sublinhado é nosso.

⁶ O sublinhado é nosso.



Tribunal de Contas

no contrato. O que permite acrescentar o seguinte: se a referida circunstância imprevista, enquanto elemento constitutivo da noção de trabalhos a mais, em função das circunstâncias concretas, podia e devia ter sido prevista, não estaremos em face de trabalhos a mais, mas (eventualmente) ante um erro ou uma omissão”⁷

Ora, no caso dos autos, estamos, manifestamente, perante trabalhos adicionais decorrente de um erro do projeto – o projetista concebeu uma solução de contenção em talude rochoso, que se veio a constatar inapropriada ao tipo de solo, por o talude ser constituído por saibro em quase toda a sua totalidade⁸ - **sendo que tal erro podia e devia ter sido previsto, caso se tivesse efetuado um estudo geológico/geotécnico à zona envolvente à área do edifício a construir.**

Trata-se, conforme resulta do supra exposto, de um erro em que há uma responsabilidade subjetivamente imputável, ao menos, à entidade adjudicante, devendo, por tal razão, ser qualificado como erro do projeto⁹.

À mesma qualificação chegaríamos por via do DL 59/99, de 02/03, uma vez que se tratou de um erro relativo à natureza dos trabalhos, resultante de discrepâncias entre os dados em que o projeto se baseia e a realidade (vide artigo 14.º, n.º 1, alínea a) do DL 59/99, que nos dá uma noção genérica do conceito de “erros e omissões”).

⁷ O sublinhado é nosso.

⁸ Vide alínea M) dos factos provados.

⁹ O facto de o projeto ter sido efetuado por uma entidade externa não desresponsabiliza a entidade adjudicante por tal erro, já que o projeto foi assumido tal-qualmente por esta última entidade.



2.2.3.3.

Importa, agora, analisar se se verifica o elemento objetivo da infração imputada aos Demandados, atento o princípio da aplicação da lei penal mais favorável – vide artigo 2.º do Código Penal.

Vejamos:

- **No domínio do DL 59/99, de 02/03**, os trabalhos adicionais decorrentes do erro do projeto a que nos temos vindo a referir – porque resultantes de circunstâncias que podiam e deviam ter sido previstas, nos termos supra mencionados, e porque não *“previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respetivo projeto”* - eram insuscetíveis de integrarem a hipótese normativa do artigo 26.º, n.º 1, do DL 59/99;
- O valor do contrato adicional ascende a €205.000,00. sendo que ao procedimento respetivo lhe era aplicável o DL 59/99, por força do disposto no n.º 1 do artigo 16.º do DL 18/2008, de 29/01;
- No domínio daquele diploma, só podiam ser celebrados, por ajuste direto, contratos de empreitadas de obras públicas, cujo valor estimado fosse inferior a €24.939,89 ou a €4.987,98 (vide alíneas d) e e) do artigo 48.º);
- Ascendendo o valor do contrato a €205.000,00, o contrato só podia ser adjudicado por concurso público ou limitado com publicação de anúncio (vide alínea a) do n.º 2 do artigo 48.º);
- Daí que, de acordo com o entendimento mais plausível, fosse de considerar que os Demandados teriam incorrido na infração



Tribunal de Contas

prevista e punida pelo artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, da LOPTC, por violação do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 48.º do DL 59/99, de 02/03.

- **No domínio do CCP**, ao erro supra identificado aplica-se a hipótese normativa contida no artigo 370.º, n.º 2, alínea d), já que o regime aí previsto permite que sejam ordenados trabalhos para correção e suprimento de erros e omissões durante a fase do contrato até **50%** do preço contratual;
- Ora, correspondendo o valor do adicional a 9,11% do valor da adjudicação, fácil será concluir que nenhum obstáculo legal existia ao procedimento adotado, pelo que nenhuma infração financeira podia ser imputada aos Demandados;
- É certo que o DL n.º 149/2012, de 12 de Julho, revogou tal normativo, e que, de acordo com a redação dada por aquele diploma, só pode ser ordenada ao empreiteiro a execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões quando o somatório do preço atribuído a tais trabalhos com o preço de anteriores trabalhos da mesma natureza não exceder **5%** do preço contratual”; daí que aos Demandados pudesse ser imputada a infração p. e p. no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, da LOPTC, por violação do disposto no artigo 19.º, alínea b), do CCP.
- Contudo, e porque o regime do CCP, na sua redação inicial, é o concretamente mais favorável, **afigura-se-nos ser esse o aplicável, por força do disposto no n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal**;



- Na verdade, e como referem Leal-Henriques e Simas Santos¹⁰, se entre a lei vigente à data da prática dos factos e aquela que vigora à data do julgamento esteve em vigor outra lei de conteúdo mais favorável, não há razão para deixar de aplicar a lei intercalar, se concretamente mais favorável;
- Lei intermédia é aquela lei cujo início da vigência é posterior ao momento da prática do facto infracional e cujo termo de vigência ocorre antes do julgamento. Tratando-se de uma lei que não está em vigor em nenhum daqueles momentos, mas sendo esta a mais favorável, é esta a aplicável, retroativamente – vide n.º4 do artigo 2.º do Código Penal e n.º 4 do artigo 29.º da CRP.
- Esta é, de resto, uma questão que é unanimemente reconhecida¹¹.
- Ora, tendo os trabalhos adicionais decorrentes daquele erro de projeto ascendido a 9,11% do valor da adjudicação, podiam estes ter sido adjudicados, por ajuste direto, ao empreiteiro em obra, por ser este o regime, concretamente, mais favorável – o da alínea d) do n.º 2 do artigo 370 do CCP;
- E isto porque a aplicação do artigo 370.º, n.º 2, alínea d), do CCP (redação inicial) permite a absolvição dos Demandados, por falta do elemento objetivo da infração.
- Nenhuma infração pode ser, assim, imputada aos Demandados.

¹⁰ in “Código Penal Anotado”, 5.ª edição, pág. 108, em anotação ao artigo 2.º do Código.

¹¹ Vide Taipa de Carvalho, in “Sucessão de Leis Penais”, Coimbra Editora, págs. 150 4e 151.



Tribunal de Contas

3. DECISÃO.

Termos, em que nos termos e com os fundamentos expostos, se decide absolver os Demandados.

Registe e notifique.

Lisboa, 25 de Fevereiro de 2013.

A Juíza Conselheira

(Helena Maria Ferreira Lopes)