

Secção – 3.ªS /PL
R.O. n.º 1/2018
Data: 09/07/2018 Proce
sso n.º 3/2017

RELATORA: Conselheira Helena Ferreira Lopes

Transitado em julgado

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 3.ª Secção:

1. RELATÓRIO

1.1. Pela **sentença n.º 1/2018** foram absolvidos os Demandados DB, DC, DD, DE e DF, tendo sido dispensado da aplicação de multa o DA².

1.2. Inconformado com a referida sentença, desta interpôs recurso o M.P., circunscrito «*exclusivamente à **matéria de direito**, mais precisamente à parte da dita Sentença que julgou que “ex vi do artigo 67.º, n.º 4, da LOPTC, em face do regime introduzido pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 149/2012, não ocorreu violação de qualquer norma legal relativa à contratação pública, pelo que não se verifica um dos pressupostos objetivos típicos da infração em causa, e, nessa medida, devem os demandados ser absolvidos da infração financeira que lhes é imputada*».

1.3. Na alegação, conclui o M.P.:

- a. A lei vigente à data dos factos não se modificou antes da sentença;
- b. Efetivamente o artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, como norma transitória, **norma de resolução de conflitos**, exprime a vontade do legislador de manter dois regimes de realização de trabalhos a mais, estabelecendo comandos de conduta para o futuro, igualmente relevantes no âmbito de norma sancionatória primária;

² A esta referência alfabética equivale a numérica (D1, D2, D3, D4..), vide infra.

- c. A douta sentença recorrida fez incorreta interpretação da lei, tendo violado o disposto nos artigos 2.º, n.º 2, do Código Penal, aplicável à responsabilidade financeira sancionatória ex vi do artigo 67.º, n.º 4, da LOPTC, bem como dos artigos 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, e 370, n.º 2, alínea c), do CCP, na redação anterior à entrada em vigor daquele Decreto-Lei;
- d. Não se verificam os pressupostos de facto e de direito da aplicação do princípio da aplicação da lei sancionatória mais favorável consagrado nos artigos 29.º, n.º 4, da Constituição, e 2.º, n.º 2, do Código Penal;
- e. Consequentemente, deve a douta sentença ser revogada **na parte em que absolve os Demandados quanto à primeira infração que lhes é imputada**, e devolvidos os autos à 1.ª instância para reforma da sentença em conformidade com tal juízo de legalidade.

1.4. Nas contra-alegações, concluíram os Demandados identificados no ponto 1.1. deste Acórdão:

A) O artigo 67.º, n.º 4, da LOPTC prescreve expressamente que ao regime substantivo da responsabilidade financeira sancionatória aplica-se, subsidiariamente, o disposto nos Títulos I e II da Parte Geral do Código Penal.

B) Ínsito no sobredito Título I – e, portanto, aplicável ao caso sub judice, como, de resto, resulta da jurisprudência reiterada deste Tribunal – encontra-se o artigo 2.º, n.º 2, do Código Penal, que prevê, *grosso modo*, que existindo uma lei nova que despenaliza determinada conduta, essa lei nova será retroativamente aplicável, por ser a lei mais favorável ao arguido.

C) Ora, não obstante o artigo 370.º, n.º 2, alínea c), do CCP estabelecer, na redação à data dos factos, um limite de 5% do preço contratual para adjudicação de trabalhos a mais, o legislador veio, através do Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, aumentar esse limite para 40%.

D) Tendo os Demandados adjudicado trabalhos a mais no valor de 9,71% do preço contratual, é constatação óbvia que a lei nova, o Decreto-Lei de 2012, despenaliza a conduta dos Demandados.

E) Assim, o facto (adjudicação de trabalhos a mais no valor de 9,71% do preço contratual) que era punível segundo a lei vigente no momento da sua prática (por ultrapassar 5%) deixou de o ser (por não ultrapassar os 40%), ocorrendo uma eliminação da infração.

F) Em face da lei nova, não estão preenchidos os pressupostos objetivos típicos da infração, pois que, se não se ultrapassa a percentagem de trabalhos a mais permitida por lei, inexistente qualquer violação de uma norma legal relativa à contratação pública, suscetível de acionar a alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC.

G) Estão, por conseguinte, preenchidos os pressupostos, quer de facto, quer de direito, para aplicar a nova redação do artigo 370.º do CCP, nos termos do disposto no artigo 2.º do Código Penal, aplicável “ex vi” do artigo 67.º, n.º 4, da LOPTC, e no artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa.

H) O facto de os diplomas legais que se sucederam à redação originária do artigo 370.º do CCP conterem normas transitórias no sentido da sua aplicação para o futuro em nada contende com a aplicação do princípio da aplicação retroativa da lei mais favorável ao arguido.

I) Além de consubstanciar uma norma especial com assento constitucional, a defesa de tal tese sempre redundaria no esvaziar de sentido e de conteúdo útil do referido princípio.

J) A fazer vencimento a tese do Recorrente, então seria inconstitucional, por violação do princípio constitucional da aplicação retroativa da lei de conteúdo mais favorável ao arguido, previsto no artigo 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, cuja aplicação se estende à responsabilidade financeira sancionatória, a interpretação do artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, no sentido de obstar tal norma à aplicação retroativa da lei nova de conteúdo mais favorável ao arguido.

1.5. Foram colhidos os vistos legais.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Com interesse para a discussão da causa, deram-se como provados os seguintes factos:

«1. (...);

7. A APDL-Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A. remeteu ao Tribunal de Contas, para fiscalização prévia, o contrato de empreitada de “Terraplanagem, Infraestruturas e Pavimento do Polo I (Gonçalves) da Plataforma Logística de Leixões”, **celebrado em 26.04.2012**, com a empresa Construções Gabriel A.S. Couto, S.A. pelo valor de €10.560.000,01 (s/IVA), o qual foi visado, com recomendação, na sessão diária de visto da 1.^a Secção do Tribunal de Contas, realizada em 19.07.2012;

8. Através do DL 83/2015, de 21.05, operou-se a fusão, por incorporação, da APVC-Administração do Porto de Viana do Castelo, S.A., na APDL-Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A., tendo sido aprovados os estatutos da nova sociedade, que passou a designar-se “APDL-Administração dos Portos do Douro e Viana do Castelo, S.A.”, com capitais exclusivamente públicos;

(...);

11. A empreitada referida em 7 supra tinha por objeto a realização de terraplanagem, infraestruturização e pavimentação e estendia-se por cerca de 31 hectares, trabalhos melhor discriminados no Anexo II-A, do relatório de auditoria n.º 1/2017-1.^a secção, tendo sido celebrados, no âmbito da execução dessa empreitada, nove contratos adicionais;

(...);

14. Estes trabalhos adicionais, fundamentados no artigo 370.º, n.º I, do CCP, reportam-se aos seguintes capítulos:

Art.	TM3 - Tratamento da fundação dos aterros do patamar 5	
3.1	Terraplenagem	57.081,80 €
3.2	Captação e condução de água	4.309,28
	Total	61.391,08 €

(...);

22. O 4.º adicional reportou-se a trabalhos “a mais”, respeitantes a quantidades que excederam as previstas no projeto II, no montante de €673.775,63 e foi autorizado pela deliberação n.º 288, do CA, de **19.09.2013**, aprovada por unanimidade, pelos **D1, D2 e D3** (ata n.º 34/13);

(...);

33. O 7.º contrato adicional referiu-se à execução dos trabalhos “a mais” de “ligação da rede de águas residuais do Pólo 1 ao exterior, no montante de €7.124,63, autorizados pela deliberação n.º 025, do Ca, de **29.01.2015**, aprovada por unanimidade, pelos **D1 e D4** (ata 03/15);

(...);

36. O 8.º contrato adicional teve por objeto a execução dos trabalhos “a mais” e menores valias, no montante de €728.336,82, e foi autorizado pela deliberação n.º 217, do CA, de **31.07.2015**, aprovada por unanimidade, pelos **D1, D2 e D4** e retificada, devido a um erro de cálculo no valor total dos trabalhos a mais, pela deliberação n.º 248, do CA, de 18.08.2015 (ata n.º 28/15);

(...)

47. Os trabalhos a mais objeto dos contratos adicionais (...), 4º, 7º e 8º, deduzidos os trabalhos a menos, atingiram os seguintes valores:

(...);

d) 4º Adicional, no valor de € 637.864,58, correspondente a 6,04% e 10,63% do preço inicial do valor acumulado da empreitada, respetivamente;

e) 7º Adicional, no valor de € 7.124,63, correspondente a 0,07% e 11,70% do preço inicial e do valor acumulado da empreitada, respetivamente;

f) 8º Adicional, no valor de € 148.603,37, correspondente a 1,41% e 12,11% do preço inicial e do valor acumulado da empreitada, respetivamente;

48. *O valor total dos trabalhos a mais, deduzido do valor de todos os trabalhos a menos, ascendeu a € 1.025.898.90, que corresponde a 9,71% do preço contratual inicial».*

2.2. O DIREITO

Importa analisar se, ao caso, é aplicável o regime previsto art.º 370.º n.º 2 alínea c) do CCP, na sua redação originária, ou se é aplicável o regime previsto nas redações que lhe sucederam, por serem mais favoráveis aos Demandados e estar em causa responsabilidade financeira sancionatória - vide artigo 2.º do Código Penal *ex vi* art.º 67.º n.º 4 da LOPTC.

Vejamos:

- Dispõe o art.º 65.º, n.º 1 alínea l) da LOPTC, na parte que ora nos interessa, que o Tribunal pode aplicar multas quando se verifique a *«violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública»*.
- A norma legal que o MP alegou ter sido violada pelos Demandados foi o art.º 370.º, n.º 2, al. c), do CCP, na versão vigente à data dos factos respeitantes à adjudicação dos 4.º, 7.º e 8.º contratos adicionais (datados respetivamente de 19.09.2013, 29.01.2015 e 31.07.2015 – **vide f. p. n.ºs 22, 33 e 36**), nos termos do qual não podia ser ordenada a execução de trabalhos a mais quando *«o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo os anteriores trabalhos a mais, e deduzido do preço de quaisquer trabalhos a menos, não exceder 5% do preço contratual»*.
- Da factualidade provada, que não foi questionada pelos Demandados, resulta que os 9 contratos adicionais ao contrato de empreitada em causa, geraram um valor total dos trabalhos a mais, já deduzido do valor de todos os trabalhos a menos, que ascendeu a €1.025, 898, 90, o que corresponde a 9,71% do preço contratual inicial - **vide f. p. n.º 48**.

- Decompondo o valor desses 9 contratos adicionais constata-se que, até ao 3.º contrato adicional, o valor dos trabalhos a mais situou-se em 4,59% do preço inicial e que com o 4.º contrato adicional foi ultrapassado o limite legal de 5% previsto na redação originária do art.º 370.º, n.º 2, al. c), do CCP.
- A não verificação do limite legal de 5% previsto na alínea c), n.º 2, do artigo 370.º, do CCP implicaria a adoção dos procedimentos previstos no título I da parte II do CCP - n.º 5 do art.º 370.º do CCP.
- Com a entrada em vigor do DL 149/2012, de 12 de julho, a alínea c) do n.º 2 do art.º 370.º do CCP, aumentou aquela percentagem, que era de 5%, para 40% do preço contratual³.
- Anote-se, no entanto, que o DL 149/2012, por força do seu artigo 5.º, n.º 1, para além de só ter entrado em vigor 30 dias após a sua publicação, só seria aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados a partir dessa data e à execução dos contratos que revestissem a natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data⁴.
- Atualmente vigora a redação trazida pelo DL 111-B/2017, de 31 de agosto, que aprovou o NCCP, e que fixou o limite legal em 10% do preço contratual⁵.
- Por força do artigo 12.º, n.º 1 do DL n.º 111-B/2017⁶, o art.º 370.º, n.º 2, alínea d), do CCP, também só seria aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da entrada em vigor do referido DL, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos.

³ Art.º 370.º n.º 2 al. c) «O preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, ultrapasse 40 % do preço contratual».

⁴ Art.º 5.º n.º 1 «O presente decreto-lei entra em vigor 30 dias após a sua publicação, só sendo aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados a partir dessa data e à execução dos contratos que revistam a natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data, sem prejuízo do disposto nos números seguintes».

⁵ Art.º 370.º n.º 2 al. d) «O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias não previstas, não exceda 10% do preço contratual».

⁶ Art.º 12.º n.º 1 «Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, o presente decreto-lei só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos».

- Tendo, *in casu*, os trabalhos adicionais ascendido a 9,71% do preço contratual inicial, esta percentagem encontra-se dentro dos limites legais fixados dos Decretos-Lei n.ºs 149/2012 e 111-B/2017.
- A **vexata quaestio** consiste, pois, em saber se as alterações legislativas introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 149/2012 e 111-B/2017- e que aumentou, no primeiro diploma, a referida percentagem de trabalhos a mais de 5% para 40%, e que, no segundo diploma, fixou essa percentagem em 10% - tem reflexos no presente caso, como defende a sentença recorrida, ou se, ao invés, não tem quaisquer implicações, uma vez que o artigo 5.º, n.º 1, do DL 149/2012, e o art.º 12 n.º 1 do DL 111-B/2017, vieram estatuir, *grosso modo*, que aquela alteração só seria aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados a partir da sua entrada em vigor.
- A limitação de aplicabilidade do regime do DL 149/2012 aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados a partir da sua entrada em vigor, tal como refere a sentença recorrida, tem de entender-se à luz do princípio geral de aplicação da lei no tempo em matéria de contratação pública;
- Princípio geral que se extrai do artigo 16.º, n.º 1, do DL 18/2008, de 29.01, que aprovou o CCP, nos termos do qual a contratação pública se rege pela lei em vigor no momento em que se inicia o procedimento, ou seja, pela lei em vigor aquando da decisão de contratar – cf. artigo 36.º, n.º 1, do CCP – o que se compreende, desde logo, por razões de segurança e certeza jurídica dos contratantes.
- Porém, no que se refere ao direito sancionatório financeiro e aos princípios e normas pelo qual se rege, para além da LOPTC, é-lhe aplicável subsidiariamente o disposto nos títulos I e II da Parte Geral do Código Penal, por força do art.º 67.º n.º 4 da LOPTC, designadamente o *principio da aplicação da lei mais favorável* previsto no art.º 2.º do CP.
- Ora, resulta do art.º 2.º, n.º 4 do CP que «Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das

estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente (...)».

- Tal representa a concretização do comando constitucional previsto no art.º 29.º n.º 4 da CRP «*Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respetivos pressupostos, aplicando-se retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido*», ou seja, representa a concretização do princípio da aplicação retroativa da lei penal [in casu, lei sancionatória] mais favorável.
- Ora, no caso vertente, a aplicação retroativa da lei sancionatória mais favorável encontra o seu fundamento no facto de o legislador entender que a norma que estatuiu que só não podia ser ordenada a execução de trabalhos a mais quando, *inter alia*, o preço atribuído aos trabalhos a mais - somado ao preço de anteriores trabalhos a mais e deduzido do preço de quaisquer trabalhos a menos - não excedesse 5% do preço contratual, já assim não devia ser considerada, tendo alterado aquele limite percentual para 40%, nos termos do DL 149/2012, e para 10%, nos termos do DL 111-B/2017;
- Na verdade, se o legislador entende que o interesse público, geral e especial, relativo à questão da introdução de alterações ao objeto do contrato após a sua celebração, é satisfeito com uma percentagem bastante maior de trabalhos a mais comparativamente com a existente anteriormente, e se aquela nos reconduz a uma atuação lícita e não sancionável ao invés do que ocorria anteriormente, então terá de aplicar-se aquela percentagem retroativamente, por ser mais favorável.
- Equivale isto a dizer que qualquer interpretação dos artigos 5.º e 12.º, respetivamente, dos DL 149/2012 e 111-B/2017 - normas dirigidas ao direito dos contratos públicos e não ao direito sancionatório - de que resulte a preterição da aplicação do princípio da lei mais favorável é inconstitucional por violação do artigo 29.º, n.º 4, 2.ª parte, da CRP e do artigo 2.º, n.º 4, da 1.ª parte, do Código Penal, aplicável *ex vi* art.º 67.º n.º 4 da LOPTC.

- Face à matéria de facto dada como provada e controvertida, podemos dar como certo que o regime introduzido pelo DL 149/2012 é concretamente mais favorável que o regime do art.º 370.º do CCP, na versão originária; ainda, e tendo em conta a matéria de facto dada como provada e controvertida, afigura-se-nos que o regime introduzido pelo DL 111-B/2017 é concretamente menos favorável que o do DL 149/2012.
- Em síntese: o regime concretamente mais favorável aos demandados é o do DL 149/2012, ou seja, é o da lei intercalar/intermédia.
- Na verdade, 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 - vide Leal Henriques e Simas Santos⁷.
- Anote-se que a lei vigente à data da prática dos factos, para efeitos do Direito dos Contratos Públicos, no que aos contratos adicionais se refere, é a do art.º 370.º, n.º 2, al. c), na versão originária, por força do disposto no artigo 5.º do DL 149/2012 (sob epígrafe «Entrada em vigor e produção de efeitos»).
- 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.
- É caso do DL 149/2012, que, aquando da prática dos factos não estava em vigor (art.º 5.º do diploma), e cujo termo de vigência ocorreu quando entrou em vigor o DL 111-B/2017.
- 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.º 4 do art.º 2.º do CP e n.º 4 do art.º 29.º da CRP.
- Esta é, de resto, uma questão que é unanimemente reconhecida⁸.

⁷ In Código Penal Anotado, 5.ª edição, p. 108., em anotação ao art.º 2.º do Código Penal.

⁸ Vide Taipa de Carvalho, In «Sucessão e Leis penais», Coimbra Editora, pp. 150 e 151; vide sentença da 3.ª Secção do Tribunal de Contas, tirada do Proc. n.º 5- JRF/2012.

- Ora, tendo os trabalhos adicionais ascendido a 9,71% do preço contratual inicial, podiam estes ter sido adjudicados, por ajuste direto, por ser este o regime, concretamente mais favorável - o da alínea c) do n.º 2 do art.º 370.º do CCP, na redação do DL 149/2012.
- E isto porque a aplicação do art.º 370.º, n.º 2, al. c), na redação do DL 149/2012, permite a absolvição dos Demandados por falta de um elemento objetivo típico da infração. Na verdade, e ao invés do que parece resultar do recurso interposto pelo M.P., só se verifica a infração prevista na alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC quando, em concreto, se verificar a violação de uma norma legal ou regulamentar relativa à contratação pública. Sem esta violação soçobra a infração aí prevista, que o mesmo é dizer que o tipo legal de infração financeira sancionatória só se mostra perfeito/completo, quando se verificar a violação da chamada norma secundária.
- Nenhuma infração pode, assim, ser imputada aos Demandados.

3. DECISÃO

Termos, em que como os fundamentos expostos, se decide julgar improcedente o recurso interposto pelo MP, mantendo-se a decisão recorrida.

Não são devidos emolumentos.

Registe e notifique.

Publicite-se omitindo os nomes de todas as pessoas singulares, v.g. Demandados.

Lisboa, 09 de julho de 2018

Os Juízes Conselheiros

(Helena Ferreira Lopes - Relatora)

(Laura Tavares da Silva)

(Fernando de Oliveira Silva – Com declaração de voto vencido)

Recurso Ordinário n.º 1/2018 - 3ª Secção

DECLARAÇÃO DE VOTO DE VENCIDO

Voto vencido, sem prejuízo do devido respeito por opinião discordante, essencialmente pelas seguintes razões:

Ao contrário do entendimento que fez vencimento, não creio que estejamos no caso perante uma situação enquadrável no instituto da lei penal mais favorável.

Com efeito, o artigo 29.º, n.º 4 da CRP estabelece que *«ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respetivos pressupostos, aplicando-se retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido»*. E o artigo 2.º, n.º 4 do Código Penal, em concretização daquela norma constitucional, estabelece: *«Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente»*.

Em ambos os preceitos assinalados está em causa a aplicação da lei penal mais favorável ao arguido.

Assim, a questão que se coloca é a de saber se a nova redação dada ao artigo 370.º do Código dos Contratos Públicos pelo Decreto-Lei nº 149/2012, de 12 de julho, e mais recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (que alteraram o limiar máximo de trabalhos a mais em empreitadas de obras públicas) pode configurar uma situação de aplicação de lei penal mais favorável aos arguidos.

No meu entendimento, não, uma vez que a referida norma do CCP é, fundamentalmente, uma disposição de direito administrativo, de âmbito procedimental, limitando-se a configurar o quadro normativo no qual se move o regime da modificação de contratos de empreitada de obras públicas, com o objetivo de salvaguardar a estabilidade do objeto contratual, evitando que, por via da modificação contratual, se coloque em crise os princípios da concorrência e da igualdade de tratamento dos concorrentes.

A norma de natureza penal ou sancionatória principal não é, pois, esta, mas sim o artigo 65.º, n.º 1, al. l) da LOPTC, segundo a qual o Tribunal de Contas pode aplicar multas nos casos de violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública. E esta norma da LOPTC não mudou, pelo que não estamos em presença de disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível diferentes das estabelecidas em leis

posteriores. Estamos tão só perante disposições administrativas diferentes, em matéria de limiares para a realização de trabalhos a mais, que têm o seu espaço temporal de aplicação determinado legalmente, normas essas que não podem ser deslocadas do enquadramento normativo-procedimental em que se inserem.

E, diga-se, aliás, ainda que se pretenda considerar tais disposições administrativas como normas sancionatórias secundárias (para efeitos de aplicação do artigo 65.º, n.º 1, al. I) da LOPTC), elas apresentam quadros normativos tão distintos que se torna tarefa extremamente difícil, para não dizer quase impossível, catalogar um deles como o mais favorável: é que, se na redação do CCP de 2008 existiam dois limites cumulativos à realização de trabalhos a mais (o preço atribuído aos trabalhos a mais, deduzido dos trabalhos a menos, não podia exceder 5% do preço contratual, e o somatório do preço atribuído aos trabalhos a mais com o dos trabalhos de suprimento de erros e omissões não podia exceder 50% do preço contratual), na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, mantida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017 (embora com a designação de trabalhos complementares resultantes de circunstâncias imprevisíveis) o limite passou a ser um só (o preço atribuído a tais trabalhos a mais ou complementares não podia exceder 40% do preço contratual), eliminando-se, porém, a possibilidade de compensação de trabalhos a mais com trabalhos a menos e a possibilidade de somar trabalhos a mais com trabalhos de suprimento de erros e omissões. Quer isto dizer, em termos práticos, que o valor de trabalhos a mais de 9,71%, apurado no caso concreto, foi calculado à luz da compensação de trabalhos a mais com trabalhos a menos, compensação que não seria legalmente possível na vigência do regime introduzido quer pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, quer pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, sendo que, na linha do defendido pelo Ministério Público, «*Não pode ser desconsiderado que o mesmo Decreto-Lei também procedeu à revisão do regime jurídico de erros e omissões, pelo que a manutenção do regime dos trabalhos a mais deve ser analisada in totum, em decorrência do princípio da coerência normativa*».

Em suma, e em linha com a supracitada coerência normativa, mas também com os já referidos princípios da estabilidade do objeto contratual e da concorrência, o regime de trabalhos a mais ou complementares em empreitadas de obras públicas, enquanto instrumento limitador de modificações contratuais, não pode ser descolado do regime procedimental mais vasto em que se insere, que começa com o planeamento e termina com a execução da empreitada.

Donde decorre que, a meu ver, o regime constitucionalmente consagrado de “lei penal mais favorável” não tem aplicação no caso concreto.

Acolho, pois, o entendimento expresso no recurso do Ministério Público, pelo que o meu voto é no sentido de ser julgado procedente o referido recurso, devendo alterar-se a sentença recorrida na parte em que absolve os demandados quanto à primeira infração que lhes é imputada.

Lisboa, 9 de julho de 2018

O Juiz Conselheiro

(Fernando Oliveira Silva)

ACÓRDÃO N.º 11/2018 – 3.ª Secção - PL

RO n.º 1/2018

(Processo n.º 3/2017)

Descritores: Trabalhos a mais/ limites legais/ aplicação da lei no tempo/ princípio constitucional da aplicação da lei mais favorável/ lei intercalar mais favorável

SUMÁRIO

1. O art.º 370.º, n.º 2, al. c), do CCP, na versão originária, dispunha que não podia ser ordenada a execução de trabalhos a mais quando «*o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo os anteriores trabalhos a mais, e deduzido do preço de quaisquer trabalhos a menos, não exceder 5% do preço contratual*»;
2. Com a entrada em vigor do DL 149/2012, de 12 de julho, a alínea c) do n.º 2 do art.º 370.º do CCP, aumentou aquela percentagem, que era de 5%, para 40% do preço contratual; atualmente vigora a redação trazida pelo DL 111-B/2017, de 31 de agosto, que aprovou o NCCP, e que fixou o limite legal em 10% do preço contratual;
3. Por força do artigo 5.º, n.º 1, do DL 149/2012, o artigo 370.º, n.º 2, alínea c), do CCP, na redação dada por esse diploma, só seria aplicável aos procedimentos de formação dos contratos públicos iniciados a partir da data da sua entrada em vigor e à execução dos contratos que revestissem a natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data; por força do artigo 12.º, n.º 1 do DL n.º 111-B/2017, o artigo 370.º, n.º 2, alínea d), do CCP, também só seria aplicável aos procedimentos de formação dos contratos públicos iniciados após a entrada em vigor do referido DL, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos;

4. Tendo, *in casu*, os trabalhos adicionais ascendido a 9,71% do preço contratual inicial, esta percentagem encontra-se dentro dos limites legais fixados nos Decretos-Lei n.ºs 149/2012 e 111-B/2017;
5. A limitação de aplicabilidade do regime do DL 149/2012 aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados a partir da sua entrada em vigor tem de entender-se à luz do princípio geral de aplicação da lei no tempo em matéria de contratação pública;
6. Princípio geral que se extrai do artigo 16.º, n.º 1, do DL 18/2008, de 29.01, que aprovou o CCP, nos termos do qual a contratação pública se rege pela lei em vigor no momento em que se inicia o procedimento, ou seja, pela lei em vigor aquando da decisão de contratar – cf. artigo 36.º, n.º 1, do CCP;
7. No que se refere ao direito sancionatório financeiro é-lhe aplicável subsidiariamente o disposto nos títulos I e II da Parte Geral do Código Penal, por força do art.º 67.º n.º 4 da LOPTC, designadamente o princípio da aplicação da lei mais favorável previsto no art.º 2.º do CP; tal representa a concretização do comando constitucional previsto no art.º 29.º n.º 4 da CRP, ou seja, representa a concretização do princípio da aplicação retroativa da lei penal [*in casu*, lei sancionatória] mais favorável.
8. Entendendo o legislador que o interesse público, geral e especial, relativo à questão da introdução de alterações ao objeto do contrato após a sua celebração, é satisfeito com uma percentagem bastante maior de trabalhos a mais comparativamente com a existente anteriormente, e se aquela nos reconduz a uma atuação lícita e não sancionável ao invés do que ocorria anteriormente, então terá de aplicar-se aquela percentagem retroativamente, por ser mais favorável.
9. Equivale isto a dizer que qualquer interpretação dos artigos 5.º e 12.º, respetivamente, dos DL 149/2012 e 111-B/2017 - normas dirigidas ao direito dos contratos públicos e não ao direito sancionatório - de que resulte a preterição da aplicação do princípio da lei mais favorável é inconstitucional por violação do artigo

29.º, n.º 4, 2.ª parte, da CRP e do artigo 2.º, n.º 4, da 1.ª parte, do Código Penal, aplicável *ex vi* art.º 67.º n.º 4 da LOPTC.

10. 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.

11. É caso do DL 149/2012 que, aquando da prática dos factos não estava em vigor (art.º 5.º do diploma), e cuja vigência terminou quando entrou em vigor o DL 111-B/2017.

12. 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.º 4 do art.º 2.º do CP e n.º 4 do art.º 29.º da CRP.