

Processo n° 702/2011
(Autos de recurso contencioso)

Data: 25/Setembro/2014

Assunto: Concurso público
Revogação do acto recorrido
Acto revogatório
Extinção da instância por inutilidade superveniente da lide

SUMÁRIO

- Quando se verifica a prática, na pendência do recurso contencioso, do acto revogatório do acto recorrido, deve ser decretada extinta a instância recursória por inutilidade superveniente, e só poderá haver lugar ao prosseguimento do recurso enquanto o processo não tenha chegado definitivamente ao seu termo, nomeadamente quando o recorrente vier requerer que o recurso prossiga contra o novo acto (revogatório), prosseguimento esse determinado fundamentalmente por razões de economia processual.

- Diz-se revogação o acto administrativo que se destina a extinguir os efeitos de outro acto administrativo anterior, e não devendo ser confundidos com a revogação os casos em que a Administração declara a inexistência, ou a nulidade, de um acto administrativo anterior.

- Não estão sujeitos à revogação os actos que, por sua natureza, não estão em condições de produzir

quaisquer efeitos, como é o caso dos actos nulos e dos actos inexistentes, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 128.º do Código do Procedimento Administrativo.

- Não se vislumbrando a prática de qualquer acto revogatório de acto anterior, nem se descortinando a sua modificação ou substituição por outro com os mesmos efeitos, somos a entender que, salvo o devido respeito, não pode haver lugar ao prosseguimento do recurso contencioso contra o "novo" acto, ao abrigo do disposto no artigo 79.º do Código de Processo Administrativo Contencioso.

- Antes devendo a recorrente, por que não estava impedida, recorrer contenciosamente, de forma autónoma, do "novo" acto administrativo, segundo os termos gerais.

- Uma vez declarado nulo o acto administrativo anterior, há-de ser julgada extinta a instância do recurso contencioso por inutilidade superveniente da lide, segundo se estatui na alínea e) do artigo 84.º do Código de Processo Administrativo Contencioso.

O Relator,

Tong Hio Fong

Processo nº 702/2011
(Autos de recurso contencioso)

Data: 25/Setembro/2014

Recorrente:

- A

Entidade recorrida:

- Chefe do Executivo

Acordam os Juizes do Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I) RELATÓRIO

A, sociedade com sede em Áustria, melhor identificada nos autos, interpôs o presente recurso contencioso de anulação do despacho do Exm.º Chefe do Executivo, de 5.8.2011, que adjudicou a obra relativa ao Concurso Público Internacional para a Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau a favor do Consórcio B.

Na pendência do recurso, a entidade recorrida informou este Tribunal que, por seu despacho de 2.8.2012, foi declarada nula a adjudicação efectuada por despacho de 5.8.2011, ora decisão recorrida, pedindo, em consequência, a este TSI que se declare a extinção da presente instância recursória por inutilidade superveniente da lide, ao abrigo do disposto na alínea e) do artigo 84º do Código de Processo Administrativo Contencioso. Nesse mesmo despacho, foi autorizada a

adjudicação da obra relativa ao Concurso Público Internacional para a Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau a favor do Consórcio B.

Tendo sido notificada do pedido formulado pela entidade recorrida, a recorrente veio requerer o prosseguimento do recurso contencioso contra o "novo" acto de adjudicação.

Ouvidas a entidade recorrida e as contra-interessadas, ambas pugnaram pelo indeferimento do pedido da recorrente, insistindo pela declaração da extinção da instância do recurso contencioso por inutilidade superveniente da lide.

*

O Ministério Público deu, oportunamente, o seguinte parecer:

"Na pendência do recurso contencioso em apreço, o Exmo. Senhor Chefe do Executivo lançou, em 02/08/2012, despacho de «同意 Concorde» na Informação n.º 267/CGIA/2012 (doc. de fls. 541 a 548 dos autos). Nos termos do art. 115º, n.º 2 do CPA, esta faz parte integrante daquele despacho.

Interpretado em harmonia do teor da dita Informação, o despacho do Exmo. Sr. Chefe do Executivo de 02/08/2012 consiste em declarar nulo o acto objecto deste Processo n.º 702/2011, e proceder à adjudicação nos termos das Propostas n.º 24 e n.º 25 da mesma

Informação.

No Requerimento de fls. 552 dos autos, a recorrente «A» pediu, ao abrigo do disposto nos n.º 1 e n.º 2 do art. 79º do CPAC, o prosseguimento do presente processo e de substituição do objecto, tendo por objecto o despacho do Exmo. Sr. Chefe do Executivo de 02/08/2012 (a seguir designa-se Novo despacho).

A entidade recorrida pugnou pelo indeferimento liminar do pedido de prosseguimento, e também pela extinção desta instância por impossibilidade superveniente da lide, invocando “três razões fundamentais” na peça de fls. 554 a 558 dos autos.

É verdade que o n.º 1 do art. 79º do CPAC prevê apenas revogação retroactiva e acompanhada de nova regulamentação, ou seja, revogação com efeito retroactivo e simultaneamente substitutiva no sentido de regular de novo a situação jurídica em causa.

Porém, as faculdades consignada nos arts. 79º a 81º deste diploma legal representam concretização e manifestação do princípio pró actione e, em certa medida, ainda do de economia processual, e estes três artigos têm de ser interpretados em conformidade com o princípio da tutela jurisdicional efectiva.

Tendo por base a axiologia subjacente, entendemos que o n.º 1 do art. 79º não repugna a faculdade de requerer o prosseguimento quando o acto contenciosamente recorrido vier a ser declarado nulo pelo novo acto que se acompanhe de nova regulamentação e, aliás, o seu n.º 2 abrange a substituição contida no acto declarativo da nulidade do acto recorrido.

No caso sub judice, a própria Informação n.º 267/CGIA/2012 revela que ao lado de declarar nula a adjudicação incorporada no despacho lançado na Informação n.º 696/GDI/2011, o dito Novo Despacho procedeu à nova adjudicação e atribuiu à qual a eficácia retroactiva de acordo com o n.º 25 daquela Informação n.º 267/CGIA/2012.

Ora, esta eficácia retroactiva cautelosamente fixada implica que regulamentando a situação encoberta pela anterior adjudicação declarada nula, a nova adjudicação produz propositadamente efeito, prático e jurídico, de substituí-la. Daí flui que, segundo nos parece, a nova adjudicação se configura na "substituição" prevista no n.º 2 do art. 79º do CPAC.

Ora bem, a Informação n.º 267/CGIA/2012 mostra ainda que a recorrente «A» foi uma das 4 concorrentes cujas Propostas viram admitidas e analisadas, para efeitos de adjudicação, pela Comissão de Avaliação.

Nos termos da alínea b) do art. 33º do CPAC, a jurisprudência dos Venerandos TSI e TUI entendem pacificamente que a recorrente detém legitimidade para interpor recurso contencioso do Novo Despacho por ter interesse directo, pessoal e legítimo na anulação do mesmo.

Seja como for, o certo é que sendo actualmente eventual por não ser judicialmente constatada, a ilegitimidade aduzida nas contestações de fls. 223 a 253 e de fls. 279 a 306 dos autos não acarreta necessariamente a ilegitimidade para recorrer contenciosamente do Novo Despacho.

A anterior adjudicação foi oficiosamente declarada nula pelo Novo Despacho. No ordenamento jurídico de Macau, os actos administrativos podem ser, a todo o tempo, contenciosamente impugnados e declarado por tribunal (arts. 123º, n.º 2 do CPA e 25º, n.º 1 do CPAP).

O que determina a insubsistência dos argumentos aduzidos pela recorrente nos arts. 18º e 19º da peça de fls. 554 a 558 dos autos.

Ambas as partes reconhecem que em 11/09/2012, a recorrente foi notificada do referido Novo Despacho. O que torna claro e certo que datado de 24/09/2012 (cfr. fls. 552 dos autos), o Requerimento do prosseguimento deste processo e de substituição do objecto é tempestivo por ficar dentro do prazo legal para interpor o recurso contencioso do Novo Despacho.

Por todo o expendido acima, entendemos que se deverá deferir o apontado Requerimento de prosseguimento deste processo e de substituição do objecto.”

*

II) FUNDAMENTOS DE FACTO E DE DIREITO

Resulta provada dos elementos constantes dos autos, designadamente do processo administrativo, a seguinte matéria de facto com pertinência para a decisão do incidente sobre a (in)admissibilidade do prosseguimento do recurso contencioso contra o acto de adjudicação praticado em 2.8.2012:

A recorrente apresentou-se ao Concurso Público Internacional destinado à obra de Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau, declarado aberto por anúncio publicado no Boletim Oficial n° 13, II Série, de 31.3.2010.

Por deliberação da Comissão de Abertura das Propostas do Concurso, de 25.6.2010, a proposta da recorrente não foi admitida. (cfr. fls. 16 da pasta 1 dos cadernos de encargos)

Dessa deliberação foi apresentada, pela recorrente, reclamação para aquela Comissão e, posteriormente, o competente recurso hierárquico junto do Exm.º Chefe do Executivo, tendo este sido indeferido por seu despacho de 4.11.2010. (cfr. fls. 25 e seguintes da pasta 4 dos cadernos de encargos)

Do despacho foi interposto recurso contencioso para o TSI, e por Acórdão de 28.7.2011, foi negado provimento ao recurso.

Por despacho do Exm.º Chefe do Executivo, de 5.8.2011, foi adjudicada à contra-interessada (Consórcio B) a obra de Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau. (cfr. fls. 1 e seguintes da pasta "Avaliação de propostas" com o n° 1/4)

Inconformada com a decisão proferida pelo TSI, dela recorreu para o TUI, e por Acórdão de 12.10.2011, no âmbito do Processo n° 45/2011, foi anulada a deliberação da Comissão de Abertura das Propostas na parte em que não admitiu a proposta da recorrente. (cfr. fls. 185 e seguintes dos autos de recurso)

Em 20.10.2011, a recorrente interpôs recurso contencioso de anulação do despacho do Exm.º Chefe do Executivo, de 5.8.2011, que adjudicou a referida obra de Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau, ora decisão recorrida. (cfr. fls. 2 e seguintes dos autos de recurso)

Em execução da decisão judicial proferida pelo TUI no âmbito do Processo n° 45/2011, a Administração procedeu-se à reabertura do Concurso, admitindo a proposta da recorrente, nos termos da deliberação tomada em 25.11.2011. (cfr. fls. 735 e seguintes da pasta "Informação" com o n° 4/4)

Em 7.9.2012, o Exm.º Chefe do Executivo veio informar este TSI que por seu despacho de 2.8.2012, declarou nula a adjudicação efectuada por despacho de 5.8.2011, pedindo, em consequência, que seja declarada extinta a instância do recurso contencioso em curso, por inutilidade superveniente da lide. (cfr. fls. 540 e

seguintes dos autos de recurso)

Nesse mesmo despacho de 2.8.2012, a entidade recorrida adjudicou a obra relativa ao Concurso Público Internacional para a Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau a favor do Consórcio B. (cfr. fls. 540 e seguintes dos autos de recurso)

Tendo sido notificada dessa informação, a recorrente requereu, em 24.9.2012, o prosseguimento do recurso contencioso tendo por objecto o "novo" acto de adjudicação. (cfr. fls. 552 dos autos de recurso)

*

A questão incidental que se coloca é saber se, com a declaração de nulidade do acto de adjudicação efectuado por despacho do Exm.º Chefe do Executivo em 5.8.2011, ora decisão recorrida, deverá a instância recursória ser julgada extinta por inutilidade superveniente da lide, ou poderá haver lugar ao prosseguimento do recurso contra o "novo" acto de adjudicação tal como foi solicitado pela recorrente.

Cumprе decidir.

Dispõe o n° 1 do artigo 79° do Código de Processo Administrativo Contencioso que *"quando seja praticado, na pendência do processo, acto revogatório do acto recorrido com efeitos retroactivos, acompanhado de nova*

regulamentação da situação, pode o recorrente requerer que o recurso prossiga tendo por objecto o acto revogatório, com a faculdade de alegação de novos fundamentos e do oferecimento de diferentes meios de prova, sempre que o requerimento seja apresentado no prazo para interposição do recurso do acto revogatório e antes do trânsito em julgado da decisão que julgue extinta a instância, e que o tribunal seja competente para o conhecimento do recurso do acto revogatório”.

Trata-se aqui de uma situação de modificação objectiva da instância, e que se destina a regular as consequências da emissão, na pendência do recurso contencioso, de um acto revogatório do acto recorrido.

Por outras palavras, esta disposição contempla o caso da revogação anulatória, ou seja, da revogação fundada na anulabilidade do acto, que opera ex tunc, fazendo retroagir os seus efeitos jurídicos ao momento da prática do acto revogado¹.

Em princípio, quando se verifica a prática, na pendência do recurso contencioso, do acto revogatório, deve ser decretada extinta a instância recursória por impossibilidade superveniente, e só poderá haver lugar ao prosseguimento do recurso enquanto o processo não tenha

¹ Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, in Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2010, pág. 427

chegado definitivamente ao seu termo, nomeadamente quando o recorrente vier requerer que o recurso prossiga contra o novo acto (revogatório), prosseguimento esse determinado fundamentalmente por razões de economia processual.²

Diz-se revogação o acto administrativo que se destina a extinguir os efeitos de outro acto administrativo anterior.³

Entende ainda o mesmo autor que não devem ser confundidos com a revogação os casos em que a Administração declara a inexistência, ou a nulidade, de um acto administrativo anterior⁴, razão pela qual não estão sujeitos à revogação os actos que, por sua natureza, não estão em condições de produzir quaisquer efeitos, como é o caso dos actos nulos e dos actos inexistentes⁵.

Isto é o que resulta da alínea a) do n° 1 do artigo 128° do Código do Procedimento Administrativo.

Enquanto a revogação tem por objecto destruir ou fazer cessar os efeitos de outro acto administrativo anterior praticado pelo mesmo órgão ou por um seu delegado ou subalterno⁶, já que o acto ferido de nulidade

² Obra citada, pág. 429

³ Diogo Freitas do Amaral, in Direito Administrativo, Volume III, 1989, pág. 351

⁴ Obra citada, pág. 355

⁵ Obra citada, pág. 365

⁶ Acórdão do TSI, no Processo 684/2008

é um acto existente juridicamente que preenche todos os elementos indispensáveis ao conceito de acto administrativo, mas que devido a um vício grave, fica sujeito por lei a um regime idêntico ao de acto inexistente. Nessa medida não pode ser objecto de revogação, mas apenas de declaração de nulidade⁷.

Segundo Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro e José Cândido de Pinho, *“Os actos nulos não produzem quaisquer efeitos. Por isso, não é possível destruir ou fazer cessar efeitos que nunca ocorreram. A Administração pode declarar que certo acto é nulo. Mas se pretender revogar um desses actos, a revogação carece de pressuposto e conteúdo e, por conseguinte, é também nula”*.⁸

No vertente caso, o despacho de 2.8.2012 do Exm.º Chefe do Executivo consubstancia duas realidades: uma consiste na declaração de nulidade do acto administrativo anterior por si praticado em 5.8.2011, e outra traduz-se num “novo” acto de adjudicação da obra relativa ao Concurso Público Internacional para a Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau a favor do Consórcio B.

Quanto à primeira parte, somos a entender que,

⁷ Robin de Andrade, citado nesse Acórdão do TSI, no Processo 684/2008

⁸ Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro e José Cândido de Pinho, in Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau, pág. 746 e 747

por aquele "novo" despacho se destinar a declarar nulo o acto de adjudicação praticado em 5.8.2011, ora decisão recorrida, na medida em que se trata dum acto consequente do acto judicialmente anulado, não se vislumbra a existência de um acto revogatório do acto recorrido, considerando que não se pode revogar um acto nulo, razão pela qual não se verificam as condições de admissibilidade do prosseguimento do recurso contra esse "novo" acto, nos termos previstos no n° 1 do artigo 79° do Código de Processo Administrativo Contencioso.

E em relação à segunda parte do despacho de 2.8.2012, esta traduz-se na prática de um "novo" acto de adjudicação decorrente da repetição do procedimento do concurso, com nova admissão de propostas, tendo sido determinado, na sequência de uma nova avaliação das propostas, o novo adjudicatário, embora este seja o mesmo da adjudicação anterior.

Embora se disponha no n° 2 do artigo 79° do Código de Processo Administrativo Contencioso que o recorrente pode requerer o prosseguimento do recurso contra o "novo" acto quando o acto recorrido for modificado ou substituído por aquele, com os mesmos efeitos, mas a verdade é que, melhor analisadas as circunstâncias do caso, julgamos que o acto recorrido nunca teria sido modificado ou substituído pelo "novo"

acto de adjudicação.

Escreve José Cândido de Pinho que “a modificação constitui uma parte nova que pode consistir no aditamento ou na alteração de parte do seu conteúdo. Quer dizer, o acto primitivo (que não chega a desaparecer) passa a ter uma parte nova; à parte modificada aplicam-se as normas da revogação. A substituição importa também a prática de um acto novo que tem um conteúdo diferente (com uma diferente carga substantiva e dispositiva) e, porventura, até oposto ao primitivo, mas com os mesmos efeitos. Marcelo Caetano dizia que, embora o novo acto substitutivo não tenha por objecto directo e explícito o acto primitivo, implicitamente revoga-o. A substituição tem, na prática, um efeito semelhante à revogação, na medida em que o acto substitutivo colide com o anterior, cuja manutenção deixa de ter sentido ou justificação”.⁹ - sublinhado nosso

Salvo o devido respeito por melhor opinião, entendemos que o acto recorrido nunca teria sido modificado nem substituído pelo “novo” acto de adjudicação, senão vejamos.

Em primeiro lugar, como já acima se referiu, o acto recorrido foi declarado nulo por ser um acto

⁹ José Cândido de Pinho, in Manual de Formação de Direito Processual Administrativo Contencioso, CFJJ, 2013, pág.184

consequente de acto judicialmente anulado, nos termos do artigo 122º, nº 2, alínea i) do Código do Procedimento Administrativo, daí que, deixando o acto primitivo ou anterior de ter existência jurídica, não faz sentido falar-se em modificação do acto recorrido.

Em segundo lugar, não podemos menosprezar que o “novo” acto de adjudicação surge na sequência de um novo procedimento administrativo concursal, nomeadamente com a reabertura do acto público do concurso, nova admissão e avaliação de propostas, e em consequência, foi determinado o novo adjudicatário, isto significa que, por ser tudo novo, o “novo” acto de adjudicação nada tem a ver com o acto de adjudicação anterior que foi declarado nulo.

Em bom rigor, como dizem Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, este tipo de modificação da instância abarca as situações em que o acto revogatório substituía o anterior para efeito de expurgar algum dos vícios em que aquele incorria ou para aduzir uma nova fundamentação jurídica susceptível de sustentar a definição jurídica do caso.¹⁰, mas sem embargo de melhor opinião, não é o caso.

Nesta conformidade, não se vislumbrando a prática

¹⁰ Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, in Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2010, pág. 430

de qualquer acto revogatório de acto anterior, nem se descortinando a sua modificação ou substituição por outro com os mesmos efeitos, somos a entender que, preenchidos não estão os requisitos previstos no artigo 79º do Código de Processo Administrativo Contencioso, não pode haver lugar ao prosseguimento do recurso contencioso contra o "novo" acto de adjudicação.

Em boa verdade, a recorrente deveria, por que não estava impedida, recorrer contenciosamente, de forma autónoma, do "novo" acto de adjudicação, nos termos gerais.

Finalmente, uma vez que, por despacho de 2.8.2012, foi declarado nulo o acto de adjudicação da obra efectuado por despacho de 5.8.2011, temos que julgar extinta a presente instância do recurso contencioso por inutilidade superveniente da lide, ao abrigo do disposto na alínea e) do artigo 84º do Código de Processo Administrativo Contencioso.

*

Uma vez declarada extinta a instância, fica prejudicado o conhecimento das restantes questões.

III) DECISÃO

Face ao exposto, acordam em indeferir o pedido da recorrente em que se pede o prosseguimento do recurso

contencioso contra o despacho de 2.8.2012 do Exm.º Chefe do Executivo, e em consequência, **declarando extinta a presente instância recursória.**

Custas do incidente a suportar pela recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 2 U.C.

Custas do recurso contencioso pela entidade recorrida, sem prejuízo da respectiva isenção legal.

Registe e notifique.

Macau, 25 de Setembro de 2014

Tong Hio Fong

Lai Kin Hong

João A. G. Gil de Oliveira

Fui presente

Mai Man Ieng