

Processo n° 671/2015
(Autos de recurso contencioso)

Data: 19/Julho/2018

Assuntos: **Lei de Terras**
Declaração de caducidade da concessão de terreno por falta de aproveitamento

SUMÁRIO

Para as concessões provisórias de pretérito, quando tenha expirado o prazo anteriormente fixado para o aproveitamento do terreno e este não tenha sido realizado por culpa do concessionário, a alínea 3) do artigo 215.º da nova Lei de Terras manda aplicar o n.º 3 do artigo 104.º e artigo 166.º da mesma Lei.

Isto é, aqueles dois preceitos aplicam-se imediatamente, mesmo que estejam em contradição com o convencionado pelas partes no respectivo contrato de concessão, e também independentemente de ter sido aplicada ou não a multa.

Segundo o contrato de concessão, o arrendamento é válido pelo prazo de 50 anos, contados a partir de 29.10.1964, data da outorga da escritura pública da concessão inicial, devendo o aproveitamento do terreno operar-se no prazo global de 42 meses, contados a partir da data da publicação no Boletim Oficial de Macau do despacho que titulou o contrato, ou seja, até Junho de

2003.

Quanto às formalidades administrativas e operações de crédito praticadas pela recorrente, nada têm a ver com a Administração, na verdade, competia à própria recorrente fazer aquilo que melhor entender, mas teria sempre que cumprir os termos contratuais, nomeadamente no tocante ao prazo de aproveitamento, sob pena de sujeitar a certas consequências negativas.

Provado que a concessionária não aproveitou o terreno no prazo de aproveitamento fixado no contrato de concessão, não tendo ela agido diligentemente realizando atempadamente os trabalhos e as obras de aproveitamento, verificada está a culpa da concessionária na falta de aproveitamento do terreno concedido.

O acto de declaração da caducidade é um acto vinculado do Chefe do Executivo, pelo que não há violação dos princípios da proporcionalidade, da igualdade e da imparcialidade, os quais funcionam apenas como limites internos da actividade discricionária da Administração e não no domínio do exercício de poderes vinculados.

O Relator,

Tong Hio Fong

Processo nº 671/2015
(Autos de recurso contencioso)

Data: 19/Julho/2018

Recorrente:

- **Sociedade de Fomento Predial Socipré, Limitada**

Entidade recorrida:

- **Chefe do Executivo**

Acordam os Juizes do Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I) RELATÓRIO

Sociedade de Fomento Predial Socipré, Limitada, sociedade com sede em Macau, com sinais nos autos, inconformada com o despacho do Exm.º Chefe do Executivo que declarou a caducidade da concessão do terreno com a área de 3177 m², situado na Ilha da Taipa, na Avenida Kwong Tung, na Baixa da Taipa, designado por lote BT8, por incumprimento do prazo de aproveitamento do terreno, interpôs o presente recurso contencioso de anulação, formulando na petição de recurso as seguintes conclusões:

“1. Com o presente recurso contencioso, a Recorrente vem pedir a declaração de nulidade ou a anulação do acto administrativo que foi notificado pessoalmente à Recorrente por carta registada com aviso de recepção no dia 12 de Junho de 2015.

2. O acto administrativo foi praticado por Sua Excelência o Chefe do Executivo e consiste na aposição da fórmula “Concordo” na

primeira folha de um documento autónomo intitulado "Parecer", com data de 14 de Maio de 2015, e assinado pelo Senhor Secretário para as Obras Públicas e Transportes (SOPT).

3. Infere-se logicamente do texto daquele "Parecer" do SOPT, mormente das palavras a carregado, que o acto administrativo visa produzir os efeitos de declaração de caducidade da concessão do terreno identificado no mesmo "Parecer", cuja concessionária é a ora Recorrente.

4. Sendo assim, esta decisão do Chefe do Executivo devia observar o disposto no artigo 167º da Lei n.º 10/2013, Lei de Terras.

5. O referido artigo 167º da Lei de Terras estabelece as seguintes exigências de forma:

I) O Chefe do Executivo deve afirmar expressamente que declara a caducidade da concessão.

II) Tal afirmação expressa do Chefe do Executivo deve ser reduzida a escrito, em despacho do Chefe do Executivo; não deve ser, portanto, uma declaração meramente verbal, nem uma declaração a inferir de documentos de outra entidade; deve ser o texto escrito do próprio despacho do Chefe do Executivo a conter a declaração de caducidade da concessão.

III) O despacho do Chefe do Executivo contendo o texto a declarar a caducidade da concessão deve ser publicado no Boletim Oficial.

6. Ora, o acto administrativo impugnado não foi publicado no

Boletim Oficial, em manifesta violação do disposto no artigo 167º do CPA, e este vício de forma é insuprível porque,

7. Faltou lavrar o despacho que contivesse - formalmente e por escrito! - a declaração de caducidade da concessão, como é exigido pelo artigo 167º da Lei de Terras, o que gera outro vício de forma, e também este vício é insuprível porque.

8. Não existe uma decisão final expressa do Chefe do Executivo com o teor "é declarada a caducidade da concessão", como exige o artigo 167º da Lei de Terras para este tipo específico de actos administrativos.

9. Exigência formal que reforça, para este tipo de actos administrativos, os requisitos previstos no artigo 100º do CPA, para a decisão final expressa, afloramento de um princípio geral aplicável à generalidade dos actos administrativos: tem-se entendido que os efeitos, o conteúdo ou sentido, do acto administrativo têm sempre de vir enunciados nele próprio (Mário Esteves de Oliveira/Pedro Costa Gonçalves/J. Pacheco de Amorim, Código do Procedimento Administrativo comentado, 2ª ed., anotação IV ao artigo 125º, p. 604).

10. Ocorrem, portanto, três distintas violações das exigências legais impostas pelo artigo 167º da Lei de Terras, sendo certo que cada violação determina, isoladamente considerada, a invalidade do acto impugnado, por vício de forma, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

11. Mas não é apenas na parte da decisão que o acto

recorrido enferma de vícios de forma. Também há vícios de forma relativamente às exigências legais de fundamentação do acto administrativo.

12. Na verdade, uma vez que extingue direitos e interesses legalmente protegidos da Recorrente, o acto recorrido devia ser expressamente fundamentado, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 114º e do artigo 115º, ambos do CPA.

13. E como o despacho do CE é um mero "Concordo" aposto na primeira folha do parecer do SOPT, deveria texto deste Parecer conter a fundamentação expressa do acto, com a exposição das razões de facto e de direito, nos precisos termos estabelecidos no n.º 1 do artigo 115º do CPA.

14. A fundamentação por remissão obriga a que a informação, parecer ou proposta para que se remete contenha as razões de facto e de direito, ainda que de forma sucinta, mas de modo a que se perceba por que se decidiu naquele sentido. Não contendo tal informação, com suficiência e clareza os motivos, causas ou pressupostos da decisão, estamos perante a falta de fundamentação do acto administrativo: a obscuridade e insuficiência da fundamentação do acto valem como falta de fundamentação. A falta de fundamentação inquina o acto de ilegalidade que determina a sua anulabilidade.

15. Sucede que o parecer do SOPT em cuja primeira folha foi aposto o "Concordo" do CE não contém a exposição das razões de facto e de direito que determinaram a pática do acto; o que nele se lê é: «Consultado o processo supra mencionado e concordando com o que nele

vem proposto pelas razões indicadas naquele, solicito a Sua Excelência o Chefe do Executivo que declare a caducidade da concessão do referido terreno».

16. Esta afirmação genérica e indeterminada a aludir em bloco às razões indicadas no processo não integra no acto administrativo a exposição dos respectivos fundamentos, pelo que não satisfaz as exigências legais: «fundamentações do tipo “pelos motivos revelados no processo” ou “pelas razões feitas saber” não são expressas, por não virem declarados quais são esses motivos ou razões. Não estando eles enunciados ou manifestados no acto, a fundamentação “falta”, não existe» (Mário Esteves de Oliveira/Pedro Costa Gonçalves/J. Pacheco de Amorim (Código do Procedimento Administrativo comentado, 2ª ed., anotação ao artigo 125º, p. 601).

17. A isto acresce que não existe no processo qualquer exposição das razões de direito que determinaram a prática do acto, a qual aliás nunca terá sido sequer elaborada, sabendo-se que «a validade de um acto administrativo afere-se sempre pela conformidade desse acto com o ordenamento jurídico no momento em que ele é praticado» (Freitas do Amaral, Direito Administrativo, p. 429).

18. A Recorrente conjectura, por conhecimento genérico da lei, que os órgãos administrativos poderiam estar a ponderar a aplicação do artigo 215º da Lei n.º 10/2013, Lei de Terras. Mesmo assim, porém, como o artigo 215º tem três alíneas é manifesto que não se pode afirmar, com toda a certeza, qual das alíneas se pretendeu aplicar, visto que não há qualquer indicação expressa a

esse respeito.

19. Não há no texto do acto administrativo recorrido, nem no texto dos elementos existentes no processo - pelo menos naqueles elementos cujo teor foi facultado à Recorrente - uma única linha, uma única palavra a expor o modo como a Administração interpreta o artigo 215º da Lei n.º 10/2013, a indicar quais são os requisitos de cada uma das respectivas alíneas ou a estabelecer a correspondência entre os factos carreados para o processo e as hipóteses daquelas normas jurídicas.

20. Os órgãos administrativos nunca elaboraram qualquer informação, relatório ou parecer sobre a interpretação e aplicação do artigo 215º da Lei n.º 10/2013, Lei de Terras, à concessão aqui em crise.

21. O modo como ocorre, no acto recorrido, a falta de exposição dos fundamentos de facto e de direito é particularmente grave visto que põe em crise todas as finalidades prático-jurídicas do dever de fundamentação expressa dos actos administrativos.

22. Nomeadamente, a decisão final ora impugnada não ponderou as questões suscitadas pela concessionária e também não ponderou as questões suscitadas na parte final do parecer da Comissão de Terras de 15 de Dezembro de 2011, onde se mostra que a prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes é no sentido da não declaração da caducidade da concessão.

23. Assim, além do mais, não é possível conhecer as razões, de facto e de direito, para a não aplicação, à concessão da

Recorrente, dos mesmos critérios com que factualidade semelhante foi anteriormente ponderada, em casos semelhantes, pelo Chefe do Executivo.

24. E a decisão recorrida é de sentido oposto aos despachos do Chefe do Executivo em casos semelhantes, decidindo de modo diferente da prática habitualmente seguida, pelo que devia observar o disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 114º e do n.º 1 do artigo 115º, ambos do CPA.

25. Donde, também esta falta de fundamentação gera um vício de forma do acto administrativo ora impugnado.

26. Ocorrem, portanto, três distintas violações das exigências legais em sede de fundamentação dos actos administrativos:

I) Falta uma exposição das razões de facto que determinaram a decisão, pelo que o acto recorrido é inválido por vício de forma, nos termos conjugados da alínea a) do n.º 1 do artigo 114º e do n.º 1 do artigo 115º, ambos do CPA, e da alínea c) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC;

II) Falta uma exposição das razões de direito que determinaram a decisão, tendo em conta o ordenamento jurídico em Maio de 2015, isto é, ao tempo em que o acto é praticado, pelo que o acto recorrido é inválido por vício de forma, nos termos conjugados da alínea a) do n.º 1 do artigo 114º e do n.º 1 do artigo 115º, ambos do CPA, e da alínea c) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

III) Falta uma exposição das razões de facto e de direito

que determinaram a diferença desta decisão face à prática e aos critérios seguidos pelo Chefe do Executivo em todos os casos semelhantes, nomeadamente aqueles que são identificados no Parecer da comissão de Terras de Dezembro de 2011, pelo que o acto recorrido é inválido por vício de forma, nos termos conjugados da alínea e) do n.º 1 do artigo 114º e do n.º 1 do artigo 115º, ambos do CPA, e da alínea c) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

27. O acto recorrido enferma, ainda, de outro vício de forma, nos termos da mencionada alínea c) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC, por violação do direito de audiência prévia previsto nos artigos 93º e seguintes do CPA.

28. Em 2010 e 2011, quando procuraram criar a aparência formal de cumprimento do disposto nos artigos 93º e seguintes do CPA, os órgãos administrativos verdadeiramente não ouviram e não consideraram os motivos e argumentos aduzidos pela concessionária ora recorrente.

29. Em todo o caso, essas diligências foram feitas em períodos anteriores à conclusão da instrução, pelo que não eram idóneas a satisfazer os requisitos daquelas normas jurídicas do CPA.

30. Nem se objecte com a tese de que teria havido continuidade do procedimento desde 2010 até 2015, sem mais diligências instrutórias posteriores ao parecer da Comissão de Terras de Dezembro de 2011 e sem levar em conta toda a factualidade entretanto ocorrida, porquanto tal tese implicaria, além do mais, a clara violação do disposto nos artigos 61º e 59º do CPA e a ofensa

aos princípios da legalidade, da boa fé, da desburocratização e eficiência consagrados, respectivamente, nos artigos 3º, 8º e 12º do mesmo Código.

31. Entre 2010 e 2015, o contraente público aceitou o pagamento do prémio e os órgãos administrativos continuam a apreciar os projectos para o aproveitamento do terreno objecto da concessão, embora com delongas que são imputáveis aos próprios órgãos administrativos.

32. Salvo o devido respeito, tanto a fidelidade à verdade dos factos, como, até a necessidade de presumir que os órgãos administrativos actuam no âmbito e dentro do perímetro da legalidade administrativa impõem que se conclua que em 2015 há, outrossim, um novo procedimento administrativo, o qual aproveitou o histórico de 2011, mas em que falta a instrução e a ponderação dos factos posteriores, bem como a audiência da concessionária.

33. A consideração isolada de cada um dos vícios que se apontou deve ser complementada por uma sua apreciação de conjunto, global, que tenha em conta o relevo e a repercussão social do assunto mas sem esquecer a preocupação com a veracidade dos factos e o respeito pelos princípios da legalidade e da boa fé, consagrados, respectivamente, nos artigos 3º e 8º do CPA.

34. Salvo o devido respeito, notificar um particular que é parte no contrato de concessão de um terreno de que essa concessão caducou, por uma decisão tácita do Chefe do Executivo, cujo sentido tem de se inferir de um documento elaborado por outra entidade, sem

lhe apresentar uma exposição dos fundamentos de facto e de direito, por conseguinte sem qualquer resposta às questões anteriormente suscitadas pela própria concessionária e recusando-lhe, em 2015, o direito de audiência prévia, sem publicar no Boletim Oficial aquela decisão, e

35. Para mais, em conflito aberto com a veracidade dos factos, mormente dos factos ocorridos de 2010 até ao presente, em que o contraente público aceitou o pagamento do prémio, o qual se encontra totalmente pago, exigiu declarações e garantias bancárias da capacidade financeira e se encontra a apreciar, há vários anos, os projectos pertinentes.

36. Constitui, na percepção da Recorrente, um rol de enfermidades tão graves, que o acto recorrido deve ser considerado nulo, por lhe faltarem os elementos essenciais, nos termos do n.º 1 do artigo 122º do CPA.

Subsidiariamente, mas sem conceder,

37. A Recorrente entende que o acto recorrido está inquinado de ilegalidade por erro nos pressupostos e enferma ainda de vários vícios de violação de lei, mormente por violação dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da proporcionalidade.

Questões de erro nos pressupostos:

38. Começando pelas questões de erro nos pressupostos, a invalidade resulta de diferentes causas e linhas de raciocínio já desenvolvidamente expostas no articulado.

39. Assim, por um lado, a Recorrente sustenta que ocorreu,

na realidade, manifesta violação do princípio do inquisitório, em especial da dimensão material deste princípio, porque os órgãos administrativos não cumpriram os seus poderes-deveres de proceder às investigações necessárias ao conhecimento dos factos essenciais ou determinantes para a decisão, à descoberta e ponderação de todas as dimensões de interesses públicos e privados que se ligam com a decisão final.

40. Em consequência directa dessas violações de lei, mormente do disposto nos artigos 59º e 86º, ambos do CPA, os órgãos administrativos não averiguaram factos relevantes e deixaram de fora do procedimento factos de que tinham conhecimento.

41. Não fora a violação reiterada do princípio do inquisitório, se o procedimento tivesse sido instruído com toda a factualidade pertinente, com a máxima aquisição dos factos referidos no articulado e dos demais que eram conhecidos dos órgãos administrativos instrutores, não ocorresse tal déficit de instrução, e a decisão final teria sido noutro sentido que não o da declaração de caducidade.

42. A decisão teria sido no mesmo sentido das decisões finais que foram tomadas nos procedimentos administrativos em que alguma daquela factualidade foi feita constar e foi ponderada, isto é, a decisão final teria sido a de continuidade da concessão.

43. A violação do princípio do inquisitório inquinou, portanto, por déficit de instrução, o próprio acto administrativo, o qual enferma de ilegalidade, nomeadamente por violação dos artigos

59° e 86° do CPA mas também por violação dos princípios da legalidade e da prossecução do interesse público consagrados, respectivamente, nos artigos 3° e 4° do CPA.

44. Por outro lado, como falta uma exposição das razões de facto e de direito que determinam a decisão recorrida, a Recorrente foi colocando sucessivas hipóteses, cada uma correspondendo a uma hipotética via de fundamentação do acto administrativo, mas após a apreciação de cada hipótese, a Recorrente chega à conclusão que existe erro nos pressupostos que inquina o acto recorrido de ilegalidade.

45. Isto porque, como é sabido, os pressupostos de um acto administrativo devem ser sempre verdadeiros, pois se o autor de tal acto «admite a existência dessa situação quando efectivamente assim não sucede, é evidente que o autor se fundou, por erro, numa situação diferente insusceptível de servir de base à concretização da delegação conferida pela norma legal abstracta. Tal erro produz o resultado de tirar ao acto a sua base legal, tornando-a ilegal. O juiz deve então assimilar este erro de facto à violação da própria lei» (Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, p. 175).

46. A primeira série de hipóteses de fundamentação do acto impugnado assenta numa conjectura comum: o acto recorrido teria aplicado alguma alínea do artigo 215° da Lei n.° 10/2013, Lei de Terras.

47. Nesta primeira série de hipóteses, ao fazer aplicação de

alguma alínea do mencionado artigo da Lei de Terras, o acto recorrido está viciado por erro nos pressupostos.

48. Já por a realidade factual não corresponder às referências a prazos que constam das hipóteses das alíneas 1) e 3) do artigo 215º da Lei de Terras, porque, nomeadamente:

I) As partes nunca atribuíram qualquer efeito prático a esses prazos.

II) Era patente e do conhecimento da Administração que a "Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo" já tinha entregue todos os estudos prévios, anteprojectos de obra (projecto de arquitectura) e projectos de obra a que se referiu posteriormente o artigo Quinto do Contrato de concessão.

III) No acompanhamento da execução do contrato, a Administração não determinou outros prazos à concessionária e deu indicações de que o plano inicial iria ser alterado, alteração que se comprova, aliás, no facto de ter sido adiada, por tempo indeterminado, a execução das infra-estruturas e dos arruamentos assinalados pela letra F.

IV) O contraente público aceitou o pagamento do prémio, o qual se encontra totalmente pago.

V) Em cumprimento de obrigação adicional imposta pela Administração, a concessionária ora Recorrente declarou expressamente o seu interesse no aproveitamento do lote objecto da concessão e prestou garantia bancária comprovativa da sua capacidade financeira.

VI) Os órgãos administrativos estão a apreciar, há vários anos, os estudos e projectos para empreendimento de aproveitamento do lote objecto da concessão.

49. Já também por não estar verificado, na hipótese de aplicação da alínea 3) do referido artigo 215º, o requisito da culpa da concessionária no não aproveitamento do terreno e,

50. Tanto assim, que a Administração concluiu, em casos semelhantes e ponderando os motivos que são igualmente apresentados pela concessionária, ora Recorrente, que a fonte do atraso no aproveitamento assenta também em factos objectivos, alguns até factos notórios, pelo que o atraso no aproveitamento não é culposamente imputável à concessionária.

51. A segunda série de hipóteses de fundamentação do acto recorrido assenta na conjectura de que este acto buscaria fundamento, ainda que meramente formal, no n.º 2 e na alínea a) do n.º 1 da cláusula décima-terceira do contrato de concessão.

52. Nesta segunda série de hipóteses, o acto recorrido está viciado por erro nos pressupostos.

53. Já por a realidade factual relativamente ao lote da Recorrente não verificar a situação prevista na alínea a) do n.º 1 da cláusula décima-terceira do contrato, visto que, nomeadamente:

I) A concessionária nunca foi notificada para intervir ou para se pronunciar relativamente à eventual aplicação de uma multa diária nos termos da cláusula sexta do contrato.

II) A concessionária nunca pagou e nunca foi notificada para

pagar uma multa prevista na cláusula sexta do contrato.

III) A concessionária nunca foi notificada de que iria iniciar-se, estaria a correr ou já teria findo algum prazo fixado pelo contraente público nos termos previstos no n.º 1 da cláusula sexta do contrato.

54. Já por ter havido, na execução das tarefas materiais e jurídicas de interpretação do contrato, violação das regras e critérios legais de interpretação das cláusulas contratuais, conduzindo, de facto, a uma representação errónea do regime contratual.

55. Seja ainda por, em lugar de realizarem as tarefas materiais e jurídicas de interpretação do contrato de concessão que tem por objecto o lote aqui em crise, os órgãos administrativos terem aplicado no procedimento as instruções internas que, a partir de 2010, passaram a aplicar, de modo uniformizado e sem atender aos concretos clausulados, nos procedimentos relativos aos terrenos que a DSSOPT iria tentar reaver para a RAEM sem indemnizações aos seus legítimos detentores.

56. Instruções internas que os colaboradores da DSSOPT supuseram vinculativas já que aprovadas por um despacho do Chefe de Executivo de 31 de Maio de 2010, na sequência de proposta do SOPT elaborada com base na informação n.º 095/DSODEP/2010, de 12 de Maio de 2010, do Departamento da Gestão de Solos da DSSOPT, mas

57. Tais instruções internas violam o disposto no n.º 1 do artigo 173º do CPA e são nulas por vício de usurpação do poder, na

modalidade de usurpação do poder judicial, poder que só aos tribunais compete exercer nos termos dos artigos 82º e 83º da Lei Básica.

58. Salvo o devido respeito, para além de revelarem a infracção das normas jurídicas aplicáveis, as diversas causas de erro nos pressupostos acima expostas inquinam o acto recorrido com várias invalidades porque representam uma clara violação dos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos residentes, consagrados nos artigos 3º e 4º do CPA, e uma ofensa aos princípios da separação de poderes e da independência dos tribunais acolhidos na Lei Básica.

Questões da violação de lei por violação do princípio da imparcialidade:

59. A Recorrente entende que o acto administrativo impugnado incorre em manifesta violação do princípio da imparcialidade previsto no artigo 7º do CPA, pelo que enferma de vícios de violação de lei que determinam a sua anulação nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

60. A predeterminação do resultado que veio a inquinar o acto administrativo tomou forma logo em 2010, quando, em cumprimento de directivas internas, os colaboradores da DSSOPT iniciaram procedimentos administrativos para dar forma jurídica à decisão de se reaverem determinados terrenos.

61. Afigura-se plausível que a tramitação desses

procedimentos terá somente visado criar uma aparência de satisfação das formalidades legais, talvez por se supor que a determinação e o propósito de reaver determinados terrenos identificados num mapa já estavam definitivamente assentes, porque tinham sido aprovados por um despacho do Chefe do Executivo de 31 de Maio de 2010, na sequência de proposta do SOPT elaborada com base na informação n.º 095/DSODEP/2010, de 12 de Maio de 2010, do Departamento da Gestão de Solos da DSSOPT.

62. Foi assim no processo do acto ora impugnado, no qual toda a tramitação ocorrida em 2010 e 2011 serviu somente para criar uma aparência de satisfação das formalidades legais, sem qualquer efeito prático real.

63. E, salvo o devido respeito, a Recorrente entende que a violação do princípio da imparcialidade prosseguiu agora em 2015, com o teor do Parecer do SOPT de 14 de Maio de 2015.

64. Não apenas porque esse Parecer subtraiu à entidade competente para a decisão final, o conhecimento dos factos ocorridos relativamente ao lote em crise, em especial aqueles que se verificaram após 2011.

65. Mas também porque esse Parecer subtraiu à entidade competente para a decisão final, o conhecimento do sentido global da pronúncia da Comissão de Terras.

66. Com efeito, no parecer que é mencionado no considerando 12 do Parecer de 14 de Maio de 2015 do SOPT, a Comissão de Terras pronuncia-se em termos dubitativos, pois, pese embora comece por

acompanhar a DSSOPT na proposta de declaração de caducidade da concessão, termina sublinhando que as decisões do Chefe do Executivo em casos semelhantes são noutra sentido:

«Esta Comissão entende que deve sublinhar que nos procedimentos sobre o incumprimento dos contratos de concessão dos terrenos com as áreas de 15.823m², 8.124m² e 13.517m², situados na ilha da Taipa, junto à Estrada Governador Albano de Oliveira, titulados pelo Despacho n.º 173/SATOP/97, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 53, II Série, de 31 de Dezembro de 1997, Despacho n.º 13/SATOP/98, publicado no Boletim Oficial de Macau 10, II Série, de 11 de Março de 1998 e Despacho n.º 32/SATOP/98, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 17, II Série, de 29 de Abril de 1998, a decisão foi no sentido de não declarar a caducidade da concessão e, por conseguinte, de conceder um novo prazo para execução do respectivo aproveitamento, apesar de se considerar o não cumprimento do contrato imputável às concessionárias.»

67. Portanto, na parte agora transcrita, a pronúncia da Comissão de Terras tem o sentido de reconhecer que a prática seguida pelo Chefe do Executivo na resolução de casos semelhantes e na interpretação dos mesmos princípios e preceitos legais tem conduzido a decisões de sentido oposto àquilo que está a ser proposto pela DSSOPT.

68. Todavia, no texto do "Parecer" de 14 de Maio de 2015, assinado pelo SOPT, que foi submetido a ponderação e despacho do CE, os órgãos administrativos omitem a transcrição ou a referência,

mormente no ponto 12 do respigo de elementos do processo, desta avisada pronúncia da Comissão de Terras.

69. Outra ilustração da violação ostensiva do princípio da proporcionalidade é o facto de se deixar transparecer, nas peças processuais e no referido Parecer de 14 de Maio de 2015, a dúvida sobre se alguma vez foram apresentados estudos e anteprojectos para aqueles terrenos quando, de facto.

70. A pessoa que agora assina o parecer de 14 de Maio de 2015 na qualidade de Secretário para as Obras Públicas e Transportes já tinha tido anteriormente intervenção em estudo técnico bem como participou em reuniões em nome e representação da anterior concessionária do lote, factualidade que representa, por si só, causa de anulação do acto recorrido, por violação da alínea d) do n.º 1 do artigo 46º do CPA.

Questão da violação de lei por violação do princípio da igualdade

71. A Recorrente entende que o acto administrativo impugnado incorre em manifesta violação do princípio da igualdade previsto no artigo 5º do CPA, pelo que enferma de vício de violação de lei que determina a sua anulação nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

72. Quando os primeiros processos da longa série de procedimentos que foram organizados e instruídos pela DSSOPT, com aquela intenção predeterminada de reaver os terrenos identificados no mapa, independentemente das especificidades factuais e jurídicas

de cada caso, subiram ao Gabinete do Chefe do Executivo, os respectivos assessores detectaram as deficiências de instrução, a falta de neutralidade na apreciação de factos notórios e relevantes, assim como a falta de independência na avaliação do relevo para os atrasos nos aproveitamentos das acções e omissões imputáveis aos próprios serviços.

73. Em todos esses processos, a decisão final do Chefe do Executivo foi de sentido oposto ao sentido que a DSSOPT predeterminara e, em lugar da declaração da caducidade, a final houve fixação de novo prazo para aproveitamento do terreno, geralmente acompanhado de aplicação de multa à concessionária.

74. Há muitas semelhanças relevantes entre a situação dos terrenos visados nesses processos, mormente aqueles que a Comissão de Terras expressamente identifica no supra referido parecer, e a situação do lote objecto da concessão em crise:

I) Nos motivos do protelamento do aproveitamento, os quais se prendem com a repercussão de factos notórios e de factos conhecidos da Administração.

II) Na circunstância de todos os processos terem sido organizados e instruídos pelos mesmos órgãos administrativos.

III) Na identidade de pressupostos, tipo de procedimento administrativo e forma observada.

IV) No regime jurídico e nas soluções abstractamente disponíveis para a decisão final em cada processo: continuidade da concessão; continuidade através da fixação de novo prazo;

continuidade através da fixação de novo prazo acompanhado da aplicação de multa contratualmente prevista; declaração de caducidade.

75. É patente, por exemplo, o leque de semelhanças significativas entre o procedimento que conduziu ao acto recorrido e o procedimento administrativo sobre o incumprimento do contrato de concessão do terreno com a área de 15.823m², situado na ilha da Taipa, junto à Estrada Governador Albano de Oliveira, titulado pelo Despacho n.º 173/SATOP/97, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 53, II Série, de 31 de Dezembro de 1997:

I) Também aí a instrução culminou na proposta do SOPT, na sequência de proposta da DSSOPT, com base na informação n.º 191/DSODEP/2010, de 24 de Setembro, de que fosse declarada a caducidade da concessão do terreno pelo Chefe do Executivo e que todo o prémio e juros pagos, assim como o terreno e todas as benfeitorias aí introduzidas revertissem para a posse da RAEM, não havendo lugar a qualquer indemnização.

II) O teor daquela referida informação n.º 191/DSODEP/2010, de 22 de Julho da DSSOPT é similar ao teor das informações e pareceres emitidos no presente processo.

III) Os factos notórios que os assessores do Gabinete do Chefe do Executivo ponderaram e a que foram sensíveis, por se tratar de motivos objectivos ou de circunstâncias de força maior para impedir o aproveitamento desse terreno, coincidem com a factualidade que também teve repercussão negativa no caso do terreno objecto da

impedir o aproveitamento desse terreno, coincidem com a factualidade que também teve repercussão negativa no caso do terreno objecto da concessão em crise.

78. E o certo é que a decisão do procedimento administrativo, tomada por despacho do Chefe do Executivo de 19 de Agosto de 2011, foi no sentido de não declarar a caducidade da concessão do terreno, antes conceder um novo prazo para aproveitamento do terreno e aplicar multa à concessionária.

79. Dois casos semelhantes ao do acto impugnado e, contudo, a decisão recorrida foi de sentido oposto ao das decisões finais daqueles casos semelhantes.

80. Em síntese, o acto administrativo recorrido não usou critérios substancialmente idênticos aos usados naqueles casos semelhantes e é esta mudança de critérios, sem qualquer fundamento material, que viola ostensivamente o princípio da igualdade consagrado no artigo 5º do CPA e gera a invalidade por vício de violação de lei.

Questão da violação de lei por violação do princípio da proporcionalidade e do princípio da protecção dos direitos e interesses dos residentes

81. A Recorrente entende que o acto administrativo impugnado incorre em manifesta violação do princípio da proporcionalidade previsto no artigo 5º do CPA, pelo que enferma de vício de violação de lei que determina a sua anulação nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

82. Com efeito, do lado da concessionária estão reunidos todas as condições para o efectivo aproveitamento do terreno:

I) O contraente público aceitou o pagamento do prémio, o qual se encontra totalmente pago.

II) Em cumprimento de obrigação adicional imposta pela Administração, a concessionária ora Recorrente declarou expressamente o seu interesse no aproveitamento do lote objecto da concessão e prestou garantia bancária comprovativa da sua capacidade financeira.

III) Os órgãos administrativos estão a apreciar, há vários anos, os estudos e projectos para empreendimento de aproveitamento do lote objecto da concessão.

83. Por outro lado, os termos contratuais e a lei prevêem diversas vias para o contraente público não apenas decidir do modo de execução do contrato e fiscalizar a actuação da concessionária mas também para aplicar, se necessário, sanções pecuniárias, mormente sanções pecuniárias compulsórias, à concessionária.

84. As estipulações do contrato estão aliás redigidas, em especial o n.º 1 da cláusula sexta e a alínea a) do n.º 1 da cláusula décima-terceira, em termos que alicerçam a expectativa e o interesse da concessionária em não sofrer os efeitos sancionatórios que a declaração de caducidade acarreta sem que antes tenha havido a aplicação de qualquer multa ou a determinação de um prazo para concluir o aproveitamento.

85. À verificação do atraso no aproveitamento do terreno

deveria ter-se seguido, como de resto sucedeu nos outros processos, a determinação de um novo prazo para a concessionária realizar as prestações que lhe incumbem para efectivar o aproveitamento do terreno, eventualmente acompanhado da aplicação da multa diária contratualmente prevista.

86. É manifesta a ofensa ao princípio da necessidade: não era exigível, nem necessário lesar os direitos e interesses da concessionária, ora recorrente, com a intensidade que resultará da eficácia do acto administrativo impugnado.

87. E é ostensiva a ofensa ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito: a concessionária é quem está na posição de mais rapidamente e com menos despesa realizar as obras e concretizar o aproveitamento do terreno; não há, no caso, qualquer benefício para o interesse público que compensasse a lesão sofrida pela concessionária.

88. O que tudo revela, do mesmo passo, que o modo como o acto recorrido prossegue o interesse público não respeita os direitos e interesses legalmente protegidos da concessionária, como exige o artigo 4º do CPA, pelo que está inquinado de vício de violação de lei que determina a sua anulação nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

Nestes termos e nos melhores de Direito, que V. Exas. doutamente não-de suprir, deve o presente recurso contencioso ser julgado totalmente procedente, por provado e, em consequência, deve o acto recorrido ser declarado nulo ou anulado.”

*

Regularmente citada, apresentou a entidade recorrida contestação, pugnando pela improcedência do recurso.

*

Oportunamente, a recorrente apresentou alegações facultativas, reiterando, no essencial, a sua posição anteriormente assumida.

*

Aberta vista inicial ao Digno Procurador-Adjunto do Ministério Público, foi emitido o seguinte douto parecer:

"Na petição inicial, a recorrente arguiu:

- a inexistência da decisão final expressa com teor "é declarada a caducidade da concessão" como exige o art. 167º da Lei n.º 10/2013 (Lei de Terras), e a falta da publicação;

- o vício de forma por falta de fundamentação, bem como a indevida preterição da audiência;

- a ofensa do princípio do inquisitório por deficit de instrução;

- o erro nos pressupostos de facto por não lhe ter sido aplicado a multa e a falta da notificação da aplicação da multa;

- a violação do art. 173º do CPA, dos princípios

previstos nos art. 3º e 4º do CPA, dos da separação de poderes e da independência dos tribunais de que enferma a Informação n.º 095/DSODEP/2010 de 12 de Maio;

- a violação dos princípios da imparcialidade, da igualdade, da proporcionalidade, e da protecção dos direito e interesse dos residentes.

Salvo respeito pela opinião diferente, a atenciosa leitura leva-nos a sufragar as desenvolvidas e deliberadas explanações da entidade recorrida na douda contestação, em que procedeu a cabal impugnação das arguições da recorrente.

*

1. É verdade que no despacho recorrido, o Exmo. Senhor Chefe do Executivo escreveu apenas «同意/Concordo», não adoptando a expressão de "declarar a caducidade"/"declaração da caducidade", ou equivalente. (vide. fls. 403 do P.A., 403/2010-CT)

Estando colocado no Parecer do Exmo. Sr. STOP (doc. de fls. 403 a 405 do P.A., 403/2010-CT), a declaração de «同意/Concordo» implica que o despacho recorrido acolheu e absorveu inteiramente todo o texto desse Parecer, ou seja, incorpora em si o Parecer na sua íntegra.

Significa isto que o despacho in questio consubstancia em declarar a caducidade proposta pelo

Exmo. Sr. STOP, com os fundamentos por si alegados, cujo nuclear consiste no incumprimento, de molde imputável à recorrente, do prazo de aproveitamento estipulado no n.º1 da Cláusula 5ª do contrato de revisão da concessão por arrendamento de terrenos, titulado pelo Despacho n.º 125/SATOP/99 (doc. de fls. 151 a 172 dos autos).

Sendo assim, e visto que nem a revogada Lei n.º 6/80/M nem a sua sucessora Lei n.º 10/2013 prescreve um modelo estandardizado ou fórmula sacramental para exteriorizar a declaração da caducidade de concessão de terrenos, colhemos que o despacho em causa reúne os requisitos formais e substanciais duma decisão final expressa, definidos no art. 110º do CPA.

De outro lado, publicado no Boletim Oficial n.º 20 de 20/05/2015 de II Série e 2º Suplemento, o Despacho n.º 59/2015 do STOP procedeu à publicação neste Boletim Oficial do despacho recorrido que, mediante absorver todo o texto desse Parecer, declarou a caducidade.

Tudo isto demonstra, sem margem para dúvida, que o despacho em escrutínio satisfaz completamente a todas as exigências do art. 167º da Lei n.º 10/2013. Daqui decorre que, na nossa perspectiva, é inequivocamente insubsistente a 1ª arguição da recorrente.

2. Ora, os dados constantes do sobredito P.A. e o

teor do próprio Parecer do Exmo. Sr. STOP patenteiam concludentemente que ocorreram no ano 2011 as actividades aí mencionadas, a saber: o parecer n.º 30/2011 da Comissão de Terras, o ofício n.º 333/6321.02/DSODEP/2011 enviado à recorrente para efeitos de audiência, a audiência escrita (da recorrente) apresentada em 30/05/2011, a Informação do Departamento Jurídico da DSSOPT de 24/08/2011, e o parecer emanado na reunião de 15/12/2011 pela Comissão de Terras, no sentido da caducidade da concessão.

Bem, a Lei n.º 10/2013 entrou em vigor em 01/03/2014 (art. 223º desta Lei), daí seja notório que os pareceres da Comissão de Terras, informação e ofício atrás aludidos nasceram na vigência da Lei n.º 6/80/M, por isso, os quais alicerçaram-se, como base legal, as disposições nesta velha Lei.

Sucede que o referido Parecer do Exmo. Sr. STOP não indica o seu suporte legal, remetendo para os pareceres da Comissão de Terras e a informação do Departamento Jurídico da DSSOPT, no entanto, o Despacho n.º 59/2015 do STOP e o ofício n.º 177/DAT/2015 mencionam preceitos na actual Lei n.º 10/2013 (docs. de fls. 128 a 130 e 135 a 137 dos autos).

Com efeito, é sensível que o quadro legal alegado na informação do Departamento Jurídico da DSSOPT e nos

pareceres da Comissão de Terras se distingue, de todo em todo lado, das disposições legais às quais aludem o ofício n.º 177/DAT/2015 e o Despacho n.º 59/2015 do STOP.

Tal divergência concernente ao fundamento legal da declaração de caducidade implica uma incongruência/incoerência de molde a não assegurar a plena compreensão do fundamento jurídico (do acto em questão) à ora recorrente, pelo que carece de explicação mais desenvolvida.

Nesta linha de perspectiva, e com todo o elevado respeito pela boa opinião em sentido contrário, afigura-se-nos que o despacho em questão padece do invocado vício de forma por falta de fundamentação que conduz à anulabilidade desse despacho.

*

3. Recebida a audiência escrita da recorrente (doc. de fls. 258 a 267 do citado P.A.), a jurista do DJUDEP da DSSOPT precedeu à sintética e profunda análise da mesma, atendendo aos argumentos aí invocados (doc. de fls. 285 a 317 do citado P.A.). Daí decorre que são manifestamente falsas as arguições nas 61 e 62 conclusões da petição inicial.

Ora, o referido P.A. faz entender que desde a dita audiência escrita até à prolação do Parecer pelo Exmo. Sr. STOP em 14/05/2015 (doc. de fls. 403 a 408 do

dito P.A.), a Administração não realizou, bem ou mal, demais instrução ou diligências complementares.

Deste modo, e em esteira da prudente jurisprudência que preconiza que «Não há lugar a audiência de interessados se não houver instrução» (a título meramente exemplificativo, vide. acórdão do TSI no Processo n.º 841/2015), extraímos que a Administração não carecia de efectuar a segunda audiência e, por isso mesmo, não se verifica *in casu* a indevida preterição da audiência.

*

4. No caso *sub iudice*, o teor da dita audiência escrita da recorrente evidencia solidamente que nenhum dos factos relevantes se encontrava controvertido, embora a recorrente não concordasse, sem hesitação, com o ponto de vista da Administração, traduzido na caducidade da concessão por se ter verificado o irremediável incumprimento do prazo fixado no n.º1 da Cláusula 5ª do contrato de revisão da concessão, titulado pelo Despacho n.º 125/SATOP/99 (doc. de fls. 151 a 172 dos autos).

Ora, a inexistência de facto controverso conduz necessariamente a não se verificar *in casu* a preterição de qualquer diligência essencial para descoberta da verdade material, pelo que não se descortina nem o déficit de instrução, nem a violação do princípio do

inquisitório.

*

5. Nos termos do preceituado no n.º 2 em conjugação com a alínea a) do n.º 1 do art. 166º da Lei n.º 6/80/M, ou na alínea 1) do n.º 1 do art. 166º da Lei n.º 10/2013, a aplicação da multa e a notificação para tal efeito não são obrigatórias nem vinculativas para a declaração da caducidade derivada do incumprimento do prazo de aproveitamento.

Sendo assim, acreditamos que a não aplicação à recorrente da multa contratualmente fixada não chega a constituir o erro nos pressupostos de facto, nem pode desencadear efeito invalidante ao despacho objecto do recurso contencioso em apreço.

*

6. Na nossa modesta opinião, o despacho de autorização do Exmo. Senhor Chefe do Executivo na Informação n.º 095/DSODEP/2010 visa a estabelecer parâmetros de vinculação interna em ordem a executar criteriosamente a Lei n.º 6/80/M e, deste modo, tem o valor de instrução.

Bem, a revogação da Lei n.º 6/80/M pela Lei n.º 10/2013 determina a caducidade desta Informação n.º 095/DSODEP/2010. E de outro lado, é de acentuar que a qual não chega a ser fundamento ou base do despacho em

causa. Daqui decorre que todos os vícios imputados a tal Informação pela recorrente mostram-se totalmente descabidos e inoperantes.

Vale pena acentuar que o art. 167º da Lei n.º 6/80/M e o art. 167º da Lei n.º 10/2013 vêm, sem interrupção, conferindo ao Chefe do Executivo a competência para declarar a caducidade. E adverte a doutrina reputada que: No entanto, a maior parte dos autores aceita a interpretação das cláusulas contratuais como pressuposto dum acto de execução (interpretação implícita). Apenas a interpretação autónoma não pode valer como acto administrativo definitivo e executório, Tem-se também admitido que as cláusulas regulamentares podem ser interpretadas unilateralmente (Lino Ribeiro, José Cândido de Pinho: Código do Procedimento Administrativo de Macau - Anotado e Comentado, p. 978).

Chegando aqui, colhemos tranquilamente que o despacho in questio não infringe o preceituado no art. 173º do CPA, e não faz sentido algum a arguição da violação, pelo dito despacho, dos princípios da separação de poderes e da independência dos tribunais, bem como não existe in casu a usurpação de poder assacada ao mesmo despacho.

7. Fundamentando a arguição da ofensa do princípio da imparcialidade, a recorrente alegou, nos art. 391º e 392º da sua petição, que o actual STOP tinha intervindo estudos técnicos e participado em reuniões «em nome e representação da anterior concessionária do Lote», por ter sido o engenheiro responsável designado.

Antes de mais, impõe-se realçar que a nosso ver, tal como acontece com o desvio de poder, quem argua impedimento ou suspeição assume o ónus de prova da verificação dos correspondentes fundamentos - regra que pode ser extraída mediante interpretação teleológica do disposto dos n.º 2 do art. 47º e n.º 2 do art. 50º do CPA.

Os documentos de fls. 630 a 634 dos autos evidenciam que a intervenção do actual STOP consiste em assumir a responsabilidade, na sua qualidade de engenheiro civil em regime privado, pelos projectos aí referidos que foram apresentados pela então concessionária denominada «Fábrica de Artigos de Vestuários Estilo, Limitada». Tenha-se presente que tal intervenção cessou definitivamente a partir de 14/01/2000 - o que foi atempadamente comunicado à DSSOPT (doc. de fls. 651 dos autos).

Repare-se que o Despacho n.º 125/SATOP/99 operou a revisão do contrato de concessão e a consequente

transmissão dos direitos derivados desse contrato (doc. de fls. 151 a 172 dos autos), e aqueles projectos apresentada pela «Fábrica de Artigos de Vestuários Estilo, Limitada» nunca logram a efectiva execução, ficando abandonado voluntariamente.

Estas vicissitudes aconselham-nos a entender que a intervenção (do STOP antes de 14/01/2000) acima apontada não pode ser equacionada na previsão da alínea d) do n.º 1 do art. 46º do CPA, nem sequer tem a virtude de constituir o fundamento legítimo do impedimento para ele subscrever o Parecer em 14/05/2015 (doc. de fls. 403 a 408 do dito P.A.).

Na nossa óptica, a recorrente nunca oferece prova convincente que demonstre o impedimento ou a suspeição, ou ponha em dúvida a rectidão e isenção do Exmo. Senhor STOP, e é sem dúvida que os seus pareceres não projectam efeito vinculativo às decisões do Chefe do Executivo no que respeite a declarar ou não a caducidade.

Ponderando tudo isto, temos por indiscutíveis a isenção, a lealdade e a fidelidade ao interesse públicos do Exmo. Senhor STOP bem como do Exmo. Senhor Chefe do Executivo, pelo que não se descortina in casu a violação do princípio da imparcialidade.

8. A doutrina alerta-nos que no dia de hoje, é

assente a tese de que o nuclear do princípio da igualdade se traduz em «dar tratamento igual ao que é igual e tratamento desigual ao que é desigual» (Lino Ribeiro, José Cândido de Pinho: Código do Procedimento Administrativo de Macau - Anotado e Comentado, p. 84).

E sem necessidade de citação concreta das fontes, está adquirida e consolidada, no nosso ordenamento, a teoria que vem asseverando que o princípio de igualdade não sobrepõe o de legalidade e só aplica a actos discricionários (não a actos vinculados), e ninguém é titular do direito à igualdade na ilegalidade ou na repetição dos erros

No caso sub iudice, a entidade recorrida alegou, nos arts. 237º e 242º da douda contestação, os factores que distinguem a situação da recorrente dos dois casos por si chamadas à colação (arts. 405º a 413º da petição). Significa isto que existem diferenças substanciais entre essas 3 situações, embora aparentemente semelhantes, nisto reside a razão dos tratamentos desiguais.

Então, uma das duas: - Na hipótese de serem legais os dois despachos (de prorrogação de prazos) aludidos nos arts. 405º a 413º da petição inicial, aquelas diferenças substanciais podem suficientemente justificar e legitimar os tratamentos desiguais; - Na hipótese contrária, a recorrente não tem direito à

igualdade na ilegalidade.

Assim, e ressalvado elevado respeito pela opinião diferente, não podemos deixar de entender que independentemente de enfermar ou não outro vício, a declaração da caducidade consubstanciada no despacho em sindicância não comporta discriminação ou arbitrariedade, por isso, não infringe o princípio da igualdade.

9. Interpretando a Cláusula 13ª do contrato titulado pelo Despacho n.º 125/SATOP/99 e as disposições nos n.º 5 do art. 105º da Lei n.º 6/80/M e n.º 5 do art. 104º da Lei n.º 10/2013, colhemos que enquanto é discricionário o poder de ajuizar se for ou não imputável qualquer incumprimento do prazo de aproveitamento, é já vinculado o poder de declarar a caducidade provocada por incumprimento imputável do prazo de aproveitamento. O que quer dizer que caso a Administração decida que um incumprimento do prazo de aproveitamento seja imputável a concessionário, a única solução legal tem de ser a declaração da caducidade.

Interpretando os n.º 5 do art. 105º da Lei n.º 6/80/M e n.º 5 do art. 104º da Lei n.º 10/2013 em coerência com o preceituado no n.º 1 do art. 788º do Código Civil, chegamos à conclusão de se vigorar a presunção da culpa no seio de contratos administrativos,

mais concretamente, impende-se em concessionário o ónus de provar a inimputabilidade do seu atraso.

Nesta linha, e ponderando de modo équo os argumentos aduzidos sucessivamente na audiência escrita, na petição e nas alegações facultativas, ficamos com impressão de a recorrente não conseguir ilidir a referida presunção da culpa, e não se descortina erro manifesto na conclusão da Administração, no sentido de ser imputável à recorrente o seu incumprimento do prazo de aproveitamento.

Nesta ordem de consideração, e em harmonia com as doutrinas e jurisprudência mais reputadas no que concerne ao princípio da proporcionalidade, inferimos que o despacho impugnado nestes autos não colide com este princípio, e na medida de ser vinculada a declaração da caducidade, está com impossibilidade de contender com tal princípio.

Percorrendo minuciosamente os autos e todos os processos administrativos em apenso, afigura-se-nos inquestionável que a recorrente não apresenta prova capaz de indiciar a violação dos princípios consagrados nos arts. 3º e 4º do CPA, e em boa verdade, é flagrantemente descabida a arguição da recorrente neste sentido.

Por todo o exposto acima, propendemos pela

parcial procedência do pedido do presente recurso contencioso, em virtude do vício de forma por falta de fundamentação.”

*

Corridos os vistos, cumpre decidir.

O Tribunal é o competente.

O processo é o próprio.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas, estão devidamente representadas e têm interesse processual.

Não há outras exceções e nulidades que obstem ao conhecimento de mérito.

II) FUNDAMENTAÇÃO

Resulta provada dos elementos constantes dos autos, designadamente do processo administrativo, a seguinte matéria de facto com pertinência para a decisão do recurso:

A recorrente é uma sociedade comercial com sede em Macau.

Pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, publicado no Boletim Oficial, II Série, n.º 50, de 17 de Dezembro de 1999, o Secretário-Adjunto para os Transportes e Obras Públicas do, então, Governo de Macau, deferiu o pedido de transmissão dos lotes BT6, BT11, BT8, BT9 e BT12 situados

na ilha da Taipa, na Avenida Kwong Tung (antiga estrada Governador Albano de Oliveira), nos termos do contrato acordado entre o Território de Macau, como primeiro outorgante, a sociedade transmitente "Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo, Limitada", como segundo outorgante, e as sociedades transmissárias Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada, Companhia de Investimento Predial Pak Lok Mun, Limitada, Sociedade Fomento Predial Socipré, Limitada, Sociedade Fomento Predial Predific, Limitada e Companhia de Investimento Predial Hoi Sun, Limitada, como terceiro, quarto, quinto, sexto e sétimo outorgantes respectivamente.

Através desse mesmo despacho foi, ainda, deferido o pedido de revisão da concessão de cada um dos lotes, nos termos dos contratos acordados entre o Território de Macau como primeiro outorgante e cada uma das sociedades transmissárias como segundo outorgante.

Nos termos do artigo primeiro do referido contrato, constituiu objecto do mesmo:

1. A reversão a favor do primeiro outorgante, livre de quaisquer ónus ou encargos, para integrar a via pública, da parcela de terreno com a área de 12.376 m², assinalada pela letra "F" na planta n.º 128/89, emitida pela Direcção dos Serviços de Cartografia e Cadastro (DSCC) em 11 de Março de 1996, que faz parte integrante

do contrato (planta esta que foi publicada no Boletim Oficial n.º 36, II Série, de 6 de Setembro de 2000, através do Despacho do Secretário para os Transportes e Obras Públicas n.º 76/2000), a desanexar do terreno descrito na CRP sob o n.º 20670 a fls. 92v do livro B45 e inscrito a favor do segundo outorgante sob o n.º 7378 a fls. 86v do livro F8, com a área de 30.798 m², assim reduzida para 18.422 m²;

2. A divisão dos 18.422m² remanescentes em 5 (cinco) lotes, a desanexar da descrição n.º 20670, assinalados pela letra "A", "B", "C", "D" e "E", na mencionada planta, respectivamente, designados por lote BT6, lote BT11, lote BT8, lote BT9 e lote BT12, com a área de 2.795 m², 2.209 m², 3.177 m², 7.731 m² e 2.510 m²;

3. A transmissão pelo segundo outorgante (Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo, Limitada), com autorização do primeiro outorgante (Território de Macau), do lote de terreno BT8, assinalado pela letra "C" na planta acima referida, pelo preço de \$1.800.000,00 patacas para a quinta outorgante (Sociedade Fomento Predial Socipré, Limitada);

4. O aproveitamento do lote referido no ponto anterior seria efectuado nas condições definidas em contrato autónomo, titulado pela Despacho acima referido.

Nos termos da cláusula primeira do contrato

referido no ponto 4 do artigo anterior, constituía seu objecto a revisão da concessão, por arrendamento, respeitante do terreno com a área de 3.177 m² situado na ilha da Taipa, assinalado pela letra "C" na planta anexa n.º 128/89, emitida pela DSCC em 11 de Março de 1996, e designado por lote BT8, a desanexar do terreno descrito na CRP sob o n.º 20670 a fls. 92v do livro B45.

Nos termos da cláusula segunda desse contrato, o arrendamento seria válido pelo prazo de 50 anos, contados a partir de 29 de Outubro de 1964, data da outorga da escritura pública da concessão inicial.

Nos termos da cláusula terceira do mesmo contrato, o terreno seria aproveitado com a construção de um edifício, em regime de propriedade horizontal, constituído por um pódio com 3 pisos e 2 torres, com 32 ois) pisos cada uma, afectado às seguintes finalidades de utilização: (i) habitacional; (ii) comercial e (iii) estacionamento.

De acordo com a cláusula quinta do citado contrato, o aproveitamento do terreno deveria operar-se no prazo de 42 meses, contados da data de publicação no Boletim Oficial de Macau do Despacho que titulou o contrato (Despacho n.º 125/SATOP/99, publicado em 17 de Dezembro de 1999).

Ainda, de acordo com a mesma cláusula quinta, o

segundo outorgante, a ora Recorrente, deveria, relativamente à apresentação dos projectos e início das obras, observar os seguintes prazos:

- 60 dias, contados da publicação do despacho que titulou o contrato, para a elaboração e apresentação do anteprojecto de obra (projecto de arquitectura);

- 90 dias, contados da notificação da aprovação do anteprojecto de obra, para elaboração e apresentação do projecto de obra (projectos de fundações, estruturas, águas, esgotos, electricidade e instalações especiais);

- 45 dias, contados da data da notificação da aprovação do projecto de obra, para o início das obras.

Estatuía-se ainda na referida cláusula quinta que:

- Para efeitos do cumprimento dos prazos referidos no número anterior, os projectos só se considerariam efectivamente apresentados quando completa e devidamente instruídos com todos os elementos;

- Para efeitos da contagem do prazo (de 42 meses) entendeu-se que, para a apreciação dos projectos, os Serviços competentes observariam um prazo de 60 dias;

- Caso os Serviços competentes não se pronunciassem no prazo de 60 dias, o segundo outorgante poderia dar início às obras projectadas 30 dias após comunicação por escrito à DSSOPT, sujeitando, todavia, os

projectos a tudo o que se encontrava disposto no Regulamento Geral de Construção Urbana (RGCU) ou em quaisquer outras disposições aplicáveis e ficando sujeito a todas as penalidades previstas naquele RGCU, com excepção da estabelecida para a falta de licença. Todavia, a falta de resolução, relativamente ao anteprojecto de obra, não dispensava o segundo outorgante da apresentação do respectivo projecto de obra.

Nos termos da cláusula sexta do referido contrato ficou estabelecido o seguinte:

- Salvo motivos devidamente justificados e aceites pelo primeiro outorgante, pelo incumprimento dos prazos fixados na cláusula quinta, relativamente à apresentação dos projectos, início e conclusão das obras, o segundo outorgante ficou sujeito a multa que poderia ir até \$5.000,00 (cinco mil) patacas, por cada dia de atraso até 60 dias; para além desse período e até ao máximo global de 120 dias, ficava sujeito a multa que poderia ir até ao dobro daquela importância;

- O segundo outorgante ficava exonerado da responsabilidade acima referida em casos de força maior ou de outros factos relevantes que estivessem, comprovadamente, fora do seu controlo, obrigando-se a comunicar, por escrito, ao primeiro outorgante, o mais rapidamente possível, a ocorrência dos referidos factos;

- Consideravam-se casos de força maior os que resultassem exclusivamente de eventos imprevisíveis e irresistíveis.

Na cláusula décima terceira do contrato ficou estabelecido que o mesmo caducaria, entre outros casos, findo o prazo da multa agravada previsto na cláusula sexta.

Por ofício de 17.5.2011, a concessionária foi notificada, em sede de audiência de interessados, do projecto de decisão no sentido da provável declaração de caducidade da concessão do terreno correspondente ao lote B8 por incumprimento das obrigações contratuais.

Em 30.5.2011, a concessionária apresentou a sua defesa por escrito.

O Departamento Jurídico da DSSOPT elaborou em 24.8.2011 o seguinte parecer:

“RELATÓRIO DA AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS, ELABORADO NOS TERMOS DO ARTIGO 98.º DO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (CPA), A QUE FOI SUBMETIDO O SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO FINAL RELATIVO À CONCESSÃO, POR ARRENDAMENTO, DO TERRENO COM A ÁREA DE 3.177 m², SITUADO NA ILHA DA TAIPA, DESIGNADO POR LOTE BT8, TITULADO PELO DESPACHO n.º 125/SATOP/99

I. Enquadramento

Por despacho do Chefe do Executivo, de 26 de Novembro de 2010, foi

aprovada a proposta da Direcção de Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes (DSSOPT) constante do ponto 5 da informação n.º 217/DSODEP/2010, de 3 de Novembro de 2010, de iniciar o procedimento de declaração de caducidade da concessão, por arrendamento, a favor da concessionária Sociedade de Fomento Predial Socipré, Limitada, do terreno situado na ilha da Taipa, designado por lote BT8, titulado pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, por incumprimento das cláusulas quinta, sétima e oitava do contrato de revisão da concessão, e decidido submeter o processo à Comissão de Terras, para análise e emissão de parecer.

Reunida em sessões de 19 de Janeiro e 24 de Fevereiro de 2011, a Comissão de Terras, após análise do processo n.º 43/2010, e em concordância com a proposta da entidade concedente, propõe a declaração de caducidade da concessão, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato e da alínea a) do n.º 1 do artigo 166º da Lei de Terras, ex vi do n.º 2 do mesmo artigo, ou a declaração de rescisão do contrato, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 da cláusula décima quarta do contrato e na alínea c) do n.º 1 do artigo 169º da referida Lei, e a consequente reversão do terreno, livre de quaisquer ónus ou encargos, à posse da RAEM, com todas as benfeitorias aí introduzidas, sem direito a qualquer indemnização por parte da concessionária.

Propõe ainda aquela Comissão que, de acordo com o disposto no artigo 13º do Regulamento Administrativo n.º 16/2004, as prestações do prémio pagas pela concessionária sejam declaradas perdidas a favor da RAEM, e que nos termos dos artigos 93º e 94º do CPA, a concessionária seja notificada para, no prazo de dez dias a contar da data da notificação, se pronunciar por escrito sobre o sentido provável da decisão.

Submetido o parecer da Comissão de Terras a homologação do Chefe do

Executivo, decidiu esta entidade, por despacho de 24 de Março de 2011, que antes da tomada da decisão final neste procedimento de declaração de caducidade da concessão deveria ser realizada a audiência da concessionária e solicitado parecer ao Ministério Público,

Nos termos do disposto nos artigos 93º e 94º CPA, a DSSOPT, através do ofício n.º 333/6321.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011, submeteu o sentido provável da decisão (declaração de caducidade da concessão) a audiência prévia do interessado, tendo este disposto de um prazo de 10 dias a contar da data da notificação – 18 de Maio de 2011 – para se pronunciar por escrito.

No âmbito deste procedimento, foi recebida, dentro do prazo limite – 30 de Maio de 2011 – resposta da concessionária Sociedade de Fomento Predial Socipré, Limitada (em anexo ao presente relatório).

O presente relatório apresenta uma síntese dessa resposta e o entendimento da DSSOPT sobre as questões levantadas. Dado o carácter sintético deste documento, a sua análise não dispensa a consulta da referida resposta.

II. Síntese da resposta recebida

Na resposta à audiência prévia recebida pela DSSOPT, em 30 de Maio de 2011, a concessionária alega, em síntese, o seguinte:

1. A crise financeira asiática de 1997 e o aparecimento da SARS em 2003 tiveram reflexos negativos na situação financeira de Macau, originando uma crise no mercado imobiliário, diminuindo a oferta e a procura de imóveis;

2. Este ambiente económico de Macau e a crise no mercado imobiliário constituíram impedimento para a realização do aproveitamento do terreno;

3. A concessionária, em 17 de Janeiro de 2002, apresentou um requerimento ao Governo de Macau, explicando que não podia aproveitar o terreno e

solicitando um alargamento do prazo para efectuar o pagamento das duas prestações do prémio que se encontravam em falta, pelo que o Governo deve analisar esse pedido;

4. Assim sendo, a concessionária não concorda com o que foi exposto nos pontos 4.1 e 4.2 da Informação n.º 217/DSODEP/2010, ao referir que a concessionária não realizou o aproveitamento do terreno, não pagou o prémio e não realizou os encargos especiais, bem como não apresentou justificação para o não pagamento do prémio;

5. Até 23 de Março de 2010 o Governo (entidade concedente) nunca avisou nem solicitou qualquer justificação para o incumprimento do prazo de aproveitamento do terreno e do não pagamento do prémio, nem aplicou a multa estipulada na cláusula 6ª do contrato.

6. Por outro lado, os critérios para o tratamento de terrenos não aproveitados, estabelecidos na informação n.º 095/DSODEP/2010, nunca foram publicados no Boletim Oficial da RAEM, nos termos do artigo 3º da Lei n.º 3/1999 e n.º 1 do artigo 4º do Código Civil, apenas servem para instruções internas, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos externos nem vinculam terceiros (incluindo a concessionaria);

7. Dada a natureza do contrato de concessão (contrato administrativo) e a cláusula 16º do contrato estipular que “o presente contrato rege-se, nos casos omissos, pela Lei n.º 6/80/M, de 5 de Julho e demais legislação aplicável;

8. Relativamente a outra legislação aplicável, o Código do Procedimento Administrativo (CPA) é uma delas. O artigo 167º do CPA diz que o Governo pode: “rescindir unilateralmente os contratos por imperativo de interesse público devidamente fundamentado, sem prejuízo do pagamento da justa indemnização

(alínea c) do artigo 167º)” e “aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato” (alínea e) do artigo 167º). Além disso, nos termos do artigo 176º do CPA, os princípios gerais de direito administrativo são aplicáveis ao contrato administrativo;

9. Em Macau, as regras gerais acima referidas estão concretizadas no Código Civil, no n.º 1 do artigo 808º, podendo a mora do devedor transformar-se em incumprimento definitivo:

- se o credor perder o interesse na prestação;
- se o devedor não cumprir no prazo fixado pelo credor.

10. A concessionária efectuou na Direcção de Serviços de Finanças (DSF) o pagamento do prémio e dos correspondentes juros de mora, por isso resolveu o problema do atraso no pagamento do prémio, isto é, o incumprimento da cláusula 7ª do contrato, deixando, por isso, de se verificar o facto previsto na alínea d) da cláusula 14ª do contrato, que prevê a rescisão do contrato pelo incumprimento do pagamento do prémio;

11. Quanto ao facto de a concessionária, desde 17/12/99, nunca ter dado cumprimento ao aproveitamento do terreno previsto no contrato, nomeadamente não ter apresentado atempadamente o projecto de obra, é de referir que já se passaram 11 anos e a DSSOPT, enquanto entidade fiscalizadora, nunca desencadeou qualquer procedimento de aplicação de multa por incumprimento dos prazos de aproveitamento fixados na cláusula 5ª do contrato.

12. De acordo com o estipulado no contrato e no artigo 166º da Lei de Terras, ou nos termos do mecanismo vigente e referido no projecto da Lei de Terras, a DSSOPT primeiro deve aplicar a multa, e só depois de verificar que se mantém o incumprimento é que pode declarar a caducidade da concessão;

13. Desse modo, a DSSOPT carece de condições para iniciar o mecanismo de declaração de caducidade da presente concessão;

14. Mesmo que não se concorde que “iniciar o procedimento de aplicação de multa” é o pressuposto da declaração de caducidade prevista na alínea a) do n.º 1 da cláusula 13ª do contrato (isto é apenas uma hipótese, não sendo a posição da concessionária), a Administração deve cumprir com as disposições do n.º 1 do artigo 808º do Código Civil;

15. Na verdade, a Administração nunca demonstrou que perdeu o interesse na realização da prestação;

16. Além disso, o ofício de 23/3/2010 da DSSOPT não pode produzir os efeitos da interpelação para cumprir a prestação no período complementar previsto no n.º 1 do artigo 808º do Código Civil;

17. A concessionária, depois de receber o referido ofício tentou apresentar no serviço competente o projecto de obra, mas por motivos que não lhe podem ser imputáveis não o conseguiu fazer, nomeadamente pelas seguintes razões;

a) O serviço competente (DSCC) suspendeu a emissão da PAO para o terreno em questão, alegando que estava em curso um novo planeamento para o local;

b) Como já foi referido no requerimento dirigido à DSSOPT em 21/4/2010, existiram dificuldades para a desocupação do terreno;

18. Por isso a concessionária não pode ter culpa na situação causada por terceiros, não lhe podendo ser imputável culpa no incumprimento do prazo de aproveitamento;

19. Além disso, a Administração ao longo de 11 anos nunca avisou nem interpelou a concessionária sobre o atraso no aproveitamento do terreno previsto na alínea a) do n.º 1 da cláusula 13ª do contrato, por isso, ao pretender agora declarar a

caducidade da concessão está claramente a violar as regras gerais do direito civil, principalmente o princípio da boa fé que deve ter o credor;

20. A concessionária nunca iniciou o aproveitamento do terreno ou alterou a finalidade do mesmo, pelo que não se verifica o pressuposto da interrupção do aproveitamento;

21. Ou seja, neste processo não se verificaram as situações previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 da cláusula 13ª do contrato (isto é, alteração não consentida da finalidade e interrupção do aproveitamento), não existindo desse modo fundamentos de facto para se desencadear o procedimento de declaração de caducidade previsto nas referidas alíneas;

22. Nestes termos, mesmo que, por mera hipótese, seja declarada a declaração de caducidade da concessão (com a qual a concessionária discorda), o prémio e os juros pagos devem ser devolvidos à concessionária;

23. É ainda de salientar que a Lei de Terras e o contrato de concessão não estipulam que a caducidade da concessão provisória resulte ou cause consequências para o concessionária que efectuou o pagamento do prémio e dos juros de mora, e nos termos do artigo 13º do Regulamento Administrativo 16/2004, “no caso de ser declarada a caducidade da concessão, o concessionário perde, a favor da Região Administrativa Especial de Macau, a totalidade das prestações do prémio já pagas”. No entanto, uma vez que aquele artigo está inserido num regulamento administrativo que tem como objectivo concretizar o n.º 2 do artigo 48º da Lei de Terras, onde apenas se refere “o método de determinação do montante do prémio, bem como o seu processamento e liquidação são objecto de diploma complementar do Governador”, não regulamenta a posse do prémio após a declaração de caducidade da concessão. A Lei de Terras não menciona nada sobre o prémio no caso de ser declarada a

caducidade da concessão;

24. Assim, de acordo com estipulado no artigo 6º e n.º 1 do artigo 103º da Lei Básica, “a Região Administrativa Especial de Macau protege, em conformidade com a lei, o direito das pessoas singulares e colectiva à aquisição da propriedade (...)”, mas agora, através de um regulamento administrativo, determina-se que o prémio e os juros pagos pela concessionária ficam para a RAEM após a declaração de caducidade da concessão, pelo que o estipulado no artigo 13º do Regulamento Administrativo n.º 16/2004 não tem qualquer validade, uma vez que apenas está exarado num regulamento administrativo e não numa lei emanada da Assembleia Legislativa, contrariando assim o estipulado no artigo 103º da Lei Básica e na alínea 18) do artigo 6º da Lei n.º 13/2009.

Terminando com o seguinte pedido:

Nestes termos, solicita que a Administração avalie e tenha em consideração os diversos factos e fundamentos jurídicos apresentados, aceite a resposta à audiência escrita e concordando com as razões apresentadas:

a) Termine com o procedimento de declaração de caducidade da concessão;

b) Dispense a concessionária da aplicação da multa prevista no n.º 1 da cláusula 6ª do contrato;

c) Prorrogação do prazo de aproveitamento até 29/10/2014;

d) Aprovação do anteprojecto de obra apresentado em 11/5/2011.

III. Entendimento da DSSOPT

Relativamente à alegação de que a crise financeira asiática de 1997 e o aparecimento da SARS em 2003 constituíram um impedimento para o realização do aproveitamento do terreno, convém, recordar que quando, em 1999, a concessionária

(enquanto sociedade transmissária do lote “BT8”) aceitou os termos da revisão do contrato titulado pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, já o mercado imobiliário se encontrava em crise e, apesar disso, se aceitou aquela revisão é porque já detinha capacidade financeira para avançar com o projecto de aproveitamento fixado no contrato, caso contrário, dada a conjuntura económica/financeira desfavorável, não se teria proposta à realização de tal empreendimento.

Do mesmo modo, não pode ser aceite pela DSSOPT como justificação para a não realização do aproveitamento do terreno, o argumento de que aparecimento da SARS em 2003 criou um ambiente desfavorável no mercado imobiliário, pois se a concessionária tivesse cumprido o prazo de aproveitamento estipulado no contrato de concessão, a obra já estaria concluída quando se começaram a fazer sentir os primeiros efeitos colaterais da epidemia da gripe causada pelo vírus da SARS, isto é, se tivesse cumprido em tempo a principal obrigação do contrato de concessão, como era seu dever, e se tivesse realizado as obras nos prazos contratualmente estipulados, o aproveitamento estaria concluído até 16 de Junho 2003, antes do impacto negativo causado pela SARS nas economias asiáticas.

Como é evidente, a concessionária ao aceitar aquela revisão da concessão do terreno denominado lote BT8 e acordar a realização de determinado aproveitamento, deve estar ciente que qualquer investimento anda associado a um certo grau de risco que, normalmente, se agrava com a ocorrência de crises (financeiras, políticas, sociais, etc.), pelo que, a entidade concedente depreende que se a concessionária celebrou o contrato é porque possuía capacidade financeira ou garantias de financiamento para concretizar a pretendida obra.

Por outro lado, a ser verdade que a concessionária não apresentou os projectos e não iniciou as obras por dificuldades financeiras, porque é que não o veio

demonstrar na fase prevista para a execução das mesmas, solicitando à DSSOPT, por esse motivo, a prorrogação do prazo de aproveitamento?

É que de uma forma geral e em casos devidamente justificados pelos concessionários podem ser prorrogados os prazos de aproveitamento estabelecidos nos contratos de concessão.

A concessionária, em requerimento apresentado em 15 de Janeiro de 2002, isto é, decorridos 25 dos 42 meses do prazo global de aproveitamento do terreno, submeteu um pedido ao Governo solicitando que lhe fosse concedido uma “ampla moratória, isenta de qualquer penalização” para o pagamento das duas prestações do prémio que ainda se encontravam por liquidar, mas nada refere quanto a uma possível prorrogação daquele prazo de aproveitamento do terreno, quanto, na verdade, até sabia que não iria cumprir esse prazo, pois só restavam 17 meses para o seu termo.

Acentue-se que, no ponto 3 daquele requerimento, a concessionária menciona que “As condições económicas actuais, aliadas ao excesso de oferta prevalecente no Mercado Imobiliário, desaconselham, pelo menos por enquanto, o aproveitamento do terreno...”, mas não fez qualquer pedido expresso no sentido de ser prorrogado o prazo de aproveitamento.

Por isso, estamos de acordo com a concessionária, quando refere que o ponto 4.2 da Informação n.º 217/DSODEP/2010 não traduz exactamente o que se passou relativamente ao incumprimento dos prazos de pagamento do prémio fixados na cláusula sétima do contrato, porque efectivamente esta veio apresentar justificação para o não pagamento das duas prestações do prémio que ainda se encontravam por liquidar.

Na verdade, os prazos de pagamento da 1ª prestação do prémio, no

montante de “11.000.000,00 (onze milhões) patacas e da 2ª prestação no montante de “3.464.066,00 (três milhões quatrocentas e sessenta e quatro mil e sessenta e seis) patacas, venceram-se em 17 de Janeiro e 17 de Dezembro de 2000, respectivamente, e a concessionária apenas dois anos depois, em 15 de Janeiro de 2002, veio apresentar justificação para o incumprimento e solicitar um alargamento do prazo de pagamento.

No entanto, tal como a concessionária teve oportunidade de constatar aquando da consulta do respectivo processo na DSSOPT, tendo em consideração a informação fornecida pela DSF, no ofício n.º 10009/DGP/DC/02, de 31 de Janeiro de 2002, de que não existiam instruções superiores no sentido de serem alterados os procedimentos de liquidação dos prémios das concessões, e a análise expandida na informação n.º 022/DSODEP/2002, de 7 de Março, foi proposto o indeferimento do pedido da concessionária constante do referido requerimento, tendo em conta que o contrato de revisão da concessão do lote BT8 “teve um tratamento especial que levou à fixação de um prémio inferior ao que resultaria da aplicação dos critérios em vigor à data da publicação do despacho no Boletim Oficial e porque o período decorrido entre o início do processo e a data da publicação do despacho é imputado à Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo, Limitada, e às sociedades transmissárias que por várias vezes impediram a publicação do despacho...”.

De todo o modo, apesar de ser evidente que aquele pedido não reunia condições legais ou contratuais para ser deferido, por razões que se desconhecem, não foi produzido nem comunicado à concessionária um acto expresso de indeferimento, de acordo com as exigências do princípio da decisão e do dever de notificação, previstos, respectivamente, nos artigos 11º e 68º do CPA.

Segundo o princípio da decisão (cf. artigo 11º do CPA), a Administração tem o dever de agir, está obrigada a apreciar, a responder ou tomar uma decisão,

relativamente às pretensões formuladas pelos particulares.

Ora, tendo em conta que a DSSOPT não respondeu ao requerimento da concessionária, e esta não voltou a insistir no pedido, só lhe resta presumir indeferida a sua pretensão, decorrido que está o prazo previsto no n.º 2 do artigo 102º do CPA - noventa dias -, formando-se o denominado acto tácito de indeferimento.

Assim sendo, não vemos quaisquer razões que possam excluir ou atenuar a culpa da concessionária pelo incumprimento do prazo de aproveitamento do terreno estipulado no contrato de concessão.

Tem razão a concessionária ao referir que a DSSOPT, enquanto entidade fiscalizadora, esteve 11 anos sem nunca ter solicitado qualquer justificação para o incumprimento das obrigações, nem desencadeado o procedimento de aplicação da multa prevista na cláusula sexta do contrato, mas ocorre-nos perguntar em que medida a alegada passividade da Administração pode contribuir para a exoneração da sua responsabilidade pelo incumprimento das obrigações contratuais, nomeadamente pelo incumprimento dos prazos de aproveitamento do terreno?

É que nem do contrato nem da Lei de Terras, ou de outra lei aplicável, decorre a obrigação de a DSSOPT avisar ou solicitar justificação sobre o incumprimento contratual da concessionária, ou que a falta de fiscalização constitua uma causa de exclusão ou atenuante da responsabilidade da concessionária por esse incumprimento.

Atente-se que a cláusula décima segunda do contrato mais não faz do que atribuir poderes de fiscalização à DSSOPT, um dos poderes de autoridade que a Administração beneficia na execução de qualquer contrato administrativo (cf. alínea d) do artigo 167º do CPA), e impor à concessionária o correlativo dever de apoio e colaboração, permitindo o acesso ao terreno e às obras aos representantes dos

Serviços da Administração – DSSOPT – que desempenham funções de fiscalização.

Por outro lado, de acordo com a própria qualificação da concessionária, se estamos na presença de um contrato de direito administrativo, cujo regime jurídico é traçado pelo direito administrativo, ou seja, é regido, primariamente, por regras e princípios de direito público, apenas se aplicando, supletivamente, os princípios e regras gerais dos contratos e outras disposições de direito privado, a situações que não estejam previstas no contrato ou na Lei de Terras, não entendemos como pretende a concessionária fazer valer regras de relações jurídicas privadas, nomeadamente aquelas relativas ao não cumprimento das obrigações (artigos 779º a 806º do Código Civil).

Não pode a concessionária olvidar que, no âmbito dos contratos administrativos, a Administração surge sobretudo investida de poderes de autoridade, designadamente os poderes previstos no artigo 167º do CPA, de que os particulares não beneficiam no âmbito dos contratos de direito privado que entre si celebram, onde vigora o princípio da igualdade entre as partes.

E que a matéria de extinção do contrato de concessão (por caducidade ou rescisão) está expressamente prevista quer no contrato (cláusulas décima terceira e décima quarta) quer na Lei de Terras (artigos 166º a 169º), pelo que o incumprimento deste contrato de concessão deve ser aferido à luz do regime previsto naquelas cláusulas e normas, não sendo necessário recorrer supletivamente a outra legislação aplicável.

No entanto, não deixaremos de analisar a argumentação por si apresentada atinente à mora e ao incumprimento definitivo do devedor.

O regime do cumprimento das obrigações, sejam elas de fonte legal ou contratual (neste caso, de fonte contratual), obedece principalmente a três princípios

gerais que têm referência na lei: o princípio da pontualidade (artigo 400º do Código Civil), da integralidade (n.º 1 do artigo 753º) e da boa fé (n.º 2 do artigo 752º).

Ora, certo é que a concessionária, desde a data da outorga do contrato, em Dezembro de 1999, relativamente aos prazos de aproveitamento fixados na cláusula quinta do contrato, nunca respeitou o mais importante daqueles princípios, a regra da pontualidade, que exige que um contrato deva ser cumprido a tempo e que esse cumprimento coincida ponto por ponto com a prestação a que o devedor se encontra adstrito.

Além disso, durante todo esse período de tempo (11 anos), a concessionária não submeteu qualquer projecto para apreciação da DSSOPT e não pagou as duas prestações do prémio em falta, em suma, não cumpriu com a principal obrigação contratual (realização do aproveitamento), e apenas em Janeiro de 2002 é que veio apresentar uma justificação para o não pagamento das duas prestações do prémio que se tinham vencido em 2000.

Ora, não tendo a Administração respondido ao seu pedido apresentado em 15 de Janeiro de 2002, deveria a concessionária insistir junto da DSSOPT para obter uma resposta, pois tratava-se de um assunto do seu interesse.

Não o tendo feito, somos levados a considerar que o comportamento da concessionária até à data em que recebeu o ofício da DSSOPT (n.º 186/6321.02/DSODEP/2010, de 23 de Março de 2010) a solicitar esclarecimentos sobre a situação de incumprimento, além de ser demonstrativo da total falta de interesse no aproveitamento do terreno, revela ainda uma conduta contrária aos ditames da boa fé, exigida a ambas as partes no cumprimento dos contratos, traduzida no dever de agir segundo um comportamento de empenho, lealdade e correcção, prevista no n.º 2 do artigo 752º do Código Civil, e também exigida aos particulares

nas suas relações com a Administração, prevista no artigo 8º do CPA.

O contexto por excelência do princípio da boa fé é o direito privado, mas no direito público, principalmente no direito administrativo, o âmbito da sua aplicação foi estendido às relações que se estabelecem entre a Administração e os particulares, por isso, como estamos no âmbito de um contrato administrativo, ou, pelo menos, no âmbito de relações de um contrato administrativo, ou, pelo menos, no âmbito de relações entre a Administração e um particular (concessionária), é este princípio da boa fé aqui aplicável às duas partes, no campo das relações administrativas, que exige que “... A Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo regras da boa fé” (cf. artigo 8º do CPA).

O contexto por excelência do princípio da boa fé é o direito privado, mas no direito público, principalmente no direito administrativo, o âmbito da sua aplicação foi estendido às relações que se estabelecem entre a Administração e os particulares, por isso, como estamos no âmbito de um contrato administrativo, ou, pelo menos, no âmbito de relações entre a Administração e um particular (concessionária), é este princípio da boa fé aqui aplicável às duas partes, no campo das relações administrativas, que exige que “... A Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo regras da boa fé” (cf. artigo 8º do CPA).

É fundamental notar que a boa fé exige por um lado a obrigação de lealdade, e por outro a obrigação de cooperação, significando então que, não só as partes devem abster-se de comportamentos desleais e incorrectos, como também devem promover a cooperação entre elas.

Sobre isto, veja-se o princípio da colaboração mútua entre as partes intervenientes patente no CPA: o interessado deverá “prestar a sua colaboração para o

conveniente esclarecimento dos factos e a descoberta da verdade” (cf. n.º 2 do artigo 62º do CPA).

Por outro lado, mostrando-se inquestionável que a concessionária não realizou e nem sequer iniciou o aproveitamento do terreno, bem como não pagou as prestações do prémio, nos prazos contratualmente fixados, nem se dignou a apresentar uma justificação, na sua resposta à audiência prévia, ao invés de tentar demonstrar que a Administração ao pretender declarar a caducidade da concessão está de má fé, deveria a mesma preocupar-se em apresentar razões convincentes que comprovassem que a falta de cumprimento do aproveitamento do terreno não procede de culpa sua, e assim elidir a presunção de culpa que recai sobre si.

De referir que na responsabilidade contratual já uma presunção de culpa do devedor (cf. n.º 1 do artigo 88º do Código Civil), que para a ilidir terá que provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua.

No entanto, além de não conseguir provar que não foi negligente, que se esforçou por cumprir o aproveitamento do terreno e que usou de todas as cautelas e zelo que em face das circunstâncias do caso usaria um bom pai de família, não alegou nem demonstrou que no caso concreto se verificaram circunstâncias, especiais ou excepcionais, que excluíssem a censurabilidade da sua conduta, ainda pretende fazer crer que perante tal incumprimento, por factos a si imputáveis, a Administração carece de condições para declarar a caducidade da concessão por não ter lançado mão do poder de aplicar as sanções previstas no contrato, nomeadamente a não aplicação da multa prevista pelos atrasos verificados na apresentação do projecto, início e conclusão das obras.

Alicerçando todo o seu raciocínio no facto de a Administração não a ter avisado do incumprimento, não ter solicitado qualquer justificação para esse

incumprimento e não ter aplicado qualquer multa.

Também concordamos que a Administração deveria ter desencadeado o procedimento de aplicação da multa prevista pelo incumprimento dos prazos parcelares do aproveitamento fixado na cláusula quinta do contrato, mas uma análise atenta do contrato e da Lei de Terras, não nos permite retirar a conclusão que a concessionária pretende, isto é, que a aplicação da multa seja uma condição sine qua non do procedimento de declaração de caducidade da concessão, ou que primeiro tenha que aplicar a multa e só depois, se o incumprimento persistir, é que pode declarar a caducidade.

O mesmo se diga da aludida falta de interpelação da concessionária para cumprir, falta essa que a concessionária considera violadora do princípio da boa fé que deve nortear o comportamento do credor.

É evidente que tratando-se de obrigações certas e com prazo de cumprimento estabelecido no contrato, como são as obrigações em questão, não estão sujeitas a qualquer actuação do credor (entidade concedente), designadamente a comunicação à concessionária (interpelação do devedor pelo credor) da sua decisão de lhe exigir o cumprimento da obrigação.

Como se sabe, a regra geral é a de as obrigações não terem prazo certo estipulado, as designadas obrigações puras, em que o devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir (cf. n.º 1 do artigo 794º do Código Civil).

Só que, no caso em análise, para as obrigações de realizar o aproveitamento do terreno e de pagamento do prémio, as partes – Administração e concessionária – estabeleceram um prazo de cumprimento, pelo que, neste caso, estamos perante obrigações com prazo certo, as quais se caracterizam por o decurso

do prazo constituir o devedor em mora independentemente de interpelação (cf. alínea a) do n.º 2 do artigo 794º do Código Civil).

Assim sendo, cai por terra toda a argumentação expendida pela concessionária relativamente à falta de interpelação por parte da Administração à concessionária para cumprir as obrigações.

Segundo a concessionária, a Administração também não cumpriu com o disposto no n.º 1 do artigo 808º do Código Civil (julgamos que a concessionária, por lapso, se referiu ao artigo 808º, mas queria referir-se ao artigo 797º, pois quando o contrato de concessão foi celebrado, em Dezembro de 1999, já não vigorava o Código Civil de 1966, cujo artigo 808º praticamente corresponde ao artigo 797º do actual Código Civil, que entrou em vigor no dia 1 de Novembro de 1999).

De acordo com as alíneas a) e b) do n.º 1 daquele artigo, a obrigação considera-se, para os efeitos previstos no artigo 790º (impossibilidade do cumprimento imputável ao devedor), definitivamente não cumprida, se em consequência da mora, “o credor perder o interesse que tinha na prestação” ou “a prestação não for realizada dentro do prazo que, por interpelação, for razoavelmente fixado pelo credor”.

Ou seja, segundo aquele normativo, só a conversão da mora em incumprimento definitivo seria susceptível de conferir ao credor o direito de resolver o contrato com fundamento em incumprimento do devedor.

De facto, na generalidade das situações contratuais, para que um contrato possa se resolvido torna-se necessário verificar-se o incumprimento definitivo, o que acontece quando o credor, em consequência da mora, perca o interesse que tinha na prestação, ou que esta não seja realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, contudo, no caso em apreço, o que a Administração pretende é

declarar a caducidade do contrato de concessão, com um regime especial previsto no contrato e na Lei de Terras, e não accionar o direito de resolução de um contrato, previsto no n.º 2 do artigo 790º.

Assim sendo, não tem razão a concessionária ao pretender ver aqui aplicado o artigo 797º do Código Civil, dado não estarmos perante uma situação de resolução do contrato por incumprimento da concessionária.

A ser assim, ao pretender chamar à colação aquelas normas do direito civil, então não poderá a concessionaria fazer tábua rasa das regras previstas nos artigos 787º e no n.º 1 do artigo 793º, segundo as quais, o devedor, pela simples mora ou pelo incumprimento, está obrigado a indemnizar o credor pelos prejuízos ou danos que causa ao credor.

Assim, a concessionária deveria assumir a responsabilidade por danos causados ao interesse público resultantes do incumprimento de obrigações assumidas no contrato de concessão, nomeadamente por ter ficado durante 11 anos na posse de um terreno que não está a cumprir a sua função social e que poderia ter sido devidamente aproveitado por outro particular interessado.

Tendo em conta o período de tempo (11 anos) em que a concessionária esteve na posse de um terreno propriedade da RAEM, sem qualquer aproveitamento, e dada a escassez de terrenos na RAEM, não é necessário grande esforço para se apurar os prejuízos ou danos sofridos pela Administração em consequência do incumprimento, nomeadamente pelo facto de existirem outros particulares interessados no aproveitamento dos terrenos da RAEM.

Por outro lado, as modalidades de extinção do contrato de concessão estão especialmente previstas no contrato e na Lei de Terras: a caducidade e a rescisão, bem como os respectivos pressupostos (cf. cláusulas décima terceira e décima quarta

do contrato e artigos 166º e 169º da Lei de Terras), não sendo necessário, no caso em análise, recorrer às regras gerais do direito civil, nomeadamente das previstas nos artigos 790º e 797º do Código Civil, que prevêm o direito de resolução do contrato fundado na mora do devedor, se em consequência dela, o credor perder o interesse na prestação.

Não obstante ambas serem modalidades de cessação de um contrato, no presente caso, não está em causa a hipótese de resolução do contrato, prevista no artigo 426º do Código Civil, mas sim a declaração de caducidade do contrato de concessão, ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato e da alínea a) do n.º 1, ex vi do n.º 2 do artigo 166º da Lei de Terras, sendo certo que se a pretensão fosse a resolução do contrato, teria sentido o raciocínio da concessionária relativamente à mora do devedor ter que se converter em não cumprimento definitivo.

Se atentarmos nos regimes da caducidade e da rescisão, facilmente se conclui que as duas causas de extinção do contrato se verificam quando o concessionário não cumpre, ou não cumpre rigorosamente, as cláusulas do contrato, ficando a entidade concedente com o direito de extinguir o contrato, a título de aplicação de uma sanção ao concessionário faltoso.

Deste modo, tal como é mencionado pela concessionária, a caducidade prevista no contrato e na Lei de Terras é uma caducidade-sanção, não corresponde à caducidade em sentido estrito ou preclusiva, que se traduz na fixação de um prazo peremptório para o exercício de um direito, sob pena de preclusão, seja qual for a razão para o seu não exercício.

A caducidade do contrato de concessão ora em análise assume a natureza de caducidade-sanção, que se verifica pelo não cumprimento por parte da

concessionária de obrigações a que se vinculou contratualmente, decorrentes designadamente do dever de aproveitamento do terreno concedido nos prazos e nas condições fixadas (cf. cláusulas terceira, quinta e alínea a) do n.º 1 da décima terceira do contrato e artigo 103º da Lei de Terras).

Na situação de caducidade-sanção “O objectivo primordial do legislador, neste caso, não é a extinção ou a perda do direito resultante da concessão em virtude de não ter sido exercido dentro do limite temporal fixado, por razões de certeza e segurança jurídicas, ditadas pela necessidade de estabilizar as situações a que respeita, mas si sancionar um comportamento faltoso do concessionário, e evitar que essa situação de incumprimento, lesiva do interesse público subjacente à concessão e que põe em causa a sua manutenção, se prolongue no tempo.

Com efeito, quando, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 166º, por remissão do seu n.º 2, da alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo, se sanciona a caducidade, nomeadamente a falta de aproveitamento do terreno ou o seu início nos prazos fixados (cf. alínea a) do n.º 1 e alínea a) do n.º 3, ambos do artigo 166º), o que se pretende, fundamentalmente, é evitar que o terreno se mantenha na posse do concessionário numa situação contrária ao interesse público subjacente à concessão, que exige que o terreno se transforme numa unidade socioeconómica produtiva e também contrária ao interesse geral urbanístico.

Refira-se, a este propósito que foi desde sempre preocupação do legislador a execução efectiva e célere do aproveitamento dos terrenos concedidos, de forma que a utilização dos terrenos disponíveis, que são um bem escasso, contribuam para o crescimento económico da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), para o progresso social e para a melhoria das condições de vida da população”.

Refere a alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato de

concessão, uma das três situações, cuja verificação determina a caducidade do contrato:

a) Findo o prazo da multa agravada previsto na cláusula sexta – e que se subsume às situações em que decorreram 120 (60+60) dias desde a data em que a concessionária deveria ter apresentado o projecto de arquitectura (60 dias após a data da publicação do despacho que titula o contrato).

Deste modo, tendo o referido despacho sido publicado em 17 de Dezembro de 1999, a concessionária deveria ter apresentado o projecto de arquitectura até 15 de Fevereiro de 2000, não o tendo feito ficaria sujeita a multa de \$5.000,00 patacas por cada dia de atraso, nos primeiros 60 dias, e até ao máximo global de 120 dias, ficaria sujeita a multa diária que poderia ir até ao dobro daquele valor, ou seja, \$10.000,00 patacas.

Assim sendo, o prazo da multa agravada terminou em 15 de Junho de 2000, o que significa que a partir dessa data mostram-se verificados os pressupostos legais e contratuais para a Administração declarar a caducidade do contrato.

Por isso é que, nesta sede de análise das justificações apresentadas para o incumprimento do prazo de aproveitamento e de apuramento da responsabilidade por esse mesmo incumprimento, se mostra totalmente irrelevante toda a argumentação da concessionária atinente ao facto de ter tentado apresentar o projecto de obra no serviço competente e de ter pago as prestações do prémio em dívida, na medida em só o fez depois de ter recebido o ofício da DSSOPT n.º 186/6321.02/DSODEP/2010, de 23 de Março de 2010.

É relevante reter-se que apenas está em causa a avaliação do comportamento da concessionária no período de tempo decorrido entre a celebração do contrato de revisão da concessão (17 de Dezembro de 1999) e a data de recepção

daquele ofício da DSSOPT (23 de Março de 2010), não cabendo aqui qualquer apreciação da sua conduta após ter recebido aquele ofício.

E, como já foi referido na informação n.º 63/DJUDEP/2010, de 29 de Outubro, caso se verifique o incumprimento das obrigações contratuais, à entidade concedente (Administração) não resta outra alternativa que não seja extinguir a presente concessão, e fazer reverter o terreno à sua posse, através da declaração de caducidade do contrato, por verificação de uma das causas previstas na cláusulas da caducidade – findo o prazo da multa agravada previsto na cláusula sexta – (cf. alínea a) do número um da clausula décima terceira) e por falta de aproveitamento do terreno nos prazos e termos contratuais (cf. alínea a) do n.º 1 ex vi do n.º 2 do artigo 166º da Lei de Terras.)

Só que, no âmbito das concessões de terrenos, a caducidade só começa a produzir efeitos com a emissão de um despacho do Chefe do Executivo que a declare, a publicar em Boletim Oficial (cf. artigo 167º da Lei de Terras).

Nessa medida, a declaração de caducidade não tem efeitos meramente declarativos, mas sim constitutivos, significando que os efeitos da caducidade se produzem com a emissão da declaração de caducidade e não na data em que ocorreu o facto (ex nunc) que lhe deu origem, isto é, a extinção da concessão não ocorre com a verificação das circunstâncias previstas na lei ou nos contratos, mas está associada à emissão de um acto administrativo – despacho do Chefe do Executivo – válido e eficaz que se pronuncie pela caducidade do contrato.

A Administração dispõe de alguma discricionariedade na verificação e avaliação dos pressupostos que preenchem o incumprimento, podendo, perante cada caso concreto, e fazendo um juízo de ponderação de interesses, aceitar ou não como válidos os argumentos apresentados, o mesmo não acontece com a decisão de

declarar a caducidade desta concessão, que é vinculada, exigida quer pela lei quer pelos princípios gerais que regem a actividade administrativa, caso ocorra alguma das circunstâncias, imputáveis ao concessionário, e previstas no contrato de concessão e na Lei de Terras, não podendo a entidade concedente deixar de fazê-lo por razões de conveniência ou oportunidade, em respeito pelos princípios da prossecução do interesse público, da proporcionalidade e da legalidade.

A obrigatoriedade de a entidade concedente declarar a caducidade da concessão, desde que verificados os seus pressupostos, resulta do próprio regime da caducidade previsto na Lei de Terras e no contrato, sobretudo por que, nas normas que a provêm o legislador utilizou a expressão “caducam” (cf. n.ºs 2 e 3 do artigo 166º da Lei de Terras e n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato) e não a expressão “podem caducar”, ao invés do que fez com a rescisão, onde utilizou expressão “podem ser rescindidas” (cf. n.º 1 do artigo 169º da Lei de Terras e n.º 1 da cláusula décima quarta do contrato).

Relativamente aos critérios estabelecidos para a classificação das situações de incumprimento dos prazos de aproveitamento dos terrenos concedidos, constantes da informação n.º 095/DSODEP/2010, de 12 de Maio de 2010, aprovados por despacho do Chefe do Executivo, e a apontada falta de publicação, evidentemente que os mesmos não foram, nem tinham que ser, publicados no Boletim Oficial, porquanto trata-se de meras regras internas (acto interno) direccionadas ao Departamento da DSSOPT com competências no âmbito da gestão de solos (DSO), com o objectivo de orientar e auxiliar os técnicos na elaboração de informações burocráticas sobre o tratamento de terrenos não aproveitados, não tendo nem pretendendo ter carácter de acto normativo (lei, regulamento administrativo, ordem executiva ou despacho regulamentar externo), nem mesmo qualquer propósito de

vincular os concessionários ou produzir efeitos jurídicos externos.

Deste modo, a observação da concessionária relativamente à publicidade imposta pelo artigo 3º da Lei n.º 3/1999 e n.º 1 do artigo 4º do Código Civil, só teria razão de ser se estivessemos perante um acto normativo, sendo certo que, nos termos daquelas disposições, a falta de publicidade dos actos normativos implica a sua ineficácia jurídica.

Atente-se que, contrariamente ao que defende a concessionária, não foi com base naqueles critérios nem com o fundamento na sua violação que se propôs a declaração de caducidade da concessão, mas sim por incumprimento contratual, concretamente a falta de aproveitamento do terreno no prazo fixado, por motivos imputáveis à concessionária, incumprimento que se encontra claramente previsto e sancionado com a caducidade, tanto no contrato de concessão como na Lei de Terras (cf. cláusulas quinta, sexta, alínea a) do n.º 1 da cláusula decima terceira do contrato e alínea a9 do n.º 1 ex vi do n.º 2 do artigo 166º da Lei de Terras.

Da mesma forma, mostra-se totalmente descabida a alegação que a pretendida declaração de caducidade da concessão possa colidir ou por em causa o direito à propriedade privada, protegido por lei, nomeadamente pelos artigos 6º e 103º da Lei Básica, pois a concessionária é arrendatária e não proprietária do terreno, não cabendo aqui a aplicação daquelas normas da Lei Básica.

Evidentemente que “o direito de propriedade, na sua expressão de propriedade privada é um instituto jurídico garantido pela Lei Básica da RAEM (art. 6º)”, mas não descortinamos em que medida a pretendida declaração de caducidade da concessão e a consequente reversão do terreno à posse da RAEM, possa bulir com um direito (de propriedade) que nem sequer existe na esfera jurídica da concessionária.

É que nas concessões por arrendamento de terrenos no direito de terras de Macau, os concessionários, com a celebração do contrato, adquirem o direito de construir e, após a realização do aproveitamento, o direito de propriedade sobre as construções (cf. artigo 1º do Decreto-Lei n.º 51/83/M, de 26 de Dezembro), mas não se tornam proprietários dos terrenos, que continuam a pertencer à RAEM.

“Em Macau, o direito de concessão por arrendamento de terrenos urbanos e de interesse urbano pertencentes ao domínio privado do Território de Macau confere poderes de construção e de transformação de obras ou edifícios, que se tornam propriedade do concessionário (Decreto-Lei n.º 51/83/M, de 26/12, art. 1º).

O concessionário, proprietário das construções, tem o direito de as alienar, de constituir a propriedade horizontal em edifícios aprovados com esse fim, e de alienar ou onerar as respectivas fracções autónomas.

Pode ainda hipotecar não só o direito resultante da concessão que lhe dá o poder de construir sobre terreno alheio, mas também a propriedade dos edifícios (art. 1º, 2 do cit. Dec. – Lei n.º 51/83/M).

Assim, à semelhança do que acontece no direito de superfície, há um direito de propriedade sobre as construções emergente do poder de construir inerente ao direito de concessão por arrendamento, configurado com um verdadeiro direito real.

Este direito de propriedade de construções constitui excepção ao princípio da especialidade, porque, sobre uma parte não desconexionada do solo – a obra –, passa a haver um direito real diferente do direito de propriedade que a pessoa colectiva RAEM tem sobre esse solo”.

Aliás, mesmo que o conteúdo do direito resultante da concessão por arrendamento do referido terreno abrangesse o direito de propriedade desse terreno,

continuar a não existir qualquer violação daquelas normas da Lei Básica, pois como bem refere a concessionária, “os limites ou privações do direito de propriedade devem ter fundamento legal”.

Isso mesmo resulta do conteúdo do direito de propriedade, previsto no artigo 1229º do Código Civil, “O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”.

Ora, os efeitos da declaração de caducidade da concessão, nomeadamente a reversão do terreno à posse da entidade concedente, estão previstos na Lei de Terras (cf. artigo 168º), pelo que mesmo que estivéssemos perante uma limitação ou privação do direito de propriedade, o que não acontece no caso que nos ocupa, essa situação ocorreria dentro dos limites da lei.

Por outro lado, restando dúvidas quanto à titularidade (do Estado) do direito de propriedade sobre o terreno que, desde de Dezembro de 1999, está na posse da concessionária, totalmente abandonado, sem qualquer aproveitamento, numa situação que fere gravemente o interesse público que presidiu à decisão de conceder aquele terreno, mostra-se necessário elucidar a concessionária que, nos termos da alínea 4) do n.º 1 do artigo 4º da Lei n.º 1/1999 (Lei da Reunificação), “As normas legais relativas ao direito de propriedade sobre terrenos são interpretadas nos termos do artigo 7º da Lei Básica da Região Administração Especial de Macau”.

O artigo 7º daquela Lei prescreve o seguinte: “Os solos e os recursos naturais na Região Administrativa Especial de Macau são propriedade do Estado, salvo os terrenos que sejam reconhecidos, de acordo com a lei, como propriedade privada, antes do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau. O Governo da Região Administrativa Especial de Macau é responsável pela sua gestão,

uso e desenvolvimento, bem como pelo seu arrendamento ou concessão a pessoas singulares ou colectivas para uso ou desenvolvimento. Os rendimentos daí resultantes ficam exclusivamente à disposição do Governo da Região Administrativa Especial de Macau.”

No Acórdão de 16 de Fevereiro de 2011, no Processo n.º 71/2010, o Tribunal de Última Instância (TUI), relativamente ao artigo 7º da Lei Básica, entendeu que “Destá norma resulta que foi estabelecido pela Lei Básica o princípio de que a propriedade e a gestão dos solos e recursos naturais no âmbito da Região cabem respectivamente ao Estado e ao Governo da Região. No entanto, a fim de respeitar e proteger os poucos terrenos da propriedade privada já existentes em Macau, é admitida excepção a este princípio, isto é, continuar a reconhecer os direitos de propriedade privada de terrenos anteriormente existentes.

Há um requisito para a excepção, que consiste em que os terrenos de propriedade privada devem ser “reconhecidos, de acordo com a lei, antes do estabelecimento da RAEM.”

Uma vez que após o estabelecimento da Região, todos os terrenos situados no âmbito territorial da Região são de propriedade do Estado, excepto os que foram reconhecidos como propriedade privada nos termos da lei antes do estabelecimento da Região. Em consequência, não é possível constituir nova propriedade privada de terrenos depois da criação da Região, sob pena de violar a disposição do art.º 7º da Lei Básica”.

A norma ínsita no 1º parágrafo do artigo 120º da Lei Básica, ao prescrever que “A Região Administrativa Especial de Macau reconhece e protege, em conformidade com a lei, os contratos de concessão de terras legalmente celebrados ou aprovados antes do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau que

se prolonguem para além de 19 de Dezembro de 1999, bem como os direitos deles decorrentes”, traduz o princípio da manutenção dos contratos de concessão e dos direitos deles resultantes, após o estabelecimento da RAEM.

Ora, o regime da caducidade das concessões, como modalidade de cessação do contrato de concessão, previsto no artigo 166º da Lei de Terras, enquanto sanção pelo incumprimento de obrigações contratuais, nomeadamente do aproveitamento do terreno, não foi criado após o estabelecimento da RAEM (em 20 de Dezembro de 1999), ou “inventado” pela Administração para o aplicar ao caso da concessionária, pois já vigora, sem qualquer alteração, no ordenamento jurídico de Macau desde 20 de Junho 1980, data da entrada em vigor da Lei de Terras, e foi aceite pela concessionária aquando da outorga do contrato de concessão.

Posto isto, não alcançamos em que medida a declaração de caducidade da concessão possa violar aquele princípio, segundo o qual os contratos celebrados pelo anterior governo de Macau permanecem válidos e são reconhecidos e protegidos pelo Governo da RAEM, isto é, que após o estabelecimento da RAEM, o Governo deve, de acordo com a lei, reconhecer e proteger os direitos e as obrigações emergentes desses contratos.

É que aquele princípio garante a continuidade dos contratos de concessão, nas condições neles estipuladas, mas isso não significa que a Administração, perante a verificação dos pressupostos da caducidade, não possa fazer cessar esses contratos.

Bem pelo contrário, verificados os respectivos pressupostos, a Administração não tem a faculdade de optar entre caducar ou não caducar a concessão, está obrigada a declarar a caducidade, pois a decisão não é discricionária.

Por último, diz ainda a concessionária que efectuou o pagamento das duas prestações do prémio em falta e os respectivos juros de mora e, com isso, resolveu o

problema do incumprimento da cláusula sétima do contrato.

E a este respeito, diremos, desde logo, que a concessionária mais não fez do que cumprir com uma das suas obrigações contratuais, pois como bem sabe, o prémio é devido pela concessão ou revisão da concessão do terreno, independentemente de aquela vir ou não a realizar o respectivo aproveitamento.

E, a verdade é que através do Despacho 125/SATOP/99 foi efectuada a revisão da concessão, por arrendamento, respeitante ao terreno com a área de 3.177m², situado na ilha da Taipa, designado por lote BT8, ficando o segundo outorgante (concessionária) sujeito ao pagamento do montante de \$23.723.794,00 (vinte e três milhões setecentas e vinte e três mil setecentas e noventa e quatro) patacas, a título de prémio do contrato.

A Lei de Terras nas situações em que seja declarada a caducidade das concessões provisórias não faz, nem tinha sentido que o fizesse, qualquer referência ao destino do prémio pago pelo concessionário, precisamente porque o pressuposto mais lógico é que perante um cenário de caducidade da concessão não se colocaria a hipótese de o prémio ainda estar em dívida, já que pelo menos metade do seu valor deveria ter sido liquidado trinta dias após a publicação do despacho que titula a revisão. Por isso é que, apesar da declaração de caducidade, o pagamento do prémio continua a ser exigido, uma vez que é devido pela outorga do contrato.

Refira-se que a Lei de Terras, no artigo 59º, ao permitir que nos contratos de concessão por arrendamento sejam introduzidas cláusulas especiais, como é a relativa à fixação do prémio (cláusula sétima do contrato), está a definir o prémio como uma condição ou direito especial, por oposição a cláusula ou condição geral de um contrato, como é a renda anual devida pela concessão (cf. artigos 51º a 53º da Lei de Terras).

E, quanto a nós, o legislador ao prever a fixação de um prémio como um direito especial da Administração, teve em mente que esse prémio era devido pela outorga do contrato, apesar de remeter para diploma complementar o método de determinação o seu processamento e liquidação (cf. n.ºs 2 e 3 do artigo 48º ex vi do n.º 2 do artigo 59º, ambos da Lei de Terras).

Repare-se que se o legislador, no n.º 3 do artigo 169º da Lei de Terras, teve o cuidado de prever que com a rescisão do contrato por falta de pagamento da renda, nos prazos estipulados, o concessionário continua com a obrigação de pagar a dívida relativa às rendas, por conta da caução ou em execução fiscal, ou dito de outra forma, a dívida referente às rendas não se extingue com a rescisão do contrato de concessão, e nada disse sobre a dívida relativa ao prémio, foi porque, na verdade, não era previsível a hipotética situação de rescisão ou de caducidade do contrato, sem o prémio estar totalmente liquidado, pois, normalmente, o prémio é pago de uma só vez, trinta dias após a publicação no Boletim Oficial do despacho que titula a concessão ou a revisão da concessão, só sendo admitido o pagamento em prestações semestrais quando o montante do prémio é muito elevado.

Se a concessionária não aproveitou o terreno e não retirou mais-valias, foi porque não quis, ou pelo menos, não deixou de o aproveitar por facto imputável à Administração, daí que faça todo o sentido que, mesmo sendo declarada a caducidade da concessão, seja devido o prémio do contrato.

Além do mais, em nada nos surpreende o facto de a concessionária vir, agora, tentar utilizar a seu favor o facto de ter efectuado o pagamento das duas prestações do prémio em falta, pois é evidente que só procedeu ao seu pagamento em desespero de causa, quando se deparou com o cenário de declaração de caducidade, e não com o intuito de cumprir uma das suas obrigações contratuais.

Note-se que mesmo depois de a concessionária ter recebido o ofício da DSSOPT n.º 186/6321.02/DSODEP/2010, de 23 de Março de 2010, necessitou de dez meses para se “lembrar” que estava em dívida com a RAEM relativamente ao prémio, na medida em que apenas em Janeiro de 2011 é que solicitou à DSF informação sobre o montante em dívida a título de prémio do contrato.

No entanto, mesmo sabendo que não era do desconhecimento da concessionária, a DSSOPT, em reunião realizada com representantes daquela, teve o cuidado de informar que:

1 – Não existe fundamento legal para a Administração se recusar a receber as prestações do prémio em dívida, acrescidas dos respectivos juros de mora;

2 – O pagamento do prémio e juros de mora não impede que seja declarada a caducidade concessão no caso de se verificar qualquer facto originador dessa caducidade;

3 – Declarada a caducidade, a concessionária perde a favor da RAEM a totalidade das prestações de prémio pagas.

Também essa mesma informação foi transmitida pela DSSOPT à DSF, através do ofício n.º 250/6320.02 e outro/DSODEP/2011, de 12 de Abril.

Também essa mesma informação foi transmitida pela DSSOPT à DSF, através do ofício n.º 250/6320.02 e outro/DSODEP/2011, de 12 de Abril.

Pelo que, tendo efectuado na DSF, de livre e espontânea vontade, o pagamento das duas prestações do prémio e dos correspondentes juros de mora referentes à revisão da concessão, sem desconhecer que nos termos do artigo 13º da Portaria acima mencionada, “No caso de ser declarada a caducidade da concessão, o concessionária perde, a favor da Região Administrativa Especial de Macau, a totalidade das prestações do prémio já pagas”, comprovada está, uma vez mais, a má

fé da concessionária em todo este processo de declaração de caducidade, violando assim o dever de agir segundo as regras da boa fé impostas pelo artigo 8º do CPA.

E não se diga que o disposto no artigo 13º daquela Portaria, e agora, no Regulamento Administrativo n.º 16/2004, “não é aplicável porque apenas está exarado num regulamento administrativo e não numa lei da Assembleia Legislativa”, o que contraria o disposto no artigo 103º da Lei Básica e na alínea 18) do artigo 6º da Lei 13/2009.

Se bem entendemos o raciocínio da concessionária, esta considera que é ilegal a norma que estabelece que declarada a caducidade da concessão, o concessionário não tem direito à devolução das prestações do prémio já pagas (artigo 13º do Regulamento Administrativo n.º 16/2004), porque contraria o disposto no artigo 103º da Lei Básica, que diz “A Região Administrativa especial de Macau protege, em conformidade com a lei, o direito das pessoas singulares e colectivas à aquisição, uso, disposição e sucessão por herança da propriedade e o direito à sua compensação em caso de expropriação legal” e por ter sido determinada por um regulamento administrativo e não por lei.

Isto porque, segundo a concessionária, se trata de uma matéria que cai no âmbito das matérias previstas na alínea 18) do artigo 6º da Lei n.º 13/2009, ou seja, diz respeito aos regimes da propriedade, da requisição e da expropriação por utilidade pública.

Mas sem qualquer razão.

Em primeiro lugar, porque nos parece que o disposto no artigo 13º do Regulamento Administrativo n.º 16/2004 não extravasa o âmbito das matérias cuja regulamentação foi remetida, pelo n.º 2 do artigo 48º da Lei de Terras, para diploma complementar do Governo, ou seja, todas as questões relacionadas com o prémio.

Com aquela norma apenas se pretendeu clarificar uma situação que já resultava da própria Lei de Terras e das regras gerais, não tendo a mesma introduzido qualquer alteração ao regime vigente.

Segundo, porque aquela norma em nada contende com a protecção do direito de propriedade privada, nas suas componentes de direito de adquirir bens; direito de usar e fruir dos bens de que se é proprietário; direito de os transmitir e direito de não ser privado deles, prevista no artigo 6º e concretizada pelo artigo 103º, ambos da Lei Básica.

Por fim, mesmo que aquele normativo tratasse de matéria relacionada com os regimes da propriedade, da requisição ou da expropriação, o que não é o caso, não nos podemos esquecer que aquando da elaboração da Portaria n.º 230/93/M, de 16 de Agosto, e do Regulamento Administrativo n.º 16/2004, não vigorava a Lei n.º 13/2009, que veio estabelecer o regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas, pelo que mal se percebe que a concessionária venha dizer que aquele artigo viola a alínea 18) do artigo 6º desta Lei.

Além do mais, de acordo com a disposição transitória prevista no artigo 10º da Lei n.º 13/2009, “Os regulamentos administrativos publicados antes da entrada em vigor da presente lei, ainda que não observam o regime nesta estabelecido, continuam a produzir efeitos jurídicos até à sua alteração, suspensão ou revogação através de diplomas legais”.

As consequências da falta de pagamento do prémio estão previstas no contrato de concessão, na alínea d) do n.º 1 da cláusula décima quarta, segundo a qual a falta de pagamento do prémio pode implicar a rescisão do contrato, mas não a sua caducidade.

Assim sendo, com o pagamento do prémio deixa de se verificar uma das

causas da rescisão do contrato, mas esse facto nada tem que ver com as causas da declaração de caducidade, nomeadamente o incumprimento do aproveitamento do terreno, que persiste por culpa exclusiva da concessionária, na medida em que esta, apesar de ter tentado, não foi capaz de demonstrar que não foi negligente, e assim, afastar a presunção de culpa que recai sobre si.

IV – Conclusões

Face ao exposto, não tendo a concessionária, na sua resposta à audiência dos interessados, logrado afastar a presunção de culpa que onera o seu comportamento faltoso, consubstanciado na inexecução da obra que constitui o aproveitamento do terreno denominado lote BT8, objecto da concessão, deve a Administração manter o sentido da sua decisão de declarar a caducidade da concessão, comunicada à concessionária através do ofício n.º 333/6321.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011.

À consideração superior.

Macau, 16 de Agosto de 2011.”

Reunida em sessão de 15.12.2011, a Comissão de Terras emitiu o seguinte parecer:

“Proc. n.º 43/2010 – Proposta de declaração da caducidade da concessão provisória, por arrendamento, do terreno com a área de 3.177m², situado na ilha de Taipa, na Avenida Kwong Tung, na Baixa da Taipa, designado por lote BT8, a favor da Sociedade Fomento Predial Socipré, Limitada, pelo incumprimento do aproveitamento do terreno no prazo fixado. A concessão provisória é titulada pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, cuja caducidade determina a reversão do terreno, livre de quaisquer ónus ou encargos, à posse da Região Administrativa Especial de Macau

(RAEM) com todas as benfeitorias aí introduzidas, sem direito a qualquer indemnização por parte da concessionária.

I

1. De acordo com o despacho do Chefe do Executivo, através da informação n.º 217/DSODEP/2010 da Direcção de Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes (DSSOPT), foi aprovada a proposta de iniciar o procedimento de declaração de caducidade da concessão, por arrendamento, a favor da concessionária Sociedade Fomento Predial Socipré, Limitada, do terreno com a área de 3.177m², situado na ilha da Taipa, designado por lote BT8, titulado pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, por incumprimento das cláusulas quinta, sétima e oitava do contrato do concessão e decidido submeter o processo à Comissão de Terras, para análise e parecer.

2. Reunida em sessões de 19 de Janeiro e 24 de Fevereiro de 2011, a Comissão de Terras, pelo parecer n.º 30/2011, 2 em concordância com a proposta da entidade concedente, propôs a declaração de caducidade da concessão, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato e da alínea a) do n.º 1 do artigo 166º da Lei de Terras, ex vi do n.º 2 do mesmo artigo, ou a declaração de rescisão do contrato, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 da cláusula décima quarta do contrato e na alínea c) do n.º 1 do artigo 169º da referida Lei, e a consequente reversão do terreno. Livre de quaisquer ónus ou encargos, à posse da RAEM, com todas as benfeitorias aí introduzidas, sem direito a qualquer indemnização por parte da concessionária.

3. Propôs ainda aquela Comissão que, nos termos dos artigos 93º e 94º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), a concessionária seja notificada para, no prazo de dez dias a contar da data da notificação, se pronunciar por escrito

sobre o sentido provável da decisão.

4. Submetido o parecer da Comissão de Terras a homologação do Chefe do Executivo, decidiu esta entidade, por despacho de 24 de Março de 2011, que antes da tomada da decisão final neste procedimento de declaração de caducidade da concessão deveria ser realizada a audiência da concessionária e solicitado parecer ao Ministério Público.

5. Nos termos do disposto nos artigos 93º e 94º do CPA, a DSSOPT, através do ofício n.º 333/6321.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011, submeteu o sentido provável da decisão (declaração de caducidade da concessão) a audiência prévia do interessado, tendo este disposto de um prazo de 10 dias a contar da data da notificação – 18 de Maio de 2011 – para se pronunciar por escrito.

II

6. A concessionária apresentou em 30 de Maio de 2011 a sua resposta escrita, as quais fazem parte integrante deste parecer e dão-se aqui como reproduzidas, para todos os efeitos legais.

7. Assim, recebida a resposta da concessionária, foi produzido pelo Departamento Jurídico da DSSOPT um relatório, datado de 24 de Agosto de 2011, que faz parte integrante do presente parecer e dá-se aqui como reproduzido para todos os efeitos legais.

8. O referido relatório conclui propondo que seja mantido o sentido da decisão de declarar a caducidade da concessão, comunicada à concessionária através do ofício n.º 333/6321.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011, tendo em conta que a concessionária, na sua resposta à audiência dos interessados, não logrou afastar a presunção de culpa que onera o seu comportamento faltoso, consubstanciado na inexecução da obra que constitui o aproveitamento do terreno denominado lote BT8,

objecto da concessão.

9. Em cumprimento do despacho do director da DSSOPT, de 16 de Setembro de 2011, o referido relatório foi enviado ao DSODEP para tramitação subsequente.

10. O DSODEP elaborou a informação n.º 233/DSODEP/2011, de 2 de Setembro de 2011, na qual propõe superiormente autorização para o envio do processo à Comissão de Terras para efeitos de parecer, proposta esta que mereceu a concordância da subdirectora e do director da referida Direcção de Serviços.

11. Sobre esta informação o Secretário para os Transportes e Obras Públicas emitiu despacho em 6 de Outubro de 2011, ordenando o envio do processo à Comissão de Terras para efeitos de parecer.

III

Reunida em sessão de 15 de Dezembro de 2011, a Comissão de Terras, analisado o processo e tendo em consideração o teor do relatório sobre a audiência dos interessados, datado de 24 de Agosto de 2011, é de parecer que deve ser declarada a caducidade da concessão do terreno designado por lote BT8, com os fundamentos de facto e de direito constantes do sobredito relatório, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato e da alínea a) do n.º 1 do artigo 166º da Lei de Terras, ex vi do n.º 2 do mesmo artigo.

Contudo, esta Comissão entende que deve sublinhar que nos procedimentos sobre o incumprimento dos contratos de concessão dos terrenos com as áreas de 15.823m², 8.124m² e 13.517m², situados na ilha da Taipa, junto à estrada Governador Albano de Oliveira, titulados pelos Despacho n.º 173/SATOP/97, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 53, II Série, de 31 de Dezembro de 1997, Despacho n.º 13/SATOP/98, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 10, II Série,

de 11 de Março de 1998 e Despacho n.º 32/SATOP/98, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 17, II série, de 29 de Abril de 1998, a decisão foi no sentido de não declarar a caducidade da concessão e, por conseguinte, de conceder um novo prazo para execução do respectivo aproveitamento, apesar de se considerar o não cumprimento do contrato imputável às concessionárias.”

Posteriormente, o Exm.º Secretário para os Transportes e Obras Públicas emitiu, em 14 de Maio de 2015, o seguinte parecer:

“Proc. n.º 43/2010 – Proposta de declaração de caducidade da concessão provisória, por arrendamento, do terreno com a área de 3.177m², situado na ilha de Taipa, na Avenida Kwong Tung, na Baixa da Taipa, designado por lote BT8, a favor da Sociedade Fomento Predial Socipré, Limitada, pelo incumprimento do aproveitamento do terreno no prazo fixado. A concessão provisória é titulada pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, cuja caducidade determina a reversão do terreno, livre de quaisquer ónus ou encargos, à posse da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) com todas as benfeitorias aí introduzidas, sem direito a qualquer indemnização por parte da concessionária.

1. De acordo com o despacho do Chefe do Executivo, através da informação n.º 217/DSODEP/2010 da Direcção de Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes (DSSOPT), foi aprovada a proposta de iniciar o procedimento de declaração de caducidade da concessão, por arrendamento, a favor da concessionária Sociedade Fomento Predial Socipré, Limitada, do terreno com a área de 3.177m², situado na ilha da Taipa, designado por lote BT8, titulado pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, por incumprimento das cláusulas quinta, sétima e oitava do contrato

da concessão e decidido submeter o processo à Comissão de Terras, para análise e parecer.

2. Reunida em sessões de 19 de Janeiro e 24 de Fevereiro de 2011, a Comissão de Terras, pelo parecer n.º 30/2011, e em concordância com a proposta da entidade concedente, propôs a declaração de caducidade da concessão, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato e da alínea a) do n.º 1 do artigo 166º da Lei de Terras, ex vi do n.º 2 do mesmo artigo, ou a declaração de rescisão do contrato, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 da cláusula décima quarta do contrato e na alínea c) do n.º 1 do artigo 169º da referida Lei, e a consequente reversão do terreno, livre de quaisquer ónus ou encargos, à posse da RAEM, com todas as benfeitorias aí introduzidas, sem direito a qualquer indemnização por parte da concessionária.

3. Propôs ainda aquela Comissão que, nos termos dos artigos 93º e 94º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), a concessionária seja notificada para, no prazo de dez dias a contar da data da notificação, se pronunciar por escrito sobre o sentido provável da decisão.

4. Submetido o parecer da Comissão de Terras a homologação do Chefe do Executivo, decidiu esta entidade, por despacho de 24 de Março de 2011, que antes da tomada da decisão final neste procedimento de declaração de caducidade da concessão deveria ser realizada a audiência da concessionária e solicitado parecer ao Ministério Público.

5. Nos termos do disposto nos artigos 93º e 94º do CPA, a DSSOPT, através do ofício n.º 333/6321.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011, submeteu o sentido provável da decisão (declaração de caducidade da concessão) a audiência prévia do interessado, tendo este disposto de um prazo de 10 dias a contar da data da

notificação – 18 de Maio de 2011 – para se pronunciar por escrito.

6. A concessionária apresentou em 30 de Maio de 2011 a sua resposta escrita.

7. Assim, recebida a resposta da concessionária, foi produzido pelo Departamento Jurídico da DSSOPT um relatório, datado de 24 de Agosto de 2011.

8. O referido relatório conclui propondo que seja mantido o sentido da decisão de declarar a caducidade da concessão, comunicada à concessionária através do ofício n.º 333/6321.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011. Tendo em conta que a concessionária, na sua resposta à audiência dos interessados, não logrou afastar a presunção de culpa que onera o seu comportamento faltoso, consubstanciado na inexecução da obra que constitui o aproveitamento do terreno denominado lote BT8, objecto da concessão.

9. Em cumprimento do despacho do director da DSSOPT, o referido relatório foi enviado ao DSODEP para tramitação subsequente.

10. O DSODEP elaborou a informação n.º 233/DSODEP2011, de 2 de Setembro de 2011, na qual propõe superiormente autorização para o envio do processo à Comissão de Terras para efeitos de parecer, proposta esta que mereceu a concordância da subdirectora e do director da referida Direcção de Serviços.

11. Sobre esta informação o Secretário para os Transportes e Obras Públicas emitiu despacho em 6 de Outubro de 2011, ordenando o envio do processo à Comissão de Terras para efeitos de parecer.

12. Reunida em sessão de 15 de Dezembro de 2011, a Comissão de Terras, analisado o processo e tendo em consideração o teor do relatório sobre a audiência dos interessados, datado de 24 de Agosto de 2011, é de parecer que deve ser declarada a caducidade da concessão do terreno designado por lote BT8.

Consultado o processo supra mencionado e concordando com o que vem proposto pelas razões indicadas naquele, solicito a Sua Excelência o Chefe do Executivo que declare a caducidade da concessão do referido terreno.”

Sobre este parecer, lavrou o Exm.º Chefe do Executivo, em 15 de Maio de 2015, o seguinte despacho: “Concordo.”

Houve crise económica em Macau entre 1997 e 2004.

Até ao momento, o terreno em causa ainda não foi aproveitado.

*

Do vício de forma por inobservância da forma legal

Refere a recorrente que o acto do Chefe do Executivo, concordando com o parecer do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, é inválido por não ter observado a forma legal exigida pelo artigo 167.º da Lei de Terras.

A nosso ver, julgamos não assistir razão à recorrente.

Preceitua o artigo 167.º da Lei de Terras que “a *caducidade das concessões, provisórias e definitivas, é declarada por despacho do Chefe do Executivo, publicado no Boletim Oficial*”.

Segundo o artigo 112.º do Código do Procedimento

Administrativo, "os actos devem ser praticados por escrito, desde que outra forma não seja prevista por lei ou imposta pela natureza e circunstâncias do acto".

No caso vertente, não há dúvidas de que o Chefe do Executivo praticou o acto recorrido por escrito.

De facto, não nos parece que a lei impõe fórmulas pré-estabelecidas para a declaração de caducidade da concessão, no sentido de que o Chefe do Executivo teria que usar determinadas expressões, sob pena de o seu despacho não produzir efeitos jurídicos.

E não obstante ter apenas apostado a expressão "concordo" no parecer do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, mas ao concordar com tal parecer, adoptou como fundamentação do despacho de declaração de caducidade os fundamentos de facto e de direito nele consignados, o qual por sua vez concordou com o que vinha proposto no parecer da Comissão de Terras, passando a fazer parte integrante do despacho ora recorrido. Como foi proposta no referido parecer do STOP a declaração de caducidade da concessão, ao concordar com tal parecer, a intenção do Chefe do Executivo, interpretada do ponto de vista de um destinatário normal, foi inequívoca no sentido de declarar a caducidade da concessão.

Por outro lado, a lei não impede que a publicação do despacho de declaração de caducidade do Chefe do

Executivo seja feita pelo Gabinete do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, basta que o referido despacho seja dado conhecimento ao público.

Assim sendo, tendo o Chefe do Executivo proferido por escrito o despacho que foi no sentido de declarar a caducidade da concessão e, em consequência, foi o mesmo dado a conhecer ao público através da publicação no Boletim Oficial, improcede o vício apontado pela recorrente.

*

Do vício de forma por falta de fundamentação

Assaca ainda a recorrente ao despacho recorrido vício de forma por falta de fundamentação, com fundamento de que o despacho recorrido não expôs nem as razões de facto nem as de direito da decisão.

A nosso ver, também não lhe assiste razão.

Estatui-se no artigo 114.º do Código do Procedimento Administrativo que os actos administrativos que neguem, extingam, restrinjam ou afectem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções, devem ser fundamentados.

Preceitua-se ainda no n.º 1 do artigo 115.º do mesmo Código que a fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e

de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações, propostas que constituem neste caso parte integrante do respectivo acto.

No caso vertente, face ao teor do despacho recorrido, podemos concluir que a entidade recorrida acolheu os fundamentos de facto e de direito constantes do parecer do Sr. SATOP que, por sua vez, ponderou as observações e recomendações do parecer da Comissão de Terras, sendo que qualquer destinatário comum (por referência à diligência normal do homem médio que tal deve ser aferido) fica a saber quais as razões de facto e de direito que levaram à declaração de caducidade da concessão do terreno, pelo que não se vislumbra a alegada falta de fundamentação do acto.

Por fim, é verdade que existe alguma discrepância entre o despacho recorrido e o despacho do SATOP que mandou publicar o acto recorrido, no referente à indicação das normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, tendo o primeiro socorrido das disposições legais da Lei de Terras antiga e o segundo das da Lei nova, porém, não se vislumbra, salvo o devido respeito, que a "irregularidade" seja pertinente, uma vez que a decisão estava fundamentada, a recorrente não podia não

saber quais as razões de facto e de direito que levaram a Administração a tomar aquela decisão, pelo que inexistente o alegado vício de falta de fundamentação.

*

Do vício de forma por falta de audiência prévia do interessado

Alega a recorrente que não foi ouvida antes de proferida a decisão final do procedimento administrativo.

Salvo o devido respeito, julgamos não lhe assistir razão.

Estabelece o n.º 1 do artigo 93.º do Código do Procedimento Administrativo que *"salvo o disposto nos artigos 96.º e 97.º, concluída a instrução, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta"*.

No caso vertente, a recorrente foi devidamente notificada para se pronunciar, em audiência prévia à decisão, sobre a provável declaração de caducidade da concessão, mais precisamente, através do ofício de 17.5.2011, a recorrente foi notificada para se querendo pronunciar no prazo de 10 dias, tendo a mesma feito uso daquele direito em 30.5.2011.

Na verdade, as justificações apresentadas pela

recorrente em audiência prévia foram devidamente ponderadas entretanto não foram aceites pela entidade recorrida.

Nestes termos, uma vez que a recorrente foi devidamente ouvida em audiência prévia, e após o que não houve lugar a novas diligências instrutórias, seria desnecessária nova audiência, pelo que improcede o vício apontado.

*

Do erro nos pressupostos de facto por défice de instrução

Alega a recorrente que a Administração não averiguou factos relevantes e necessários à decisão, opinando que o acto recorrido padece do vício de violação de lei por erro nos pressupostos.

Ao contrário do que entende a recorrente, somos da opinião de que a entidade recorrida ponderou todos os factos pertinentes que diziam respeito ao caso da recorrente.

Efectivamente, não tendo a recorrente logrado o aproveitamento do terreno, a Administração tem o dever (vinculado) de declarar a caducidade da concessão.

Uma vez provado que a recorrente não aproveitou o terreno dentro do prazo contratualmente fixado, caber-lhe-ia alegar e provar que não teve culpa pela falta de

aproveitamento.

E quanto à matéria alegada pela recorrente nos pontos 244 a 252 da petição de recurso, mesmo que fosse provada, ainda não seria suficiente para inflectir o sentido da decisão recorrida.

Assim sendo, improcede o vício apontado.

*

Do regime de declaração de caducidade de concessão por falta de aproveitamento do terreno; da alegada violação do artigo 215.º da Lei de Terras; culpa da concessionária

Alega a recorrente que a conduta da concessionária não merecia qualquer reprovação, na medida em que o incumprimento do aproveitamento foi devido a factos imputáveis à Administração e a circunstâncias especiais fora do controlo da concessionária, pelo que entende o acto de declaração da caducidade do contrato de concessão padecer do vício de violação de lei.

Vejamos.

Não obstante invocar a recorrente factos ocorridos após o término do prazo de aproveitamento do terreno, salvo o devido respeito, somos a entender que só têm relevância para a decisão do presente recurso os factos ocorridos até esse prazo que terminou em Junho de 2003, pois as vicissitudes posteriores a essa data deixam

de ter influência numa omissão pretérita e culposa por parte da recorrente.

No caso vertente, foi declarada a caducidade de concessão com fundamento na falta de aproveitamento do terreno, por culpa da concessionária.

Segundo o artigo 215.º da Lei n.º 10/2013 (Nova Lei de Terras), esta aplica-se às concessões provisórias anteriores à sua entrada em vigor.

Assinala-se ainda no n.º 3 desse mesmo artigo que *“quando tenha expirado o prazo anteriormente fixado para o aproveitamento do terreno e este não tenha sido realizado por culpa do concessionário, aplica-se o disposto no n.º 3 do artigo 104.º e no artigo 166.º”*. - sublinhado nosso

Considerando a matéria dos autos e, em particular, os factos reportados até ao prazo de aproveitamento do terreno, que terminou em Junho de 2003, entendemos sem margens para dúvidas que a falta de aproveitamento é imputável exclusivamente à recorrente.

Segundo o contrato de concessão, o arrendamento é válido pelo prazo de 50 anos, contados a partir de 29.10.1964, data da outorga da escritura pública da concessão inicial, devendo o aproveitamento do terreno operar-se no prazo global de 42 meses, contados a partir da data da publicação no Boletim Oficial de Macau do

despacho que titulou o contrato, ou seja, até Junho de 2003.

É inaceitável o argumento da recorrente quando diz que os prazos estabelecidos no contrato não tinham quaisquer efeitos práticos. Se assim fosse, para que serviria a outorga de um novo contrato, assim como a fixação de novo prazo de aproveitamento.

Uma vez aceite os termos do contrato, os outorgantes teriam que cumprir.

E quanto às formalidades administrativas e operações de crédito praticadas pela recorrente, nada têm a ver com a Administração, na verdade, competia à própria recorrente fazer aquilo que melhor entender, mas teria sempre que cumprir os termos contratuais, nomeadamente no tocante ao prazo de aproveitamento, sob pena de sujeitar a certas consequências negativas.

Por outro lado, não se diga que o argumento da crise económica verificada em Macau antes e pouco tempo depois da transferência da soberania permite dar apoio à recorrente.

Tendo a recorrente pedido a concessão de terreno para construção de um edifício afecto a finalidades habitacional, comercial e estacionamento, era porque tinha interesse em executar um empreendimento imobiliário para fins lucrativos, e se veio a saber que se

verificaram mudanças em Macau, tanto a nível de desenvolvimento urbanístico como a nível social, nomeadamente crise económica nos anos de 90 e inícios dos anos 2000, então tinha que assumir os riscos da sua actividade comercial, ou simplesmente não deveria ter aceite a celebração do contrato de concessão, e se tivesse aceite, também deveria ponderar se tinha condições para continuar.

Efectivamente, a recorrente não aproveitou o terreno no prazo de aproveitamento, não se vislumbrando ter ela agido diligentemente realizando atempadamente os trabalhos e as obras de aproveitamento, e em lado algum se logrou a prova de que a falta de aproveitamento se deveu a culpa da Administração.

Tudo aponta que a falta de aproveitamento do terreno se deveu a culpa da recorrente.

Conforme dito acima, para as concessões provisórias de pretérito, verificadas antes da entrada em vigor da nova Lei de Terras, em que a falta de aproveitamento se deveu a culpa do concessionário, a alínea 3) do artigo 215.º da nova Lei de Terras manda aplicar o n.º 3 do artigo 104.º e artigo 166.º da Lei de Terras.

Dispõe o n.º 3 do artigo 104.º da nova Lei de

Terras que "a inobservância de qualquer um dos prazos referidos no número anterior sujeita o concessionário às penalidades estabelecidas no respectivo contrato ou, sendo este omissivo, à multa no montante correspondente a 0.1%, consoante as situações, do prémio ou do preço de adjudicação por cada dia de atraso, até 150 dias". - sublinhado nosso

Por sua vez, determina o artigo 166.º da mesma Lei:

"1. Para além das situações previstas nos Capítulos VII e XI, as concessões provisórias ou as concessões definitivas em fase de reaproveitamento de terrenos urbanos ou de interesse urbano caducam, quando se verifique qualquer uma das seguintes situações:

1) Não conclusão do aproveitamento ou reaproveitamento do terreno nos prazos e termos contratuais ou, sendo o contrato omissivo, decorrido o prazo de 150 dias previsto no n.º 3 do artigo 104.º, independentemente de ter sido aplicada ou não a multa;

2) Suspensão, consecutiva ou intercalada, do aproveitamento ou reaproveitamento pelo período fixado no contrato ou, no silêncio deste, por prazo superior a metade do previsto para a sua conclusão.

2. Para além das situações previstas nos Capítulos VII e XI, as concessões provisórias de terrenos rústicos caducam quando:

- 1) O aproveitamento não seja iniciado dentro de seis meses após a concessão ou no prazo contratual fixado;
- 2) O aproveitamento seja suspenso, consecutiva ou intercaladamente, por um período superior a 12 meses.” - realçado nosso

Face às normas acima expostas, no tocante às concessões provisórias de pretérito, se se verificar que a falta de aproveitamento dos terrenos se deveu a culpa do concessionário, os dois preceitos legais acima referidos aplicam-se imediatamente, mesmo que estejam em contradição com o convencionado pelas partes no respectivo contrato de concessão, e também independentemente de ter sido aplicada ou não a multa.

Entende a recorrente que a multa deveria ser aplicada, por incumprimento dos termos do contrato de concessão, antes de ser declarada a caducidade do contrato.

Ora, a questão já foi apreciada pelo TUI.

Por razões de economia processual, cita-se parte do Acórdão daquele Venerando Tribunal, no Processo n.º

28/2017, com a qual concordamos:

“Relativamente às concessões provisórias anteriores à entrada em vigor da lei nova, prescreve o artigo 215.º da nova Lei de Terras:

“Artigo 215.º

Nas concessões provisórias

A presente lei aplica-se às concessões provisórias anteriores à sua entrada em vigor, com as seguintes ressalvas:

1) Quando esteja a correr um prazo fixado por legislação anterior e a presente lei o tiver modificado, é aplicado o prazo mais longo;

2) Os direitos e deveres dos concessionários são imediatamente regulados pela presente lei, sem prejuízo do convencionado nos respectivos contratos;

3) Quando tenha expirado o prazo anteriormente fixado para o aproveitamento do terreno e este não tenha sido realizado por culpa do concessionário, aplica-se o disposto no n.º 3 do artigo 104.º e no artigo 166.º”.

A alínea 1) não é relevante para a questão em apreço por se referir à duração de prazos legais.

No que respeita aos direitos e deveres dos concessionários a alínea 2) faz prevalecer o convencionado nos respectivos contratos sobre o disposto na lei. Na sua falta, aplica-se a nova Lei e não a antiga Lei.

Ou seja, em tudo quanto respeite a direitos e deveres dos concessionários aplica-se, em primeiro lugar, o que tiver sido contratado pelas partes. No que não esteja regulado no contrato de concessão aplica-se, supletivamente, a nova Lei. E, eventualmente, se for caso disso, até as

normas do artigo 11.º do Código Civil. Pelo menos, o disposto no seu n.º 1, nos termos do qual “a lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular”.

Na matéria de facto provada, sob o n.º II, transcrevemos a cláusula 12.^a onde se estipula sobre as condições de caducidade do contrato de concessão por falta de aproveitamento do terreno no prazo contratual, pelo que a mesma se aplica nos termos da alínea 2) do artigo 215.º da Lei nova. Não obstante, isso não quer dizer que as condições de declaração da mencionada caducidade se rejam apenas pela mesma cláusula. Nas situações omissas pode ter lugar a aplicação da Lei nova, como dissemos já.

Interpretemos a alínea 3) do artigo 215.º da Lei nova, segundo a qual, quando tenha expirado o prazo anteriormente fixado para o aproveitamento do terreno e este não tenha sido realizado por culpa do concessionário, aplica-se o disposto no n.º 3 do artigo 104.º e no artigo 166.º.

Tendo em conta que o proémio do artigo 215.º já determina a aplicação da lei às concessões provisórias anteriores à sua entrada em vigor, a intenção desta alínea 3) é a de aplicar imediatamente dois preceitos da lei nova, mesmo contra o que esteja convencionado nos respectivos contratos (alínea anterior) e na lei antiga. A não ser esta a interpretação da alínea 3) (prevalência destas duas normas da lei nova sobre o estabelecido nos contratos), ela seria inútil visto que do proémio do artigo 215.º e da sua alínea 2) já resultaria que a lei nova se aplicaria às concessões provisórias anteriores à sua entrada em vigor e que o contratado prevalece sobre a lei no que toca a direitos e deveres dos concessionários. Não haveria necessidade

de mandar aplicar expressamente dois preceitos da lei nova. Ou seja, o único efeito útil da alínea 3) é dizer que, ao contrário do que resulta da alínea 2) - onde o convencionado pelas partes prevalece sobre as disposições da lei nova - estes dois preceitos da lei nova prevalecem sobre o contratado.”

Pelos fundamentos antes expostos, im procedem as razões da recorrente quanto a esta parte.

*

Da usurpação de poderes

Alega a recorrente que o acto recorrido baseou-se em instruções internas, nomeadamente a informação n.º 095/DSODEP/2010, a qual estabelece critérios de classificação do comportamento dos concessionários no âmbito da Lei de Terras em matérias de contratos de concessão, assacando ao mesmo acto vício de violação de lei por ofender o princípio da separação de poderes.

De facto, aquela informação mais não seja do que uma orientação interna, um instrumento auxiliar na apreciação dos inúmeros casos de caducidade de concessões por falta de aproveitamento de terrenos e não tem qualquer natureza normativa.

Aliás, analisado o teor do despacho recorrido que concordou com o despacho do SATOP e este, por sua vez, concordou com o parecer da Comissão de Terras, podemos concluir que a norma que serviu de fundamento de direito

ao despacho recorrido foi efectivamente a alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato de concessão e a alínea a) do n.º 1 do artigo 166.º da Lei de Terras, e não a alegada informação do Chefe do Executivo.

Decidiu o Acórdão do Venerando TUI, no Processo n.º 81/2016 que *"a violação de instrução pode constituir infracção de dever funcional por parte do subalterno, mas não constitui fonte de direito, pelo que o interessado não pode invocar a violação de instrução, como fundamento de anulação de acto administrativo"*.

Improcede, pois, o recurso nesta parte.

*

Da alegada violação dos princípios da proporcionalidade, dos direitos e interesses dos residentes, da igualdade e da imparcialidade

Assaca ainda a recorrente ao despacho recorrido vício de violação de lei por ofender os princípios da proporcionalidade, dos direitos e interesses dos residentes, da igualdade e da imparcialidade.

Conforme decidido pelo recente Acórdão do TUI, no Processo n.º 38/2017, a declaração de caducidade do contrato de concessão consiste num poder-dever do Chefe do Executivo, quando o terreno não tenha sido aproveitado no prazo legal e não tenha sido pedido a prorrogação do

prazo, nos termos do n.º 5 do artigo 104.º da actual Lei de Terras.

Trata-se, no fundo, de um dos efeitos impostos pela lei, pois não cabe à Administração decidir se declara ou não declara a caducidade, pelo contrário, é um acto vinculado do Chefe do Executivo.

Ora bem, uma vez que o não aproveitamento do terreno procede de culpa da recorrente, verificados estão os pressupostos da declaração de caducidade do respectivo contrato de concessão.

Em boa verdade, não obstante a Administração não ter declarado atempadamente a caducidade da concessão por falta de aproveitamento, não significa que a mesma está impedida de o fazer a todo o momento, considerando que não existe qualquer limite temporal para o efeito, nem implica que o prazo de aproveitamento inicialmente concedido pode ser prorrogado, por não haver qualquer disposição legal que prevê essa possibilidade.

E quaisquer pedidos posteriores com vista a obter prorrogação do prazo de aproveitamento ou alteração da finalidade da concessão não têm a virtualidade de transformar um dever vinculado da Administração num poder discricionário, sempre que se verifique incumprimento do prazo de aproveitamento por culpa dos concessionários.

No caso vertente, uma vez verificada a falta de aproveitamento do terreno imputável à recorrente, a Administração está obrigada a declarar a sua caducidade, nos termos consentidos pela alínea 3) do artigo 215.º, 166.º e 167.º, todos da Lei n.º 10/2013.

Logo, torna-se irrelevante a invocação daqueles vícios.

Alega ainda a recorrente que o Secretário para os Transportes e Obras Públicas, Sr. Raimundo Arrais do Rosário, deveria estar impedido no procedimento que culminou na prolação do parecer com o qual concordou o Chefe do Executivo, na medida em que ele teve intervenção em estudo técnico e chegou a representar a anterior concessionária do terreno.

Sobre a questão em apreço, remete-se para o douto parecer do Ministério Público com o qual concordamos e que a seguir se transcreve:

"4. Fundamentando a arguição da ofensa do princípio da imparcialidade, a recorrente alegou, nos art. 391º e 392º da sua petição, que o actual STOP tinha intervindo em estudos técnicos e participado em reuniões «em nome e representação da anterior concessionária do Lote», por ter sido o engenheiro responsável designado.

Antes de mais, impõe-se realçar que a nosso ver,

tal como acontece com o desvio de poder, quem argúi impedimento ou suspeição assume o ónus de prova da verificação dos correspondentes fundamentos - regra que pode ser extraída mediante interpretação teleológica do disposto do n.º 2 do art.º 47º e n.º 2 do art.º 50º do CPA.

Os documentos de fls. 630 a 634 dos autos evidenciam que a intervenção do actual STOP consiste em assumir a responsabilidade, na sua qualidade de engenheiro civil em regime privado, pelos projectos aí referidos que foram apresentados pela então concessionária denominada «Fábrica de Artigos de Vestuários Estilo, Lda.». Tenha-se presente que tal intervenção cessou definitivamente a partir de 14/01/2000 - o que foi atempadamente comunicado à DSSOPT (doc. de fls. 651 dos autos).

Repare-se que o Despacho n.º 125/SATOP/99 operou a revisão do contrato de concessão e a consequente transmissão dos direitos derivados desse contrato (doc. de fls. 151 a 172 dos autos), e aqueles projectos apresentados pela «Fábrica de Artigos de Vestuários Estilo, Limitada» nunca logram a efectiva execução, ficando abandonados voluntariamente.

Estas vicissitudes aconselham-nos a entender que a intervenção (do STOP antes de 14/01/2000) acima

apontada não pode ser equacionada na previsão da alínea d) do n.º 1 do art. 46º do CPA, nem sequer tem a virtude de constituir o fundamento legítimo do impedimento para ele subscrever o Parecer em 14/05/2015 (doc. de fls. 403 a 408 do dito P.A.).

Na nossa óptica, a recorrente nunca oferece prova convincente que demonstre o impedimento ou a suspeição, ou ponha em dúvida a rectidão e isenção do Exmo. Senhor STOP, e é sem dúvida que os seus pareceres não projectam efeito vinculativo às decisões do Chefe do Executivo no que respeite a declarar ou não a caducidade.

Ponderando tudo isto, temos por indiscutíveis a isenção, a lealdade e a fidelidade ao interesse público do Exmo. Senhor STOP bem como do Exmo. Senhor Chefe do Executivo, pelo que não se descortina in casu a violação do princípio da imparcialidade.”

E quanto à questão de saber se a decisão da Administração sobre a declaração de caducidade da concessão dos terrenos foi diferente para situações idênticas, somos a entender que, na medida em que as circunstâncias de facto não são exactamente as mesmas, não podemos dizer que a Administração tenha decidido diferentemente de casos semelhantes, assim, não se vislumbra violação do princípio da igualdade.

Mesmo que assim não se entenda, conforme dito acima, inserindo-se o acto da Administração no âmbito do exercício da actividade vinculada que decorre do disposto no artigo 215.º e na alínea 1) do n.º 1 o artigo 166.º, da Lei de Terras, não pode estar em causa a violação daquele princípio, o qual funciona apenas como limite interno da actividade discricionária da Administração e não no domínio do exercício de poderes vinculados.

Inexistem, pois, os vícios imputados pela recorrente.

III) DECISÃO

Face ao exposto, acordam em julgar improcedente o recurso contencioso, confirmando o acto administrativo impugnado.

Custas pela recorrente, fixando a taxa de justiça em 20 U.C.

Registe e notifique.

RAEM, 19 de Julho de 2018

Tong Hio Fong

Lai Kin Hong

Fong Man Chong (com

declaração de voto vencido elaborada em chinês.)

Fui presente

Joaquim Teixeira de Sousa

行政司法上訴卷宗編號：671/2015

上訴人：Sociedade de Fomento Predial Socipré, Limitada

被上訴實體：澳門特別行政區行政長官

落敗票聲明 (Declaração de Voto Vencido)

第一部份: 前言

在尊重合議庭多數意見之前提下，本人對本案的理據及判決部分皆持不同的觀點，故作成本落敗票聲明。

關於本案所爭議之問題，雖然在同類個案中中級法院已有多宗裁判，但每宗個案是一個獨立的個案，每宗案件都有其獨特之處，法律之適用須因應每宗個案之具體事實及情節，同時結合適用之法律及法律體系本身之結構性原則，方能得出合理及公平的解決方案。一如Philipp Heck所言般：「誰人解釋一條規範，解釋整個法律體系，誰人適用一條法律規範，適用整個法律體系」¹。

第二部份: 請求

一. 上訴人請求法院撤銷行政長官於2015年5月15日作出之宣告其獲批之一幅土地(一幅面積3,177平方米，位於氹仔島廣東大馬路，氹仔新城市中心，稱為“BT8”地段)失效之批示(刊登在2015年5月20日之《政府公報》內)(原批地期限為至2014年10月29日，2015年6月15日上訴人接獲信件通知)，理據為該批示沾有多項瑕疵：

- 該批示無遵守法定之形式；
- 該批示欠缺理由說明；
- 沾有形式瑕疵：無對利害關係人進行聽證；

¹ In «Das Problem der Rechtsgewinnung», Auf. 1932.

- 調查事實不足；
- 違反《土地法》第215條；
- 違反適度原則、平等原則及不偏私原則。

*

第三部份: 事實

先列出對解決爭議問題屬關鍵、且獲證實之事實：

見合議庭裁判關於事實部份之內容。

*

關於宣告土地批給(*concessão*)失效之問題，在2018年6月7日第377/2015號案件(落敗票聲明)、2018年6月28日第499/2016號案件(落敗票聲明)及2018年7月12日第617/2015號案件(投票表決聲明)，已闡述本人在法律上之觀點及立場，上述案件之投票聲明中之第四部份: 法律分析，經必要配合後(*mutatis mudantis*)，亦適用於本案，**其內容在此視為完全轉錄**，作為本案表決聲明之組成部份。

但關於最後結論，則見本聲明之最後部份。

*

為便於理解，茲轉錄上引案件所述之法律分析內容：

【 第四部份: 法律分析】

I- 引言

澳門第一部《土地法》為7月5日第6/80/M號法律通過，之後經多次修改。在特區成立之後透過9月2日第10/2013號法律通過一部新之《土地法》(下稱《土地法》)，並廢止之前的土地法。

《土地法》是一部很專門的法律，其中涉及不少公務範疇的專業概念，同時亦觸及公法，尤其是行政法的基本原理及原則，只有正確解讀其中的基本概念，再結合案件之具體事實，方能得出一個公正及可行之問題解決方案。

*

作為本案之第二助審法官，已多次對爭議之土地問題作出表決，我們先從立法者對法律解釋者所定之基本原理開始，澳門《民法典》第7條規定：

（審判之義務與遵守法律及法院裁判之義務）

一、法院及法官均為獨立，且僅受法律拘束。
二、法院不得以法律無規定、條文含糊或對爭議之事實有不可解決之疑問為藉口拒絕審判。

三、(……)

四、(……)。

第8條規定：

（法律解釋）

一、法律解釋不應僅限於法律之字面含義，尚應尤其考慮有關法制之整體性、制定法律時之情況及適用法律時之特定狀況，從有關文本得出立法思想。

二、然而，解釋者僅得將在法律字面上有最起碼文字對應之含義，視為立法思想，即使該等文字表達不盡完善亦然。

三、在確定法律之意義及涵蓋範圍時，解釋者須推定立法者所制定之解決方案為最正確，且立法者懂得以適當文字表達其思想。

由此可知，法律之解釋及適用乃法律工作者之天職，這是不能迴避之問題。我們先看《土地法》內一些基本概念。

*

II - 批給行為的性質及特徵

1. 行政批給(concessão)是指由行政當局對原本由其直接使用或支配的資源透過一行政行為允許私人利用及發展，在批給內容上可以包括各種性質之行為及內容，例如合同，即不少內容仍透過雙方協商而達成一致的共識，並透過特定形式的文書記錄作實，作為雙方共同遵

守的內容可。²

《土地法》第39條規定：

一般職權

行政長官具以下職權：

- (一) 以租賃方式批給都市性土地或具有都市利益的土地；
- (二) 以租賃方式批給農用土地；
- (三) 將公產土地作專用批給；
- (四) 許可土地批給的續期；
- (五) 許可修改批給，尤其是更改已批土地的用途和利用；
- (六) 因有償或無償的合夥、生前行為或繼承而應替換程序的當事人或移轉批給所衍生的狀況時，許可該等替換或移轉；
- (七) 許可已撥入公產的土地歸併為私產；
- (八) 許可全部或部分的轉租賃；
- (九) 對土地的臨時佔用予以許可、續期或廢止；
- (十) 將已撥作公共利益用途的土地交由公共部門和機構處置，以便該等部門和機構按有關土地的特別用途予以使用。

2. 顯然，土地批給與利用就是一種典型的情況，在批給行為之後，一連串的行為仍需行政當局的配合，即一連串的補充給付及附帶的義務，仍需由行政當局作出及履行，否則承批人土地的利用權 (direito de aproveitamento) 根本無法行使。

例如：

- 承批人須獲街綫圖方能知道該地段的發展條件(例如建築高度)；
- 承批人須提交多種發展計劃及圖則(例如結構、施工、水電等)，呈交行政當局審批，只有獲批准給後才能進行後續的工作。
- 承批人之後還須提交其他圖則請求主管部門審批。
- 如所有方案獲行政當局同意後才能申請施工准照 (licença de obra) 該准照亦有期

²參閱《公共服務批給》(Concessão de serviços públicos)一書，Pedro Gonçalves, Almedina出版社，1999年版。

限限制。

3. 由此可知，在土地批給的範疇內，並非一個批給批示或批給合同就完成工作；承批人就可以隨意發展有關土地，或直接言之，承批人不能完全按照自己的意願落實批給合同所定之內容。這些內容，尤其是義務，能否確切履行，絕大程度仍取決於行政當局的配合。獲批土地後，承批人並非完全自由及自決之開展工作。例如並非在批地上種一棵樹或挖一個井就實現批給之目的。

4. 如果因為批給而對批給方及承批人訂立一連串的規則及義務，而在行使權利及義務方面，須雙方共同合作方能落實，合同雙方皆須本著善意的態度履約，所謂「信約必守原則」(*pacta sunt servanda*)亦適用於行政合同，行政合同亦是合同之一種，除受公法約束外，亦受民事法之基本原則約束。

5. 關於這方面之內容，《行政程序法典》第176條的規定：

「(補充法例)

本法典未有明文規定者，行政法之一般原則適用於行政合同，而規範公共開支之法律規定，以及規範訂立公法上之合同之特定方式之規定，經作出必要配合後，亦適用於行政合同。」

同一法典第8條關於善意原則亦規定：

「一、在任何形式之行政活動中，以及在行政活動之任何階段，公共行政當局與私人均應依善意規則行事及建立關係。

二、遵守上款規定時，應考慮在具體情況下需重視之法律基本價值，尤應考慮：

- a) 有關活動使相對人產生之信賴；
- b) 已實行之活動所擬達致之目的。」

由此可知，行政當局在履行職務時，尤其是履行行政合同所定之義務時受一套嚴謹的法律規範及原則約束，不能隨意作為、亂作為或不作為，否則須承擔由此產生之責任。

*

III - «土地法»規定之期間(除斥期之問題)

《土地法》主要規範兩種期間：

- 1) - 土地批給之租賃期(或稱「批租期」) (prazo de concessão por arrendamento) ;
- 2) - 土地之利用期 (prazo de aproveitamento) 。

在第一種情況裏(批租期)裏分成臨時批給 (concessão provisória)及確定批給 (concessão definitiva) 。

《土地法》第47條規定:

期間

- 一、租賃批給的期間須在批給合同中訂明，且不得超過二十五年。
- 二、其後的每次續期不得超過十年。
- 三、為調整租金，可將租賃期或其後的續期分割為數段期間。

第48條規定:

臨時批給的續期

- 一、臨時批給不可續期，但不影響下款規定的適用。
- 二、如臨時批給的土地與確定批給的土地合併，且屬一併利用的情況，則應承批人的申請，經行政長官預先許可，相關的臨時批給可予以續期。
- 三、上款所指的申請須與相關土地的確定批給的續期申請一併提出，且二者的續期期間亦須相同。

由此可知，土地的租賃批給期間為25年，這是一個由批給人與承批人達成的協議，而且明確載於行政合同內，當法律或合同內訂立時間或期間時，往往就易引發爭議，我們可以先看看關於期間的內容。

*

首先，在學理及法律上將失效期間 (caducidade) (中文常稱為「除斥期」)分成兩種類型:

- 1) 一般除斥期 (caducidade-preclusão) (caducidade simples):

指權利人無在一個預定之期間內行使有關權利，單純時間的經過則導致權利消

滅。立法者訂立這項措施之目的通常在於避免或壓止權利人的疏忽或怠慢，避免行政相對人對於行政當局給予的一種優惠，採取一種怠慢的態度。

2) 懲戒性除斥期(或稱懲「罰性除斥期」³) (caducidade-sanção) :

指行政當局在將一種優惠狀況賦予行政相對人時，要求後者履行一些義務，採取一些行為或措施，如無在預定期內如此作為，則時間的經過引致這些優惠狀況消失，即權利失效。

在土地問題發生之初期，行政當局並無對《土地法》所定的失效期間作明確之定性，所以在工務範疇的文件內，似乎一律認為責任在於承批人，即後者有過錯而無利用有關土地，而法院後來就將《土地法》所訂的批租期認為屬於一般除斥期 (caducidade-preclusão)，理據是只有法律明文規定之情況下才會出現懲罰性除斥期 (caducidade-sanção) !

這是否具說服力的理據? 這是其中一個爭議點!

事實上，我們甚少見到立法者在文字上明確使用一般除斥期(caducidade-preclusão)或懲罰性除斥期 (caducidade-sanção) 這些定性的術語，故很大程度上依賴法律解釋者及適用者去解釋及定性，一如“期間”這個詞，可以是中間期間 (prazo dilatatório)，也可以行為期間 (prazo peremptório) — 見《民事訴訟法典》第95條，屬於立法者明確界定及區分期間之性質之少有情況之一。

在《土地法》的層面上，一如上文所述，批給土地之後，並非一切工作已完成，並非由行政當局開出一張空白支票，由受票人(承批人)任意填寫，相反，一連串後續的補充及補足給付(義務)須雙方遵守及履行，從這個角度考慮，25年的批給期是一個要求承批人履行義務的一個期間，同一時間行政當局亦負有一套義務，審批承批人提出的申請，而且在眾多環節內，如行政當局不履行其義務，直接導致承批人無法履行他本身的義務，所以我們不能簡單地認為25年的批租期間是一個一般性除斥期(caducidade-preclusão)。

如是者，如果在批給合同內，行政當局負有義務，而承批人亦負有義務，則雙方皆須善意作為，嚴格履行相關義務。換言之，如存在不履行之情況，則須判定是否有合理理由

³ 詳閱Maria Fernanda Maças之文章:「行政法內之除斥期(簡述)」第131頁，刊登在《Estudo em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa》第II卷, 2005年版, Coimbra Editora 出版社。

存在! 責任方誰屬? 過錯程度如何? 這是判定履合同事宜的基本原理及思維, 亦是善意原則所定的基本要求(見《行政程序法典》第176條)。

換言之, 必須考慮過錯的問題。如綜觀及分析所有問題後, 發現過錯方為承批人, 例如從無提出利用土地的請求, 或中間採取一些拖延之措施, 而行政當局又確切履行其應有的義務, 在法定及合理期內期間內審批有關請求, 在這種情況下, 在完全責歸承批人的情況下, 行政當局有義務宣告批給合同失效。相反, 倘若認為過錯方在於行政當局, 因為無確切履行批給合同所定之義務, 則不應作出失效之宣告, 這是善意履合同應有的基本態度, 所謂「信約必守原則」。

葡萄牙著名行政法學家蘇樂治教授 (Prof. Rogério Soares) 在其《行政法》⁴ 一書中關於除斥期就知道:

“另一制度, 其中時間也發揮作用的是“除斥期間”(caducidade)。法律常接受一權利 (direito) 之固有(各種)功能 (faculdades)、或權力 (poderes) 之行使, 只可在一個期間內為之。期間過後而無任何行使之表示, 則該權利消滅。

該制度之依據為: 第一方面為保障肯定性 (certeza), 不行使權利之原因為何則在所不問。例提起一行政上訴或訴訟 (acção) 之權利失效, 在其他某些利益之情況下, 該制度之目的為遏止一種客觀之過失 (negligência objectiva), 為更有興趣、或更有能力之其他受益人在享用這些利益方面開闢路途。例: 准照 (licença) 及特許 (concessão)。為此, 似乎可指出, 在失效制度上, 正在關注與一待決之狀態 (pendência) 不相容之一種特殊公益: 例如在行政司法上訴方面, 要快速確定行政行為之利益; 又例如實際使用執照 (licença) 及特許 (concessão) 所涉及之公益。

應該留意, 此失效與上述懲罰性失效 (caducidade-sanção) 全無關係 - 後者體現在因擁有人之一個行為而喪失一個權利, 有別於不行使權利之行為, 尤其是不履行一負擔(或責任) (ónus) 而引致。

消滅時效 (prescrição extintiva) 是時間發揮作用之另一形式 - 在《行政法》上亦適用。倘在某段期間內不行使一權利、法律(對該不行使之行為)授予消滅權利之效力, 因對不作為作拋棄權利之推定, 因而出現消滅時效。相對於失效 (caducidade) 而言, 在實踐上有一個重要之分別: 在時效方面 (prescrição), 容許有計算期間中止 (suspensão) 或中斷 (interrupção) 之原因 - 藉此排除上文所述推定。”

⁴ 中文版見澳門大學法學院出版之《行政法專集》2008年, 第32頁至第33頁。

*

歷史參考事件: 關於期間性質之爭議

我們先看看一些例子，自古至今，當立法者在法律條文裏訂立一個期間，但沒有明確指出其定性時、常常引起判例上的爭議，甚至產生對立的觀點。

發生在葡萄牙的例子:

1 - 1925年第1662號法律第5條第8款規定了一個六個月的期間，當年就引發爭議。這個6個月是指由出租人以承租人違約為基礎而提起的勒遷之訴，六個月是一個時效期間 (prescrição)⁵。〔註: 時效期間是針對一些肯定及穩定之主觀權利狀況，透過時效希望盡快結束一種不清晰的狀態，故如權利人不在指定期間內行使，則推定權利人放棄其權利，所以是否真的存在權利人的過失需加以考慮。但失效或除斥期則指一些處於形成過程中的法律狀況(可以是形式權)，這個權利本來受時間限制，目的是確保法律的肯定性及安定性，所以不行使引致權利失效。〕在一般情況下，時效期間允許中斷或中止，而除斥期則不允許，但並非絕對。

2 - 葡萄牙最高法院在1926年2月19日的判決中認為供未成年人在成年後一年期內提出訴訟之期間是一個時效期間。

3 - 葡萄牙最高法院在1928年1月6日之裁判中指出: 批准法律援助之訴訟不會對提出關於身份爭議之訴訟之期間產生中止或中斷之效力，故不存在時效期間。

4 - 葡萄牙最高法院在1929年1月18日之裁判中提出有別於一般見解之觀點，認為提起優先權之訴之期間六個月是一個時效期間。

5 - 葡萄牙最高法院1929年5月4日之另一個裁判中稱: 對於提起一個訴訟之期間認為不屬於時效期間，而是除斥期⁶。自此在葡萄牙法律體系內正式引入除斥期這個概念。

6 - 但在1930年5月20日之裁判中葡萄牙最高法院又無再區分上述兩個概念。

7 - 後來葡萄牙最高法院在1930年6月6日之裁判中又指:

「無在一個期間行使有關權利而消滅該權利，時間的經過不能視為時效，一如《民法典》第505條的第一款所述，這是一種除斥期，法國人稱為 *déchéance*」。

8 - 上述的分歧引致葡萄牙最高法院在1933年4月18日作出統一司法見解:

「法律訂立作提起訴訟之期間是一個時效期，而非除斥期」⁷。

⁵ 見上引[Maria Fernanda Maçãs之文章，第103頁；還有《A caducidade》(除斥期)一書，作者Aníbal de Castro，1984年版，Petrony出版社，第51頁及續後。澳門現行《民法典》第293條及第320條。

⁶ 法語稱為: *déchéance*，在葡萄牙語內亦有學者稱為 *prazo de decadência*。

⁷ 關於這部份的內容，可參閱António Menezes Cordeiro著之文章「葡萄牙法中之除斥期」，載於《O

但上述司法見解被1939年的《民事訴訟法典》完全棄，真正對時效期及除斥期進行劃分的是1966年的《民法典》(該法典當年亦引伸至澳門生效)，在法典內亦正式區分這兩個制度。

由此可知，凡是涉及一個期間(時段)之內容，最易引起不同的見解，最易產生分歧，看來《土地法》亦不例外。

*

IV - 土地的利用期

土地批出後，接續就是利用及發展，在這方面存在另一個期間: 土地之利用期。所謂利用就是指按批給合同之目的及用途在批給土地上完成定作物，特別是興建一建築物，並獲行政當局發出使用准照。這一點內容似乎爭議不大。

爭議點在於由開始利用土地及利用期間，以至施工完成後，行政當局及承批人在中間所作出之一連串行為及其產生之法律效果。

關於這方面，《土地法》第104條規定:

利用的程序

一、土地的利用期間及程序由有關批給合同訂定。

二、如批給合同未有載明，而有關利用其中包括興建建築物，則須遵守下列最長期間：

(一) 提交建築計劃的期間為九十日，自作為批給憑證的批示在《公報》公佈之日起計；

(二) 提交其他專業計劃的期間為一百八十日，自核准建築計劃的通知日起計；

(三) 提交發給工程准照的申請的期間為六十日，自核准專業計劃的通知日起計；

(四) 開始工程的期間為十五日，自工程准照發出日起計；

(五) 完成工程的期間為工程准照所載者。

Direito» 一書，第829頁。

三、如不遵守上款所指任一期間，承批人須受有關合同所定的處罰；如合同未作規定，則每逾期一日，視乎情況須付相當於溢價金或判給價金千分之一的罰款，此項罰款最高為一百五十日。

四、為適用本條的規定，不核准建築計劃或其他專業計劃，並不中止或中斷利用期間的計算。

五、如基於不可歸責於承批人且行政長官認為充分的理由，則應承批人的申請，行政長官可批准中止或延長土地利用的期間。

如上文所述(關於土地批給期)，在合同的約定的利用期內，無論承批人或批給人(行政當局)都有一連串的義務須遵守，須相互合作，否則難以實現合同之目的。所以明白到上引條文第104條第5款明確指出：在承批人無過錯的情況下行政當局應延長土地的利用期。

所謂延期是指：在行政合同即將到期之時，行政當局允許承批人在一個補充期間繼續開展某些活動。這是單方面改變合同條款的手法，將原定的期間延長一段時間，可以透過正式修改合同文本的方式進行，或透過信件往來而落實這方面的內容，當然前提是行政當局作出衡量及判斷，一方面公共利益，另一方面承批人的利益，而且認為延期仍為謀求公共利益的最佳方法。如果行政當局判斷錯誤，足以導致其承擔責任。

在本案裏，是否有足夠法理作如此安排? 事實上有:

1) - 《政程序法典》第 167 條規定:

(行政當局之權力)

除因法律規定或因合同之性質而不得作出下列行為外，公共行政當局得：

- a) 單方變更給付之內容，只要符合合同標的及維持其財政平衡；
- b) 指揮履行給付之方式；

c) 基於公共利益且經適當說明理由，單方解除合同，但不影響支付合理之損害賠償；

d) 監察履行合同之方式；

e) 科處為不履行合同而定之處罰。”

2) - 本案的土地批給合同(見卷宗內第 173 及 174 頁)第 13 條亦規定:

第十三條失效

1 本合同在下述情況下失效:

a) 第八條所述之加重罰款完成;

b) 土地未被利用時，未經許可而變更土地利用目的;

c) 土地利用期中斷 90 天，有合理理由，且為第一立約人接受除外。

由此可知，合同本身要求行政當局因應個案及情節作出判斷，而非用單純時間的經過作唯一的考量。

在行政當局延長土地之利用期之問題上，似乎爭議問題不大，只要承批人無過錯，行政當局認為有合理理由，應該批准延長土地的利用期，這既符合公共利益，亦保障承批人的合法權益。爭議點在於：如果土地的利用期延長、且超出批租期25年，是否仍有足夠的法律基礎? 這是關鍵問題之一。

另外，「土地法」並無界定何謂利用，但可從條文中獲知如何界定有土地被利用，就是按實現批給合同之目的，而獲行政當局發出建築物之使用准照。

「土地法」第130條規定:

利用的證明

一、對都市性土地或具有都市利益的土地的利用，須由承批人出示使用准照予以證實，而准照經在有關卷宗內註冊後，交還承批人。

二、如都市性土地或具有都市利益的土地的利用包括基礎設施，則該等設施由八月二十一日第79/85/M號法令所定的驗樓委員會進行查驗。

三、農用土地的利用由八月二十一日第79/85/M號法令所定的驗樓委員會進行查驗予以證實。

同一法律第131條亦規定：

確定批給

一、有關利用按上條的規定獲證明後，批給即轉為確定。

二、如合同規定須履行特定義務有關批給方轉為確定，則在該等義務獲履行或在對履行義務提供擔保之前，不可進行有關轉換；而此項規定須在有關使用准照內載明。

如前所述，行政當局至今的立場就是：如承批人在合同所定之25年期內未利用土地，認為過錯方為承批人而宣告土地批給失效。而整個問題的核心在於25年這個間限，仿如一條“死綫”，有判決亦認為25年是“死綫”，更“極端地”認為不需要考慮有否過錯的問題，同時認為行政長官有義務宣告土地批給失效(更認為這是一個羈束權(poder vinculado))，而且無法律規範允許行政長官作出延期或續期之決定。

這是否符合土地法的規定及立法精神？是否為法理所容？這是另一個爭議所在。

*

V - 《土地法》之過渡性規定

關於在新《土地法》生效之前批出的土地，其第215條規定：

臨時批給

本法律適用於其生效之前的臨時批給，但有下列例外規定：

(一) 如之前的法例所訂定的期間尚未屆滿，而本法律對該期間作出修改，則應適用較長的期間；

(二) 承批人的權利及義務即時受本法律規範，但不影響有關合同所作的約定；

(三) 如之前定出的土地利用的期間已屆滿，且因承批人的過錯而未進行該土地的利用，則適用第一百零四條第三款及第一百六十六條的規定。

《批給合約》第二條規定：

1. 有效批租期為25年，自本公證書訂立之日起計算。
2. 上款所定之批租期，按適用法律及所約定之條件，可以連續續期至2049年12月19日。

顯然，《土地法》第215條第2項對批給合同之內容作出保留：“不影響合同所作之約定”，而合同第2條第2款則稱按適用法律及所約定之條件，可以連續續期至2049年12月19日。

如果土地利用完成，批給已轉為確定批給，則續期的問題上，似乎承批人已不具資格申請，因而變成分層物業後，由分層所有人為所有權利人，如何申請續期？

所以合同中的續期應包括臨時批給期間的續期，當然透過雙方協議方能續期。如果其中一方認為不能續期，則應提出其理據。在這種情況下可能出現另一類訴訟，關於合同條款解釋之訴。

*

VI - 阻止宣告權利失效之現行制度

澳門《民法典》之有關規定，只要不與《土地法》相抵觸，亦適用於土地的批給事宜上。

澳門現行《民法典》第322條規定：

失效（對失效之有效訂定）

一、藉以設立有關失效之特別情況、或藉以變更或放棄有關失效之法律制度之法律行為，只要所涉及者非屬各當事人不可處分之事宜或並未對時效之法定規則構成欺詐，均為有效。

二、如對立約人之意思有疑問，有關時效中止之規定適用於失效之約定情況。

另外，《民法典》第 323 條亦規定：

(阻礙失效之原因)

一、唯在法定或約定之期間內作出法律或約定賦予阻卻作用之行為，方阻礙失效之發生。

二、然而，如有關期間係由合同定出或屬法律對可予處分之權利所定出之期間，則權利人應行使權利予以針對之人承認權利時，亦阻礙失效之發生。

事實上在批給期是透過雙方協議而達成的一個期間，而其中所涉及的利益皆為可處分之利益，所以上引條文亦適用於土地的批給事宜。

既然是透過土地的批給賦予承批人土地的利用權及發展權，無論是批給權或利用權，都受制於時間的限制，只有符合兩個條件的前提下，方能開始計算這些權利的期間：

- 1) - 權利存在；
- 2) - 具行使權利之條件。

由於不能按第 79/95/M 號法令取得有關地段街綫圖，還有其他補充資料及圖則，亦根本不可能行使土地利用權。

為此，如果認為土地批給期 25 年為一般除斥期 (caducidade-preclusão)，則應結合上引《民法典》第 321 條之規定，倘無條件行使土地利用權時，則不應開始計算批給期。

問題關鍵在於應自何時開始計算 25 年的批給期？

所以這 25 年期量並非一個數字年期，而是一個法律期間，即在實際上可能存在比 25 年更長的時間。

在本個案裏，完全具備上引法律條文所述的要件：例如上引已證明之事實：第44條

- (1) 期間由批給合同訂定；
- (2) 所涉及的事宜為可處分內容(土地之利用)；

(3) 其中一方(行政當局)作出承認另一方(承批人)利用土地的權利(例如接受申請及作出審議)。

2011年承批人提交土地利用計劃，但行政當局並無適時作出決定。

顯然，行政當局承認承批人有該地區之土地利用權。最少至當時，仍不具備的條件宣告土地批給期屆滿:

如上文所述，“土地利用權”的內涵同行政當局一連串的補充給付有關，只有其履行一連串的義務，這個土地利用權方具行使的條件，尤其是:

- 發出街線圖;
- 審批各種圖則;
- 發出工程准照……等。

當行政當局不履行這些義務時，承批人根本不可能利用相關土地，故有關利用期亦不可能開始計算，否則行政當局就是出爾反爾，即不合作，不履行義務。但如果在這種情況下仍然又開始計算及主張除斥期，實為法理不容。如出租人不將出租物業交予承租人，又或即使出租物交於承租人，但出租物不能提供其應有之功能給承租人享益，例如房屋長期漏水，或無水無電供應，而且由申請至安裝完成用了一年時間，但利用期為一年，難道完成安裝水電之日就是租賃合同到期之日? 而且承租人還要按月支付租金? 這明顯法理不容!

所以這種出爾反爾的行為，因自己行為令對方不能行使權利的狀況，但同一時間又主張除斥期，又不考慮過錯方責任，法理難容。

*

事實上，在履行審判職能時法庭知悉，在土地利用的爭議個案裏，存在著許多不同的情況，不同的實況，例如:

- 行政當局的證人在出庭作供時稱:在某些地段上或地區上，即使是 2017 年的今天，甚至 2018 的今天，政府亦無法批出發展的計劃，因為時至今天仍無關於該地段的規劃，故根本不知應批准的建築高度為何;
- 又或是政府在審批過程中提出許多超出法律規定的要求，致使雙方長時間就這些問題進行爭議，又或政府遲遲不提交相關協議的文本(例如批給合同的新文本)，致使無法落實變更的計劃;

- 另外一個更特別的情況為批出土地時土地仍未存在，因為行政當局要求承批人填海造地及造湖，一天這些工程未完成，根本不可能有土地供利用，屬於利用權所針對或已指向的標的物仍未存在(以當年為考慮)，試問如何自批給之日起純按算式方式計算 25 年的期間?

- 在這個問題上，有人會提出疑問: 25 年是一個很長的期間，為何承批人遲遲不利用土地? 正如上文所述，每一個個案是一個案，當中包括許多因素，須逐個分析。但相反的問題，亦值得提出: 對行政當局而言，25 年亦是一個很長的期間，為何遲遲無一個關於該地段的城市規劃存在? 在某些情況下時至今日亦沒有!

關於1966年《民法典》第329條的條文(相當於澳門現行《民法典》第321條)，葡萄牙著名法學家Baptista Machado教授在其著作書中(《文章集》第一卷第8頁)指出:

「第329條是指什麼權利?這是一個需有答案的問題，關於最後一個問題，似乎不可逃避的是:當執法者引述權利時，是指在法律上可以行使之權利，很明顯在指一個具體的主觀，(或指主體)權利，源自一個具體事實。」

Menezes Cordeiro教授寫道⁸：

「《民法典》第328條作出一個保留，將期間中斷及終止規則適用於除斥期。

例如在約定除斥期之情況裏第330條第2款：補充適用中止的效力。

一個明顯例子為《民法典》第2308條第3款: 在主張遺囑無效或可撤銷事宜上，關於除斥權，就是典型的例子。

人們會問: 阻止權利人提起訴訟之情況下，以及後來主張訴訟權失效，在無其他允許公證之規範之情況下，應引用善意原則，視訴訟是在權利受阻之狀況下提起。」

VII - 延期與續期之區分

另外一個問題為《土地法》是否允許續期? 延期? 首先，這個概念並非絕無被《土地法》的立法者所考慮及引用，事實上，在《土地法》之多處地方，立法者皆有提及延期或續

⁸ 見上引之文章，第835頁。

期的概念。

續期 (renovação) 及延期 (prorrogação) 是兩個不同的概念。

延期是指將合同生效期延長，將原始憑據 (título) 的有效性期間延長。

續期以重新訂立一個新的有效憑據，同時維持主體、客體及憑據的條件不變。

有人指«土地法»對臨時批給不允許續期，即表示該法亦不允許延期，即允許給予承批人更多發展土地的時間。

該法第104條就規定：

利用的程序

一、土地的利用期間及程序由有關批給合同訂定。

二、如批給合同未有載明，而有關利用其中包括興建建築物，則須遵守下列最長期間：

(一) 提交建築計劃的期間為九十日，自作為批給憑證的批示在《公報》公佈之日起計；

(二) 提交其他專業計劃的期間為一百八十日，自核准建築計劃的通知日起計；

(三) 提交發給工程准照的申請的期間為六十日，自核准專業計劃的通知日起計；

(四) 開始工程的期間為十五日，自工程准照發出日起計；

(五) 完成工程的期間為工程准照所載者。

三、如不遵守上款所指任一期間，承批人須受有關合同所定的處罰；如合同未作規定，則每逾期一日，視乎情況須付相當於溢價金或判給價金千分之一的罰款，此項罰款最高為一百五十日。

四、為適用本條的規定，不核准建築計劃或其他專業計劃，並不中止或中斷利用期間的計算。

五、如基於不可歸責於承批人且行政長官認為充分的理由，則應承批人的申請，行政長官可批准中止或延長土地利用的期間。

尤其是第五款，關鍵在於哪些情況是合理的情況而可以延長時間。

如上文所述，如利用期超出批租期 25 年，是否還可以給予補充時間？前提是行政當局的過錯而導致權利很遲才能行使！

這仍屬於合同的內容，按照合同法一般性原則，因債權人不合作，或不作出應作出之給付，而導致債務人不履行債務時，不應要求債務人承擔責任。

債權人應給予充分之合作(見Baptista Machado 之作品,Braga 出版社, 第一卷, 1991 年,第275頁及續後)。

例如: 出租人不將出租物之鎖匙交予承租人，致使後者不能享受物之受益，不能將此責任由承租人承擔。

同樣例子，某人承租酒店一客房，抵達時出租方無將房鎖匙或房卡交予出租人，又或整幢酒店無水無電供應，或又發生重大事件致使客人無法入住，在這種情況下，出租人依然收取房租？於理不合。

*

《土地法》多處地方皆提及可以申請續期或延期，前提是承批人無過錯，換言之，行政長官必須考慮過錯而作出決定。由此可知，批給期及利用期都應是懲罰性除斥期。

如果認為是一個一般性除斥期，即任何情況下不能續期，但為何立法者允許承批人可以申請續期？（《土地法》第48條第2款）難道因為申請人提出的申請就改變這個期間的性質？令其由一般除斥期變成為懲罰性除斥期？並不合邏輯！

相信這亦非立法者之原意，否則，承批人只需提交申請(不論理由成立與否)，皆足以改變這個除斥期的性質，由一般性除斥期變為懲戒性除斥期？不合理！變相將決定權交予承批人行使，這與製定《土地法》的原意背道而馳。

*

在一宗類似個案裏(其文件附於本案之卷宗內)，行政當局的處理方法就明顯不同:

(……)

1- 最後，土地管理廳於 2010 年 9 月 24 日透過第 191/DSODEP/2010 號報告書表示，同意法律廳報告書上的意見，由於不遵守利用期間的規定可完全歸責於承批公司，因此按照批給合同及《土地法》的相關規定，建議由行政長官宣告土地批給失效，而承批公司已繳納澳門

幣\$152,442,794.00 元的溢價金連利息和土地連同其上的所有改善物都歸澳門特別行政區所有，承批公司無權要求任何賠償，並建議上級批准開展宣告土地批給失效的程序。該局副局長及局長均表示同意。

2- 運輸工務司司長亦同意該報告書上的相關建議，並建議上級批准將案卷送交土地委員會發表意見和進行續後程序。

3- 行政長官辦公室顧問於 2011 年 5 月 25 日透過第 256/CCP/GCE/2011 號意見書，就土地工務運輸局提交的報告書發出如下法律意見：

- 由於行政當局於 2010 年 3 月 23 日催收溢價金及遲延利息，而承批公司應要求已全數繳付該等款項，這無疑令承批公司產生一種合理期盼，土地的批給合同仍然存續(未解除)，故要求其履約。

- 行政當局從未對承批公司提出的多個申請作明示回覆，尤指 1998 年 9 月的申請。

基於案卷的複雜性和特殊性，以及部分不可歸責於承批公司的事實，並考慮到十月十一日第57/99/M號法令所核准的《行政程序法典》現行第八條規定的善意原則和現行第十二條規定的非官僚化原則和效率原則，建議上級不批准開展宣告案卷批給失效的程序，並繼續履行合同。行政長官於2011年5月26日作出同意該意見的批示，並決定將案卷送回再作跟進。

4- 基於此，土地公務運輸局透過 2011 年 7 月 19 日第 181/DSODEP/2011 號報告書，建議上級批准給予承批公司最後一個 42 個月(即與批給合同所訂的期間相同)的新利用期間，由接獲相關決定的通知日起計;根據批給合同第八條款的規定，向其科處最高罰款澳門幣 900,000.00 元及進行倘有的聽證程序。有關建議獲得上級的同意。

5- 土地管理廳於 2011 年 8 月 8 日透過第 548/6277.02/DSODEP/2011 號公函，將有關的決定意向通知承批公司，並指出根據《行政程序法典》第九十三條和續後數條的規定，其可對該決定意向提交書面回覆。

6- 承批公司於 2011 年 8 月 10 日透過信函，明確表示接受該最後利用期間和被科處的罰款，並表明放棄行使有關的聽證權，即公司不會向土地工務運輸局提交任何的書面回覆。

7- 基於此，土地管理廳於 2011 年 8 月 15 日撰寫第 206/DSODEP/2011 號報告書，建議上級批准將案卷送交土地委員會發表意見及進行續後的程序。

8- 土地工務運輸局局長發表同意意見後，運輸工務司司長亦於 2011 年 8 月 23 日

作出同意有關建議的批示。

9- 關於上述事宜(土地委員會第 36/2011 號案卷)，土地委員會於 2011 年 11 月 3 日透過第 98/2011 號意見書發表意見(當中土地工務運輸局法律廳廳長及物業登記局登記官兩位委員投出落敗票)，認為承批公司不在期間內完成土地的利用，理應受到歸責。然而，由於宣告該批給失效的建議沒有得到行政長官的核准，以及承批公司表示已具備足夠的資本及遞交建築及工程計劃和施工日程表，顯見承批公司亦有完成土地利用的意願。因此，委員會同意土地工務運輸局的建議，按照有關合同第八條款的規定，向承批公司科處最高罰款澳門幣 900000.00 元，並准予其最後一個 42 個月的新土地利用期間，該期間由接獲相關決定的通知日起計，以完成土地的利用。該意見書於 2011 年 11 月 18 日獲行政長官確認。

10- 承批公司於 2011 年 11 月 29 日在澳門財稅廳收納處繳納有關罰款，土地的新利用期間由 2011 年 11 月 25 日至 2015 年 5 月 24 日。

*

VIII - 在本個案裏，在土地法適用方面呈現多項問題

(……)】

第五部份: 補充

1. 在聽證期間，承批人提出多項理由，其中包括：

(……)

8. 承批人在書面聽證中還作出如下請求:

- 終止宣告批給失效的程序。

- 免除向承批人科處合同第六條第 1 款規定之罰款；倘不如此認為，接受承批人之上述解釋而科處適當之罰款。

- 延長利用期限至 2014 年 10 月 29 日。

- 核准於2011年5月11日遞交之工程草案。

9. 最後，承批人鄭重承諾，將在行政當局所訂的期限內，尤其在批地期限(2014年10月29日)前完全利用該土地，以及嚴格遵守、履行適用法例、批給合同所規定的一切義務，包括向有權限實體遞交有關審批所需的一切補充資料、文件及解釋。

10. 土地工務運輸局法律廳於2011年8月24日對有關的書面聽證發出如下法律意見:

- 關於承批人辯解由於1997年亞洲金融風暴和2003年出現非典型肺炎對進行土地利用構成了障礙，回想起當時，於1999年承批人(當時作為“BT8”地段的承讓公司)已接受由第125/SATOP/99號批示規範的合同的修改條件，而當時的不動產市場已處於金融風暴之中。倘其接受那修改是因為已具備財務能力發展合同規定的利用計劃者，反過來說，由於經濟/財務的不利形勢，則不會建議進行有關建設。

- 同樣地，土地工務運輸局亦不能接納以2003年出現非典型肺炎對不動產市場造成不利環境的理據作為不進行土地利用的合理解釋。誠然，倘承批人遵守批給合同規定的利用期限，在由“沙士”病毒引發的流感傳染病產生副作用時，有關工程已完成。也就是說，倘當時已履行作為其義務的批給合同義務及在合同規定的期限內完成工程，有關利用已於2003年6月16日，即在“沙士”對亞洲經濟造成負面影響之前完成。

- 顯然，承批人接受“BT8”地段批給的修改及同意有關利用的進行時，應清楚明白任何投資也會附帶一定的風險，諸如出現某些危險(金融、政治、社會等)也屬正常，因此，批給實體推斷承批人訂立了有關合同是因為具備財務能力或融資保證以落實有關工程。

- 如承批人事實上因財政困難並沒遞交有關計劃及沒展開工程，為何不在執行工程的階段申明之，而現以該理由請求土地工務運輸局延長利用期?

- 一般而言，如承批人具合理解釋者，有關批給合同規定的利用期限可被延長。

- 承批人透過2002年1月15日遞交的申請書，亦即已經過土地利用的總期限42個月中的25個月，向政府提出申請，請求給予“慷慨的延付，免除任何處罰”以支付兩期仍未繳清的溢價金，但從沒提及有關土地利用期限的可能延期，而事實上，當獲悉其不會遵守該期限時，距期限屆滿僅餘17個月。

- 須強調，承批人在申請書中指出“現時的經濟環境加上在不動產市場出現供過於求的情況，起碼暫時不宜進行土地的利用...”，但並沒提出任何明確申請以延長利用期。

- 按承批人所言，第217/DSODEP/2010號報告書第4.2點並沒確實指出有關不遵守合同第七條款訂定的溢價金的支付期限方面發生了何事，因為承批人已就沒支付兩期仍未繳清的溢價金作出合理解釋。

- 事實上，第一期溢價金金額澳門幣11,000,000.00元及第二期溢價金金額澳門幣3,464,066.00元的支付期限已分別於2000年12月17日及1月17日到期，而承批人僅於兩年後，於2002年1月之日才就該不遵守作出解釋及請求延長有關支付期限。

- 然而，當承批人在土地工務運輸局查詢相關案卷時，已可確認由於考慮到在2002年1月31日第10009/DGP/DC/02號公函由財政局提供的資料及3月7日第022/DSODEP/2002號報告書所作的分析，並無上級指示以更改批給溢價金的清繳程序，而由於考慮到“對“BT8”地段的批給修改合同已作出特別處理，乃所訂定溢價金較按由有關批示在〈澳門特別行政區公報〉公佈日生效的準則計算得出的溢價金金額為低，以及因為在展開程序與批示公佈日之間經過的期間問題是可歸責於“Fabricade Artigos de Vestuario Estilo, Limitada”和承讓公司多次阻礙有關批示的公佈已建議不批准申請書所載有關承批人的申請。

- 儘管該申請明顯地不具備法定或合同條件被批准，基於種種原因，並沒根據《行政程序法典》第十一條及第六十八條有關作出決定的原則及通知義務的規定作出 - 不批准的明確行為亦沒向承批人作出通知。

- 根據作出決定原則（參閱《行政程序法典》第十一條），行政當局有義務就由私人提出的請求進行審議、回覆或作出決定。

- 考慮到土地工務運輸局沒就承批人的申請書作出回覆，而承批人亦無再堅持其申請，僅讓其推定因《行政程序法典》第一百零二條第二款所規定的期間 - 90日 - 已屆滿，形成默示駁回的行為，其請求因而不被批准。

- 這樣，我們看不到有任何理由可排除或減輕承批人因不遵守批給合同規定的土地利用期限而存在的過錯。

- 另一方面，毫無疑問，承批人沒有在合同訂定的期限內進行甚至沒展開該土地的利用，且沒支付溢價金及作出合理解釋，而在其預先聽證的回覆中反過來擬指行政當局意圖宣告批給失效乃惡意，其應關注提出具說服力的理由可證明不遵守土地的利用非其過錯而反駁對其所作的過錯推定。

- 須指出在合同責任方面有關債務人的過錯推定（參閱《民法典》第七百八十八條第一款），須由其證明債務之不履行或瑕疵履行非因其過錯所造成以反駁之。

- 然而，除不能證明非其疏忽，已致力遵守土地的利用及已十分謹慎和盡責地依善良家父的原則面對有關個案的情況外，並沒辯解亦沒指出在具體個案中是否出現了一些特別或例外的情況可排除其行為的可譴責性，還企圖令人相信就因可歸責於其的事實的不履行，是因行政當局沒運用權力執行合同規定的處罰，尤其是沒對計劃的遞交及工程的動工及竣工方面出現遲延科處罰款而沒條件宣告有關批給失效。

- 並以行政當局沒就不履行向其作出通知，沒要求其就該不履行作出任何合理解釋及不對其科處任何罰款的事實作為其所有推論的依據。

- 該廳亦同意行政當局應展開因不遵守合同第五條款訂定利用的各個期限而科處罰款的程序，但按合同及《土地法》所作的分析，不讓撤回的結論是，承批人擬把罰款的科處作為宣告批給失效程序的必要條件，或首先須科處罰款，僅於隨後倘不履行持續，便可宣告失效。

- 上述欠缺對承批人作出催告以履行其義務者，承批人視之為違反應作為債權人行為指引的善意原則。

- 顯然，此乃確定債務及具合同規定的遵守期限，正如分析中的債務，並不取決於債務人(批給實體)的行為，尤其是就要求承批人履行債務的決定向其作出的通知(由債權人向債務人作出催告)。

- 在分析中之個案，就進行土地利用及支付溢價金的義務，行政當局及承批人雙方訂定了一遵守期限，因此在這情況下，面對的是有規定期限的債務，其特徵為當有關期限屆滿，即構成債務人遲延，並不取決於催告(參閱《民法典》第七百九十四條第二款a)項)。

- 這樣，已推翻由承批人就有關行政當局沒向其作出催告以履行債務所出的理據。

- 擬趁機提及該等民法的法律規範，承批人不可完全抹掉第七百八十七條及第七百九十三條第一款規定的規則，按照該等規則，債務人只屬遲延或不履行者，即有義務對債權人所造成的損失或損害作出賠償。

- 承批人應就因不履行批給合同規定須承擔的義務而引致對公共利益造成損害承擔責任，尤其是因在11年間擁有一幅土地而並沒履行其社會功能，且該土地可由另一利害關係人進行利用者。

- 還應考慮到承批人在這段期間(11年)擁有一幅土地，屬澳門特別行政區的財產，且不作任何利用，而由於在澳門特別行政區土地資源短缺，尤其是在澳門特別行政區的土地利用方面存在其他利害關係人，行政當局毋須費很大努力便可確定因不履行所蒙受的損失或損害。

- 根據批給合且第十三條款第1款a)項的規定，合同在三種情況下失效，其中之一種情況為：第六條款規定的加重罰款期限屆滿 - 歸類為承批人在須(由規範本合同的批示公佈後60日內)遞交建築計劃之日，逾期120 (60+60)日而未為之的情況：

- 故此，加重罰款期限於2000年6月15日屆滿，意即自該日起，行政當局宣告合同失效的法定和合同前提已核實。

- 所以，在分析就不遵守利用期限所提出的解釋及確定因該不遵守而須負責任的方面，承批人就其僅在2010年3月23日收到土地工務運輸局第186/6321.02/DSODEP/2010號公函後，才試圖將工程計劃遞交到主管部門及支付所欠期數的溢價金所作的辯解顯然完全不重要。

- 重要的是僅涉及評價承批人在過去訂立修改批給合同(1999年12月17日)至收到土地工務運輸局公函之日(2010年3月23日)期間的行為，而在此非對其收到公函後的行為作任何審議。

- 在符合不履行的前提的核實和評估方面，行政當局擁有一定自由裁量度，其得針對每一具體個案，衡量相關利益而判斷是否接受已提出的論據作為有效者，其不會導致按法律或規範行政活動的一般原則所要求宣告有關批給失效而作出的決定。倘出現批給合同及《土地

法》規定可歸責於承批人的情況下，批給實體不得不基於適當或適時原因，依謀求公共利益原則、適度原則和合法性原則而為之。

- 只要失效的前提被核實，批給實體宣告批給失效的強制性源於《土地法》及合同所規定的失效制度，主要體現於立法者在制定有關失效的規定時，使用了「即生失效」而不用「可宣告失效」的表述(參閱《土地法》第一百六十六條第二和三款及合同第十三條款第1款)。相反地，在有關解除的規定中，則使用了「可被解除」的表述(參閱《土地法》第一百六十九條第一款及合同第十四條款第1款)。

- 至於行政長官以批示核准載於2010年5月12日第095/DSODEP/2010號報告書中有關不遵守批出土地利用期狀況劃分的準則被指欠缺公佈一事，已證實其未被公佈或不必被公佈於〈澳門特別行政區公報〉的原因是，該等準則只是為具職權管理土地的土地工務運輸局的廳級部門(DSODEP)所訂的內部規則(內部行為)，目的是指引及協助技術員編制關於閒置土地的處理的官方報告書，並不具亦不主張具規範性行為的性質(法律、行政法規、行政命令或對外規範性批示)，更不是具任何意圖約束承批人或產生外部法律效力。

- 須注意，反對承批人辯稱，被建議宣告批給失效並不基於該等準則，亦不是基於其違反了有關依據，而是基於合同的不履行，主要是基於可歸責於承批人的原因，沒在規定期限內利用有關土地，該不履行及所施以失效的處罰在批給合同及《土地法》中均有明確規定(參閱合同第五條款、第六條款和第十三條款第1款a)項及《土地法》第一百六十六條第一款a)項並結合第二款)。

- 同樣地，其辯解完全不合適的是，批給失效的宣告違背受法律，尤其《基本法》第六條及第一百零三條保障的私有財產權，或此舉令該等權利存在問題，因承批人乃承租人而不是土地的所有人，在此並不適用《基本法》的有關規定。

- 而且，批給失效的制度就是《土地法》第一百六十六條所規定批給合同的終止方式，其中對合同義務，尤其是土地利用的不履行的制裁並非在澳門特區成立(1999年12月20日)後才設定的，或由行政當局為適用承批人的個案才“發明”的，而是自《土地法》生效之日，即1980年6月20日起經已在澳門法律體制中生效及未作任何修改，且在訂立批給合同時已獲

承批人接納。

- 綜上所述，該廳不認同批給失效的宣告會違反上述原則，按照該原則，前澳門政府所訂立的合同依然有效及受澳門特別行政區政府承認及保護，換言之，在澳門特區成立後，政府應依法承認及保護由該等合同所衍生的權利及義務。

- 須強調，上述原則確保在批給合同所訂定的條件下批給合同的延續性，但並不表示行政當局在失效的前提核實時不能終止該等合同。

- 相反，上述的前提被核實後，行政當局無權在批給失效或不失效之間作出選擇，而是必須作出相關宣告，因這不是一自由裁量的決定。

- 最後，承批人還說其已全數支付兩期仍未支付的溢價金及相關遲延利息，因此，合同第七條款所規定的不履行問題已被解決。

- 關於此事，可以這樣說，承批人僅已履行其中之一合同義務，當然，因土地批給或修改土地批給而應支付的溢價金，不論其有否進行土地利用也要支付。

- 《土地法》無提及亦無意提及，在宣告臨時性批給失效的情況下，承批人已支付溢價金如何處理，正是因為更合乎邏輯的前提是，面對批給失效的情況時，不會作出仍拖欠溢價金的假設，因為在規範有關修改的批示公佈後30日內其應已繳清至少半數溢價金金額。所以，即使宣告失效，但依然須支付因訂立合同而應支付的溢價金。

- 須指出，即使承批人接到土地工務運輸局2010年3月23日第186/6321.02DSODEP/2010號公函，仍需要10個月時間“回憶”其仍拖欠澳門特別行政區溢價金，僅於2011年1月才向財政局要求提供有關合同溢價金欠款金額的資料。

- 然而，即使知悉承批人並非不知情，土地工務運輸局在與承批人的代表舉行的會議中，還是謹慎地向其作出通知:

a. 行政當局沒法律依據拒絕收取被拖欠的溢價金及相關遲延利息；

b. 倘出現任何導致該失效的事實，溢價金及遲延利息的支付不阻礙批給失效的宣告；

c. 宣告失效後，承批人已支付的所有溢價金歸澳門特別行政區所有。

此訊息亦已由土地工務運輸局透過4月12日第250/6320.02號及其他/DSODEP/2011號公函向財政局轉達。

- 因此在意志自由及自主下已向財政局支付有關批給修改的兩期溢價金及相應利息，而非不知悉上述訓令第十三條規定，“在土地之批出宣告失效之情況下，承批人所繳納之一切溢價金歸澳門特別行政區所有。”再一次證明承批人在整個失效宣告過程中存有惡意，這樣，違反《行政程序法典》第八條規定應依善意規則行事的義務。

- 該廳清楚理解承批人的推論，其認為訂定有關宣告批給失效後，承批人無權要求返還已支付溢價金的規範(第16/2004號行政法規第十三條)是違法的，因為違反《基本法》第一百零三條規定，“澳門特別行政區依法保護私人和法人財產的取得、使用、處置和繼承的權利，以及依法徵用私人和法人財產時被徵用財產的所有人得到補償的權利”，且此是透過行政法規而非法律為之。

- 按承批人所述，此乃第1312009號法律第六條18)項所規定事項的範圍，也就是說，涉及所有權制度、公共徵用和徵收制度。

- 即使該規範是涉及所有權制度、公共徵用和徵收制度的範疇，但並非此情況，我們不可忘記，正當制定8月16日第230/93/M號訓令及第16/2004號行政法規時，訂定內部規範的法律制度的第13/2009號法律仍未生效，因此，承批人指該條規範違反此法律第六條18)項是理解錯誤。

- 此外，按第13/2009號法律第10條所載的過渡規定，“在本法生效前已公佈的行政法規，即使未符合本法訂定的制度者，在新的法規對其作出修改、暫停實施或廢止前，有關行政法規繼續生效。”

- 不支付溢價金的後果在批給合同第十四條款第1款d)項有所規定，根據這條款的規定，不支付溢價金可導致合同的解除，而非失效。

- 因此，隨著溢價金的支付，合同解除的其中一個原因已不再被核實，但此事實與宣告失效的原因無關，尤其是因承批人本身的過錯而不遵守土地的利用，儘管已嘗試但亦無法證明非其疏忽，這樣不能排除對其作出過錯的推定。

- 最後結論，由於承批人在利害關係人聽證的回覆中，無法排除其犯錯行為所承受的過錯推定，體現在不執行構成批給標的、稱為“BT8”地段的土地利用的工程，行政當局應維持其作出宣告有關臨時性批給失效的決定意向，該決定意向已透過2011年5月17日第333/6321.02/DSODEP/2011號公函向承批人作出通知。

(……)

11. 接著，土地工務運輸局土地管理廳於2011年9月2日撰寫第233/DSODEP/2011號報告書，建議上級批准將案卷送交土地委員會發表意見。該局副局長及局長均表示同意。

12. 運輸工務司司長於2011年10月6日作出批示，將個案送交土地委員會以便提供意見。

13. 基於此，土地工務運輸局技術輔助處按照上級指令，將相關資料送交土地委員會，以便委員會就利害關係人的書面聽證和土地工務運輸局法律廳的法律意見書發表意見，該處將按照委員會的意見編制意見書。

2011年12月15日於土地工務運輸局。

*

2. 按照卷宗所載之資料，本個案值得考慮之處在於：

1) 2010年11月3日工務局建議啟動宣告土地批給失效之程序，2011年承批人提交多項初研計劃及草則，但並無獲回覆(見起訴狀之文件第68至第70、第411頁至第460頁)；

2) 土地委員會於2011年2月24日開會，分析本案之內容(即第43/2010號行政卷宗)，同意展開土地批給失效之行政程序，該建議獲行政長官於2011年3月24日批示同意。

3) 2011年5月17日土地工務運輸局通知承批人須於10天內解釋為何不遵守土地之利用期；

4) 2011年5月30日承批人作出解釋；

5) 土地工務運輸局撰寫一份詳盡報告，詳細分析由批地至當時

的情況及解決方案；

6) 該報告的部份內容為：

這樣，上述批示公佈於1999年12月17日，則承批公司須在2000年2月15日前遞交建築計劃，延遲不超過60日遞交者，處以罰款每日澳門幣5,000元，而延遲最多不超過120日遞交者，則所處罰款將加至雙倍，即每日可達澳門幣10,000元。

故此，加重罰款期限於2000年6月15日屆滿，意即自該日起，行政當局宣告合同失效的法定和合同前提已核實。

所以，在分析就不遵守利用期限所提出的解釋及確定因該不遵守而須負責任的方面，承批公司就其僅在2010年3月23日收到土地工務運輸局第186/6321.02/DSODEP/2010號公函後，才試圖將工程計劃遞交到主管部門及支付所欠期數的溢價金所作的辯解顯然完全不重要。

重要的是僅涉及評價承批公司在過去訂立修改批給合同(1999年12月17日)至收到土地工務運輸局公函之日(2010年3月23日)期間的行為，而在此非對其收到公函後的行為作任何審議。

正如10月29日第63/DJUDEP/2010號報告書所述，倘出現不履行合同義務的情況，批給實體(行政當局)並無其他選擇，不得不因失效條款所規定的原因之一被核實，即第六條款規定的加重罰款期限屆滿者(參閱第十三條款第1款a)項)及因沒在合同訂定期限內利用有關土地(參閱《土地法》第166條第1款 a) 項並結合第2款)，透過宣告合同失效而消滅本批給及歸還土地予行政當局所有。

最後，承批公司還說其已全數支付兩期仍未支付的溢價金及相關遲延利息，因此，合同第七條款所規定的不履行問題已被解決。

關於此事，我們可以這樣說，承批公司僅已履行其中之一合同義務，當然，因土地批給或修改土地批給而應支付的溢價金，不論其有否進行土地利用也要支付。

事實上，透過第125/SATOP/99號批示，已修改該幅以租貫制度批出，面積3,177平方米，位於氹仔島，稱為“BT8”地段的土地的批給，而乙方(承批公司)須支付合同溢價金

\$23,723,794.00 (澳門幣貳仟叁佰柒拾貳萬叁仟柒佰玖拾肆元整)。

《土地法》無提及亦無意提及，在宣告臨時性批給失效的情況下，承批公司已支付溢價金如何處理，正是因為更合乎邏輯的前提是，面對批給失效的情況時，不會作出仍拖欠溢價金的假設，因為在規範有關修改的批示公佈後30日內其應已繳清至少半數溢價金金額。所以，即使宣告失效，但依然須支付因訂立合同而應支付的溢價金

須指出，《土地法》第59條規定，允許在租賃批給合同內引入特別條件，如溢價金的訂定(合同第七條款)，相對於合同的條款或一般條件而言，確定溢價金是作為→特別條款或權利、正如因批給而應支付的年租(參閱《土地法》第51條至第53條)。

況且，對於我們而言，就立法者規定溢價金的訂定是作為行政當局的特別權利，乃其認為該溢價金是因訂立合同而應支付的，即使訂定方式、其程序及結算須準用補充法規亦然(參閱《土地法》第48條第2及3款以及第59條第2款)。

須注意，立法者在《土地法》第169條第3款已謹慎地規定，因在規定期限內欠繳租金而導致解除合同，承批公司仍負有義務透過保證金、稅務執行或其他方式繳付所欠租金，有關租金的債務不因批給合同解除而消滅，沒有提及有關欠繳的溢價金，這是因為事實上，並沒預見在合同解除或失效時沒全數清繳溢價金的假設情況，一般而言，溢價金由規範批給或批給修改⁹的批示在《澳門特別行政區公報》公佈後30日內一次性支付，僅於偏全價金金額非常高的情況，才允許以半年為一期分期支付之。

如承批公司沒利用土地也沒取回剩餘價值，是因為沒意利用或因可歸責於行政當局的事實不再利用之，在此，無論如何，即使宣告批給失效，仍應支付合同的溢價金。

此外，我們對承批公司現擬利用其已支付兩期拖欠的溢價金的事實作辯解並不感到意外，很明顯，當出現失效宣告的局面，在失望的情況下才作出支付，而並非為了履行其中之一合同義務。

須指出，即使承批公司接到土地工務運輸局 2010年3月23日之第

⁹ 按照有關批給修改時仍生效的8月16日第230/93/M號訓令第10條。

186/6321.02/DSODEP/2010號公函，仍需要10個月時間“回憶”其仍拖欠澳門特別行政區溢價金，僅於2011年1月才向財政局要求提供有關合同溢價金欠款金額的資料。

然而，即使我們知悉承批公司並非不知情，土地工務運輸局在與承批公司的代表舉行的會議中，還是謹慎地向其作出通知：

1 行政當局沒法律依據拒絕收取被拖欠的溢價金及相關遲延利息；

2 倘出現任何導致該失效的事實，溢價金及遲延利息的支付不阻礙批給失效的宣告；

3 宣告失效後，承批公司已支付的所有溢價金歸澳門特別行政區所有。

此訊息亦已由土地工務運輸局透過4月12日第250/6320.02號及其他/DSODEP/2011號公函向財政局轉達。

因此，在意志自由及自主下已向財政局支付有關批給修改的兩期溢價金及相應利息，而非不知悉上述訓令第13條規定，“在土地之批出宣告失效之情況下，承批公司所繳納之一切溢價金歸澳門特別行政區所有。”再一次證明承批公司在整個失效宣告過程中存有惡意，這樣，違反《行政程序法典》第8條規定應依善意規則行事的義務。

上引內容反映出行政當局的一個有瑕疵的思維：事實上，《土地法》第169條規定，如承批人不依期繳付溢價金，行政長官可以解除批給合同，但當選擇解除合時，就不能再要求承批人支付溢價金，否則雙重懲罰。

7) 按照上文所述之事實(內容)，即行政當局承認之事實，承批人於2011年1月向財政局提交合同溢價金，而關於這一點，土地工務運輸局所持之觀點是：

1 行政當局沒法律依據拒絕收取被拖欠的溢價金及相關遲延利息；

2 倘出現任何導致該失效的事實，溢價金及遲延利息的支付不阻礙批給失效的宣告；

3 宣告失效後，承批公司已支付的所有溢價金歸澳門特別行政區所有。

當年是工務局向財政局致函 (4月12日第250/6320.02號及DSODE/2011號公函)，由此我們可以得出下述結論：

a) 如果政府不發出繳付溢價金的認證，承批人不可能繳交溢價金；

b) 承批人全數支付溢價金，而且是在2011年才遲延交付；

c) 但2011年5月17日行政當局致函承批人要求解釋為何無在合同所訂期間內完成土地之利用及告知承批人已準備啟動宣告土地批給失效之程序，關鍵問題在此：一方面收取溢價金，另一方面開始宣告土地批給失效！

d) 所謂溢價金的支付就是表示承批人為了利用公共資源(利用土地)而被要求支付一定的成本(當然並非利用土地的全部成本)，當行政當局收取這些溢價金時，正表示：

(1) - 行政當局依然承認雙方訂定之合同，因為溢價金之收取是以合同為基礎，倘無合同存在，根本無收取溢價金之法律/合同依據；

(2) - 一旦收取溢價金，即表示行政當局承認承批人有利用有關土地之權利，否則不應收取！一旦收取，其實就等同於寬恕債務人(承批人)之遲延履行之「過錯」，否則行政當局應直接以此為據解除合同。

(3) - 如果一旦承認承批人有利用土地之權利，必然發生《民法典》第323條所述之後果：阻止行政當局宣告除斥期屆至。

(4) - 但在本個案裏行政當局卻認為：收取已遲延之溢價金並不表示承認承批人仍可利用土地，甚至指出因為後者無在指定期間內繳付溢價金，故行政當局可以以此為依據解除合同。事實上，行政當局可以解除合同，甚至以公共利益為由即時解除合同，但須作出賠償 - 見(《行政程序法典》第167條)，但不能接受的是：一方面收取溢價金，另一方面又收回批給之土地！又或稱按合同規定，行政當局有權收取這些款項！這種行徑明顯違反善意原則及禁止出爾反爾原則！除非是享用了有關物或其利益，而無支付相關成本，才有權追收所欠之溢價金。例如享用了物 (例如房屋)，但搬出後仍欠租金，當然出租人在結束租賃關係後仍然

可以追討所欠之租金，但土地批給並不屬這種情況，這些溢價金是土地利用之部分成本！不同的是建築物完成及使用後每年都需支付租金(或是建築物分層所有人按比例分攤)，如不繳付，在消滅時效發生之前，稅務當局都可以追討，因為業權人擁有該在批租地上之建築物，仍然享用該物之利益，故需支付相關成本！

須區分溢價金及租金，土地批給合同內有明文規定，是兩種性質不同的給付及義務。

假設承批人在利用土之前主動放棄批給，把土地交回政府，難道還需支付溢價金，似乎於理不合！

e) 由此可知，行政當局不能用這種思維及方式執行合同，至於阻止宣告批給失效，至何時，期間為多少，《土地法》無明文述及，只能由行政當局處理，甚至用填充法律漏洞之方式解決！這是行政管理方面之事宜。

f) 單憑這項理據已足以撤銷宣告土地批給失效之批示。

*

但本個案還有另一個特別之處。

本個案送交合議庭裁判之前，按法定程序須送交檢察院，由後者出其意見書。

尊敬的檢察官在其意見書中詳細分析上訴人提出的理由，其中一點就指出：

“2. Ora, os dados constantes do sobredito P.A. e o teor do próprio Parecer do Exmo. Sr. STOP patenteiam concludentemente que ocorreram no ano 2011 as actividades aí mencionadas, a saber: o parecer n.º30/2011 da Comissão de Terras, o ofício n.º333/6321.02/DSODEP/2011 enviado à recorrente para efeitos de audiência, a audiência escrita (da recorrente) apresentada em 30/05/2011, a Informação do Departamento Jurídico da DSSOPT de 24/08/2011, e o parecer emanado na reunião de 15/12/2011 pela Comissão de Terras, no sentido da caducidade da concessão.

Bem, a Lei n.º10/2013 entrou em vigor em 01/03/2014 (art.223º desta Lei), daí seja notório que os pareceres da Comissão de Terras, informação e ofício atrás aludidos nasceram na vigência da Lei n.º6/80/M, por isso, os quais alicerçaram-se, como base legal, as disposições nesta velha Lei.

Sucedede que o referido Parecer do Exmo. Sr. STOP não indica a sua suporte legal, remetendo para os pareceres da Comissão de Terras e a informação do Departamento Jurídico da DSSOPT, no entanto, o Despacho n.º59/2015 do STOP e o ofício n.º177/DAT/2015 mencionam preceitos na actual Lei n.º10/2013 (docs. de fls.128 a 130 e 135 a 137 dos autos).

Com efeito, é sensível que o quadro legal alegado na informação do Departamento Jurídico da DSSOPT e nos pareceres da Comissão de Terras se distingue, de todo em todo lado, das disposições legais às quais aludem o ofício n.º177/DAT/2015 e o Despacho n.º59/2015 do STOP.

Tal divergência concernente ao fundamento legal da declaração de caducidade implica uma incongruência/incoerência de molde a não assegurar a plena compreensão do fundamento jurídico (do acto em questão) à ora recorrente, pelo que carece de explicação mais desenvolvida.

Nesta linha de perspectiva, e com todo o elevado respeito pela boa opinião em sentido contrário, afigura-se-nos que o despacho em questão padece do invocado vício de forma por falta de fundamentação que conduz à anulabilidade desse despacho.”

大概的內容為：

- 當年的運輸工務司司長的意見並無明示指出法律理據，而直接引述土地委員會之意見及工務局法律廳之意見，然而，第59/2015號批示及第177/DAT/2015號公函皆引述新《土地法》之條文；

- 但土地委員會(依據)與土地工務局法律廳所引用的法律與上述兩公函所引用的並不一樣，這種情況引致宣告土地批給失效之理據不協

調、不一致，令行為相對人未能準確清晰及徹底明白有關批示在法律方面的依據，因此該批示沾有欠缺理由說明之瑕疵，檢察院建議撤銷有關宣告土地批給失效之批示。

我們細心分析這兩份法律文件後發現，事實上，無論是工務運輸司司長之決定，還是行政長官之決定，皆以上述兩份文件為基礎，故後者之內容會成為行政長官決定之內容之組成部分，如這方面帶有瑕疵，最後的決定則會被牽連而沿有瑕疵，事實亦如此！

為此，這也是撤銷行政長官宣告本案所述土地批給失效之另一個理據，雖然這並非唯一一個！

*

最後，還值得補充的是：

1) 2010年11月26日(透過第217/DSODEP/2010號建議書)開始啟動宣告土地批給失效之程序；

2) 2011年3月24日土地工務局通知承批人，以便後者於十天期內發表意見；

3) 承批人就可能宣告土地批給失效於2014年10月27日作出回覆；

4) 土地委員會於2011年1月19日及29日舉行會議，並作成意見書。

5) 新的《土地法》於2013年9月2日在《政府公佈》上刊登，並於2014年3月1日起生效。

整個關鍵的環節在於2010年11月作出批示，至2014年10月29日土地批給25年到期這個時段。

在2011年5月30日，由承批人所提交之聽證回覆時，其中一項請求為核准2011年5月11日所提交一項工程草案。

關於這一點，行政當局基本上無作出實質性回覆(期間要求承批人作出多項修改)，而是把精力及焦點放在宣告批給失效之程序上，然後新《土地法》在2014年生效。

本案另外一個特別之處為：新《土地法》於2014年3月1日開始生效，而本案的土地租賃期正好在同一年 - 即2014年10月19日屆至，絕對有可能發生，利用土地之工程正在尾聲，但可能工程只能在2015年1月或2月才正式及全部完成，及才有條件取得使用准照。即使如此，行政當局按《土地法》第215條宣告土地批給失效，如果說新《土地法》的立法思維有欠周密，故產生不少漏洞，這就是一例！

難道這是立法者所定之解決方案，這是謀求公共利益的唯一方案，而且不給行政當局任何選擇空間，到期就宣告批給失效，因為在正常情況下是立法者將權力授予行政當局，由後者因應具體情況作出選擇，選擇一個謀求公共利益最佳的一個方案，而且只有一個！這是行政法最根本之道理！

第六部份：結論

綜上所述，本個案存在多處法律相悖之處，其中包括：

一、 土地批給合同包含兩個核心元素：狹意之批給—指行使當局之權力，單方設定一些基本內容，原則上不允許另一方變更，例如批准行政相對人使用公共資源（在特定條件下），這永遠都是由行政當局掌握的權力，從不會發生私人對政府作出批給。因為批給是統治權的一種體現。

另一個就是合同之元素，它源自立約雙方之合意(共識)而達成之一種協議，關於這部分之內容，在不抵觸行政法基本原則的前提下，仍然受合同法的基本原則約束，信約必守原則，善意履行協議，對應給付等這一系列原則仍然是行政合同（土地批給合同就是其中一種）的規範性準則，雙方當事人仍須遵守。

葡萄牙行政法學院教授 Prof. Marcelo Rebelo de Sousa在其《行

政法總論》(Direito Administrativo Geral, Tomo III)¹⁰一書中，關於履行行政合同時應遵守的基本原則及規範時就指出：

“行政合同之履行受制於行政活動之各項基本原則，法律特別強調善意原則，謀求公共利益原則，及合法性原則，權利及義務雙方皆須遵守。”

履行行政合同之特別原則包括「個人執行原則(princípio da execução pessoal)，雙方合作原則(princípio da colaboração recíproca)，及共同關係人保護原則(princípio da protecção do co-contratante ……»。

二、在訂立行政合同後，如基於公共利益之需要，立法者仍然承認行政當局享有一個超然的權力，正因為如此，立法者在《行政程序法典》第167條中規定：

第一百六十七條

(行政當局之權力)

除因法律規定或因合同之性質而不得作出下列行為外，公共行政當局得：

- a) 單方變更給付之內容，只要符合合同標的及維持其財政平衡；
- b) 指揮履行給付之方式；
- c) 基於公共利益且經適當說明理由，單方解除合同，但不影響支付合理之損害賠償；

償；

- d) 監察履行合同之方式；
- e) 科處為不履行合同而定之處罰。

這一條條文清楚反映出作為行政合同之其中一方之立約人 - 行政當局，其地位超然，在某方面凌駕於私人立約人之上，但並非全無代價，例如如行政當局單方變更合同內容，同時影響另一方立約人之財政平衡 (即造成大幅度之財政超支，而且不合理)，行政當局雖然為了公共

¹⁰ D. Quixote, 2ª edição, 第402頁及續後。

利益可單方變更合同內容，但須作出賠償。這一點明顯體現出行政當局有足夠權力及手段去謀求及實踐公共利益。

三、 如果說在整個履行批給合同之過程中承批人有過錯，行政當局亦有過錯！ 而所用的處理手法亦不符合決定原則（見《行政程序法典》第 11 條），亦違反善意原則（同法典第 8 條）。這明顯有違善意原則，因為承批人一直期待行政當局完成審議有關計劃及給予回覆，但事實並非如此。

四、 行政當局宣告失效的建議書長篇大論地闡述是因為承批人有過錯而建議行政長官宣告該土地批給失效(土地委員會之意見書中葡文長達 20 版)，我們認為 2010 之前之事實已成為「既決案」(caso resuelto)，即已有確定性決定，不能隨意推翻，否則亦違反既決案原則，善意原則及合理期望原則，因為當年承批人提出申請(不論內容為何)，當年有權限的行政當局已作出了批示，除非該批示為無效(但本個案裏並無這方面的證據)，再加上按《民法典》第 323 條之規定，一方承認另一方權利時，亦阻止宣告權利失效。

五、 行政當局的建議書整個篇幅以承批人有過錯為前提，行政當局無過錯，故建議將批給宣告失效，我們認同這種思維方式(須考慮過錯的問題)，但不認同建議書的結論內容，因為承批人並非是唯一的過錯方，而行政當局亦有責任，如前文分析般，因為行政當局的過錯及拖延，例如無城市規劃，導致承批人未能開展土地的利用，而承擔責任方應為行政當局。

六、 按上文分析及結論，《土地法》第 47 條的規定之批給期，我們認為是懲罰性除斥期，如因行政當局之過錯，無履行相關義務導致承批人無條件展開土地之利用，則可以延期，但決定權由行政當局掌握。本案就是一個典型的情況。

七、按照《民法典》第 323 條之規定，當行政當局作出任何體現其承認承批人有權利用土地時，行政當局會被阻止宣告土地利用權之失效。

八、續期及延期是兩個不同概念，法律不允許續期，並不表示不可延期，尤其是補償因行政當局因而拖長之時間。¹¹

九、行政當局並無審議承批人於 2011 年所提交之利用計劃，而在 2015 年就宣告土地失效，期間花了四年多的時間去準備宣告失效之程序，這有違善意履行合同原則。當年應全力配合承批人利用土地，共同合作落實批給合同之目標，但行政當局並無如此作為。

十、立法者在《土地法》第 104 條第 5 款內明確使用“過錯”這個概念，即要求行政當局必須考慮未能在指定期內利用土地的原因誰屬，如為行政當局，後者應承擔責任。

*

據上論結，在尊重不同見解的前提下，在不妨礙對本案涉及之問題作更深入研究之情況下，按照卷宗所載之資料及證據，由於有關批示違反善意原則、禁止出爾反爾原則及說明理由不足，應撤銷行政長官宣告本案土地批給失效之批示。

2018年7月19日。

第二助審法官

馮文莊

¹¹一如足球比賽，在不改變90分鐘完場的前提下，如因各種原因導致浪費了時間(例如球員受傷、球迷入場搗亂)，應作出時間上的補償。