

Processo n.º 355/2017

(Autos de recurso contencioso)

Data : 28 de Maio de 2020

Recorrentes : **Sociedade de Investimento Imobiliário Va Keng Van, S.A. (華景灣置業發展股份有限公司)**
Sociedade de Investimento Imobiliário Wui Keng Van, S.A.R.L. (匯景灣置業發展有限公司)

Entidade Recorrida : **Chefe do Executivo da RAEM**

*

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:

I - RELATÓRIO

Sociedade de Investimento Imobiliário Va Keng Van, S.A. (華景灣置業發展股份有限公司) e **Sociedade de Investimento Imobiliário Wui Keng Van, S.A.R.L. (匯景灣置業發展有限公司)**, Recorrentes, devidamente identificado nos autos, discordando do despacho do Chefe do Executivo da RAEM, datado de 10/03/2017, veio, em 20/04/2017 interpor o presente recurso contencioso para este TSI, com os fundamentos constantes de fls. 2 a 99, tendo formulado as seguintes conclusões:

1) Objecto do recurso:

A. O presente recurso tem por objecto todos os actos praticados por S. Exa. o Chefe do Executivo, por despacho datado de 10 de Março de 2017, notificado às Recorrentes em 21 de Março seguinte, que indeferiu todos os pedidos que, entre outras requerentes, apresentados pelas ora Recorrentes de (i) a suspensão do prazo de aproveitamento dos terrenos de cuja concessão são titulares e prorrogação /

renovação do mesmo por 10 anos e (ii) a prorrogação ou a renovação das concessões provisórias ou, no caso em que o pedido de prorrogação ou de renovação das concessões provisórias não merecesse acolhimento, (iii) a atribuição de novas concessões com dispensa de concurso público a favor das ora Recorrentes, ou (iv) a troca dos terrenos objecto de concessão por outros terrenos a conceder lhe haviam sido dirigidos pelas ora Recorrentes em 30 de Julho de 2016;

B. O acto recorrido valeu-se integralmente e sem reserva, da fundamentação enunciada no Parecer 013/DSO/2017, que, em suma, considera - lavrando em graves erros quanto aos factos e quanto ao Direito - que Senhor Chefe do Executivo não teria outra alternativa que não a de rejeitar os pedidos deduzidos pelas ora Recorrentes dado a ocorrência impreterível da caducidade por mero efeito da lei;

C. As erradas pressuposições de facto em que assenta do acto recorrido justificam, por isso, desde logo, a consideração de toda a factualidade relevante constante do Capítulo III do presente recurso, com o que resulta demonstrado, entre muitos outros factos relevantes, de que, contrariamente ao que invoca a fundamentação do acto recorrido, o prazo máximo legalmente previsto para a concessão provisória de que as ora Recorrentes são titulares não se encontra esgotado.

2) Quanto aos actos recorridos que rejeitam os pedidos de suspensão e prorrogação dos prazos de aproveitamento e de prorrogação ou renovação dos prazos da concessão e, bem assim, de troca de terrenos:

a) O não esgotamento do prazo máximo legalmente previsto no artigo 47º, nº 1 da Lei de Terras - A Quaestio Facti;

D. As ora Recorrentes são titulares, respectivamente, dos direitos resultantes da concessão, por arrendamento, dos terrenos respeitantes aos lotes designados por "D2" e "D5", da Zona D do empreendimento designado por "Fecho da Baía da Praia Grande", descritos na Conservatória do Registo Predial sob os números 22524 e 22525;

E. Tais direitos foram originariamente outorgados a favor da Sociedade de Empreendimentos Nam Van, S.A., em 1 de Junho de 1994, por força do Despacho nº 56/SATOP/94, publicado no Boletim Oficial de Macau, II Série, nº 22, de 1 de Junho de 1994, e não em 30 de Julho de

1991, como consta do ponto 15 da fundamentação do acto recorrido;

F. O contrato outorgado pela escritura pública de 30 de Julho de 1991, revisto pelo contrato titulado pelo Despacho n° 73/SATOP/92 teve por objecto apenas a concessão dos terrenos respeitantes à Zona A do referido empreendimento, e não teve por objecto os terrenos respeitantes às Zonas C e D, cuja concessão apenas foi atribuída em 1 de Junho de 1994;

G. Porque assim foi, é inevitável a conclusão factual de que o prazo contratualmente estipulado para a concessão dos terrenos das Zonas C e D e, em particular, para a concessão dos direitos sobre os Lotes D2 e D5, não esgotou o, e é antes significativamente inferior ao, prazo máximo de 25 anos a que faz referência o Artigo 47° da Lei de Terras.

b) O carácter meramente contratual e disponível da estipulação de prazo inferior ao prazo de 25 anos previsto no artigo 47° da Lei de Terras;

H. Resulta expresso e inequívoco do que estatui o no n° 1 do Artigo 47° da Lei de Terras que o prazo da concessão por arrendamento pode ser objecto de acordo entre concedente e concessionário, podendo ser fixado qualquer prazo inicial inferior a 25 anos;

I. Tal significa que, mesmo que se entenda tratar-se de um prazo de caducidade preclusiva, a fixação do prazo inicial da concessão constitui matéria que se encontra na disponibilidade das partes, sem prejuízo da respectiva subordinação ao limite legal de 25 anos, ou, por outras palavras, o prazo da concessão, até ao limite dos 25 anos estipulado no artigo 47° da Lei de Terras é exclusivamente um prazo contratual e, como tal, disponível para as partes.

J. Deste modo, as partes podem acordar validamente, quer um prazo inicial de concessão de 25 anos, quer um prazo inferior e posteriormente a sua prorrogação, por uma ou mais vezes, desde que o mesmo limite de 25 anos não seja ultrapassado; a tal possibilidade nem sequer obsta o disposto no artigo 48° da Lei de Terras; tal preceito refere-se apenas à renovação da concessão provisória, i.e., à possibilidade de manutenção da concessão para além do prazo máximo legalmente estipulado e não já à implementação do que a Administração poderia validamente ter contratado *ab initio*;

K. Como tal, pelo menos no limite do máximo legalmente previsto, o interesse das partes

na modelação do prazo de caducidade constitui um interesse disponível, integralmente compatível com o exercício de faculdade de prorrogação ou de renovação do contrato, desde logo como resultado da possibilidade prevista no artigo 322º do Código Civil de a Administração validamente convencionar ou renunciar sobre a caducidade decorrente do prazo de 30 de Julho de 2016;

L. Uma vez que as concessões de que as ora Recorrentes são titulares não atingiram o prazo máximo de 25 anos previsto no artigo 47º da Lei de Terras, os actos recorridos lavraram em erro sobre os respectivos pressupostos de facto e de direito, o que determina a respectiva anulação.

c) O carácter absolutamente futuro do objecto das concessões e a consequência de tal caracterização para o apuramento do dies a quo no prazo de caducidade;

M. Acresce, por outro lado, que o objecto dos direitos titulados pelas concessões de que as ora Recorrentes são titulares, bem como dos demais lotes localizados nas Zonas C e D, apenas se constituiu como bem presente em momento significativamente posterior ao da outorga dos contratos respectivos;

N. Os terrenos objecto das concessões de que as ora Recorrentes são titulares, não existiam no momento em que a concessão foi inicialmente outorgada, dado que os mesmos teriam que ser conquistados ao mar pela realização de aterros, tratando-se de bens absolutamente futuros, nos termos do disposto no artigo 202º do Código Civil;

O. Tais aterros apenas vieram a estar concluídos em condições de serem aproveitados em 10 de Dezembro de 2001, data em que as obras de aterro das zonas C e D, bem como das infra-estruturas necessárias ao respectivo aproveitamento foram definitivamente recebidas pelo Governo da RAEM;

P. Sendo inequivocamente válido o negócio sobre coisa futura, a respectiva eficácia constitutiva apenas se verificou no momento em que os referidos lotes se tomaram bens presentes, com existência física e juridicamente autónoma.

Q. E, se é assim, e porque é assim, apresenta-se como inevitável a conclusão de que o exercício do direito real titulado pela concessão por arrendamento não é possível juridicamente em momento anterior ao do surgimento do objecto susceptível de assumir o estatuto permanente de objecto

de domínio - seja, a coisa, objecto mediato de arrendamento: dado que até então, tais bens não existiam física e juridicamente, não podendo sobre os mesmos incidir quaisquer direitos reais, muito menos poderiam as Recorrentes exercer qualquer dos direitos em que se analisam os direitos resultantes da concessão;

R. Do que resulta, nos termos do disposto no artigo 321º do Código Civil, que o prazo de caducidade não se iniciou enquanto tais direitos não se constituíram e enquanto não puderam ser (legalmente) exercidos;

S. Acresce que, sendo o conteúdo dos direitos resultantes da concessão por arrendamento constituído, em primeiro lugar, por direitos de construção, modificação ou manutenção de uma obra em terreno alheio (cfr. artigo 42º da Lei de Terras), *in casu* inexistência do terreno em condições de ser edificado representa a impossibilidade legal do exercício de tais direitos, como se comprova pela impossibilidade de obter o licenciamento da construção e cumprimento do demais regime legal aplicável à urbanização e edificação;

T. Em síntese: se o direito concreto não pôde ser exercido antes de 10 de Dezembro de 2001 - data em que os bens objecto da concessão se tomaram presentes -, o prazo máximo de caducidade previsto no no. 1 do Artigo 47º da Lei de Terras não pode ser dado como esgotado em 30 de Julho de 2016, ao contrário do que, em erro, consignou a autoridade recorrida, justificando-se, pois, também com este fundamento autónomo, a anulação do acto recorrido.

d) Abuso de Direito (a proibição de venire contra factum proprium) como facto impeditivo da arguição de caducidade:

U. A situação de não aproveitamento dos terrenos concedidos às ora Recorrentes é integral e exclusivamente imputável à RAEM, que impediu esse aproveitamento até à revisão/aprovação de novo Plano de Intervenção Urbanística para as Zona C e D da Baía do empreendimento Fecho da Baía da Praia Grande, que competia à Administração elaborar e aprovar, o que até à data não ocorreu, simplesmente porque esta se mostrou incapaz de o fazer, não obstante toda a colaboração que lhe foi prestada pelas ora Recorrentes e demais concessionários de terrenos das referidas zonas;

V. Não se encontrando esgotado prazo legal máximo da concessão, previsto no artigo 47º da Lei de Terras, a Administração tinha (e tem) a possibilidade de (i) prorrogar o prazo da concessão, pelo menos até ao limite máximo de 25 anos previsto na lei, modificando-o, nos termos do artigo 322º, nº 1 do Código Civil e nos termos consentidos pelo artigo 47º, nº 1 da Lei de Terras, (ii) renunciar à sua invocação, nos termos do artigo 322º, nº 1 do Código Civil, ou, simplesmente (iii) não o invocar para que o mesmo se não tome performante, nos termos do disposto no artigo 296º, aplicável *ex vi* o disposto no artigo 325º, nº 2, ambos do Código Civil.

W. Deste modo, contrariamente aos pressupostos do acto recorrido, que a Administração tem margem para decidir de outro modo relativamente à possibilidade de declaração de caducidade, fazê-lo, numa circunstância em que o não aproveitamento dos terrenos e, consequentemente, o decurso do respectivo prazo sem que as concessões se tenham tornado definitivas, e, como tal, renováveis, resulta de culpa exclusiva da Administração, constitui, objectivamente e portanto, independentemente das respectivas motivações (do erro em que incorre), uma actuação em manifesto abuso de direito, e como tal, ilegítima, nos termos do disposto no artigo 326º do Código Civil, devendo, também por essa razão, impor-se a anulação do acto recorrido.

e) O reconhecimento do direito como facto impeditivo da caducidade e da respectiva invocação ou conhecimento;

X. A Administração reconheceu aos titulares de concessões de terrenos nas Zonas C e D, entre as quais as ora Recorrentes, o direito de proceder ao aproveitamento dos seus terrenos logo que fosse aprovado o novo plano de intervenção urbanística; ou seja, a Administração reconheceu como subsistentes os direitos concretos fundados nas concessões de entre os quais avulta o de edificação e de manutenção de obra em bem integrado no domínio privado da RAEM.

Y. Tendo o prazo das concessões (30 de Julho de 2016) de que as ora Recorrentes são titulares sido um prazo convencionado por contrato (nos limites da lei), aquelerreconhecimento constitui, nos termos do disposto no primeiro inciso do no. 2 do Artigo 323º do Código Civil ("*prazo fixado por contrato*") o reconhecimento válido e eficaz do direito das Recorrentes de proceder ao aproveitamento

dos direitos concretamente resultantes dos contratos de concessão, reconhecimento esse que tem como efeito legal o de impedir a caducidade que poderia de outro modo resultar do decurso do referido prazo.

f) A errónea ou duvidosa caracterização dos prazos de concessão como prazos de caducidade em sentido estrito e a sua errada caracterização como prazos de caducidade sobre matéria excluída da disponibilidade das partes;

Z. É sabido que a "importação" da denominação "caducidade" para o domínio do direito administrativo não é isenta de dúvidas, na medida em que sendo este um instituto tradicionalmente civilístico nem sempre este se ajusta aos contornos, função e interesses específicos do direito administrativo, distinguindo-se, por isso, entre a *caducidade-preclusiva* e a *caducidade-sanção*;

AA. A distinção entre um e outro tipo de caducidade não assenta na existência/inexistência de um interesse público: ambas são justificadas por tal interesse, sendo que o que as distingue é que, num caso, a caducidade decorre de exigências de certeza, segurança e estabilidade no exercício de direitos (*caducidade preclusiva*), enquanto que no outro (*caducidade sanção*), a caducidade é uma consequência do incumprimento de um dever;

BB. Não há nenhum interesse público em que os direitos resultantes da concessão devam ser exercidos dentro de um determinado prazo sob pena de não o poderem ser mais. O que está em causa não é uma necessidade de certeza objectiva no exercício ou não exercício de um direito dentro de um determinado prazo, mas antes - e apenas - a necessidade (ou interesse público) no aproveitamento dos terrenos;

CC. A caducidade, sem possibilidade de renovação, das concessões provisórias prevista nos artigos 47 e 48º da Lei de Terras resulta, fundamental ou principalmente, do não aproveitamento legalmente imposto pelo Artigo 103º da Lei de Terras, ou seja, ainda, do não aproveitamento do terreno, pelo incumprimento pelo concessionário dos deveres que, quanto a tal, legal e contratualmente lhe competiam nos termos do disposto no artigo 103º da Lei de Terras;

DD. Nessa medida, não há nenhum interesse público imperativo, de segurança ou certeza, que imponha que a caducidade deva ocorrer automaticamente, sem verificação das razões do não

aproveitamento: se o que está em causa é o aproveitamento do terreno, então a Administração deve poder avaliar e ponderar, sob o ponto de vista do interesse público, se tal circunstância deve determinar a extinção da concessão ou se, ao invés, a mesma não deve caducar até que aproveitamento possa ter lugar;

EE.É, aliás, essa, a razão pela qual a lei prevê que a também a caducidade decorrente do termo da concessão provisória tenha que ser declarada pela Administração (cf. artigo 167º da Lei de Terras) permitindo-lhe, assim, ponderar se a declaração de caducidade corresponde, ou não, ao interesse público;

FF. Ao que acresce, por outro lado, que apenas os terrenos do domínio privado da Administração podem ser objecto de concessão por arrendamento (cf. artigos 7º e 26º da Lei de Terras), ou seja, bens que (*sic*) "*estão sujeitos a um regime de Direito privado e inseridos no comércio jurídico correspondente*" tal como resulta, a contrario, da norma do artigo 193º do Código Civil, pelo que se tratam de bens de que a Administração pode dispor livremente, dentro dos limites da actuação administrativa, o que explica, designadamente, a sua liberdade para, dentro do limite máximo previsto no artigo 47º da Lei de Terras, poder acordar no prazo que melhor lhe aprouver;

GG. Do que resulta uma de duas soluções possíveis:

1) que o respectivo regime deva correctamente ser o da *caducidade-sanção*, caso em que a caducidade terá que ser declarada, mas só poderá ser declarada, após verificação das causas de incumprimento; ou

2) pelo menos, que, a aplicar-se o regime da *caducidade-preclusão*, se reconheça que a mesma incide sobre **direitos disponíveis** e, como tal, se lhe tornam aplicáveis as disposições próprias da caducidade relativa a direitos disponíveis, designadamente a necessidade de invocação por aquele a quem aproveita (artigos 296º e 325º, nº2), a possibilidade de modificação ou renúncia à mesma (artigo 322º, nº1), aplicação das disposições relativas à suspensão da prescrição (artigo 322º, nº2) ou a possibilidade de reconhecimento do direito como causa impeditiva da caducidade (artigo 323º, nº 2).

HH. Do que resultaria, em particular, quanto a este último regime, a aplicação do disposto no artigo 313º do Código Civil, encontrando-se suspenso, como seria da mais elementar justiça, o prazo

da concessão e, como tal, não tendo ocorrido qualquer caducidade.

II. Dito de outro modo, se se continuar a sustentar o entendimento de que a caducidade de que se trata seja uma caducidade preclusão, então tem de admitir-se que (i) a respectiva operação possa ser afastada em resultado de negócio válido sobre a mesma (e.g. acordo de prazo de caducidade nos limites do máximo legalmente admitido), (ii) a mesma operação possa ser afastada pelo reconhecimento do direito ou, até, (iii) pela ocorrência de facto(s) que, nos termos gerais de direito, possam ser factos impeditivos (paralisadores) do direito de opor a prescrição.

g) O direito ao prazo convencionado como direito contratual formado sob o imperium da lei antiga e o seu significado em face do que dispõem o artigo 11º do Código Civil e o artigo 215º da nova Lei de Terras;

JJ. Os artigos 212º a 216º da Nova Lei de Terras não recobrem toda a matéria para cujo tratamento são relevantes os princípios gerais do direito intertemporal consignados no Artigo 11º do Código Civil, nem, tão pouco, por outro lado, pode entender-se que cada uma das soluções previstas e disciplinadas naqueles mesmos artigos 212º a 216º da Nova Lei de Terras introduzam solução, ou conformes ou contrárias àquelas que resultariam da singela aplicação dos ditos princípios gerais do direito intertemporal;

KK. Pelo que que, para as situações que não se acham reguladas por norma de direito transitório especial e, bem assim, para aquelas relativamente às quais subsistam dúvidas sobre se as normas de direito transitório especial são aplicáveis e qual o sentido ou alcance com que as mesmas devam ser aplicáveis, o intérprete deve socorrer-se da disciplina geral do direito transitório enunciada no dito Artigo 11º do Código Civil;

LL. Não é questionável que, sob o *imperium* da Antiga Lei de Terras as partes podiam convencionar, válida e eficazmente, um prazo a que ficasse subordinado o contrato de concessão, nem é questionável, tão pouco, pelas razões mais acima apontadas, que, mesmo que tal prazo devesse ainda ser entendido como um prazo de caducidade, tal não prejudicava a qualificação dos direitos ao mesmo subordinados como direitos (ao menos parcial ou limitadamente) disponíveis;

MM. Se isto é assim, e é-o inquestionavelmente, é também inquestionável que, na ausência de uma disposição expressa da Nova Lei de Terras em sentido contrário - ou seja, em sentido de que a Lei Nova se aplica aos prazos contratados no passado com retroactividade - se terão de ter por salvaguardados os efeitos já produzidos pelos factos ocorridos em momento anterior ao da sua entrada em vigor;

NN. O que significa, concretamente, que: (i) tendo sido validamente contratado um prazo para a concessão e (ii) devendo entender-se que, em momento anterior ao da entrada em vigor da Lei 10/2013, a caducidade associada ao decurso de tal prazo deixou de poder ser invocada pela Administração pelo facto do reconhecimento do direito, (iii) a Nova Lei de Terras que excluísse a relevância de tal reconhecimento (porque, por hipótese, configurasse tal direito como absolutamente indisponível) não poderia, nessa parte, ser aplicada aos contratos de pretérito;

OO. O mesmo ocorre, de resto, por maioria de razão, quanto aos efeitos de convenções modificativas do regime da caducidade que, sendo válidas e eficazes em face da Lei Antiga, hajam produzido o respectivo efeito (interruptivo ou suspensivo) em momento anterior ao da entrada em vigor da Nova Lei de Terras: na medida em que devesse entender-se que a Nova Lei de terras excluísse tais convenções (qualificando-as como inválidas ou como ineficazes porque se devesse entender que a mesma configurasse os direitos respectivos como absolutamente indisponíveis), os efeitos produzidos por tais convenções sob o império da Lei Antiga estarão sempre salvaguardados pelo disposto no no. 1 do Artigo 11º do Código Civil.

h) A relevância do não cumprimento do procedimento legalmente devido para a declaração da caducidade das concessões;

PP. O acto recorrido recusou os pedidos de suspensão e prorrogação/renovação dos prazos de aproveitamento e da concessão com fundamento na ocorrência da respectiva caducidade, sem contudo, ter sido praticado o acto de declaração de caducidade a que se refere o artigo 167º da Lei de Terras;

QQ. Tal declaração é devida em qualquer dos casos de "caducidade" previstos na lei, quer se entenda tratarem-se de situações de caducidade-preclusão, quer nos casos em que se entenda tratar-se de caducidade-sanção;

RR. Independentemente da natureza (constitutiva ou meramente declarativa) de tal acto a praticar pelo Senhor Chefe do Executivo, a verdade é que a referida declaração constitui uma exigência legal, que não foi cumprida e que constitui um pressuposto legal de qualquer actuação administrativa que pretenda retirar consequências ou efeitos da caducidade das concessões;

SS. Não se mostra logicamente compreensível que a Administração tenha rejeitado as pretensões das ora Recorrentes com fundamento na ocorrência da caducidade das concessões sem que, antes, tenha cuidado de praticar o acto que a lei estipula como obrigatório para verificar se a referida caducidade ocorreu - para o que, naturalmente, teria de emitir juízos, não apenas de simples *ascertainment*, quanto à verificação dos pressupostos de que legalmente depende, em concreto, a declaração de caducidade das concessões, o que a ter acontecido serviria para que o Senhor Chefe do Executivo tivesse podido ponderar correctamente todos os pressupostos de facto e de direito relevantes para o acto recorrido e tendo decidido, como se impunha, pela não declaração da referida caducidade;

3) Quanto ao acto recorrido que rejeita o pedido de atribuição de novas concessões com dispensa de concurso público:

TT. As concessões de que as ora Recorrentes são titulares foram originariamente atribuídas à Sociedade de Empreendimentos Nam Van, S.A., como contrapartida das obrigações por esta assumidas de realização de todos os aterros e infra-estruturas previstas no Plano de Ordenamento da Baía da Praia Grande e no Plano de Intervenção Urbanística dos Novos Aterros do Porto Exterior, cuja execução inquestionável e reconhecidamente obedeceu a razões de interesse público e foram transmitidos para as ora Recorrentes com os encargos especiais de cumprimento, na parte aplicável, dessas mesmas obrigações;

UU. A obrigação de indemnização que nasce do contexto da relação obrigacional é uma prestação substitutiva da prestação originária e, como tal, justificada pela mesma fonte, pelo que o interesse público subjacente à atribuição das concessões originárias é o mesmo interesse público que deve justificar que a Administração esteja obrigada a compensar os particulares quando tenha incumprido as suas obrigações contratuais e, desse modo, restabelecer o sinalagma funcional do contrato inicial;

VV. Continua, por isso, a ser o interesse público que justificadamente dispensou o concurso na concessão originária que justifica que a Administração deva dispensar o concurso para honrar as obrigações que assumiu;

WW. O acto recorrido não realizou qualquer ponderação sobre a responsabilidade da RAEM pela situação de não aproveitamento e, bem assim, sobre o respectivo dever de indemnizar as ora Recorrentes pelos danos resultantes da alegada caducidade das concessões de que são titulares, pelo que lhe falta considerar um pressuposto essencial desse mesmo acto, sem o que deve o referido acto ser anulado, o que desde já, como a final, se requer.

* * *

Citada a Entidade Recorrida, o **Chefe do Executivo da RAEM** veio contestar o recurso com os fundamentos constantes de fls. 851 a 867, tendo formulado as seguintes conclusões:

I – Do objecto do recurso

1. As Recorrentes interpõem recurso contencioso do despacho do Chefe do Executivo, de 10 de Março de 2017, exarado na Proposta n.º 013/DSO/2017, de 21 de Fevereiro de 2017, notificado em 21 de Março de 2017, que lhes indeferiu os pedidos apresentados em 30 de Julho de 2016, de:

- Suspensão do prazo de aproveitamento dos terrenos denominados lotes D2 e D5, situados na Zona D do Fecho da Baía da Praia Grande, de cuja concessão foram as Recorrentes titulares, e de prorrogação do mesmo por 10 anos, bem como de renovação da concessão provisória por 10 anos, ou;

- Nova concessão dos mesmos terrenos a favor das Recorrentes, com dispensa de concurso público, ou;

- Troca daqueles terrenos por outros com a mesma área e idêntica capacidade *aedificandi*.

2. Antes de tudo, convém esclarecer que atenta a natureza e a finalidade do meio processual - recurso contencioso - utilizado pelas Recorrentes, iremos cingir-nos a contestar os vícios (de violação de lei por erro nos pressupostos e de abuso de direito) que são imputados ao acto recorrido, e abster-nos de comentar ou refutar todos os restantes considerandos ou teses expostas pelas Recorrentes relativas a

questões, entre outras, relacionadas com a natureza da caducidade das concessões provisórias pelo decurso do prazo, a culpa pelo não aproveitamento dos terrenos, a obrigação de indemnização resultante da declaração de caducidade das concessões, porquanto, no entendimento da Entidade Recorrida, não foram directamente colocadas em causa pelo acto recorrido, nem contribuem para a boa decisão do presente recurso.

3. Feito este pequeno esclarecimento, passemos então à impugnação dos vícios assacados ao acto recorrido pelas Recorrentes.

II - Impugnação

1 - Vício de erro nos pressupostos de facto e de direito

A) Quanto ao pedido de suspensão do prazo de aproveitamento dos terrenos e de prorrogação do mesmo por 10 anos, bem como de prorrogação ou renovação da concessão provisória por 10 anos

4. Alegam as Recorrentes que o acto recorrido, ao indeferir o pedido de suspensão do prazo de aproveitamento dos terrenos e de prorrogação do mesmo, bem como de renovação da concessão provisória, enferma erro nos pressupostos, argumentando, em síntese que, em seu critério, e ao contrário do que entendeu a Entidade Recorrida, o prazo máximo da concessão não se acha esgotado.

5. Mas sem qualquer razão, como se demonstrará.

6. É certo que pode haver erro nos pressupostos de facto ou nos pressupostos de direito, mas *in casu* importa é realçar que a prolação do acto recorrido (indeferimento dos pedidos) não assentou em qualquer erro nos seus pressupostos.

7. "Há erro nos pressupostos de facto quando os factos que sirvam de fundamento a um acto administrativo não são verdadeiros, ou apenas putativos ou erradamente reputados como verdadeiros pela Administração na prática do acto"¹.

8. O erro nos pressupostos de facto constitui uma das causas de invalidade do acto

¹ Ac. do TSI de 16 de Julho de 2015, proferido no Processo n.º 800/2915.

administrativo, consubstanciando um vício de violação de lei que configura uma ilegalidade de natureza material, pois é a própria substância do acto administrativo que contraria a lei.

9. Já a violação de lei por erro nos pressupostos de direito verifica-se quando haja errada interpretação da norma, errada aplicação da norma ou actuação contrária à norma, o que manifestamente não sucedeu com o acto em crise.

10. Ora, numa leitura atenta do despacho do Chefe do Executivo, de 10 de Março de 2017, que anuiu a proposta que lhe foi submetida, colhe-se, com facilidade, que as razões em que, no essencial, se estribou o indeferimento dos pedidos apresentados pelas Recorrentes, se prendem com o facto de as concessões dos lotes D2 e D5 terem terminado no dia 16 de Julho de 2016 e, dada a sua natureza provisória, não ser possível a sua prorrogação ou renovação, nos termos da Lei n.º 10/2013.

11. Pelo que é patente que não se verifica o assacado erro nos pressupostos, porquanto realmente as concessões ora em causa terminaram em 16 de Julho de 2016, não podendo ser objecto de renovação ou prorrogação, nos termos dos artigos 47.º, 48.º e 215.º da Lei n.º 10/2013.

12. É que apesar de se tratar de concessões anteriores à entrada em vigor da Lei n.º 10/2013, dúvidas não existem que as mesmas passaram a ficar sujeitas a esta nova lei, nos termos do disposto no artigo 2145.º.

13. Por outro lado, perante uma cláusula tão clara e objectiva como aquela que trata do prazo do arrendamento, que não deixa dúvidas nem precisa de nenhuma análise mais aprofundada, sendo por isso de fácil compreensão, como podem as Recorrentes argüirem que o prazo da concessão não se encontra esgotado?

14. Muito sinceramente, dada a ampla argumentação expendida pelas Recorrentes que, salvo o devido respeito, arrisca-se a tomar fastidiosa a sua leitura, para tentarem demonstrar que o acto recorrido ao ter indeferido os pedidos com o fundamento na circunstância de a concessão provisória ter terminado em 30 de Julho de 2016, incorreu em erro sobre os pressupostos, teremos que dizer que ou as Recorrentes não leram o n.º 1 da cláusula segunda dos respectivos contratos ou estão de má fé.

15. Aliás, basta atentarmos no teor do primeiro pedido efectuado para legitimamente

colocarmos em causa a actuação das Recorrentes, isto é, questionarmos se efectivamente têm agido segundo as regras da boa fé impostas pelo *principio da boa fé* previsto no artigo 8.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

16. Com efeito, sabendo perfeitamente as Recorrentes que o prazo de aproveitamento dos terrenos - de 72 meses - terminou em 18 de Agosto de 2005 (cfr. n.º 1 da cláusula quinta dos contratos de transmissão dos direitos resultantes da concessão, mencionados no artigo 6.º desta contestação), como é que se explica que, decorridos quase 11 anos do termo desse prazo, tenham vindo solicitar a suspensão e prorrogação de um prazo que já terminou?

17. Não obstante o n.º 5 do artigo 104.º da Lei n.º 10/2013 permitir ao Chefe do Executivo autorizar a suspensão ou prorrogação do prazo de aproveitamento dos terrenos, a requerimento do concessionários e por motivo que não lhe seja imputável e que o Chefe do Executivo considere justificado, a verdade é que tanto a suspensão como a prorrogação só podem ser autorizadas dentro do limite do prazo de aproveitamento e nunca depois de expirado esse prazo.

18. Razões por que não se poderá deixar de questionar as Recorrentes: como pretendiam suspender o prazo de aproveitamento do terreno se só é possível suspender um prazo que esteja em curso? O mesmo se diga para a prorrogação, pois se prorrogar significa estender prazo ainda existente para além do seu termo final, como se pode prorrogar o que já não existe?

19. Pelo que, em bom rigor, as pretensões de suspensão e de prorrogação do prazo de aproveitamento dos terrenos aduzidas pelas Recorrentes, por não encontrarem o mínimo apoio no ordenamento jurídico, consubstanciam pedidos juridicamente impossíveis e deveriam ter sido liminarmente rejeitadas por essa razão.

20. No que diz respeito ao pedido de renovação da concessão por 10 anos, o indeferimento assentou na impossibilidade legal de prorrogação ou renovação das concessões provisórias, pelo que não se vê que tenha ocorrido erro nos pressupostos de facto ou de direito da decisão.

21. Com efeito, tratando-se de concessões provisórias, é-lhes aplicável o disposto no n.º 1 do artigo 48.º da Lei n.º 10/2013, por força da norma transitória contida no corpo do artigo 215.º do

mesmo diploma.

22. De acordo com o referido normativo, "*as concessões provisórias não podem ser renovadas*".

23. Significa isto que, atingido o termo do prazo da concessão provisória, produz-se, inevitavelmente, a respectiva caducidade, como resulta da norma do artigo 52.º da Lei n.º 10/2013.

24. E nem se diga que a lei só proíbe a renovação das concessões provisórias e não a sua prorrogação, porquanto independentemente de se tratar de "prorrogação" ou de "renovação", os efeitos práticos, que se traduzem em manter o contrato de concessão em vigor depois do termo do prazo, são os mesmos e, portanto, haverá sempre desconformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 48.º da Lei n.º 10/2013, que expressamente o proíbe.

25. Isto é, se a renovação do contrato não é possível por a concessão não se ter tornado definitiva, então não se poderá obter um efeito semelhante pela prorrogação do contrato.

26. Sendo certo que se a lei, no n.º 1 do artigo 48.º da Lei n.º 10/2013, expressamente a renovação da concessão provisória, certamente inibe também todos os demais meios que procurem produzir os efeitos da renovação, independentemente de se tratar de prorrogação ou renovação.

27. Como a única excepção prevista no n.º 2 do artigo 48.º da Lei n.º 10/2013 não tem aplicação no presente caso, imperioso é concluir que o acto recorrido, ao ter indeferido o pedido de renovação ou prorrogação da concessão provisória, não assentou em pressupostos errados ou inexistentes.

28. Razões por que se conclui que o acto recorrido não errou nos pressupostos da sua actuação, pelo contrário, fez correcta subsunção dos factos e consequente aplicação do direito.

29. E, porque assim é, não deve o tribunal anular o acto recorrido por erro nos pressupostos de facto ou de direito.

30. Impugnam-se assim especificadamente os artigos 4.º, 19.º, 21.º a 30.º, 33.º, 38.º, 56.º, 60.º, 112.º, 118.º, 119.º, 121.º, 128.º a 130.º da petição de recurso apresentada pelas Recorrentes.

31. Relativamente ao chamamento para o presente caso dos regimes de coisas futuras, do cômputo do prazo de caducidade e das estipulações válidas sobre a caducidade, previstos,

respectivamente, nos artigos 202.º, 321.º e 322.º do Código Civil, cremos que estas normas não têm aqui qualquer aplicação, porquanto está em causa um contrato administrativo celebrado pela Administração no exercício de poderes públicos e não um contrato de direito privado celebrado entre particulares.

32. Aos presentes contratos aplicam-se as cláusulas contratuais e as disposições da Lei n.º 10/2013 e não as disposições do Código Civil.

33. Razões por que impugnam-se especificadamente os artigos 133.º a 137.º, 145.º a 148.º da petição de recurso apresentada pelas Recorrentes.

B) Quanto ao pedido de nova concessão dos mesmos terrenos a favor das Recorrentes, com dispensa de concurso público

34. O acto recorrido assentou o indeferimento deste pedido no facto de o mesmo não se enquadrar nas situações de dispensa de concurso, previstas na alínea 1) do n.º 2 do artigo 55.º da Lei n.º 10/2013.

35. Se bem entendemos o raciocínio das Recorrentes, e sintetizando tudo o que vem alegado nos artigos 267.º a 281.º e nas conclusões TT. A WW, da petição de recurso, consideram as mesmas que o interesse público que esteve na base da atribuição das concessões iniciais à Sociedade de Empreendimentos Nam Van, S.A., e que fundamentou a dispensa de concurso, é o mesmo que agora, como forma da Administração honrar as obrigações assumidas, deveria justificar a dispensa de concurso público.

36. Mas, também aqui, sem qualquer razão.

37. Se as Recorrentes, pelo menos durante 12 anos (de 1994 a 2006), não realizaram o aproveitamento dos lotes D2 e D5, tal não se deveu a qualquer interferência da Administração, mas sim a causas unicamente imputáveis às mesmas.

38. Até porque quando o Plano de Reordenamento da Baía da Praia Grande foi revogado, em Agosto de 2006, o prazo de aproveitamento já havia caducado, em 18 de Agosto de 2005, sem que as Recorrentes tivessem sequer iniciado qualquer obra.

39. Pelo que afirmar, nomeadamente nos artigos 169.º, 183.º e 267.º da petição de recurso,

que "o não aproveitamento dos terrenos ficou a dever-se a razões exclusivamente imputáveis à RAEM", quando sabem que o inverso é que é verdade, configura manifesta má fé processual das Recorrentes.

40. Até ao termo do prazo de aproveitamento dos terrenos, ou seja, até 18 de Agosto de 2005, que obrigações assumidas não foram cumpridas pela Administração?

41. As únicas incumpridoras dos contratos de concessão foram as Recorrentes, sobretudo a cláusula referente ao aproveitamento, pelo que é falso que a Administração não tenha cumprido com as obrigações assumidas.

42. Assim sendo, atendendo ao aproveitamento e finalidade prevista para os lotes em questão (construção de um edifício habitacional e de um hotel), bem como à sua localização privilegiada, orientada para a construção de habitação de luxo, é evidente que uma possível concessão dos referidos lotes de terreno não se funde *no interesse público que favoreça o desenvolvimento da sociedade da RAEM*, porquanto apenas irá beneficiar interesses privados especulativos.

43. Por outro lado, mesmo que o pedido das Recorrentes se ajustasse a uma das situações de dispensa de concurso público previstas no n.º 2 do artigo 55.º da Lei n.º 10/2013, não se pode perder de vista que a Administração tem uma margem de discricionariedade na apreciação e decisão dos pedidos de concessão com dispensa de concurso público.

44. Com efeito, por força do artigo 54.º da Lei de terras, a concessão provisória é precedida de concurso público, salvo casos excepcionais em que este pode ser dispensado nos termos do artigo 55.º.

45. A norma do artigo 55.º inclui duas situações, as que devem ser dispensadas de concurso público e as podem ser dispensadas de concurso público, conforme se retira da sua redacção.

46. Dispõe o n.º 1 do artigo 55.º: "*O concurso público **é dispensado***", elencando nas alíneas 1) a 4) as quatro situações em que deve ser dispensado, enquanto que o n.º 2 do artigo 55.º diz, "*O concurso público **pode ser-dispensado***".

47. Com efeito, o acto ora em crise, que indeferiu o pedido de concessão com dispensa de concurso, praticado no âmbito da actividade discricionária da Administração, não enferma de erro nos pressupostos de facto ou de direito, ou de qualquer outro vício que o torne inválido.

48. Impugnam-se assim especificadamente os artigos 267.º, 268.º, 272.º, 273.º e 276.º a 281.º da petição de recurso.

C) Pedido de troca dos terrenos por outros com a mesma área e idêntica capacidade *aedificandi*

49. Reitera-se, desde já, todas as considerações acima tecidas quanto aos pedidos de suspensão e prorrogação do prazo de aproveitamento dos terrenos, bem como de renovação da concessão.

50. Acrescenta-se que o indeferimento do pedido de troca teve por base o facto de o arrendamento ter terminado em 30 de Julho de 2016 e, desse modo, as Recorrentes já não serem titulares de qualquer direito sobre os terrenos.

51. Pelo que contrariamente ao que alegam as Recorrentes, o indeferimento do pedido de troca, não se mostra inquinado de erro nos pressupostos de facto ou de direito, visto ser exacto que o arrendamento terminou em 30 de Julho de 2016 e, por isso, desde essa data os direitos resultantes das concessões deixaram de existir nas suas esferas jurídicas.

52. Como é consabido, diversamente do que acontece nos casos de caducidade por incumprimento, onde o despacho que declara a caducidade das concessões é constitutivo, a caducidade de uma concessão pelo decurso do prazo contratual e legalmente estabelecido é uma caducidade preclusiva que opera "*ipso iure*",

53. Assim o despacho que a declara é meramente declarativo e verificativo, ou seja, não constitutivo, nem *ad substantium*, limitando-se a constatar e tornar certa a consequência jurídica que já deriva do contrato e da lei face ao decurso do prazo.

54. Não obstante ainda não ter sido declarada a caducidade das concessões dos terrenos ora em questão, certo é que desde 30 de Julho de 2016 que as Recorrentes não são titulares de qualquer direito sobre os referidos lotes D2 e D5 e, dessa forma, não satisfazem o pressuposto previsto no n.º 2 do artigo 84.º da Lei n.º 10/2013.

55. Pelo que deixaram de deter legitimidade para serem parte no procedimento de troca de direitos sobre terrenos, previsto nos artigos 82.º a 86.º da Lei n.º 10/2013.

56. Assim ao acto recorrido não pode ser assacado qualquer vício.

2 - Abuso de direito (*a proibição de venire contra factum proprium*) como facto impeditivo da arguição de caducidade

57. Do muito que vem exposto e, certamente por incapacidade nossa, do pouco que conseguimos alcançar quanto à assacada actuação da Entidade Recorrida em abuso de direito, cremos que as Recorrentes se insurgem porque, em seu critério, não foram capazes de realizar o aproveitamento do terreno por razões exclusivamente imputáveis à RAEM.

58. Segundo as Recorrentes, a Administração tem a possibilidade de não declarar a caducidade das concessões ora em questão, dado que o não aproveitamento dos terrenos resulta de culpa exclusiva da Administração (cfr. artigo 190.º da petição), mas fazê-lo constitui uma actuação em manifesto abuso de direito e, portanto, ilegítima.

59. Honestamente, não descortinamos qualquer relevância para a decisão deste recurso da questão referente às causas do incumprimento dos contratos de concessão, nomeadamente do prazo de aproveitamento, e a quem devam as mesmas ser imputadas.

60. Visto que o acto recorrido se limitou a indeferir os pedidos apresentados pelas Recorrentes, e como se demonstrou, a actuação da Entidade Recorrida, de forma alguma, beliscou os princípios gerais que devem nortear a actuação da Administração (artigos 3.º a 14.º do CPA), nomeadamente o da boa fé, não sendo por isso, susceptível de configurar um abuso de direito na modalidade de *venire contra factum proprium*.

61. Ora, não tendo o acto ora em escrutínio declarado a caducidade das concessões, não entendemos a insistência das Recorrentes nesta questão, nem tão pouco o sentido e interesse do que vem alegado nos artigos 169.º a 197.º da petição do recurso.

62. O que importa realçar é que não há qualquer violação ou ilegalidade por parte da Entidade Recorrida consubstanciadora de abuso de direito.-

63. No entanto, sempre se dirá que, a existir abuso de direito é claramente por parte das Recorrentes, na medida em que volvidos 12 anos do termo do prazo de aproveitamento dos terrenos,

vieram solicitar a sua suspensão e prorrogação e, mais grave, vieram fazê-lo precisamente na data em que terminava o prazo da concessão.

64. O que basta para demonstrar que as Recorrentes agiram em abuso de direito na modalidade de *venire contra factum proprium*.

65. Razões porque se impugnam especificadamente os artigos 161.º a 184.º, 187.º a 193.º, 195.º a 197.º, 201.º, 203.º da petição de recurso.

66. Por último, as Recorrente -requerem a produção de prova testemunhal mas, atendendo ao meio processual utilizado - recurso contencioso de mera legalidade -, é entendimento da Entidade Recorrida que a prova constante do processo administrativo instrutor é adequada e suficiente para a análise que o tribunal pode e deve fazer.

67. Como os factos relevantes para a decisão da causa podem ser demonstrados através de prova documental, não se mostra pertinente ou útil a inquirição das testemunhas requeridas pelas Recorrentes (cfr. n.º 3 do artigo 65.º do CPAC).

68. Pelas apontadas razões, considera a Entidade Recorrida que deve ser indeferido o requerimento de prova apresentado pelas Recorrentes.

69. E quanto ao demais, como resulta desta contestação na sua globalidade, impugnam-se os factos, juízos de valor e conclusões articulados na petição de recurso que o não tenham sido especificadamente, bem como se afirma que os mesmos não podem produzir os efeitos jurídicos pretendidos pelas Recorrentes.

* * *

O Digno. Magistrado do Ministério Público junto do TSI emitiu o douto parecer constante de fls. 1129 a 1133, pugnano pelo não provimento do recurso.

* * *

Foram colhidos os vistos legais.

Cumprе analisar e decidir.

* * *

II - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III - FACTOS

São os seguintes elementos, extraídos do processo principal e do processo administrativo com interesse para a decisão da causa:

1. 按照土地委員會十月二十七日第 123/2016 至 127/2016 號、十一月十日第 130/2016 至 133/2016 號及十一月十七日第 136/2016 至 138/2016 號意見書所示，基於二十五年的臨時批給有效期已於 2016 年 7 月 30 日屆滿，標題所述的若干土地批給即告失效(附件 1)。

2. 行政長官於 2016 年 12 月 9 日在九月十五日第 391/DSO/2016 號建議書上作批示，擬駁回透澄景灣建築置業有限公司、翠景灣建築置業有限公司、福景灣建築置業有限公司、富景灣建築置業有限公司、文景灣建築置業有限公司、雅景灣建築置業有限公司、柏景灣建築置業有限公司、寶景灣建築置業有限公司、順景灣建築置業有限公司、源景灣建築置業有限公司、華景灣建築置業有限公司及滙景灣建築置業有限公司(下稱“申請人”)的以下請求(附件 2)：

2.1 中止土地利用期及延長土地利用期十年，同時許可臨時批給續期十年；

2.2 以免公開招標重新向其作出批給；

2.3 交換土地。

3. 根據十月十一日第 57/99/M 號法令核准的《行政程序法典》第九十三條及第九十四條的規定，本局已透過十二月十六日第 1094/DSO/2016 號公函通知申請人就上述決定意向表明意見(附件 3)。

4. 為回應上述公函及為著預先聽證的效力，申請人透過一月三日收件編號 860/2017 提交一份書面陳述，要求行政當局承認阻礙南灣湖 C 及 D 區若干地段批給失效的事實，延長相關批給期，又或與申請人協商就同一土地地段以免公開招標的方式重新批出或批出具等同建築面積的南灣湖 B、C 及 D 區之其他土地，或位於具等同建築面積及建築能力的區域之土地，主要理由如下(附件 4)：

4.1 在澳門相同的海岸上採用不同的標準，即有三間博彩承批人享受到不同的待遇，彼等毫無困難獲政府批准在 2008 年及 2009 年完成外港新填海區的大型旅遊投資項目的建設，而此相關房地產投資項目因其所佔據的龐大空間而會影響向被聯合國教科文組織列為世界遺產之東望洋燈塔的景觀；

4.2 澳門特別行政區政府在確保申請人履行義務上之不作為欠缺解釋，因為在十年內，政府未作出任何行動來核准其所承諾之南灣湖 C 及 D 區的城規；

4.3 行政長官於 2015 年 11 月 18 日及 2016 年 7 月 27 日在立法會上的講話中也確認了相地段未獲利用是由於需要保護澳門歷史城區的原因且此利用不可歸責於承批公司，而澳門特別行政區政府亦需保護相關所有人的權利，另一方面，按照廉政公署 2015 年 12 月 15 日的報告，若規定期限內土地利用可歸責於行政當局，則行政當局可不宣告批給失效，由此結論可看出，宣告失效並非土地未於規定期限內完成利用之情況的唯一解決方法；

4.4 第 12/2013 號法律《城市規劃法》第五十五條規定，當城規的實施抵觸已批給土地的批給用途或其利用、重利用時，承批公司有權根據第 10/2013 號法律《土地法》第一百三十九條及第一百四十條的規定申請修訂批給合同，或屬有償批給時，申請移轉批給所衍生的狀況，同時不妨礙其因所遭受之損害而獲得賠償；

4.5 《土地法》第四十八條第一款僅禁止臨時批給的續期，而在法律上並不存在對延長批給期限之可能性的任何阻礙，且需要提醒的是，政府曾承諾會在批准重新開始地段利用之行政程序時，延長利用期及修訂批給合同，故行政當局引起了八月三日第 39/99/M 號法令核准的《民法典》第三百二十三條第二款規定的阻礙失效的法律效果；

4.6 倘行政當局有過錯，《土地法》第四十八條便不能單純按文義去解釋，否則就違反《土地法》第六條的規定；

4.7 所有於現場的輔助基建及沒有利用相關土地地段的原因是沒有適時通過該區的城規，因此，按照《土地法》第五十五條第二款(一)項(2)分項及(4)分項的規定，絕對可豁免公開招標。

分析：

5. 《土地法》第四十四條和第四十七條第一款的規定，適用該法律第二百一十五條的規定，以租賃方式批給時，須先作臨時批給，批給的期間不得超過二十五年。如在所訂期間內已履行事先訂定的利用條款，且土地經確定劃界，該批給則轉為確定批給。

6. 《土地法》第四十八條第一款規定臨時批給不可續期。

7. 鑒於有關批給未能轉為確定，批給因期間屆滿失效。

8. 申請人空範地指出行政當局對澳門的同一海岸採用了不同標準，然而，根據《行政程序法典》第八十七條的規定，利害關係人負證明其陳述之事實之責任，因此申請人應具體指明是何等項目的建設違反了第 83/2008 號行政長官批示所規定的最高海拔高度，以便本局具條件調查所主張的事實。

9. 除《土地法》第四十八條第二款規定的例名情況外，臨時批給期屆滿引致的批給失效是不考慮過期利用是否可歸責於承批人或其他前題，僅取決於期間的流逝。此外，由於以臨時批給的期限屆滿而批給未轉為確定為由宣告失效為羈束的行政行為，行政當局除了宣告失效外，並無任何選擇的餘地。因此，即使以未在所訂定的期間內完成土地的利用為由宣告失效的過程中真的存在某些不規範或不合法情況，也絕不能影響失效的事實及法律依據。

10. 須強調，根據《土地法》第四十二條、第一百零三條及第一百零四條的規定，對承批人科罰金及延長利用期的可能性只發生在臨時批給期內，但本個案的臨時批給期已於 2016 年 7 月 30 日屆滿。

11. 自廢止《南灣海灣重整計劃之細則章程》後，並未出現新的城市規劃，故不符合申請人擬適用《土地法》第一百三十九條第二款(一)項及第一百四十條第一款規定申請修訂批給合同或屬有償批給時申請移轉批給所衍生的狀況的法定前題。

12. 除了應有的尊重，並不認同申訴人對《土地法》第四十八條之個人解釋。因為事實上，中級法院 2016 年 7 月 7 日的第 434/2015 號司法上訴卷宗的裁決第 42 頁曾對該條作出解釋，其指出：

“...但第二種情況則不同，除了臨時批給失效之外，立法者沒有規定其它可能。

換言之，一旦土地的臨時批給期間屆滿，而批給又未轉為確定，那麼不論承批人是否有過錯，又或者此前是否曾以未在所訂定的期間內完成土地利用為由宣告失效，都將發生臨時批給的失效。

這就是所謂的過期失效(caducidade-preclusão 或 caducidade preclusiva)，它的發生僅取決於一項單純的客觀事實，即法定期間或合同訂定期間的屆滿。”

由此可見，《土地法》第四十八條第一款的後果僅引致批給失效，並沒有規定其他可能性，且考慮到《民法典》第三百二十條所規定的因期間屆滿的失效的一般規定亦沒有就《土地法》設定任何阻礙失效的情況。

13. 同樣理由，既然臨時批給的期限屆滿而批給未轉為確定僅可宣告失效，且《土地法》第四十八條明文規定臨時批給不得續期，考慮到法律制度的整體性，面對著申請人的延長租賃批給期的申請，行政當局除駁回該申請外，別無他法。

14. 臨時批給期屆滿而引致的批給失效是《土地法》第四十八條所產生的後果，而《土地法》是根據《基本法》而制定的，因此並沒有抵觸《基本法》第六條關於對私有財產的保護的規定。

15. 縱使《南灣海灣重整計劃》是有利於澳門社會發展的公共利益，然而，這亦僅可作為南灣發展股份有限公司透過1991年7月30日契約獲批給相關土地的原因，而非可作為是次申請重新批給的原因。而按照批給合同第三條款的約定，題述地段只是分別用作興建“住宅及停車場”、“住宅、商業及停車場”、以及“酒店及停車場”用途的建築物，似乎並不符合《土地法》第五十五條第二款(一)項規定的可豁免公開招標的情況。

16. 根據《土地法》第八十四條第二款的規定，私人實體僅可申請將下列任一權利在不帶任何責任或負擔的情況下，交換上條所指的可處置的土地的權利：(1)私有土地的完全所有權；(2)國有土地的利用權；(3)國有土地的租賃批給所衍生的權利。

17. 基於上述之分析，題述地段的臨時批給已於2016年7月30日屆滿，且不得續期。換言之，由於土地批給已經因期間屆滿而失效，換地申請不符合《土地法》第八十四條第二款的要求。

結論：

18. 綜上所述，結論認為書面陳述的理據並不構成可改變以下決定意向之事實證據及權利，現謹呈本建議書予上級考慮：

18.1 根據《土地法》第四十七條、第四十八條及第二百一十五條的規定，鑒於題述地段的臨時批給已於2016年7月30日屆滿，且不得續期，故駁回中止土地批給的利用期限且將土地之利用期限延長十年，以及臨時批給續期十年的請求；

18.2 由於地段只是分別用作興建“住宅及停車場”、“住宅、商業及停車場”、以及“酒店及停車場”用途的建築物，並不符合《土地法》第五十五條第二款(一)項規定的可豁免公開招標的情況，因此駁回以

豁免公開招標方式將土地重新批給予申請人的請求；

18.3 由於租賃批給期限已於 2016 年 7 月 30 日屆滿，不符合《土地法》第八十四條第二款的要
求，因此駁回交換土地的請求。

Em 10/03/2017, o Senhor Chefe do Executivo proferiu o seguinte despacho:

“同意，按建議否決申請”。

* * *

IV – FUNDAMENTAÇÃO

Nos termos do disposto no artigo 631º/3 do CPC, o primeiro adjunto passa a ser relator deste processo.

*

O Mº Pº emitiu o seguinte parecer:

“ ...

Objecto do presente recurso contencioso é o despacho de 10 de Março de 2017, do Exm.º Chefe do Executivo, que indeferiu, relativamente aos lotes 2 e 5 da zona D do "Fecho da Baía da Praia Grande", de que eram concessionárias as ora recorrentes "Sociedade de Investimento Imobiliário Va Keng Van, S.A." e "Sociedade de Investimento Imobiliário Wui Keng Van, S.A.R.L.", os seguintes pedidos:

- suspensão do prazo de aproveitamento dos terrenos e prorrogação/renovação do mesmo por 10 anos; e
- prorrogação ou renovação das concessões provisórias por 10 anos; ou
- atribuição de novas concessões, a favor das requerentes, com dispensa de concurso público; ou
- troca dos terrenos concessionados por outros terrenos a conceder.

Na sua petição de recurso e nas alegações facultativas, as recorrentes atribuem ao acto diversos vícios, nomeadamente erros nos pressupostos, abuso de direito, violação do artigos 323.º, n.º 2, do Código Civil, erro sobre a natureza da caducidade, erro de aplicação de direito intertemporal,

inobservância do procedimento formal legal de declaração da caducidade - vício que abandonaram nas alegações facultativas - e défice de avaliação do interesse público pressuposto da dispensa de concurso público para atribuição de novas concessões.

A autoridade recorrida, por sua vez, recusa que o acto padeça dos assacados vícios, asseverando a sua legalidade.

Vejamos quanto aos erros nos pressupostos.

As recorrentes começam por apontar ao acto o erro de laborar na pressuposição de que, quando foram formulados os seus pedidos, já havia decorrido o prazo de 25 anos das concessões, quando, na verdade, as concessões foram outorgadas por 22 anos e 2 meses, não se mostrando ainda transcorrido o prazo de 25 anos por que normalmente são atribuídas as concessões provisórias.

Cabe dizer, antes de mais, que este argumento, ainda que fosse exacto, em nada abalaria a decisão de indeferimento adoptada quanto ao primeiro dos pedidos (suspensão do prazo de aproveitamento dos terrenos e prorrogação/renovação do mesmo por 10 anos). Na verdade, quando em 30 de Julho de 2016 o pedido de prorrogação/renovação do prazo de aproveitamento é apresentado, já este prazo se mostrava transcorrido há muito tempo, concretamente desde 18 de Agosto de 2005. Logo, não podia propriamente ser prorrogado ou renovado.

Mas crê-se que as recorrentes também não têm razão quando invocam que as concessões provisórias foram atribuídas pelo prazo de 22 anos e 2 meses. Como resulta do primitivo contrato e dos vários despachos subsequentes que recaíram sobre a matéria, o englobamento destes dois lotes, e doutros, já se encontrava previsto e abrangido pela contratação inicial e suas revisões, a que subjaz uma ideia de uniformização dos prazos de concessão de todos os lotes, estando a formalização apenas dependente de requerimentos a formular pela concessionária primitiva, que foram efectuados. Temos, pois, que, face ao contrato inicial, às suas revisões e pertinentes Despachos, de que se destaca o Despacho 73/SATOP/92 e o ponto 2, alínea b), da sua cláusula segunda, as concessões provisórias aqui em análise esgotaram-se em 30 de Julho de 2016, como o acto recorrido considerou. No que toca ao envolvimento das ora recorrentes nessas concessões, é seguro que, por força dos contratos de transmissão outorgados pela Região

Administrativa Especial de Macau, pela Sociedade de Empreendimentos Nam Van, S. A., e pelas aqui recorrentes, autorizados pelos Despachos n.º 91/2001 e 92/2001, do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, deram elas o seu aval à contagem dos 25 anos prevista nos instrumentos antecedentes, com termo das concessões provisórias previsto para 30 de Julho de 2016, conforme expressamente se consigna na cláusula 2 desses contratos de transmissão.

Cremos, pois, que a concessão provisória, incluindo a destes dois lotes, foi atribuída por 25 anos, que terminavam/terminaram em 30 de Julho de 2016.

Improcede este alegado erro nos pressupostos de facto.

Um outro erro nos pressupostos imputado ao acto teria resultado da contagem dos prazos de caducidade sem tomar em conta o carácter futuro dos bens objecto das concessões, os quais apenas se tomaram presentes e ingressaram na esfera jurídica das recorrentes em 10 de Dezembro de 2001, só então podendo iniciar-se a contagem desses prazos.

Para dar corpo a esta tese, as recorrentes partem do pressuposto de que os terrenos objecto das concessões não existiam no momento da outorga e apenas passaram a existir após a conclusão do aterro. Mas esta ideia é errada e desconsidera os limites materiais da propriedade, tal como consagrados no artigo 1264.º do Código Civil. Os terrenos objecto das concessões existiam, embora estivessem alagados e necessitassem de ser alteados através da operação de aterro, esta igualmente prevista no contrato.

Não há, pois, qualquer erro nos pressupostos, na contagem do prazo de caducidade, pelo que igualmente este fundamento do recurso soçobra.

Também vem alegado que o acto incorreu em abuso de direito. Isto porque as recorrentes têm por adquirido que o não aproveitamento dos terrenos em causa ficou a dever-se a razões exclusivamente imputáveis à RAEM.

Como se ponderou, por exemplo, no acórdão de 19 de Outubro de 2017, do Tribunal de Segunda Instância, no âmbito do recurso contencioso n.º 179/2016, o abuso de direito, para vingar no recurso contencioso, impõe a prova de que o titular de um direito o exerceu em termos clamorosamente

ofensivos da justiça e excedendo manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito, situação que não resulta preenchida quando a actuação administrativa vai dirigida ao cumprimento das cláusulas do contrato e ao acatamento das normas imperativas de direito público sobre o regime legal das concessões. Também o Tribunal de Última Instância, no seu acórdão de 23 de Maio de 2018, tirado no processo n.º 7/2018, alvitrou que a declaração de caducidade pelo decurso do prazo da concessão sem o aproveitamento do terreno constitui um poder-dever, prescrito por normas imperativas, pelo que não pode traduzir qualquer abuso de direito.

Apesar de não estar aqui em causa a declaração de caducidade, certo é que o acto recorrido invocou o regime da caducidade e o prazo das concessões para, à face do não aproveitamento dos terrenos dentro desse prazo, indeferir os pedidos formulados. Daí que a doutrina daqueles acórdãos se revele, salvo melhor juízo, pertinente para a situação aqui abordada.

Donde a improcedência deste fundamento do recurso.

Invoca-se, em seguida, a inconsiderada existência de uma causa impeditiva da caducidade, com a inerente violação do artigo 323.º, n.º 2, do Código Civil.

As recorrentes argumentam que a Administração teria reconhecido o seu direito ao desenvolvimento dos terrenos, o que, nos termos daquele inciso, constitui impedimento à verificação da caducidade.

Ora bem, o direito ao desenvolvimento ou aproveitamento do terreno é um direito resultante do contrato e que, naturalmente, está presente no normal relacionamento que as partes contratuais vão mantendo ao longo da duração do contrato. Isso não significa que a circunstância de a Administração actuar tomando por base aquele direito do particular ao aproveitamento e tentando proporcionar-lhe a possibilidade de aproveitar o terreno, respondendo aos requerimentos deste e prevendo a conjugação futura de condições para aprovação dos projectos, isso não significa, dizíamos, que a Administração reconheça o direito ao aproveitamento para além do normal prazo de caducidade. É este o reconhecimento que o artigo em causa pressupõe, e que, como é óbvio, não ocorreu nem resulta da matéria alegada pelas recorrentes. Duvida-se, aliás, que um hipotético reconhecimento nesse sentido

pudesse ser validamente outorgado pela Administração, dado o regime e a finalidade das concessões.

Claudica também esta alegada violação.

As recorrentes sustentam seguidamente que o acto adopta uma errada visão da natureza da caducidade aí equacionada, porquanto o que está em causa é a caducidade sanção, por incumprimento, e não a caducidade preclusão, como o acto-pressupôs.

Não obstante a valia da argumentação, propendemos para continuar a sustentar, na esteira, aliás, da jurisprudência do Tribunal de Última Instância e da jurisprudência maioritária do Tribunal de Segunda Instância, que tanto a caducidade sanção como a caducidade preclusiva podem ocorrer no âmbito das relações contratuais criadas ao abrigo da Lei de Terras. Casos há em que o legislador não abstrai da culpa para que possa ser declarada a caducidade, como sucede nas hipóteses abrangidas pelo artigo 166.º da Lei de Terras. Mas quando esteja em causa o decurso do prazo inicial da concessão, sem que esta se tenha convertido em definitiva por via do aproveitamento, crê-se que opera a caducidade preclusão, independentemente dos motivos que estiveram na base do não aproveitamento. Esta última hipótese é a que se nos depara nos casos em apreço, pelo que, ao argumentar com o termo do prazo de caducidade das concessões para indeferir os pedidos formulados pelas recorrentes, não incorreu o acto no assacado erro acerca da natureza da caducidade e no inerente vício de violação de lei. Improcede também este fundamento do recurso.

Depois, ancoradas na interpretação e aplicação de normas e princípios de direito intertemporal, as recorrentes asseveram que o acto não estava legitimado a pôr em causa a impossibilidade da invocação da caducidade, em resultado do reconhecimento do direito pela Administração, ocorrido no âmbito de uma contratação do prazo validamente efectuada ao abrigo da lei anterior.

Já atrás deixámos expresso o nosso entendimento sobre o prazo das concessões e sobre o reconhecimento do direito impeditivo da caducidade. Dissemos e sustentámos que as concessões foram outorgadas pelo prazo normal de 25 anos, e pronunciamos-nos no sentido da inexistência de reconhecimento válido do direito ao aproveitamento dos terrenos para além do prazo da concessão. Nesta

conformidade, há que concluir pela inviabilidade de ofensa, através do acto impugnado, de quaisquer normas e princípios de direito transitório.

Improcede igualmente este argumento do recurso.

Finalmente, as recorrentes verberam o indeferimento do pedido subsidiário de atribuição de novas concessões com dispensa de concurso público. Argumentam, em essência, que não foi ponderada a responsabilidade da RAEM pela situação de não aproveitamento e o inerente dever que sobre si impende de indemnizar as recorrentes pelos danos resultantes da caducidade a declarar, pelo que, sem essa ponderação, não pode a RAEM determinar se está ou não obrigada a honrar efectivamente as contrapartidas (terrenos) a que se comprometeu originariamente e a avaliar a existência do interesse público justificativo da dispensa de concurso nos termos do artigo 55.º, n.º 2, alínea 1), da Lei de Terras.

Como os tribunais da Região Administrativa Especial de Macau têm vindo a entender, quando está em causa a caducidade pelo decurso do prazo da concessão - como sucedia relativamente às duas concessões das recorrentes - não há que apurar a culpa pelo não aproveitamento. Basta a verificação dos pressupostos falta de aproveitamento e decurso do prazo da concessão provisória, posto o que a Administração fica vinculada a declarar a caducidade dos contratos de concessão. Dado que a caducidade a que a Administração apelou para justificar o indeferimento dos pedidos das recorrentes é a caducidade pelo decurso do prazo da concessão, não fazia sentido estar a ponderar a culpa pelo não aproveitamento e as suas consequências. O que não impede a efectivação, noutro quadro, da indemnização que se venha a concluir ser devida.

Daí que não se vislumbre ofensa de norma ou princípio que possa sustentar a anulação do acto pela invocação de falta de motivo para dispensa do concurso público, pelo que também este fundamento do recurso se mostra improcedente.

Ante o exposto, o nosso parecer vai no sentido de ser recusado provimento ao recurso...”.

Trata-se duma posição com a qual concordamos na sua íntegra.

Assim e em nome do princípio da economia, fazemos, com a devida vénia, como nossa posição para julgar improcedente do presente recurso contencioso.

*

V – DECISÃO

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam em julgar improcedente o recurso contencioso, confirmando o acto recorrido.

*

Custas pela Recorrente com 10 UC de taxa de justiça.

Notifique e D.N..

*

RAEM, aos 28 de Maio de 2020.

Ho Wai Neng

Tong Hio Fong

Fong Man Chong

(com declaração de voto vencido)

M^oP^o

Joaquim Teixeira de Sousa

行政司法上訴卷宗編號 : 355/2017
上 訴 人 : 華景灣置業發展股份有限公司 (Sociedade de Investimento Imobiliário Va Keng Van, S.A.), 匯景灣置業發展有限公司 (Sociedade de Investimento Imobiliário Wui Keng Van, S.A.R.L.),
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。

雖然本案之請求是針對否決延長土地利用期的批示，但其中所涉及的內容及理據皆見於有關落敗票聲明之內，故亦適用之。

*

第二部份: 請求

一、有關批給涉及面積分別為 8,523 平方米及 3,307 平方米，稱為

「南灣湖計劃」D2 及 D5 地段的土地，分別批予華景灣置業發展股份有限公司和匯景灣置業發展有限公司；

二、 根據第 91/2001 號及第 92/2001 號運輸工務司司長批示的規定，批給期至 2016 年 7 月 30 日屆滿；

*

三、 在本案裏，上訴標的為行政長官於 2017 年 3 月 10 日作出之否決上訴人提出延長土地利用期的批示(亦請求交換土地及重新批給有關土地，但全部被否決)，上訴人提出之理據為：

- 1) – 有關決定違法；
- 2) – 事實前提及法律前提錯誤；
- 3) – 存在阻止計算土地利用期之狀況。

*

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：

1. 按照土地委員會十月二十七日第 123/2016 至 127/2016 號、十一月十日第 130/2016 至 133/2016 號及十一月十七日第 136/2016 至 138/2016 號意見書所示，基於二十五年的臨時批給有效期已於 2016 年 7 月 30 日屆滿，標題所述的若干土地批給即告失效(附件 1)。

2. 行政長官於 2016 年 12 月 9 日在九月十五日第 391/DSO/2016 號建議書上作批示，擬駁回透澄景灣建築置業有限公司、翠景灣建築置業有限公司、福景灣建築置業有限公司、富景灣建築置業有限公司、文景灣建築置業有限公司、雅景灣建築置業有限公司、柏景灣建築置業有限公司、寶景灣建築置業有限公司、順景灣建築置業有限公司、源景灣建築置業有限公司、華景灣建築置業有限公司及匯景灣建築置業有限公司(下稱“申請人”)的以下請求(附件 2)：

- 2.1 中止土地利用期及延長土地利用期十年，同時許可臨時批給續期十年；
- 2.2 以免公開招標重新向其作出批給；

2.3 交換土地。

3. 根據十月十一日第 57/99/M 號法令核准的《行政程序法典》第九十三條及第九十四條的規定，本局已透過十二月十六日第 1094/DSO/2016 號公函通知申請人就上述決定意向表明意見(附件 3)。

4. 為回應上述公函及為著預先聽證的效力，申請人透過一月三日收件編號 860/2017 提交一份書面陳述，要求行政當局承認阻礙南灣湖 C 及 D 區若干地段批給失效的事實，延長相關批給期，又或與申請人協商就同一土地地段以免公開招標的方式重新批出或批出具等同建築面積的南灣湖 B、C 及 D 區之其他土地，或位於具等同建築面積及建築能力的區域之土地，主要理由如下(附件 4)：

4.1 在澳門相同的海岸上採用不同的標準，即有三間博彩承批人享受到不同的待遇，彼等毫無困難獲政府批准在 2008 年及 2009 年完成外港新填海區的大型旅遊投資項目的建設，而此相關房地產投資項目因其所佔據的龐大空間而會影響向被聯合國教科文組織列為世界遺產之東望洋燈塔的景觀；

4.2 澳門特別行政區政府在確保申請人履行義務上之不作為欠缺解釋，因為在十年內，政府未作出任何行動來核准其所承諾之南灣湖 C 及 D 區的城規；

4.3 行政長官於 2015 年 11 月 18 日及 2016 年 7 月 27 日在立法會上的講話中也確認了相地段未獲利用是由於需要保護澳門歷史城區的原因且此利用不可歸責於承批公司，而澳門特別行政區政府亦需保護相關所有人的權利，另一方面，按照廉政公署 2015 年 12 月 15 日的報告，若規定期限內土地利用可歸責於行政當局，則行政當局可不宣告批給失效，由此結論可看出，宣告失效並非土地未於規定期限內完成利用之情況的唯一解決方法；

4.4 第 12/2013 號法律《城市規劃法》第五十五條規定，當城規的實施抵觸已批給土地的批給用途或其利用、重利用時，承批公司有權根據第 10/2013 號法律《土地法》第一百三十九條及第一百四十條的規定申請修訂批給合同，或屬有償批給時，申請移轉批給所衍生的狀況，同時不妨礙其因所遭受之損害而獲得賠償；

4.5 《土地法》第四十八條第一款僅禁止臨時批給的續期，而在法律上並不存在對延長批給期限之可能性的任何阻礙，且需要提醒的是，政府曾承諾會在批准重新開始地段利用之行政

程序時，延長利用期及修訂批給合同，故行政當局引起了八月三日第 39/99/M 號法令核准的《民法典》第三百二十三條第二款規定的阻礙失效的法律效果；

4.6 倘行政當局有過錯，《土地法》第四十八條便不能單純按文義去解釋，否則就違反《土地法》第六條的規定；

4.7 所有於現場的輔助基建及沒有利用相關土地地段的原因是有沒有適時通過該區的城規，因此，按照《土地法》第五十五條第二款(一)項(2)分項及(4)分項的規定，絕對可豁免公開招標。

分析：

5. 《土地法》第四十四條和第四十七條第一款的規定，適用該法律第二百一十五條的規定，以租賃方式批給時，須先作臨時批給，批給的期間不得超過二十五年。如在所訂期間內已履行事先訂定的利用條款，且土地經確定劃界，該批給則轉為確定批給。

6. 《土地法》第四十八條第一款規定臨時批給不可續期。

7. 鑒於有關批給未能轉為確定，批給因期間屆滿失效。

8. 申請人空範地指出行政當局對澳門的同一海岸採用了不同標準，然而，根據《行政程序法典》第八十七條的規定，利害關係人負證明其陳述之事實之責任，因此申請人應具體指明是何等項目的建設違反了第 83/2008 號行政長官批示所規定的最高海拔高度，以便本局具條件調查所主張的事實。

9. 除《土地法》第四十八條第二款規定的例名情況外，臨時批給期屆滿引致的批給失效是不考慮過期利用是否可歸責於承批人或其他前題，僅取決於期間的流逝。此外，由於以臨時批給的期限屆滿而批給未轉為確定為由宣告失效為羈束的行政行為，行政當局除了宣告失效外，並無任何選擇的餘地。因此，即使以未在所訂定的期間內完成土地的利用為由宣告失效的過程中真的存在某些不規範或不合法情況，也絕不能影響失效的事實及法律依據。

10. 須強調，根據《土地法》第四十二條、第一百零三條及第一百零四條的規定，對承批人科罰金及延長利用期的可能性只發生在臨時批給期內，但本個案的臨時批給期已於 2016 年 7 月 30 日屆滿。

11. 自廢止《南灣海灣重整計劃之細則章程》後，並未出現新的城市規劃，故不符合申請人擬適用《土地法》第一百三十九條第二款(一)項及第一百四十條第一款規定申請修訂批給合

同或屬有償批給時申請移轉批給所衍生的狀況的法定前題。

12. 除了應有的尊重，並不認同申訴人對《土地法》第四十八條之個人解釋。因為事實上，中級法院 2016 年 7 月 7 日的第 434/2015 號司法上訴卷宗的裁決第 42 頁曾對該條作出解釋，其指出：

“...但第二種情況則不同，除了臨時批給失效之外，立法者沒有規定其它可能。

換言之，一旦土地的臨時批給期間屆滿，而批給又未轉為確定，那麼不論承批人是否有過錯，又或者此前是否曾以未在訂定的期間內完成土地利用為由宣告失效，都將發生臨時批給的失效。

這就是所謂的過期失效(caducidade-preclusão 或 caducidade preclusiva)，它的發生僅取決於一項單純的客觀事實，即法定期間或合同訂定期間的屆滿。”

由此可見，《土地法》第四十八條第一款的後果僅引致批給失效，並沒有規定其他可能性，且考慮到《民法典》第三百二十條所規定的因期間屆滿的失效的一般規定亦沒有就《土地法》設定任何阻礙失效的情況。

13. 同樣理由，既然臨時批給的期限屆滿而批給未轉為確定僅可宣告失效，且《土地法》第四十八條明文規定臨時批給不得續期，考慮到法律制度的整體性，面對著申請人的延長租賃批給期的申請，行政當局除駁回該申請外，別無他法。

14. 臨時批給期屆滿而引致的批給失效是《土地法》第四十八條所產生的後果，而《土地法》是根據《基本法》而制定的，因此並沒有抵觸《基本法》第六條關於對私有財產的保護的規定。

15. 縱使《南灣海灣重整計劃》是有利於澳門社會發展的公共利益，然而，這亦僅可作為南灣發展股份有限公司透過 1991 年 7 月 30 日契約獲批給相關土地的原因，而非可作為是次申請重新批給的原因。而按照批給合同第三條款的約定，題述地段只是分別用作興建“住宅及停車場”、“住宅、商業及停車場”、以及“酒店及停車場”用途的建築物，似乎並不符合《土地法》第五十五條第二款(一)項規定的可豁免公開招標的情況。

16. 根據《土地法》第八十四條第二款的規定，私人實體僅可申請將下列任一權利在不帶任何責任或負擔的情況下，交換上條所指的可處置的土地的權利：(1)私有土地的完全所有權；

(2)國有土地的利用權；(3)國有土地的租賃批給所衍生的權利。

17. 基於上述之分析，題述地段的臨時批給已於 2016 年 7 月 30 日屆滿，且不得續期。換言之，由於土地批給經已因期間屆滿而失效，換地申請不符合《土地法》第八十四條第二款的要求。

結論：

18. 綜上所述，結論認為書面陳述的理據並不構成可改變以下決定意向之事實證據及權利，現謹呈本建議書予上級考慮：

18.1 根據《土地法》第四十七條、第四十八條及第二百一十五條的規定，鑒於題述地段的臨時批給已於 2016 年 7 月 30 日屆滿，且不得續期，故駁回中止土地批給的利用期限且將土地之利用期限延長十年，以及臨時批給續期十年的請求；

18.2 由於地段只是分別用作興建“住宅及停車場”、“住宅、商業及停車場”、以及“酒店及停車場”用途的建築物，並不符合《土地法》第五十五條第二款(一)項規定的可豁免公開招標的情況，因此駁回以豁免公開招標方式將土地重新批給予申請人的請求；

18.3 由於租賃批給期限已於 2016 年 7 月 30 日屆滿，不符合《土地法》第八十四條第二款的要求，因此駁回交換土地的請求。

Em 10/03/2017, o Senhor Chefe do Executivo proferiu o seguinte despacho:

“同意，按建議否決申請”。

*

第四部份: 法理分析

2018 年 7 月 19 日第 671/2015 號案內所作之落敗票聲明，其中的法理分析完全適用於本案，在此視為完全轉錄：

【 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：

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

- 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》所訂的批租期認定為屬於一般除斥期 (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)。

³ 詳閱 Maria Fernanda Maçãs 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。

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)(onus)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

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。

時效方面 (prescrição)，容許有計算期間中止 (suspensão)或中斷 (interrupção) 之原因 - 藉此排除上文所述資推定。”

*

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:

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。

「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。

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；

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 Direito》一書，第 829 頁。

(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。

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錄後，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，彷彿一條“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，又或即使出租物業交於承租人，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，很明顯是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。

⁸ 見上引之文章，第 835 頁。

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！

這仍屬於合同的内容，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用益, 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。

*

最近公佈的一篇文章(題為:「土地租賃批給與地上權」, 刊登在《科英布拉法學院學報》, 第 XCV 期, 2019 年, 第一卷, 第 48 頁及續後), 作者為澳門大學法學院副院長 Garcia 教授, 其中對土地法所引起的複雜問題作出深入探討, 在土地批給宣告失效事宜上, 其結論與我們的觀點相若, 只是角度略有不同。該教授寫道⁹:

⁹ Num trabalho recentemente acabado e publicado (*cf.* *Concessão pro arrendamento e direito de superfície, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, XCV-2019, Tomo I, pág. 48 e seguintes*), de autoria do Dr. Prof. Augusto Garcia, subdirector da Faculdade de Direito da UM, em que abordou toda esta problemática jurídica complexa suscitada pela Lei

“(…)

Não obstante, a Administração, invocando o decurso do prazo concedido para a edificação, sem que a mesma estivesse concretizada, declarou a caducidade das concessões por arrendamento. Quanto ao facto de, nas situações de que agora curamos, a não realização da construção se dever à suspensão, imposta pela própria Administração, de análise dos projectos e de emissão das competentes e imprescindíveis autorizações, a Administração afasta a sua consideração, invocando estar vinculada à declaração de caducidade.

Temos então esta situação: por um lado, a Administração suspende a apreciação dos planos de construção dos concessionários por arrendamento, e em consequência não emite as necessárias e competentes autorizações e licenças, impedindo de facto o exercício do direito a fazer a obra, que, contratualmente, outorgara aos concessionários; por outro, imputa-lhes a não realização da construção no prazo contratualmente acordado e declara a caducidade da concessão, o mesmo é dizer do direito a fazer a obra. Por um lado, impede-lhes o exercício do direito e, por outro, verbera-lhes o não exercício! A violência parece evidente.

Tendo em conta que o não exercício do direito a fazer a obra resultou de facto da Administração, verifica-se uma causa de suspensão do prazo de exercício do direito, nos termos do n.º 1 do art.º 313.º do Código Civil de Macau. Aqui se refere que a suspensão é determinada “por motivo de força maior”, sendo que por tal entendia Vaz Serra “o obstáculo absoluta e objectivamente

de Terras da RAEM, avançando com as conclusões semelhantes às nossas, em matéria de caducidade prevista na lei de terras, apesar de ser numa perspectiva ligeiramente diferente.

invencível, para o titular, com a diligência dele exigível segundo as circunstâncias.”¹⁰ Por outro lado, e como explica António Menezes Cordeiro¹¹, Vaz Serra abdicou da distinção “caso de força maior” e “caso fortuito” a favor da construção romano-germânica da impossibilidade¹². Força maior continua a surgir no Código Civil, mas por deficiência na revisão¹³. O que está em causa são as mesmas situações a que se referem os art.ºs 779.º e seguintes e 790.º de Macau¹⁴. Por conseguinte, casos em que o titular do direito se vê impossibilitado temporariamente, por razões que lhe não são de todo imputáveis, de exercer o seu direito¹⁵.

Em certas situações, os concessionários por arrendamento viram-se impedidos de exercer o seu direito a fazer a obra, nos termos contratualmente acordados, por factos da Administração (*factum principis*¹⁶), aos quais são completamente alheios, e que não podiam de todo em todo ultrapassar. Por conseguinte, em tais casos verifica-se uma situação de absoluta invencibilidade

¹⁰ Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Prescrição extintiva e caducidade*, BMJ, n.º 106, p. 178.

¹¹ *Tratado de direito civil português*, V, *Parte geral. Exercício jurídico*, 2.ª ed.ª rev. e act., Almedina, 2015, p. 226.

¹² Antunes Varela, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Janeiro de 1983*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 119.º ano, 1986-1987, n.º 3750, pp. 274 e 275.

¹³ Menezes Cordeiro (2015), ib.

¹⁴ Correspondentes aos art.ºs 790.º e seguintes e 801.º do Código Civil de 1966, respectivamente (Antunes Varela, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Janeiro de 1983*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 119.º ano, 1986-1987, n.º 3750, p. 275).

¹⁵ Menezes Cordeiro (2015), ib.

¹⁶ Antunes Varela, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Janeiro de 1983*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 119.º ano, 1986-1987, n.º 3750, p. 274.

pelos concessionários do obstáculo criado pela Administração à realização do aproveitamento (*vis cui resisti non potest*)¹⁷. Pelo que se tem de entender que se verificam “motivos de força maior” que impediram os concessionários de exercerem o seu direito, para efeitos do n.º 1 do art.º 313.º do Código Civil de Macau.

Mesmo que se considerasse que a noção de *motivo de força maior* não abrange estas situações, o que, como acabámos de ver, não pode merecer dúvidas¹⁸, ainda assim sempre seria aplicável o n.º 2 do art.º 313.º do Código Civil de Macau¹⁹. Na verdade, e a despeito deste n.º 2 mencionar o dolo da contraparte, entende-se que o mesmo é aplicável para o caso de, podendo embora não ter existido dolo da contraparte, ainda assim lhe ser imputável a não observância pelo devedor do prazo fixado, se a alegação da prescrição/caducidade pelo credor ofender a boa fé²⁰.

Nas situações que temos em vista, o não exercício do direito a fazer a obra pelos concessionários ficou a dever-se a actos da esfera da

¹⁷ Ib.

¹⁸ O *factum principis* representa um exemplo clássico de caso de força maior (ib.). Sobre o facto do príncipe, vide Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto, O facto do príncipe e os contratos administrativos, Almedina, Coimbra, 2012, *passim*, e para as várias posições da doutrina portuguesa, pp. 47, ss.

¹⁹ Aliás, Menezes Cordeiro (ib., p. 227) considera que esta hipótese já resultava do n.º 1, sendo, pois, caso de força maior, dentro do seu entendimento de que o que ali está em causa é a impossibilidade temporária e absoluta de exercício do direito pelo titular.

²⁰ Adriano Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Fevereiro de 1971*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 105.º ano, n.º 3467, p. 28; id., *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Dezembro de 1972*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 107.º ano, n.º 3515, p. 25, nota 2.

Administração (*factum principis*), insusceptíveis de serem impedidos pelos concessionários. Por conseguinte, o não aproveitamento do terreno, i.e. o não exercício do direito a construir dos concessionários, é imputável à Administração, repugnando que venha agora invocar a caducidade do direito, que ela própria impediu fosse exercido. Nestas circunstâncias, ofende, pois, a boa fé a invocação pela Administração da caducidade²¹. Pelo que se deve considerar, nos termos do art.º 313.º do Código Civil de Macau, que o prazo da concessão por arrendamento, o mesmo é dizer o prazo para o exercício do direito de superfície, na modalidade do direito a fazer a obra, se encontra suspenso, pelo menos a partir do momento em que ocorreu o dia em que se iniciou o terceiro mês que antecede o fim do prazo.

Por conseguinte, e contrariamente ao que tem sido o entendimento da Administração, em tais situações não ocorreu a caducidade da concessão. O respectivo prazo está suspenso, nos termos do art.º 313.º do Código Civil de Macau, aplicável por força do n.º 3 do art.º 1427.º do mesmo código, ambos por sua vez convocados *ex vi* do art.º 41.º da Lei de Terras.

A suspensão do prazo da concessão, resultante da aplicação do art.º 313.º do Código Civil de Macau, por força do n.º 3 art.º 1427.º do mesmo código, apenas funciona nos últimos três meses do prazo, pelo não permite satisfazer os interesses dos concessionários, pois que a edificação dos imóveis não é possível concretizar-se em tão curto, curtíssimo prazo.

O Professor Vaz Serra, atendendo a que em certas situações a solução do art.º 313.º do Código Civil de Macau²² podia não ser suficiente, dando como exemplo o caso em que o titular se tenha visto impedido por

²¹ Lembrando Lutero: a Administração invoca o calendário contra a moral e a justiça.

²² Vaz Serra referia-se, obviamente, ao correspondente preceito do Código Civil de 1966, o art.º 321.º.

grande parte do tempo de exercer o seu direito, privando-o praticamente do prazo²³ – como sucede relativamente a muitas das situações que aqui temos em vista –, ensinava que se devia “considerar suspensa a prescrição (ou a caducidade (...)) enquanto durar o impedimento (...) ou (...) reconhecer ao titular, uma vez cessado o impedimento, o prazo razoavelmente necessário para o exercício do direito.”²⁴

Transpondo, com as necessárias adaptações, a lição de Vaz Serra para as situações aqui discutidas, ter-se-á de aceitar que o prazo se encontra suspenso, a partir do momento em que a Administração suspendeu a apreciação dos empreendimentos imobiliários, ou que o mesmo seja protraído pelo tempo que, de acordo com a boa fé²⁵, seja adequado à realização e conclusão da obra.

²³ *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Novembro de 1963*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 97.º ano, n.º 3276, p. 234.

²⁴ Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Novembro de 1963*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 97.º ano, n.º 3276, p. 234; id., *Anotação ao Ac. STJ, de 5 de Dezembro de 1972*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 107.º ano, n.º 3515, p. 27.

²⁵ Que é um princípio geral de direito administrativo (art.º 8.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo de Macau, aprovado pelo D/L n.º 57/99/M, de 11 de Outubro). Para as consequências da invocação da boa fé nos contratos administrativos, dentro da prevalência a ser dada à execução do contrato, que pode levar à “modificação equitativa das condições do contrato ou à sua adaptação/renogociação/reajuste equitativo de cláusulas em função de diferentes (e determinantes) circunstâncias”, vide Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas: O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 726, ss.

Este protramento do prazo da concessão, pelo período correspondente àquele em que o concessionário se viu impedido de aproveitar o terreno por decisão do Governo, segundo Marcello Caetano ²⁶, verdadeiramente não representa nem suspensão, nem ampliação do prazo acordado, mas tão-só a compensação do prazo suprimido. A Administração não dá mais prazo, nem tão-pouco o amplia, mas tão-só respeita o prazo que acordou com o concessionário, compensando, em espécie, os dias de que privou a contraparte²⁷.

Ensinava também Vaz Serra que se a *caducidade* for arguida por quem lhe deu causa que a respectiva invocação pode ser paralisada por abuso de direito²⁸. Em tal situação, estar-se-á perante um manifesto exercício inadmissível de posições jurídicas. A Administração não permite que o aproveitamento se realize dentro do prazo acordado, e depois invoca a mesma falta de aproveitamento dentro prazo contratual que provocou, para considerar extinta por caducidade a concessão. Ora, entende-se que quem com a sua actuação obsta ao exercício tempestivo do direito do titular, e vem depois invocar a caducidade desse direito, procede contra a boa fé, podendo o titular opor-lhe a referida objecção, com o efeito de ao titular ser concedido o tempo

²⁶ (1974), pp. 398 e 399.

²⁷ *Ib.*

²⁸ Adriano Vaz Serra, *Anotação ao Ac. STJ, de 9 de Fevereiro de 1971*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 105.º ano, n.º 3467, pp. 27 e 28.

adequado segundo as circunstâncias para o exercício do direito²⁹. Não obstante, e considerando que a caducidade do direito de superfície se não verificou, a invocação da mesma pela Administração sempre deverá ser afastada.

Estando em causa contratos administrativos, a mesma solução, compensação do prazo suprimido, resultará do funcionamento do princípio do (re) equilíbrio económico-financeiro do contrato³⁰. Quando, “de forma superveniente, a execução do contrato é afectada pela ocorrência de algum acontecimento –, cuja causa seja devida a uma intervenção unilateral do contraente público por razões de interesse público (ou de outra entidade pública estranha ao contrato – por exemplo, do legislador), ou que aquela seja devida a facto exterior à vontade das partes, não podendo estas evitar a sua ocorrência ou controlar/mitigar as suas consequências, deverá fazer-se apelo ao instituto do (re) equilíbrio económico-financeiro do contrato (...)”³¹.

O modo de repor o equilíbrio económico-financeiro do contrato passará também pela restituição *in natura* do tempo suprimido aos concessionários³². Na verdade, um dos modos correntes de reposição do

²⁹ Vaz Serra, *Anotação ao Ac. STJ, de 9 de Fevereiro de 1971*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 105.º ano, n.º 3467, p. 28; *anotação ao Ac. STJ, de 5 de Dezembro de 1972*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 107.º ano, n.º 3515, p. 25.

³⁰ Sobre este princípio geral de direito administrativo (Lopes Martins, p. 688) e as suas virtualidades, vide o autor citado, *passim*, e pp. 531, ss.

³¹ Lopes Martins, p. 635.

³² A lei privilegia a reconstituição natural, como critério da obrigação de indemnização (art.º 566.º do Código Civil de Macau): i.e., a reposição da situação tal qual seria caso não se tivesse verificado o evento danoso (João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 7.ª ed.ª, Almedina Coimbra, 1991, pp. 902). Ora, se não

equilíbrio económico-financeiro do contrato é a prorrogação do prazo das prestações ou da vigência do contrato³³. (...)”

*

第五部份：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。

se tivesse verificado a intervenção impeditiva da Administração, o interessado teria disposto do prazo ainda existente ao momento daquela intervenção para o exercício do seu direito de superfície. Por conseguinte, reconstituir a situação que existiria, caso não se tivesse verificado a intervenção impeditiva da Administração, passa por se conceder ao interessado o prazo que lhe foi suprimido por aquela intervenção.

³³ Lopes Martins, pp. 582, ss, 620, ss, 630, e notas 1022 e 1023, 632, e nota 1028, 634). Diríamos apenas, e seguindo Marcello Caetano ((1974), pp. 398 e 399), que nos casos que aqui se tem em vista, talvez em boas contas se não deva falar de prorrogação ou ampliação do prazo do contrato, mas apenas de compensação do prazo suprimido; de compensação em espécie, como expressivamente dizia Marcello Caetano (ib.), do prazo suprimido.

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)³⁴一書中，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；
- d) 監察履行合同之方式；
- e) 科處為不履行合同而定之處罰。

³⁴ D. Quixote, 2ª edição, 第 402 頁及續後。

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）。主要原因為第 69/91/M 號訓令已透過 2006 年 8 月 21 日第 248/2006 號行政長官批示予以廢止，城規部門未能為該區域訂定新的規劃指引及發出街道準線圖，故土地利用一直未能進行。

四、 行政當局在無南灣湖城市規劃的前提下，如何要求承批人發展土地？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。在無條件允許承批人利用土地的情況下，土地利用期應不予計算或作出延長。此為善政之所在。

五、 由此可知，責任應由行政當局承擔。

一如我們所強調，在批給合同內，批給方與承批方皆有主給付及輔助給付之義務，特徵在於雙方以合同及法規為基礎互相合作及善意履行有關規定，有別於在一般情況下向行政當局提出的單獨請求。

六、 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，故建議否決有關請求，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，例如無城市規劃或更改該區域的規劃，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。

七、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。

八、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。

九、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。³⁵

十、至今特區政府都無關於南灣湖的規劃，如何發展該區？建築高度為多高？有什麼規劃？如何叫承批人設計建築計劃？

下列的事實非常清晰證明這一點：

“(…)

4.3 行政長官於 2015 年 11 月 18 日及 2016 年 7 月 27 日在立法會上的講話中也確認了相地段未獲利用是由於需要保護澳門歷史城區的原因且此利用不可歸責於承批公司，而澳門特別行政區政府亦需保護相關所有人的權利，另一方面，按照廉政公署 2015 年 12 月 15 日的報告，若規定期限內土地利用可歸責於行政當局，則行政當局可不宣告批給失效，由此結論可看出，宣告失效並非土地未於規定期限內完成利用之情況的唯一解決方法；

(…)

11. 自廢止《南灣海灣重整計劃之細則章程》後，並未出現新的城市規劃，故不符合申請人擬適用《土地法》第一百三十九條第二款(一)項及第一百四十條第一款規定申請修訂批給合同或屬有償批給時申請移轉批給所衍生的狀況的法定前題。

(…)”。

³⁵—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。

十一、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，由於有關批示違反法律規定(包括事實及法律前提錯誤)，應撤銷行政長官之批示。

2020 年 5 月 28 日。

落敗票聲明之法官

馮文莊