

Processo n.º 160/2020

Recurso jurisdicional em matéria administrativa

Recorrentes: China Civil Engineering Construction Corporation (中國土木工程集團有限公司), China Railway Construction Bridge Engineering Bureau Group Co., Ltd. (中國鐵建大橋工程局集團有限公司) e Companhia de Construção e Engenharia Omas, Limitada

Recorrida: Coneer Engenharia e Administração, Limitada

Data da conferência: 30 de Outubro de 2020

Juizes: Song Man Lei (Relatora), José Maria Dias Azedo e Sam Hou Fai

Assuntos: - Legitimidade activa

- Desistência da instância

- Ilegitimidade superveniente activa

SUMÁRIO

A desistência da instância, por um dos membros do consórcio concorrente no concurso público em sede do recurso contencioso já

interposto por ambos os membros do consórcio, provoca a ilegitimidade superveniente activa do outro membro para o mesmo recurso contencioso, que determina a absolvição da instância – art.ºs 413.º, al. e) e 412.º n.º 2 do Código de Processo Civil.

A Relatora,
Song Man Lei

**ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA
REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:**

1. Relatório

Coneer Engenharia e Administração, Limitada e China Road and Bridge Corporation, melhor identificadas nos autos, que tinham apresentado candidatura conjunta para o concurso público limitado por prévia qualificação para a adjudicação da empreitada denominada Empreitada de Concepção e Construção da Quarta Ponte Marítima Macau-Taipa, interpuseram recurso contencioso do despacho do Chefe do Executivo da RAEM, de 15 de Outubro de 2019, que autorizou a adjudicação da obra ao agrupamento de empresas composto pelas China Civil Engineering Construction Corporation (中國土木工程集團有限公司), China Railway Construction Bridge Engineering Bureau Group Co., Ltd. (中國鐵建大橋工程局集團有限公司) e Companhia de Construção e Engenharia Omas, Limitada (todas melhor identificadas nos autos).

No decurso desse recurso contencioso, a parte consorciada **China Road and Bridge Corporation** apresentou o requerimento constante de fls. 600 dos autos, com o qual pretendeu a desistência da instância no recurso contencioso.

Por despacho datado de 18 de Junho de 2020, o Mmo. Juiz Relator do processo homologou a desistência da instância, declarando extinto o

procedimento, com absolvição das recorridas (a entidade recorrida e as contra-interessadas) da instância.

Inconformada, apresentou a outra parte consorciada **Coneer Engenharia e Administração, Limitada** reclamação para a conferência.

E por acórdão proferido em 30 de Julho de 2020, o Tribunal Colectivo do Tribunal de Segunda Instância julgou procedente a reclamação, revogando a decisão reclamada na parte que determinou a absolvição da instância.

Vêm agora as contra-interessadas **China Civil Engineering Construction Corporation** (中國土木工程集團有限公司), **China Railway Construction Bridge Engineering Bureau Group Co., Ltd.** (中國鐵建大橋工程局集團有限公司) e **Companhia de Construção e Engenharia Omas, Limitada** interpor recurso para o Tribunal de Última Instância, terminando as suas alegações com as seguintes conclusões:

A. O Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 30 de Julho de 2020, ora posto em causa, deferiu a pretensão da Reclamação da sociedade Coneer Engenharia e Administração, Limitada, Requerente / Recorrente, naqueles autos e ora Recorrida no sentido da aplicação do artigo 240.º n.º 2 do Código de Processo Civil (“CPC”), aplicável aos auto *ex vi* do artigo 1.º do CPAC.

B. Dessa forma, considerou irrelevante para efeitos do prosseguimento do processo a desistência da instância, requerida pela

CRBC;

C. Tendo decidido que, não obstante a situação material controvertida ter por base uma relação de consórcio referente a uma candidatura a concurso público, *“o recurso foi interposto pelo consórcio (...),”* ..., *no momento da interposição do recurso, a Recorrente dispõe da legitimidade activa”*.

D. E, prossegue na senda do argumento usado pela ora Recorrida, concluindo que *“... uma vez já intervindo, a mera desistência de um deles, face ao disposto do n.º 2 do artigo 240.º do CPCM, não gera ilegitimidade activa “superveniente” da Recorrente”*.

E. Note-se que a solução do douto Acórdão, ora Recorrido, vai em sentido contrário ao parecer do Digno Magistrado do MP e ao do Projecto da Decisão, elaborado pelo Meritíssimo Juiz Relator – posições que as ora Recorrentes acompanham;

F. Com o devido respeito – que é muito –, entendem as ora Recorrentes que o douto Tribunal *a quo* fez uma incorrecta aplicação do direito à questão submetida a julgamento.

G. Errou por desconsiderar a natureza do consórcio e a manifesta falta de interesse na lide expressa pela consorciada CRBC.

H. Mais, o Acórdão, ora recorrido, não fundamentou ou fez qualquer referência à doutrina e jurisprudência que, em casos semelhantes, afastam-se da solução prevista no regime do litisconsórcio necessário, por

inutilidade da decisão, quando o resultado da mesma deixa de ter efeito relevante na situação da vida real que pretende regular.

I. Errou por desconsiderar a natureza do consórcio e a manifesta falta de interesse na lide expressa pela CRBC.

J. *In casu*, a CRBC não aderiu ao pedido de Suspensão de Eficácia do Despacho de Sua Excelência o Chefe do Executivo, datado de 15/10/2019, exarado na proposta n.º 857/GDI/2019.

K. Veja-se a decisão tomada pelo Venerando Tribunal de Segunda Instância no processo do pedido de suspensão de eficácia do acto recorrido, no qual a ausência da consorciada CRBC levou à absolvição da instância.

L. Naqueles autos de Suspensão de Eficácia, não se recorreu à intervenção principal provocada, pois não se considerou sanável a falta de legitimidade activa gerada pela ausência de todas as consorciadas, desviando-se, neste ponto, o Tribunal *a quo* da aplicação do regime do litisconsórcio necessário que permite que a ilegitimidade seja sanada.

M. Em termos de doutrina relevante, aliás, citada nos autos, no Parecer do Digno Magistrado do MP, *“escreveu o Dr. José Cândido de Pinho (Cfr. in Notas e Comentários ao CPAC, vol. II Pág 210): Da mesma maneira, se num consórcio têm de estar todas as empresas do grupo pelo lado activo do recurso contencioso, igualmente o devem estar no procedimento de suspensão de eficácia sob pena de ilegitimidade activa.”*;

N. Na interpretação da ora Recorrida, e nos termos do Acórdão

recorrido a exigência da participação de todos os consorciados pelo lado activo apenas releva no momento de propositura da acção;

O. Consabidamente, será assim para uma miríade de situações de litisconsórcio necessário, em que se aplica, sem hesitação os termos do artigo 240.º n.º 2 do CPC;

P. No entanto, não é automática e universal essa aplicação e o caso *sub judice* consubstancia uma dessas excepções, porque o prosseguimento teria um resultado inútil na situação material controvertida subjacente à questão de direito suscitada.

Q. O Acórdão recorrido completa a defesa da manutenção do regime do litisconsórcio necessário com a referência ao artigo 77.º do CPAC, porque *“não obstante a sua desistência do recurso, a eventual procedência do recurso também lhe aproveita”*.

R. Não se vislumbra que a CRBC mantenha o interesse na proposta apresentada a concurso, nem na prossecução da empreitada, nem tão pouco na continuidade da relação de consórcio estabelecida com a ora Recorrida.

S. Pelo contrário, a vontade expressa da consorciada CRBC que desistiu da instância, indicia que não mantém interesse no resultado do Recurso Contencioso de Anulação e conseqüentemente, não subiste o interesse na proposta que apresentou em consórcio; conclui-se que aceitou e conformou-se com o resultado do concurso cujo Despacho de adjudicação foi objecto do recurso contencioso de anulação.

T. Pelo que, é inoperante a aplicação do artigo 77.º do CPAC.

U. A natureza do contrato de consórcio e a desistência de uma das consorciadas implica, por esta a aceitação, do resultado do concurso inviabilizando que o prosseguimento dos autos produza o efeito útil normal, nos termos do artigo 61.º do CPC.

V. Nos termos dos artigos 229.º, alíneas d) - e), conjugado com o artigo 230.º n.º 1 d), a desistência de uma das partes que cause uma situação de ilegitimidade, e in casu, também a “*inutilidade superveniente da lide*” leva à extinção da instância, como proposto no Projecto de Acórdão elaborado pelo Mm.º Juiz Relator e no Parecer do Digno Magistrado do Ministério Público.

W. Acresce, que a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide “*não forma caso julgado material mas tão-só formal*” (In nota 49 do Código de Processo Civil Anotado, Abilio Neto, 15.ª Edição).

X. “A desistência do recurso *‘um direito reconhecido ao recorrente a prescindir da pretensão a uma nova apreciação judicial, quer porque se conformou, entretanto com a decisão recorrida ...’*” (Nota 54, do supra referido Código Anotado).

Y. Concluindo, julga-se incorrecta a aplicação do artigo 240.º n.º 2 ao caso *sub judice*, por incompleta apreciação da natureza do contrato de consórcio subjacente à questão material controvertida e da insuficiente ponderação sobre a utilidade do prosseguimento dos autos, nos termos

supra expostos.

Contra-alegou a **Coneer Engenharia e Administração, Limitada**, entendendo que o acórdão recorrido não enferma de qualquer ilegalidade, devendo ser mantido *in totum*, e se deve ordenar o prosseguimento dos autos de recurso contencioso até final.

O Digno Magistrado do Ministério Público emitiu o douto parecer, no sentido de ser acolhida a pretensão das recorrentes jurisdicionais e o recurso contencioso deve ser julgado improcedente.

Foram corridos os vistos.

Cumpre decidir.

2. Fundamentação

A questão colocada no presente recurso reside em saber qual a consequência da desistência da instância apresentada por uma das sociedades que integram um consórcio concorrente dum concurso público no recurso contencioso com vista à anulação do acto de adjudicação dum contrato praticado no mesmo concurso público.

Na tese do acórdão ora recorrido, mesmo no caso de litisconsórcio necessário, “a desistência de um dos consórcios não implica, face ao disposto do n.º 2 do art.º 240.º do CPCM, *ex vi* do art.º 1.º do CPAC, a

ilegitimidade activa ‘superveniente’ da Recorrente”, uma vez que o recurso contencioso foi interposto pelo consórcio formado pelas duas sociedades e a eventual procedência do recurso também aproveita à consorciada desistente (cfr. art.º 77.º do CPAC), pelo que não se pode dizer que a sua desistência gera a inutilidade superveniente da lide.

Para as recorrentes, foi incorrectamente aplicado o disposto no art.º 240.º n.º 2 do CPCM, por incompleta apreciação da natureza do contrato de consórcio subjacente à questão material controvertida e da insuficiente ponderação sobre a utilidade do prosseguimento dos autos.

Vejamos.

Ora, constata-se nos autos que Coneer Engenharia e Administração, Limitada e China Road and Bridge Corporation apresentaram candidatura conjunta para o concurso, formando assim um “consórcio” para participar no concurso público aberto para a execução da Empreitada de Concepção e Construção da Quarta Ponte Marítima Macau-Taipa, tendo apresentado uma proposta única e indivisível para concorrerem.

E impugnaram o acto do Chefe do Executivo que autorizou a adjudicação da obra às contra-interessadas ora recorrentes, com interposição do recurso contencioso.

No âmbito do recurso contencioso, veio a sociedade China Road and Bridge Corporation desisitir da instância, sem acompanhamento da outra

sociedade consorciada ora recorrida.

Quanto à legitimidade activa, dispõe a al. a) do art.º 33.º do CPAC que têm legitimidade para interpor recurso contencioso “as pessoas singulares ou colectivas que se considerem titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos que tivessem sido lesados pelo acto recorrido ou que aleguem interesse directo, pessoal e legítimo no provimento do recurso”.

Na lição de Marcello Caetano¹, “*O recorrente, portanto, há-de ter interesse na anulação ou na declaração de nulidade do acto, isto é, tem de mostrar que da procedência do seu pedido resulta para ele uma utilidade ou vantagem. Essa vantagem tanto pode ser material, como meramente moral.*

Tem o interesse de ser directo, pessoal e legítimo:

Em nosso entender, (...) esse interesse tem de ser considerado directo quando o provimento do recurso implique a anulação ou a declaração de nulidade de acto jurídico que constitua obstáculo à satisfação de pretensão anteriormente formulada pelo recorrente (quer essa pretensão seja positiva, quer negativa) ou seja causa imediata de prejuízos infligidos pela Administração.

O interesse será pessoal quando o recorrente alegue esperar uma utilidade concreta para si próprio ou para a sua função, do provimento do recurso, isto é, seja a pessoa em cuja carreira, em cuja esfera jurídica ou

¹ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.ª edição, p. 1356 e 1357.

actividade se vá produzir o efeito da declaração pretendida.

Finalmente, o interesse é legítimo se a utilidade proveniente do provimento do recurso não for reprovada pela ordem jurídica (...).”

É de dizer que a eventual manutenção da legitimidade do próprio recorrente para o recurso contencioso depende da verificação de um interesse directo, pessoal e legítimo no provimento do recurso.

Por outro lado, o Tribunal de Última Instância chegou a pronunciar-se sobre a figura da legitimidade processual activa no contencioso administrativo, no sentido de que “há-de entender-se que a legitimidade processual activa no recurso contencioso pode, também, ser aferida pela titularidade da relação jurídica controvertida, tal como configurada pelo recorrente” e “o alargamento do conceito de legitimidade activa no art. 33.º, alínea a) do Código de Processo Administrativo Contencioso à titularidade “...de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos...” já aponta para a titularidade da relação jurídica controvertida.”²

No caso vertente, não se põe em causa o falado litisconsórcio necessário activo entre as duas sociedades que fazem parte do consórcio concorrente ao concurso público.

Sobre o litisconsórcio necessário, estipula o art.º 61.º do CPC o

² Cfr. Ac. do TUI, de 28 de Abril de 2004, Proc. n.º 8/2004.

seguinte:

“1. Se a lei ou o negócio jurídico exigir a intervenção dos vários sujeitos da relação material controvertida, a falta de qualquer deles é motivo de ilegitimidade.

2. É igualmente necessária a intervenção de todos os sujeitos quando, pela própria natureza da relação jurídica, ela seja necessária para que a decisão a obter produza o seu efeito útil normal; a decisão produz o seu efeito útil normal sempre que, não vinculando embora os restantes sujeitos, possa regular definitivamente a situação concreta das partes relativamente ao pedido formulado”.

Nas palavras do Dr. Viriato Lima, “Dá-se o *litisconsórcio necessário* quando existe pluralidade de partes principais porque a lei ou o contrato impõem”, sendo necessário o *litisconsórcio* “quando a intervenção de todos é imposta” pela lei (*litisconsórcio necessário legal*), pelo contrato (*litisconsórcio necessário convencional*) ou pela necessidade de assegurar o efeito útil normal da decisão a obter (*litisconsórcio necessário natural*).³

No ensinamento do Professor Alberto dos Reis, “*Há realmente casos em que a lei determina que a acção seja proposta contra todos os interessados.*

Nestes casos e em casos semelhantes a lei torna indivisível o interesse em litígio. A indivisibilidade, em vez de ser decretada pela lei, pode ser estipulada por contrato. Compreende-se perfeitamente que num

³ Viriato Manuel Pinheiro de Lima, *Manual de Direito Processual Civil, Acção Declarativa Comum*, 3.^a edição, 2018, p. 223 a 225.

contrato em que outorguem vários interessados, se insira uma cláusula concebida nestes termos: qualquer acção emergente deste contrato terá de ser proposta contra todos os outorgantes, exceptuados o autor ou autores.

Finalmente, a indivisibilidade pode derivar da própria natureza da relação jurídica. É o que sucede quando for necessária a intervenção de todos os interessados para que a decisão a obter produza o seu efeito útil normal (2.ª parte da alínea c).

Há, pois; relações jurídicas indivisíveis; e a indivisibilidade pode proceder da lei, do contrato, ou da própria natureza da relação. Ora, sempre que se trate de relações deste tipo, hão-de figurar na acção respectiva todos os interessados; quer dizer, a acção tem de ser proposta contra todos os outros interessados, além do autor ou dos autores. Se o não for, verifica-se a ilegitimidade das partes.

As partes são ilegítimas no caso figurado, não por falta de interesse, mas por o interesse não poder ser declarado judicialmente sem o concurso de todos os titulares. Precisamente por se tornar indispensável a presença de todos os interessados, sob pena de ilegitimidade, é que o litisconsórcio reveste, nos casos apontados, a feição de necessário.

(...)

Das três fontes de indivisibilidade da relação jurídica, a que suscita dificuldades de aplicação é a terceira. Tudo está em saber como deve entender-se a fórmula «para que a decisão a obter produza o seu efeito útil

*normal».*⁴

No que respeita a tal expressão, a lei diz que “*a decisão produz o seu efeito útil normal sempre que, não vinculando embora os restantes sujeitos, possa regular definitivamente a situação concreta das partes relativamente ao pedido formulado*” (2.^a parte do n.º 2 do art.º 61.º do CPC).

Como se sabe, nos casos de litisconsórcio necessário, a falta de qualquer dos interessados implica a ilegitimidade dos intervenientes na acção.

Voltamos ao nosso caso concreto.

De acordo com o art.º 528.º do Código Comercial, “*Consórcio é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas, singulares ou colectivas, que exercem uma actividade económica se obrigam entre si a, de forma concertada, realizar certa actividade ou efectuar certa contribuição com o fim de prosseguir qualquer dos objectos referidos no artigo seguinte.*”

E o consórcio deve ter um dos objectos previstos no art.º 529.º do Código Comercial, incluindo a “*realização de actos, materiais ou jurídicos, preparatórios quer de um determinado empreendimento quer de uma actividade contínua*”.

A propósito de norma idêntica contida no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 231/81 de Portugal, Raúl Ventura coloca o problema *quanto à unidade*

⁴ Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, pág. 92 e segs., podendo-se ver também, C. Pires e V. Lima in “C.P.C.M. Anotado e Comentado”, vol. I, pág. 184 e segs., onde vem citada abundante doutrina sobre a questão.

ou multiplicidade de obrigações dos membros do Consórcio nos seguintes termos:

“Usando as palavras do artigo 1.º, os membros do consórcio obrigam-se entre si a, de forma concertada, realizar certa actividade ou efectuar certa contribuição. Seja qual for o significado de «forma concertada», ela faz parte da obrigação assumida por cada um dos contraentes do consórcio; o problema consiste em saber se essa forma concertada é o único objecto dessas obrigações ou se estes têm um objecto múltiplo: a realização de actividades ou efectuação de contribuições e a forma concertada de tais realizações e efectuações. Tomando como exemplo um consórcio externo formado para a execução de um contrato de empreitada, concebem-se duas estruturas: cada um dos empreiteiros unidos no consórcio obriga-se para com a dona da obra a realizar certa actividade e obriga-se para com os outros membros do consórcio apenas a concertar com estes a execução da sua e das outras obrigações; ou, além das referidas obrigações assumidas para com o dono da obra, cada um dos membros do consórcio obriga-se para com as outras, a efectuar para com o dono da obra a actividade referida e a fazê-lo de forma concertada com todos os outros contraentes.

Penso estar certa a segunda solução. Em primeiro lugar, é ela que melhor se ajusta a todas as modalidades e objectos do contrato de consórcio; em segundo lugar, é ela que corresponde aos interesses e intuítos práticos dos contraentes: estes não estão interessados apenas nem querem somente que cada um deles concerte com todos a obrigação que

assumiu para com terceiro; entre as obrigações que todos (ou um só, mas no interesse de todos, internamente obrigados) assumiram para com o terceiro há, pelo menos, uma solidariedade técnica que deve traduzir-se num vínculo jurídico entre todos os interessados. Agir de forma concertada, se o contraente quiser agir, não satisfaz aqueles interesses; todos querem que todos ajam e que o façam de forma concertada.”

Desenvolvendo este raciocínio, “Nos consórcios internos, sub-modalidade b) do artigo 5.º, n.º 1, e nos consórcios externos pode haver, como acima se disse, duas obrigações conexas de cada membro do consórcio, distintas quanto à fonte – numa o contrato de consórcio e noutra o contrato, por exemplo, de empreitada – e quanto aos credores – numa, os outros membros do consórcio, noutra, o terceiro, por exemplo, dono da obra. Também não é indispensável que o conteúdo dessas obrigações seja rigorosamente igual, em todos os pontos; (...)

Os membros do consórcio não têm interesse na prestação a efectuar por cada um; têm, sim, interesse em que a prestação de cada um seja efectuada. Não há, contudo, um contrato em benefício de terceiro, pois a fonte das obrigações dos membros do consórcio para com o terceiro não é o contrato de consórcio, mas sim o contrato directamente celebrado.

Assentando, por um lado, em que cada membro do consórcio se obriga para com os outros a realizar uma actividade ou efectuar uma contribuição e, verificando, por outro lado, que eles se obrigam a realizar e efectuar, de forma concertada uma actividade, afigura-se que a maneira correcta de exprimir juridicamente essa realidade não é dissociar duas

obrigações, tratando-as como se autónomas fossem, mas conjugá-las numa só: a obrigação de realizar ou efectuar em forma concertada. Isto não contradiz a afirmação inicial de que os membros do consórcio se obrigam entre si quanto à actividade ou contribuição; obrigam-se a isso, mas conjunta e indissoluvelmente a executá-la de certa forma. Assim, viola a obrigação nascida do contrato de consórcio não só aquele dos membros que realize a actividade de forma diferente da concertada, como também aquele que, de todo em todo, não realiza a actividade.

*A «forma concertada» exprime o fim de cooperação ou colaboração entre os contraentes. Não é possível descrever a «forma concertada» senão muito genericamente: ela há-de consistir numa conjugação das actividades individuais para a realização dalgum dos objectos do consórcio. Como se organiza essa conjugação, os meios para isso usados, a sua extensão resultam em cada caso das estipulações contratuais. E note-se que o próprio contrato de consórcio nunca ou quase nunca poderá fixar com absoluto rigor os termos da conjugação, pois esta é evolutiva, dependendo do desenvolvimento futuro do objecto do contrato.”*⁵

De facto, a relação jurídica de Consórcio impõe, pelo menos, uma “solidariedade técnica” entre todos os membros, a qual se traduz numa vinculação jurídica entre todos os interessados, o que explica a necessidade de uma actuação concertada entre todos os seus membros.

⁵ Raúl Ventura, *Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 41, Vol. III, 1981, p. 635 e 638.

E no que concerne ao consórcio externo, os terceiros a quem cada um dos membros do consórcio (com expressa invocação dessa qualidade – art.º 536.º do Código Comercial) fornecem actividades ou bens têm interesse que essas actividades ou bens sejam fornecidos no âmbito de uma actuação concertada de todos os membros do consórcio, e não em cada prestação individual de cada membro por si.

É, por isso, da própria natureza e identidade do contrato de consórcio que o mesmo implique uma posição unitária e singular, não obstante a pluralidade dos seus membros.

É que se é certo que o consórcio não tem personalidade jurídica e, como tal, não tem direitos subjectivos individuais ou interesses legítimos próprios, não é menos certo que “(...) *os direitos, deveres e ónus inerentes à apresentação (e defesa) da proposta conjunta cabem, conjuntamente também, a todas as empresas agrupadas e deveriam ser exercidas por todas elas (...), pois que, pese a inorgânicidade do agrupamento, em termos jurídico-práticos, nenhuma das empresas associadas é o “concorrente”, e só a este é reconhecida a titularidade (e permitido o exercício) das posições procedimentais correspondentes a esse estatuto.*”⁶

É de notar que, citada a título do direito comparado, a jurisprudência portuguesa, ao abrigo de normas substantivas relativas à figura do consórcio idênticas às da RAEM, tem entendido que há ilegitimidade se um dos membros do consórcio apresenta um recurso contencioso

⁶ Mário Esteves de Oliveira, *Agrupamentos de Entidades Adjudicantes e de Candidatos e Concorrentes em Procedimentos de Contratação Pública*, in Estudos de Contratação Pública, Vol. II, p. 149 e 150.

desacompanhado dos restantes membros, que deve ser interposto por todos os membros do consórcio sob pena de ilegitimidade activa.⁷

Também assim entendemos, bem como o Tribunal de Segunda Instância, pois se repara nos presentes autos que foi apresentada, por ambas as empresas Coneer Engenharia e Administração, Limitada e China Road and Bridge Corporation, nova petição de recurso, inicialmente interposto apenas por Coneer Engenharia e Administração, Limitada, em cumprimento do despacho do Exmo. Juiz Relator do Processo para regularizar a situação (fls. 226, 226v, 229 e ss. dos autos) e que se constata no acórdão ora recorrido que “não duvidamos que estamos perante um caso de litisconsórcio necessário”.

Na verdade, está em causa uma situação de litisconsórcio necessário, pois, com a concorrência em consórcio ao concurso público e a apresentação em conjunto da respectiva proposta, a adjudicação de obra a outros concorrentes determina naturalmente a “perda” de ambas as sociedades integrantes do consórcio, daí que o interesse comum de ambas em ver anulado o acto de adjudicação, com a interposição do recurso contencioso pelas duas sociedades, o que sucedeu efectivamente.

Acontece no entanto que uma das sociedades desistiu depois da instância.

Afigura-se-nos relevante tal desistência, que determina a

⁷ Neste sentido, cfr. Ac.s do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, de 2 de Março de 2004, Proc. n.º 054/04, de 8 de Junho de 2004, Proc. n.º 0489/04, de 24 de Setembro de 2008, Proc. n.º 0402/08 e de 20 de Setembro de 2011, Proc. n.º 0556/11; bem como Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte, de 20 de Fevereiro de 2015, Proc. n.º 00239/12.6BEMDL.

ilegitimidade da ora recorrida no prosseguimento do recurso contencioso.

Ora, decorre da desistência da instância por parte da China Road e Bridge Corporation que a sociedade não tem mais interesse no resultado da lide e aceita o resultado do concurso público, i.é., a adjudicação da obra a outros concorrentes. O que permite dizer que a China Road e Bridge Corporation deixou de ter interesse na adjudicação bem como na execução da obra em causa, ainda que o recurso contencioso mereça eventualmente provimento.

Neste contexto, como se pode dizer que a decisão a proferir no recurso contencioso, eventualmente no sentido favorável à ora recorrida e por si pretendido, terá utilidade normal, já que uma parte do consórcio deixou de ter interesse em assumir a sua posição no concurso e executar a obra, mesmo que tal obra venha a ser adjudicada ao mesmo consórcio.

Trata-se dum caso de ilegitimidade superveniente, provocada pela desistência do recurso por parte de um dos membros do consórcio.

Tal como afirma o Digno Magistrado do Ministério Público no seu douto parecer, por força da indivisibilidade da proposta apresentada em consórcio para o concurso, “o direito à adjudicação surge como não fraccionável em dois direitos parcelares, sendo «conjunta e incindível a titularidade do direito à adjudicação e também só em conjunto, em convergência de vontades, as duas empresas consorciadas têm o poder de a exigir. Não é concebível que a autora, individualmente, a possa exigir para si, nem, tão pouco, que o possa fazer, para ambas, contra a vontade da outra» . (assim, Ac. do STA de Portugal de 24.9.2008, processo n.º

402/2008, ...).”

Afigura-se-nos que a situação de litisconsórcio necessário deve manter-se durante todo o processo contencioso (e até no recurso jurisdicional), e não apenas na altura de interposição do recurso contencioso.

Salientando, o recorrente terá de demonstrar a sua qualidade de interessado para efeitos de interposição do recurso contencioso, na medida em que estará em condições de retirar um qualquer benefício com a anulação do acto administrativo.

E “Importa, por outro lado, não esquecer que o interesse na anulação do acto impugnado terá de existir não só ‘*ab initio*’ como também no momento em que o recurso venha a ser decidido.

Se o Recorrente, depois de ter interposto o recurso, deixa de ter interesse no provimento, verificar-se-á a perda superveniente de legitimidade.

Com efeito, o interesse na anulação terá de ser actual, não se justificando, por razões ligadas à economia processual, a continuação de um litígio quando se constate a perda de interesse real e actual no provimento do recurso contencioso.”⁸

“Exige-se não somente que o recorrente possua legitimidade *ab initio*, mas também que o seu interesse qualificado na anulação do acto se mantenha ao longo do processo, de modo a subsistir, com actualidade, no

⁸ Cfr. Ac.s do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, de 2 de Outubro de 1997, no Recurso n.º 35.874, de 20 de Abril de 1999, no Recurso n.º 26.901/26.924.

momento em que o mesmo vier a ser decidido.”⁹

Especificamente no âmbito de uma relação de consórcio, entende-se que, se uma das empresas integrante do agrupamento concorrente no concurso público desiste do recurso contencioso conjuntamente interposto “por ter perdido interesse no seu objecto”, permitindo assim que o acto impugnado se consolide na ordem jurídica com a força de caso decidido em relação a si, “é manifesto que essa recorrente em causa deixou de ter interesse na celebração do contrato de concessão a concurso, o que impossibilita que a eventual manutenção da decisão de anulação seja susceptível de produzir o efeito útil pretendido” e que, face à desistência de uma das partes integrantes do agrupamento no decurso do recurso contencioso, a outra parte, “só por si, não é titular de um interesse directo pessoal e legítimo na anulação do acto administrativo impugnado”, configurando-se assim uma situação de litisconsórcio necessário activo, geradora, no caso, de ilegitimidade activa superveniente, o que impede o conhecimento do mérito da causa e conduz à absolvição da instância.¹⁰

É de afirmar que cada um dos membros do consórcio não é, por si só, titular de quaisquer direitos subjectivos públicos ou interesses legalmente protegidos, sendo antes e apenas contitular desses direitos e interesses conjuntamente com o outro membro.

E se um dos membros do consórcio desiste do recurso contencioso, o

⁹ Cfr. Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, de 11 de Fevereiro de 2004, Proc. n.º 21 420-13.

¹⁰ Cfr. Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, de 4 de Novembro de 2010, Proc. n.º 0216/08.

outro membro não é titular de qualquer direito ou interesse legalmente protegido, “por força da indivisibilidade, no plano das relações externas, o direito à adjudicação não é, também, fraccionável em dois direitos parcelares, autónomos e individuais radicados em cada uma das sociedades, por referência às respectivas quotas na prestação comum”.¹¹

Nos presentes autos, com a desistência por parte dum membro do consórcio, a decisão que viesse a ser proferida no recurso contencioso deixou de lhe trazer qualquer efeito útil, principal ou mesmo secundário, uma vez que a expectativa da adjudicação da obra em causa ao consórcio extinguiu-se a partir do momento em que o acto de adjudicação posto em crise passa a valer como acto decidido em relação ao membro desistente.

É por isso que a doutrina e a jurisprudência desconsideram o recurso à norma do art.º 240.º n.º 2 do CPC, segundo o qual, “no caso de litisconsórcio necessário, a confissão, desistência ou transacção de algum dos litisconsortes só produz efeitos quanto a custas”, pois o que está verdadeiramente em causa é uma situação de perda do interesse do próprio Recorrente no recurso.

Resta uma nota final quanto ao disposto no art.º 77.º do CPAC, invocado pelo Tribunal recorrido para mostrar que, não obstante a desistência da China Road and Bridge Corporation, a eventual procedência do recurso também lhe aproveita.

¹¹ Cfr. Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, de 24 de Setembro de 2008, Proc. n.º 0402/08.

Regulando a matéria sobre “efeito da sentença e acórdão”, dispõe a referida norma que “A sentença e o acórdão que anulem actos administrativos aproveitam a todos os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos que tenham sido lesados pelo acto anulado mesmo quando dele não tenham recorrido”.

Ora, não se pode perder de vista que tal norma está pensada para as situações em que são vários os titulares de direitos e interesses individuais em face de um determinado acto administrativo.

Chama-se atenção para a relação jurídica dos presentes autos, em que não estão em causa direitos e interesses individuais de cada membro do consórcio, mas sim direitos e interesses deste consórcio composto por dois membros, encontrando-se do lado activo numa relação de contitularidade.

Especificamente sobre esta situação, entende José Cândido de Pinho que a “extensão” do efeito da sentença e acórdão tem um alcance que é preciso ser muito bem entendido.

E explica que:

“Permite-se que o mesmo acto possa afectar a esfera jurídica de diferentes interessados, é certo. Mas, quando a norma afirma este postulado, fá-lo de maneira a deixar claro que eles são os titulares individualizados de direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos, o que é particularmente evidente nos actos plurais. Aí, o que se passa é que cada um deles está isolado na sua titularidade. Ou seja, cada um deles, é o pólo de uma relação jurídica administrativa substantiva própria ou

autónoma, ainda que substancialmente igual à de outros titulares lesados. A situação será, então, a de um acto administrativo desdobrado em feixes de eficácia externa plúrimos e personalizados.

Consequentemente, a extensão justificar-se-á aí, na medida em que o titular de outra relação jurídica afectado pelo mesmo acto pode não ter recorrido e não faria sentido que a anulação aproveitasse a um dos titulares (note-se que não falamos em “co-titulares”) e não aproveitasse aos outros. (...)”

Mas já é diferente “a situação se é a mesma (e unitária) relação jurídica que está em causa e que abrange, simultaneamente, vários sujeitos interessados na prática do mesmo acto.

Nesse pressuposto, se as pretensões dos interessados administrativos formam um corpo único de uma determinada posição jurídica, mesmo que a lei não imponha o litisconsórcio, ao menos impô-lo-á a natureza da relação jurídica em presença. Ou seja, o mesmo conjunto unificado de interesses que tiver legitimado administrativamente a pretensão procedimental arrastará, tanto quanto nos é dado ver, a reunião dos mesmos titulares no plano da pretensão contenciosa. (...)

O exemplo do consórcio parece-nos paradigmático no quadro de um litisconsórcio necessário activo.

Se, por exemplo, três empresas se apresentarem reunidas para, cada uma com a sua capacidade e competência, se proporem, reunidas, num concurso público levarem a cabo a construção de uma ponte (que cada

uma por si só não se atreveria a realizá-la), parece claro que o acto que coloca esse consórcio fora do acto de adjudicação atinge as três. E todas elas, em conjunto, deverão interpor recurso contencioso se acham que o acto é ilegal e se defendem que a adjudicação deveria ser decidida em seu favor. Ora, como se compreenderia que apenas uma das empresas pudesse recorrer sozinha se nem sequer se saberia, nesse caso, se qualquer das outras já desistiu da intenção do empreendimento?

Como poderia a recorrente isolada comprometer as restantes na realização da obra, mesmo que já não quisessem manter a intenção inicial de execução da empreitada manifestada no procedimento?! (...)

Os interessados “juntos” no procedimento têm que estar “juntos” ao recurso contencioso (e isto tanto pelo lado activo, como pelo lado passivo).

A extensão dos efeitos do art. 77.º é outra coisa, na medida em apenas ali prevê que terceiros possam beneficiar da decisão judicial anulatória. Mas, no caso de consórcio, cada um dos consortes não é terceiro para este efeito, mas sim interessado directo no procedimento e, conseqüentemente, na decisão judicial que vier a ser proferida para afastar do mundo jurídico o acto que lhe é desfavorável.

*Enfim, o efeito útil da sentença a proferir no recurso, em face da natureza da relação jurídica, implica que todas tenham que estar presentes no recurso contencioso pelo lado activo, em litisconsórcio (cfr. art. 61.º, n.º 1, do CPC), em especial, quando a relação jurídica é multipolar ou multilateral (Vasco Pereira da Silva, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2.ª ed., pág. 282). ...*

Ora, tendo em atenção esse efeito reconstitutivo da sentença, e retomando o exemplo do consórcio, nem a Administração, acatando a força do julgado judicial, nem as outras duas consorciadas poderiam sobrepor-se à vontade da empresa-consorciada auto-excluída, que não tenha querido recorrer por não pretender fazer mais parte do consórcio, nem executar a obra. Como podia a sentença anulatória do recurso, interposto apenas pelas outras duas empresas, vincular o terceiro elemento do consórcio, se ele já se pôs fora da relação jurídica? E como podia, nesse caso, ela ser obrigada a realizar a obra se nisso já perdeu interesse substantivo? Nem sequer as outras duas empresas retirariam isoladamente vantagem ou utilidade na anulação do acto impugnado que adjudicou a empreitada à outra concorrente; quer dizer, elas não disporiam de interesse em agir. É que a “entidade tripolar” que se apresentou ao concurso deixou de existir e, agora, às restantes duas não é mais possível recriar o consórcio inicial através da adjunção de uma terceira empresa nova que a Administração não conhece, nem avaliou tecnicamente no procedimento concursal.”¹²

É de acolher o entendimento acima exposto.

Concluindo, é de dizer que o efeito útil da decisão fica comprometido com a desistência do recurso por um dos membros do consórcio e o outro membro não tem, por si só, um interesse directo,

¹² José Cândido de Pinho, *Notas e Comentários ao Código de Processo Administrativo Contencioso*, Vol. I, p. 544 a 547.

pessoal e legítimo na invalidação do acto de adjudicação porque já não poderá daí retirar a vantagem que pretendia e que se traduzia na realização de uma nova adjudicação ao consórcio do qual era membro.

Daí que a desistência, por um dos membros do consórcio, do recurso contencioso interposto por ambos os membros provoca a ilegitimidade superveniente activa do outro membro do Consórcio para o mesmo recurso contencioso, que determina a absolvição da instância – art.ºs 413.º, al. e) e 412.º n.º 2 do CPC.

É de julgar procedente o presente recurso jurisdicional.

4. Decisão

Pelo exposto, acordam em conceder provimento ao recurso.

Custas pela recorrida Coneer Engenharia e Administração, Limitada, com taxa de justiça fixada em 4 UC, em ambas as instâncias.

Macau, 30 de Outubro de 2020

Juizes: Song Man Lei (Relatora)

José Maria Dias Azedo

Sam Hou Fai

O Magistrado do Ministério Público

presente na conferência: Álvaro António Mangas Abreu Dantas