

Processo n.º 10/2008

(Recurso Contencioso)

Data: 19/Fevereiro/2009

Assuntos:

- Transporte público marítimo
- Cumulação de pedidos de anulação do acto e contrato
- Legitimidade para o recurso contencioso
- Desvio de poder
- Violação de lei
- Serviço público
- Concurso público; sua falta na concessão de exploração de serviço público
- Sanação de vício

SUMÁRIO:

1. Se for anulado o acto que autorizou a celebração de um contrato de concessão de exploração de transporte público marítimo, anulado deve ser o contrato.

2. Uma empresa interessada na exploração desse transporte, mesmo não sabendo se iria ser escolhida em eventual concurso a realizar

para fins de concessão dessa exploração, é parte legítima no recurso do acto que autorizou essa concessão e no processo que visa a anulação do contrato celebrado com outra empresa.

3. Não há desvio de poder, mesmo que se tenha visado escolher e adjudicar a uma certa companhia a exploração de um dado transporte, nada contrariando a ideia que nessa motivação o interesse público haja sido postergado.

4. No ordenamento da RAEM os serviços de transportes públicos, incluindo os transportes marítimos, assumem a natureza de serviço público e, como tal, só por concurso devem ser concessionados.

5. Não só os actos nulos são insusceptíveis de sanção, como tal não é possível em relação aos actos inexistentes; não é possível, no decurso do processo, vir sanar uma pretensa falta de justificação de dispensa de concurso, se essa dispensa se não verificou anteriormente.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

**VERSÃO RECTIFICADA POR ACÓRDÃO DATADO DE
26 DE FEVEREIRO DE 2009.**

Processo n.º 10/2008

(Recurso Contencioso)

Data: 19 de Fevereiro de 2009

Recorrente: Norte Oeste Expresso Limitada

Recorrido: Chefe do Executivo da R.A.E.M.

Contra-interessada: Cotai Waterjets (Macau) Limitada

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I - RELATÓRIO

NORTE OESTE EXPRESSO LIMITADA, melhor identificada nos autos, vem interpor recurso contencioso de anulação de acto praticado pelo

**Excelentíssimo Senhor CHEFE DO EXECUTIVO DA
REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU,**

- Relativo ao despacho do Senhor Chefe do Executivo, de 9 de Outubro de 2007, exarado na Informação n.º 71/ATJ/2007, de 5 de Outubro de 2007, que autorizou a celebração do *"Contrato de exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros entre a Região Administrativa Especial de Macau (Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa) e a Região Administrativa Especial de Hong Kong celebrado entre a Região Administrativa Especial de Macau e COTAI Waterjets (Macau), Limitada"* – confronte documento junto aos autos de suspensão de eficácia n.º 717/2007, fls. 1923 e seguintes, cujos termos correram por este Tribunal -

E ainda contra a

COTAI WATERJETS (MACAU) LIMITADA, melhor identificada nos autos, na qualidade de Contra-Interessada,

RECURSO CONTENCIOSO DE ANULAÇÃO,

Alegando, em síntese:

I. O ACTO RECORRIDO:

Em 9 de Outubro de 2007, o ora Recorrido aprovou a celebração de um contrato de concessão de exploração do serviço público de transporte marítimo de passageiros entre a Região Administrativa Especial de Macau e a Região Administrativa Especial de Hong Kong (Cfr. o documento junto aos Autos cujos termos correm junto desse Venerando Tribunal sob o número 717/2007, a folhas 1923).

Exarando a sua concordância com os exactos termos propostos para a celebração daquele mesmo Contrato pelo Exmo. Senhor Secretário para os Transportes e Obras

Plblicas.

A entidade recorrida não organizou qualquer concurso público para a atribuição de uma nova concessão de exploração do serviço público de transporte de passageiros por mar, designadamente, uma que possa ter por objecto o transporte de passageiros entre as duas Regiões Administrativas Especiais da República Popular da China.

A entidade recorrida não praticou qualquer acto de dispensa do dever legal de organização de concurso público para a atribuição de concessões de exploração de serviços públicos.

O acto praticado pelo ora Recorrido e, bem assim, a respectiva e ulterior execução, foram antecedidos de algumas notícias públicas.

Em momento anterior ao da publicação do contrato celebrado entre a Região Administrativa Especial de Macau e a Contra-Interessada, em 29 de Outubro último o Exmo. Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas autorizou o início da operação desse mesmo serviço pela ora Contra-Interessada.

A execução do acto foi suspensa nos termos de Despacho proferido nos Autos de numeração 717/2007 nos termos e para o efeito do disposto no Artigo 127º do Código de Processo Administrativo Contencioso.

II. O CONTRATO DE CONCESSÃO :

O contrato outorgado em execução do acto de que ora é interposto recurso é um contrato de concessão de exploração do serviço público de transporte marítimo de passageiros e só foi dado a conhecer à recorrente no decurso dos autos de suspensão de

eficácia de acto administrativo, cujos termos correm junto desse Venerando Tribunal sob o número 717/2007.

Verifica-se porém que os termos desta, nova (concessão acham-se, desde há largo tempo, em negociação com a autoridade requerida,

Estando-o, pelo menos, desde o ano de 2006;

A nova concessionária é uma sociedade cujo capital é integralmente detido, directa e indirectamente, por uma sub-concessionária de uma licença de exploração de jogos de fortuna e azar em casino;

Tal sociedade, tal como o grupo societário em que se acha integrada, não patenteia qualquer histórico de operação de serviços de transporte marítimo de passageiros.

E é hoje sabido que a concessão nem sequer é explorada directamente pela concessionária, ora Contra-Interessada.

III. A LEI :

Onde a recorrente cita as disposições disciplinadoras da situação configurada

IV. A ILEGALIDADE DA ATRIBUIÇÃO DE UMA NOVA CONCESSÃO E DOS RESPECTIVOS E INDICADOS TERMOS: a) A EXIGÊNCIA LEGAL DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO E A TOTAL AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PARA A RESPECTIVA DISPENSA :

A exigência legal de realização de concurso público para a atribuição de concessões de bens ou serviços públicos constitui a expressão normal, no domínio da

contratação administrativa, de vários princípios estruturantes da administração pública,

De entre os quais se destacam, o da igualdade, da imparcialidade, o da transparência,

E o da permanente vinculação da administração à prossecução do interesse público.

Em termos gerais, a dispensa de concurso público - que, de todo o modo, tem de ser objecto de decisão justificada, tomada pública - só pode encontrar justificação nas situações em que, demonstradamente, por essa via, o interesse público que a lei visa tutelar pela exigência geral de realização de concurso público, seja mais bem prosseguido.

Nenhuma dessas situações ocorre in casu :

A sociedade a quem terá sido atribuída a concessão da exploração do serviço público foi constituída apenas com essa mesma finalidade - a de que à mesma fosse atribuída a concessão.

A abertura pela autoridade da exploração do serviço público de transporte de passageiros à nova operadora constitua uma actuação em violação, quer da disciplina legal especificamente atinente à concessão de serviços públicos,

Quer, ainda, uma actuação em violação dos princípios da igualdade, da imparcialidade e da transparência que à entidade requerida incumbe tutelar e por cuja prossecução está permanentemente obrigada a nortear a sua actuação.

V. A ILEGALIDADE DA ATRIBUIÇÃO DE UMA NOVA CONCESSÃO E DOS RESPECTIVOS E INDICADOS TERMOS: b) A NÃO VERIFICAÇÃO, POR

PARTE DA ANUNCIADA CONCESSIONARIA, DOS REQUISITOS PARA A ATRIBUIÇÃO DE UMA CONCESSÃO OU, GENERICAMENTE, DE DIREITOS DE EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE PASSAGEIROS:

A nova concessionária tem uma cifra de capital que, manifestamente, não permite oferecer qualquer garantia ou, sequer, indicação, quanto à capacidade da mesma para operar, e para responder pelas obrigações, normalmente associadas à concessão de um serviço público.

Sociedade esta que, nos termos de contrato celebrado com a Região Administrativa Especial de Macau em 19 de Dezembro de 2002, é titular de uma sub-concessão de exploração de jogos de fortuna e azar e outros jogos em casino.

A mesma deve ter como objecto exclusivo a própria exploração de jogos de fortuna e azar em casino,

A atribuição de uma nova concessão da exploração do serviço público de transporte de passageiros à sociedade COTAI WATERJETS LIMITADA é feita em violação da disciplina das concessões de exploração de jogos de fortuna e azar em casino.

VI. A ILEGALIDADE DA ATRIBUIÇÃO DE UMA NOVA CONCESSÃO E DOS RESPECTIVOS E INDICADOS TERMOS: c) DO EVENTUAL LICENCIAMENTO DE ACTIVIDADE PRIVADA DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE PASSAGEIROS SOB A FORMA DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO:

Os factos articulados apontam para a existência de fortes indícios de que o que motive a atribuição de uma nova concessão sejam, fundamentalmente, os interesses da nova

concessionária,

Ou, mais rigorosa e amplamente, os interesses - legítimos sob o ponto de vista comercial privado, insiste-se - da sua dona, a sociedade titular de uma subconcessão dos jogos de fortuna ou azar e outros jogos em casino, a VENETIAN MACAU, S.A.

Assim, e a título meramente exemplificativo,

A mesma fez já anunciar publicamente que organizará nos seus barcos o check-in (procedimento de verificação de identidade e de admissão de clientes) para os estabelecimentos hoteleiros de que é dona e/ou exploradora;

Por outro lado, foram instalados postos de venda de títulos de transporte de passageiros para a operação da ora Contra-Interessada em instalações exclusivamente afectas à exploração pela sociedade Venetian Macau, S.A. de jogos de fortuna ou azar em casino.

Por outro lado ainda, o exterior das embarcações com que a contra-interessada iniciou operações já na pendência dos Autos de numeração 717/2007 foi integralmente coberto com anúncios publicitários a serviços integrados na, ou associados à, sub-concessão de exploração de jogos de fortuna e azar pela mesma sociedade Venetian Macau, S.A.

Sendo que a própria tripulação das embarcações se apresentou fardada como "gondoleiros do Venetian" (Cfr. Informação disponível no endereço.

VII. CONSEQUÊNCIAS DA ATRIBUIÇÃO DE UMA CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO À ORA CONTRA INTERESSADA COM

DISPENSA DE CONCURSO PÚBLICO:

A ora Contra-Interessada não patenteia qualquer dos requisitos de idoneidade genericamente previstos na lei para a atribuição de uma concessão de serviço público:

A nova concessionária não patenteia, desde logo em razão do seu capital social, as condições financeiras mínimas para arcar com as responsabilidades normalmente associadas a uma concessão de serviço público.

Acresce ainda que é patente que a entidade concedente não cumpriu qualquer procedimento de verificação da idoneidade e capacidade técnica da nova concessionária,

Estes mesmos factos permitem concluir que, em última instância e análise, se acha em grave risco o interesse da segurança do público transportado e, quiçá, mais amplamente, a segurança do tráfego marítimo nas rotas - desconhecidas, aliás que viessem a ser exploradas pela nova concessionária.

Ao supra exposto acresce que, desde 29 de Junho de 2006 que é do conhecimento do Exmo. Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas que a ora Recorrente tem interesse em explorar a carreira marítima de transporte de passageiros entre Hong Kong e Macau (Taipa), demonstrando a pretensão de utilizar aquele mesmo terminal do Pac On para o efeito.

Deste modo, a execução do acto em causa, para além do prejuízo para a população potencial utilizadora do serviço público, causa também prejuízo aos interesses da própria

Recorrente.

Além do mais é também do conhecimento do Secretário para os Transportes e Obras Públicas que a ora Recorrente (ao contrário da contra-interessada na data em que foi emitido o acto relativamente a cuja execução é requerida a suspensão) já tinha a necessária autorização do Governo da Região Administrativa Especial de Hong Kong para explorar a carreira marítima de transporte de passageiros entre Hong Kong (Tuen Mun) - Macau (Taipa),

E que é portadora de larga experiência na actividade de transporte marítimo de passageiros,

Acresce ainda que o acto recorrido, tendo sido emitido com preterição da exigência legal de precedência de organização e abertura de concurso público,

Patenteia fortes indícios de que haja sido praticado em desvio de poder.

Ocorreram, aliás, ainda, outros factos susceptíveis de justificar a qualificação e sancionamento do acto recorrido por praticado em desvio de poder.

Assim :

A alteração da versão portuguesa do contrato de modo a que da mesma deixasse de constar a expressão tradicional: “contrato de concessão de exploração” - como modo de procurar justificar a defesa de que se não trate de um contrato desse tipo;

Quando da versão em língua chinesa do mesmo contrato resulta a sua inequívoca designação como "contrato de concessão";

2) *A implementação, em aparente acordo com a sociedade Venetian Macau S.A. de uma solução que a à mesma permitisse criar a aparência de não violação da disciplina legal e contratual a que a está subordinada enquanto sub-concessionária dos jogos de fortuna ou azar em casino;*

3) *A permissão de que bens afectos à concessão de serviço público sejam explorados e que os serviços com utilização dos mesmos prestados sejam distinguidos no tráfego por marcas comerciais de que o grupo societário em que a ora Contra-Interessada se integra se apresenta como titular registado,*

4) *E, genericamente, a permissão de uma patente e intencional confusão entre o serviço público de transporte de passageiros assim adjudicado e a exploração comercial dos jogos de fortuna e azar e de estabelecimentos de comércio integrados na actividade do grupo VENETIAN MACAU, SA.*

VIII. DA INEXISTÊNCIA DE QUALQUER LESÃO PARA O INTERESSE PÚBLICO COM CAUSA NA ANULAÇÃO DO ACTO RECORRIDO :

Da anulação do acto recorrido, lesão nenhuma ocorrerá para o interesse público.

A ora Recorrente não tem dúvida razoável de que a anulação do acto poderá constituir causa de lesão dos interesses comerciais da ora Contra-Interessada,

Nestes termos requer:

a) *Seja anulado o acto de atribuição de concessão de exploração do serviço público de transporte marítimo de passageiros à sociedade COTAI WATERJETS (MACAU) LIMITADA;*

b) Seja conseqüentemente declarado anulado o contrato de celebrado entre a ora Contra-Interessada e a Região Administrativa Especial de Macau; ordenado à sociedade contra-interessada que se abstenha de praticar quaisquer actos de exploração do serviço público de transporte de passageiros por via marítima,

c) Seja ordenado à entidade requerida a apresentação de cópia integral de todos os documentos produzidos no curso do procedimento que instruiu a emissão do acto que autorizou a celebração do contrato de concessão de exploração serviço público de transporte de passageiros por via marítima celebrado, com a sociedade contra-interessada, incluindo toda a correspondência trocada, e a actas de reuniões realizadas com aquela;

d) Seja ordenada a apensação aos presentes dos Autos de numeração 717/2007 após o trânsito em julgado da sentença que nestes venha a ser proferida, nos termos do disposto no n.º 1 do Artigo 125º do Código de Processo Administrativo Contencioso.

O Exmo Senhor Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau, entidade recorrida nos autos de recurso contencioso à margem identificados **contesta, em síntese:**

Da incompetência do Tribunal

Os fundamentos invocados podem servir de base a uma acção de impugnação sobre

contratos mas não servem de fundamento de recurso contencioso.

E a Recorrente não ignora que o acto - já executado em 29 de Outubro de 2007, data da outorga do contrato de exploração – se destinou a autorizar a celebração do contrato, razão por que passa a ser o contrato o objecto do pedido e não o acto.

*Assim sendo e salvo melhor opinião, é da competência do Tribunal Administrativo o pronunciar-se e conhecer sobre a validade e execução dos contratos administrativos, de acordo com o disposto no artigo 30º, n.º 3, alínea 3) da Lei n.º 9/1999 - Lei de Bases da Organização Judiciária -, o que implica a **incompetência do Tribunal de Segunda Instância** para conhecer sobre as questões suscitadas e desenvolvidas no pedido da Recorrente.*

Da ilegitimidade da Recorrente

Admitindo a hipótese de o Tribunal de Segunda Instância não se declarar incompetente, dir-se-á então que, nos termos da alínea a) do artigo 33.º do CPAC, têm legitimidade para interpor recurso contencioso as pessoas singulares ou colectivas que se consideram titulares de direitos subjectivos - o que não é o caso da Recorrente - ou interesses legalmente protegidos o que também manifestamente não parece ser o caso da Recorrente - que tivessem sido lesados pelo acto que se pretende ver anulado.

E não se vislumbra que a Recorrente seja titular de um qualquer direito - nem é por ela invocado - resultante de qualquer norma jurídica, o que exclui a sua legitimidade.

Nem se descortina de que forma seja titular de um interesse legalmente protegido de modo a pugnar pela anulação do acto antes descrito, nem a sua anulação prosseguiria um interesse legalmente protegido da Recorrente.

A Recorrente é parte ilegítima no presente pedido de anulação, nos termos do artigo 33º do CPAC, o que, conduzindo à rejeição liminar do recurso por força da alínea d) do n.º 2 do artigo 46º do mesmo CPAC, obsta ao conhecimento do mérito do pedido.

Da caducidade do direito de recurso

Por outro lado, o presente recurso contencioso terá necessariamente que considerar-se intempestivo, na medida em que foi interposto fora do prazo.

A celebração do "Contrato de exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros entre a Região Administrativa Especial de Macau (Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa) e a Região Administrativa Especial de Hong Kong celebrado entre a Região Administrativa Especial de Macau e COTAI Waterjets (Macau), Limitada", ocorreu em 29 de Outubro de 2007.

Data em que foi exarada a respectiva escritura pública perante o notário privativo da Direcção dos Serviços de Finanças, a folhas 122 a 139, do livro 418 - confronto o documento junto aos autos de suspensão de eficácia n.º 717/2007, que correu termos por esse Tribunal.

A celebração do referido contrato foi autorizada por despacho do Chefe do Executivo, de 9 de Outubro de 2007, exarado na Informação n.º 71/ATJ/2007, de 5 de Outubro de 2007, da Capitania dos Portos.

A própria Recorrente afirma, inequivocamente, (artigos 9º a 18º da petição) que teve conhecimento da execução do acto de autorização em data anterior à da publicação do contrato de exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros, provando o conhecimento, quer através de transcrições de notícias quer juntando cópias da impressão

dessas notícias.

O que leva a concluir que a Recorrente tomou conhecimento do acto, pelo menos, a partir do dia 11 de Outubro de 2007 - artigos 9º e 10º do requerimento de recurso.

Conhecimento que é sustentado pela referência a outras notícias da comunicação social, publicadas anteriormente a 11 de Outubro de 2007 - vide artigo 11º da petição de recurso -, o que denota que a Recorrente pelo menos é coerente nesta matéria.

A Recorrente não invoca qualquer norma legal que determine a nulidade do acto, nem é também aplicável nenhuma das situações a que se refere o artigo 122º do CPA.

Do requerimento de recurso contencioso de anulação

Do acto

Não se estava, nem está, perante uma concessão de exploração de serviço público.

Do contrato

Começa por referir-se que, na senda do alegado pela Recorrente no artigo 6º da petição de recurso, qualquer sociedade é livre de requerer ao Governo da Região Administrativa Especial de Macau a exploração da actividade de transporte marítimo de passageiros, de e para Macau, dado não existir condicionamento administrativo específico, ou outro regime legal, para o exercício desta actividade.

Não se está perante um contrato de concessão de serviço público, muito menos em exclusivo, sendo qualquer entidade livre de pedir autorização para atracar nos portos da RAEM.

Analisado o conteúdo do contrato - bem como o conteúdo dos restantes contratos de transporte marítimo de passageiros existentes com diversos Operadores - facilmente se conclui que não estamos perante contrato de concessão, pese embora a errada denominação, exarada nas respectivas escrituras de outorga, sendo certo que a qualificação de um contrato como contrato administrativo de concessão não depende do nomen iuris que alguém lhe tenha atribuído.

Da ilegalidade do acto que aprovou a celebração do contrato

Não há violação de qualquer das disposições da Lei n.º 3/90/M, de 14 de Maio, por o regime nela estabelecido não ser o aplicável.

Cotejando as normas legais disciplinadoras das bases do regime das concessões de serviços públicos e as cláusulas contratuais vertidas no contrato outorgado entre a Região Administrativa Especial de Macau e a COTAI Waterjets (Macau) Limitada, um intérprete minimamente diligente conclui pela não previsão de qualquer tipo de concessão de serviço público.

Começando pelo próprio conceito, nos termos da alínea b) do artigo 2º das Bases do Regime Jurídico das Concessões de Obras Públicas e Serviços Públicos fixados pela sobredita Lei n.º 3/90/M, de 14 de Maio, deve entender-se por "concessão de serviços públicos, a transferência para outrem do poder de, em exclusivo, explorar, por sua conta e risco, os meios adequados à satisfação da uma necessidade pública individualmente sentida".

É por demais evidente que no presente caso, bem como em todas as outras situações de análoga natureza, não estavam reunidas as necessárias condições legais para

poder ser outorgado um contrato de concessão de serviço público, nomeadamente por não estarmos perante uma necessidade pública individualmente sentida, como tal definida pelo Governo da RAEM.

Tal circunstancialismo levou a que, após apurada análise dos pedidos apresentados, o Governo da RAEM tenha optado pela outorga de um contrato administrativo através do qual, no respeito pelo princípio da prossecução do interesse público, atribuiu à COTAI Waterjets (Macau) Limitada o direito de explorar o serviço de transporte marítimo de passageiros em moldes idênticos aos acordados com as restantes operadoras que já prestam este tipo de serviço, ao abrigo do direito que lhes foi igualmente conferido por contratos administrativos de exploração de serviços, a que se convencionou, incorrectamente, chamar de contratos de concessão.

A referência a transportes públicos (que passam a ter âmbito territorial) - n.º 2 do seu artigo 1º - só pode referir-se a transportes públicos urbanos.

*O acto que autorizou a celebração do contrato não padece de ilegalidade por vício de **violação de lei**, não sendo, deste modo, susceptível de anulação.*

***E muito menos** se pode aceitar, ou sequer admitir, que o acto haja sido praticado em **desvio de poder**.*

A Administração visou sempre prosseguir, e prosseguiu, o mesmo interesse público com um fim de interesse público.

*A entidade ora recorrida, através de despacho de 19 de Março de 2008, exarado na Proposta n.º 34/ATJ/2008, de 17 de Março de 2008, da Capitania dos Portos, veio, por estar em tempo, **sanar a falta de fundamentação** que afecta a decisão proferida em 9 de*

Outubro de 2007, exarada na Proposta n.º 71/ATJ/2007¹, de 5 de Outubro de 2007, da mesma entidade **documento** n.º 1.

O que conduz a que o acta jamais padeça de ilegalidade, por falta ou insuficiência de fundamentação, não sendo, por isso, susceptível de anulação.

Do restante articulado da Recorrente.

A Recorrente alega, mas não prova, ser “portadora de larga experiência na actividade de transporte marítimo de passageiros”, nem desde quando “tem vindo a explorar as carreiras marítimas entre Shenzhen e Hong Kong e entre Hong Kong e Zhuhai”.

É que sociedade, ora Recorrente, só foi constituída em 22 de Fevereiro de 2006, como o atesta a certidão emitida pela Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis, em 21 de Novembro de 2007².

E não se aceita que com a eventual “anulação do acto recorrido, lesão nenhuma ocorrerá para o interesse público” - artigos 149º e seguintes.

É notória a dificuldade de resposta, das actuais Operadoras, à crescente procura de transportes marítimos de passageiros quer por parte da comunidade residente quer, e essencialmente pelas consequências que acarreta, por parte dos turistas e empresários de Hong Kong que cada vez em maior número, especialmente nas épocas festivas, procuram

¹ Junta a folhas 1923 dos autos de suspensão de eficácia n.º 717/2007, desse TSI.

² Junta aos autos de suspensão de eficácia n.º 717/2007, que correram termos por esse Venerando TSI, em 23 de Novembro de 2007.

Macau.

Termos em que requer seja rejeitado liminarmente o presente recurso contencioso, ao abrigo das alíneas *d)* e *h)* do n.º 2 do artigo 46º do CPAC, *quando não declarado incompetente o Tribunal de Segunda Instância*, ou, caso assim não entenda, seja o mesmo considerado improcedente, mantendo o acto recorrido.

COTAI WATERJETS (MACAU), LIMITADA, em chinês 光噴射飛航 (澳門)有限公司 e, em inglês, COTAI WATERJETS (MACAU) LIMITED, Contra-Interessada nos autos à margem identificados, contesta, nos termos de fls 146 a 214, alegando e pedindo a final que seja:

- *rejeitado o recurso, nos termos do artigo 51.º, n.º 4 do CPAC, por repetida omissão dos requisitos do artigo 42.º, n.º 1, ais. e), g) e h) do mesmo diploma, ou, se assim não se entender,*

- *declarada a incompetência do Tribunal para se pronunciar sobre a validade e execução do contrato de exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros celebrado com a Recorrida, ou,*

- *rejeitado liminarmente o recurso apresentado por ilegitimidade e caducidade do direito de recorrer, nos termos do artigo 46.º, n.º 2, als. d) e h) do CPAC, ou, caso assim não se entenda,*

- *negado o provimento ao presente recurso contencioso, mantendo-se o acto recorrido.*

- condenada a recorrente como litigante de má-fé, em multa e em indemnização condigna.

A recorrente **NORTE OESTE EXPRESSO, LIMITADA** apresentou as suas alegações facultativas, alegando em síntese conclusiva:

Qualquer dos critérios mobilizados pela jurisprudência para a qualificação dos contratos em que a Administração é parte funda a conclusão de que o contrato celebrado entre a Região Administrativa Especial de Macau e a ora Contra-Interessada constitui um contrato administrativo;

É, mais concretamente, inequívoco que o contrato em questão constitui causa do surgimento de uma relação de direito administrativo entre as Partes no mesmo intervenientes;

Porque assim é, o mesmo acha-se, desde logo inelutavelmente subordinado à disciplina imperativa relativa aos contratos administrativos constante do Código de Procedimento Administrativo e, em particular, àquela que, nesse mesmo âmbito, rege o procedimento de escolha dos co-contratantes da Administração em contratos administrativos;

A análise, em concreto, daquele mesmo contrato revela a sua caracterização como contrato de concessão de exploração do serviço de transporte público de passageiros por mar de, e para, a Região Administrativa Especial de Macau, estando, por isso, outrossim, subordinada à disciplina pertinente que consta da Lei 3/90/M de 14 de Maio;

É absolutamente irrelevante, a este propósito, a circunstância de que o legislador haja, ou não, qualificado à priori o transporte marítimo de passageiros como dotado de dignidade jurídico administrativa ou, em outros termos, como apresentando essencialmente

um carácter de serviço público: a qualificação do contrato como tal resulta do seu clausulado específico e do acervo de direitos e deveres que constituem a relação jurídica de direito administrativo pelo mesmo instituída;

Aceita-se o reconhecimento feito pelo Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de que:

a) A celebração do referido contrato está legalmente subordinada à realização de concurso público ou à ocorrência e ponderação dos pressupostos de que, nos termos da lei, depende a sua dispensa – os quais, em qualquer caso, têm de ser manifestados em sede de fundamentação; e, bem assim,

b) Que o Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial aprovou os termos do contrato, e a outorga da respectiva escritura pública de formalização, na convicção, que hoje reconhece errada, de que a realização de concurso público não era obrigatória e de que também não era necessária;

Não tendo sido ponderada como obrigatória a realização de concurso público, tão pouco foi por qualquer modo ponderada a verificação, ou não, dos pressupostos de que a lei faz depender a possibilidade de que o mesmo seja dispensado sem violação de lei;

Porque assim é, não pode um acto que não foi praticado vir a ser fundamentado e, por essa via, convalidado por confirmação ex post;

A mesma conclusão é, aliás, extraível de uma outra consideração possível: ainda que o contrato não devesse ser qualificado como um de concessão de serviço público mas, antes ou apenas, como um contrato administrativo inominado, o acto de dispensa da realização de concurso público estaria sempre sujeito a forma escrita;

Tal forma não foi observada pelo que, a admitir-se que o acto houvesse existido, o mesmo careceria absolutamente de forma, sendo, nos termos do sancionamento legal, nulo e, como tal, insusceptível de convalidação por confirmação ou ratificação;

O acto alegadamente confirmativo de um acto (inexistente) de dispensa da realização de concurso público, junto com a Contestação trazida aos presentes Autos pelo Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau é totalmente omissa quanto à verificação de qualquer motivo para dispensa da realização de concurso público;

Recorda-se, que a escolha da ora Contra-Interessada como adjudicatária foi realizada antes mesmo de que a mesma existisse com personalidade jurídica não sendo, por isso, cogitável que possa ter sido ponderado o interesse público na não realização de concurso no contexto da escolha antecipada da mesma Contra-Interessada;

Acresce que o acto de fundamentação ex post é identicamente omissa tal como o foi, ab initio, o procedimento decisório do Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau, quanto a uma qualquer razão justificativa para a não realização de concurso limitado e quanto à realização de quaisquer procedimentos de consulta;

A actuação da ora Recorrente como interessada deve fazer-se pelo requerimento de anulação do acto administrativo relativo à formação do contrato (Artigos 113º e 115º, n.º al. B);

Acha-se documentado nos Autos o momento, que justamente ocorre nos mesmos, em que a Recorrente tem conhecimento do acto cuja impugnação veio requerer;

Acha-se, por isso, o presente recurso inequivocamente proposto dentro do prazo legalmente previsto, o que não prejudica a possibilidade de que, nos termos do disposto na

supra referida alínea b) do no. 1 do Artigo 115º do Código de Processo Administrativo Contencioso, a mesma recorrente venha a impugnar o Contrato em que são partes a Região Administrativa Especial de Macau e a ora Contra-Interessada;

A legitimidade activa da ora Recorrente funda-se (i) na titularidade de um interesse legalmente protegido em apresentar uma proposta a concurso que devesse ter sido aberto pela Região Administrativa Especial com vista à escolha de co-contratante seu no contrato de concessão de exploração do serviço de transporte público de passageiros 4 por mar e (ii) no facto de que tal interesse se ache directamente lesado pela (ii) inexistência de qualquer acto que haja ponderado motivo legalmente atendível de dispensa da realização de concurso público;

O interesse que funda a legitimidade da ora Recorrente não se confunde, nem com um interesse difuso na defesa da legalidade da actuação administrativa, nem, tão pouco, no outro extremo, com um qualquer interesse em ser parte no contrato que, ilegal e especificamente veio a ser celebrado entre a Região Administrativa Especial de Macau e a ora Contra-Interessada;

O interesse em que tal legitimidade se funda é o interesse em concorrer o qual, na circunstância, é titulado legalmente, e justifica o mesmo título de legitimidade de que dispõe um concorrente ilegalmente não admitido à apresentação de propostas a um concurso que houvesse sido lançado;

Entendimento diverso - aquele que, justamente, o Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau parece sustentar na sua Contestação - propiciaria uma sistemática defraudação do concurso público como regra geral do procedimento de escolha dos co-contratantes na contratação administrativa, uma vez que bastaria a não realização,

não justificada, de concurso para que os particulares em geral vissem a sua legitimidade na impugnação do acto preterida.

Em sede de alegações facultativas o **Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau** alega, em síntese:

Confrontando as alegações, a Recorrente enuncia novos fundamentos ou razões jurídicas com os quais pretende obter o provimento do recurso e, sem o expressar, restringe os fundamentos que, na petição, delimitavam o objecto do recurso - n.º 3 do artigo 68º do CPAC.

A obrigação de formular conclusões na petição inicial de recurso, para além das resultantes das alegações facultativas, é essencial e relevante para a delimitação do objecto do presente recurso - artigos 42.º, n.º 1, alínea e) e 68.º n.º 4, CPAC.

O recurso contencioso é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica - artigos 20.º e 113.º, n.º 3 do CPAC.

*É da competência do Tribunal Administrativo o pronunciar-se e conhecer sobre a validade e execução dos contratos administrativos, de acordo com o disposto no artigo 30.º, n.º 3, alínea 3) da Lei n.º 9/1999 - Lei de Bases da Organização Judiciária -, o que implica a **incompetência do Tribunal de Segunda Instância** para conhecer sobre as questões suscitadas e desenvolvidas no pedido da Recorrente, nomeadamente quanto à anulação do contrato.*

A Recorrente não é titular de um qualquer direito subjectivo, concluindo nas suas

alegações "que a posição em que a mesma se encontra, atento o facto de que se trata, se traduz na existência de uma lesão directa de um interesse legalmente protegido".

O específico de transportar passageiros de e para o Terminal Marítimo de Tuen Mun e não para e do Terminal Marítimo de Shun Tak Centre, em Hong Kong.

A Recorrente não foi preterida pela ausência de concurso público, pois não sendo aplicável a disciplina da Lei n.º 3/901M, de 14 de Maio, nem obrigatória a publicação da dispensa de concurso público³, não há, nem houve, violação de disciplina legal que imponha a sua realização.

É seguro afirmar, como o fez a Contra-interessada, que "a anulação deste acto não tem qualquer repercussão efectiva na esfera da Recorrente" .

O eventual provimento do recurso não trará nenhum benefício à Recorrente.

A Recorrente é parte ilegítima, face aos termos do artigo 33º do CPAC, devendo rejeitar-se liminarmente o recurso por força da alínea d) do n.º 2 do artigo 46º do CAPC.

A Recorrente tomou conhecimento do acto, pelo menos, a partir do dia 11 de Outubro de 2007, não só pelas diversas notícias da imprensa escrita (que citou) como ainda pela publicação da Ordem Executiva n.º 41/2007, em 15 de Outubro de 2007.

A celebração do contrato foi autorizada por despacho da Recorrida, de 9 de Outubro de 2007, e outorgada em 29 de Outubro de 2007.

O acto - despacho de 9 de Outubro de 2007 fundamentado pelo despacho de

³ Artigos 165º e seguintes do CPA

concordância de 19 de Março de 2008, exarado sobre a Proposta n.º 34/ATJ/2008 não estava sujeito a publicação obrigatória nem carecia de notificação à Recorrente, na medida em que não era a destinatária.

O acto não padece de invalidade que, conseqüentemente, determine a sua nulidade artigo 122.º do CPA.

O direito de recurso de actos anuláveis caduca no prazo de 30 dias, quando o recorrente resida em Macau (a Recorrente tem sede em Macau), nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 25º do CPAC, pelo que tem de entender-se que o prazo para a interposição do recurso contencioso de anulação terminou a 12 de Novembro de 2007.

A Recorrente interpôs o presente recurso contencioso de anulação em 2 de Janeiro de 2008.

Caducidade do direito de recurso que conduz à sua rejeição liminar, nos termos da alínea h) do n.º 2 do artigo 46º do CPAC.

A ligação marítima em carreiras diárias com Hong Kong teve o seu desenvolvimento com o início da concessão, em exclusivo, da exploração dos jogos de fortuna ou azar, tendo-se incrementado e diversificado com o aparecimento de novos Operadores, até já após o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau.

O contrato não se acha subordinado à disciplina da Lei n.º 3/90/M, de 14 de Maio.

Não se está perante uma concessão de serviços públicos, por não pressupor a transferência para outrem do poder de, em exclusivo, explorar, por sua conta e risco, os meios adequados à satisfação de uma necessidade pública individualmente sentida.

Não sendo aplicável a disciplina da Lei n.º 3/90/M, de 14 de Maio, não há obrigatoriedade de publicação da dispensa de realização de concurso público, assim como também não é obrigatória a publicação do contrato.

O Decreto-Lei n.º 64/84/M, de 30 de Junho, respeitante aos transportes públicos urbanos, não sendo igualmente aplicável, como já se deixou demonstrado ao longa da contestação da Recorrida.

A Contra-interessada, COTAI Waterjets (Macau) Limitada, não tem no seu objecto, nem se dedica, a exploração de jogos de fortuna ou azar ou outros jogos em casino.

Não foi violada a Lei n.º 16/2001, de 24 de Setembro.

Assim, o acto, que autorizou a celebração do contrato, não padece de ilegalidade por vício de violação de lei não sendo, consequentemente, susceptível de anulação artigo 124º do CPA.

Aquele mesmo acto não foi praticado em desvio de poder - tese que a Recorrente parece abandonar nas alegações - porquanto a Administração prosseguiu o interesse público com um fim de interesse público, em estrito cumprimento da legalidade, mormente do disposto no artigo 116º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau.

A dispensa de concurso público obedeceu a forma escrita - conforme despacho exarado na Proposta n.º 34/ATJ/2008, de 19 de Março de 2008, da Capitania dos Portos, com cujos termos concordou - pelo que não é invocável a alínea f) do n.º 2 do artigo 122º, do CPA, não padecendo o acto de ilegalidade que conduza a declaração de nulidade, como agora é pretendido pela Recorrente.

A falta ou insuficiência de fundamentação quanto à dispensa de realização de

concurso público e à realização de ajuste directo foi suprida através de fundamentação posterior, e em tempo, emanada do órgão competente, nos termos dos artigos 126.º e 130.º do CPA

Vício que, afectando a decisão anterior, de 9 de Outubro de 2007, foi sanado em 19 de Março de 2008 mediante a concordância com o teor e procedimentos expendidos na Proposta n.º 34/ATJ/2008, conduzindo a que o acto jamais padeça de ilegalidade, por falta ou insuficiência de fundamentação deixando de ser susceptível de anulação.

Termos em que requer seja rejeitado liminarmente o presente recurso contencioso, ao abrigo das alíneas d) e h) do n.º 2 do artigo 46º do CPAC, quando não se declare incompetente o Tribunal de Segunda Instância, ou, caso assim não entenda, seja o mesmo considerado improcedente, mantendo-se o acto recorrido.

A contra interessada **Cotai Warejets, Llted.** conclui as suas alegações facultativas como se segue:

Por força do quadro legal vigente, conclui-se que a actividade de transporte marítimo de passageiros não pode nem deve ser considerada ou definida como serviço público e, conseqüentemente, não está sujeita ao regime das concessões previsto na Lei 3/90/M, de 14 de Maio.

O acto recorrido traduziu-se, ao fim ao cabo, na autorização a favor da Recorrida da exploração de uma nova carreira de transporte colectivo de passageiros entre Macau e Hong Kong, por via marítima, constituindo essa faculdade um poder discricionário da

Administração.

E só mediante a alegação e prova do vício de desvio de poder é que poderia ser impugnável o despacho que autorizou aquela nova carreira, sendo que, pelos vistos, a Recorrente abandonou definitivamente esse argumento a avaliar pelas alegações facultativas que apresentou que são totalmente omissas quanto a esta matéria (v., a propósito, artigo 68º, n.ºs 3 e 4, do CPAC)

Sempre se dirá que a referência que a Recorrente faz ao vício de desvio de poder não tem o mínimo fundamento porquanto é evidente, tal como ficou plenamente consagrado nestes autos, que o motivo determinante para o exercício do poder discricionário na escolha da Recorrida não visou a protecção do interesse privado desta, mas sim, e tão só, o interesse público, no sentido de melhorar e aperfeiçoar o sistema de exploração e gestão de transportes marítimos, permitindo o alargamento e a diversificação de um mercado que, comprovadamente, já não correspondia ao aumento da procura daqueles serviços.

Acresce que o acto administrativo que autorizou a exploração dessa carreira só poderia ser sindicado nos aspectos vinculados e não quanto ao mérito ou à oportunidade da opção tomada pelo respectivo órgão decisório, embora aqui, também, seja perfeitamente insindicável a decisão tomada pela Administração em função do interesse público que presidiu na escolha da ora alegante.

Importa igualmente relembrar que a legislação vigente não classifica a exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros como um serviço público, nem tão pouco como uma actividade sujeita a concessão do Governo, ao contrário do que sucede no caso do transporte terrestre e aéreo.

E não se diga que o transporte marítimo de passageiros cai na definição de

concessão de serviços públicos constante da alínea b) do artigo 2º da Lei n.º 3/90/M, porquanto a "necessidade pública individualmente sentida" tem de ser definida pelo Governo da RAEM e objecto de legislação.

Se se adoptasse semelhante raciocínio ao transporte aéreo em termos que também seria possível dizer-se que este caberia na definição de serviço público constante da mesma alínea b) do artigo 2º da Lei n.º 3/90/M, então como se poderia justificar que o Regulamento Administrativo n.º 10/2004 coloque de fora do âmbito do serviço público situações de transporte aéreo daquela natureza, como é o caso do transporte aéreo (de passageiros) por helicóptero?

Falta igualmente o requisito de exclusividade previsto naquela disposição normativa, para além de não se verificar qualquer transferência de poder para outrem, concluindo-se então que, no caso sub judice, não estamos perante qualquer concessão de serviço público.

Vale a pena ainda relembrar que o transporte marítimo entre a RAEM e a RAEHK esteve anos e anos integrado numa concessão, mas não porque se tratasse de um serviço público, antes porque consistia numa obrigação do operador de jogo como contrapartida da concessão exclusiva que lhe havia sido conferida.

Com a revisão do contrato de concessão e o fim do regime de exclusividade na área do jogo (de fortuna ou azar), o transporte marítimo de passageiros ficou apenas sujeito à legislação aplicável ao comércio marítimo que, como vimos, não condiciona a actividade a qualquer concessão, daí que, a partir de 2001, comessem a ser celebrados diversos contratos de exploração do serviço de transporte marítimo, levando ao surgimento das actuais operadoras de transporte marítimo.

Pelo que não havia lugar à realização de qualquer concurso público e, de igual modo, a qualquer publicação obrigatória (por não se mostrar necessária), o que não impediu, no entanto, que o Governo de Macau procedesse à publicação oficial do contrato de serviço de transporte marítimo em causa dada a sua relevância para o conhecimento público - como, aliás, tem acontecido com os restantes contratos celebrados com todas as operadoras.

Cumprе ainda destacar que o Governo da RAEM veio posteriormente fundamentar a decisão que autorizou a celebração do presente contrato, por Despacho de 19 de Março de 2008, sanando a falta de fundamentação do acto recorrido, facto que conduz a que o mesmo deixe de padecer de qualquer ilegalidade, não sendo jamais susceptível de anulação.

Se dúvidas não se levantam no que concerne à desnecessidade de concurso público na medida em que a exploração do serviço em causa não se caracteriza como serviço público, o certo é que todos os restantes vectores mencionados naquele Despacho foram plenamente provados nos presentes autos.

Considera-se assim plenamente justificado o motivo por que o Governo da RAEM contratou com a Recorrida com vista à exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros, sem que seja admissível conceber o alegado desvio de poder.

Tornando-se por demais evidente que decorreriam graves prejuízos para o interesse público de uma eventual anulação do acto administrativo, pois se tal sucedesse, o que não se concebe, iria agravar-se seriamente a pressão na oferta do serviço de transporte marítimo.

Conclui-se assim que o acto recorrido ou o contrato que se lhe seguiu não padecem de ilegalidade, devendo, consequentemente, ser negado o provimento ao presente recurso contencioso, mantendo-se o acto recorrido.

O recurso contencioso de anulação deduzido pela Recorrente destina-se a impugnar o contrato celebrado com a Recorrida e não propriamente o acto administrativo praticado pelo Chefe do Executivo que autorizou a celebração daquele.

E se dúvidas se levantassem sobre esta questão, bastaria atentar no pedido formulado, a final, pela Recorrente de anulação do contrato em causa celebrado entre a Contra-Interessada, ora alegante, e a Região Administrativa Especial de Macau, como se estivéssemos, afinal de contas, perante uma acção sobre a validade de contrato administrativo (vide, artigos 113º e ss. do CPAC), o que, como é fácil de ver, não é manifestamente o caso.

O recurso contencioso é de "mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica" (cfr. artigo 20º do CPAC).

E, sendo assim, cumpre sublinhar, de novo, que é competência do Tribunal Administrativo pronunciar-se e conhecer sobre a validade e execução dos contratos administrativos, conforme resulta do artigo 30º, n.º 3, alínea 3), da Lei de Bases da Organização Judiciária.

O que implica consequentemente a incompetência do Tribunal de Segunda Instância para conhecer sobre as questões suscitadas e desenvolvidas na petição de recurso dos presentes autos.

Dispõe o art. 33º, al. a) , 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 acta recorrido ou que aleguem interesse directo, pessoal e legítimo no provimento do recurso.

Cabe dizer que a Recorrente não é titular de nenhum dos direitos ou interesses referidos na al. a) do referido preceito, e, como tal, não tem, nem agora lhe pode ser reconhecida, legitimidade para interpor recurso contencioso de anulação do acto administrativo.

"Direito subjectivo é o direito da pessoa, singular ou colectiva, directamente derivado de uma norma jurídica que lhe permite exigir de terceiros (aqui a administração) um determinado comportamento em ordem à satisfação do seu próprio interesse" (in, Código do Procedimento Administrativo de Macau, Anotado e Comentado, de Lino José .Baptista Rodrigues Ribeiro e José Cândido de Pinho, nota ao então artigo 139º do CPA, actual artigo 147º).

Parece inquestionável que a Recorrente não é titular de nenhum direito resultante de qualquer norma jurídica, nem a própria o invoca, estando, como tal, excluída a legitimidade por esta via.

Por sua vez, "Interesse legalmente protegido é aquele que, na esfera jurídica do administrado, e à sombra dum interesse público, é indirecta ou reflexamente protegido por lei." (...) "Quer dizer, não é suficiente um interesse na legalidade, mas é suposto que o impugnante se considere lesado pelo acto administrativo." (idem).

Ora, não se vislumbra de que forma a Recorrente é titular de um interesse legalmente protegido que lhe permita interpor um recurso de anulação do acto administrativo acima descrito - ou de qualquer outro que tenha sido praticado no âmbito deste procedimento administrativo.

Ou, por outro lado, em que medida é que a eventual anulação do acto administrativo que esteve na base do contrato celebrado entre si e a RAEM prossegue um

interesse legalmente protegido da Recorrente ou de que modo possa esta obter alguma vantagem ou benefício directo e com repercussão na sua esfera jurídica através da eliminação dos efeitos do acta (ou, bem rigor, do contrato) que pretende ver anulado.

Para que assim fosse, teria que a Recorrente ser titular de um interesse directo, pessoal e legítimo - ou seja, que se repercutisse imediatamente, na sua própria esfera jurídica e fosse ainda positivamente valorado pela ordem jurídica.

É que, ao contrário do que se poderia pensar, a Recorrente em lado nenhum do seu articulado expressa qualquer vontade ou interesse em se sujeitar a um concurso com vista à exploração de uma linha (ou carreira) marítima de transporte de passageiros ou a qualquer regra de selecção que diz que se impunham no caso em apreço e que, na sua perspectiva, não foram cumpridas.

A recorrente nos presentes autos não fez prova sequer da actividade que porventura exerce; não fez qualquer prova se opera ou se alguma vez operou carreiras marítimas e, em caso afirmativo, se os serviços que presta ou a sua imaginária frota de embarcações são de boa qualidade ou se está (ou não) autorizada porventura a operar em Hong Kong, e, assim sendo, não pode invocar um interesse juridicamente tutelado só por, em abstracto, ter por objecto social a mesma actividade da Recorrida.

A anulação do acto administrativo - aliás, já executado - não aproveita à Recorrente, tanto mais que esta não expressou de forma clara qualquer vontade em candidatar-se a um eventual concurso para exploração da carreira em causa, e como tal não lhe pode ser reconhecido um interesse directo imediato e legalmente protegido.

Não se conseguindo encontrar forma de qualificar o interesse da Recorrente como interesse legalmente protegido ("autênticos interesses reflexos ou difusos"), seguro é afirmar

que a anulação deste acto administrativo não teria qualquer repercussão efectiva na esfera da Recorrente.

A Recorrente é assim parte ilegítima no presente recurso contencioso de anulação do acto administrativo, nos termos do art. 46º, n.º 2, al. d) do CPAC, não só por não deter qualquer interesse, directo, pessoal e legítimo, mas, por outro lado, por nem sequer ter invocado e legitimado o seu direito (ou, melhor, a sua expectativa) com base numa pretensão de se querer sujeitar a um concurso ou a regras de selecção que, na sua opinião, se impunham e que não foram respeitadas.

Devendo ser rejeitado liminarmente o recurso apresentado por ilegitimidade da Recorrente, nos termos do artigo 46.º, n.º 2, al. d), do CPAC.

Nos termos do artigo 26º, n.º 3, alínea b) do CPAC, o prazo para a interposição de recurso contencioso conta-se a partir do conhecimento efectivo do acto.

Recorrente teve conhecimento da execução do acto administrativo em data anterior à da publicação, no Boletim Oficial, do respectivo contrato de exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros e em data anterior à da notificação do acto administrativo.

Conhecimento que a própria faz realçar nos artigos 9º a 18º da sua petição de recurso, sustentado em diversas notícias publicadas na imprensa local que a mesma fez juntar aos autos de suspensão de eficácia já repetidamente citados, o que nos leva à conclusão que aquela sociedade tomou conhecimento da existência do acto que autorizou a celebração do referido contrato em 11 de Outubro de 2007, devendo ser essa a data a partir da qual se inicia a contagem do prazo para interposição do recurso.

A não ser assim entendido, é inquestionável que a Recorrente tomou efectivamente conhecimento, fosse ele directo ou presumido, do acto recorrido, no dia 15 de Outubro de 2007, data da publicação da Ordem Executiva n.º 41/2007 acima aludida e cuja cópia a mesma sociedade fez juntar aos autos de Suspensão de Eficácia n.º 717/2007.

Nos termos do artigo 25º, n.º 2 do CPAC, o recurso contencioso é interposto em 30 dias, quando o recorrente resida em Macau (como é o caso da ora Recorrente) não sendo aplicável o n.º 1 do mesmo preceito, por não se vislumbrar nenhuma situação de nulidade.

Por sua vez, não sendo obrigatória a publicação do acto que se pretende ver anulado (nem se mostrando necessária a sua notificação à Recorrente), o prazo para a interposição do presente recurso inicia-se a partir do conhecimento efectivo do acto, ou do seu conhecimento presumido, nos termos do n.º 2 do artigo 121º do CPA.

E como tal, não poderá deixar de se concluir que o prazo de interposição do recurso contencioso terminou no dia 12 de Novembro de 2007 (ou, o mais tardar, no dia 15 daquele mês), decurso de tempo que obsta também ao conhecimento do mérito do presente recurso.

Mas ainda que, por hipótese, se contasse da execução do acto traduzida na celebração do respectivo contrato, ou seja, no dia 29 de Outubro de 2007, verifica-se igualmente que a petição de recurso a que ora se responde, com data de entrada de 2 de Janeiro de 2008, é igualmente extemporânea.

Nos termos do artigo 320º do CC actual, "O prazo de caducidade não se suspende nem se interrompe senão nos casos em que a lei o determine", ou seja, a caducidade "não se suspende nem se interrompe; apenas se impede ou não impede. Como? Só a impede a prática, dentro do prazo, do acto a que a lei atribua o efeito impeditivo" ("ac. STJ de 03/06/96, in

www.dgsi.pt).

Em conclusão, o vício acima apontado obsta ao conhecimento do presente pedido e implica a sua imediata rejeição, devendo ser rejeitado liminarmente o recurso apresentado por caducidade do direito de recurso, nos termos do artigo 46º, n.º 2, al. h), do CPAC.

Não tendo a Recorrente suprido as irregularidades processuais acima apontadas, em observância da lei, deve o presente recurso ser rejeitado, nos termos do artigo 51º, n.º 4, do CPAC, em virtude da omissão acima apontada de apresentação das referidas conclusões e ainda dos demais requisitos consignados nas alíneas g) e h) do n.º 1 do artigo 42º do mesmo diploma.

A violação do dever de verdade e probidade constitui litigância de má fé: diz-se litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave, tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar, ou aquele que tiver conscientemente alterado a verdade dos factos ou omitido factos essenciais, ou que tiver praticado omissão grave do dever de cooperação e o que tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal ou de entorpecer a acção da justiça, ou de impedir a descoberta da verdade (cfr. artigo 385º, n.º 2, do Código de Processo Civil).

Estão reunidas todas as condições necessárias para considerar a Recorrente como litigante de má-fé já que todo o seu pedido é intencionalmente construído com o intuito de alterar a verdade dos factos, omitir outros essenciais, tendo usado o procedimento preventivo, como agora faz com o recurso contencioso, de forma manifestamente reprovável.

O litigante de má fé é aquele que actua com dolo (de má fé) no processo, fazendo dele uma "utilização maliciosa e abusiva"; tal acontece quando se recorre a juízo em casos

em que se sabe não assistir o direito que se invoca, quando se usam os meios processuais para fim diverso daquele para que a lei os prevê, e, de um modo geral, quando se atenta, conscientemente, contra a verdade, por acção ou omissão.

Nos termos conjugados do n.º 1 do artigo 385º e do n.º 1 do artigo 386º, do Código do Processo Civil, tendo litigado de má fé, a parte é condenada em multa e a parte contrária pode pedir a condenação do litigante de má fé no pagamento de uma indemnização.

In casu, é flagrante que a Recorrente, com dolo, deduziu, no procedimento cautelar, pretensão cuja falta de fundamento não devia ignorar, e no recurso, manipula factos e omite outros relevantes para a boa decisão da causa, fazendo, assim, do processo um constante uso manifestamente reprovável.

Pela litigância de má-fé, para além da multa em que, como se espera, o Tribunal venha a condenar a Recorrente, deve ser ainda arbitrada à Recorrida indemnização condigna, considerando os vultosos prejuízos a esta causados com a suspensão de eficácia do acto.

Termos em que, tal como foi requerido em sede de contestação, deve ser:

1. rejeitado o recurso, nos termos do artigo 51º, n.º 4, do CPAC, por repetida omissão dos requisitos do artigo 42º, n.º 1, als. e), g) e h) do mesmo diploma e ou, se assim não se entender,

2. declarada a incompetência do Tribunal para conhecer o pedido; ou, se assim também não se entender,

3. rejeitado liminarmente o recurso apresentado por ilegitimidade da Recorrente e caducidade do direito de recurso, nos

termos do artigo 46º, n.º 2, als. d) e h), do CPAC; ou, caso também assim não se entenda,

4. ser negado o provimento ao presente recurso contencioso, mantendo-se o acta recorrido.

Deve, em qualquer dos casos, ser a recorrente condenada como litigante de má-fé, em multa e em indemnização condigna, que o Tribunal doutamente fixará, tendo em conta a manipulação que faz dos factos no presente recurso nos termos anteriormente citados, bem como os prejuízos causados com a suspensão de eficácia do acta, face à manifesta falta de fundamento que não podia ignorar.

O Digno Magistrado do MP junto deste Tribunal emite o seguinte **douto parecer**:

Se bem que com alguma dificuldade - já que, lamentavelmente, a não ser na resposta a assacada caducidade do seu direito de recurso, a recorrente ao longo do processado nunca conseguiu exprimir e externar com clareza, concisão e precisão o acto de que recorria - consegue-se apreender que "Norte Oeste Expresso, Lda." pretende impugnar o despacho do Chefe do Executivo de 9/10/07 (cfr. fls. 1923 do 8º vol. dos autos de Suspensão de Eficácia apensos) exarado na Informação nº 71/ATJ/2007 de 5/10 da Capitania dos Portos, que autorizou a celebração de um contrato de exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros entre a RAEM (terminal marítimo de passageiros da Taipa) e a RAEHK, contrato esse que viria a ser celebrado entre a RAEM e a contra interessada, "Cotai Waterjets (Macau), Lda.", tendo a respectiva escritura sido exarada a 29/10/07, tendo a

entidade recorrida delegado no Secretário para os Transportes e Obras Públicas os poderes necessários para a representação da Região na qualidade de outorgante naquela escritura.

Percorrendo todo o argumentado pela recorrente, designadamente em sede de alegações, mas também no domínio da respectiva P.I., detecta-se que a mesma, preocupando-se sobremaneira com o que apelida de "Caracterização da relação instituída pelo contrato titulado pelo acto administrativo impugnado", acaba por se espraiair no domínio de tal temática, análise detalhada da natureza e execução do contrato, condições e cláusulas contratuais, esquecendo-se de, devidamente concretizar, caracterizar e consubstanciar quais os vícios que vê afectarem o acto que impugna, sendo que, de todo o modo, dá para apreender que o mesmo se mostra inconformado com o que genericamente apelida de "Ilegalidade da atribuição de uma nova concessão e dos respectivos e indicados termos", fazendo ainda menção a as sacado desvio de poder, fundando, de todo o modo, tais asserções num denominador comum que constituirá, pensamos, o cerne, o fulcro da ilegalidade assacada : a autorização para a celebração do contrato de exploração do serviço de transportes público de passageiros por via marítima, de e para a RAEM, sem a prévia realização de concurso público para o efeito ou justificação de dispensa do mesmo, quando tal se mostrava legalmente exigível, dado estarmos perante contrato de concessão de serviço público.

Previamente à abordagem do fundo, do mérito do peticionado, convirá proceder à análise das várias excepções aduzidas, quer pela recorrida, quer pela contra interessada, a saber : a incompetência deste Tribunal, a ilegitimidade activa da recorrente, a caducidade do direito de recurso e a falta de apresentação de conclusões na P.I. por parte da recorrente, sendo que, no que concerne à assacada litigância de má fé, se tratará de matéria a abordar a final já que, obviamente contendente com a análise de mérito a empreender.

Posto isto, teremos que:

No que tange à denominada incompetência do Tribunal, é tal problemática introduzida pelo facto de a recorrente, designadamente em sede da respectiva P.I., ter, além do mais, requerido a anulação do "contrato celebrado entre a agora Contra-Interessada e a Região Administrativa Especial de Macau e ordenado à sociedade Contra Interessada que se abstenha de praticar quaisquer actos de exploração do serviço público de transporte de passageiros por via marítima", alargando-se, de resto, na argumentação, sobre a validade do contrato, questionando as respectivas cláusulas e execução, quando, na verdade, por um lado, nos termos do artº 20º CPAC "Excepto disposição em contrário, o recurso é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica", e, por outro, a tratar-se, de acção sobre contrato administrativo, no âmbito do previsto no art.º 113º do mesmo diploma, a competência para o conhecimento respectivo seria do Tribunal Administrativo, a quem incumbe conhecer e pronunciar-se sobre a validade e execução dos contratos administrativos, nos termos do nº 3 do art.º 30º da Lei de Bases da Organização Judiciária.

Contudo, embora se lamente, como começámos por referir no início da peça, que, de facto, a recorrente se tenha alargado e espraído em matérias que, na verdade mais têm a ver com aquelas temáticas, é inequívoco que a mesma pretendeu e pretende impugnar o acto já assinalado, pedido expressamente formulado na al. a) do petitório em escrutínio, razões por que se terá que concluir que, por um lado, se revelará inócua a argumentação expendida naquele domínio e, por outro, haverá que rejeitar liminarmente o aludido segmento do pedido, o que se propõe, sendo certo todavia que, nos parâmetros assinalados e atento o disposto na al. 7) do art.º 36º da L.B.O.J. se mostrará intocada a competência deste Tribunal para a apreciação do recurso.

No que tange à questão da ilegitimidade activa da recorrente, as considerações a empreender a tal propósito não se poderão afastar muito, como bem se compreenderá, do já adiantado a tal propósito em sede da suspensão de eficácia do acto.

É certo que, não tendo existido concurso público para a atribuição da concessão em apreço em que a recorrente tivesse sido eventualmente preterida, não se pode afirmar que, mesmo que aquela concessão viesse, por qualquer forma, a ser invalidada, a recorrente viesse ou venha a ser escolhida como concessionária daquele serviço.

Porém, como bem se adianta no douto aresto respeitante à suspensão de eficácia do acto, no recurso contencioso, para apreciação da legitimidade do recorrente, releva o interesse deste no processo, reconduzindo-se a sua situação de interessado à circunstância de poder obter benefício com a destruição dos efeitos do acto recorrido, ou seja, hão-de ter sempre legitimidade aqueles que podem ter alguma vantagem concreta, com repercussão na sua esfera jurídica, através da eliminação dos efeitos do acto que pretendem ver anulado.

Ora, não restarão dúvidas que a recorrente, como qualquer empresa para o efeito vocacionada a quem, nos termos legais, pudesse ter sido concessionada a exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros em questão, sofreria, por força da sua exclusão indevida e atribuição daquela concessão a terceiro, sério revés nos seus direitos, interesses e legítimas expectativas, mostrando-se, assim, evidente (e, voltamos a seguir os passos do douto aresto a que aludimos) que a recorrente não deixa de ter algum interesse na declaração de invalidade do acto que autorizou a celebração do contrato em questão, uma vez que ela própria tinha (conforme oportunamente manifestado junto da Administração) e tem interesse na exploração das carreiras de barcos em questão, mostrando-se evidente que, se a final lhe vier a ser concedida razão, se manterão em aberto as hipóteses de a sua candidatura vir a ser considerada, ao invés do que sucede por força do acto, donde resultaria

“a priori” a sua exclusão.

De outra forma, bem vistas as coisas, a assim se não entender, nunca, em casos similares de atribuições directas de concessões de serviços públicos, ou mesmo no caso de concursos públicos com mais de 2 concorrentes, os excluídos se poderiam arrogar à impugnação daqueles actos praticados em favor de terceiros, já que, em última análise, nunca se saberia, à partida, se o recorrente seria ou teria sido o “feliz contemplado” com a atribuição respectiva, o que dificilmente se compreenderia.

É manifesta, pois, a legitimidade da recorrente.

Relativamente à caducidade do direito de recurso, sendo pela recorrente assacada, além do mais, a nulidade do acto, forma de invalidade, como se sabe de conhecimento oficioso e a todo o tempo, sempre seria de aguardar a decisão de mérito e aquilatação de eventual forma de invalidade para aferir de tal matéria.

De todo o modo, não nos esgrimiremos, desde já, a referir crer assistir razão à recorrente também nesse domínio. Não se pode contestar ou esgrimir contra o que se desconhece.

Se é verdade que, relativamente à celebração do contrato entre a recorrida e a contra interessada existiu publicidade, seja a nível oficial, seja através dos "media", não deixa de ser também certo inexistir no procedimento qualquer comprovativo (nem tal se vê alegado, quer pela recorrida, quer pela contra interessada) de que, por qualquer forma, tenha sido dado conhecimento público relativamente ao acto que autorizou a celebração desse contrato, sendo que, mesmo a este Tribunal só foi possível, com algum custo, diga-se, apurar precisa e concretamente esse acto após a entidade recorrida do mesmo ter dado nota aquando da suspensão de eficácia.

É certo que, na imprensa oficial se publicou quer a delegação de poderes da recorrida relativamente ao Secretário para os Transportes e Obras Públicas para representar a RAEM na qualidade de outorgante no contrato, quer a exarcação desse contrato em 29/10/07.

O que se não vê - e isso o que para o caso importa - é que alguma vez se tenha externado, de forma clara e acessível, os termos do acto que permitiu a celebração desse contrato.

Sendo certo que a recorrente invoca ter tomado íntegro conhecimento do mesmo apenas aquando da notificação da oposição em sede de suspensão de eficácia que decorreu termos neste Tribunal e nada havendo em contrário, terá que concluir-se, fazendo apelo a ambas as datas - dessa notificação e da entrada da P.I. em juízo - encontrar-se em tempo a impugnação em crise.

Já quanto à falta de apresentação de conclusões na petição inicial, sendo inquestionável recair sobre a recorrente o ónus de apresentação, de forma clara e sintética das mesmas, com indicação precisa das normas ou princípios que considere infringidos, tudo consoante o previsto na al. e) do n.º 1 do art.º 42º, CPAC, reconhece-se tratar-se de mera deficiência formal, a justificar despacho de aperfeiçoamento, nos termos do n.º 1 do art.º 51º do diploma referido, por forma a suprir-se tal deficiência.

Constatando-se, contudo, que o convite ao aperfeiçoamento formulado pelo Mmo Juíz relator em 25/1/08 (cfr. fls. 59 e v) se reportou expressamente, e só, à necessidade de identificação, clara e objectiva, da "entidade que praticou o acto anulando ", que não ao segmento em apreço, ter-se-á que concluir não ser caso de falta de suprimento da irregularidade apontada, a justificar a rejeição do recurso, nos termos do n.º 4 da norma

citada.

Posto isto, temos que a recorrente assaca ao acto (pelo menos no que conseguimos descortinar, (que não por devida exposição do próprio), dois tipos de vícios:

desvio de poder e

violação de lei, mais concretamente por concessão de um serviço público sem prévio concurso público.

Quanto ao 1º, vício que a recorrente parece ter abandonado em sede de alegações, nada indica que, mesmo que se venha a concluir (como é o caso) que se deveria, nos termos legais, ter procedido a concurso público, a entidade recorrida não tenha "malgré tout" tentado prosseguir o fim de interesse público relativo à exploração e gestão dos transportes marítimos, ou, dito por outra forma, com a autorização em questão tenha, abertamente ou não, querido beneficiar a concessionária com aquela exploração em detrimento desse interesse público.

Na verdade, afigura-se-nos não existir matéria no procedimento que, com validade e isenção, permitam concluir que, seja por que maneira for, designadamente através da "alteração da versão portuguesa do contrato de modo a que da mesma deixasse de constar a expressão tradicional "contrato de concessão de exploração" como método de procurar justificar a defesa de que se não trate de um contrato desse tipo", quando, alegadamente, da versão chinesa constaria a designação de "contrato de concessão", se tenha permitido "criar a aparência de não violação da disciplina legal e contratual".

Tais são, pensamos, apressadas conclusões da própria recorrente, sem consubstanciação no acervo probatório colhido nos autos e que não subscrevemos.

Donde, a nosso ver, mostrar-se arredada a ocorrência do assacado (pelo menos inicialmente) vício de desvio de poder. Chegamos, assim, ao cerne da problemática : poderia, legalmente, a entidade recorrida autorizar a exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros de e para a RAEM sem sujeição a concurso público?

Cremos que não.

Serviço público é a actividade desenvolvida, criada ou permitida por lei, destinada à prestação de utilidades concretas aos indivíduos, propondo-se satisfazer uma necessidade colectiva individualmente sentida (Marcelo Caetano, Manual Dir. Adm., II, 9ª ed., pág. 1043).

No caso, deparamo-nos com a autorização de exploração de um serviço de transporte marítimo de passageiros entre a RAEM e a RAEHK e vice versa.

Nesse sentido, haverá que ponderar alguns aspectos:

- a LBRAEM qualifica o direito de saída e entrada em Macau como um direito fundamental dos residentes;*
- a fronteira marítima, não o sendo em termos de entradas e saídas dos utentes, designadamente dos residentes da Região, é a maior em termos geográficos de Macau ;*
- a RAEM não tem águas territoriais, encontrando-se o mar contíguo à sua fronteira constitucionalmente integrado no território soberano da R.P.C. ;*
- a não ser para o Continente Chinês, toda a circulação para fora da Região tem que operar-se por via marítima.*

Chegados aqui, ter-se-á que concluir que, em termos estratégicos e geográficos, mal se compreenderia que o transporte marítimo de passageiros detivesse uma posição subalternizada relativamente aos restantes transportes, designadamente os terrestres, sendo certo que, relativamente aos mesmos, nem sequer se põe a questão de não constituírem serviços públicos, considerados, nomeadamente, os termos das concessões respectivas, sendo, a propósito, de considerar o preceituado no art.º 1º do Dec. Lei 64/84/M de 30/6.

Serve isto por dizer que se nos afigura claro que o serviço cuja exploração foi autorizada pelo acto em crise reveste, necessariamente, a natureza de um serviço público, a tal não obstando quer o facto de não ser exclusivo, quer a nomenclatura imprimida ao contrato subsequente : como bem se afirma no douto acórdão a que já nos reportámos "Longe vão os tempos da exclusividade monopolista dos serviços públicos", sendo que o que haverá que ter em conta não é a exclusividade em si, mas sim o reporte ao serviço concretamente explorado, acrescendo que, por outra banda, a eventual falta, no contrato propriamente dito, da menção de "serviço público" não adquire para o caso, qualquer relevância.

Chegados aqui, temos, pois, que da concessão de um serviço público se tratou. E, como tal, de acordo com o preceituado no nº 1 do art.º 5º da Lei 3/90/M de 14/5, deveria a outorga respectiva ser precedida de concurso público.

Ou seja: tal concurso público revelava-se obrigatório, sendo que a recorrida não só não procedeu ao mesmo, como não justificou minimamente, na altura em que tal se importava, a dispensa respectiva.

Desta forma, não se tendo ponderado, sequer, em devido tempo, e por qualquer modo, a verificação de eventuais pressupostos justificativos dessa dispensa, apresenta-se a

"fundamentação" posteriormente apresentada a tal nível com carácter de inocuidade.

E, se algum ou alguns casos similares previamente existiram em que, da mesma forma, aquele tipo de serviços de transporte marítimo foram concessionados sem sujeição a concurso público, o que se poderá acrescentar é apenas que, a aplicarem-se os mesmos condicionamentos legais, tais concessões padeceriam das mesmas objecções que a presente, mas não detendo a virtualidade de a validarem.

Donde, sem necessidade de maiores considerações ou alongamentos, sermos a considerar que, por ocorrência do vício de violação de lei assacado, deverá ser dado provimento ao presente recurso e anulado o acto em escrutínio.

De tudo o exposto resulta também não se divisar que, ao contrário do pretendido pela contra interessada, a recorrente, quer no domínio da suspensão de eficácia, quer no decurso do presente recurso, tenha intencionalmente construído os seus pedidos com o intuito de alterar a verdade dos factos, omitindo outros essenciais, usando tais meios de forma manifestamente reprovável ou deduzindo pretensões cuja falta de fundamento não devia ignorar, já que, além do mais, como se deixou referido, entendemos assistir-lhe razão quanto ao cerne do caso.

Uma coisa são eventuais imprecisões e insuficiências na apresentação do caso (a algumas das quais, de resto, já aludimos), outra bem diferente é o que a contra interessada das mesmas pretende extrair.

Daí que se não veja razão para a almejada condenação da recorrente como litigante de má fé, no domínio de qualquer dos processos e meios processuais.

Este, o nosso entendimento.

Foi feita a produção da prova requerida que, face ao desfecho do recurso e às questões a decidir se mostrou inócua, tal como adiante se dirá.

Foram colhidos os vistos legais.

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 outras excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito.

III - FACTOS

Com pertinência, tem-se por assente a factualidade seguinte:

No dia 05/10/2007 foi apresentada a Proposta n.º 71/ATJ/2007 por parte da Senhora Directora da Capitania dos Portos ao

Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas:

“Assunto: Requerimento da COTAI Waterjets (Macau) Limitada para a exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros no Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa e Hong Kong.

Exmº Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas

Relativamente ao requerimento da COTAI Waterjets (Macau) Limitada para a exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros no Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa e a RAEHK, cumpre-nos informar o seguinte:

Conforme o Despacho de V. Exª datado de 14 de Setembro de 2007 e com a colaboração do Assessor Dr. Virgílio Valente do Gabinete do Senhor Secretário, esta Capitania já elaborou a minuta do contrato de concessão a celebrar entre a Região Administrativa Especial de Macau (Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa) e a Região Administrativa Especial de Hong Kong sobre a exploração do serviço de transporte de passageiros, tendo a referida minuta do contrato obtido a concordância da COTAI Waterjets (Macau) Limitada.

Tendo em conta que o requerimento para a exploração do serviço de transporte de passageiros da COTAI Waterjets (Macau) Limitada no Terminal Marítimo de Passageiros a Hong Kong reúne as condições para a sua autorização, vimos propor o seguinte:

Autorizar a celebração do contrato de operação do serviço de transporte marítimo de passageiros no (Terminal Marítimo da Taipa) entre a Região Administrativa Especial de Macau e a Região Administrativa Especial de Hong Kong.

Em anexo remetemos a minuta do Despacho da delegação de competências de Sua Ex^a O Chefe do Executivo ao Secretário para os Transportes e Obras Públicas aquando da celebração do contrato de operação do serviço de transporte marítimo de passageiros no (Terminal Marítimo da Taipa) entre a Região Administrativa Especial de Macau e a Região Administrativa Especial de Hong Kong, para V /referência.

À consideração superior de V. Ex^a.

Directora da Capitania dos Portos,

(...)

Em anexo:

- 1. Fotocópia da Proposta nº 58/ATJ/2007 da Capitania dos Portos;*
- 2. Minutas em chinês e português do contrato de operação do serviço de transporte marítimo de passageiros no (Terminal Marítimo da Taipa) entre a Região Administrativa Especial de Macau e a Região Administrativa Especial de Hong Kong;*
- 3. Minuta do Despacho de Sua Ex.^a o Chefe do Executivo;*
- 4. Ficheiro electrónico em disquete, contendo o contrato e o Despacho de Sua Ex^a o Chefe do Executivo”*

É do seguinte teor a minuta do contrato:

“Contrato de exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros entre a Região Administrativa Especial de Macau (Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa) e a Região Administrativa Especial de Hong Kong

Artigo primeiro – Definições

Para efeitos do presente contrato:

- 1) "RAEM", - significa a Região Administrativa Especial de Macau;
- 2) "RAEHK", - significa a Região Administrativa Especial de Hong Kong;
- 3) "Operadora", - significa a «金光噴射飛航(澳門)有限公司», em português «COTAI Waterjets (Macau), Limitada» e em inglês «COTAI Waterjets (Macau) Limited», sociedade por quotas de responsabilidade limitada, constituída e sediada na Região Administrativa Especial de Macau, na Avenida Dr. Mário Soares, n.º 25, Edifício Montepio, Apartamento 25, 2º andar, registada na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis sob o número 28390 (SO);
- 4) "Partes", - significa a RAEM e a Operadora;
- 5) "Contrato", - significa o presente acordo e os adicionais ao mesmo que venham a ser outorgados em resultado de acordo das partes;
- 6) "Exploração", - significa o direito atribuído pelo contrato à Operadora de explorar o serviço de transporte marítimo de passageiros entre a Região Administrativa Especial de Macau (Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa) e a Região Administrativa Especial de Hong Kong;
- 7) "Entidade fiscalizadora", - significa a entidade ou entidades designadas pela RAEM para fiscalizar o cumprimento das obrigações da Operadora.

Artigo segundo – Objecto

1. O presente contrato regula a exploração, pela Operadora, de carreiras regulares rápidas (velocidade mínima de 20 milhas náuticas por hora) de transporte marítimo de passageiros entre o Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa, na RAEM e

a RAEHK.

2. A Operadora obriga-se a assegurar o serviço de transporte marítimo de passageiros, referido no número anterior, nos termos acordados e no respeito pelo princípio da prossecução do interesse público que preside à celebração do contrato por parte da RAEM.

3. Obtida autorização da RAEM, a Operadora pode estabelecer carreiras regulares rápidas de transporte marítimo de passageiros entre o Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa, na RAEM e outros destinos na RAEHK.

4. A exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros para outros destinos para além do Terminal Marítimo de Passageiros de Shun Tak Centre Central, na RAEHK, uma vez autorizada, é titulada por adenda ao presente contrato, na qual são clausuladas as condições específicas a observar pela Operadora para cada um desses destinos.

Artigo terceiro – Prazo

1. O presente contrato vigora pelo prazo de vinte (20) anos, contados a partir do dia seguinte ao da sua assinatura, sem prejuízo de suspensão ou resolução nos termos contratuais.

2. O prazo referido no número anterior pode ser prorrogado por acordo das partes, mediante adenda ao presente contrato.

3. No caso de suspensão da exploração, o prazo referido no n.º 1 considera-se prorrogado nos termos do disposto no artigo décimo sétimo.

4. No antepenúltimo ano de vigência do contrato, as partes reúnem com o objectivo de acordarem as condições em que pode haver lugar a uma eventual prorrogação do prazo.

5. A RAEM e a Operadora obrigam-se, desde já, a efectuar uma revisão do contrato no decurso do décimo ano anterior ao termo do prazo referido no número um.

6. Após o decurso de cinco (5) anos do prazo referido no número um deste artigo, como resultado da necessidade de introduzir alterações aos termos da exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros ou às regras de utilização das infra-estruturas portuárias e terminais marítimos de passageiros da RAEM, a RAEM e a Operadora acordam em negociar de boa fé as necessárias alterações ao presente contrato, aceitando a Operadora passar a reger-se pelos mesmos termos e condições que a RAEM adoptar em relação aos outros operadores do serviço de transporte marítimo de passageiros de e para a RAEM.

Artigo quarto - Frota de Embarcações

A Operadora obriga-se a afectar à exploração, até ao final do ano de 2007, pelo menos três (3) embarcações rápidas, com a lotação mínima de trezentos e vinte e cinco (325) lugares cada uma, que são acrescidas de mais sete (7) embarcações, do mesmo tipo e lotação, até ao final do mês de Setembro de 2008.

Artigo quinto - Obrigações da Operadora :

1. Constituem obrigações da Operadora:

1) Observar a legislação em vigor na RAEM, bem como os usos, regulamentos e convenções internacionais sobre transporte por mar de passageiros e suas bagagens e

sobre segurança e salvaguarda da vida humana no mar;

2) Submeter a vistoria prévia da RAEM as embarcações que pretenda afectar à exploração;

3) Manter as embarcações em perfeito estado de navegabilidade e convenientemente equipadas;

4) Assegurar o bom estado geral das embarcações e mantê-las em bom estado de conservação e limpeza;

5) Afixar no interior de cada embarcação, em lugar visível, a indicação da respectiva lotação;

6) Não exceder a lotação fixada para cada embarcação e constante do respectivo registo;

7) Afixar e dar a conhecer por meios sonoros, a bordo de cada embarcação, informações relativas à segurança dos passageiros, nas línguas oficiais da RAEM;

8) Manter a bordo das embarcações um serviço de cabina para assistência aos passageiros;

9) Garantir, por seguro adequado, a sua responsabilidade pelos danos sofridos pelos passageiros, em caso de morte ou acidentes pessoais, bem como de perda das suas bagagens ou de danos por elas sofridos;

10) Acatar as instruções ou recomendações formuladas pela Capitania dos Portos;

11) Tomar as medidas necessárias para que o pessoal afecto à exploração se apresente limpo e devidamente uniformizado e se comporte correctamente para com os passageiros;

12) Submeter à aprovação prévia da RAEM, até trinta dias antes da data prevista para a sua entrada em vigor, os horários das carreiras, bem como as alterações

que pretenda introduzir-lhes;

13) Afixar, quer nas embarcações quer no terminal de passageiros, nas línguas oficiais da RAEM, os horários em vigor e dar adequada publicidade às alterações aprovadas, designadamente mantendo-as afixadas nos mesmos locais a partir do décimo quinto dia anterior à data de início da sua aplicação;

14) Cumprir os horários aprovados;

15) Estabelecer planos de segurança que garantam a salvaguarda das embarcações em situações de tempestade tropical, evitando risco para a vida humana no mar, nomeadamente rumando as embarcações a portos de abrigo previamente determinados;

16) Possuir os apetrechos e ser capaz de usar meios adequados à ocorrência de situações inesperadas que impeçam ou dificultem a navegabilidade de qualquer embarcação afecta à exploração do serviço objecto do presente contrato, bem como impeçam ou dificultem a sua permanência no terminal marítimo.

2. A substituição de qualquer embarcação, bem como o acréscimo ou redução da frota afecta à exploração carecem de prévia autorização da RAEM.

3. Quando pretenda iniciar carreiras regulares rápidas de transporte marítimo de passageiros para outro destino para além do Terminal Marítimo de Passageiros de Shun Tak Centre - Central, na RAEHK, a Operadora obriga-se a:

1) Obter o acordo da RAEM com a antecedência mínima de noventa (90) dias sobre o início da exploração do serviço;

2) Apresentar, relativamente ao destino, um plano de operações do qual deve constar a quantidade e tipo de embarcações a utilizar, a sua lotação, a tripulação por

embarcação, a frequência das viagens, os horários e as tarifas a praticar;

3) Juntar demais elementos ou prestar as informações que a RAEM julgue necessárias para a apreciação do pedido.

4. A Operadora promove o registo das embarcações num dos portos de destino.

Artigo sexto - Vistoria das embarcações

1. A RAEM pode, para além das inspecções normais previstas na legislação em vigor, mandar proceder à vistoria das embarcações afectas à exploração do serviço sempre que o entenda conveniente.

2. As embarcações, em relação às quais a vistoria conclua que não reúnem as condições necessárias para assegurar a manutenção normal do serviço, não podem continuar a ser utilizadas.

Artigo sétimo - Frequência das viagens

1. Na exploração do serviço com destino ao Terminal Marítimo de Passageiros de Shun Tak Centre, HK Central, na RAEHK, a Operadora efectua, no mínimo, quinze (15) viagens diárias, em cada sentido, até ao final do ano de 2007, e no mínimo, quarenta (40) viagens diárias, em cada sentido, até ao final do mês de Setembro de 2008.

2. A Operadora obriga-se a reforçar a frequência das viagens de modo a garantir a capacidade de transporte necessária à satisfação da procura.

3. A Operadora sujeita-se às decisões da Capitania dos Portos sobre a entrada e saída dos portos da RAEM.

Artigo oitavo - Ponte-cais

1. A Operadora instala e mantém em bom estado de operacionalidade, a expensas próprias, as infra-estruturas do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa que forem aprovadas pelos Serviços competentes da RAEM, destinadas ao embarque e desembarque dos seus passageiros.

2. No termo da vigência do presente contrato, a Operadora entrega, gratuitamente, à RAEM, as instalações referidas no número anterior, livres de quaisquer ónus ou encargos e em estado que permita a continuidade da sua utilização.

Artigo nono - Transporte de bagagem

1. A Operadora transporta gratuitamente, além da bagagem de mão, um máximo de vinte (20) quilos de bagagem por passageiro.

2. O transporte de bagagem que exceda o limite, fixado no número anterior, é pago pelo passageiro à Operadora, de acordo com a tabela de preços aprovada pela RAEM.

3. O transporte de bagagem é feito em espaços próprios, reservados em cada embarcação.

4. As bagagens referidas no número anterior são transportadas na embarcação em que o passageiro fizer a viagem e devem ser apresentadas a despacho até ao termo do período fixado pela Operadora, o qual não pode ir além de quinze minutos antes da hora de embarque.

5. A Operadora obriga-se a dispor de um serviço de despacho das bagagens dos passageiros nos Terminais Marítimos de Passageiros da RAEM e da RAEHK.

Artigo décimo - Taxas a satisfazer pela concessionária

1. A Operadora paga os impostos que forem devidos bem como as taxas estabelecidas na legislação em vigor, incluindo as relativas ao desembarço marítimo das embarcações, aos serviços prestados pelos agentes da Capitania dos Portos e ao transporte de passageiros.

2. A Operadora obriga-se ao pagamento das tarifas estabelecidas pela entidade exploradora do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa, a partir do momento que este entre em pleno funcionamento, respeitantes à atracação de cada embarcação.

Artigo décimo primeiro - Reserva de lugares por motivo de serviço público

A Operadora obriga-se a satisfazer, gratuitamente, as requisições de transporte de passageiros que, por motivo de serviço público, lhe sejam formuladas pelos Serviços da Administração Pública da RAEM.

Artigo décimo segundo - Sistema tarifário

1. O sistema tarifário é estabelecido pela Operadora e submetido à RAEM, para aprovação, com a antecedência trinta dias relativamente à data da sua divulgação ao público.

2. A pedido da Operadora as tarifas podem ser revistas anualmente, com base na evolução do preço do combustível e do índice de preços no consumidor na RAEM.

3. As crianças com menos de um ano de idade são transportadas gratuitamente, quando acompanhadas por passageiro.

4. Os bilhetes têm impresso a tarifa respectiva e as condições de utilização.
5. A Operadora pode praticar tarifas especiais, a valores reduzidos, ficando obrigada a dar conhecimento à RAEM, com a antecedência mínima de quinze dias sobre a entrada em vigor.
6. A Operadora pode dispor de sistemas informatizados de emissão de bilhetes, integrados ou não em outras funcionalidades, designadamente permitindo também a sua aquisição através de cartões inteligentes, máquinas automáticas, passes e descontos de passageiro frequente, descontos através de acumulação de pontos por viagem e aquisição em unidades hoteleiras aderentes do sistema.

Artigo décimo terceiro - Informação de gestão

1. A Operadora deve manter, devidamente organizado e actualizado, um sistema contabilístico especialmente adaptado à actividade transportadora, capaz de fornecer a informação necessária à fundamentação da política de tarifas a praticar.
2. No domínio da exploração, a Operadora obriga-se a criar um sistema de recolha e tratamento de informação e estatística que permita acompanhar de forma regular a evolução da sua actividade transportadora.
3. A Operadora fornece mensalmente à RAEM os dados que integram o sistema de informação de gestão, acordado entre as partes.
4. A Operadora fornece ainda trimestralmente à RAEM, por via electrónica, informações detalhadas sobre o número total diário quer de passageiros transportados quer de viagens realizadas-

Artigo décimo quarto – Fiscalização

1. *A fiscalização da execução do presente contrato compete à Capitania dos Portos, a qual pode tomar as providências que julgue convenientes para garantir o total e pontual cumprimento das obrigações da Operadora.*

2. *A Operadora obriga-se a prestar à Capitania dos Portos os esclarecimentos e informações necessárias para tal fim, bem como a conceder-lhe todas as facilidades exigidas pelo exercício da actividade de fiscalização.*

Artigo décimo quinto - Delegado do Governo

1. *A actividade da Operadora é acompanhada, em permanência, por um delegado do Governo, designado por despacho do Chefe do Executivo da RAEM, o qual, no exercício das suas funções, tem as atribuições e competências definidas na lei.*

2. *A remuneração do delegado do Governo constitui encargo da Operadora e é fixada no despacho a que se refere o número anterior, tendo como limite máximo 25% (vinte e cinco por cento) do vencimento correspondente ao índice mais elevado da tabela remuneratória dos trabalhadores da Administração Pública da RAEM.*

Artigo décimo sexto - Transmissão da posição contratual e subcontratação

1. *A posição contratual da Operadora não pode ser transmitida, total ou parcialmente, sem consentimento expresso da RAEM, assumindo, em tal caso, o transmissário, todos os direitos e obrigações decorrentes do presente contrato.*

2. *Da transmissão não pode resultar a extensão do prazo de vigência do presente contrato, estabelecido no artigo terceiro.*

3. *A Operadora não pode, sem consentimento expresso da RAEM, subcontratar*

a totalidade ou de parte da exploração do serviço, objecto do contrato.

Artigo décimo sétimo - Suspensão da exploração

1. A RAEM pode determinar a suspensão temporária, total ou parcial, da exploração nos termos da lei, retomando a Operadora as actividades logo que para tal seja avisada.

2. O exercício pela RAEM da faculdade conferida pelo número anterior não confere à Operadora o direito a qualquer compensação.

3. Durante o período de suspensão, a Operadora está isenta das obrigações decorrentes do presente contrato relativamente às actividades que deixar de, exercer.

4. Em caso de suspensão total, o prazo de vigência do presente contrato considera-se prorrogado por período igual ao da suspensão se a Operadora manifestar essa vontade perante a RAEM.

Artigo décimo oitavo - Resolução do contrato pela RAEM

1. A RAEM pode resolver o presente contrato nos seguintes casos:

1.) Não constituição e/ou não reconstituição da caução, nos termos previstos nos números um e cinco do artigo vigésimo primeiro;

2) Alteração do sistema tarifário sem aprovação da RAEM ou com desrespeito pelos princípios estabelecidos no presente contrato;

3) Não início, interrupção ou abandono, total ou parcial, sem causa legítima, da exploração do serviço;

4) Transmissão da posição contratual ou subcontratação da exploração do

serviço, sem prévia autorização da RAEM;

5) Acordo de credores, concordata, falência ou dissolução da Operadora ou alienação de parte substancial do seu activo, considerando-se como parte substancial do activo aquela que a RAEM entenda como susceptível de afectar a normal exploração do serviço;

6) Desobediência reiterada às determinações da entidade fiscalizadora, com manifesto prejuízo para o serviço, objecto do presente contrato;

7) Prestação de falsas declarações, punidas pela lei penal, relativamente a qualquer matéria relacionada com a execução deste contrato.

2. A resolução é comunicada à Operadora por meio de carta registada com aviso de recepção.

3. Em caso de resolução, a Operadora perde, a favor da RAEM, a caução prestada.

Artigo décimo nono - Revisão e resolução

O presente contrato pode, a todo o tempo, ser revisto ou resolvido por mútuo acordo entre a RAEM e a Operadora.

Artigo vigésimo – Sanções

1. A Operadora pode ser sancionada com o pagamento de multa variável entre mil a dez mil vezes o valor da tarifa mais elevada, em caso de:

- 1) Incumprimento dos horários aprovados;*
- 2) Incumprimento das normas relativas à segurança de passageiros e bagagens;*
- 3) Incumprimento do estipulado relativamente ao transporte de bagagens;*

4) *Incumprimento das normas relativas à vistoria, substituição e segurança das embarcações;*

5) *Alteração do sistema tarifário, sem prévia aprovação pela RAEM;*

6) *Incumprimento reiterado das instruções emanadas da RAEM das quais não resulte prejuízo grave para a exploração do serviço;*

7) *Utilização injustificada das embarcações e das instalações portuárias para uso diferente do acordado, sem prévia autorização da RAEM.*

2. *Não há lugar a aplicação da sanção referida no número anterior quando a Operadora faça prova de que as acções ou omissões resultam de caso fortuito, de força maior ou de outras causas que lhe não podem ser imputadas.*

3. *Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se caso fortuito ou de força maior, os casos de intervenção da autoridade marítima ou policial, de guerra, de alteração da ordem pública, de incêndio, de inundação e vendaval, de cataclismo, de malfeitoria ou de intervenção de terceiros, devidamente comprovada.*

4. *Considera-se causa não imputável à Operadora todo o facto ou acto em relação ao qual a entidade fiscalizadora, em relatório fundamentado, conclua que a Operadora, apesar do resultado, adoptou as indispensáveis medidas de precaução e não se comprova ter havido negligência ou dolo.*

5. *No caso de reincidência, o limite mínimo da multa é elevado de um quarto permanecendo o limite máximo inalterado.*

6. *As multas são pagas no prazo de trinta dias, a contar da data em que a Operadora tiver sido notificada da sua aplicação, reservando-se a RAEM o direito de se*

fazer pagar pelo valor da caução prevista no artigo vigésimo primeiro, se o pagamento não for feito no prazo acima fixado.

7. No caso de não ser possível efectivar o pagamento das multas com recurso à caução, passam a ser devidos juros de mora calculados da forma seguinte:

- 1) Pelo primeiro mês ou fracção: 2% (dois por cento) ao mês;*
- 2) Por cada mês ou fracção seguintes: 3% (três por cento) ao mês.*

8. A aplicação das multas previstas neste artigo não exonera a Operadora de eventuais responsabilidades para com terceiros, nem impede as entidades competentes de aplicarem outras sanções previstas na lei.

Artigo vigésimo primeiro – Caução

1. A Operadora obriga-se a apresentar, na data de assinatura do presente contrato, uma. caução no valor de \$ 1500 000,00 (um milhão e quinhentas mil patacas destinada a garantir o exacto e pontual cumprimento das obrigações assumidas, bem como o pagamento de multas que possam vir a ser-lhe aplicadas.

2. A caução referida no número anterior pode ser prestada por depósito em dinheiro ou mediante garantia bancária.

3. O depósito em dinheiro é efectuado em instituição bancária que exerça funções de caixa do tesouro da RAEM, à ordem desta, com especificação do fim a que se destina.

4. A garantia bancária consta de documento a emitir por instituição bancária legalmente autorizada a exercer actividade na RAEM e assegura, até ao valor da caução, o imediato pagamento exigido pela RAEM em virtude do incumprimento das obrigações a

que a garantia respeita ou o pagamento de quaisquer multas a que a Operadora fique obrigada.

5. Sempre que se verifique a utilização da caução, a Operadora procede à reconstituição do seu montante, no prazo de trinta dias.

6. A caução é restituída à Operadora no termo da vigência do contrato, revertendo, porém, integralmente para a RAEM em caso de resolução, nos termos do artigo décimo oitavo.

7. Todas as despesas com prestação da caução são da responsabilidade da Operadora.

Artigo vigésimo segundo - Tribunal Arbitral

1. As partes submetem as questões que entre elas se suscitarem sobre a interpretação e a execução do contrato a um Tribunal Arbitral, o qual funciona na RAEM e é constituído por três árbitros, um nomeado pela RAEM, outro pela Operadora e o terceiro, que preside, por acordo das partes.

2. Se qualquer das partes não designar o seu árbitro no prazo de trinta dias de calendário, contados da data em que para o efeito for notificada, ou se, no mesmo prazo, não chegarem a acordo quanto à designação do terceiro árbitro, a escolha dos árbitros é feita pelo Tribunal Judicial de Base da RAEM, a requerimento de qualquer delas.

3. O Tribunal Arbitral julga ex aequo et bono e das suas decisões não cabe recurso.

4. As despesas com a constituição do Tribunal Arbitral são suportadas pela parte vencida, na proporção em que decair.

5. Até à decisão do Tribunal Arbitral é observada, pelas partes, a decisão da autoridade marítima da RAEM.

Artigo vigésimo terceiro - Direito de preferência

No termo da vigência do contrato, a Operadora goza de direito de preferência, em igualdade de condições e desde que haja cumprido as obrigações assumidas no âmbito deste contrato, em nova exploração sobre o mesmo objecto que a RAEM venha a constituir.

Artigo vigésimo quarto - Comunicações entre as partes

1. *As comunicações à Operadora são endereçadas para a sua sede na Avenida Dr. Mário Soares, n.º 25, Edifício Montepio, Apartamento 25, 2º andar, em Macau.*

2. *As comunicações à RAEM são endereçadas ao Chefe do Executivo ou entidade com competência delegada, ao delegado do Governo ou à Capitania dos Portos, consoante o assunto.*

Artigo vigésimo quinto - Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa

No período de construção das instalações definitivas do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa, na RAEM, a Operadora utiliza instalações provisórias no mesmo local, com respeito pelas orientações emanadas da Capitania dos Portos.”

No dia 9/10/07, o Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas proferiu o seguinte despacho:

“Concordo, submete-se a apreciação e assinatura de S. Ex.ª o Chefe do Executivo.”

No dia 9/10/07, Sua Ex.^a o Senhor Chefe do Executivo proferiu o seguinte despacho:

“Concordo com o parecer do Senhor Secretário Lau Si Io.”

Nos termos da Ordem Executiva 41/2007, de 15/10/07 o Exmo Senhor Chefe do Executivo delegou poderes no Exmo Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas, na qualidade de outorgante, na escritura pública relativa ao supra citado contrato de exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros entre a Região Administrativa Especial de Macau (Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa) e a Região Administrativa Especial de Hong Kong.

Só depois da providência instaurada, em 16 de Nov/07, veio a escritura a ser publicada no BO, em 5 de Dez./07.

E foi ainda antes dessa publicação que o serviço de transporte marítimo em referência começou a ser operado, em 30 de Nov./07.

A entidade recorrida, através do **despacho de 19 de Março de 2008**, exarado na **Proposta** (34/ATJ/2008) abaixo transcrita, já na pendência deste recurso, relativamente ao contrato em causa, proferiu o despacho seguinte:

“Concordo. Homologo a proposta. Mantém-se a decisão da minuta do contrato da operação aprovada.”

Assin.”

Tal despacho foi emitido sob a proposta do Exmo Senhor Secretário para as Obras Públicas e Transportes, de 19/3/08, do seguinte teor:

“Exmo Senhor Chefe do executivo,

Concordo com o teor da presente proposta.Submeto à V. consideração.

Mais solicito a V. Ex.^a que reconheça o despacho exarado na Proposta n.º 71/ATJ/2007, da Capitania dos Portos e concorde com a decisão da minuta do contrato da operação aprovada.

Assin. Sec. TOPT”

Essa **Proposta** 34/ATJ/2008, de 17/3/08, é do seguinte teor:

“Assunto : Contrato de exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros. COTAI Waterjets (Macau) Limitada.

Exmº Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas

Pela Proposta n.º 71/ATJ/2007, doravante referida por Proposta, de 05/10/2007, esta Capitania dos Portos propôs que fosse autorizada a celebração de um contrato de exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros (Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa) entre a Região Administrativa Especial de Macau e a Região Administrativa Especial de Hong Kong, com a COTAI Waterjets (Macau) Limitada.

Concomitantemente foi submetida à superior consideração de V. Ex.^a, uma minuta

de contrato para efeitos de aprovação.

Subsequentemente, em 9 de Outubro de 2007, V. Ex.^a concordou com a proposta e submeteu-a à apreciação e aprovação de Sua Ex.^a o Chefe do Executivo que, na mesma data, exarou o seguinte despacho:

"Concordo com o parecer do Senhor Secretário Lau Si Io.

Ho Hau Wah

9/10/2007",

De acordo com a referida Proposta, a COTAI Waterjets (Macau) Limitada, reúne as condições para a exploração do serviço de transporte de passageiros entre a Região Administrativa Especial de Macau (Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa) e a Região Administrativa Especial de Hong Kong, tendo aceite os termos e condições da respectiva minuta do contrato.

A Proposta fundamentou-se nos pressupostos da não necessidade e não obrigatoriedade de concurso público ⁴, e consequente procedimentação concursal, justificados por práticas notórias e anteriores da Administração.

Atendendo, no entanto, a que aquela Proposta, e consequente decisão, não se encontra devidamente fundamentada;

Atendendo a que não existe condicionamento administrativo específico, ou outro regime legal, para a actividade de exploração do serviço de transporte marítimo de

⁴ Nem de consulta.

passageiros e que, por isso mesmo, deve entender-se que à formação do contrato se aplica o regime dos contratos administrativos, previsto e regulado no Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de Outubro;

Considerando que a ligação marítima em carreiras diárias com Hong Kong teve o seu desenvolvimento nos anos sessenta, como obrigação mínima, em matéria de comunicações e transportes, resultante da adjudicação a Stanley Ho da concessão, em regime de exclusivo, da exploração de jogos de fortuna e azar na então Província de Macau;

Considerando que, nos termos do contrato outorgado em 30 de Março de 1962 – Boletim Oficial de Macau n.º 16, de 21 de Abril de 1962 – a concessionária da exploração do jogos de fortuna e azar ficou obrigada a assegurar a ligação marítima em carreiras diárias para e de Hong Kong, com frequência, horário e preços de passagem a fixar pelo Governo;

Considerando que, de acordo com o contrato de concessão da exploração de jogos de fortuna ou azar, Stanley Ho deveria formar uma sociedade anónima e ceder a essa sociedade todos os direitos e obrigações⁵ que lhe advieram por força da concessão,

Considerando ainda que não pode deixar de se referir que a actividade de transporte marítimo de passageiros sofreu novo incremento a partir dos anos oitenta, com os contratos de exploração de ligações marítimas entre Macau e Hong Kong celebrados

⁵ Obrigações que viera a ser assumidas pela Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L. no contrato para concessão, da exploração de jogos de fortuna ou azar, outorgado em 5 de Dezembro de 1964 – Boletim Oficial de Macau, n.º 49, de 5 de Dezembro de 1964 -, bem como nas suas sucessivas renovações.

com a The Hong Kong and Yaumati Ferry Company, Limited, 1984, e com a Hong Kong Macao Hydrofoil Company Limited, 1989, esta em resultado de um termo de compromisso;

Tendo em conta que, mantendo esta dinâmica, o Governo da Região Administrativa Especial de Macau, celebrou:

- Com a New World First Serviços Marítimos (Macau) Limitada, em 6 de Março de 2001, um contrato de exploração das ligações marítimas entre Macau e Tuen Mun, na Região Administrativa Especial de Hong Kong;*

- Com a Hong Kong Macao Hydrofoil Company Limited, em 8 de Março de 2002, um contrato com destino para o Terminal Marítimo de Fu Yong, na Zona Económica Especial de Shenzhen;*

- Com a mesma sociedade, em 19 de Agosto de 2003, outro contrato, com destino para o Aeroporto Internacional de Hong Kong, em Chek Lap Kok, na Região Administrativa Especial de Hong Kong;*

- E mais recentemente, com a Shun Tak China Travei - Companhia Gestão Embarcações (Macau), Limitada e com a Agência Transporte de Passageiro Yuet Tung, Limitada, em 18 de Outubro de 2006, contratos que, respectivamente, atribuem o direito de explorar as ligações marítimas entre a RAEM e a Zona Económica Especial de Shenzhen (Shekou) - com a primeira sociedade - e as ligações marítimas entre o Porto Interior, em Macau, e a Zona Económica Especial de Shenzhen - com a segunda;*

Considerando que a exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros não pode ser entendida como uma concessão de serviço público, não se lhe aplicando, como é óbvio, as bases do regime das concessões de serviços públicos constante da Lei n.º 3/90/M,

de 14 de Maio, por não se estar perante uma necessidade pública individualmente sentida, e como tal definida pelo Governo da RAEM;

Considerando o interesse público que, em última análise, deve presidir à celebração de contratos administrativos entre a RAEM e os diferentes operadores;

Tendo em conta, por outro lado, que apesar de os contratos administrativos deverem, em regra, ser precedidos de concurso público, este pode ser dispensado, bem como pode ser dispensada a consulta pública a, pelo menos, três entidades, procedendo-se, em seu lugar, a ajuste directo a uma determinada entidade⁶;

Atendendo, por isso mesmo, a que o procedimento agora adoptado é análogo aos procedimentos de formação e outorga dos contratos de exploração de transportes marítimos de passageiros actualmente existentes, e em execução, os quais nunca foram precedidos da realização de concurso público ou consulta, como historicamente vem demonstrado;

Considerando que foram técnica e ponderadamente estudados todos os pedidos, requeridos por diferentes sociedades, para a exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros, com origem nos Terminais Marítimos da RAEM e com diferentes destinos da Região Administrativa Especial de Hong Kong, da Zona Económica Especial de Shenzhen e também do Interior da China;

Considerando que o alargamento a novos operadores de transportes marítimos de passageiros, na senda, aliás, do que já aconteceu em casos anteriores, preenche o interesse público de manutenção de um mercado concorrencial aberto, susceptível de, por si só,

⁶ Confrontar artigos 169º e 170º do Código do Procedimento Administrativo.

promover a prestação de serviços de crescente qualidade, com elevados benefícios tanto para os residentes como para os visitantes de Macau, interesse que se concretiza com uma cada vez maior diversificação dos operadores do serviço;

Tendo em conta que a construção e entrada em funcionamento - ainda que com carácter provisório - de uma nova infra-estrutura para atracação de embarcações afectas à actividade de transportes marítimos de passageiros, oferece uma alternativa aos actuais Terminais Marítimos da RAEM, incapazes de satisfazer um aumento da procura;

Considerando que a atribuição da exploração do serviço de transportes marítimos de passageiros entre a RAEM e outros destinos no exterior à COTAI Waterjets (Macau) Limitada, apresenta características técnicas e operacionais inovadoras, designadamente:

- Que pretende operar com embarcações completamente novas, modernas e capazes de contribuir para a prestação de um serviço de qualidade;*
- Que propõe carreiras diárias com elevada frequência horária, justificada com o número de embarcações que pretende operar, contribuindo para o aumento do número e diversidade dos visitantes de Macau;*

Tendo em conta que a COTAI Waterjets (Macau) Limitada está empenhada no desenvolvimento dos transportes marítimos de passageiros e que a sua estrutura societária dá garantias de capacidade financeira;

Propõe-se superiormente que:

Nos termos consentidos pelas disposições conjugadas dos artigos 126º e 130º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de

Outubro,

Sua Ex.ª o Chefe do Executivo concorde com a presente proposta e ratifique a decisão proferida na Proposta n.º 71/ATJ/2007, de 05/10/2007, desta Capitania dos Portos, que autorizou a atribuição à sociedade COTAI Waterjets (Macau) Limitada, do direito de explorar o serviço de transporte marítimo de passageiros entre a Região Administrativa Especial de Macau (Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa) e a Região Administrativa Especial de Hong Kong, deste modo sanando a sua falta de fundamentação.

Mais se propõe que seja mantida a decisão de aprovação da respectiva minuta de contrato de exploração, então anexa à referida Proposta.

À consideração de V. Ex.ª.

A directora da Capitania dos Portos,

Wong Soi Man.”

IV- FUNDAMENTOS

1. As questões a conhecer são as seguintes:

- Competência do tribunal;
- Rejeição do recurso por falta de formalidades da petição;
- Caducidade;
- Legitimidade;
- Violação de lei

Na indicada ordem seguir-se-ão os critérios indicados no artigo 74º do CPAC (Código de Processo Administrativo Contencioso) e, assim, começar-se-á pela abordagem das questões que podem obstar ao conhecimento do recurso, quais sejam as quatro primeiras acima elencadas. E dentro delas seguir-se-á a ordem imposta pela sua precedência lógica, como aponta o art. 563º, n.º 1 do CPC (Código de Processo Civil).

2. Começemos pela alegada **incompetência** do Tribunal.

2.1. É a recorrente que de certa forma dá azo a que as partes contrárias venham suscitar a questão da incompetência do Tribunal, ao formular o pedido de anulação do contrato que deve, em princípio, correr em sede e forma próprias.

Compreende-se a sua preocupação e a lógica dos pedidos que encadeia, mas que se não compaginam com a natureza do recurso de anulação do acto administrativo que integra o pedido principal formulado pela recorrente.

2.2. É verdade que nos termos do art. 20º do CPAC *"Excepto disposição em contrário, o recurso contencioso é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica"*.

Desta forma, o contencioso administrativo exerce uma função de controlo e não de substituição, não podendo o Tribunal substituir-se à Administração e ir além da declaração de invalidade ou anulação do acto impugnado, daqui decorrendo que o pedido a formular apenas poderá consistir na declaração de inexistência, nulidade ou anulação do acto recorrido.

Estamos perante um contencioso de anulação e não de substituição.

A tratar-se de acção sobre contrato administrativo, no âmbito do previsto no art.º 113º do CPAC, a competência para o conhecimento respectivo seria, em termos normais, do Tribunal Administrativo, a quem incumbe conhecer e pronunciar-se sobre a validade e execução dos contratos administrativos, nos termos do n.º 3 do art.º 30º da LBOJ (Lei de Bases da Organização Judiciária).

No entanto, o n.º 2 do art. 113º do CPAC parece permitir uma cumulação do pedido de anulação do acto e do subsequente contrato e do n.º 3 decorre que esse pedido de anulação ou declaração de nulidade pode ser deduzido na acção sobre contrato administrativo.

2.3. A questão que ora se coloca é a de saber se na acção de anulação do acto *sub judice* se pode cumular o pedido de anulação do contrato.

As partes contrárias à recorrente focalizam o pedido de anulação do contrato para concluir pela incompetência deste.

2.4. Ora bem.

Três soluções são abstractamente configuráveis.

Uma: seria só possível a cumulação dos pedidos na acção sobre o contrato, donde a cumulação aqui formulada seria ilegal e geradora de uma excepção dilatória conducente à absolvição da instância.

Outra: sabendo-se que cumulação de pedidos em princípio não se compatibiliza com diferentes formas de processo, tribunais e tramitações diferentes - cfr. exemplificativamente, art. 24º, n.º 2 do CPAC, art. 38º, 3, b) da anterior LPTA (Lei de Processo dos Tribunais Administrativos), 391º, n.º 1 e 65º, n.º2) do CPC - nada obstará a que o juiz profira despacho de rejeição parcial, continuando o processo em relação àquele para que o tribunal seja o competente ou a forma de processo seja a adequada.⁷

Uma terceira posição possível: seria possível a coligação, tal como aqui formulada e este Tribunal devia conhecer do pedido por legal a cumulação dos pedidos.

As dificuldades que obstam a este entendimento, de ordem formal, por dever ser na acção de contrato que se poderia cumular a

⁷ - A. Maurício, D. Lacerda e Simões Redinha, Cont. Administrativo, Rei dos Livros, 156

anulação do acto, ultrapassam-se, neste caso em concreto, por via da economia processual e por daí não resultar qualquer diminuição das garantias de defesa e do contraditório, face às circunstâncias do caso e ao efeito de anulação do acto que automaticamente constitui causa de anulação do contrato, sendo este como adiante se verá a corporização mais mediatizada e mais expressiva do acto ora impugnando.

Anulado o acto, anulado o contrato, tal como resulta do art. 172º, n.º 1 do CPA (Código de Procedimento Administrativo).

Se o acto vier a ser anulado, porque não faria muito sentido não anular o contrato dele dependente, porque não faria muito sentido obrigar as partes ou o processo a irem a outro Tribunal apenas para chancelar uma anulação anunciada, sendo esse o caso, e não se colocando outras questões, dificultando a execução à Administração que ficaria com um acto autorizante anulado e já não o contrato, por essas razões, não se deixará de conhecer desse pedido, tudo dependendo do desfecho que venha a ter o recurso de anulação do acto.

Por isso, neste caso concreto, se acolherá a última das posições abstractamente possíveis.

2.5. A recorrente, não obstante espriar-se na argumentação, sobre a validade do contrato, questionando as respectivas cláusulas e execução, é muito clara enquanto proclama que o objecto do recurso é o acto de concessão de exploração do serviço público de que a que o

respectivo contrato deu execução.

Esta prioridade, como tal, é erigida pela recorrente, não sendo difícil perceber que a anulação do contrato se assume como uma decorrência daquele pedido de anulação. O que resulta, não só da suas alegações, como do pedido expressamente formulado na al. a) do petitório em escrutínio.

Razões por que se conhecerá também desse pedido, se a anulação do contrato for uma decorrência imediata da anulação do acto, sendo certo todavia que, nos parâmetros assinalados e atento o disposto na al. 7) do artº 36º da LBOJ se mostrará intocada a competência deste Tribunal para a apreciação do recurso relativo à anulação do dito acto de concessão de exploração de transporte marítimo.

Se razões se vislumbrarem que obstem à anulação do contrato, não há motivo que impeça o conhecimento da anulação do acto nesta sede e a rejeição do conhecimento da anulação do contrato pode sempre ocorrer a final do processo.⁸

3. Suscitam a entidade recorrida e a contra-interessada a questão relativa à rejeição do recurso por não ter sido dado cumprimento ao disposto no artigo no artigo 51º, n.º 4, do CPAC, por repetida omissão dos requisitos do artigo 42º, n.º 1, als. e), g) e h) do CPAC.

⁸ - Vieira de Almeida, Justiça Administrativa, 3ª ed., 2002, 212

3.1. Quanto à falta de apresentação de conclusões, embora se reconheça que recai sobre a recorrente o ónus de apresentação, de forma clara e sintética das mesmas, com indicação precisa das normas ou princípios que considere infringidos, tudo consoante o previsto na al. e) do n.º 1 do art.º 42º, CPAC, trata-se, no entanto, de mera deficiência formal, justificativa de um despacho de aperfeiçoamento, nos termos do n.º 1 do art.º 51º do diploma referido, por forma a suprir-se tal deficiência, despacho esse que não veio a ser proferido.

Apesar de ter sobrevindo nos autos um primeiro despacho de aperfeiçoamento, o certo é que na nova petição a recorrente continuou sem apresentar essas conclusões, não se podendo dizer que não acatou o que fora determinado, não podendo ser sancionada com a rejeição do recurso, na medida em que se ponderou, por razões de economia e celeridade, prosseguir os autos, entendendo-se que a estrutura por capítulos e o desenvolvimento daquela peça processual permitiam entender global e organizadamente as razões de facto e direito fundamentadoras do pedido de anulação do acto.

Tanto assim que as partes compreenderam perfeitamente as razões da recorrente e deram-lhe resposta, ponto por ponto.

E se dúvidas persistissem essas razões não deixaram de ser sintetizadas nas conclusões formuladas em sede de alegações facultativas.

3.2. A razão fundamental reside, contudo, na constatação de que o convite ao aperfeiçoamento formulado se reportou, expressa e somente, à necessidade de identificação, clara e objectiva, da "entidade que praticou o acto anulando ", que não ao segmento em apreço.

Ora, a cominação da rejeição do recurso pressupõe a existência de um despacho que deve concretizar a parte aperfeiçoanda, tal como resulta do n.º 4 do artigo 51º do CPAC, donde, face à sua inexistência, se deverá concluir pela não verificação de tal cominação.

3.3. Para além desta razão formal, substantivamente falando, a petição não sofre de ineptidão quando do seu texto se pode colher claramente o sentido das razões de facto e de direito da vontade anulatória do recorrente.⁹

Estas mesmas razões, em particular a falta de despachos de convite aos esclarecimentos respeitantes à matéria das alíneas g) e h) do art. 42º do CPAC, justificam que se não faça actuar a pretensa cominação de rejeição do recurso.

Neste particular, as partes produziram todas as provas que pretenderam, sobre as diversas matérias suscitadas, foi observado o devido contraditório e não foi suscitada qualquer nulidade processual que as invalidasse.

⁹ - Ac. STA, proc. 37661, de 27//96 e Proc. 38708, de 10/10/96

Improcede, pois, o pedido de rejeição do recurso com tais fundamentos.

4. Da caducidade da acção

4.1. Não havendo lugar à nulidade do acto, por falta de tal cominação legal, em resultado da pretensa violação do requisito relativo à existência de concurso ou de previsão decorrente do art. 122º do CPA, estar-se-ia perante uma anulabilidade e o prazo da sua arguição estaria caducado no momento da interposição do presente recurso.

4.2. Liminarmente não se deixa de afastar a configuração de nulidade avançada pela recorrente e vertida na conclusão 10ª das suas alegações facultativas enquanto pretende ver na falta de concurso a preterição absoluta de uma forma legal e, como tal, geradora de nulidade nos termos do artigo 122º, n.º 1, f) do CPA.

Confunde-se aqui uma formalidade, porventura essencial, com a forma que o acto deve revestir.

4.3. Pretendem as contra-partes da recorrente que esta tomou conhecimento do acto anulando em 11 de Outubro de 2007, pelo que, face ao disposto no artigo 26º e 25º, n.º 2 do CPAC, o prazo de 30 dias para a

interposição do recurso e arguição da anulabilidade mostrava-se expirado.

Não lhes assiste, porém, razão.

4.4. Independentemente da pobreza da alegação da recorrente, aliás, como o próprio MP reconhece, na dissecação dos vícios do acto e das invalidades que daí resultam - pobreza que só é suprida pela evidência clamorosa da preterição de certos requisitos e formalidades reveladoras da justeza das suas razões e salvam a sua pretensão -, não se configurando, à partida uma situação de acto nulo, caberá ao Tribunal o enquadramento jurídico da apontada violação de lei.

Situemo-nos na configuração da **anulabilidade**.

Não releva de todo esgrimir com as palavras contidas no *pedido de anulação do acto*, como alega a entidade recorrida, porquanto tal expressão tanto comporta a declaração da nulidade como a da anulabilidade do acto.

Ora, para análise de eventual consideração de caducidade, ou não, do pedido de anulabilidade do acto, interessa saber quando dele houve conhecimento.

E que terá havido conhecimento de algo com ele relacionado no dia 11 de Outubro de 2007 parece não haver dúvidas; mas se houve conhecimento da acto, *qua tale*, para efeitos relevantes de contagem do

prazo de caducidade do pedido de anulação, parece já não se poder concluir nesse sentido.

4.5. Se atentarmos nas normas pertinentes, relativamente a esta matéria - artigos 26 do CPAC, 113º, 120 e 121º do CPA - não é difícil descortinar que daí resulta a preocupação em que sejam levados ao conhecimento dos interessados os elementos essenciais do acto, nomeadamente o sentido, o autor, a data, a fundamentação da decisão.

Só assim o destinatário ou interessado no acto saberá do conteúdo e alcance do mesmo de forma a poder avaliá-lo e a poder tomar posição sobre ele.

4.6. Como se assinalou noutro passo prévio a este recurso, aquando da suspensão da eficácia do acto e seus incidente, já aí não se deixaram de compreender as dificuldades da identificação concreta do acto e termos da sua execução, pois toda a gente, embora soubesse da concessão da exploração de uma carreira marítima a uma dada empresa, anunciando-se até o início das operações, o certo é que quando a providência foi instaurada nada existe publicado a esse respeito.

Com excepção apenas para a Ordem Executiva 41/2007, de 15/10/07, que delegou poderes no Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas, na qualidade de outorgante, na escritura pública relativa

ao contrato de exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros entre a Região Administrativa Especial de Macau (Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa) e a Região Administrativa Especial de Hong Kong.

Só depois da providência instaurada, em 16 de Nov./07, veio a escritura a ser publicada no BO, em 5 de Dez./07.

E foi ainda antes dessa publicação que o serviço de transporte marítimo em referência começou a ser operado, em 30 de Nov./07.

Sendo que, tentando prevenir essa concretização do acto de concessão de exploração desse transporte, a requerente recorreu ao Tribunal, intentando a providência e reagindo, em sede do incidente, suscitando a declaração de execução indevida do acto ou do seu início e pedindo aí que lhe fosse dado a conhecer o acto que autorizou a celebração do contrato.

Como bem diz o Digno Magistrado do MP no seu parecer “não se pode contestar ou esgrimir contra o que se desconhece.”

Se é verdade que, relativamente à celebração do contrato entre a recorrida e a contra interessada existiu publicidade, seja a nível oficial, seja através da Comunicação Social, não deixa de ser também certo inexistir no processo qualquer comprovação de que, por qualquer forma, tenha sido dado conhecimento público relativamente ao acto que autorizou a celebração desse contrato, sendo que, mesmo este Tribunal só

conseguiu apurar o mesmo, aquando do incidente de suspensão de eficácia.

A publicação na Imprensa Oficial da delegação de poderes da recorrida relativamente ao Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas para representar a RAEM na qualidade de outorgante no contrato, bem como a efectivação desse contrato, não têm a virtualidade para se aquilatar dos termos e alcance do acto ao abrigo do qual o referido contrato vai ser celebrado..

Nada resulta no sentido de que alguma vez se tenha externado, de forma clara e acessível, os termos do acto que permitiu a celebração desse contrato.

A contagem do prazo para a interposição do recurso inicia-se com o conhecimento efectivo do acto ou do seu conhecimento presumido - di-lo o art. 26º, n.º 2, b) do CPAC e 121º do CPA.

E se considerarmos que essa presunção resulta da publicitação do contrato que lhe deu execução, então ainda aí se verifica que o recurso está em tempo.

O contrato só em 5 de Dez./07 foi publicado, donde, a considerar que este acto de execução era relevante para efeitos de conhecimento do acto, ainda aí, o prazo de 30 dias para a interposição do recurso mostra-se observado.

Afigura-se, face à publicação oficial do contrato celebrado,

não bastar ter conhecimento pelo jornal de um invocado contrato de exploração sem se saber do exacto conteúdo e alcance do mesmo a fim de se aquilatar se se trata ou não de um efectivo acto de execução de acto que o autorizou.

4.7. A ter-se esse conhecimento por relevante, face à própria alegação da recorrente, logo que a Imprensa noticiou a pré anunciada exploração de transporte marítimo, até em Agosto e Setembro de 2007, teríamos que a recorrente era obrigada a recorrer de um acto que, a essa data, nem sequer existia.

E o ónus da prova dos factos integradores da extemporaneidade do recurso contencioso incumbe a quem alega a excepção.¹⁰

4.8. Para se concluir que, sendo certo que a recorrente invoca ter tomado íntegro conhecimento do mesmo apenas aquando da notificação da oposição em sede de suspensão de eficácia que decorreu termos neste Tribunal e nada havendo em contrário, terá que concluir-se, fazendo apelo a ambos os marcos *a quo*, seja à data dessa notificação, seja à da publicação do contrato no B.O., e vista a entrada da petição de

¹⁰ - Ac. STA, proc. 30545, de 16/5/96

recurso em juízo, que se encontra em tempo a impugnação em crise.

5. Da legitimidade activa

5.1. Pretendem a entidade recorrida e contra-interessada que a recorrente seja considerada parte ilegítima.

Para tanto baseiam-se no facto de a recorrente não ter qualquer interesse directo, pessoal e legítimo merecedor de protecção que tenha sido atingido pelo acto em causa.

5.2. A este propósito reafirma-se a posição já tomada anteriormente, no sentido da legitimidade da recorrente.

A legitimidade há-de inferir-se a partir da posição de um determinado interesse de uma parte em relação ao objecto do processo e ao pedido formulado, donde resulta dever este caminho ser iluminado pela identificação do acto anulando.

5.3. Temos neste momento claro que o acto impugnado se reconduz ao acto que autorizou a concessão da exploração daquele segmento de transportes públicos marítimos à empresa *Cotai Waterjets*.

Normalmente, para que o Tribunal possa analisar do mérito

do recurso, cumpre, previamente verificar se estão reunidos os indispensáveis pressupostos processuais que são as condições necessárias para que o Tribunal possa conhecer do fundo da causa. E entre esses pressupostos prefigura-se a legitimidade das partes que é o “pressuposto processual através do qual a lei selecciona os sujeitos de direito admitidos a participar em cada processo levado a Tribunal.”¹¹

Só que, neste caso, a legitimidade, como se assinalou, é um pressuposto prévio ao conhecimento dos demais requisitos, visto o disposto no n.º 1 do artigo 121º do CPAC.

Tal selecção é feita, desde logo, a partir dos particulares interessados em atacar um acto administrativo inválido que os prejudica, definindo a lei quem seja esse interessado.

A legitimidade processual é uma posição das partes em relação ao objecto do processo, posição tal que justifica que elas possam ocupar-se em juízo desse objecto.

É assim que o art. 55º do CPA estabelece:

“1. Têm legitimidade para iniciar o procedimento administrativo e para intervir nele os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos lesados pela actuação administrativa, bem como as associações que tenham por fim a defesa desses interesses.

¹¹ - Freitas do Amaral Dto Administrativo, 1988, IV, 167

2. Consideram-se, ainda, dotados de legitimidade para a protecção de interesses difusos:

a) Os cidadãos a quem a actuação administrativa provoque ou possa previsivelmente provocar prejuízos relevantes em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o património cultural, o ambiente, o ordenamento do território e a qualidade de vida;

b) Os residentes na circunscrição em que se localize algum bem do domínio público afectado pela acção da Administração.

3. Para defender os interesses difusos de que sejam titulares os residentes em determinada circunscrição têm legitimidade as associações dedicadas à defesa de tais interesses e os órgãos municipais da respectiva área.

Por outro lado, o art. 33º do CPAC prescreve:

“Têm legitimidade para interpor recurso contencioso:

a) As pessoas singulares ou colectivas que se considerem titulares de direitos subjectivos ou interesse legalmente protegidos que tivessem sido lesados pelo acto recorrido ou que aleguem interesse directo, pessoal e legítimo no provimento do recurso;

b) Os titulares do direito de acção popular;

c) O Ministério Público;

d) As pessoas colectivas, ainda que em relação aos actos lesivos dos direitos ou interesses que a elas cumpra defender;

e) Os municípios, também em relação aos actos que afectem o âmbito da

sua autonomia.”

5.4. Daqui decorre que o recorrente há-de ter um interesse na anulação ou declaração de nulidade do acto, isto é, tem de mostrar que da procedência do seu pedido resulta para ele uma utilidade que se traduza numa vantagem que tanto pode ser de ordem material como moral.¹²

Na visão tradicional, o recorrente é o titular de um **interesse directo, pessoal e legítimo: interessado** é aquele que pode e espera obter um benefício com a destruição dos efeitos do acto recorrido; esse interesse é **directo** quando se repercute imediatamente; **pessoal**, quando tal repercussão ocorre na esfera jurídica do próprio recorrente, e **legítimo**, quando é valorado positivamente pela ordem jurídica,¹³ enquanto interesse do recorrente.

O artigo 26º, nº1 do CPC (Código de Processo Civil) pré-vigente exigia apenas um requisito: que o interesse fosse directo, entendendo-se, no entanto, não haver diferença entre os dois regimes.¹⁴

Actualmente, no artigo 58º do CPC depurou-se o conceito preciso de legitimidade, havendo que encontrar a delimitação do

¹² - Marcello Caetano, ob. cit, 1332

- Rodrigues Bastos, Notas ao CPC, I, 1999, 74

¹³ - Freitas do Amaral, ob. cit.,171

¹⁴ - Castro Mendes, Direito Processual Civil, II, 1987, 193

conceito na elaboração doutrinária, a partir do que seja o interesse processual e o interesse em agir expressamente previstos no CPC de 1961.¹⁵

Contrariamente ao que ocorre no processo civil, em que a legitimidade não se confunde com o chamado interesse em agir, entendido este como o interesse no próprio processo e não apenas no seu objecto, - *grande parte da construção que se fez sobre esta matéria assentou em postulados extraídos da legitimidade para o contencioso administrativo*¹⁶ -, já no recurso contencioso releva, para apreciação da legitimidade do recorrente, o interesse deste no processo, uma vez que a situação de interessado do recorrente, se reconduz à circunstância de este poder e esperar obter um benefício com a destruição dos efeitos do acto recorrido.¹⁷

Dito de uma forma mais simples, têm legitimidade aqueles que podiam ter alguma vantagem concreta e com repercussão na sua esfera jurídica através da eliminação dos efeitos do acto que pretendem ver anulado¹⁸ e envolverá apenas um juízo de

¹⁵ - Cfr. Nota explicativa do CPCM, aprovado pelo DL n.º 55/99/M, de 8 de Outubro

¹⁶ - Miguel Teixeira de Sousa, BMJ 292,75

¹⁷ - João Caupers, Introdução ao Dto Administrativo, 2001, 269; Rui Machete, Estudos de Direito Público e Ciência Política, 134 e A. STA de 12/4/94, relatado pelo Cons. Dimas Lacerda. Para outros autores, v.g., Vieira de Andrade o interesse em agir corresponderia à necessidade de tutela judicial e constituiria um pressuposto processual autónomo, in Justiça Administrativa, 1999, 218

¹⁸ - Ac. STA, de 31/1/91, AD 373 e de 7/11/96, proc. 38005

verosimilhança ou de possibilidade da lesão invocada, tal como peticionada, já que saber se houve lesão de algum direito é já questão respeitante ao fundo ou ao mérito do recurso.

5.5. Percorrendo a Jurisprudência comparada, são inúmeros os exemplos de reconhecimento de legitimidade a quem tenha mostrado e objectivado um concreto interesse na exploração de um serviço, de uma obra, entrega de coisa ou prestação de serviço, a adjudicar ou conceder, por parte da Administração mediante uma prévia selecção, tendo sido preterido e invoque ilegalidade na selecção adoptada.¹⁹

5.6. Projectando os princípios expostos na situação em concreto não se deixa de observar que a requerente não deixa de ter interesse no deferimento da sua pretensão referente à exploração da referida carreira de barcos, interesse esse que oportunamente manifestou junto da Administração, candidatando-se a essa exploração, alegando estar no ramo de actividade, operando até em Hong Kong e na China.

¹⁹ - Acs. do STA, de 7/6788, proc. 19086; de 29/6/89, proc. 26686; de 12/6/86, proc. 18745; de 31/10/02,

Para mais, quando alega que terá havido ilegalidade no acto de concessão, que importaria houvesse sido submetida a concurso público ou, pelo menos, consulta de outros interessados.

Parece claro que, se, a final, viesse a ter razão, logrando a anulação do acto concedente, não deixaria de ter hipóteses de a sua candidatura vir a ser considerada, mostrando-se desta feita, excluído.

5.7. Ainda sobre esta questão, avança-se, com pertinência e acutilância, uma linha de argumentação a que não nos eximiremos de responder, como, aliás, nos compete.

Louvando-se na elaboração do que seja o interesse pessoal e directo e até nalguma Jurisprudência interna e externa, diz-se que a requerente não tem interesse nesta questão, porquanto da paralisação dos efeitos do acto que autorizou a exploração daquela linha de transportes marítimos não resulta para aquela qualquer benefício directo. Nada impediria que a requerente não viesse a ser autorizada a navegar para o destino pedido que não coincide com o concedido. O seu interesse será meramente difuso, mediato ou reflexo, nada autorizando conferir um interesse directo e imediato a meras concorrentes na exploração da mesma actividade comercial ou industrial.

De uma forma mais superficial parece que esta tese poderia passar num primeiro momento. Só que a forma como a requerente

invoca e legitima o seu direito ou expectativa resulta do facto, não de um qualquer interesse à exploração daquele serviço, mas sim em se sujeitar a um concurso ou a regras de selecção que diz que se impunham no caso em apreço e que não foram cumpridas.

Bem ou mal é isto que alega. E se tiver razão, então o seu interesse em candidatar-se àquela mesma linha de transportes é directamente afectado com eventual ilegalidade na forma de concessão do referido serviço.

5.8. Acompanha-se, no entanto, a evolução recente da doutrina e com consagração legislativa em Portugal, que aqui se invoca em termos de Direito Comparado, no sentido de um reforço da protecção dos terceiros no contencioso dos contratos da Administração Pública, levando até ao reconhecimento de um verdadeiro direito subjectivo do candidato irregularmente preterido no procedimento administrativo²⁰, o que não deixará necessariamente de se repercutir na anulação do acto que sustenta o contrato administrativo.

Acresce que a alegação de violação de regras imperativas na atribuição da referida concessão, não obstante contender com um interesse público legalmente protegido que assim é directamente tutelado e prosseguido não deixa de se repercutir na satisfação

²⁰ - Alexandra Leitão, Protecção de Terceiros no Contencioso dos Contratos de Administração Pública, Almedina, 1988, 76

simultânea do interesse particular, tal como configurado, reforçando até essa legitimidade.²¹

Até porque a protecção do interesse público, inclusive, na defesa da legalidade, por um lado e da concorrência, por outro, se correctamente protegidos, implicam a satisfação simultânea dos interesses individuais objectivamente concretizados.²²

Assim se conclui, ainda nesta sede, pela improcedência da aludida ilegitimidade.

6. Passemos ao fundo da questão, ou seja, aos vícios do acto.

Mau grado o *deficit* de clareza (já assinalado) quanto a esta matéria - quando essa é questão fulcral em Contencioso Administrativo -, colhe-se, no entanto, dos articulados da recorrente, que invoca **violação de lei** por falta de concurso público em concessão de exploração de serviço público de transporte marítimo e por violação dos princípios de igualdade, imparcialidade e transparência e **desvio de poder**.

²¹ - Ac. do STA, de 28/3/01, proc. 27016

²² - Neste sentido os Acs. do STA, de 28.3.2001, proc.. 027016; de 3.3.2004, proc.. 01240/02 e de 18.5.2004, proc. 0269/02.

Em relação a este último deixa-o cair em sede de alegações facultativas e quanto à violação dos aludidos princípios *obiter dicta* não concretiza em que se traduziu tal violação.

E tanto basta para que se não conheça da violação desses princípios, pois não se pode conhecer daquilo que se não concretiza, não se pode contar ou esgrimir contra fantasmas.

7.1. Quanto ao alegado **desvio de poder**, deixado cair em sede de alegações facultativas, tanto bastaria para que dele se não conhecesse *ex vi* artigo 68º, n.º4 do CPAC.

Face, no entanto, à primitiva falta de conclusões e despacho de aperfeiçoamento, não se deixará de conhecer do apontado vício.

O desvio de poder é o “vício que afecta o acto administrativo praticado no exercício de poderesdiscricionários quando estes hajam sido usados pelo órgão competente com fim diverso daquele para que a lei os conferiu por motivos determinantes que não condigam com o fim visado pela lei que conferiu tais poderes”.²³

Não cabe ao Tribunal rever a apreciação feita pelo órgão da Administração a fim de verificar se ele fez uso conveniente, útil benéfico

²³ - Marc. Caetano.Man. Dto Adm., I, 10ª ed. 506

do poder discricionário²⁴ (note-se que o desvio de poder uso actua na actividade discricionária, mas mesmo aí pode haver elementos vinculados, seja quanto à forma, competência, fins, pressupostos), mas sim analisar se o fim visado no acto é o fim previsto na lei.

No caso que nos interessa a invocação do recorrente comporta a expressão mais grave do desvio de poder, pretendendo, não só que o fim público não foi prosseguido, não se tratando já de mero desvio capitular dentro dos fins de interesse público, como se insinua um desvio capital e doloso, em que o fim de interesse público terá sido preterido em proveito privado, procurando tão somente salvaguardar os interesses da companhia concessionária (art. 11º e segs da petição de recurso).

7.2. Ora, esta afirmação é grave e carecia de ser provada.

Atentemos no que cristalinamente, sobre essa prova, diz Marcello Caetano:

“Tem de provar-se que se deram certos factos, circunstâncias ou razões em conexão com a prática do acto administrativo, que esses factos agiram como motivo de resolução, no espírito dos indivíduos suportes dos órgãos que o praticaram e foram principalmente determinantes do acto praticado, para depois se apurar se tais motivos condizem ou não com o fim para o qual a lei confere o poder discricionário exercido.

²⁴ . Marc. Caetano.Man. Dto Adm., I, 10ª ed. 509

Todavia, quando os actos sejam fundamentados, o Supremo tem julgado ser-lhe possível conhecer do desvio do poder sem necessidade de mais prova.

Não interessam à prova do desvio do poder os manejos de pessoas diferentes das autoridades ou dos membros dos colégios autores do acto, nem importa a «opinião pública», «a voz corrente», não concretizada em certos factos concretos demonstrativos do carácter determinante dos alegados.

Embora manifestamente só interesse conhecer os motivos de quem decidiu ou deliberou, parece-nos todavia que a prova do dolo ou da má-fé de terceiros, quando esse dolo ou má-fé tenham sido determinantes da conduta da Administração, constitui elemento não despreciando de apreciação que poderá ajudar a demonstrar quais os verdadeiros motivos do acto.”²⁵

7.3. Ainda aqui, para além da alegação, nada mais se comprovou quanto a essa intencionalidade.

Aliás, os factos pretensamente integrantes daquela intencionalidade desviante apenas se baseiam na conduta unilateral, propagandística e comercial por parte da concessionária, o que não se deixa de enquadrar e compreender na sua lógica comercial e empresarial.

Nada aponta no sentido de que com a autorização em questão se tenha querido beneficiar a concessionária com aquela exploração em detrimento desse interesse público.

E na actuação da Administração não se pode pretender ver uma

²⁵ - Ob. cit., II, 1351

congeminação urdida no sentido de camuflar uma intenção de beneficiar uma empresa particular em detrimento do interesse público na divergência formal entre o deixar de constar na versão portuguesa a expressão alusiva a contrato de concessão de exploração que permanece na versão chinesa.

Isto não faz qualquer sentido. Então não é por demais evidente que a língua chinesa tem uma muito maior visibilidade e extensão e deixava-se de fora essa alteração tão importante na versão com maior impacto?

É que nem sequer o contratante concessionário era parte portuguesa.

É verdade que na apreciação deste vício o juiz tem uma grande liberdade para criar a sua convicção.²⁶

Do que alegado vem até se pode aceitar que se visou escolher e adjudicar a uma certa companhia a exploração de um dado transporte, mas nada que contrarie a ideia que nessa motivação o interesse público haja sido postergado.

Donde mostrar-se arredada a ocorrência do assacado vício de desvio de poder.

²⁶ - Cândido de Pinho, Man. Dto Adm. de Macau, 1996, 108

8. Assim se entra no vício de violação de lei por falta de concurso público.

8.1. Antes de abordar esta questão importa reter alguns pontos de forma a clarificar as águas.

Os tribunais não são um contra-poder, antes constituem o esteio de legalidade em que os outros poderes se devem rever.

O que vale por dizer que não cabe aos Tribunais imiscuir-se na actividade administrativa e pronunciar-se sobre a conveniência, a bondade, a oportunidade, a economia das decisões dos órgãos administrativos, mas tão somente dizer da legalidade dos actos.

Se a C.^a aqui interessada era a indicada e se reunia todos os pressupostos de competência, meios, capacidade e aptidões para explorar a dita carreira, essa é questão que não cabe a este Tribunal pronunciar-se.

O que vale dizer que a prova produzida a propósito dessa matéria é estranha e inócua em relação ao núcleo essencial do *thema decidendum*.

Não está em causa que a C.^a aqui contra-interessada possua todos os requisitos necessários à realização do referido transporte, como não está em causa a análise dos pressupostos que estiveram na base do acto que autorizou tal exploração de transporte.

O que está em causa, face ao vício relevante assacado ao acto é

saber se poderia, legalmente, a entidade recorrida autorizar a exploração do serviço de transporte marítimo de passageiros de e para a RAEM sem sujeição a concurso público.

8.2. Atentemos nas disposições da Lei 3/90/M, de 14 de Maio pertinentes aos serviços públicos.

Nos termos do disposto no art. 5º (Outorga das concessões),

"1. A outorga de concessões de obras públicas e de serviços públicos deve ser precedida de concurso público.

2. Em casos de manifesto interesse para o Território, nomeadamente quando a execução da obra ou da exploração do serviço exija a associação com entidades com especiais qualificações técnicas, a concessão pode ser atribuída por ajuste directo.

3. É reservado ao concedente o direito de declarar sem efeito o concurso ou de não adjudicar a concessão a qualquer dos concorrentes após a sua abertura, atendendo a razões de interesse público."

Nos termos do disposto no art. 6º (Formalidades da outorga),

"As concessões de obras públicas e de serviços públicos são atribuídas por contrato, titulado por escritura pública."

Nos termos do disposto no art. 14º (Trespasse e subconcessão)

"As concessões de obras públicas e de serviços públicos podem ser total ou

parcialmente trespassadas ou subconcedidas, quando previstas e nas condições estabelecidas nos respectivos contratos."

Nos termos do disposto no art. 24º (Publicação)

"Devem ser publicados no Boletim Oficial os seguintes actos:

- a) As decisões de abertura de concursos públicos ou de dispensa da sua realização;*
- b) As decisões de declarar sem efeito os concursos públicos abertos ou de não adjudicar a concessão aos concorrentes;*
- c) Os contratos de concessão;*
- d) As decisões que impliquem qualquer das situações previstas nos Artigos 17º, 18º, 20º, e 21º [respectivamente, o sequestro, a rescisão, o resgate e a rescisão por razões de interesse público]"*

E porque se invoca também a violação de lei por a contratante ser uma concessionária de jogo, nos termos do disposto no n.º 1 Artigo 10º da Lei 16/2001, de 24 de Setembro de 2001 (*Disciplina da Concessão de Exploração dos Jogos de Fortuna ou Azar em Casino*:

"1. Apenas são admitidas a concurso as sociedades constituídas na Região cujo objecto seja, exclusivamente, a exploração de jogos de fortuna ou azar ou outros jogos em casino."

8.3. Sobre esta matéria importará apreciar se se trata de **serviço público**, qualificação que é negada pela contra-interessada *Cotai*

Waterjets e de certa forma, o que é expressamente reafirmado, pela entidade recorrida, embora esta tenha vindo já, na pendência do processo, a fundamentar o acto e a dispensa de concurso, face ao despacho exarado na Proposta 34/ATJ/2008, de 17/3/08.

Tê-lo-á feito, contudo, por reconhecer que, pelo menos, tratando-se de **contrato administrativo**, a lei impunha a realização de concurso ou de despacho de dispensa.

Perante esta falta de fundamentação do acto e justificação da dispensa do concurso, pretende a recorrida saná-la com a prolação de tal despacho, invocando o disposto nos artigos 126º e 130º , 169º e 170º do CPA.

Quanto ao que tange a fundamentação do acto, ou à sua falta, desde já se anota que esse vício não vinha assacado ao acto, o que não impede, como é óbvio, a Administração de vir a fundamentar, esclarecer ou completar o que considera imperfeito.

Reconhece-se que a entidade recorrida aceita, pelo menos, que a celebração do dito contrato estivesse sujeito a concurso ao abrigo do disposto no art. 170º do CPA.

8.4. Vejamos então, desde já, o valor dessa pretensa sanção.

Para constatar que não se tratou de uma mera sanção-confirmação, antes se evidenciando o reconhecimento de que no momento em que se concessionou a dita carreira de transporte marítimo e a que se deu execução por via do referido contrato não havia sido cumprida a exigência legal de concurso ou de despacho que o dispensasse.

O que se constata, no fundo, é que se não pode confirmar o que não existe.

Não são apenas os actos nulos insusceptíveis de confirmação; também os actos inexistentes o são por natureza.²⁷

Foi proferido um despacho que corporiza um acto administrativo autorizando a celebração de um contrato de concessão de exploração de transporte marítimo sem concurso público. Um despacho proferido posteriormente a fundamentar essa dispensa não pode confirmar aquilo que não existiu, pois que não se colhe do despacho primitivo ou do procedimento que o precedeu ou rodeou que o autor do acto se tenha pronunciado ou analisado as razões de existência ou dispensa do concurso.

Mas mesmo que se entendesse que essas razões foram interiorizadas, ainda que não externadas, então parece assistir razão ao recorrente, no sentido de que estaríamos perante a omissão absoluta, aqui

²⁷ - Esteves de Oliveira, CPA anot. 2001, 2ª ed., 664

sim, de uma forma legal, qual seja a do despacho nesse sentido, o que não deixaria de fulminar com a nulidade tal acto e, dessa forma, inviabilizar a possibilidade de confirmação.

Em todo o caso, mesmo na perspectiva de se considerar apenas um contrato administrativo, afigura-se continuar a faltar o despacho a que alude o n.º 3 do artigo 170º do CPA e sempre, **ponderando a possibilidade de ajuste directo, faltar a consulta a três entidades** a que alude o n.º 4 do artigo 169º do CPA.

Importará reter que a lei prevê três vias de escolha do co-contratante: concurso público, concurso limitado e consulta a três entidades. Ora, se as duas primeiras vias parecem poder ser dispensadas por despacho fundamentado, já não assim com a última exigência - cfr. artigos 169º e 170º do CPA.

8.5. Da natureza de serviço público

8.5.1. Em todo o caso não nos eximiremos à pronúncia sobre a questão crucial, qual seja a natureza do serviço ou actividade de exploração de um segmento de transporte marítimo entre Macau e Hong Kong que o acto recorrido autorizou e concessionou

Mais uma vez nos remetemos para a posição anteriormente assumida em sede cautelar e incidental a este recurso.

8.5.2. Na perspectiva da entidade recorrida e contra-interessada, não se trataria de uma concessão de exploração de serviço público, não o referindo o contrato ou contratos anteriores, donde o presente é decalcado, não o referindo a legislação reguladora do comércio marítimo ou relativa aos transportes marítimos, contrariamente ao que acontece com os transportes terrestres e aéreos.

Não estaria, pois, sujeito ao regime da Lei 3/90/M, de 14 de Maio.

8.5.3. Só que se insiste em esquecer ou desvalorizar o DL n.º 64/84/M, de 30 de Junho, que estabelece claramente tal natureza de serviço público:

“Artigo 1.º - 1. É da competência do Governador a concessão de serviços públicos com interesse para todo o Território.

2. Os serviços de **transportes públicos**, de água e de electricidade passam a ter âmbito territorial, considerando-se as respectivas concessões abrangidas pelo disposto no n.º 1.

3. Nos casos previstos nos números anteriores, será sempre assegurada a consulta e participação das câmaras municipais interessadas.

Art. 2.º O Governador definirá as bases gerais do regime de concessão de serviços públicos e regulamentará as **concessões dos serviços referidos no n.º 2** do artigo anterior.”

(Realçado nosso; Leia-se *Chefe do Executivo*, onde está *Governador*, *ex vi*. n.º 4 do Anexo IV da lei da Reunificação, 1/99, de 20 de Dez.)

8.5.4. Será que a letra da lei, aqui tão sucinta e parca em palavras, não quer exactamente dizer, sem qualquer restrição, que os serviços de transportes públicos, sem distinção (se terrestres, aéreos ou marítimos), integram o conceito de serviços públicos?

E ainda que a lei o não dissesse claramente, essa natureza de serviço público não deixaria de se extrair do cotejo da noção do que seja uma concessão de serviço público, tal como decorre do art. 2º, b) da Lei 3/90/M, de 14/5 - "*a transferência para outrem do poder de, em exclusivo, explorar, por sua conta e risco, os meios adequados à satisfação de uma necessidade pública individualmente sentida*" – como da especial relevância dada ao transporte marítimo no artigo 116º da Lei Básica, como da referência e matriz que o próprio contrato faz ao interesse público prosseguido e que lhe subjaz na cláusula 2, do artigo 2º.

O serviço público é a actividade desenvolvida, criada ou permitida por lei, destinada à prestação de utilidades concretas aos indivíduos, propondo-se satisfazer uma necessidade colectiva

individualmente sentida²⁸ e o sentido de exclusividade que a lei refere não afasta a existência de diversos concessionários de serviços públicos, abstractamente considerados, tal como ocorre noutros domínios.

Para além de que mal se compreenderia que o transporte marítimo, até em termos estratégicos e geográficos tivesse uma posição suabalternizada em relação aos outros transportes, em particular em relação ao transporte terrestre.

8.5.5. No caso, deparamo-nos com a autorização de uma concessão de exploração de um serviço de transporte marítimo de passageiros entre a RAEM e a RAEHK e vice versa, onde não só releva um interesse público que emana de uma necessidade colectiva, individualmente sentida, como é o direito à locomoção, o direito de saída da RAEM, acesso e intercâmbio interregional de pessoas e mercadorias, direitos contemplados na Lei Básica, mas ainda a contemplação de uma necessidade vital que assume uma natureza económica e estratégica vital.

8.5.6. Nesse sentido, haverá que ponderar alguns aspectos que não devem deixar de sobrelevar na perspetivação do interesse público subjacente ao desenvolvimento da exploração de tais transportes:

²⁸ - Marcello Caetano, Man. Dto Adm., II, 9ª ed., 1043

- Assim, a fronteira marítima, não o sendo em termos de entradas e saídas dos utentes, designadamente dos residentes da Região, é a maior em termos geográficos de Macau;

- A RAEM não tem águas territoriais, encontrando-se o mar contíguo à sua fronteira constitucionalmente integrado no território soberano da R.P.C., assim se permitindo a travessia permanente de um espaço sobre o qual, em princípio, nem sequer haverá disponibilidade;

- A não ser para o Continente Chinês, toda a circulação para fora da Região tem que operar-se por via marítima ou aérea;

- O transporte em causa implica a travessia da embocadura do estuário do rio das Pérolas, pelo mar do Sul da China, com todas as implicações de segurança naval que esse transporte indiscriminado de pessoas e mercadorias comporta;

- Tal concessão implica a utilização de estruturas portuárias e de bens de domínio público em regime de utilização exclusiva ou quase exclusiva;

- Dever-se-á concluir que, em termos estratégicos e geográficos, mal se compreenderia que o transporte marítimo de passageiros detivesse uma posição subalternizada relativamente aos restantes transportes;

- O legislador também não discrimina qualquer dos três tipos de transporte - terrestre, aéreo ou marítimo - na protecção que lhe confere por via penal (cf. art. 275º, 276º e 278º e eleva até as penalidades nos casos dos

transportes por ar, água ou caminho de ferro);

8.5.7. O regime jurídico na qualificação de um determinado contrato deve atender aos seus elementos essenciais, nomeadamente às suas cláusulas contratuais, bem como ao contexto em que foi outorgado e às razões que presidiram à sua outorga e não pura e simplesmente ao seu *nomen iuris*, donde a não menção de serviço público não assumir qualquer relevância.

8.5.8. Nem sequer o argumento da exclusividade é decisivo.

Pretende-se ver na redacção da al. b) do art. 2º da Lei 3/90/M, de 14 de Maio “*Por concessão de serviços públicos, a transferência para outrem do poder de, em exclusivo, explorar, por sua conta e risco, os meios adequados à satisfação de uma necessidade pública individualmente sentida.*”

Importa ver o que se pretende com ***exclusividade***.

Tal não significa exploração monopolista, exploração por um único operador. Caberá ainda no conceito a exploração por número limitado de operadores. Esses deterão a exploração em exclusivo, isto é, vedada a outros pretendentes ou a uma generalidade de operadores económicos que se habilitem à exploração de um dado negócio.

Tanto bastaria para calar esse argumento que, desde a primeira

hora, se invoca para tentar reduzir ou tirar sentido àquilo que a lei diz clara e expressamente sem margem para qualquer interpretação restritiva.

No entanto não nos furtaremos a ir mais além.

Vista a evolução moderna das concessões dos serviços públicos, não deve deixar de se ter tal exclusividade como reportada ao serviço concretamente explorado e não já ao seu âmbito abstracto, sob pena de não haver mais serviço público ou ele não estar mais sujeito a qualquer regulação jurídica.

A ideia de que o Estado deveria assegurar e prestar directamente aos seus cidadãos um determinado conjunto de serviços surgiu da constatação de que o funcionamento das regras de mercado, em determinados sectores, provocava algumas distorções sociais indesejáveis.

E a forma de prestação desses serviços tem evoluído bastante, até na sua própria designação, assumindo a de *serviços de interesse geral* nalguns ordenamentos²⁹, com mais ou menos privatização, com mais ou menos regulação, mas não esquecendo o escopo que esteve na sua génese, atribuindo a responsabilidade última, ainda que não por prestação directa, à Administração.

Ora essa evolução, por onde passa uma abertura à concorrência do mercado, obrigaria sempre a uma interpretação actualista da redacção

²⁹ - Assim na UE, vd. <http://www.europarl.eu.int>

alusiva à exclusividade da exploração, se ligada à exploração monopolista.

Ou alguém também tem dúvidas de que o sector das telecomunicações não integre um serviço público neste momento concessionado a três operadoras?

Longe vão os tempos da exclusividade monopolista dos serviços públicos.³⁰

8.5.9. O argumento de o diploma regulador do comércio marítimo não aludir ao serviço público e à necessidade da sua concessão - DL 109/99/M, de 13 de Dez. - não impressiona, até porque do seu regime não decorre que os citados diplomas que referem quais os serviços públicos e respectivo regime se não apliquem.

Como não impressiona, até reforça o entendimento que se vem tomando, o argumento de, no regime dos transportes aéreos - reconhecidamente de serviço público, pelas contestantes -, se subtrair o transporte de helicóptero e de jactos privados do regime do serviço público. Essa não é de facto uma necessidade colectiva individualmente sentida.

³⁰ - Maria Glória Ferreira Pinto, Polis, 5º, 727

É exactamente porque é de serviço público o transporte aberto à população em geral, o transporte comum, genérico e normal, enquanto resposta a uma necessidade individual colectivamente sentida que o transporte aéreo normal e corrente, tal como o há-de ser para os restantes transportes, que se acautela a sua natureza de **serviço público**, enquanto **serviço de interesse geral**.

8.5.10. Também em termos de Direito Comparado, visto um ordenamento que nos está próximo, como o português, continua a haver um regime próprio para o serviço público de transportes marítimos e com um grande desenvolvimento nas Regiões Autónomas³¹ que, nesse particular, apresentam uma grande dependência, tal como em Macau, desse tipo de transporte.³²

O mesmo se passa, exemplificativamente, no Brasil e União Europeia.³³

8.5.11. Como não colhe o argumento da anterior exploração de

³¹ - DL 24/2204, de 7/6 que institui o regime de concessão do serviço público de transporte marítimo de carga e passageiros nas Ilhas

³² - DL 7/2006, de 4/1 e DL21/2004, de 3175 que institui as Bases do Serviço Público de Transporte Marítimo

³³ - Uma breve consulta por via de qualquer motor de busca da “net” nos dará conta do informado

transporte marítimo estar ligada à única concessionário do jogo.

Isso só reforça a essencialidade que tal transporte reveste, evidenciando a forma que o Governo escolheu para garantir a prestação desse serviço à Comunidade.

O facto de, eventualmente, se não terem respeitado as formalidades devidas em relação a uma primeira operadora, como às que se lhe seguiram, não pode legitimar a legalidade dos procedimentos havidos.

Assim se conclui **pela ocorrência do vício de violação de lei** assacado, sendo dado provimento ao presente recurso e anulado o acto em escrutínio.

9. Tanto basta para ser desnecessário entrar numa outra violação de lei e que terá consistido em atribuir uma concessão a uma concessionária de jogo.

Não obstante a desnecessidade de entrar detalhadamente nessa matéria não se deixará de referir que tal identidade não se comprovou. Uma coisa é a detenção da maioria do capital ou até a determinação da vontade social na tomada de decisões, outra é a diferenciação de identidade e personalidade jurídica de uma e outra C.^a

10. Face ao exposto, procedente e provada que se mostra a violação de lei no acto que concessionou a exploração de um dado segmento de carreiras de serviço público marítimo, afectado está o contrato que se lhe seguiu.

É o que resulta, como já se disse, do art. 172º, n.º 1, do CPA.

O contrato celebrado não deixará, por isso, de ser anulado.

11. Quanto à alegada má-fé

É uma questão que já se colocou em sede do incidente de suspensão de eficácia e cuja decisão se remeteu para final.

A procedência a final do recurso interposto é bem demonstrativa que, no essencial, assistia razão ao recorrente.

E nas partes em que não lhe assistiu razão, também não se divisa que, ao contrário do pretendido pela contra interessada, a recorrente, quer no domínio da suspensão de eficácia do acto, quer no decurso do presente recurso, tenha deduzido pretensão cuja falta de fundamento não devesse ignorar, tenha intencionalmente construído os seus pedidos com o intuito de alterar a verdade dos factos, omitido factos relevantes ou tenha praticado omissão grave do dever de cooperação - cfr. artigos 385º e 386º do CPC.

As imperfeições e um ou outro excesso de alegação inserem-se ainda dentro de algum calor de patrocínio ou numa interpretação subjectiva dos factos, o que não basta para sofrer qualquer condenação como litigante de má-fé no âmbito de qualquer dos processos e meios processuais.

V - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder **provimento ao presente recurso contencioso, decidindo-se, assim, anular o acto recorrido** consubstanciado no despacho que autorizou a celebração do contrato de concessão de exploração da carreira de transporte marítimo com a *Cotai Waterjets (Macau), Limitada*.

Mais se julga, consequentemente, **anular o aludido contrato** celebrado entre a *RAEM* e a *Cotai Waterjets (Macau), Limitada*.

Custas pela contra interessada com 12 UC.

A entidade recorrida está isenta de custas.

Macau, 19 de Fevereiro de 2009

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong