Processo nº 82/2010/A

(Autos de suspensão de eficácia)

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

Relatório

1. “SOCIEDADE DE TRANSPORTES COLECTIVOS DE MACAU, SARL” veio requerer a suspensão da eficácia do despacho do EXMO CHEFE DO EXECUTIVO de 19/12/2009, com o qual se indeferiu o recurso hierárquico que tinha interposto da decisão que não admitiu a sua proposta apresentada ao denominado Concurso Público de Serviço Público de Transportes Colectivos Rodoviários de Passageiros de Macau, mantendo, assim, a decisão da Comissão de Abertura de Propostas do dito Concurso.

*

Alega, (na parte que interessa), que para tal lhe assiste legitimidade e que preenchidos estão todos os pressupostos legais para a procedência da pretensão apresentada, afirmando, expressamente, que a execução do acto administrativo em questão lhe causará um “prejuízo de reparação impossível”, que a requerida suspensão “não determina grave lesão do interesse público concretamente prosseguido pelo acto” e que inexistem “fortes indícios de ilegalidade do recurso” contencioso que juntamente interpôs.

A final, pediu:

- “a) *A suspensão de eficácia do acto praticado pelo Exmo. Senhor Chefe do Executivo de não admissão da proposta apresentada em 24/11/2009 pela ora Requerente ao denominado Concurso Público de Serviço Público de Transportes Colectivos Rodoviários de Passageiros de Macau;*
- b) *A suspensão do procedimento concursal até decisão final do Recurso Contencioso, e conseqüentemente, a abstenção por parte*

da Administração da prática de quaisquer actos conducentes à apreciação das propostas apresentadas a concurso, à adjudicação do serviço a concurso e à celebração de qualquer contrato de concessão ao abrigo do referido concurso, (...)”, assim como a citação da entidade requerida e das contra-interessadas, “SOCIEDADE DE TRANSPORTES PÚBLICOS REOLIAN, S.A.” e “TRANSPORTES URBANOS DE MACAU, S.A.R.L.” para, querendo, contestar, requerendo a junção de 16 documentos e a inquirição de 6 testemunhas; (cfr., fls. 2 a 772).

*

Em conformidade com o estatuído no n° 3 do art. 125° do Código de Processo Administrativo Contencioso – do qual pertencem os preceitos que adiante se irão referir sem expressa indicação de origem – procedeu a Secretaria deste T.S.I. à citação da entidade requerida e indicadas contra-interessadas para contestar no prazo legal de 10 dias; (cfr., fls. 773).

*

Tempestivamente, (no prazo de 3 dias previsto no art. 126º), juntou a entidade administrativa alegação subscrita por jurista para o efeito nomeado, reconhecendo haver grave prejuízo para o interesse público na não imediata execução da decisão de 19.12.2009, opondo-se, assim, à sua suspensão provisória; (cfr., fls. 785 a 800).

*

Em resposta, pediu a requerente a improcedência dos fundamentos aduzidos pela entidade requerida e que fosse mantida a suspensão provisória do acto administrativo em questão até decisão final da requerida suspensão da sua eficácia; (cfr., fls. 973 a 979).

*

Na tramitação do assim suscitado “incidente”, foram os autos a vista do Exmº Representante do Ministério Público que juntou o seguinte Parecer:

“A mera leitura do disposto no nº 2 do artº 126º, CPAC permite

apreender que, recebida a citação ou notificação da suspensão de eficácia por parte da entidade administrativa, a suspensão provisória do acto só poderá não se registar (fora dos casos a que se reporta o artº 121º, nº 2 do mesmo diploma), "...quando o órgão administrativo reconheça, fundamentadamente e por escrito, no prazo de 3 dias, grave prejuízo para o interesse público na não imediata execução"(sublinhado nosso).

Ora, não descortinamos, nos autos e respectivo instrutor, qualquer acto, praticado pela entidade requerida, no sentido da "oposição à suspensão provisória", assim designada no articulado constante de fls 786 a 797.

Porque assim, entendemos ser de notificar tal entidade para, com a urgência decorrente do meio aqui em causa, vir esclarecer tal ponto.”;
(cfr., fls. 990).

*

Notificada, veio a entidade requerida afirmar que:

“1. O acto a que alude o n.º 2 do artigo 126.º do CPAC não tem necessariamente a natureza administrativa, podendo ser

promovido por acto processual subscrito por licenciado em direito com funções de apoio jurídico, expressamente designado para o efeito, nos termos do n.º2 do artigo 4.º do CPAC”; e que,

2. *A peça processual entregue, designada "oposição à suspensão provisória", por ter sido objecto de designação expressa para o efeito pela entidade Requerida e revestir a forma escrita e reconhecer fundamentadamente o grave prejuízo para o interesse público com a não imediata execução do acto recorrido, cumpre todos os requisitos legais, estando em condições de ser objecto de decisão judicial.”;* (cfr., fls. 1012 a 1014).

*

Oportunamente, vieram também entidade requerida e contra-interessadas contestar, alegando, em síntese, que a decisão em questão era um “acto administrativo negativo”, e, por isso, não susceptível da peticionada suspensão de eficácia, (art. 120º), afirmando também que verificados não estavam os restantes pressupostos legais para a procedência da pretensão pela requerente apresentada, nomeadamente, por inexistência do invocado “prejuízo de difícil

(impossível) reparação” e por entenderem que a aludida suspensão determinava grave lesão do interesse público” (art. 121º, nº 1, al. a) e b)); (cfr., fls. 951 a 965, 1001 a 1010-v e 1021 a 1064).

*

Prosseguindo a sua tramitação, voltaram os autos com vista ao Exmº Representante do Ministério Público que juntou o seguinte douto Parecer:

“Percebe-se bem, da resposta constante de fls 1012 a 1014, ter inexistido, por parte da Administração, designadamente da entidade recorrida, qualquer decisão, qualquer acto no sentido do não cumprimento do disposto no nº 1 do artº 126º, CPAC, sendo evidente que tal decisão se imporia, nos termos do nº 2 do mesmo normativo, onde, claramente se prevê a eventual exclusão da aplicação da regra do nº 1 “quando o órgão administrativo reconheça fundamentadamente...”, o que bem se percebe, já que, como é evidente, não poderá ficar na dependência do jurista nomeado para o processo a aplicação daquela medida do foro e domínio do poder administrativo.

Donde, na falta de tal acto, haja, em nosso critério, que considerar

indevida a execução prosseguida, nos precisos termos do nº 1 do artº 127º, CPAC, mantendo-se a suspensão provisória da execução do acto, sendo que, de todo o modo, tal matéria se encontrará “esbatida” pelo facto de se encontrar, na presente fase, o processo pronto para decisão final (pelo menos nesta sede) da suspensão de eficácia, cujo parecer emitiremos, de seguida, não sem algumas notas prévias :

- Sendo certo que na suspensão de eficácia não poderão ser apreciados os vícios imputados ao acto administrativo, tendo de se partir da presunção da legalidade de tal acto e respectivos pressupostos de facto, temos que o alegado pela recorrente e respondido pela recorrida e contra interessados (e, muito é) relativamente a pretensos vícios do acto se apresenta como perfeitamente inócuo, uma vez que se tratará, como é bom de ver, de matéria a escrutinar no domínio do recurso contencioso ;

- Por outra banda, encontramos-nos face a procedimento preventivo, de natureza célere, com apertadíssimos prazos, designadamente para emissão de parecer pelo MP e decisão pelo julgador, que se não compadece com a delonga inevitavelmente resultante do depoimento das testemunhas arroladas, sendo que não se descortina, de resto, no regime processual atinente, a possibilidade de produção de tal tipo de prova, pelo que deverá a mesma ser indeferida,

relegando-se para o conhecimento no recurso contencioso o requerido no ponto 4 (extracção de certidão) do pedido da contra interessada “Sociedade de Transportes Públicos Reolian, SA”.

Posto isto, vem “Sociedade de Transportes Colectivos de Macau, SARL” requerer a suspensão de eficácia do despacho do Chefe do Executivo de 19/12/09 que, em sede de recurso hierárquico, concordando com parecer do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, manteve decisão da Comissão de Abertura de Propostas de não admissão da proposta da requerente ao denominado “Concurso Público de Serviço Público de Transportes Colectivos Rodoviários de Passageiros de Macau”.

Serve o sublinhado a que procedemos para realçar a “tentação” que nos poderá desde logo assaltar (o que não deixou de acontecer com a entidade requerida e contra interessados) relativamente à consideração do acto suspendendo como acto de conteúdo negativo, insusceptível de suspensão de eficácia, uma vez que deixaria o requerente na mesma situação em que se encontrava antes da sua prática, dele não decorrendo efeitos acessórios ou secundários de carácter ablativo de bem jurídico preexistente, sendo que um eventual deferimento do pedido nunca poderia valer como “ordem” de admissão ao concurso,

o mesmo é dizer não produziria quaisquer efeitos jurídicos.

Mas, talvez não seja bem assim.

Um acto de conteúdo negativo propriamente dito é aquele que deixa intocada a esfera jurídica do interessado, a ponto de, por ele, nada ter sido criado, modificado, retirado ou extinto relativamente a um “status” anterior. Ou seja, trata-se de um acto “neutro” em que nada se adquire ou se perde.

Relativamente a tal tipo de actos, tem-se uniformemente entendido não serem os mesmos susceptíveis de suspensão de eficácia, quer por que tal poderia ser entendido como usurpação de poderes administrativos pelos tribunais, quer porque dessa suspensão não adviria qualquer efeito útil para o interessado, designadamente o afastamento das situações danosas caracterizadas na al. a) do art. 121º CPAC.

Começou, porém, recentemente, a ponderar-se e a obter consagração uma nova categoria de actos que, embora aparentemente de conteúdo negativo, têm efeitos positivos, existindo, dessa forma, uma utilidade na suspensão da respectiva execução, na medida em que dela derivam efeitos secundários positivos, enquadrando-se, desde logo, em tal categoria os actos de que resulte o indeferimento da manutenção de

uma situação jurídica anterior, por exemplo a denegação de renovação ou prorrogação de situação jurídica preexistente, ferindo-se as expectativas legítimas de conservação de efeitos jurídicos de acto administrativo anterior, considerando-se que, em tais situações existe, de facto, uma alteração da situação jurídica e de facto do requerente.

Mas, mais : vem-se também entendendo que se alguma utilidade puder advir da suspensão, a ponto de o requerente ir obtendo algum “ganho” até à decisão em definitivo da questão do recurso contencioso, a suspensão será de conceder.

Tal será, precisamente, o caso da recusa de admissão a concursos, considerando-se que o acto de exclusão de um candidato em concurso não se configura como um acto de conteúdo negativo, mas positivo, traduzindo-se num “facere”, o afastamento do interessado e não num “non facere”, uma mera passividade, introduzindo-se uma alteração na situação jurídica do requerente, fazendo extinguir a sua qualidade de candidato que detinha até à sua exclusão, com ablação da sua legítima expectativa de ver apreciada a sua proposta, pelo que tal tipo de acto tem um conteúdo positivo, sendo portanto admissível, em sede de suspensão da sua eficácia, uma injunção à autoridade administrativa no sentido de restaurar a situação que existia anteriormente à prolação do

acto, tendo como consequência directa e imediata o facto de o requerente poder ser admitido ao concurso até à decisão final no recurso contencioso (no sentido que vimos acentuando, cfr., entre outros Acs. do STA de Portugal de 4/3/93 – Rec. 31763 e de 19/3/03 Proc. 484/03, aqui citados a título meramente doutrinal).

Temos, pois, que, em sede do CPAC, quer se entenda que o acto em crise tem conteúdo positivo ou que, no mínimo, apresenta vertente positiva, será de admitir a presente suspensão de eficácia.

Assim sendo, tanto quanto se alcança da redacção introduzida no art. 121.º do CPAC, os requisitos contemplados nas diversas alíneas do seu n.º 1 para a suspensão de eficácia dos actos administrativos são cumulativos, bastando a inexistência de um deles para que a providência possa ser denegada.

Tais requisitos são, um positivo (existência de prejuízo de difícil reparação que a execução do acto possa, previsivelmente, causar) e dois negativos (inexistência de grave lesão do interesse público e não resultarem do processo fortes indícios de ilegalidade do mesmo).

Ficando a ordem do conhecimento desses requisitos ao critério do Tribunal, não nos repugna, porém, desde logo, admitir que se não

vislumbra que, no caso, resultem indícios, e muito menos fortes, de ilegalidade do recurso.

Quanto ao requisito positivo, tem vindo a constituir jurisprudência constante o facto de, no incidente de suspensão de eficácia do acto administrativo, incumbir ao requerente o ónus de alegar factos concretos susceptíveis de formarem a convicção de que a execução do acto causará provávelmente prejuízo de difícil reparação, insistindo permanentemente tal jurisprudência no ónus de concretização dos prejuízos tido como prováveis, insistindo-se também que tais prejuízos deverão ser consequência adequada, directa e imediata da execução do acto.

A este nível, se bem que a requerente comece por elaborar vários “esquemas” em que se propõe determinar, especificar e quantificar quer os montantes de indemnizações a pagar aos seus trabalhadores em caso de despedimento, quer os resultantes dos compromissos bancários, quer da avaliação do seu próprio património, avaliação essa que reveste precisamente a natureza contrária do “prejuízo de difícil reparação” a que alude a al a) em questão, por noção atinente a um tipo de prejuízos não quantificáveis ou determináveis, o certo é que o mesmo acaba por aludir e esgrimir com matéria – e, estamos a reportar-nos concretamente à alegada previsibilidade da liquidação da empresa e despedimento dos

trabalhadores - consonante com tais características.

E, embora se não possa afirmar, com todo o rigor e segurança, que aquela liquidação e despedimentos decorrem forçosamente como consequência adequada, directa e imediata da execução do acto, quer-nos parecer que, tendo a requerente por objecto a operação e exploração do serviço público de transportes rodoviários de passageiros dentro da Região, com todo o equipamento material e humano (383 funcionários) para o efeito, da sua exclusão do concurso em questão resultarão, seguramente (até pela “pequenez” da Região e consequente dificuldade em absorver todo esse “equipamento” em qualquer outra actividade) muitos dos prejuízos a que a mesma alude, prejuízos esses que, pela sua própria natureza, revestem natureza muito própria, não avaliável, determinável ou quantificável e, daí, que se nos afigure como preenchido este requisito positivo.

Quanto à questão do interesse público e lesão do mesmo, os anteriores contratos de concessão do serviço público de transportes rodoviários de passageiros celebrados com os actuais concessionários foram denunciados pela Administração, terminando os mesmos a 14/10/10, razão por que, para garantia de continuidade desse serviço se promoveu o concurso público em causa, visando-se, no dizer da

requerida “promover a melhoria e o desenvolvimento dos serviços de transporte público de passageiros, com a introdução de um novo modelo de prestação de serviços públicos de autocarros”.

Pretende a requerida que, a proceder o presente procedimento preventivo, suspensos ficarão os termos do concurso, afectando os prazos atinentes à avaliação de propostas, adjudicação e celebração dos contratos, acontecendo que, de acordo com os dispositivos legais aplicáveis –Dec Lei 63/85/M – poderão ficar sem efeito as propostas a concurso, já que, além do mais, os operadores necessitam de bastante tempo para a sua preparação para solver os compromissos contratuais e iniciar o contrato de prestação de serviços, designadamente a aquisição e instalação de equipamentos, formação profissional do pessoal e programação operacional do serviço, para além de que o eventual recurso à extensão dos contratos agora existentes, por ajuste directo, em detrimento do concurso público, acarretaria maior dispêndio para a Região, adiando, por outra banda, a implementação do serviço público de transporte rodoviário considerado como mais adequado aos interesses dos utentes e melhor adaptado às actuais condições de circulação.

Pois bem : nada teríamos a obstar a tais considerações, não fora a

circunstância de se nos afigurar que a suspensão dos termos do concurso (tida como causa de todos os malefícios de ordem pública apontados) não resulta como cauda directa ou, sequer, adequada, da eventual procedência da presente suspensão de eficácia : o que apenas poderá decorrer de tal procedência é a injunção da admissão a concurso da requerente até decisão do recurso contencioso. Nada mais.

Operada tal injunção, nada impede a normal tramitação concursal, não se vendo que fique, por este meio, a Administração “manietada” quanto aos prazos a cumprir, opções a tomar ou melhorias a empreender.

Não vemos, pois, que a suspensão determine grave lesão do interesse público concretamente prosseguido pelo acto, razão por que, mostrando-se cumulativamente preenchidos os requisitos necessários para o efeito, somos a pugnar pelo deferimento do presente pedido.”; (cfr., fls. 1066 a 1073).

*

Conclusos os autos ao ora relator, atenta a sua “natureza urgente”, (art. 6º, nº 1, al. g)), ao preceituado no art. 129º, e nada parecendo obstar, nomeadamente no que toca à legitimidade da requerente e tempestividade

do pedido deduzido, foi determinada a sua inscrição em tabela para decisão na sessão imediata; (cfr., fls. 1087).

*

Vieram assim os autos à conferência.

*

Passa-se a decidir.

Fundamentação

Das “questões prévias”

2. Duas são as questões prévias sobre as quais importa desde já emitir pronúncia.

A primeira, quanto ao suscitado “incidente” de oposição à suspensão provisória do acto cuja suspensão de eficácia é peticionada, e,

a segunda, quanto à requerida “inquirição de testemunhas”.

Vejamos.

2.1. O acto administrativo pode ser definido como “*a conduta voluntária de um órgão da Administração no exercício de um poder público que para prossecução de interesses a seu cargo, pondo termo a um processo gracioso ou dando resolução final a uma petição, defina, com força obrigatória e coerciva, situações jurídicas num caso concreto*”, e, como tal, “*goza da presunção de legalidade, o que envolve a sua imediata obrigatoriedade e a executoriedade dos imperativos nele contidos*”; (cfr., M. Caetano in, “Manual de Direito Administrativo”, Vol. I, pág. 463 e segs..)

De facto, como regra geral, a interposição de recurso contencioso de um acto administrativo visando a declaração da sua invalidade não tem “efeito suspensivo”; (cfr. artº 22º, onde se prescreve que “*o recurso contencioso não tem efeito suspensivo da eficácia do acto recorrido, excepto quando, cumulativamente ...*”).

Tal ausência de efeito suspensivo – como afirma Santos Botelho, no seu “Contencioso Administrativo”, 3ª ed., pág. 446 – “prende-se e encontra a sua justificação na necessidade que, de uma maneira geral, a Administração tem de evitar que a celeridade, que com carácter normal deve presidir à actividade administrativa venha a ser travada por um uso formalista e reprovável das garantias contenciosas. No fundo, a não atribuição de efeito suspensivo ao recurso contencioso radicaria não só na presunção da legalidade do acto administrativo, como também no apontado interesse do exercício contínuo, regular e eficaz da acção administrativa”.

Todavia, impõe-se reconhecer que situações existem em que a imediata execução do acto pode produzir efeitos tais que se torne impossível, mais tarde, quando verificada a sua nulidade ou causa da sua anulação, faze-los desaparecer.

Precisamente para obviar tais situações, admitiu o legislador a possibilidade de o particular se socorrer do meio processual de suspensão de eficácia do acto, procurando obviar a que a administração execute o respectivo acto administrativo, desencadeando os seus efeitos jurídicos e

materiais de modo a criar ao particular que venha a vencer o recurso, situações tornadas irremediáveis ou dificilmente reparáveis.

O pedido de suspensão de eficácia apresenta-se assim como que ligado à necessidade de acautelar ainda que provisoriamente a integridade dos bens ou a situação jurídica litigiosa, garantindo correspondentemente a execução real e efectiva da decisão e utilidade do recurso. Tem, assim, como meio processual acessório de natureza cautelar, o objectivo de evitar os inconvenientes do “periculum in mora” decorrentes do funcionamento do sistema judicial; (neste sentido, vd., Vieira de Andrade in, “A Justiça Administrativa”, 2ª ed. pág. 167 e F. do Amaral, “Dtº Administrativo”, Vol. IV, pág. 302).

É assim a “*suspensão da eficácia de actos administrativos*” – matéria regulada nos artºs 120 e segs. – uma providência cautelar que visa impedir que, durante a pendência de um recurso contencioso (ou acção), ocorram prejuízos ou que a situação de facto se altere de modo a que a decisão que se vier a proferir, sendo favorável, perca toda, ou parte da eficácia, tornando-se numa decisão puramente platónica.

Daí estatuir também o art. 126º, nº1 que, após o órgão administrativo tomar conhecimento do pedido de suspensão, deve *“impedir, com urgência, que os serviços competentes ou os interessados procedam ou continuem a proceder à execução”*.

Pretende-se pois manter o *“status quo”* até que seja apreciado o pedido de suspensão de eficácia do acto praticado.

Porém, ainda que assim seja, pode o órgão administrativo proceder à imediata execução do acto em causa caso *“reconheça, fundadamente, e por escrito”*, que a sua não execução imediata causa *“grave prejuízo para o interesse público”*; (cfr., nº 2 do art. 126º).

E, precisamente como meio de reacção a tal execução imediata de um acto administrativo – na pendência de um pedido de suspensão da sua eficácia – previu o legislador o *“incidente”* regulado no art. 127º.

Com efeito, prevê o art. 127º, nº 2 que o requerente do pedido de suspensão do acto pode pedir ao Tribunal onde penda o processo de suspensão(...) a *“declaração de ineficácia, para efeitos de suspensão, dos*

actos de execução indevida”.

No caso dos presentes autos, e face ao que se deixou relatado, seria assim de se começar por decidir do referido “incidente”, apreciando-se se o “reconhecimento do grave prejuízo para o interesse público na não imediata execução” do acto cuja suspensão foi requerida devia ser efectuado em “acto administrativo” praticado pela (própria) entidade administrativa requerida, ou se eficaz e adequado foi o meio empregue, ou seja, um “articulado”.

Por sua vez, de olvidar não é também que em resposta ao dito articulado, pediu apenas a requerente a improcedência do pela entidade administrativa alegado para não proceder à imediata suspensão provisória do acto em questão, com a conseqüente manutenção da dita suspensão provisória, sem requerer, (pelo menos, expressamente), “a declaração de ineficácia, para efeitos de suspensão, dos actos de execução indevida”; (cfr., art. 127º, nº 2, in fine).

Seja como for, cremos que encontrando-se o presente processo na fase em que se encontra, isto é, pronto para se proceder à apreciação do

pedido (principal) de suspensão de eficácia, e ponderando também na solução que quanto a este se nos afigura de adoptar, inútil é a apreciação das questões atrás identificadas, (assim como da própria justeza da não “suspensão provisória” do acto administrativo objecto daquela).

Nesta conformidade, e sem mais demoras, passemos para a “2.^a questão prévia” relacionada com a requerida “inquirição de testemunhas”.

2.2. Como se viu, com o requerimento que apresentou, pediu a requerente a inquirição de 6 testemunhas.

Ora, para além de se nos afigurar desnecessária tal inquirição, (isto, face aos documentos juntos aos autos, à posição pelas partes assumida, e visto também que não é em sede dos presentes autos que se vai apreciar da legalidade do acto administrativo cuja suspensão se pretende, sendo antes o “recurso contencioso” interposto o meio processual próprio para tal efeito – cfr., v.g., os Acs. deste T.S.I. de 03.02.2005, de 06.10.2005 e de 05.11.2009, Procs. n.º 20/2005/A, n.º 228/2005 e n.º 888/2009/A, assim como do V^{do} TUI de 13.05.2009 e 17.12.2009, Proc. n.º 2/2009 e n.º

37/2009), cremos que fundamento legal não existe para a sua execução.

Com efeito, percorrendo todos os preceitos legais que regulam a matéria da suspensão de eficácia – artºs 120º a 131º – nada nos parece permitir tal “diligência probatória”.

Dir-se-à que em prol da verdade material, ao Tribunal sempre caberia o poder (inquisitório) de a levar a cabo.

Pois bem, não se nega ser esta uma forma de ver as coisas.

Porém, confrontando o regime em causa com o legalmente previsto para os restantes procedimentos preventivos e conservatórios, nomeadamente, o de “intimação para um comportamento”, (artºs 132º a 137º), verifica-se que no âmbito deste e quanto à sua tramitação processual preceitua expressamente o art. 133º, nº 3 que *“ouvido seguidamente o Ministério Público, quando não seja o requerente, e concluídas as diligências que se mostrem necessárias, aplica-se o disposto no n.º 2 do artigo 129.º”*.

Ora, tal “diferença” de regime leva-nos pois a considerar – ainda que não fosse desnecessária, e, como se viu, no caso, este é o nosso ponto de vista – que inviável é a pretendida inquirição; (neste sentido, cfr., v.g., Fernando Brandão Ferreira Pinto e Guilherme F.D. Pereira da Fonseca in, “D^{lo} Processual Administrativo Contencioso”, fls. 113).

Dest’arte, e resolvidas que nos parecem ficar as aludidas “questões prévias”, passa-se pois a conhecer do pedido de suspensão de eficácia.

Dos factos

3. Consideram-se assentes os seguinte factos com interesse para a decisão a proferir:

- a “SOCIEDADE DE TRANSPORTES COLECTIVOS DE MACAU, S.A.R.L.”, ora requerente, é uma empresa que se dedica ao transporte público de passageiros na Região Administrativa Especial de Macau, (doravante R.A.E.M.), sendo uma sociedade comercial registada na Conservatória do Registo Comercial e de Bens Móveis de Macau (sob o n^o 2404) e tendo como objecto a operação e exploração do serviço público de transportes

rodoviários de passageiros;

- há cerca de vinte anos que é a requerente uma das duas concessionárias do fornecimento deste serviço à RAEM, sendo que o prazo da mesma concessão terminará em 14/10/2010;
- por despacho do Exm^o Chefe do Executivo de 02/09/2009, foi autorizado o “Concurso Público de Serviço Público de Transportes Colectivos Rodoviários de Passageiros de Macau”;
- no anúncio do dito concurso, (publicado na II série do BO n.º 38 de 23/09/2009 da RAEM), consta como data limite para a entrega das propostas o dia 24/11/2009, pelas 17 horas;
- a este concurso apresentaram-se a “Sociedade de Transportes Públicos Reolian, S.A.”, “Transportes Urbanos de Macau, S.A.R.L.”, (as ora contra-interessadas), e a requerente;
- para a abertura das propostas foi designado o dia 25/11/2009, pelas 10 horas;
- entregues que foram as propostas, a Comissão de Abertura de Propostas apresentou a lista das proponentes, bem como a data e a hora das respectivas apresentações;
- no que se refere à proposta apresentada pela requerente foi anunciado pelo Presidente daquela Comissão que a mesma havia

sido apresentada no dia 24/11/2009, às 17 horas e 04 minutos, e portanto, extemporaneamente;

- após reclamação pela requerente apresentada, decidiu o Presidente daquela Comissão não admitir a concurso a proposta pela mesma apresentada;
- não se conformando com tal decisão, da mesma interpôs a requerente recurso hierárquico dirigido ao Exm^o Chefe do Executivo;
- por decisão de 19/12/2009 do Exm^o Chefe do Executivo foi o dito recurso indeferido;
- a não admissão ao mencionado concurso pode originar a extinção e liquidação da requerente, com a consequente cessação da relação de trabalho que mantém com cerca de 380 trabalhadores;
- podendo vir a incorrer em pagamento de indemnizações compensatórias aos seus trabalhadores que a requerente considera poder atingir o montante global de cerca de MOP\$22,696,788.00;
- a requerente possui um património que avalia em cerca de MOP\$26,251,354.65, tendo também empréstimos com diversas instituições bancárias cujas dívidas ascendem ao montante global de MOP\$14,662,912.00;

- de acordo com o Programa de Concurso, a decisão de adjudicação das propostas aceites será tomada em Março de 2010.

Do direito

4. Elencada que assim nos parece ficar a matéria de facto que com relevo para a decisão a proferir se mostra de considerar assente, importa agora proceder ao seu enquadramento jurídico.

A tanto se passa.

Preceitua o art. 120º que:

“A eficácia de actos administrativos pode ser suspensa quando os actos:

- a) Tenham conteúdo positivo;
- b) Tendo conteúdo negativo, apresentem uma vertente positiva e a suspensão seja circunscrita a esta vertente.”

Por sua vez, nos termos do art. 121º:

- “1. A suspensão de eficácia dos actos administrativos, que pode ser pedida por quem tenha legitimidade para deles interpor recurso contencioso, é concedida pelo tribunal quando se verificarem os seguintes requisitos:
 - a) A execução do acto cause previsivelmente prejuízo de difícil

- reparação para o requerente ou para os interesses que este defenda ou venha a defender no recurso;
- b) A suspensão não determine grave lesão do interesse público concretamente prosseguido pelo acto; e
 - c) Do processo não resultem fortes indícios de ilegalidade do recurso.
2. Quando o acto tenha sido declarado nulo ou juridicamente inexistente, por sentença ou acórdão pendentes de recurso jurisdicional, a suspensão de eficácia depende apenas da verificação do requisito previsto na alínea a) do número anterior.
 3. Não é exigível a verificação do requisito previsto na alínea a) do n.º 1 para que seja concedida a suspensão de eficácia de acto com a natureza de sanção disciplinar.
 4. Ainda que o tribunal não dê como verificado o requisito previsto na alínea b) do n.º 1, a suspensão de eficácia pode ser concedida quando, preenchidos os restantes requisitos, sejam desproporcionadamente superiores os prejuízos que a imediata execução do acto cause ao requerente.
 5. Verificados os requisitos previstos no n.º 1 ou na hipótese prevista no número anterior, a suspensão não é, contudo, concedida quando os contra-interessados façam prova de que dela lhes resulta prejuízo de mais difícil reparação do que o que resulta para o requerente da execução do acto."

— Atento o estatuído no art. 120º, há que começar por verificar da “natureza” do acto administrativo em questão, isto é, se é mesmo um “acto positivo” ou “negativo com vertente positiva”, pois que só estes são susceptíveis de ver (legalmente) suspensa a sua eficácia.

Em questão análoga à ora em apreciação decidiu já esta Instância que:

“(…)

O acto administrativo que negou provimento a um recurso da lista definitiva referente a candidatos de um concurso público de ingresso na Administração Pública, então interposto por um interessado particular excluído aí pelo respectivo júri, é indubitável e tipicamente um acto meramente negativo ou um acto com conteúdo meramente negativo, e nunca um acto positivo ou um acto negativo com vertente positiva, por não estar a impor ao mesmo interessado qualquer encargo ou ónus em sentido jurídico e próprio do termo.

É que a confirmação da exclusão do mesmo interessado, como tal resultante da prática daquele acto administrativo, não acarreta nenhuma alteração negativa à esfera jurídica desse particular, precisamente porque com a mera apresentação da sua candidatura ao concurso, ele não adquiriu por esse mesmo acto seu, qualquer direito subjectivo a ser admitido sem mais ou seguramente a concorrer definitivamente no concurso, nem tão-pouco qualquer expectativa jurídica de vir a ser admitido certamente a concorrer no mesmo até ao fim, já que como a

sua candidatura podia ser recusada pela Administração, a exclusão dele só lhe frustraria uma expectativa meramente pessoal e não também jurídica, de ver admitido a concorrer pelo menos até ao fim, daí que o âmbito da sua esfera jurídica, composta por um certo conjunto de direitos e deveres seus, se mantém ainda igual depois da sua exclusão do concurso.

Aliás, não faz sentido suspender a eficácia da dita decisão de exclusão, porquanto mesmo que fosse possível essa suspensão, esta só implicaria o congelamento da decisão de exclusão, mas nunca teria a virtude de fazer nascer uma decisão administrativa no sentido inverso, ou seja, a admissão do mesmo interessado então excluído a concorrer.

(...)”; (cfr., o Ac. de 04.08.2003, Proc. n.º 97/2003/A, também citado pela entidade requerida e contra-interessados).

Sem embargo do muito respeito que nos merece o assim entendido, cremos porém não ser o mais adequado.

Ora, “acto de conteúdo negativo (propriamente dito)” é aquele que deixa intocada a esfera jurídica do interessado, a ponto de com ele, ou por ele, nada ter sido criado, modificado retirado ou extinto relativamente

a um status anterior.

O “indeferimento de uma pretensão constitutiva” cabe perfeitamente na figura: se um particular pede o licenciamento para iniciar a exploração de um restaurante, o indeferimento deixa o requerente tal como se encontrava antes.

Trata-se assim de um acto administrativo que para o interessado é “neutro” do ponto de vista dos efeitos imediatos e consequentes, uma vez que, para si, tudo permanece como dantes.

Tem-se considerado que a eficácia de tais actos não é susceptível de ser suspensa, com a justificação de que não seria possível extrair de uma sentença favorável um efeito contrário ao que deles emanava, (no exemplo fornecido, a suspensão nunca permitiria que o requerente pudesse dar início à pretendida exploração), porque isso poderia representar uma usurpação de poderes administrativos pelos Tribunais, e na medida em que dessa suspensão não adviria qualquer efeito útil para o interessado, nomeadamente, o afastamento do espectro de uma situação de facto danosa com a caracterização qualitativa e quantitativa que os

preceitos atrás citados estabelecem.

Porém, há também que atentar que, por vezes, o acto só “aparentemente” é negativo.

Trata-se de uma categoria de actos em que há efectivamente uma utilidade na suspensão, na medida em que deles advêm efeitos secundários positivos.

Nesta categoria inserem-se os actos de que resulta o indeferimento da manutenção de uma situação jurídica anterior: v.g., actos que denegam a renovação ou prorrogação de uma situação jurídica pré-existente e que, por isso, ferem legítimas expectativas de conservação dos efeitos jurídicos de um acto administrativo anterior.

Nessas hipóteses, os actos alteram realmente a situação jurídica ou de facto do requerente; (cfr., v.g. Maria Fernanda Maçãs, in “Cadernos de Justiça Administrativa”, nº2, 13 e 16, José Carlos Vieira de Andrade in “A Justiça Administrativa”, pag. 143; M. Esteves de Oliveira e outros, in “Código de Procedimento Administrativo”, 2ª ed., pag. 716/717).

Tem-se também entendido que se alguma utilidade puder advir da suspensão, a ponto de o requerente ir provisória ou condicionalmente obtendo algum ganho até ser decidida em definitivo a questão no recurso contencioso, a suspensão será de conceder, mesmo que o acto seja negativo: é pois, e em nossa opinião, o caso de rejeição ou recusa de admissão a concursos e exames ou à frequência do estudante a algum curso.

Dito isto, afigura-se-nos pois de sufragar a douta posição assumida pelo Exm^o Representante do Ministério Público quando no seu Parecer observa que a exclusão de um candidato em concurso traduz-se num «facere», (o afastamento do interessado), e não num «non facere», que seria o comportamento oposto, a mera passividade, esse sim, que por definição deixaria o seu destinatário na mesma situação em que se encontrava antes da emissão ou formação do acto, e, assim, sendo de se considerar que o acto administrativo ora requerido introduziu uma alteração na situação jurídica da ora requerente, há que afirmar que o dito acto tem “conteúdo positivo”; (neste sentido, e para além dos arestos citados no já mencionado Parecer, vd., ainda o Ac. de S.T.A. de

06.02.1992, Proc. n° 30162, e de 28.02.2002, Proc. n° 11067/02/A).

— Concluindo-se como se concluiu, e constatado-se que susceptível de suspensão é o acto aqui objecto do pedido deduzido, há que avançar para a apreciação dos “pressupostos ínsitos no art. 121º”.

Antes de mais, consigna-se que (como de forma firme e unânime tem vindo a ser entendido), a suspensão “in casu” pretendida implica a verificação cumulativa dos pressupostos previstos nas alíneas a) e b) e c) do art. 121º, pelo que a não verificação de qualquer um deles acarreta, necessariamente, a improcedência do peticionado; (cfr., v.g., o Ac. do V^{do} T.U.I. de 13.05.2009, Proc. n° 2/2009).

E, procedendo-se à apreciação em questão, começa-se por constatar que, como (também) se salienta no já mencionado Parecer, razões não se vislumbram para se considerar existentes “fortes indícios de ilegalidade do recurso” contencioso pela ora requerente já interposto do acto cuja suspensão pretende.

Assim, e evidente nos parecendo o que se deixou dito quanto ao

“pressuposto da alínea c”, detenhamo-nos na análise do invocado “prejuízo de impossível reparação” da requerente, pressuposto previsto na “alínea a”.

Pois bem, dúvidas parece não haver que é ao requerente que cabe o ónus de alegar factos que permitam concluir pela existência de “prejuízos de difícil reparação”, (necessário não sendo que sejam os mesmos “absolutamente irreparáveis” ou “de impossível reparação”).

Por sua vez, cremos ser também matéria adquirida que o conceito de prejuízo de difícil reparação é “indeterminado” e tem de ser preenchido caso a caso pela jurisprudência mediante a apreciação do despacho, da argumentação do requerente e do autor do acto, e que os ditos prejuízos têm de resultar, directa, imediata e adequadamente, da execução do acto, e não serem meramente hipotéticos ou conjunturais; (cfr., v.g., o Ac. deste T.S.I. de 21.02.2002, Proc. n° 190/2001/A, de 06.10.2005, Proc. n° 228/2005, e do V^{do} T.U.I. de 25.04.2001, Proc. n° 6/2001 e de 13.05.2009, Proc. n° 2/2009).

Nesta conformidade, face ao que se deixou consignado, e

admitindo-se (obviamente) outro entendimento, que se respeita, cremos que no caso verificados não estão os invocados “prejuízos”.

Vejamos.

Como se deixou dito, (e vale a pena recordar), os “prejuízos de difícil reparação” para os efeitos ora em causa são apenas aqueles que, com toda a probabilidade, resultam como “consequência directa, imediata e necessária” da execução do acto administrativo cuja execução é requerida.

Exige-se assim uma “relação de causalidade adequada” entre a execução do acto e os prejuízos de difícil reparação daí decorrentes, (irrelevantes sendo os prejuízos indirectos ou mediatos e os meramente aleatórios ou conjunturais).

Ora, na situação “sub judice ”, assente está que a concessão que à requerente foi adjudicada finda em 14.10.2010, e que a sua exclusão do concurso com o acto administrativo em questão pode levar à sua extinção e liquidação, com a consequente cessação da relação de trabalho que

mantém com 380 trabalhadores, podendo vir a incorrer em indenizações compensatórias que podem atingir o valor de MOP\$22,696,788.00, sendo também que detém um património avaliado em MOP\$26,251,354.65 e dívidas no montante de MOP\$14,662,912.00.

Porém, ocorre-nos desde já a seguinte questão: não sabia a requerente que a concessão que lhe foi adjudicada iria terminar em 14.10.2010?

Óbvio nos parecendo a resposta, (de sentido afirmativo), mostra-se então de questionar qual seria a solução que contava adoptar no caso de não se ter decidido pela abertura do concurso no qual foi excluída?

Dir-se-à, eventualmente, que tratando-se de um “serviço público de transporte rodoviário de passageiros”, razoável é que tivesse a esperança de o mesmo vir a ser adjudicado em sede de concurso público, e, dado até que se encontrava já em plena actividade, com meios humanos e materiais e experiência no ramo, razoável era também a esperança de lhe poder ser atribuída, (pelo menos), parte da concessão.

Contudo, como se vê, labora-se em conjecturas e meras possibilidades, pois que certa não era tal adjudicação em concurso, sendo também de aqui frisar que, mesmo com a pretendida admissão ao concurso, garantido não está que seja a requerente (uma das) vencedora(s).

Assim, atento o que se expôs, não nos parece que à ora requerente seja de reconhecer uma “expectativa juridicamente fundada” de obter vencimento no concurso em que quer participar, mostrando-se-nos que adequado não é considerar os “riscos” que consciente, voluntária e deliberadamente entendeu assumir, e que agora alega poder ter, como “prejuízos irreparáveis” (ou de difícil reparação) para o efeito ora em causa.

Dest’arte, e por não verificação do indicado pressuposto, inviável é a procedência da pretensão apresentada, (prejudicada ficando a verificação do pressuposto quanto ao “grave prejuízo para o interesse público”).

*

Uma última consideração.

Na sua contestação, pediu a contra-interessada “SOCIEDADE DE TRANSPORTES PÚBLICOS REOLIAN, S.A. “a extracção de certidão dos Docs. n° 5 a 10 juntos com o requerimento da requerente para efeitos de instauração de inquérito penal...”; (cfr., fls. 1063).

Face à posição sobre tal pretensão assumida pelo Exm° Representante do Ministério Público, nada mais se nos mostra de acrescentar.

Decisão

5. Atentando em tudo quanto se tentou deixar esclarecido, acordam indeferir a peticionada suspensão de eficácia.

Pagará a requerente a taxa de justiça que se fixa em 15 UCs.

Macau, aos 04 de Março de 2010

José M. Dias Azedo

João A. G. Gil de Oliveira

Chan Kuong Seng

(subscrevo apenas a decisão, pois se me afigura impossível decretar a suspensão de eficácia de um acto administrativo meramente negativo, como é o caso do acto em questão nos autos, na esteira do meu entendimento já sobejamente desenvolvido no acórdão de 4/8/2003, por min relatado para o Processo n.º 97/2003/A, deste T.S.I.).