

Processo n.º 88/2003

(Recurso Jurisdicional)

Data: 11/Dezembro/2003

Assuntos:

- Contagem do prazo do recurso contencioso;
- Omissão de factos que deviam ter sido dado como provados;
- Da omissão de pronúncia;
- Princípio da igualdade;
- Discricionariedade;
- Fundamentação.

SUMÁRIO:

1. A tempestividade da interposição de recurso é um pressuposto processual específico da fase dos recursos e, no caso concreto, pressuposto típico do recurso contencioso de anulação. Enquanto tal, tendo-se formado caso julgado formal sobre essa questão prévia, não pode agora este Tribunal apreciar de novo essa questão.
2. Não tendo sido considerados factos seguramente relevantes para apreciação da questão a decidir, incorre-se na nulidade da alínea b) do n.º1 do artigo 571º do CPC de Macau.

3. O princípio da boa-fé pressupõe que a Administração não deve atraiçoar a confiança que os particulares interessados puseram num certo comportamento seu.
4. Só pode existir direito à igualdade na legalidade e defender igualdade na ilegalidade seria pôr em causa os alicerces do sistema e do próprio estado de direito.
5. O diploma regulador do licenciamento das farmácias – Decreto-lei nº 58/90/M de 19 de Setembro – confere um poder discricionário à Administração, vinculado à ocorrência de determinados factos, ali taxativamente enumerados.
6. Algumas das normas ali insertas, como o artigo 30º, nº4 do DL nº58/90/M, de 19 de Setembro - “Como regra, a localização de nova farmácia não deve distar menos de 300 metros de outra já existente.”- deixam em aberto a possibilidade de os respectivos requisitos de licenciamento ali previstos poderem ser afastados.
7. Numa situação em que não se sabe por que razão outras farmácias que distavam de outras menos de 300 metros foram licenciadas, se esta o não foi, então devia a Administração ter fundamentado a sua decisão, não bastando a invocação do mencionado requisito do nº4 do artigo 30º do Decreto-Lei nº 58/90.

8. Tem-se um despacho por infundamentado quando não se percebe, ao indeferir-se a pretensão da interessada, qual o processo cognoscitivo e valorativo e qual a motivação que conduziu a que um critério não imperativo motivasse a decisão tomada.

9. A mudança de critérios deve ser acompanhada dum motivação que explique as razões que levaram a Administração a inflectir de orientação.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 88/2003

(Recurso Jurisdicional)

Data: 11/Dezembro/2003

Recorrente: (A)

Recorrido: Director dos Serviços de Saúde

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

I - **RELATÓRIO**

(A), casada, portadora do BIRM n.º 5/19xxxx/0, emitido pelos SIM, aos 27/11/1998, residente no Beco do Leal Senado, Edifício XX Mansion, Xº andar “X”, Macau, interpôs oportunamente, junto do Tribunal Administrativo recurso contencioso do acto de 18/07/01, praticado pelo Senhor Director dos Serviços de Saúde, que lhe indeferiu o pedido da licença para a instalação da Farmácia “XX III”, com o fundamento de que não estavam verificados os critérios enunciados no n.º4 do artigo 30º do Decreto-Lei n.º 58/90/M, de 19 de Setembro, pedindo a sua anulação.

Veio a ser proferida douta sentença que considerou improcedente tal recurso por não se ter entendido que aquele despacho padecesse de qualquer ilegalidade nos termos invocados, mantendo o acto recorrido.

É desta sentença que vem interposto o presente recurso.

(A), ora recorrente, apresentou as suas alegações, alegando, fundamentalmente e em síntese:

Entende não estarem suficientemente discriminados na douta sentença todos os factos que deveriam ser dados como provados, tal como exige o artigo 562º, n.º2 do CPC (Código de Processo Civil).

Pois há outros factos, para além dos considerados provados pelo Juiz *a quo* e que foram por si articulados que se deverão igualmente dar por assentes, já que não houve contestação e por isso não foram impugnados pela então recorrida, conforme o disposto no artigo 54º do Código de Processo Administrativo Contencioso.

São tais factos os seguintes:

- "depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 58/90/M de 19 de Setembro, a entidade recorrida deferiu inúmeros pedidos de licença de farmácia sem respeitar o n.º4 do artigo 30º do mesmo Decreto".

- "Dentro destas inúmeras licenças concedidas pela entidade recorrida, destaque-se as Farmácias constantes da lista que aqui se junta como documento n.º1 (nomeadamente as Farmácias: "Kam Fong", "San Fong", "Man Fong" e "Io Va").

- "A Farmácia da recorrente está em plena igualdade com a lista de farmácias acima referida".

- "Com a presença do seu farmacêutico Dr. Fernando Cláudio Teixeira, a recorrente teve uma reunião com o funcionário responsável da entidade recorrida para obter o respectivo conselho."

- "Nesta reunião, o funcionário da entidade recorrida indicou a área mais adequada para abertura de uma nova farmácia, atendendo os critérios legais."

- Foi "nesta área que a recorrente procurou um estabelecimento adequado para a instalação da Farmácia XX III, conforme as indicações deste funcionário."

- Não tendo facultado uma orientação apta para ser seguida pelo cidadão comum, a Administração causou "prejuízos patrimoniais à recorrente, pois já tinha pago as rendas e o respectivo montante das despesas da obra do estabelecimento onde iria implantar a nova farmácia."

Os factos em causa não estão em manifesta oposição com a defesa considerada no seu conjunto (não houve qualquer manifestação neste sentido), é admissível confissão sobre eles e não resultam contraditados pelos documentos que constituem o processo administrativo instrutor (este limita-se aos documentos entregues com o pedido de licenciamento da nova farmácia e aos vários pareceres a partir daí obtidos até à decisão final).

O Juiz *a quo* violou assim o disposto no artigo 562º, n.º2 do CPC, tornando por isso nula a sentença já que deixou de observar um requisito formal da mesma.

Pois, como refere o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português (que indica dada a similaridade de interpretações entre os dois sistemas legais) de 13/10/1982, proferido no processo n.º036732, "o artigo 659º, n.º2 (artigo 562º do CPC de Macau), do Código de Processo Civil, prescreve que o juiz "estabelecerá os factos que considera provados" e que, finalmente, "interpretará e aplicará a lei aos factos (...) Se o juiz o não fizer, comete a nulidade da alínea b) do n.º1 do artigo 668º (artigo 571º do CPC de Macau) daquele Código, ainda que o recurso seja restrito à matéria de direito pois a Relação não pode conhecer do recurso sem primeiro equacionar os factos" (*in* www.dgsi.pt/).

É, assim, nula a sentença pois é aplicável, quanto ao efeito resultante da falta de especificação dos factos provados, a norma prevista no artigo 571º, n.º1, al. b) do CPC, que comina tal vício com a nulidade.

Deixou também o Mmo Juiz *a quo* de apreciar algumas questões levantadas pela Recorrente, que podem ser consideradas pertinentes e que poderiam prejudicar aquela que veio a ser a decisão final.

Designadamente, a que respeita à violação do princípio da boa fé previsto no artigo 8º do CPA pelo autor do acto administrativo recorrido.

Apesar dos factos acima apontados e que não o foram na douta sentença recorrida poderem apontar para que essa violação tivesse de facto sido cometida, o Juiz *a quo* não se pronunciou quanto à sua verificação ou não, o que sempre lhe caberia fazer pois tratava-se de questão essencial para a boa decisão da causa.

Já que, a verificar-se, levaria a que o acto administrativo fosse anulado.

Em segundo lugar, a sentença recorrida não deu também qualquer resposta ao requerimento apresentado pela Recorrente no final da sua petição inicial (fls. 8 dos autos) para que a então entidade recorrida fosse notificada para responder, para enviar o competente processo administrativo e para enviar "cópia de todos os despachos completos de deferimentos dos pedidos de licenciamento das farmácias constantes na lista que aqui se junta como documento n.º1".

Este último pedido ali formulado para que a entidade recorrida fosse notificada para enviar "cópia de todos os despachos completos de

deferimentos dos pedidos de licenciamento das farmácias constante na lista que aqui se junta como documento n.º1" fazia todo o sentido face aos factos que deveriam ter sido dados como provados, de modo a apurar quais as possíveis diferenças entre este pedido de licenciamento e os restantes que permitiram o seu indeferimento (deste).

Consistindo aquelas questões levantadas pela Recorrente dados integradores dos elementos constitutivos do seu direito a uma decisão justa e não discriminatória por parte da Administração, cabia ao Meritíssimo Juiz *a quo* pronunciar-se sobre elas, sem o que a sentença deverá ser declarada nula por verificação da alínea d) do n.º1 do artigo 71º do CPC, na sua primeira parte: "quando o juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar".

À cautela de patrocínio e sem prescindir invoca ainda:

Verifica-se erro de direito na interpretação da lei aplicável e na interpretação dos fundamentos de direito invocados pela recorrente, o que se torna patente pela leitura do texto da sentença, o que leva a que o Tribunal *a quo* continue, assim, a violar o princípio da igualdade.

Nunca a Recorrente afirmou que no deferimento de outros pedidos de licenciamento de farmácia tivesse sido cometida qualquer ilegalidade por desrespeito aos requisitos legalmente impostos.

Até porque, tal como repetidamente afirmou no seu articulado, o artigo 30º, n.º4 do Decreto-Lei já referido confere um poder discricionário ao seu aplicador.

Como o pedido de licenciamento da farmácia preencheu todos os requisitos legais e foi indeferido, a Administração tratou as situações iguais de forma desigual, já que outros pedidos semelhantes, ainda que também não verificado o requisito legal previsto no n.º4 do artigo 30º do mencionado Decreto, foram deferidos.

Não é que tais actos administrativos de licenciamento de farmácia sejam ilegais, o que acontece é que o mesmo critério, face ao poder discricionário conferido pela lei, deveria ter sido utilizado para todos os pedidos de licenciamento, devendo por isso ter sido também deferido o pedido da ora Recorrente.

Tendo ficado demonstrado que há de facto outras farmácias (se não se entender que tal facto é público e notório, resulta ao menos da matéria de facto não impugnada pela entidade recorrida relativamente às farmácias indicadas no documento n.º1 junto à petição de recurso) que efectivamente foram licenciadas sem que a regra da distância mínima de 300 metros entre elas e outras farmácias já existentes fosse respeitada, resulta que esse critério não é visto como essencial para o licenciamento das mesmas.

A existência de um poder discricionário não significa que as decisões serão tomadas pelos agentes administrativos a seu belo prazer como se de livre arbítrio se tratasse.

No que toca aos restantes limites internos do poder discricionário, interessa destacar a consagração dos princípios jurídicos por que a Administração deve nortear a sua actividade.

De acordo com os artigos 5º e 6º do CPA (Código de Procedimento Administrativo), aprovado pelo Decreto-Lei n.º35/94/M, e vigente à data da prática do acto impugnado, no exercício da sua actividade, a Administração deve observar os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade.

Para além do CPA, artigo 5º, o princípio da igualdade ora em causa encontra-se também consagrado na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau ao afirmar no seu artigo 25º que todos os "residente de Macau são iguais perante a lei".

Já na vigência do referido Decreto e no âmbito do mesmo poder discricionário por ele conferido, foram licenciadas outras farmácias novas sem que esse critério, "aconselhado" por lei, fosse respeitado, o que é facto público e notório, de tal forma que foi junta à petição inicial de recurso contencioso uma lista dessas farmácias que nem sequer foi impugnada pela Administração.

Com tal actuação anterior a Administração não cometeu qualquer acto ilegal, uma vez que é o próprio legislador que lho permite, mas fez criar um precedente a que ela própria terá de se sujeitar sob pena de cair no livre arbítrio.

Face a situações iguais impõe-se igual decisão.

E esse é um princípio que, pela sua força conformadora e condicionadora de qualquer regime político desde o início do Estado Liberal, tem que se considerar como um direito fundamental, que se impõe quer aos particulares quer à Administração.

Cabia, por isso, face aos factos e aos fundamentos acima apontados, ao Meritíssimo Juiz *a quo*, considerá-lo violado pela Administração no caso concreto.

E que, como tal, sendo desrespeitado pela sentença ora recorrida por dele não tomar conhecimento, a torna nula nos termos do disposto no artigo 122º, n.º2 al. d) do CPA por violação do artigo 25º da Lei Básica e do artigo 5º do CPA.

Sem conceder quanto ao que anteriormente ficou expresso, invoca-se ainda erro de direito ao não se dar por verificado o vício de forma em que consiste a falta de fundamentação.

Entendeu o Meritíssimo Juiz *a quo* que tal vício não se verifica visto que a localização do estabelecimento farmacêutico, cuja licença se requereu, não obedeceu ao requisito de distância geográfica, tal como vem exigido no artigo 30º, n.º4 do Decreto-Lei n.º 58/90/M de 19 de Setembro.

Esse requisito também não é obrigatório para a Administração, visto que lhe é concedido um poder discricionário no âmbito da exigibilidade do mesmo para licenciamento de farmácias.

Por outro lado, como resulta patente da verificação em concreto da distância que medeia entre algumas farmácias recentes e outras já existentes e também pelo facto da entidade recorrida não ter impugnado os factos articulados na petição inicial de recurso, existem novas farmácias, licenciadas ao abrigo daquele Decreto-Lei, que não respeitam igualmente tal requisito.

A Administração criou, portanto, um precedente revelado pelas decisões tomadas anteriormente em situações idênticas, pelo que pugna pela não exigência absoluta de tal requisito.

Não obedecendo, *in casu*, a tal precedente que ela própria criou, cabia-lhe no mínimo fundamentar devidamente a razão porque o afastou, ao decidir o pedido da ora Recorrente - artigo 114º, n.º1, al. e) do CPA.

Cabia, por isso, à Administração fundamentar, de facto e/ou de direito, por que razão inflectiu quanto à orientação anteriormente seguida em casos iguais, já que este parece ser o único requisito que a Recorrente não cumpriu no seu pedido de licenciamento de farmácia.

O mesmo acontecendo quanto à população mínima servida por cada farmácia, pois há muito que deixou de ser respeitada a exigência de 40.000 habitantes servidos por cada farmácia - vd. ponto 3.2 do documento constante de fls. 19 junto aos autos pela Recorrente e que consta igualmente do processo instrutor.

Não houve, assim, qualquer preocupação por parte do autor do acto em minimamente explicar por que razão decidiu de forma contrária à orientação anteriormente seguida, refugiando-se num normativo que ele próprio não tem aplicado noutras situações semelhantes (o que fez legalmente, saliente-se).

A despreocupação do autor do acto vai a tal ponto que considera desrespeitado o requisito da distância mínima entre a farmácia existente e a farmácia "Kuok Wai" uma vez que a distância entre as duas é de apenas 238 metros, distância esta que foi medida por... passos - cfr. ponto 3.3 do

documento constante de fls. 19 junto aos autos pela Recorrente e que consta igualmente do processo instrutor.

Cabendo ao autor do acto administrativo demonstrar os factos que supostamente lhe permitiriam denegar o pedido do particular, era, pelo menos, exigível que o fizesse, dado que se trata de facto preciso, utilizando os meios de prova convencionais e estandardizados como a fita métrica, sem o que cairá também na ilegalidade na obtenção da prova.

Negando-se a dar provimento ao pedido da Recorrente, apesar dos argumentos por ela invocados quanto à falta de fundamentação, incorreu assim a sentença recorrida em erro de direito por errada interpretação dos artigos 113º a 115º do CPA.

Nestes termos, **conclui** no sentido de dever ser concedido total provimento ao presente recurso e, em consequência, dever a douta sentença recorrida ser declarada nula, ou, subsidiariamente, revogada, em conformidade.

Não foi oferecida contestação pela entidade recorrida e nesta instância não produziu contra- alegações.

O Digno Magistrado do Ministério Público emitiu douto **parecer**, alegando, fundamentalmente:

Encontra-se inteiramente de acordo com as judiciosas considerações expendidas no douto "Parecer" do Exmº colega junto do Tribunal Administrativo, no que tange à ocorrência, no caso, da excepção

de caducidade do direito de recorrer, razão por que deveria o recurso ter sido rejeitado.

Errou a douta decisão em crise ao considerar que o prazo em questão se suspendeu durante as férias judiciais de Verão, falando-se para tanto, talvez por lapso, em "acções", quando de recurso contencioso se trata e invocando-se indevidamente, para o efeito, o disposto no artigo 94º CPCM, *ex vi* do artigo 1º do CPAC.

Este último dispositivo faz apelo à lei processual civil, apenas em termos subsidiários.

E o certo é que dispõe expressamente o n.º3 do artigo 25º CPAC que à contagem dos prazos de recurso de actos anuláveis se aplica o disposto no Código do Procedimento Administrativo, consignando-se no artigo 74º deste diploma as regras de contagem respectivas onde se expressa que o prazo é contínuo (al. b)), não se incluindo qualquer alusão à pretendida suspensão durante as férias judiciais, dispondo apenas o n.º1 do artigo 27º do próprio CPAC que "A contagem do prazo para interposição do recurso suspende-se nos períodos em que, por decisão administrativa, o acto se torne ineficaz".

Não sendo esse, manifestamente, o caso, haveria que rejeitar o recurso, a menos que o Mmo Juiz *a quo* contemplasse a possibilidade de ocorrência de vício que, eventualmente, fulminasse o acto com nulidade, o que, aparentemente, não sucedeu, a avaliar pela análise de mérito efectuada na sentença questionada.

De todo o modo, encontramos-nos (no caso de ocorrência de nulidade) face a domínio do conhecimento officioso, pelo que dele não poderá este Tribunal eximir-se a conhecer.

Assim sendo, e porque nenhum outro vício se descortina a justificar a forma de invalidade em apreço (nulidade), a única ilação a retirar será a da efectiva ocorrência de excepção de caducidade do direito de recorrer, aduzida pelo Mº Pº, a determinar a rejeição do recurso.

Assim não o entendendo, **conclui**, violou a douta sentença, designadamente, os artigos 25º, n.º2 al. a) e 46º, n.º2 al. h), ambos do CPAC e artigo 73º do CPA, o que deve conduzir à respectiva revogação.

*

II - FACTOS

Com pertinência, vêm assentes os factos seguintes:

Em 26/03/2001, a Recorrente pediu a concessão do alvará de exploração da farmácia (cfr. fls. 21 do P.A.).

Em 22/05/01, a Senhora (鄭豐艷紅), Chefe da DIL (Divisão de Inspeção e Licenciamento), elaborou a Informação n.º 2289/212/DIL/DAF/2001 (doc. de fls. 32 e verso do P.A.).

Nessa Informação, a CTLEAF (Comissão Técnica de Licenciamento de Estabelecimentos de Actividade Farmacêutica) emitiu o seguinte parecer (cfr. fls. 32 verso do P.A.):

Após apreciação do presente processo de licenciamento, esta Comissão é de parecer que não está observado o requisito da distância

(300m) previsto ao ponto n.º4 do artigo 30º (critérios para avaliar a necessidade de abertura de novas farmácias) do Decreto-Lei n.º 58/90/M de 19 de Setembro. Assim, esta Comissão é de opinião que não estão observadas as condições legais para o licenciamento da farmácia XX III...

Assin...

11.07.2001

**Deve ter-se também em atenção o reduzido n.º de farmacêuticos existentes, não suficientes para as farmácias a funcionar em Macau, o licenciamento de novas farmácias virá agravar este problema da falta de farmacêuticos, problema que pode ser considerado de Saúde Pública.*

Em 18/07/01, o Senhor Director proferiu o despacho ora posto em crise, dizendo : «*同意 CTLEAF 之意見*» (cfr. fls. 32 do P.A.).

Em 27/07/01, a Recorrente recebeu a notificação do acto em causa (doc. de fls. 35 e 36 do P.A.).

Dá-se aqui por integralmente reproduzido o teor de todos os actos e documentos acima referenciados.

Mais se tem por assente, o que resulta documentalmente comprovado (cfr. fls 13 dos autos):

A interessada ora Recorrente foi notificada do aludido despacho de 18/7/2001, da seguinte forma:

«Informamos que a solicitação para instalação da Farmácia “XX III” subscreta por V. Excia., foi indeferida.

A farmácia XX III não reúne as condições adequadas para ser licenciada porque não estão observados, minimamente, os critérios contidos no n.º4 do artigo 30º do Decreto-Lei n.º 58/90/M de 19 de Setembro.

Mais se informa V. Excia. que o presente acto administrativo pode ser objecto de recurso contencioso, no prazo de 30 dias, nos termos do artigo 25º, n.º2 do Código de Processo Administrativo Contencioso – Decreto- Lei n.º 110/99/M de 13 de Dezembro.

Com os melhores cumprimentos.

Chefe do Departamento dos Assuntos Farmacêuticos subst.»

Tem-se ainda por assente o seguinte:

- Depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º58/90/M de 19 de Setembro, a entidade recorrida deferiu inúmeros pedidos de licença de farmácia sem respeitar o n.º4 do artigo 30º do mesmo Decreto.
- Dentro destas inúmeras licenças concedidas pela entidade recorrida, destacam-se as farmácias constantes da lista junta como documento n.º1 (nomeadamente as Farmácias: "Kam Fong", "San Fong", "Man Fong" e "Io Va").
- A Farmácia da Recorrente está em plena igualdade com a lista de farmácias acima referida.
- Com a presença do seu farmacêutico Dr. Fernando Cláudio Teixeira, a Recorrente teve uma reunião com o funcionário responsável da entidade recorrida para obter o respectivo conselho.

- Nesta reunião, o funcionário da entidade recorrida indicou a área mais adequada para abertura de uma nova farmácia, atendendo aos critérios legais.
- Foi nesta área que a Recorrente procurou um estabelecimento adequado para a instalação da “Farmácia XX III”, conforme as indicações deste funcionário.
- A Administração causou prejuízos patrimoniais à Recorrente, pois já tinha pago as rendas e o respectivo montante das despesas da obra do estabelecimento onde iria implantar a nova farmácia.

III - FUNDAMENTOS

O objecto do presente recurso – *se é de confirmar ou revogar a sentença proferida em 1º instância* – passa pela análise das seguintes questões, aqui delimitadas necessariamente pelas alegações do ora Recorrente:

- Extemporaneidade do recurso;
- Omissão de factos que deviam ter sido dado como provados;
- Da omissão de pronúncia;
- Princípio da igualdade;
- Discricionariedade;
- Fundamentação.

*

1. A extemporaneidade de interposição de recurso, enquanto geradora da caducidade do direito ao recurso por parte do interessado, conforma uma questão que é do conhecimento officioso pelo Tribunal.

No caso *sub judice*, porém, tal questão, tendo sido suscitada pelo Digno Magistrado do Ministério Público na 1º Instância, foi objecto de apreciação concreta, vindo a decidir-se que o recurso era tempestivo.

Embora se entenda que a douta decisão em crise tenha errado, ao considerar que o prazo em questão se suspendeu durante as férias judiciais de Verão e ao invocar indevidamente, para o efeito, o disposto no artigo 94º CPCM, *ex vi* do artigo 1º do CPAC, quando existe norma expressa que afasta aquela aplicação subsidiária, tal como resulta do n.º3 do artigo 25º CPAC que estipula que à contagem dos prazos de recurso de actos anuláveis se aplica o disposto no Código do Procedimento Administrativo, - consignando-se no artigo 74º deste diploma as regras de contagem respectivas onde se expressa que o prazo é contínuo (al. b)), não se suspendendo durante as férias judiciais e dispondo apenas o n.º1 do artigo 27º do próprio CPAC que "A contagem do prazo para interposição do recurso suspende-se nos períodos em que, por decisão administrativa, o acto se torne ineficaz" -, não se acompanha a posição do Digno Magistrado do MP nesta instância, ao entender que, mesmo já decidida essa questão na 1ª instância, porque é de conhecimento oficioso, pode ser de novo apreciada.

A menos que se contemplasse a possibilidade de ocorrência de vício que, eventualmente, fulminasse o acto com nulidade, o que não é o caso já que se está dentro do pressuposto de que os vícios assacados ao acto são apenas susceptíveis de gerar anulabilidade.

Tal só aconteceria se a questão não tivesse sido apreciada ou se da decisão proferida sobre essa questão tivesse sido interposto recurso.

Ora, o MP não interpôs recurso dessa questão que assim foi decidida, formando-se caso julgado sobre a mesma. O caso julgado forma-se sobre as diversas questões e o facto de a questão nuclear ainda não ter transitado não quer dizer que se não formem diversos casos julgados sobre outras questões de natureza procedimental.

A tempestividade da interposição de recurso é um pressuposto processual específico da fase dos recursos e, no caso concreto, pressuposto típico do recurso contencioso de anulação.¹

Enquanto tal, tendo-se formado caso julgado formal sobre essa questão prévia, não pode agora este Tribunal desdizer o que foi firmado e não impugnado, sob pena de comprometimento das mais elementares regras da segurança jurídica.

Era o que constava de norma expressa no artigo 110º, al. b) da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos pré vigente, ao salvaguardar o conhecimento pelo Tribunal de recurso das excepções ou questões prévias com trânsito em julgado, na esteira do melhor entendimento que vai no sentido do respeito pelo caso julgado formal dentro do processo quanto a essas matérias.

É o que resulta, aliás, expressamente do disposto no nº2 do artigo 429º do C. Processo Civil, na esteira do entendimento que a doutrina vinha fazendo do anterior art. 410º do C. Proc. Civil pré-vigente.²

¹ - Ribeiro Mendes, Recursos em Processo Civil, 1994, 150 e Vieira de Andrade, Justiça Administrativa, 2002, 231

² - Lebre de Freitas, Código de Processo Civil Anotado, 2º, 2001, 370

É o entendimento já consagrado na jurisprudência do Tribunal de Última Instância de Macau³ e do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal⁴, ali se afirmando que “o recurso jurisdicional visa modificar as decisões submetidas a recurso e não conhecer matéria nova, salvo se se tratar de matéria de conhecimento oficioso e não decidida com trânsito em julgado”.

O conhecimento oficioso de dada questão permite o conhecimento pelo Tribunal sem alegação das partes, mas não pode permitir a modificabilidade a todo o tempo das decisões sobre ela firmadas.

2. Importa então analisar os vícios assacados à sentença recorrida.

Suscita a ora Recorrente a questão relativa à não discriminação dos factos que deviam ter sido dados como provados na douta sentença, tal como exige o artigo 562º, n.º2 do CPC.

Para além dos factos constantes de fls.71 e 72, há outros factos articulados pela então Recorrente do acto administrativo que se deveriam ter dado por assentes, ao abrigo do princípio da livre apreciação de prova e atenta, nomeadamente, a posição assumida nos autos pela entidade recorrida, a saber :

³ - Ac. do TUI de 27/11/2002, proc. 12/2002

⁴ - Ac. STA de 20/5/99, proc. 39535

- "depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º58/90/M de 19 de Setembro, a entidade recorrida deferiu inúmeros pedidos de licença de farmácia sem respeitar o n.º4 do artigo 30º do mesmo Decreto".

- "Dentro destas inúmeras licenças concedidas pela entidade recorrida, destaque-se as Farmácias constantes da lista que aqui se junta como documento n.º1 (nomeadamente as Farmácias: "Kam Fong", "San Fong", "Man Fong" e "Io Va").

- "A Farmácia da recorrente está em plena igualdade com a lista de farmácias acima referida".

- "Com a presença do seu farmacêutico Dr. Fernando Cláudio Teixeira, a recorrente teve uma reunião com o funcionário responsável da entidade recorrida para obter o respectivo conselho."

- "Nesta reunião, o funcionário da entidade recorrida indicou a área mais adequada para abertura de uma nova farmácia, atendendo os critérios legais."

- Foi "nesta área que a recorrente procurou um estabelecimento adequado para a instalação da Farmácia XX III, conforme as indicações deste funcionário. "

- Não tendo facultado uma orientação apta para ser seguida pelo cidadão comum, a Administração causou "prejuízos patrimoniais à recorrente, pois já tinha pago as rendas e o respectivo montante das despesas da obra do estabelecimento onde iria implantar a nova farmácia."

Verifica-se que, citada para contestar, a entidade ora recorrida não o fez, pelo que tais factos não foram impugnados.

Prescreve o artigo 54º do Código de Processo Administrativo Contencioso "A falta de contestação ou de impugnação implica a confissão dos factos alegados pelo recorrente, excepto quando estejam em manifesta oposição com a defesa considerada no seu conjunto, não seja admissível confissão sobre eles ou resultem contraditados pelos documentos que constituem o processo administrativo instrutor".

Tais factos não estão em manifesta oposição com a defesa considerada no seu conjunto, é admissível confissão sobre eles e não se mostra que estejam contraditados pelos documentos que constituem o processo administrativo instrutor.

Não deixam de se mostrar relevantes para a apreciação da questão relativa à violação do princípio da igualdade e da violação do princípio da boa-fé.

Importa, neste passo, a posição que sobre este assunto foi tomada na douta decisão recorrida .

Ali se disse que não havia matéria suficiente para estabelecer comparações tendentes a saber se a conduta da Administração violou alguns princípios jurídicos administrativos no tratamento de pedidos apresentados por outros particulares; não foram carreadas matérias que apontassem para a ideia de que a Administração optou por um critério injusto para a Recorrente na avaliação do pedido desta última; a ilegalidade ou irregularidade cometida noutros casos nunca pode ser

repetida pela Administração automaticamente na apreciação do caso em análise, sob pena de se cair no "igualitarismo" .

E ainda porque tendo sido o fundamento do indeferimento a não observância do requisito da distância geográfica, tal como vem exigido no artigo 30º/4 do DL n.º58/90/M, de 19 de Setembro :

“Como regra, a localização de nova farmácia não deve distar menos de 300 metros de outra já existente.”,

observado este, tudo o mais perderia sentido.

Falece alguma razão a esta posição porquanto se é certo que não há igualdade na ilegalidade, princípio sobejamente proclamado pelos Tribunais de Macau, não é menos certo que aquela norma se configura como uma norma em aberto e, embora estabeleça um princípio regra, não deixa de abrir as portas a outras situações em que esse requisito não se verifique, desde logo face à formulação ali inserta “como regra...”. E o certo é que a parte interessada esgrimiou com matéria bastante no sentido de comprovar essa abertura normativa, dizendo que em determinado número de casos houve licenças concedidas a farmácias concretamente indicadas em que tal requisito orientador se não verificava.

Também parece não deixar de ser relevante a matéria alegada, enquanto se diz que a Administração nos procedimentos preparatórios indicou um local que entendia ser adequado para a instalação da farmácia e depois veio dizer que esse local não reunia os requisitos.

Nos termos do disposto nos artigos 562º, n.º2, e 631º, n.º2 do Código de Processo Civil, as sentenças não-de conter a discriminação dos factos concretos considerados provados.

Nesta conformidade, não tendo sido considerados factos seguramente relevantes, terá sido cometida a nulidade da alínea b) do n.º1 do artigo 571º do CPC de Macau.

3. Da omissão de pronúncia.

Invoca-se ainda que o Mmo Juiz *a quo* deixou de apreciar algumas questões levantadas pela Recorrente, a saber:

- violação do princípio da boa fé previsto no artigo 8º do CPA pelo autor do acto administrativo recorrido (*traduzida aquela nos factos de que, antes de entregar o pedido da licença, foi consultar a entidade recorrida para escolher a devida localização da futura farmácia e com a presença do seu farmacêutico Dr. Fernando Cláudio Teixeira, teve uma reunião com o funcionário responsável da entidade recorrida para obter o respectivo conselho. Nessa reunião, o funcionário da entidade recorrida indicou uma área onde se considerava mais adequada para abertura de uma nova farmácia, atendendo aos critérios legais. Tendo a Recorrente procurado nessa área um estabelecimento adequado para a instalação da Farmácia XX III sob as indicações deste funcionário, sendo uma cidadã normal, fazendo fé nas palavras da entidade pública, ficou extremamente desiludida com o despacho recorrido).*

- a sentença recorrida não deu também qualquer resposta ao requerimento apresentado pela Recorrente no final da sua petição inicial para que a então entidade recorrida fosse notificada para enviar "cópia de

todos os despachos completos de deferimentos dos pedidos de licenciamento das farmácias constante na lista que aqui se junta como documento n.º1".

Aceita-se que a primeira daquelas questões levantadas pela Recorrente, enquanto questão determinante de eventual violação de lei por preterição de um princípio basilar por que se deve reger a Administração Pública, parece ferir o princípio da confiança e da boa-fé, já que a Administração diz primeiramente ao administrado que um dado local é bom para instalar a farmácia e depois indefere o pedido porque diz que esse não é um local adequado.

Na verdade, o princípio da boa-fé pressupõe que a Administração não deve atraiçoar a confiança que os particulares interessados puseram num certo comportamento seu.⁵

Enquanto violação de um princípio estruturante do procedimento administrativo, integrante dos elementos negativos do direito do particular a uma decisão justa e não discriminatória por parte da Administração, cabia ao Mmo Juiz *a quo* pronunciar-se sobre ela, sem o que a sentença deverá ser declarada nula por verificação da alínea d) do n.º1 do artigo 571º do CPC, na sua primeira parte "quando o juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar".

⁵ - João Caupers, Introdução ao Dto Administrativo, 2001, 83

Já quanto ao pedido de envio dos supra citados elementos relativos aos despachos completos de deferimento dos pedidos de licenciamento de outras farmácias não lhe assiste razão, na medida em que se está, aí, em sede de produção de prova, e a Recorrente deixou passar todas as fases procedimentais concernentes a essa produção, permanecendo inerte e nem sequer nas suas alegações finais suscitou essa omissão que assim não terá considerado determinante.

Impor-se-ia de todo o modo que aquela primeira questão fosse apreciada, o que integra omissão de pronúncia geradora de nulidade de sentença, nos termos da alínea d) do n.º1 do artigo 571º do CPC.

4. Há, no entanto, vícios alegados pela interessada particular, ora Recorrente, que importa analisar, na medida em que se conduzirem à anulação do acto, tal conhecimento prejudicará a remessa dos autos à 1ª instância para apreciação das questões supra referenciadas.

Quanto à violação do **princípio da igualdade**, alega a Recorrente que nunca afirmou que no deferimento de outros pedidos de licenciamento de farmácia tivesse sido cometida qualquer ilegalidade por desrespeito aos requisitos legalmente impostos.

Até porque, tal como repetidamente afirmou no seu articulado inicial, no que respeita ao licenciamento de farmácias, a lei confere um poder discricionário ao seu aplicador.

Não é que tais actos administrativos anteriores de licenciamento de farmácias sejam ilegais, o que acontece é que o mesmo critério, face ao

poder discricionário conferido pela lei, deveria ter sido utilizado para todos os pedidos de licenciamento, devendo por isso ter sido também deferido o pedido da ora Recorrente.

Apreciando esta questão, é verdade que o ordenamento jurídico da R.A.E.M. está profundamente marcado pelos princípios fundamentais da igualdade, proibindo-se a Administração Pública de “(...) privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum administrado (...)” – cfr. artigo 5º, n.º1 do Código do Procedimento Administrativo, n.º5 do Anexo I à Declaração Conjunta e o artigo 25º da Lei Básica – e o princípio da justiça e da imparcialidade, que impõe que “no exercício da sua actividade, a Administração Pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação” – cfr. artigo 7º do Código do Procedimento Administrativo.

E é igualmente verdade que só pode existir direito à igualdade na legalidade e defender igualdade na ilegalidade seria pôr em causa os alicerces do sistema e do próprio estado de direito. Na verdade, se as outras farmácias tivessem sido licenciadas ilegalmente não se podia exigir que a farmácia da Recorrente o fosse apenas com base no princípio do tratamento igual.

A verdade é que não se sabe a razão por que as outras farmácias foram licenciadas, quando se verificava o requisito que levou ao indeferimento do licenciamento requerido na situação dos autos, o que em parte, como se viu acima, se ficou a dever à posição inerte da interessada

ao longo do processo, não obstante o seu requerimento inicial para produção dessa prova.

Desta forma torna-se muito difícil afirmar que houve tratamento desigual de situações iguais, na medida em que bem pode ter acontecido que tenham ocorrido motivos ponderosos que tenham levado a Administração a licenciar as outras farmácias e não a dos presentes autos, acto que não deixa de ser praticado no âmbito do exercício de poderes discricionários.

O diploma regulador do licenciamento das farmácias – Decreto-lei nº 58/90/M de 19 de Setembro – confere um poder discricionário à Administração, vinculado à ocorrência de determinados factos, ali taxativamente enumerados.

No artigo 30.º, em sede dos critérios para avaliar a necessidade de abertura de novas farmácias, prevê-se que a autorização para a abertura de farmácia depende do preenchimento dos seguintes requisitos gerais:

“a) Ter o requerente residência ou sede em Macau e, sendo uma pessoa colectiva, encontrar-se legalmente constituída;

b) Verificar-se a necessidade de instalação da farmácia para suprir carências no fornecimento de medicamentos ao público ou para melhorar esse fornecimento;

c) Não exercer o requerente, ou os seus gerentes, administradores ou directores, qualquer actividade de prestação de cuidados de saúde, designadamente a profissão médica e correlativas;

d) Possuir o requerente e, sendo este uma pessoa colectiva, os seus gerentes, administradores ou directores, idoneidade civil para o exercício da actividade farmacêutica;

e) Estar assegurada, nos termos previstos neste diploma, a direcção técnica da farmácia;

f) Preencher o pessoal que vai trabalhar na farmácia os requisitos exigidos por lei para o exercício das respectivas funções;

g) Terem as instalações e os equipamentos afectos à farmácia as condições adequadas, de acordo com o que se encontra previsto neste diploma e demais legislação sobre segurança, higiene e salubridade dos estabelecimentos comerciais.”

E o artigo 34º prescreve:

“1. Deverá existir uma farmácia por cada quarenta mil habitantes.

2. A localização de cada farmácia deverá ter em conta a distribuição da população.

3. Tem preferência o licenciamento para zonas onde não exista farmácia.

4. Como regra, a localização de nova farmácia não deve distar menos de 300 metros de outra já existente.”

Alguns deles, porém, como o artigo 30º, nº4 do DL n.º58/90/M, de 19 de Setembro - “Como regra, a localização de nova farmácia não deve distar menos de 300 metros de outra já existente.”- deixam em aberto a possibilidade de esse requisito poder ser afastado.

A propósito da discricionariedade, Freitas do Amaral diz⁶:

“Em rigor, não há actos totalmente vinculados, nem actos totalmente discricionários. Todos os actos administrativos são em parte

⁶ - Curso de Dto Administrativo, 2002, 78 e segs

vinculados e em parte discricionários. Assim, quando na linguagem corrente se fala em *actos vinculados*, está-se no fundo a pensar em *actos predominantemente vinculados* (ou então está-se a pensar nos aspectos em que tais actos são vinculados); e quando se fala em *actos discricionários*, está-se no fundo a pensar em *actos predominantemente discricionários* (ou então está-se a pensar nos aspectos em que tais actos são discricionários)

(...)

E o poder de escolha da Administração está limitado por regras e princípios e gerais que vinculam a Administração Pública (designadamente, igualdade, proporcionalidade e imparcialidade), estando assim o órgão administrativo obrigado a encontrar a melhor solução para o interesse público.”

Em sentido próximo, diz entre nós Vieira de Andrade que a Administração não é remetida para um arbítrio, ainda que prudente, não pode fundar na sua vontade as decisões que toma. A decisão administrativa tem de ser racional, porque não pode ser fruto de emoção ou capricho, mas, mais que isso, tem de corresponder à solução que melhor sirva o interesse público que a lei determinou. A discricionariedade não dispensa, pois, o agente de procurar uma só solução para o caso: aquela que considere, fundadamente, a melhor do ponto de vista do interesse público.

Em suma, na discricionariedade, a lei não dá ao órgão administrativo competente liberdade para escolher qualquer solução que respeite o fim da norma, antes o obriga a procurar a melhor solução para a satisfação do interesse público de acordo com princípios jurídicos de

actuação.

Ora, no caso *sub judice*, embora se não saiba por que razão outras farmácias que distavam de outras menos de 300 metros foram licenciadas, se esta o não foi, então devia a Administração ter fundamentado a sua decisão, não bastando a invocação do mencionado requisito do nº4 do artigo 30º do Decreto-Lei nº 58/90 que, por si só, não resolve a questão.

E aqui se tem de entrar na outra questão suscitada pela Recorrente que é a da falta de fundamentação.

5. Alega-se que a Administração criou um precedente revelado pelas decisões tomadas anteriormente em situações idênticas, pelo que pugna pela não exigência absoluta de tal requisito.

Não obedecendo, *in casu*, a tal precedente que ela própria criou, cabia-lhe no mínimo fundamentar devidamente a razão por que indeferiu o pedido de licenciamento em causa, inflectindo quanto à orientação anteriormente seguida em casos iguais, já que este parece ser o único requisito que a Recorrente não cumpriu no seu pedido de licenciamento de farmácia.

É verdade que a lei impõe no presente caso o dever de fundamentar a decisão, o que decorre expressamente do disposto no nº 1, al. c) do artigo 114º do CPA.

Nos termos da alínea a) do n.º1 do artigo 114º do C.P.A., aprovado pelo D.L. n.º 57/99/M, de 11.10, “*Para além dos casos em que a*

lei especialmente o exija, devem ser fundamentados os actos administrativos que, total ou parcialmente, neguem, extingam ou afectem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções”.

Relativamente aos requisitos da fundamentação, impõe o artigo 115º C.P.A., no seu n.º1, que a *“fundamentação deve ser expressa, através da sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas que constituirão, neste caso, parte integrante do respectivo acto”* e nos termos do n.º2 do mesmo artigo 115º *“equivale à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto”*.

Ora, analisado o despacho em apreço, perante as dúvidas suscitadas, tendo sido apenas a falta do mencionado requisito da distância em relação a outras farmácias o critério utilizado para o indeferimento, fica-se realmente sem saber por que razão esse requisito foi determinante, quando o não foi noutros casos e a própria lei não impõe que o mesmo seja determinante para o licenciamento.

Repare-se que é apenas esse o fundamento que, *qua tale*, é apreendido pelo Mmo juiz *a quo*, sendo esse o fundamento único referido na notificação efectuada à Recorrente, não obstante o despacho ser de concordância com um parecer, onde, em nota, não se sabendo bem se em termos complementares, adjuvantes ou marginais se aduz uma outra razão, não notificada e não relevada nos autos, qual seja a relativa à falta

de farmacêuticos. Isto é, dados os termos formais do despacho, os termos da própria nota aposta àquele parecer, a formulação do parecer e os termos precisos da própria notificação, fica-se sem saber se esta outra razão integra ou não o despacho recorrido.

Não se percebe, ao indeferir-se a pretensão da interessada, qual o processo cognoscitivo e valorativo e qual a motivação que conduziu a que um critério não imperativo motivasse aquela decisão, mostrando-se assim que a fundamentação apresentada, embora se mostre expressa, não se afigura suficiente.

Aqui já não importará saber das razões por que as outras foram licenciadas; importa deixar claro e transparente a razão do não licenciamento quando o motivo apresentado, por si só, não é suficiente para não licenciar, para mais, quando se sabe que tal o não é noutras situações.

Na verdade, só com outros fundamentos se poderá compreender a actuação da Administração, mesmo em termos não discriminatórios, o que se salvaguarda, como acima se viu com o respeito pelo princípio da igualdade e da imparcialidade (artigos 5º e 7º do CPA). Não se deixa de observar que "Os actos administrativos emanados no exercício de poderes discricionários devem tomar em devida conta a existência de antecedentes em que se haja optado por soluções diversas para situações idênticas e apoiar-se, em tal eventualidade, em razões objectivas para o afastamento da prática habitualmente seguida. E tais razões não poderão assentar em qualquer dos critérios que o n.º 1 do artigo 5º prevê como hipotéticas bases de discriminação que proíbe.

Tratando-se de actos que implicam uma alteração ou um desvio de anteriores decisões, orientações ou práticas, a necessidade de fundamentação faz-se sentir, uma vez que a sua falta pode implicar suspeitas de arbítrio. Através da fundamentação pode detectar-se a parcialidade ou imparcialidade administrativa: ela pode revelar se o autor do acto se motivou por razões alheias ao interesse público legalmente protegido ou se não ponderou adequadamente todos os interesses concretos juridicamente protegidos presentes no caso que lhe cabe decidir.(...)

A mudança de critérios deve ser acompanhada dum motivação que explique as razões que a levaram a inflectir de orientação."⁷

Em face do exposto, considera-se que o acto praticado encerra vício de forma na sua vertente de falta de fundamentação, o que gera anulabilidade do acto por força das disposições conjugadas dos artigos 122º e 124º do CPA e de que assim se toma conhecimento.

IV - DECISÃO

Pelas apontadas razões, considerando procedente o recurso interposto, acordam em revogar a decisão recorrida e anular o acto praticado.

Sem custas, por delas estar isenta a entidade recorrida.

⁷- Lino Ribeiro e Cândido de Pinho, Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, 631

Macau, 11 de Dezembro de 2003,

*João A. G. Gil de Oliveira (Relator) – Chan Kuong Seng – Lai Kin
Hong*

Magistrado do M.º P.º presente - Victor Manuel Carvalho Coelho