

Processo nº 32/2012
Data do Acórdão: 09MAIO2013

Assuntos:

Acto administrativo
Recurso hierárquico necessário
Competência própria do subalterno
Impugnabilidade contenciosa

SUMÁRIO

Quando a lei atribuir uma competência a um órgão subalterno da Administração Pública para a prática de um determinado acto administrativo, desse acto não cabe recurso hierárquico necessário salvo quando especialmente previsto na lei.

O relator

Lai Kin Hong

Processo nº 32/2012

Acordam em conferência na Secção Cível e Administrativa no Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I

No âmbito dos autos de acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos, intentada pela Companhia de Fomento Predial A, Limitada, devidamente identificada nos autos, e que correm os seus termos no Tribunal Administrativo e foram registados sob o nº 128/09-ADM, foi, na sequência da suscitação pelo Ministério Público, em sede de vista final, da questão da “irrecorribilidade” do acto tácito impugnando, proferida a seguinte decisão julgando procedente a excepção suscitada e indeferindo liminarmente a mesma acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos:

Companhia de Fomento Predial A, Limitada (XX置業有限公司)，詳細身份資料載於卷宗內，就澳門土地工務運輸局局長沒有於法定期間內向其發出工程准照之決定，向本院提起命令作出依法應作之行政行為之訴，要求被訴實體針對卷宗編號12/98/L之地基及地面層結構工程計劃發出工程准照;根據《都市建築總章程》的相關規定計算其應繳稅項及派稽查人員前往工地進行繕寫稽查表的啓用語。

*

被訴實體在答辯狀中指出，上述被核准之工程計劃屬無效行為之繼後行為，且違反法律規定，故要求駁回原告之所有請求。

*

經本院初端檢閱原告及被訴實體之訴辯書狀後，本院決定將卷宗呈送檢察院作出檢閱。

*

駐本院助理檢察長 閣下發表意見，認為本案之訴訟標的因不具行為可訴性之訴訟前提而應予以駁回(詳見卷宗第150頁至第152頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

*

訴訟雙方獲通知上述意見書後，原告反駁檢察院之意見，而被訴實體則表示認同。

*

本院對此案有管轄權。

本案訴訟形式恰當及有效。

訴訟雙方具有當事人能力及正當性。

根據卷宗資料，本院認定以下對案件審判屬重要的事實：

原告A置業有限公司為鄰近觀音堂街(無門牌)的一幅土地，在物業登記局標示編號為22758之房地產的業權人(見卷宗第33頁至第35頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於2005年8月18日，被訴實體土地工務運輸局局長就檔案編號12/98/L，針對上述土地之建築方案發出可行意見，且透過第11136/DURDEP/2005號公函通知原告，指出須遵從相關要求、遞交意見、必須的文件及圖則(見卷宗第39頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於2006年3月16日，被訴實體透過第4183/DURDEP/2006號公函，通知原告已核准上述土地之建築計劃草案，並指出須遵從相關部門之意見及第11136/DURDEP/2005號公函第1點及第6點至第8點之內容(見卷宗第43頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於2007年6月15日，土地工務運輸局副局長透過第9766/DURDEP/2007號公函，通知原告已核准上述土地之地基至地面層結構工程計劃，並指出須遞交之資料文件及修改之部份(見卷宗第47頁至第48頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於2007年8月7日，原告向被訴實體提出申請，要求發出上述地基至地面層結構工程的工程准照(見卷宗第51頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於2007年11月28日，被訴實體就上述申請透過第17285/DURDEP/2007號公函作出回覆，核准其地基至地面層結構修改計劃，並指出須遵從民政總署將發出之意見，以及須就地基至地面層結構計劃作出修改，才會就發出工程准照之事宜作出審批(見卷宗第56頁至第57頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於2008年1月22日，原告向被訴實體提出申請，請求核准地基至地面層結構工程計劃及發出工程准照(見卷宗第63頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於2009年9月7日，原告請求被訴實體依法派員到上述工程施工地點，並於書面申請8日內，進行繕寫稽查表的啓用語(見卷宗第31頁至第32頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

至今，被訴實體並沒有針對上述申請作出任何回覆或決定。

於2009年10月15日，原告向本院提起本訴訟。

*

考慮駐本院助理檢察長在其意見書中提出本案之訴訟標的因不具行為可訴性之訴訟前提而應予駁回，本院首先針對該屬延訴抗辯的問題作出審理。

本案中，原告因應向被訴實體提出核准地基至地面層結構工程計劃及發出工程准照的申請未獲得任何回覆的情況下，選擇透過《行政訴訟法典》第103條至第107條規定的『命令作出依法應作之行政行為之訴』的訴訟形式以保障自己的權利。

《行政訴訟法典》第20條、第32條、第81條、第103條及第104有以下規定：

第二十條

(司法上訴之性質及目的)

在司法上訴中僅審理行為之合法性，其目的在於撤銷司法上訴所針對之行為，或宣告其無效或法律上不存在；但另有規定者除外。

第三十二條

(對默示駁回提起司法上訴之可能)

一、明示行為一經公布或一旦就明示行為向利害關係人作出通知，即不可對默示駁回提起司法上訴。

二、如利害關係人選擇依據第一百零三條第二款之規定，提起命令作出依法應作之行政行為之訴，對默示駁回亦不可提起司法上訴。

第八十一條

(對默示駁回提起司法上訴後作出或知悉明示行為)

一、在針對默示駁回之司法上訴待決期間，如作出未能滿足或未能完全滿足司法上訴人利益之明示行為，則司法上訴人得聲請司法上訴以該明示行為為標的繼續進行，並有權陳述新依據及提出不同之證據方法，只要：

a) 上述聲請係自該明示行為作出公布或通知時起十五日期間內提出；如先前未有作出通知，則透過司法上訴知悉該明示行為時視為獲通知；及

b) 法院有管轄權審理對該明示行為提起之司法上訴。

二、如明示行為係在對默示駁回提起司法上訴之日以前作出，且在提起司法上訴之日以後始就該明示行為作出公布或通知，又或司法上訴人在該日之後始透過任何方式知悉該明示行為，則亦適用上款之規定。

三、即使不提出第一款 a 項所指之聲請，仍可按一般規定對明示行為提起司法上訴。

第一百零三條

(前提)

一、在下列任一情況下，得提起命令作出依法應作之行政行為之訴：

a) 出現默示駁回之情況；

b) 已透過一行政行為拒絕作出內容受羈束之某一行為；

c) 已透過一行政行為拒絕就有關要求作出判斷，而就該要求作出之決定原係涉及自由裁量權之行使，或涉及對內容不確定之法律概念作價值判斷。

二、僅當對默示駁回或已作出之行政行為未有提起司法上訴時，方得提起上款所指之訴。

第一百零四條

(目的)

一、命令作出依法應作之行政行為之訴，目的在於判處行政當局須作出其未作出或拒絕作出之行為。

二、如默示駁回一要求或拒絕就一要求作出判斷，而就該要求作出決定原係涉及自由裁量權之行使或涉及對內容不確定之法律概念作價值判斷，則上款所指之訴之目的僅限於判處行政當局須作出明示行為，以便其有自由判斷有關要求之空間。

三、然而，在上款所指之情況下，按有關情況屬合理時，法院在裁判中得訂定有助於作出行政行為之價值判斷及認知之過程方面之法律性指引，而不定出行政行為之具體內容。

從上述法律規定清晰可見，在『司法上訴』中，法院僅具有有限審判權，只能審理行政行為的合法性而不能審理其合理性，且不可作出給付判決或勒令行政機關作出或不作出某一行為。因此，針對默示駁回的情況，由於不存在任何明示的行政行為，根據《行政訴訟法典》第32條第1款及第81條的規定，『司法上訴』之目的在於審查行政機關緘默的合法性，並期望促使行政機關針對利害關係人作出明示行為或讓其如悉，以終結利害關係人不明朗之法律狀況。然而，基於『司法上訴』之特性，遇有行政機關**應為而不為**的情況時，法院亦不能對行政機關作出判處。

『命令作出依法應作之行政行為之訴』則具有給付之訴的性質，立法者著重確保利害關係人受法律保護的利益不致因行政機關**應為而不為**時受損，尤其當行政機關依法須作出內容受羈束之行為而保持緘默時，以貫徹《行政訴訟法典》第2條規定之『有效司法保護原則』。因此，這裡突顯將默示駁回假定為行政機關明示拒絕或駁回的情況，藉著訴訟令行政機關針對利害關係人須作出而未作出或拒絕作出之行為。

因此，針對同一默示駁回的情況，立法者只是賦予利害關係人一項權利，在『司法上訴』或『命令作出依法應作之行政行為之訴』中任擇其一(見《行政訴訟法典》第32條第2款及第103條第2款的規定)，上述兩種訴訟手段不具有互補性，從而不能同時或先後提起，否則，可構成《民事訴訟法典》第416條及第417條規定『訴訟已繫屬』或『案件已有確定裁判』之情況。

*

本案中，原告就其於2008年01月22日向被訴實體提出申請，請求核准地基至地面層結構工程計劃及發出工程准照沒有回覆的情況，向本院提起訴訟，要求被訴實體發出工程准照及作出其他因應工程准照發出之應作出之行為。

十二月二十日第2/1999號法律第17條有以下規定:

“主要官員行使所領導或監督的實體或部門的組織法規及其他法規所規定的職權。”

就權限方面，曾經有學者認為除非法律有明確規定，上級權限包括下級權限。

承上述理解，學者Marcelo Caetano認為一般規則是: salvo preceito expresso em contrário, a competência do superior compreende a do inferior hierárquico (*Tratado Elementar de Direito Administrativo*, Coimbra, 1943, pág. 159 e 281)。

上述見解獲學者 Mario Esteves de Oliveira 認同，且認定下級之專屬權限 (competência exclusiva) 屬例外情況 (*Código de Procedimento Administrativo*, Mario Esteves de Oliveira e outros, 2ª edição, pág.172)。

由於第29/97/M號法令、以至經第6/99/M號法律及第24/2009號行政法規修改的第79/85/M號法令均沒有對由土地工務運輸局局長不批准、拒絕或默示駁回發出工程准照之行爲的爭議作出任何規定，經結合第2/1999號法律第17條規定，我們認為，土地工務運輸局局長行使由第79/85/M號法令賦予的權限，僅屬其分立權限 (competência separada)，而非其專屬權限 (competência exclusiva) 或保留權限 (competência reservada)。意即是說，由土地工務運輸局局長行使第79/85/M號法令賦予的權限作出之行政行爲，本質上不具垂直確定性 (definitividade vertical)，利害關係人須向土地工務運輸司司長提起必要訴願 (recurso hierárquico necessário)。

雖然針對『命令作出依法應作之行政行爲之訴』的訴訟前提方面，立法者除了在《行政訴訟法典》第103條、第105條(訴訟期間)及第106條(訴訟主體的正當性)作出規定外，沒有其他法律規定。然而，正如駐本院助理檢察長在其意見書中所述，提起『命令作出依法應作之行政行爲之訴』應遵守『司法上訴』之其餘訴訟前提，包括《行政訴訟法典》第28條所規定之訴訟前提—產生對外效力且具確定性之行爲。

《行政訴訟法典》第28條規定如下:

第二十八條

(必要行政申訴之預先提出)

- 一、對產生對外效力而不受必要行政申訴約束之行政行爲，可提起司法上訴。
- 二、然而，即使有關行爲受必要行政申訴約束，但根據法律或行政決定須立即執行者，對該行爲亦可提起司法上訴。
- 三、對可撤銷之行爲須預先提出必要行政申訴方可提起司法上訴時，如不遵守《行政程序法典》第一百四十九條、第一百五十五條第一款及第一百五十六條有關必要行政申訴之規定，則不可提起該上訴。
- 四、不遵守前款所指之規定，除不可提起司法上訴外，利害關係人亦不可推定所提出之行政申訴已被默示駁回。

從上述的法律規定可見，除非法律或行政決定令行政行爲須立即執行者，否則行爲必須具對外效力且不受必要行政申訴約束才可成爲司法上訴之標的。

由於利害關係人可藉著『命令作出依法應作之行政行爲之訴』令行政機關須作出其未作出或拒絕作出之行爲，如上述規定之訴訟前提不適用，便可能發生以下情況:當出現《行政訴訟法典》第103條第1款所規定之任一情況，利害關係人可利用『命令作出依法應作之行政行爲之訴』要求法院審理所有行政機關之默示或明示拒絕行爲，這亦不配合『命令作出依法應作之行政行爲之訴』及『司法上訴』具選擇性之立法原意。

如上所述，由於土地工務運輸局局長行使第79/85/M號法令賦予的權限作出之行政行為，本質上不具垂直確定性(definitividade vertical)，本訴訟標的因缺乏行為可訴性此一訴訟前提，從而原告之所有請求應予以駁回。

綜合所述，根據《行政訴訟法典》第99條第1款準用《民事訴訟法典》第429條第1款a)項，配合《行政訴訟法典》第46條第2款c)項的規定，駁回原告之所有請求。

訴訟費用訂為6UC，由原告承擔。

登錄判決及依法作出通知。

Notificada e inconformada com a decisão de indeferimento liminar, veio a Autora Companhia de Fomento Predial A, Limitada interpor recurso jurisdicional dele para este Tribunal de Segunda Instância, concluindo e pedindo:

1. Vem o presente recurso interposto da sentença de fls. 168 a 172 que julgou improcedentes os pedidos da Autora com fundamento na falta de pressuposto formal, consubstanciado na impossibilidade de a Autora lançar mão da presente acção.
2. A fundamentação da sentença recorrida é uma réplica do parecer do Ministério Público de fls. 150 a 152, em ambos se defendendo que a acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos, regulada nos artigos 103.º a 107.º do CPAC, está sujeita, pelo que se entende ser a lógica do sistema (do sistema de contencioso administrativo e do sistema de organização administrativa), às mesmas exigências de impugnação administrativa necessária de que depende o recurso contencioso.
3. Ou seja, se os dois meios são postos em alternativa e se, perante o indeferimento tácito da sua pretensão pelo Director do DSSOPT, para aceder ao tribunal pela via do recurso contencioso o interessado teria de lançar previamente mão de recurso hierárquico necessário, o mesmo teria de fazer para aceder ao tribunal pela via de acção.
4. Posição contrária tem a Recorrente, sendo que o primeiro argumento a referir em abono da sua tese consiste nos resultados o que conduz uma interpretação sistemática das normas contidas no CPAC e que demonstra uma solução diametralmente oposta daquela que é propugnada pela sentença recorrida.
5. Efectivamente, a lei é clara, expressa e exhaustiva na enunciação dos pressupostos de que depende a acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e da respectiva tramitação.
6. Desde logo, esta acção, como outras inseridas no capítulo próprio do CPAC, não tem por finalidade a apreciação de vícios do acto administrativo e a consequente declaração

judicial de invalidade.

7. Por outro lado, a acção para a determinação da prática de acto legalmente devido segue a tramitação geral das acções, em que não há remissão genérica para o regime aplicável ao recurso contencioso (artigo 99.º do CPAC) , estando subordinada a cautelosos pressupostos específicos que são os estabelecidos no artigo 103.º do referido diploma legal.

8. Pelo contrário, quando o legislador quis tornar extensivo ao domínio das acções o regime do recurso contencioso fê-lo expressamente (cfr. n.º 5 do artigo 99.º do CPAC).

9. Deste modo, havendo o intérprete de presumir que o legislador consagrou as soluções mais razoáveis e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, tem forçosamente de concluir-se que do regime do recurso só essas normas o legislador quis estender à acção para determinação à prática de actos legalmente devidos.

10. Assim sendo, a sufragar a posição adoptada pela sentença recorrida, mais a mais num meio processual que obedece a uma lógica distinta daquela que preside aos meios de tipo impugnatório (repete-se, não há aqui um acto administrativo que seja objecto imediato de apreciação, mas a pretensão da prática de actos integrativos de um direito que se querem ver judicialmente determinados), seria enveredar por uma solução gravemente lesiva da segurança jurídica, surpreendendo qualquer destinatário medianamente sagaz com pressupostos processuais ocultos, cuja consagração não encontra na letra ou no espírito da lei ou na sistemática do Código um mínimo de correspondência verbal.

11. Doutro passo, importa afirmar que não há qualquer lacuna que careça de integração, na perspectiva dos interesses da Administração e dos particulares co-envolvidos na acção para determinação da prática de actos legalmente devidos, o que vale por dizer que não há necessidade de subordinação das situações administrativas accionáveis pela via de acção para a prática de actos administrativos legalmente devidos à exigência de definitividade vertical imposta pelo artigo 28.º e sancionada pelo artigo 46.º do Código com a rejeição liminar da petição.

12. Assim, a norma do n.º 2 do artigo 103.º do CPAC , invocada na sentença recorrida para subordinar a acção à exigência de recurso hierárquico, espelha precisamente que, ao invés do que aí se defende, não há tal imposição de esgotamento das garantias gratuitas.

13. Com efeito, o que razoavelmente pode retirar-se desse preceito não é um princípio de paralelismo de pressupostos, mas de alternatividade de meios processuais.

14. É porque os meios processuais respondem de modo diverso à necessidade de tutela jurisdicional que ao particular é conferida a faculdade de optar entre a via impugnatória e a via de acção, cada um com as suas virtualidades, em termos de tempo, custo, ónus processuais e poderes de pronúncia do juiz administrativo.

15. Com as acções para determinação da prática de acto administrativo legalmente devido, o Código pois procurou conferir tutela jurisdicional efectiva aos direitos ou interesses

legalmente protegidos em matéria administrativa naquelas situações a que o tradicional modelo impugnatório (recurso contencioso) não dava resposta satisfatória.

16. Estas situações (tipificadas no n.º 1 do artigo 103.º do CPAC) em que o Código legitima o uso deste meio processual são situações em que a decisão judicial não tem o risco, pela natureza da pretensão (alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 103.º) ou pela limitação dos poderes de pronúncia (n.º 2 do artigo 104.º), de pôr em causa o exercício da discricionariedade ou a margem de apreciação da Administração no preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, pelo que não estão presentes as razões que, pelo lado da defesa do interesse público, poderiam justificar a dependência do acesso aos tribunais de prévia impugnação pela via administrativa.

17. Ora, movendo-nos nos limites do caso *sub judice* em que apenas releva o indeferimento tácito é manifesto que a inércia administrativa total - o incumprimento do dever legal de decidir por parte do titular da competência dispositiva primária - não carece nem merece que o particular seja onerado com a exigência do prévio esgotamento das vias hierárquicas.

18. Na verdade, quem se propõe impugnar um indeferimento tácito não ataca a validade de uma decisão administrativa por referência aos seus elementos, requisitos ou pressupostos. A tarefa que se lhe depara é, afinal e sempre, a de demonstração em juízo da titularidade de um direito ou interesse legalmente protegido no âmbito de uma relação jurídica administrativa.

19. Consciente de tudo isto, o CPAC veio oferecer aos particulares um meio alternativo ao recurso contencioso ao, sem enjeitar esta via, consagrar a possibilidade do interessado lançar mão da acção de condenação à prática do acto legalmente devido, com os poderes judiciais balizados pelo respeito da margem de apreciação administrativa (n.ºs 2 e 3 do artigo 104.º do CPAC), mas com a efectividade imediata de definição da situação inerente à pronúncia condenatória.

20. O que é pressuposto da acção é que exista um indeferimento tácito, isto é, "*a falta, no prazo fixado para a sua emissão de decisão final sobre pretensão dirigida ao órgão administrativo competente*" (n.º 1 do artigo 102.º do CPA), bastando, como tal, ao autor demonstrar a competência da entidade demandada para a prática do acto, a omissão e o decurso do correspondente prazo legal.

21. Ora, dificilmente se concebe que o legislador, pretendendo conferir aos administrados um novo meio de tutela contra a inércia administrativa e, portanto, de combater a violação do princípio da decisão (cfr. artigo 11.º do CPA), do mesmo passo lhe viesse a inutilizar praticamente o âmbito de aplicação, subordinando-o aos mesmos pressupostos do recurso contencioso.

22. A protecção do interesse público confiado à Administração é assegurada pelas limitações aos poderes de pronúncia do tribunal (artigo 104.º, n.º 2, do CPAC). Sendo a Administração inerte e, portanto, não cumprindo os deveres que legalmente lhe competem de agir e prover, não carece e seguramente não merece em detrimento do particular lesado,

da dupla oportunidade de decisão que o recurso hierárquico constitui.

23. O que acima se disse ganha ainda maior validade ao ter-se presente que a acção *sub judice* não tem por objecto a determinação da prática de um acto constitutivo da situação jurídica do particular face à Administração (a aprovação do projecto), pretendendo-se apenas a prática pela Administração de um acto de titulação - a emissão da licença - e dos actos integrativos inerentes à situação jurídico-administrativa definida pela aprovação do projecto.

24. Nenhuma razão de interesse público justificaria que houvesse recurso hierárquico necessário perante situações deste tipo, em que já nada tem o superior hierárquico para apreciar senão verberar a inércia do subalterno.

25. Isto porque a emissão da licença de obras é o acto que, obedecendo a certo formalismo e implicando o cumprimento de obrigações tributárias, se limita a exprimir o conteúdo de um acto anterior - o licenciamento inerente à aprovação do projecto -, a que nada pode acrescentar ou retirar, é que a obra pode ser iniciada se a DSSOPT não cumpre os respectivos prazos quanto a essa emissão.

26. Assim, nenhuma razão se vislumbra para fazer depender a accionabilidade de uma situação deste género à prévia impugnação perante o Secretário para as Obras Públicas e Transportes onerando o interessado com o atraso na realização da obra e os custos financeiros e de oportunidade que a isso são inerentes.

27. Caso não se sufrague o entendimento preconizado *supra*, não se poderá, de qualquer forma, aderir à sentença recorrida porquanto a mesma assenta no pressuposto erróneo de que o acto administrativo em causa estaria sujeito a recurso hierárquico necessário, nos termos das regras gerais da organização administrativa.

28. Sucede que, por força, entre outros, do disposto nos artigos 3.º, 19.º, 36.º e 42.º do RGPU e seguintes e conforme é realçado no próprio preâmbulo deste diploma, a apreciação e aprovação dos projectos de obras de construção assim como a emissão das consequentes licenças de obra é da competência própria exclusiva da DSSOPT e do seu director.

29. Ora, como é entendimento pacífico, os actos de competência própria e exclusiva de um subalterno não estão sujeitos a impugnação graciosa necessária, pelo que a emissão licença de obras solicitada pela Autora em 1 de Setembro de 2009, mediante requerimento processado sob o n.º T-6007, jamais estaria sujeita a recurso hierárquico necessário.

30. Do supra exposto resulta que a sentença recorrida incorre numa errada interpretação e violação dos artigos 2.º, 28.º, 46.º, 97.º a 99.º e 102.º a 107.º todos do CPAC e dos artigos 3.º, 19.º, 36.º, 42.º do RGPU, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 79/85-M de 21 de Agosto.

NESTES TERMOS, deve o presente recurso ser julgado procedente devendo, em consequência, proferir-se decisão que revogue a sentença de

fls. 168 a 172 e a substitua por outra que julgue preenchidos todos os pressupostos processuais de que depende a apreciação dos pedidos formulados pela Autora na acção para determinação da prática de actos legalmente devidos ordenando-se, em seguida, a remessa dos autos ao Tribunal Administrativo para apreciar o mérito desses pedidos, assim se

fazendo a habitual

JUSTIÇA!

Notificada entidade administrativa DSSOPT contra quem a acção foi intentada, veio responder pugnando pela improcedência do recurso – cf. 210 a 215 dos p. autos.

Subidos os autos a esta segunda instância e devidamente tramitados, o Ministério Público emitiu oportunamente em sede de vista o seu douto parecer, reiterando a sua posição já acolhida pelo Tribunal *a quo* e pugnando pela improcedência do recurso, nos termos seguintes:

Nas alegações (cfr. fls.178 a 192 verso dos autos), a «Companhia de Fomento Predial A, Limitada», A. e ora Recorrente, imputou ao douto despacho a "errada interpretação e violação dos artigos 2º, 28º, 46º, 97º a 99º e 102º a 107º todos do CPAC e dos artigos 3º, 19º, 36º, 42º do RGPU, aprovado pelo Decreto-Lei n.º79/85-M de 21 de Agosto."

Sem prejuízo do respeito pela opinião diferente, entendemos que não merece provimento o recurso jurisdicional em apreço.

Senão, vejamos.

*

Sendo reciprocamente alternativos o recurso contencioso e a acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos, os pressupostos consagrados no n.º1 do art.103º do CPAC deve ser interpretado em harmonia com o n.º1 do art.28º deste diploma.

Daí a acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos depende indispensavelmente de não se encontrarem sujeitos à impugnação administrativa necessária os indeferimentos tácitos e as recusas previstos no referido n.º1 do art.103º.

No caso *sub judice*, a A. e ora recorrente alegou, no art.11º da petição inicial (cfr. fls.2 a 10 verso dos autos), que no requerimento registado sob o n.ºT-1062 e datado de 22/01/2008, ela solicitou, ao Director da DSSOPT, a emissão da licença de obra.

Nos termos do art.42º do D.L. n.º79/85/M, a emissão da licença de obra é da competência própria do Director da DSSOPT.

Mas, não se vislumbra, no D.L. n.º79/85/M e no D.L. n.º29/97/M, nenhuma norma legal que preveja a recorribilidade contenciosa directa do acto de indeferimento tácito ou

de recusa da licença de obra pelo Director da DSSOPT.

O art.17º da Lei n.º/1999 conserva e, até, reforça a regra, tradicional no ordenamento jurídico de Macau, de que a competência própria do órgão subalterno se presume separada mas não reservada (Freitas do Amaral: Curso de Direito Administrativo, 2ªed., vol. I, Coimbra, 1998, p.612).

Tudo isto implica que se encontra sujeito à impugnação administrativa necessária o indeferimento tácito pelo Director da DSSOPT do dito requerimento n.ºT-1062. O que conduz à irrecorribilidade contenciosa do indeferimento tácito e à consequente rejeição do respectivo recurso contencioso (art.46º n.º2-c) do CPAC).

Dado que não pode ser objecto do recurso contencioso o indeferimento tácito em causa (do mencionado requerimento n.ºT-1062), a presente acção para determinação deve, segundo nos parece, ser indeferida liminarmente por falta do pressuposto processual e, absolve-se o R. da instância.

Nestes termos, não se verifica o invocado erro de direito.

*

Por todo o expendido, opinamos que se deve julgar improcedente o presente recurso jurisdicional.

Foram colhidos os vistos, cumpre conhecer.

II

Conforme resulta do disposto nos artºs 563º/2, 567º e 589º/3 do CPC, *ex vi* do artº 1º do CPAC, são as conclusões do recurso que delimitam o seu objecto, salvas as questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras e as que sejam de conhecimento oficioso.

Assim, constituem o objecto do presente recurso estas duas questões, levantadas pela recorrente, numa relação de subsidiariedade:

- 1. Da sujeição da acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos às mesmas exigências de impugnação administrativa necessária de que depende o recurso contencioso; e**
- 2. Da (in)impugnabilidade contenciosa do acto tácito da DSSOPT.**

Apesar de ter sido invocado como argumento subsidiário a impugnabilidade contenciosa do acto da DSSOPT, o certo é que os fundamentos da decisão recorrida têm o seu alicerce sobre a conclusão de que não é contenciosamente impugnável o acto tácito da DSSOPT.

Então afigura-se-nos ser de apreciar primeiro a alegada impugnabilidade contenciosa do acto da DSSOPT.

In casu, está em causa a questão que se prende com a natureza da competência para a emissão da licença de obras, isto é, se é uma competência própria *separada, reservada ou exclusiva*?

Reza o artº 42º, cuja epígrafe é **(Requerimento da licença de obras)**, do D. L. nº 79/85/M que:

- 1. Notificado o requerente da aprovação do projecto de obra ou utilizada a faculdade prevista no artigo 37.º, deverá aquele requerer a respectiva licença de obras.*
- 2. Com o requerimento será apresentada declaração do técnico pela qual este assume a responsabilidade pela direcção da obra, bem como a declaração do construtor ou empresa de construção, assumindo a responsabilidade pela execução da mesma.*
- 3. No prazo de 15 dias após a entrega do requerimento referido em 1, a D.S.S.O.P.T. procederá ao cálculo da taxa devida e emitirá a respectiva licença de obras, notificando o requerente para proceder ao seu levantamento.*
- 4. Sempre que a realização de uma obra implique a execução de tapumes que ocupem a via pública, o requerente deverá fazer acompanhar o requerimento referido no n.º 2 com cópia da respectiva licença de tapumes emitida pela Câmara Municipal.*

Ao preceituar que “a D.S.S.O.P.T. procederá ao cálculo da taxa devida e emitirá a respectiva licença de obras,.....”, a lei está a atribuir uma

competência própria ao Director dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transporte.

Ora, na óptica da Exm^a Juiz *a quo*, a regra no nosso sistema é a de que a competência própria do subalterno é uma competência separada e não uma competência reservada ou exclusiva e só existe competência reservada ou exclusiva quando a lei dispuser expressamente.

Assim, a Exm^a Juiz *a quo*, na esteira dessa doutrina, e como nada ficou dito no referido decreto, entende que o acto tácito do Director dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transporte não é ainda contenciosamente impugnável, estando sempre sujeito à impugnação graciosa necessária.

A propósito da questão idêntica, o Exm^o Colega do TSI José Cândido Pinho já se pronunciou em sentido contrário numa análise jurídica muito doutamente desenvolvida empreendida na declaração de voto de vencido, junto ao Acórdão do STA, de 11OUT2007 no proc. 0229/07, onde foi tratada a questão da impugnabilidade contenciosa do um acto de um subalterno.

Ai defende o Ilustre Colega, na parte que nos interesse, que:

.....

Por ele perpassa a ideia de que a exclusividade apenas classifica a actuação do subalterno. E tal não é verdade. Embora a exclusividade seja característica essencial de um poder decisor num esquema de graus, já não é sinal de dispositividade apenas concedida ao inferior hierárquico. Pode realmente acontecer que também possa ser reconhecida ao chefe. Depende de caso para caso e da norma atributiva de competência e, embora raros, conhecemos casos desses. Aí reside a confusão que vem sendo feita sobre o assunto e

em que o STA erradamente, quanto a nós, ultimamente vem insistindo a propósito do carácter definitivo ou não do acto do Director Geral relativamente ao Ministro da respectiva área.

Para nós, definitividade e exclusividade são conceitos distintos. A exclusividade é sinal de um poder dispositivo para decidir primariamente. A definitividade é a marca da reactividade, da impugnabilidade administrativa e contenciosa da decisão tomada em 1º grau decisor: considerada que a decisão administrativa é definitiva, por ser a única que verdadeiramente e em definitivo compromete a Administração, dela não cabe recurso hierárquico necessário e, antes, é susceptível de impugnação contenciosa imediata.

A exclusividade refere-se, pois, a um feixe substantivo de poderes, e só se compreende no quadro de uma competência funcional e orgânica, enquanto a definitividade, ligada ao aspecto da recorribilidade do acto, tem na sua essência uma marca adjectiva.

Neste contexto, como diz Freitas do Amaral, «não é válida como princípio geral a máxima de que a competência do superior abrange a dos subalternos» (in Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico, pag. 68 e Curso de Direito Administrativo, pag. 645-647).

Ou, como refere Guy Braibant, «Não é verdadeira a ideia de quem pode o mais pode o menos» (in Le Droit Adminisfratif, pag. 238).

Isto, porque a competência é de ordem pública. Logo, deverá ser nessa ordem (normativa/pública) que deve ser encontrada a fonte de todos os poderes.

Aliás, nesta matéria o predomínio vai para o princípio da legalidade da competência vertido no art. 29º, n.º1, do C.P.A. («A competência é definida por lei ou por regulamento...»), segundo o qual a fonte directa da competência reside apenas na norma, nunca na relação administrativa hierárquica e, por conseguinte, na superioridade do chefe (F. Amaral, Curso cit,

pag. 644-647; Paulo Otero, in O Poder de Substituição em Direito Administrativo, II, Lisboa, 1995, pag.238).

Portanto, se “não há competência sem texto”, terá que ser no universo normativo que se deve procurar a fonte dos poderes para a intervenção decisora e dispositiva do órgão sobre dada matéria e será aí que deveremos indagar sobre a natureza exclusiva, simultânea, separada, reservada, etc, dessa competência.

Ora, não se conhecem diplomas que confirmam ao chefe competência absoluta (para tudo), a ponto tal que para ele deva caber sempre um recurso hierárquico do acto do subalterno.

Se fosse de conceber uma tal regra geral - de que do acto do inferior coubesse sempre recurso hierárquico necessário para o órgão superior da cadeia (para a qual alguma jurisprudência se inclina no que concerne à relação Director/Ministro)- não seria necessário que a lei viesse estabelecer, como frequentemente o faz, que deste ou daquele acto do subalterno cabe recurso hierárquico necessário. Se o legislador assim se viu na necessidade de definir o tipo de recurso a interpor é porque ele mesmo entendeu que nesse domínio a regra vigente é de sinal contrário: a de que não há recursos hierárquicos necessários, salvo quando especialmente previstos na lei.

Portanto, diríamos: se a lei afirma que do acto do subalterno cabe recurso contencioso, o que está é a dizer-nos que o acto praticado é definitivo (embora tal não signifique que o superior não disponha por lei de competência igual para a mesma matéria. Pode até acontecer que tenha; simplesmente, em tal hipótese, é por lei reservada ao primeiro a competência para decidir o assunto).

Se, ao contrário, estabelece que daquele acto cabe recurso hierárquico necessário, o que agora nos transmite é que a decisão impugnada não é definitiva e que, por isso, não pode

ser objecto de recurso contencioso.

Se nada diz, nem num sentido, nem noutro, será preciso apurar qual a extensão e a titularidade da dispositividade de poderes criados pela norma. Impor-se-á indagar até que ponto e a quem a lei deu esses poderes decisores e dispositivos, se ao subalterno, ao chefe, se a ambos.

Se a não deu ao superior e a tiver dado ao inferior hierárquico, deve considerar-se que a conferiu exclusivamente ao segundo. Isso significa que o chefe não poderá decidir a questão, nem em primeiro, nem em segundo grau, isto é, nem primariamente, nem em sede de recurso hierárquico. Por outras palavras, nem sequer no âmbito de um recurso o chefe poderá reexaminar o assunto.

.....

Ora, dada a similitude existente entre o sistema legal português e o da RAEM e a evidente pertinência ao caso *sub judice* dessa doutrina preconizada pelo nosso Ilustre Colega, não nos parecer haver outra melhor solução que não seja reproduzir aqui o preconizado para concluirmos pela presença *in casu* de um acto tácito, contenciosamente impugnável, do Senhor Director dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transporte.

Para reforçar a defensabilidade da tese que acolheu, a Exm^a Juiz *a quo* citou o art^o 17^o da Lei n^o 2/1999, à luz do qual os *titulares dos principais cargos exercem as competências previstas nos diplomas orgânicos das entidades ou serviços que dirigem ou tutelam e nos demais diplomas legais.*

Ora, salvo o devido respeito, não consideramos que essa norma está a consagrar como princípio geral a tese de que a competência do superior abrange a dos subalternos.

Também não cremos que esteja subjacente a essa norma um espírito

concentracionista, pouco compatível, senão repudiado, pelas preocupações da modernização da administração pública.

Portanto o citado artº 17º da Lei nº 2/1999, para nós, não visa mais do que definir a repartição horizontal das competências do Governo da RAEM entre todos os Secretários e nada tem a ver com a afirmação daquela tese dita tradicional.

Sem mais delonga, é altura para concluir.

Ora, sendo o acto em causa um acto tácito contenciosamente impugnável, cessa a validade do argumento do Tribunal *a quo* de que a impugnabilidade contenciosa do indeferimento tácito é pressuposto da acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos, prevista e regulada nos artºs 103º e s.s. do CPAC.

E assim, fica prejudicada a apreciação da primeira questão colocada, isto é, a da sujeição da acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos às mesmas exigências de impugnação administrativa necessária de que depende o recurso contencioso.

Tudo visto, resta decidir.

III

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam em conferência julgar procedente o recurso, revogando a decisão recorrida e determinando a prossecução da acção, caso não inexista outras circunstâncias que a impeçam.

Sem custas

Registe e notifique.

RAEM, 09MAIO2013

Lai Kin Hong

Choi Mou Pan

João A. G. Gil de Oliveira

Presente

Victor Manuel Carvalho Coelho