

Assuntos: Direitos fundamentais.

Princípio da proporcionalidade.

Princípio da justiça.

Erro sobre os pressupostos de facto.

Vício de forma.

SUMÁRIO

- a) Os direitos apodados de fundamentais prendem-se com o núcleo essencial que garante ao cidadão a sua normal vivência em sociedade e estão, em regra, vertidos nos diplomas constitucionais sob a epígrafe de “direitos, liberdades e garantias”.
- b) O acto administrativo que ofenda um direito fundamental só é fulminado de nulidade se atingir o seu cerne ou conteúdo essencial, que não se violar, tão somente, espaços de protecção de dele brotam.
- c) O princípio da proporcionalidade tem três dimensões: a adequação a necessidade e a proporcionalidade “stricto sensu”.
- d) O princípio da justiça prende-se com o acatamento das regras basilares que informam a consciência e o sentido jurídico da comunidade.
- e) O erro sobre os pressupostos de facto é uma modalidade do vício de violação de lei.

- f) A externalização justificativa do acto deve esclarecer o homem médio dos seus motivos determinantes, em forma de discurso racional, suficiente e claro.

O Relator

Sebastião José Coutinho Póvoas

Processo Nº 1284

Recorrente : (A).

Recorrido : Secretário-Adjunto para os Transportes e Obras Públicas.

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

(A) com sede em Macau, recorreu do despacho do, então, Secretário-Adjunto para os Transportes e Obras Públicas que, em recurso hierárquico, manteve a deliberação de 9 de Dezembro de 1996 da Comissão de Abertura de Propostas que não admitira a sua proposta para o aproveitamento de um terreno situado junto à Estrada Coronel Mesquita, na Ilha da Taipa.

Tratou-se do concurso público de “Contratos de Desenvolvimento para Habitação”, publicitado por Aviso publicado na II Série do Boletim Oficial, nº42, de 16 de Outubro de 1996.

Concluiu as suas alegações deste modo:

- No seguimento de concurso público, a recorrente apresentou ao Instituto de Habitação de Macau uma proposta de aproveitamento de terreno;
- Por acto público, veio a ser deliberado, pela comissão para esse efeito constituída, a não admissão da sua proposta, decisão de que a recorrente imediata e atempadamente reclamou;

- Tendo a recorrente solicitado certidões de tal deliberação, e recorrido na via hierárquica, manteve a Entidade Recorrida a decisão de não admissão, indeferindo o recurso hierárquico;
- Tendo a deliberação sido mantida por despacho de 15 de Janeiro de 1997, exarado pelo Senhor Secretário-Adjunto para os Transportes e Obras Públicas de Macau, e simultaneamente indeferido o recurso hierárquico interposto pela recorrente, esta veio a recorrer, tendo legitimidade para tal, deste acto, ora sob impugnação;
- A recorrente é da opinião que, ao contrário do que sanciona a Entidade Recorrida, não deixou de indicar o prazo global de aproveitamento do terreno, quando assume o compromisso de “efectuar o aproveitamento de acordo com as condicionantes urbanísticas aplicáveis e após a obtenção da licença de obras ...”, cumprindo, em seu entender as condições a respeitar pelas propostas;
- É antes o despacho impugnado, ao contrariar disposições legais imperativas, quando não atenta no disposto nos artigos 2º, alíneas g.1) e g.2), 30º/1 e 2, e 40º do D.L. nº 79/85/M, de 21 de Agosto, e nos artigos 8º c) 1 10º do D.L. nº 13/93/M, de 12 de Abril, enferma do vício de violação de lei, o que o torna anulável nos termos do artº 116º (actual artº 124º) CPA;
- Isto é, o indeferimento da proposta apresentada pela recorrente revela displicência, ou, pura e simplesmente, ignorância da lei, o que, no caso da Administração é particularmente gravoso;
- Em flagrante violação do então vigente artigo 13º da

Constituição da República Portuguesa e actual artigo 25º da Lei Básica da RAEM, bem como do princípio da igualdade em concurso público, vem o acto recorrido dizer que o proponente seleccionado “será chamado a negociar com a Administração o clausulado do contrato”, violando assim o conteúdo essencial de um direito fundamental, sendo nulo por força do disposto no artº 114º nº 2 al. a) CPA ou, caso assim não se entenda, está ferido do vício de violação de lei, sendo anulável nos termos do disposto no artº 116º (actual artº 124º) CPA;

- O acto ora impugnado enferma de óbvia deficiência de fundamentação, que gera vício de forma tornando-o anulável nos termos do artº 116º (actual 124º) por violação do disposto no artº 106º e 107º (actuais artºs 114º e 115º), todos do CPA;
- Ainda que assim não se entenda, a decisão de não admissão funda-se num grosseiro erro sobre os pressupostos, nos termos do artº 236º-1, 237º e 239º C. Civ. (actuais artº 228º-1, 229º e 231º), gerando igualmente o vício de violação de lei, sendo o acto recorrido anulável nos termos do disposto no artº 116º CPA (actual artº 124º);
- Para além disso a exclusão é injusta e desproporcionada, e contrária aos parâmetros e desideratos constitucionais a que não pode furtar-se a actividade da Administração – vide o então em vigor artº 266º da Constituição da República Portuguesa, o actual artº 65º da Lei Básica da RAEM e os artºs 3º, 4º, 5º e 6º (actual artº 6º) do CPA;
- O despacho ora sob impugnação é por isso nulo, uma vez que ofende o conteúdo essencial de um direito fundamental, nos

termos do artº 114º, nº 2, alínea d) (actual artº 122º nº2 al. d)), ou caso assim não se entenda, é anulável, nos termos do disposto no artº 116º (actual 124º), todos do CPA.

A entidade recorrida não produziu alegações, assim como o não fizeram os contra-interessados, oportunamente citados.

O Ilustre Magistrado do Ministério Público produziu douto e bem elaborado parecer onde concluiu pela improcedência.

Resulta assente a seguinte **matéria de facto**:

- Na sequência de Aviso publicado na II Série do Boletim Oficial nº 42, de 16 de Outubro de 1996, a recorrente concorreu, no Instituto de Habitação de Macau, apresentando uma proposta de aproveitamento de um terreno situado junto à Estrada Coronel Mesquita, na Ilha da Taipa;
- O terreno era o Lote TN 27;
- O concurso foi aberto ao obrigo dos “Contratos de Desenvolvimento para Habitação”;
- A abertura das propostas ocorreu no dia 9 de Dezembro de 1996 perante a respectiva Comissão;
- Que deliberou não admitir a proposta da recorrente nos termos seguintes:

“Quanto à proposta número quatro, a Comissão deliberou

não a admitir, em virtude de o prazo de aproveitamento proposto estar expresso temporalmente apenas após a emissão da licença de obras, mas ser indefinido quanto aos prazos para elaboração dos projectos, limitando-se a referir que a empresa se compromete a “efectuar o aproveitamento do terreno, de acordo com as condicionantes urbanísticas aplicáveis, e após a obtenção da Licença de Obras, no prazo de:

« - 14 meses para os Blocos 6, 7, 8 e 9 (os Blocos que têm fogos a entregar à Administração);

- e de 20 meses para os Blocos 1, 2, 3, 4 e 5 (Blocos a comercializar pela nossa Companhia); os prazos de apresentação dos projectos seguirão o estipulado no D.L.79/85/M.»

O representante deste concorrente declarou não se conformar com a deliberação da Comissão, por entender que o prazo de aproveitamento global está claro na proposta, sendo de catorze meses para os blocos seis, sete, oito e nove, e de vinte meses para os blocos um, dois, três, quatro e cinco. Que, além disso, os prazos dos projectos estão definidos no Decreto-Lei número setenta e nove barra oitenta e cinco barra M.

A comissão deliberou manter o seu veredicto de não admissão desta proposta.”

- A recorrente impugnou hierarquicamente o acto para o Senhor Secretário-Adjunto para os Transportes e Obras Públicas;

- A entidade recorrida proferiu o seguinte despacho, em 15 de Janeiro de 1997:

“ 1. Visto o recurso hierárquico interposto pela (A), da deliberação de não admissão da sua proposta, tomada em 9/12/96 pela Comissão perante a qual decorreu o acto público do concurso para a concessão por arrendamento de um terreno com a área de 15 398m², situado junto à Estrada Coronel Mesquita, na Ilha da Taipa, lote TN 27;

2. Verifica-se que o ponto 2. da proposta da recorrente é indefinido quanto ao prazo global previsto para a execução do aproveitamento do terreno, não observando o prescrito na alínea d), do ponto 5.2., das Condições para a Apresentação de Propostas, patenteadas no Instituto de Habitação de Macau nos termos do Aviso publicado na II Série do Boletim Oficial de Macau nº42, de 6/10/96.

O ponto 2. da proposta da recorrente contraria ainda o prescrito no ponto 5.1. das referidas Condições, já que não se encontra de acordo com o Modelo de Proposta que constituía o Anexo IV das mesmas.

3. Termos em que, no exercício das competências que me foram delegadas pela alínea m) do artigo 1º da Portaria nº 259/96/M, de 14 de Outubro, confirmo a deliberação recorrida e indefiro o recurso hierárquico.

4. Notifique-se a recorrente.”

- Este despacho foi notificado à recorrente pelo ofício nº707/VP/97, de 28 de Janeiro de 1997.

Foram colhidos os vistos.

Conhecendo,

1. Direito fundamental.
2. Erro sobre os pressupostos de facto.
3. Vício de forma.
4. Conclusões.

1. Direito fundamental

1.1 A recorrente assaca ao acto a violação de um direito fundamental o que, na sua óptica, o fulminaria de nulidade.

Só que, e para além de fazer apelo ao disposto no artigo 114º n.º2, alínea d) do, então vigente, Código de Procedimento Administrativo, e de invocar os artigos 25º da Lei Básica (que não vigorava ao tempo do acto) e 13º da Constituição da República de Portugal (ainda, então, em vigor em Macau) não carrega matéria de facto que permita alcançar essa conclusão.

Sem necessidade de exaurir o tema, dir-se-á que os direitos fundamentais são os que têm a ver com o travejamento mestre da sociedade e são elencados sob a epígrafe de “direitos, liberdades e garantias” do cidadão, nos textos de vocação constitucional.

De outra banda, e como notam os Drs. Lino Ribeiro e Cândido de Pinho (in “Código do Procedimento Administrativo de Macau – Anotado e Comentado”, 712), “nem todos os actos administrativos que ofendam direitos fundamentais são nulos, mas apenas aqueles que violem o seu conteúdo essencial. Mas o que é o conteúdo essencial dum direito fundamental? Ora, sobre esta questão julgo ter de se fazer apelo mais uma vez ao Direito Constitucional, que a estuda a propósito dos limites às leis restritivas a esses direitos” (...) “Reconhece-se que cada direito fundamental tem um conteúdo elástico só determinável em concreto. E a protecção constitucional não é sempre a mesma: a partir de um núcleo fundamental de protecção máxima irradiam espaços de protecção cada vez menos intensa. Por exemplo, o legislador pode estabelecer determinadas regras que condicionam o direito de reunião ou manifestação (cfr. D.L. nº2/93/M, de 17/5). Mas não pode estabelecer normas que conduzam à destruição completa do direito, ou mesma a uma destruição desnecessária, ou desproporcionada”.

A violação por acto administrativo dos princípios fundamentais da actuação administrativa só conduz à nulidade se esses princípios forem postergados no seu âmago, ou essência.

Na situação em apreço não se alcança qual o direito fundamental do recorrente que a entidade recorrida violou ou, e noutra perspectiva, qual o princípio fundamental da actuação administrativa que foi arredado pelo despacho em crise.

A recorrente acena, vagamente, com os princípios da justiça e da proporcionalidade.

1.2 Este último tem três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade “stricto sensu”.

A proporcionalidade quando conjugada com o princípio da igualdade impõe que situações semelhantes postas em confronto não descaracterizem a valoração subjacente de cada uma delas.

Trata-se, em qualquer dos casos, de um conceito de relação.

Perante um acto da Administração há que verificar se a aplicação concreta gera uma situação de patente desequilíbrio entre o dano que se pretende evitar e incómodo causado ao cidadão.

Esse equilíbrio – ou proporção – é a medida a encontrar para determinar se há ou não proporcionalidade.

Na prossecução do interesse público não podem impor-se ao cidadão sacrifícios, ou encargos, que transcendam o indispensável para salvaguardar esse interesse.

Há que buscar uma “justa medida” para que os custos envolvidos não surjam em flagrante desproporção com as vantagens procuradas.

Não se vê que o acto tenha tocado esse princípio, e por maioria de razão com o seu conteúdo essencial.

1.3 Quanto ao princípio da justiça, que se prende com o acatamento das regras basilares que informam a consciência, e o sentido, jurídico da comunidade, também não se perfila qualquer incumprimento em termos de ferir o núcleo de um direito fundamental.

Crê-se, aliás, que a recorrente invocou esses princípios “ex abundancia”, sem que tenha tido a preocupação de, com elementar

argumentação, o preencher.

Daí que, e na linha do parecer do Digno Magistrado do Ministério Público, debrucemos a atenção sobre os dois vícios que constituem o cerne da pugna da recorrente: violação de lei, por erro sobre os pressupostos de facto e vício de forma, por deficiente fundamentação.

2. Erro sobre os pressupostos de facto

Na que parece ser a melhor interpretação das suas alegações, a recorrente refere que não deixou de indicar o prazo para o global aproveitamento do terreno, pelo que, e ao contrario do que diz o acto recorrido, respeitou as condições propostas.

Vejamos,

Nas “Condições para Apresentação de Propostas” dispõe-se sob o nº 5.2, alínea d) que as propostas deverão “indicar qual o prazo global previsto para a execução do aproveitamento do terreno, não considerando naquele prazo o tempo necessário para aprovação dos projectos pela Administração”.

Na proposta a recorrente afirmou “efectuar o aproveitamento do terreno de acordo com as condicionantes urbanísticas aplicáveis e após a obtenção da licença de obras, no prazo de:

- 14 meses para os Blocos 6, 7, 8 e 9 (Blocos que têm fogo a entregar à Administração)
- 20 meses para os “Blocos 1, 2, 3, 4 e 5 (Blocos a

comercializar pela nossa Companhia); os prazos de apresentação dos projectos seguirão o estipulado no D.L. nº79/85/M.”

Foi então deliberado não a admitir “em virtude de o prazo de aproveitamento proposto estar expresso temporalmente apenas após a emissão da licença de obras, mas ser indefinido quanto aos prazo para elaboração dos projectos.”

É esta a “pulcra quaestio”: será que a recorrente incumpriu a condição de indicar o prazo global do aproveitamento do terreno e a Comissão errou nos pressupostos de facto?

No transcrito ponto 5.2, d) é dito claramente que no prazo de aproveitamento não se considera o tempo necessário para aprovação dos projectos.

A recorrente fez apelo ao Decreto-Lei nº 79/85/M de 21 de Agosto, o que significa que acolheu o prazo de seis meses para elaboração dos projectos, constante dos artigos 2º, alíneas g.1) e g.2), 30 nºs 1 e 2 e 40º.

Diz-se no relatório preambular deste Decreto-Lei, e no essencial:

“O presente diploma integra as normas de natureza administrativa que definem as condições de elaboração de projectos, a tramitação processual para a sua aprovação, o licenciamento de obras e sua consequente «gestão», esta entendida como a actividade administrativa que acompanha, controla e fiscaliza o cumprimento das prescrições legais e em última análise, pune as violações que àquelas se verifiquem.” (...)

“Procurou-se, também, simplificar a tramitação processual quanto à realização de obras que, pela sua natureza, não devam estar sujeitas a condições de licenciamento idênticas às das obras mais importantes, sem esquecer, todavia, que tal condicionalismo tem como contrapartida uma maior responsabilização de quem as efectiva e de quem tecnicamente as projecta e dirige.”

Este diploma, “maxime” o artigo 40º reporta-se os prazos de validade dos despachos de aprovação dos projectos parcelares, não podendo concluir-se, sem mais, que eram esses prazos em que o recorrente se propunha elaborar os projectos.

Note-se que o artigo 40º estatui apenas:

“Artigo 40º

(Caducidade e notificação dos despachos exarados
relativos ao projectos)

1. Os despachos de aprovações parcelares de projectos caducam no prazo de 180 dias, se entretanto não forem apresentadas as fases subsequentes.
2. O despacho de aprovação final caducará, se no prazo de 180 dias, após a respectiva notificação ao requerente, este não solicitar a emissão da respectiva licença de obras.
3. Os prazos referidos nos números anteriores poderão ser prorrogados a requerimento do interessado desde que a razão justificativa para o facto seja aceite pela D.S.O.P.T..

4. Os despachos serão notificados ao requerente no prazo de 10 dias após a sua emissão.”

Daí que à Comissão tenha faltado um elemento de apreciação essencial – o do ponto 10.2, alínea b) das “Condições para Apresentação das Propostas”, onde o prazo de aproveitamento surge em segundo lugar e funciona como factor de desempate.

Não se vislumbra, em consequência, erro sobre os pressupostos de facto.

3. Vício de forma

O acto impugnado deu cumprimento ao disposto nos artigos 106º, nº1, alínea b) e 107º do Código de Procedimento Administrativo, então vigente.

O discurso justificativo é suficiente, claro e congruente, habilitando o destinatário, “homo medius”, a conhecer o raciocínio que a entidade recorrida seguiu.

Pode, sem grandes hesitações, ser-se esclarecido dos motivos ou razões determinantes, já que não foram utilizadas fórmulas obscuras, confusas, dubitativas ou ambíguas.

Os argumentos justificativos foram vertidos em discurso racional, com justificação suficiente.

Há coerência entre os fundamentos alegados e a adequação das

permissas do raciocínio.

Assim é, que a entidade recorrida explicou, até com maior minúcia, a exposição de motivos vertida em acta pela Comissão da Abertura de Propostas, o que basta para afastar o vício de forma.

4. Conclusões

Pode, assim, concluir-se que:

- a) Os direitos apodados de fundamentais prendem-se com o núcleo essencial que garante ao cidadão a sua normal vivência em sociedade e estão, em regra, vertidos nos diplomas constitucionais sob a epígrafe de “direitos, liberdades e garantias”.
- b) O acto administrativo que ofenda um direito fundamental só é fulminado de nulidade se atingir o seu cerne ou conteúdo essencial, que não se violar, tão somente, espaços de protecção de dele brotam.
- c) O princípio da proporcionalidade tem três dimensões: a adequação a necessidade e a proporcionalidade “stricto sensu”.
- d) O princípio da justiça prende-se com o acatamento das regras basilares que informam a consciência e o sentido jurídico da comunidade.

- e) O erro sobre os pressupostos de facto é uma modalidade do vício de violação de lei.
- f) A externalização justificativa do acto deve esclarecer o homem médio dos seus motivos determinantes, em forma de discurso racional, suficiente e claro.

Nos termos expostos, **acordam negar provimento ao recurso.**

Custas pela recorrente.

Fixam a taxa de justiça em 3 UCs.

Macau, 11 de Abril de 2002

Sebastião José Coutinho Póvoas (Relator) – Chan Kuong Seng – Lai Kin Hong

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