

Processo n.º 592/2018
(Autos de recurso contencioso)

Data: 16/Dezembro/2019

Recorrente:

- Sociedade de Investimento Imobiliário A, S.A.

Entidade recorrida:

- Chefe do Executivo

Acordam os Juizes do Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I) RELATÓRIO

Sociedade de Investimento Imobiliário A, S.A., com sinais nos autos, inconformada com o despacho do Exm.º Chefe do Executivo que declarou a caducidade da concessão do terreno com a área de 4169 m², situado na península de Macau, designado por lote X da zona A do empreendimento denominado “Fecho da Baía da Praia Grande”, pelo decurso do prazo de concessão, interpôs o presente recurso contencioso de anulação, formulando na petição de recurso as seguintes conclusões:

“(i) 本司法上訴所針對的行政行為

1. 根據公佈於1989年12月29日第52期《澳門政府公報》第四副刊並經公佈於1992年7月6日第27期《澳門政府公報》的第73/SATOP/92號批示、1993年4月26日第17期《澳門政府公報》的第57/SATOP/93號批示、1994年6月1日第22期《澳門政府公報》第二組的第56/SATOP/94號批示及1999年8月18日第33期《澳門政府公報》第二組的第71/SATOP/99號批示修改的第203/GM/89號批示訂立的1991年7月30日公證書作為憑證，以租賃方式將位於南灣

及外港新填海區的多福「南灣湖計劃」A、B、C及D區的地段批予總辦事處設於澳門...，登記於商業及動產登記局...第...頁第...號的B發展股份有限公司。

2. 透過公佈於1994年7月27日第30期《澳門政府公報》第2組的第91/SATOP/94號批示作為憑證的轉讓批給合同，將一幅面積4,169平方米，稱為「南灣湖計劃」A區3地段的土地批給所衍生的權利有償移轉予總辦事處設於澳門...，登記於商業及動產登記局...號的A置業發展有限公司。

3. 根據以前述第91/SATOP/94號批示作為憑證的轉讓批給合同第二條款的規定，土地租賃期至2016年7月30日，可依法連續期至2049年12月19日。

4. 行政長官 閣下於2018年5月3日作出批示，宣告上述土地批給失效。

5. 宣告失效的事實依據和法律依據載於2016年11月4日運輸工務司司長意見書之中。

(ii) 違反善意原則

6. 在現今的法治社會，行政當局與私人建立任何關係和向其作出行為時都應當遵守善意原則。

7. 無論是批地的磋商過程、對批地合同的履行、批地續期，以及對批地宣告失效的程序，行政當局應當遵守善意原則。

8. 在本案中，就有關更改A3地段用途之申請的事宜上，司法上訴人與土地工務運輸局雙方一直保持良好的溝通及互動，所以，於1999年12月29日土地工務運輸局對初研方案發出可行性意見。

9. 而在2005年4月20日，土地工務運輸局通知司法上訴人，在不科處罰金的情況下將A3地段的利用期延期。

10. 根據《行政程序法典》第9條規定的行政當局與私人合作原則，行政當局向私人所提供的資訊需要負責，這是由於行政當局所表達的資訊會令私人產生信任。

11. 從本案的事實中，土地工務運輸局向司法上訴人作出的一系列的回覆、建議及意見都是正面及朝更改A3地段用途的方向進行，所以司法上訴人對土地更改用途申請獲得批准

和對土地進行發展產生了合理期望。

12. 儘管在2006年，約束A3地段轉讓批給合同的第69/91/M號訓令核准之《南灣海灣重整計劃之細則章程》訓令被廢止，司法上訴人仍確信其對A3地段用途更改的申請會獲得批准及納入在新的規劃方案中。

13. 此外，就司法上訴人在2009年提出A3地段利用期延期申請及2011年提出的A3地段初研方案及建築計劃，土地工務運輸局均一直沒有作出決定。

14. 2013年2月25日，土地工務運輸局透過第150/1385.02/DSODEP/2013號公函通知司法上訴人就有關不遵守合同義務而宣告土地批給失效的決定意向預先聽證通知。

15. 於同年的3月14日，司法上訴人提交書面聽證，同時亦要求土地工務運輸局處理其於2011年6月27日提交之初研方案，以及提供條件，尤其是發出批地之街道準線圖，行政當局同樣未就相關請求作出決定。

16. 即使行政當局認為應駁回司法上訴人的請求，基於善意原則，應透過書面和附具說明理由的方式通知司法上訴人。

17. 根據本案的事實及《行政程序法典》第11條規定，行政當局的行為已違反了作出決定原則。

18. 必須指出的是，在上述的聽證程序後，行政當局沒有將本個案納入宣告批給失效的範圍。

19. 而在2014年8月14日，土地委員會第79/2014號意見書，批准A3地段的利用期延長至2016年7月30日。這讓司法上訴人確信可重新對地段進行利用。

20. 必須強調的是，土地委員會第79/2014號意見書中，亦清楚指出約兩年的時間並不足以完成土地利用。而土地工務運輸局又耗用了約一年的時間(2015年6月9日至2016年4月27日)，而在批地租賃期25年期屆前三個月才對A3地段發出了規劃條件圖。

21. 根據經驗法則，在發出規劃條件圖後餘下僅三個月的租賃期及利用期(2016年4月28日至2016年7月30日)內，司法上訴人是無法完成土地的利用。

22. 如果司法上訴人不是為了等待行政當局發出規劃條件圖等對土地利用必須的文

件和准照(如: 初研方案及建築計劃)而被動地消耗了一定期間的租賃期, 司法上訴人便能在租賃期內對土地進行利用。所以, 司法上訴人再按往常的正常程序向行政當局提出批地租賃期延期的申請。

23. 無奈的是, 當司法上訴人認為行政當局會依法對租賃期屆滿而土地未能完成利用不可歸責於承批人的情況採取保障司法上訴人利益的處理方法的時候, 行政當局宣告批地失效。這無疑是打破了司法上訴人的合理期望, 當局的行為明顯違反了善意原則, 破壞司法上訴人之信賴, 沒有保護到司法上訴人應予保障的權益。

24. 根據《行政程序法典》第124條規定, 由於被訴行為違反了善意原則, 因此可予撤銷。

(iii) 違反平等原則

25. 對於在土地租賃期內土地未能完成利用不可歸責於承批人的情況, 行政當局一貫的解決方法是: 租賃期限屆滿, 宣告有關批給失效時, 土地將重新批給予承批人, 由澳門特別行政區與承批人簽署新的批給合同, 並由承批人繳付經調整的溢價金。

26. 在過往, 行政當局曾透過第89/2007號運輸工務司司長批示及第8/2009號運輸工務司司長批示, 先收回土地, 再重新批出, 以解決租賃期限屆滿的問題。

27. 根據平等原則, 相同的情況應以相同形式處理, 不同情況則按不同形式處理。

28. 行政當局面對在土地租賃期內土地未完成利用而不可歸責於司法上訴人的情況, 作出了與慣例不同的決定, 直接宣告土地批給失效, 而沒有同時重新批給土地予司法上訴人。這明顯有違平等原則。

29. 根據《行政程序法典》第124條規定, 基於被訴行為違反了平等原則, 相關行為應予以撤銷。

(iv) 錯誤適用《土地法》

30. 在運輸工務司司長的意見書中, 指出「7. 土地委員會於2016年10月13日舉行會議, 由於土地的租賃期間已過, 合同規定的利用無被落實, 批給仍屬臨時性, 按照第10/2013號法律《土地法》第二百一十二條和第二百一十五條適用的第四十八條第一款的規

定，不予續期。這樣，批給是由於有關租賃期間的經過而被宣告失效(喪失權利的失效)…」

31. 根據《土地法》第48條第1款規定，字面上看，無論是否承批人是否存在過錯，無論未能完成利用是否歸責於承批人，臨時批給都不可續期。

32. 但《土地法》的立法原意不是不需遵守過錯原則。尊敬的檢察院司法官曾在中級法院第434/2015號案中明確提到：「這並不代表第6/80/M號法律及第10/2013號法律不遵守罪過原則(可歸責性)或與善意原則無關 – 該原則是貫穿及指引澳門整個法律體制的原則。」

33. 對於法律解釋，《民法典》第8條所確立了一段原則：法律解釋不應僅限於法律之字面含義，尚應尤其考慮有關法制之整體性、制定法律時之情況及適用法律時之特定狀況，從有關文本得出立法思想。

34. 根據上述規定，為了解《土地法》第48條第1款的立法原意，解釋者應考慮「有關法制之整體性、制定法律時之情況及適用法律時之特定狀況」。

35. 從法制之整體性來看，如上引檢察院司法官所提到的，《土地法》多處規定「不可歸責於承批人/承批人沒有過錯」時，行政長官有「評價及決定承批人所主張之理由是否充分的自由裁量權。」

36. 從制定法律時之情況來看，根據澳門特別行政區立法會第一常設委員會關於《土地法》而制作的第3/IV/2013號意見書，有議員就土地未完成利用不可歸責於承批人的情況提出疑問，而提案人回覆指出，此等個案可按照《土地法》的規定獲得特別處理。

37. 《土地法》第48條第1款的立法原意，絕不應理解為不加區分地對臨時批給均不予續期。考慮到法制的整體性，法律制定及適用時的狀況，《土地法》第48條第1款的正確解釋應該是，在可歸責於承批人而未能在租賃期完成利用時，臨時批給不得續期。

38. 為正確適用法律，行政當局應對未能在租賃期內完成利用是否歸責於當事人展開公平、合法及合適的聽證程序，然後根據聽證的結果，釐清歸責問題，再作出決定，但在本案中，顯然行政當局沒有做到。

39. 即使不能透過法律解釋得出上述結論，一個勤謹的法律工作者也可以發現《土地法》存在漏洞。

40. 法律漏洞就是指立法者未有對具法律重要性之事實予以規範的情況。

41. 《土地法》第41條規定，以適用的民法作補充規定。因此，《澳門民法典》關於履行合同的基本原則仍可適用於土地批給合同，尤其是過錯原則和善意原則。

42. 根據過錯原則，債務人僅可在存有過錯的情況下沒有履行合同所定的義務，即存有故意或過失的時候，方可視債務人不履行合同。

43. 法律有責任針對債務人沒有履行其義務且不履行不可歸責其本人之狀況進行規範，以保障債務人的權益。

44. 針對在土地租賃期內土地未完成利用不可歸責於承批人的情況，《土地法》沒有就租賃期間是否可中止或延長作出規範，此情況屬法律漏洞。

45. 《澳門民法典》第9條規定填補法律漏洞的方法是：一、類推適用；二、解釋者本人定出規定。

46. 《土地法》的立法者確立了土地未能在利用期完成發展是由於外在因素和不可抗力所致，不可歸責於承批人，土地利用期可中止或延長的情況，這是為了防止對承批人不公平的狀況出現。

47. 上述這種情況與租賃期間屆滿，而土地未能利用且不可歸責於承批人之情況相類似。

48. 除非有更好的理解，行政當局可根據《澳門民法典》第9條第2款，類推適用《土地法》第104條第5款。

49. 換言之，針對上述情況，即使批地租賃期屆滿，具權限實體亦可運用其自由裁量權，批准中止或延長租賃期間，使承批人能夠履行其義務，興建合同規定的建築物。

50. 即使對《土地法》第104條第5款能否類推適用於租賃期屆滿的情況有所保留，行政當局亦應按照《澳門民法典》第9條第3款規定，根據立法者的精神，制定特定的處理方法，以填補相關的法律漏洞。

51. 基於衡平原則及公義原則，倘立法者在立法時注意到土地未能利用是不可歸責於承批人的，將會定出的處理方法將是：給予一合理的期間予承批人，使其能在此期間內完成

土地的利用，待土地完成利用及發出使用准照後，將土地的臨時批給轉為確定批給。

52. 行政當局沒有類推適用《土地法》第104條第5款，也沒有根據立法者的精神，制定特定的處理方法，以解決在土地租賃期內土地未完成利用且不可歸責於司法上訴人之情況 – 在本案中，行政當局甚至認為：「分析以未在所訂定的期間內完成土地的利用為由宣告失效的行為中是否存在所提出的相關瑕疵是徒勞的。」

53. 因此，應認為，行政當局錯誤的適用了《土地法》第48條第1款。

54. 在中級法院第434/2015號案中，尊敬的檢察院司法官曾表達以下觀點：立法者建立了一個規則，25年的批租期內未完成利用，任何臨時租賃批給都將不可避免的強制失效，但是，出現第104條第5款之情況時，構成上述規則之例外情況，此時，在利用期屆滿前，批租期不會屆滿。

55. 也就是說，當出現不可歸責於承批人的遲延時，臨時批給的批租期不會立即屆滿，是可以例外的延期，而非立即宣告土地批給失效。

56. 在本個案中，土地未能利用[尤其是根據行政當局完成對澳門113幅已過利用期但尚未完成利用的土地進行研究後，也明確指出A3地段批地之所以未能利用不可歸責於司法上訴人；以及廉政公署對不宣告十六幅批給土地[包括本案的A3地段]失效的決策過程沒有違反現行法律規定]不可歸責於司法上訴人。

57. 因此，基於土地未能利用不可歸責於司法上訴人，行政長官於2018年5月3日作出批示[包括作為其組成部分的運輸工務司司長2016年11月4日的意見書]，錯誤的適用了《土地法》的相關規定，尤其是第48條第1款。

(v) 違反《基本法》對私有財產權的保護

58. 《基本法》第6條、第103條及第120條明確規定了對私人取得的權利的保護，尤其是第120條，該條規定，澳門特別行政區依法承認和保護回歸前的合法土地契約及相關權利。

59. 誠如有關錯誤適用《土地法》部分所述，為正確適用法律，行政當局應對《土地法》作出正確解釋，並且在出現法律漏洞時，依法採取措施對之進行填補。

60. 但是行政長官卻沒有作出相應的行為。反之，直接宣告土地批給合同失效，導致沒有過錯的司法上訴人喪失批地所衍生的權利。

61. 明顯地，從本司法上訴所針對的行政行為所提出的理由[建議書之理由]已顯示了，行政當局並沒有就司法上訴人的行為是否有可歸責的情況進行任何的查明，而直接作出駁回的決定。

62. 這一行為結果是存在著錯誤理解及適用《土地法》的相關規定，所以這一行為結果本身[而不是《土地法》]才是與《基本法》關於保護私有財產權，保護回歸前批出的合法土地契約和與土地契約有關的一切權利的規定相違背。

63. 因此，運輸工務司司長 閣下在錯誤理解及適用《土地法》的情況下，駁回司法上訴人就A3地段租賃期延期的申請之行政行為實違反了《基本法》第6條、第103條及120條的規定，並侵害了司法上訴人受《基本法》保護的私有財產權。

綜上所述，祈請尊敬的法官 閣下：

(1) 基於被訴行為違反善意原則，根據《行政程序法典》第124條規定，撤銷被訴行為；或

(2) 基於被訴行為違反了平等原則¹，根據《行政程序法典》第124條規定，撤銷被訴行為；或

(3) 由於被訴行為錯誤適用《土地法》、違反了《基本法》第6條、第103條及120條及侵害了司法上訴人受《基本法》保護的私有財產權，根據《行政程序法典》第122條第2款d)項規定，宣告被訴行為無效。”

★

Regularmente citada, apresentou a entidade recorrida contestação, pugnando pela improcedência do recurso.

★

Ambas as partes apresentaram alegações

facultativas, reiterando as razões já deduzidas nos respectivos articulados.

Aberta vista ao Digno Procurador-Adjunto do Ministério Público, foi emitido o seguinte duto parecer:

"Na petição e nas alegações facultativas, a ora recorrente solicitou a declaração da nulidade e a anulação do despacho escrutinado, assacando a ofensa do direito fundamental à propriedade privada, bem como a violação dos preceitos nos arts. 6º, 103º e 120º da Lei Básica, dos princípios da boa fé e da igualdade e a errada aplicação da actual Lei de Terras.

*

1. Da ofensa do direito fundamental e violação da Lei Básica

Proclama o Venerando TSI que a concessão do terreno por arrendamento apenas confere o direito de aproveitamento do terreno nos termos consagrados no contrato de concessão, nunca o direito de propriedade sobre ele (cfr. Acórdão do TSI no Processo n.º 299/2013). E convém ter presente que os direitos reais ficam sujeitos às limitações legalmente consagrados e não se pode confundir institutos como a reversão, ou a invalidade de um pressuposto da atribuição de uma concessão com o fenómeno do confisco.

A jurisprudência consolidada do Venerando TUI

assevera que (cfr. arestos nos Processos n.º 2/2019 e n.º 13/2019): Não é de aceitar que, com a protecção consagrada na Lei Básica, os direitos decorrentes do contrato de concessão mereçam protecção para além do prazo de arrendamento do terreno, independentemente da renovação, ou não, da concessão, já que, como é lógico e legal, a protecção desses direitos para além do prazo inicial de arrendamento depende sempre da renovação da respectiva concessão, efectuada em conformidade com as leis vigentes na altura de renovação, tal como prevê a segunda parte do art.º 120.º da Lei Básica, segundo a qual as concessões de terras renovadas após o estabelecimento da RAEM devem ser tratadas em conformidade com as leis e políticas respeitantes a terras da RAEM.

Com efeito, importa assinalar que o TUI chegou a concluir peremptoriamente que "No caso de declaração da caducidade da concessão por decurso do prazo de arrendamento do terreno, não se vislumbra nenhuma violação das normas contidas na Lei Básica da RAEM, nomeadamente os seus art.ºs 6.º, 103.º e 120.º." (cfr. Acórdão do TUI no Processo n.º 26/2019)

Ora, interessa acrescentar que o n.º 1 do art. 48º da Lei n.º 10/2013 e a caducidade preclusiva não impedem que um concessionário inocente e lesado por

declaração da caducidade venha invocar e provar a eventual culpa da Administração na acção, a intentar por ele, para efectivação da responsabilidade contratual ou extracontratual nos termos gerais.

Nestes termos e ao abrigo da disposição no n.º 1 do art. 168º da Lei n.º 10/2013, não podemos deixar de concluir que o despacho em escrutínio não contende com qualquer preceito da Lei Básica, nem ofendeu o direito fundamental (da recorrente) à propriedade privada.

2. Da arguição da violação dos princípios da boa fé e de igualdade

Interpretado o acto recorrido em coerência com o Parecer do Exmo. Sr. STOP (cfr. fls. 59 e 63 a 66 dos autos), podemos extrair que a declaração da caducidade no mesmo acto tem por suporte factual que até ao irreversível decurso em 17/05/2015 do prazo de 25 anos, a concessão cuja titular era a recorrente tinha sido provisória, nunca sendo convertida em definitiva.

2.1. Afirma deliberadamente o Venerando TUI (cfr. a título exemplificativo, Acórdão no Processo n.º 28/2017): Decorrido o prazo de 25 anos da concessão provisória (se outro prazo não estiver fixado no contrato) o Chefe do Executivo deve declarar a caducidade do contrato se considerar que, no mencionado prazo, não

foram cumpridas as cláusulas de aproveitamento previamente estabelecidas. Quer dizer que o Chefe do Executivo declara a caducidade pelo decurso do prazo se o concessionário não tiver apresentado a licença de utilização do prédio, porque é mediante a apresentação desta licença que se faz a prova de aproveitamento de terreno urbano ou de interesse urbano. Pois a jurisprudência de Macau vai no sentido de considerar a caducidade da concessão do terreno pelo decurso do prazo de arrendamento como caducidade preclusiva (cfr. Acórdãos do TUI nos Processos n.º 69/2017, n.º 102/2018 e n.º 26/2019).

Convém realçar que a jurisprudência consolidada do Venerando TSI vem navegando na mesma direcção, apontando constantemente que são vinculados os actos administrativos de declaração da caducidade das concessões provisórias de terrenos, desde que se trate de caducidade preclusiva cuja verificação depende do preenchimento de dois pressupostos cumulativos: de um lado, a constatada expiração do prazo máximo de 25 anos e, de outro, a inexistência da conversão da concessão provisória em definitiva. (a título exemplificativo, arestos nos Processos n.º 672/2015, n.º 375/2016 e 179/2016)

Tudo isto cauciona-nos a concluir, com toda a

tranquilidade, que o despacho objecto do presente recurso contencioso assume a natureza jurídica de acto administrativo estritamente vinculado, não comportando o exercício do poder discricionário nem margem de livre apreciação.

2.2. No ordenamento jurídico de Macau encontram-se firmemente consolidada a brilhante jurisprudência, no sentido de que os princípios gerais de igualdade, de proporcionalidade, da imparcialidade, da justiça e de boa fé se aplicam apenas ao exercício de poderes discricionários, sendo inoperante para os actos vinculados. (a título exemplificativo, cfr. Acórdãos do TUI nos Processos n.º 32/2016, n.º 79/2015, n.º 46/2015, n.º 14/2014, n.º 54/2011, n.º 36/2009, n.º 40/2007, n.º 7/2007, n.º 26/2003 e n.º 9/2000, a jurisprudência do TSI vem andar no mesmo sentido).

Seja como for, a violação do princípio da igualdade não releva no exercício de poderes vinculados, já que não existe um direito à igualdade na ilegalidade, o princípio da igualdade não pode ser invocado contra o princípio da legalidade: um acto ilegal da Administração não atribui ao particular o direito de exigir a prática no futuro de acto de conteúdo idêntico em face de situações iguais (cfr. Acórdão do TUI no Processo n.º 7/2007).

Ainda preconiza peremptoriamente o Venerando TUI que "Havendo fundamento para declarar a caducidade de concessão de terreno urbano, porque houve culpa da concessionária no não aproveitamento do terreno no prazo fixado, tal constitui um acto vinculado para a Administração. Se esta, noutros procedimentos administrativos, ilegalmente, não declarou a caducidade de outras concessões, supostamente havendo semelhança dos mesmos factos essenciais, tal circunstância não aproveita, em nada, à concessionária em causa visto que os administrados não podem reivindicar um direito à ilegalidade." (cfr. Acórdão do TUI no Processo n.º 111/2018)

Assim sendo e na medida em que o despacho atacado nestes autos é acto vinculado, não podemos deixar de colher que o qual não infringe os princípios da boa fé e da igualdade, portanto a arguição da violação destes dois princípios é incuravelmente descabida.

*

3. Da errada aplicação da actual Lei de Terras

Ora, o n.º 5 do art. 104º da actual Lei de Terras é o único preceito que contempla a susceptibilidade da suspensão ou prorrogação do prazo de aproveitamento, nenhuma disposição legal permite, expressa ou tacitamente, a suspensão ou prorrogação do prazo de

concessão, pelo contrário o n.º 1 do art. 48º desta Lei consagra, clara e iniludivelmente, a regra geral de proibição da renovação de concessão provisória.

Interpretando estes dois comandos legais e o disposto no art. 166º em coerência com o princípio do aproveitamento útil e efectivo dos terrenos prescrito na alínea 2) do art. 2º da mesma Lei, temos por indiscutível que a Lei n.º 10/2013 não padece da lacuna arrogada pela recorrente, nem carece da aplicação analógica do n.º 5 do art. 104º acima, daí o despacho in quaestio não eiva da errada aplicação da actual Lei de Terras.

Por todo o expendido acima, propendemos pela improcedência do presente recurso contencioso.”

Corridos os vistos, cumpre decidir.

O Tribunal é o competente.

O processo é o próprio.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas, estão devidamente representadas e têm interesse processual.

Não há excepções nem nulidades que obstem ao conhecimento de mérito.

II) FUNDAMENTAÇÃO

Resulta provada dos elementos constantes dos autos, designadamente do processo administrativo, a seguinte matéria de facto com pertinência para a decisão do recurso:

Pelo Despacho n.º 203/GM/89, publicado no suplemento ao Boletim Oficial de Macau n.º 52, de 29 de Dezembro de 1989, foi autorizado o contrato de concessão, por arrendamento e com dispensa de concurso público, de vários terrenos sitos nas Zonas A, B, C e D do empreendimento designado por "Fecho da Baía da Praia Grande", titulada pela escritura pública outorgada em 30.7.1991, e revisto pelos Despachos n.ºs 73/SATOP/92, 57/SATOP/93 e 56/SATOP/94, a favor da Sociedade de Empreendimentos B, S.A..

Através do Despacho n.º 91/SATOP/94, publicado no Boletim Oficial de Macau, n.º 30, II Série, de 27.7.1994, foi titulada a transmissão onerosa do direito resultante da concessão do terreno com a área de 4169 m², situado na península de Macau, designado por lote X da Zona A do empreendimento denominado por "Fecho da Baía da Praia Grande", a favor da Sociedade de Investimento Imobiliário A, S.A., ora recorrente.

O terreno está descrito na Conservatória do Registo Predial sob o n.º ... a fls. ... do livro ... e o direito resultante da concessão encontra-se inscrito a

favor daquela Sociedade sob o n.º ... a fls. ... do livro

O arrendamento é válido pelo prazo de 25 anos, contados a partir de 30.7.1991, podendo o prazo ser sucessivamente renovado, nos termos da legislação aplicável, até 19 de Dezembro de 2049.

A finalidade de tal concessão era a construção de um edifício, em regime de propriedade horizontal, destinado a comércio, escritórios e estacionamento.

Conforme o estipulado no n.º 1 da cláusula quinta do contrato de transmissão da concessão, o prazo global de aproveitamento foi fixado em 66 meses, contados a partir de 6.7.1992, ou seja, até 5.1.1998.

Até 3 de Maio de 2018, data em que foi declarada a caducidade do contrato de concessão pelo Exm.º Chefe do Executivo, o aproveitamento do referido terreno não chegou a ser concretizado.

Reunida em sessão de 13 de Outubro de 2016, a Comissão de Terras emitiu o seguinte parecer:

“Proc. n.º 57/2016 – Respeitante à proposta da declaração de caducidade da concessão, por arrendamento, do terreno com a área de 4169m², situado na península de Macau, designado por lote X da zona A do empreendimento designado por «Fecho da Baía da Praia Grande», a favor da Sociedade de Investimento Imobiliário A, S.A., pelo decurso do seu prazo de vigência, de 25 anos, que expirou em 30 de Julho de 2016, cuja concessão foi titulada pelo Despacho n.º 91/SATOP/94.

I

1. Através do Despacho n.º 203/GM/89, publicado no 4º Suplemento ao Boletim Oficial de Macau n.º 52, de 29 de Dezembro de 1989, foi autorizado o contrato de concessão, por arrendamento e com dispensa de concurso público, de vários terrenos situados nas Zonas A, B, C e D do empreendimento designado por «Fecho da Baía da Praia Grande», na Praia Grande e nos Novos Aterros do Porto Exterior (NAPE), titulado pela escritura pública outorgada em 30 de Julho de 1991, na Direcção dos Serviços de Finanças (DSF), e revisto pelos Despachos n.ºs 73/SATOP/92, 57/SATOP/93 e 56/SATOP/94, publicados respectivamente no Boletim Oficial de Macau n.º 27, de 6 de Julho de 1992, no Boletim Oficial de Macau n.º 17, de 26 de Abril de 1993 e no Boletim Oficial de Macau n.º 22, II Série, de 1 de Junho de 1994, a favor da Sociedade de Empreendimentos B, S.A.

2. Nos termos do disposto na cláusula segunda do contrato de concessão titulado pela mencionada escritura, o arrendamento é válido pelo prazo de 25 anos, contados a partir da data da outorga da mesma.

3. Através do Despacho n.º 91/SATOP/94, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 30, II Série, de 27 de Julho de 1994, foi titulada a transmissão onerosa do direito resultante da concessão do terreno com a área de 4169m², situado na península de Macau, designado por lote X da Zona A do empreendimento denominado por «Fecho da Baía da Praia Grande», a favor da Sociedade de Investimento Imobiliário A, S.A. (adiante designada por concessionária).

4. De acordo com o estabelecido na cláusula segunda do sobredito contrato de transmissão do direito resultante da concessão do aludido lote, o prazo do arrendamento expirou em 30 de Julho de 2016.

5. Segundo o disposto na cláusula terceira do mesmo contrato, o terreno

deveria ser aproveitado com a construção de um edifício em regime de propriedade horizontal, destinado a comércio, escritórios e estacionamento, de acordo com as condições urbanísticas fixadas nos Regulamentos dos Planos de Pormenor do Plano de Reordenamento da Baía da Praia Grande aprovados pela Portaria n.º 69/91/M, publicada no 2º Suplemento ao Boletim Oficial de Macau n.º 15, de 18 de Abril de 1991, e as condições fixadas no Regulamento do Plano de Pormenor da Zona A da Baía da Praia Grande aprovado pela Portaria n.º 134/92/M, publicada no Boletim Oficial de Macau n.º 25, de 22 de Junho de 1992. A altura máxima permitida seria de 92,7 m NMM.

6. De acordo com o estabelecido na cláusula quinta do contrato de revisão de concessão, o prazo global de aproveitamento do terreno é de 66 meses, contados a partir de 6 de Julho de 1992, ou seja, até 5 de Janeiro de 1998.

7. O terreno referido em epígrafe encontra-se descrito na Conservatória do Registo Predial (CRP) sob o n.º ... a fls. ... do livro ... e o direito resultante da concessão encontra-se inscrito a favor da concessionária sob o n.º ... a fls. ... do livro ..., não se encontrando o terreno onerado com qualquer hipoteca.

II

8. Por requerimento apresentado em 8 de Junho de 1998, na Direcção dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes (DSSOPT), na sequência de um pedido anterior e atento o teor do ofício n.º 127/SATOP/98, a concessionária solicitou que a finalidade do terreno fosse alterada para a construção de um edifício de 141,5m (a cota máxima era de 144,5m), destinado a habitação, comércio e estacionamento.

9. Uma vez que os Regulamentos dos Planos de Pormenor do Plano de Reordenamento da Baía da Praia Grande, aprovados pela Portaria n.º 69/91/M, não foram revistos, o procedimento relativo à alteração de finalidade do terreno não teve

seguimento.

10. Por outro lado, considerando a complexidade do empreendimento e as dificuldades com que a Sociedade de Empreendimentos B, S.A. se deparou na execução contratual, por forma a salvaguardar os interesses das partes contratantes, estas acordaram na revisão da concessão, que veio a ser titulada pelo Despacho n.º 71/SATOP/99, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 33, II Série, de 18 de Agosto de 1999.

11. No âmbito desta revisão foi reduzido o objecto do contrato mediante a desistência dos direitos sobre dois lotes da Zona “B”, reavaliados os custos de execução das infra-estruturas e alterado o valor do prémio e respectivas condições de pagamento.

12. Além disso, conforme o disposto no artigo quarto desse contrato de revisão da concessão, foram prorrogados os prazos de aproveitamento dos lotes de cada uma das zonas, sendo o prazo dos situados na Zona A prorrogado por 60 meses, contados a partir de 18 de Agosto de 1999, ou seja, até 17 de Agosto de 2004 (1º prorrogação).

13. Em sequência do requerimento apresentado pela concessionária em 17 de Agosto de 2004, por despacho do Secretário para os Transportes e Obras Públicas de 8 de Abril de 2005, exarado na informação n.º 039/DSODEP/2005, foi autorizado de novo a prorrogação do prazo de aproveitamento dos lotes não aproveitados situados na Zona A, desta vez por 48 meses, ou seja, até 17 de Agosto de 2008 (2ª prorrogação), sem aplicação de multa.

14. Através do Despacho do Chefe do Executivo n.º 248/2006, publicado no Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) n.º 34, I Série, de 21 de Agosto de 2006, foram revogados os Regulamentos dos Planos de

Pormenor do Plano de Reordenamento da Baía da Praia Grande aprovados pela Portaria n.º 69/91/M.

15. Após o termo da segunda prorrogação do prazo de aproveitamento, a concessionária apresentou de novo, em 24 de Fevereiro de 2009, na DSSOPT, o pedido de prorrogação do prazo de aproveitamento do terreno por mais 60 meses.

16. Sobre este pedido, o Departamento de Urbanização (DUR), através da comunicação do serviço interno (CSI) de 21 de Abril de 2009, esclareceu o Departamento de Gestão de Solos (DSO) da DSSOPT que tinha sido emitido, em 17 de Dezembro de 1999, parecer favorável ao estudo prévio para alteração da finalidade do terreno apresentado pela concessionária em 4 de Março de 1998 e em 18 de Novembro de 1999, condicionado porém ao cumprimento das alterações ocorridas na Portaria n.º 69/91/M (Regulamentos dos Planos de Pormenor do Plano de Reordenamento da Baía da Praia Grande) e das alterações ocorridas no planeamento dos lotes 2 e 12 (Ofício n.º 6765/DURDEP/99, de 29 de Dezembro de 1999), as quais seriam conjuntamente publicadas. Todavia, a concessionária não apresentou o respectivo projecto de arquitectura depois do pedido de prorrogação do prazo de aproveitamento do terreno de 17 de Agosto de 2004, não tendo a Administração, por isso, emitido a licença de obra.

17. Em face desta informação, na sua análise o DSO classificou o terreno como não aproveitado, pelo que não foi autorizado o pedido.

III

18. Com base no Despacho n.º 07/SOPT/2010 do Secretário para os Transportes e Obras Públicas de 8 de Março de 2010 e nas instruções para o tratamento dos terrenos não aproveitados aprovadas por despacho do Chefe do Executivo de 31 de Maio de 2010 proferido na informação n.º 095/DSODEP/2010, a

DSSOPT através de ofício de 31 de Maio de 2011, solicitou à concessionária que justificasse o incumprimento do aproveitamento do terreno.

19. Através de carta de 27 de Junho de 2011, a concessionária alegou que após a concessão do terreno, vários factos prejudicaram o ambiente de negócios e investimento e os serviços de planeamento urbanístico não conseguiram definir novas directivas de planeamento nem emitiram qualquer Planta de Alinhamento Oficial para a respectiva zona depois da Portaria n.º 69/91/M ter sido revogada pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 248/2006, de 21 de Agosto de 2006, pelo que o terreno não pôde ser aproveitado.

20. Tendo em consideração as análises feitas pelo DSO, pelo Departamento Jurídico (DJU) e pelo grupo de trabalho jurídico para acompanhamento dos casos relativos a terrenos não aproveitados, criado por despacho do Chefe do Executivo, e depois de auscultado o parecer da Comissão de Terras, o Gabinete do Chefe do Executivo propôs no seu relatório da análise de 11 de Junho de 2014 o seguinte:

“(1) Não dar início ao procedimento da declaração de caducidade da concessão do terreno referido em epígrafe;

(2) Entregar o relatório à DSSOPT para que a mesma dê seguimento a um eventual procedimento de aplicação de multa e prorrogação do prazo de aproveitamento;

(3) Ordenar à concessionária que cumpra rigorosamente o contrato de concessão.”

21. O Chefe do Executivo emitiu um despacho concordante no relatório de análise em 11 de Junho de 2014 e ordenou que este fosse entregue ao Secretário para os Transportes e Obras Públicas para dar seguimento ao tratamento do terreno

em causa.

22. Em cumprimento deste despacho do Chefe do Executivo, o DSO, através da proposta n.º 184/DSODEP/2014, de 10 de Julho, propôs que não se desse início ao procedimento da declaração de caducidade da concessão do terreno, que fosse autorizada a prorrogação do prazo de aproveitamento do terreno até ao termo do prazo de arrendamento, ou seja, até 30 de Julho de 2016, e que se aplicasse a multa máxima de \$1.800.000,00 patacas à concessionária de acordo com as respectivas disposições.

23. Na reunião realizada em 14 de Agosto de 2014, a Comissão de Terras concordou com a proposta da DSSOPT, ou seja, aplicar a multa máxima de \$1.800.000,00 patacas à concessionária e prorrogar o prazo de aproveitamento do terreno até ao termo do prazo de arrendamento, ou seja, até 30 de Julho de 2016, devendo a concessionária proceder ao aproveitamento do terreno nos termos das disposições fixadas no contrato de concessão. O parecer n.º 79/2014 da Comissão de Terras foi homologado pelo Chefe do Executivo por despacho de 15 de Agosto de 2014.

24. Em 26 de Agosto de 2014, a concessionária pagou a multa na sua totalidade, no entanto, ainda não procedeu a qualquer aproveitamento do terreno.

25. A Sociedade de Empreendimentos B, S.A. pagou o prémio em espécie e em numerário na sua totalidade de acordo com o contrato de concessão.

IV

26. Em 21 de Junho de 2016, a concessionária apresentou ao Chefe do Executivo um requerimento a solicitar a renovação do prazo de arrendamento do terreno até 21 de Agosto de 2026, o qual foi indeferido pelo Secretário para os Transportes e Obras Públicas por despacho de 5 de Setembro de 2016.

27. Por outro lado, a DSSOPT, em 27 de Abril de 2016, emitiu a Planta de Condições Urbanísticas do terreno referido em epígrafe, no qual se fixou a altura máxima permitida de 93mNMM, sendo as finalidades comércio, escritório e estacionamento.

28. De acordo com o disposto na cláusula segunda do contrato de concessão inicial, titulado pela escritura pública de 30 de Julho de 1991, o arrendamento é válido pelo prazo de 25 anos, contados a partir da data da outorga desta escritura, ou seja, o prazo terminou em 30 de Julho de 2016. Uma vez que o terreno ainda não foi aproveitado e a respectiva concessão é provisória, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 48º da Lei de terras, a mesma não pode ser renovada, Nestas circunstâncias, o DSO procedeu à análise da situação e, através da proposta n.º 362/DSODEP/2016, de 8 de Setembro, propôs que seja autorizado o seguimento do procedimento relativo à declaração da caducidade da concessão por decurso do prazo de arrendamento e o envio do processo à Comissão de Terras para efeitos de parecer e tramitações ulteriores sobre a declaração da caducidade da concessão provisória, nos termos do artigo 167º da Lei de terras, proposta esta que mereceu a concordância do Secretário para os Transportes e Obras Públicas por despacho de 12 de Setembro de 2016.

29. Face ao exposto, esta Comissão, após ter analisado o processo, considera que a concessão provisória em apreço se encontra já caducada pelo facto de ter expirado em 30 de Julho de 2016 o prazo de arrendamento, de 25 anos, fixado na cláusula segunda ao respectivo contrato (caducidade preclusiva).

Com efeito, de acordo com o artigo 44º da Lei n.º 10/2013 (Lei de terras), aplicável ao caso vertente por força do disposto nos seus artigos 212º e 215º, a concessão por arrendamento é inicialmente dada a título provisório e só se converte

em definitiva se, no decurso do prazo fixado, forem cumpridas as cláusulas de aproveitamento previamente estabelecidas e o terreno estiver demarcado definitivamente (vide ainda artigos 130º e 131º).

Findo o seu prazo de vigência, as concessões provisórias não podem ser renovadas, a não ser no caso previsto no n.º 2 do artigo 48º da Lei de terras, conforme estabelece o n.º 1 do mesmo preceito legal, operando-se a caducidade por força da verificação daquele facto (decurso do prazo de arrendamento).

De igual modo, resultava da Lei n.º 6/80/M, de 5 de Julho (Lei de terras anterior) que, no caso da concessão revestir natureza provisória em virtude do terreno não se encontrar aproveitado (cf. artigos 49º, 132º e 133º), não era possível operar a sua renovação por períodos sucessivos de dez anos porquanto a figura da renovação prevista no n.º 1 do artigo 55º era aplicável apenas às concessões definitivas.

Apesar da caducidade operar de forma automática e directa, para tornar a situação jurídica certa e incontestada e, portanto, eliminar a insegurança jurídica sobre a extinção ou não do direito resultante da concessão, deve a mesma (caducidade) ser declarada, conforme decorre do disposto no corpo do artigo 167º da Lei n.º 10/2013.

Nestas circunstâncias, esta Comissão nada tem a opor à declaração de caducidade da concessão do terreno em epígrafe pelo decurso do prazo de arrendamento, perdendo a favor da RAEM todas as prestações do prémio e os respectivos juros já pagos, nos termos do disposto no artigo 13º do Regulamento Administrativo n.º 16/2004.

V

Reunida em sessão de 13 de Outubro de 2016, a Comissão de Terras, após ter analisado o processo e ter tido em consideração o parecer e proposta constantes na

proposta n.º 362/DSODEP/2016, de 8 de Setembro de 2016, considera que verificada a caducidade da concessão pelo termo do prazo de arrendamento em 30 de Julho de 2016, deve esta caducidade ser declarada por despacho do Chefe do Executivo.”

Posteriormente, o Exm.º Secretário para os Transportes e Obras Públicas emitiu, em 4 de Novembro de 2016, o seguinte parecer:

“Proc. n.º 57/2016 – Respeitante à proposta da declaração de caducidade da concessão, por arrendamento, do terreno com a área de 4169 m², situado na península de Macau, designado por lote X da zona A do empreendimento designado por «Fecho da Baía da Praia Grande», a favor da Sociedade de Investimento Imobiliário A, S.A., pelo decurso do seu prazo de vigência, de 25 anos, que expirou em 30 de Julho de 2016, cuja concessão foi titulada pelo Despacho n.º 91/SATOP/94.

1. Através do Despacho n.º 203/GM/89, publicado no 4º Suplemento ao Boletim Oficial de Macau n.º 52, de 29 de Dezembro de 1989, foi autorizado o contrato de concessão, por arrendamento e com dispensa de concurso público, de vários terrenos situados nas Zonas A, B, C e D do empreendimento designado por «Fecho da Baía da Praia Grande», na Praia Grande e nos Novos Aterros do Porto Exterior, titulado pela escritura pública outorgada em 30 de Julho de 1991, na Direcção dos Serviços de Finanças, e revisto pelos Despachos n.ºs 73/SATOP/92, 57/SATOP/93 e 56/SATOP/94 publicados respectivamente no Boletim Oficial de Macau n.º 27, de 6 de Julho de 1992, no Boletim Oficial de Macau n.º 17, de 26 de Abril de 1993 e no Boletim Oficial de Macau n.º 22, II Série, de 1 de Junho de 1994, a favor da Sociedade de Empreendimentos B, S.A.

2. Nos termos do disposto na cláusula segunda do contrato de concessão

titulado pela mencionada escritura, o arrendamento é válido pelo prazo de 25 anos, contados a partir da data da outorga da mesma.

3. Através do Despacho n.º 91/SATOP/94, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 30, II Série, de 27 de Julho de 1994, foi titulada a transmissão onerosa do direito resultante da concessão do terreno com a área de 4169m², situado na península de Macau, designado por lote X da Zona A do empreendimento denominado por «Fecho da Baía da Praia Grande», a favor da Sociedade de Investimento Imobiliário A, S.A.

4. De acordo com o estabelecido na cláusula segunda do sobredito contrato de transmissão do direito resultante da concessão do aludido lote, o prazo do arrendamento expirou em 30 de Julho de 2016.

5. Segundo o disposto na cláusula terceira do mesmo contrato, o terreno deveria ser aproveitado com a construção de um edifício em regime de propriedade horizontal, destinado a comércio, escritórios e estacionamento, de acordo com as condições urbanísticas fixadas nos Regulamentos dos Planos de Pormenor do Plano de Reordenamento da Baía da Praia Grande aprovados pela Portaria n.º 69/91/M, publicado no 2º Suplemento ao Boletim Oficial de Macau n.º 15, de 18 de Abril de 1991, e as condições fixadas no Regulamento do Plano de Pormenor da Zona A da Baía da Praia Grande aprovado pela Portaria n.º 134/95/M, publicada no Boletim Oficial de Macau n.º 25, de 22 de Junho de 1992. A altura máxima permitida seria de 92,7 m NMM.

6. Uma vez que o prazo de arrendamento do terreno terminou em 30 de Julho de 2016 e o aproveitamento do terreno não foi concluído, a Direcção dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes Propôs que fosse autorizado o seguimento do procedimento relativo à declaração da caducidade da concessão por

decurso do prazo de arrendamento e o envio do processo à Comissão de Terras para efeitos de parecer, o que mereceu a minha concordância, por despacho de 12 de Setembro de 2016.

7. Reunida em sessão de 13 de Outubro de 2016, a Comissão de Terras, após ter analisado o processo, tendo em consideração que o prazo de arrendamento terminou, sem que o aproveitamento estabelecido no contrato se mostre realizado, e que, sendo a concessão provisória, não pode ser renovada, de acordo com o previsto no n.º 1 do artigo 48º da Lei n.º 10/2013 (Lei de terras), aplicável por força dos seus artigos 212º e 215º. Deste modo, a concessão encontra-se caducada pelo termo do respectivo prazo de arrendamento (caducidade preclusiva), devendo esta caducidade ser declarada por despacho do Chefe do Executivo.

Consultado o processo supramencionado e concordando com o que vem proposto, solicito a Sua Excelência o Chefe do Executivo que declare a caducidade da concessão do referido terreno.”

O Exm.º Chefe do Executivo proferiu a seguinte decisão em 3 de Maio de 2018: “Concordo, pelo que declaro a caducidade da concessão, por arrendamento, a que se refere o Processo n.º 57/2016 da Comissão de Terras, nos termos e com os fundamentos do Parecer do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, de 4 de Novembro de 2016, os quais fazem parte integrante do presente despacho.”

★

Vejamos.

Segundo o artigo 215.º da Lei n.º 10/2013 (Nova Lei de Terras), esta aplica-se às concessões provisórias

anteriores à sua entrada em vigor.

Dispõe o artigo 41.º da Lei de Terras que "a concessão por arrendamento e o subarrendamento de terrenos urbanos ou de interesse urbano regem-se pelas disposições da presente lei e diplomas complementares, pelas cláusulas dos respectivos contratos e, subsidiariamente, pela lei civil aplicável".

Sendo que o "direito resultante da concessão por arrendamento ou subarrendamento de terrenos urbanos ou de interesse urbano abrange poderes de construção, transformação ou manutenção de obra, para os fins e com os limites consignados no respectivo título constitutivo, entendendo-se que as construções efectuadas ou mantidas permanecem na propriedade do concessionário ou subconcessionário até à extinção da concessão por qualquer das causas previstas na presente lei ou no contrato" - artigo 47.º, n.º 1 da Lei de Terras.

Mais se determina no artigo 44.º do mesmo diploma legal que "a concessão por arrendamento é inicialmente dada a título provisório, por prazo a fixar em função das características da concessão, e só se converte em definitiva se, no decurso do prazo fixado, forem cumpridas as cláusulas de aproveitamento previamente estabelecidas e o terreno estiver demarcado definitivamente".

O prazo de concessão por arrendamento é fixado no respectivo contrato, não podendo exceder 25 anos (artigo 47.º, n.º 1 da Lei de Terras).

No caso em apreço, o prazo de concessão por arrendamento é válido até 30.7.2016.

Até 3.5.2018, o aproveitamento do referido terreno não chegou a ser concretizado.

Há-de frisar ainda que as concessões provisórias não podem ser renovadas, salvo a seguinte excepção: a requerimento do concessionário e com autorização prévia do Chefe do Executivo, caso o respectivo terreno se encontre anexado a um terreno concedido a título definitivo e ambos estejam a ser aproveitados em conjunto (artigo 48.º, n.º 1 e 2 da Lei de Terras), o que não é o caso. Fora deste condicionalismo, não pode haver lugar a renovação das concessões provisórias.

E mesmo que se recorra ao regime de suspensão ou prorrogação do prazo de aproveitamento, por eventual motivo não imputável ao concessionário e que o Chefe do Executivo considere justificativo, ao abrigo dos termos previstos no n.º 5 do artigo 104.º da Lei de Terras, também nunca pode ultrapassar o prazo-limite de 25 anos a que se alude no artigo 47.º da mesma Lei.

Preceitua-se no artigo 167.º da Lei de Terras que *"A caducidade das concessões, provisórias e definitivas,*

é declarada por despacho do Chefe do Executivo, publicado no Boletim Oficial”.

Conforme ficou decidido no recente Acórdão do TUI, no Processo n.º 7/2018: *“Decorrido o prazo de 25 anos da concessão provisória (se outro prazo não estiver fixado no contrato) o Chefe do Executivo deve declarar a caducidade do contrato se considerar que, no mencionado prazo, não foram cumpridas as cláusulas de aproveitamento previamente estabelecidas.”*

Ou seja, trata-se de um dos efeitos impostos pela Lei de Terras e não cabe à Administração decidir se declara ou não declara a caducidade, pois é um acto vinculado do Chefe do Executivo.

Assim, incumbe ao Chefe do Executivo declarar a caducidade pelo decurso do prazo da concessão, caso o concessionário não consiga apresentar a licença de utilização (artigo 130.º Lei de Terras), porque é mediante a apresentação desta licença que se faz a prova de aproveitamento do terreno urbano.

Sendo uma actividade vinculada da Administração, ao declarar a caducidade da concessão após decorrido o prazo máximo de 25 anos, a Administração está a cumprir rigorosamente um dever legal imposto pela Lei de Terras.

Assim, na medida em que a Administração tem o dever de declarar a caducidade da concessão se não houver prova do aproveitamento do terreno, não se vislumbra

qualquer necessidade de ponderação dos princípios da boa-fé e da igualdade, os quais só se aplicam aos actos administrativos discricionários.

Posto isto, inserindo-se a actividade da Administração no âmbito do exercício de poderes vinculados que decorre do disposto nos artigos 44.º, 47.º, n.º 1 e 48.º, n.º 1, da Lei de Terras, o acto em crise praticado pelo Chefe do Executivo não acarreta violação daqueles princípios, os quais funcionam apenas como limites internos da actividade discricionária da Administração e não no âmbito do exercício de poderes vinculados.

Quanto à alegada falta de culpa da concessionária no não aproveitamento do terreno, entende-se na jurisprudência dominante da RAEM¹ que a questão não é relevante para situações de caducidade-preclusão, em que depende apenas do decurso do prazo e da constatação objectiva da falta de apresentação da licença de utilização do prédio.

¹ A título exemplificativo, decidiu-se no recente Acórdão do TUI, no Processo n.º 7/2018 que: *“O Chefe do Executivo não tem que apurar se este incumprimento das cláusulas de aproveitamento se deve ter por motivo não imputável ao concessionário. Isto é, não tem que apurar se a falta de aproveitamento se deveu a culpa do concessionário ou se, por exemplo, a Administração teve culpa, exclusiva ou não, em tal falta de aproveitamento. Ou, ainda, se a falta de aproveitamento se deveu a caso fortuito ou de força maior.”*

Alega ainda a recorrente que o despacho da entidade recorrida viola as disposições da Lei Básica no que respeita à protecção do direito de propriedade privada.

Para já, não se deva dizer que está em causa o direito de propriedade privada a que se alude no artigo 6.º da Lei Básica.

E não obstante que a Lei Básica reconhece os direitos resultantes de contratos de concessão de terras legalmente celebrados ou aprovados antes do estabelecimento da RAEM (artigo 120.º da Lei Básica), o certo é que os interessados terão que cumprir as regras disciplinadas por lei, ou seja, a protecção dos direitos das concessionárias é garantida em conformidade com a lei.

Tendo a lei ordinária estipulado os prazos de concessão e de aproveitamento dos terrenos, assim como as condições em que esses prazos possam ser renovados, suspensos ou prorrogados, ao indeferir os pedidos da recorrente, a Administração limitou-se a cumprir a legislação em vigor que, por sua vez, foi consentida pela própria Lei Básica².

² Entendeu o Acórdão do TUI, no Processo n.º 102/2018 que: *“E não é de aceitar que, com a protecção consagrada na lei Básica, os contratos de concessão, bem como os direitos deles decorrentes, continuem válidos para além do prazo de arrendamento dos terrenos, independentemente da renovação, ou não, das concessões, já que, como é lógico e legal, a protecção desses contratos e direitos dos concessionários para além do prazo inicial de arrendamento depende sempre da*

Por tudo quanto deixou exposto, improcedem as razões aduzidas pela recorrente neste recurso.

III) DECISÃO

Face ao exposto, acordam em **julgar improcedente** o recurso contencioso, confirmando o acto administrativo impugnado.

Custas pela recorrente, fixando a taxa de justiça em 15 U.C.

Registe e notifique.

RAEM, 16 de Dezembro de 2019

Tong Hio Fong

Lai Kin Hong

Fong Man Chong (com
declaração de voto em
Chinês.)

renovação das respectivas concessões, efectuada em conformidade com as leis vigentes na altura de renovação, tal como prevê a segunda parte do art.º 120.º da Lei Básica, segundo a qual as concessões de terras renovadas após o estabelecimento da RAEM devem ser tratadas em conformidade com as leis e políticas respeitantes a terras da RAEM.”

行政司法上訴卷宗編號：592/2018

上訴人：A 置業發展股份有限公司 (Sociedade de Investimento Imobiliário A, S.A.)

被上訴實體：澳門特別行政區行政長官

落敗票聲明 (Declaração de Voto Vencido)

第一部份: 前言

在尊重合議庭多數意見之前提下，本人對本案的理據及判決部分皆持不同的觀點，故作成本落敗票聲明。

關於宣告土地批給(concessão)失效之問題，在2018年6月7日第377/2015號案件(落敗票聲明)、2018年6月28日第499/2016號案件(落敗票聲明)及2018年7月12日第617/2015號案件(投票表決聲明)，已闡述本人在法律上之觀點及立場，上述案件之投票聲明中之第四部份: 法律分析，經必要配合後(*mutatis mudantis*)，亦適用於本案，其內容在此視為完全轉錄，作為本案表決聲明之組成部份。

第二部份: 請求

一、有關批給涉及一幅面積4,169平方米、位於澳門半島「南灣湖計劃」A區X地段的土地，透過公佈在一九九四年七月二十七日第三十期《澳門政府公報》第二組的第91/SATOP/94號批示將土地批予A置業發展股份有限公司；

二、根據第91/SATOP/94號批示的規定，批給期至2016年7月30日屆滿；

三、上訴人請求法院撤銷行政長官於2018年5月3日作出之宣告其獲批之上述土地失效之批示(刊登在2018年5月16日之《政府公報》內-見第11/2018號運輸工務司司長批示)，理據為該批示：

- 1) - 違反《基本法》的有關規定；
- 2) - 錯誤適用新的《土地法》；
- 3) - 違反行政法之基本原則、善意原則及平等原則。

*

第三部份: 事實

先列出對解決爭議問題屬關鍵、且獲證實之事實：

1. 透過公佈於 1989 年 12 月 29 日第 52 期《澳門政府公報》第四副刊的第 203/GM/89 號批示批准及 1991 年 7 月 30 日在財政局簽訂的公證書作為憑證，並經公佈於 1992 年 7 月 6 日第 27 期《澳門政府公報》的第 73/SATOP/92 號批示、1993 年 4 月 26 日第 17 期《澳門政府公報》的第 57/SATOP/93 號批示及 1994 年 6 月 1 日第 22 期《澳門政府公報》第二組的第 56/SATOP/94 號批示作出修改的批給合同，以租賃制度及免除公開招標方式將位於南灣及外港新填海的「南灣湖計劃」之 A、B、C 及 D 區的多幅土地批給予 B 發展股份有限公司。

2. 根據由上述公證書作為憑證的批給合同第二條款的規定，租賃的有效期為 25 年，由簽訂該公證書之日起計。

3. 透過公佈於 1994 年 7 月 27 日第 30 期《澳門政府公報》第二組的第 91/SATOP/94 號批示，對一幅位於澳門半島，稱為「南灣湖計劃」A 區 3 地段，面積 4,169 平方米的土地批給所衍生的權利有償移轉予 A 置業發展股份有限公司(下稱承批人)作為憑證。

4. 根據上述移轉有關地段的批給所衍生權利的合同第二條款的規定，租賃期間於 2016 年 7 月 30 日屆滿。

5. 根據同一合同第三條款的規定，土地的利用須根據公佈於 1991 年 4 月 18 日第 15 期《澳門政府公報》第二副刊的第 69/91/M 號訓令核准的《南灣海灣重整計劃之細則章程》及公佈於 1992 年 6 月 22 日第 25 期《澳門政府公報》的第 134/92/M 號訓令核准的《修訂南灣

海灣 A 區細則性計劃規章》所訂定的城市規劃條件，興建一幢屬分層所有權制度，作商業、辦公室及停車場用途的樓宇，其最大許可高度為海拔 92.7 米。

6. 根據修改批給合同第五條款的規定，土地利用的總期間為 66 個月，由 1992 年 7 月 6 日起計，即至 1998 年 1 月 5 日屆滿。

7. 題述土地標示於物業登記局...冊第...頁第...號，其批給所衍生的權利以承批人的名義登錄於...冊第 85 頁第...號，並沒有設定任何抵押負擔。

8. 繼早前的申請及考慮到第 127/SATOP/98 號公函的內容，透過於 1998 年 6 月 8 日向土地工務運輸司遞交的申請書，承批人請求將土地的用途改為興建一幢高度為 141.5 米(最大標高為 144.5 米)，作住宅、商業及停車場用途的樓宇。

9. 由於由第 69/91/M 號訓令核准的《南灣海灣重整計劃之細則章程》並無進行修改，因此有關修改土地用途的程序沒有繼續進行。

10. 另一方面，考慮到項目的複雜性及 B 發展股份有限公司在合同執行上所遇到的困難，為保障合同雙方的利益，雙方同意修改批給，並由公佈於 1999 年 8 月 18 日第 33 期《澳門政府公報》第二組的第 71/SATOP/99 號批示作為憑證。

11. 該修改涵蓋透過放棄 B 區兩幅地段的權利縮減合同標的、重新評估基礎建設的興建費用及更改溢價金金額及有關付款條件。

12. 此外，根據該修改批給合同第四條的規定，各區每一地段的利用期間獲延長，其中 A 區的利用期間延長 60 個月，由 1999 年 8 月 18 日起計，即至 2004 年 8 月 17 日屆滿(第一次延長利用期間)。

13. 基於承批人於 2004 年 8 月 17 日遞交的申請書，運輸工務司司長於 2005 年 4 月 8 日在第 039/DSODEP/2005 號報告書上作出批示，A 區未被利用地段的利用期間再獲批准延長多 48 個月，即至 2008 年 8 月 17 日屆滿(第二次延長利用期)，且不科處罰款。

14. 透過公佈於 2006 年 8 月 21 日第 34 期《澳門特別行政區公報》第一組的第 248/2006 號行政長官批示，廢止由第 69/91/M 號訓令核准的《南灣海灣重整計劃之細則章程》。

15. 在第二次延長利用期間屆滿後，承批人於 2009 年 2 月 24 日再向土地工務運輸局遞交延長題述土地利用期間多 60 個月的申請書。

16. 就該申請，城市建設廳透過 2009 年 4 月 21 日的內部通訊向土地工務運輸局土地管理廳解釋承批人於 1998 年 3 月 4 日及 1999 年 11 月 18 日遞交的修改土地用途的初研方案已於 1999 年 12 月 17 日獲發可行意見，但須遵守將來公佈的第 69/91/M 號訓令《南灣海灣重整計劃之細則章程》的修改及將一併公佈的地段 2 及地段 12 規劃的修改(1999 年 12 月 29 日第

6765/DURDEP/99 號公函)，但承批人自 2004 年 8 月 17 日申請延長土地的利用期間後，便再沒有遞交相關的建築計劃，而行政當局亦從未發出工程准照。

17. 就該報告書，土地管理廳在分析的過程中，有關土地被列作閒置土地，故該申請並沒有獲批覆。

18. 基於運輸工務司司長 2010 年 3 月 8 日的第 07/SOPT/2010 號批示，以及行政長官於 2010 年 5 月 31 日於第 095/DSODEP/2010 號報告書批示核准的處理閒置土地指引，土地工務運輸局於 2011 年 5 月 31 日透過公函，要求承批人遞交不履行土地利用的解釋。

19. 承批人於 2011 年 6 月 27 日透過信函聲稱，自土地批給後，因多種客觀事實窒礙營商及投資環境，加上第 69/91/M 號訓令已透過 2006 年 8 月 21 日第 248/2006 號行政長官批示予以廢止，城規部門未能為該區域訂定新的規劃指引及發出街道準線圖，故土地利用一直未能進行。

20. 經考慮土地管理廳、法律廳及由行政長官批示設立的跟進閒置土地個案的法律工作小組的分析，以及聽取土地委員會的意見，行政長官辦公室於 2014 年 6 月 11 日撰寫分析報告，建議：

- “(一)不啟動關於宣告題述土地批給失效的程序；
- (二)送土地工務運輸局跟進倘有罰款延長利用期的程序；
- (三)著令承批公司須嚴格切實履行批給合同。”

21. 行政長官於 2014 年 6 月 11 日在該分析報告上發出同意批示，並著令送交運輸工務司司長跟進有關土地的處理。

22. 為履行行政長官的批示，土地管理廳於 2014 年 7 月 10 日撰寫第 184/DSODEP/2014 號建議書建議不啟動宣告土地批給失效的程序，並批准延長土地利用期間至租賃期屆滿日，即至 2016 年 7 月 30 日，並按照相關的規定，向承批人科處最高罰款澳門幣 1,800,000.00 元。

23. 土地委員會於 2014 年 8 月 14 日舉行會議，同意土地工務運輸局的建議，向承批人科處最高罰款澳門幣 1,800,000.00 元，並延長土地的利用期間至租賃期屆滿日，即至 2016 年 7 月 30 日，且承批人須遵守批給合同的規定對土地進行利用。行政長官於 2014 年 8 月 15 日在第 79/2014 號土地委員會意見書上作出確認批示。

24. 承批人於 2014 年 8 月 26 日已全數繳付罰款，但土地利用依然沒有進行。

25. B 發展股份有限公司已按批給合同規定，透過以實物及現金方式繳付全部溢價金。

26. 承批人於 2016 年 6 月 21 日向行政長官遞交申請書，請求將土地的租賃期間延續至 2026 年 8 月 21 日。運輸工務司司長於 2016 年 9 月 5 日作出批示不批准此申請。

*

第四部份: 法理分析

2018年7月19日第671/2015號案內所作之落敗票聲明，其中的法理分析完全適用於本案，在此視為完全轉錄：

【第四部份: 法律分析

I- 引言

澳門第一部《土地法》為7月5日第6/80/M號法律通過，之後經多次修改。在特區成立之後透過9月2日第10/2013號法律通過一部新之《土地法》（下稱《土地法》），並廢止之前的土地法。

《土地法》是一部很專門的法律，其中涉及不少公務範疇的專業概念，同時亦觸及公法，尤其是行政法的基本原理及原則，只有正確解讀其中的基本概念，再結合案件之具體事實，方能得出一個公正及可行之問題解決方案。

*

作為本案之第二助審法官，已多次對爭議之土地問題作出表決，我們先從立法者對法律解釋者所定之基本原理開始，澳門《民法典》第7條規定：

（審判之義務與遵守法律及法院裁判之義務）

一、法院及法官均為獨立，且僅受法律拘束。

二、法院不得以法律無規定、條文含糊或對爭議之事實有不可解決之疑問為藉口拒絕審判。

三、(……)

四、(……)。

第8條規定：

（法律解釋）

一、法律解釋不應僅限於法律之字面含義，尚應尤其考慮有關法制之整體性、制定法律時之情況及適用法律時之特定狀況，從有關文本得出立法思想。

二、然而，解釋者僅得將在法律字面上有最起碼文字對應之含義，視為立法思想，即使該等文字表達不盡完善亦然。

三、在確定法律之意義及涵蓋範圍時，解釋者須推定立法者所制定之解決方案為最正確，且立法者僅得以適當文字表達其思想。

由此可知，法律之解釋及適用乃法律工作者之天職，這是不能迴避之問題。我們先看《土地法》內一些基本概念。

*

II - 批給行為的性質及特徵

1. 行政批給(concessão)是指由行政當局對原本由其直接使用或支配的資源透過一行政行為允許私人利用及發展，在批給內容上可以包括各種性質之行為及內容，例如合同，即不少內容仍透過雙方協商而達成一致的共識，並透過特定形式的文書記錄作實，作為雙方共同遵守的內容可。³

《土地法》第39條規定：

一般職權

行政長官具以下職權：

- (一) 以租賃方式批給都市性土地或具有都市利益的土地；
- (二) 以租賃方式批給農用土地；
- (三) 將公產土地作專用批給；
- (四) 許可土地批給的續期；
- (五) 許可修改批給，尤其是更改已批土地的用途和利用；
- (六) 因有償或無償的合夥、生前行為或繼承而應替換程序的當事人或移轉批給

³ 參閱《公共服務批給》(Concessão de serviços públicos)一書，Pedro Gonçalves, Almedina出版社，1999年版。

所衍生的狀況時，許可該等替換或移轉；

（七）許可已撥入公產的土地歸併為私產；

（八）許可全部或部分的轉租賃；

（九）對土地的臨時佔用予以許可、續期或廢止；

（十）將已撥作公共利益用途的土地交由公共部門和機構處置，以便該等部門和機構按有關土地的特別用途予以使用。

2. 顯然，土地批給與利用就是一種典型的情況，在批給行為之後，一連串的行為仍需行政當局的配合，即一連串的補充給付及附帶的義務，仍需由行政當局作出及履行，否則承批人土地的利用權 (direito de aproveitamento) 根本無法行使。

例如:

- 承批人須獲街綫圖方能知道該地段的發展條件(例如建築高度);
- 承批人須提交多種發展計劃及圖則(例如結構、施工、水電等)，呈交行政當局審批，只有獲批准給後才能進行後續的工作。

- 承批人之後還須提交其他圖則請求主管部門審批。

- 如所有方案獲行政當局同意後才能申請施工准照 (licença de obra) 該准照亦有期限限制。

3. 由此可知，在土地批給的範疇內，並非一個批給批示或批給合同就完成工作；承批人就可以隨意發展有關土地，或直接言之，承批人不能完全按照自己的意願落實批給合同所定之內容。這些內容,尤其是義務，能否確切履行，絕大程度仍取決於行政當局的配合。獲批土地後，承批人並非完全自由及自決之開展工作。例如並非在批地上種一棵樹或挖一個井就實現批給之目的。

4. 如果因為批給而對批給方及承批人訂立一連串的規則及義務，而在行使權利及義務方面，須雙方共同合作方能落實，合同雙方皆須本著善意的態度履約，所謂「信約必守原則」 (*pacta sunt servanda*) 亦適用於行政合同，行政合同亦是合同之一種，除受公法約束外，亦受民事法之基本原則約束。

5. 關於這方面之內容，《行政程序法典》第176條的規定:

「（補充法例）

本法典未有明文規定者，行政法之一般原則適用於行政合同，而規範公共開支之法律規定，以及規範訂立公法上之合同之特定方式之規定，經作出必要配合後，亦適用於行政合同。」

同一法典第8條關於善意原則亦規定：

「一、在任何形式之行政活動中，以及在行政活動之任何階段，公共行政當局與私人均應依善意規則行事及建立關係。

二、遵守上款規定時，應考慮在具體情況下需重視之法律基本價值，尤應考慮：

- a) 有關活動使相對人產生之信賴；
- b) 已實行之活動所擬達致之目的。」

由此可知，行政當局在履行職務時，尤其是履行行政合同所定之義務時受一套嚴謹的法律規範及原則約束，不能隨意作為、亂作為或不作為，否則須承擔由此產生之責任。

*

III - «土地法»規定之期間 (除斥期之問題)

《土地法》主要規範兩種期間：

- 1) - 土地批給之租賃期(或稱「批租期」) (prazo de concessão por arrendamento)；
- 2) - 土地之利用期 (prazo de aproveitamento)。

在第一種情況裏(批租期)裏分成臨時批給 (concessão provisória)及確定批給 (concessão definitiva)。

《土地法》第47條規定：

期間

一、租賃批給的期間須在批給合同中訂明，且不得超過二十五年。

二、其後的每次續期不得超過十年。

三、為調整租金，可將租賃期或其後的續期分割為數段期間。

第48條規定：

臨時批給的續期

一、臨時批給不可續期，但不影響下款規定的適用。

二、如臨時批給的土地與確定批給的土地合併，且屬一併利用的情況，則應承批人的申請，經行政長官預先許可，相關的臨時批給可予以續期。

三、上款所指的申請須與相關土地的確定批給的續期申請一併提出，且二者的續期期間亦須相同。

由此可知，土地的租賃批給期間為25年，這是一個由批給人與承批人達成的協議，而且明確載於行政合同內，當法律或合同內訂立時間或期間時，往往就易引發爭議，我們可以先看看關於期間的內容。

*

首先，在學理及法律上將失效期間 (caducidade) (中文常稱為「除斥期」) 分成兩種類型:

1) 一般除斥期 (caducidade-preclusão) (caducidade simples):

指權利人無在一個預定之期間內行使有關權利，單純時間的經過則導致權利消滅。立法者訂立這項措施之目的通常在於避免或壓止權利人的疏忽或怠慢，避免行政相對人對於行政當局給予的一種優惠，採取一種怠慢的態度。

2) 懲戒性除斥期(或稱懲「罰性除斥期」⁴) (caducidade-sanção):

指行政當局在將一種優惠狀況賦予行政相對人時，要求後者履行一些義務，採取一些行為或措施，如無在預定期內如此作為，則時間的經過引致這些優惠狀況消失，即權利失效。

在土地問題發生之初期，行政當局並無對《土地法》所定的失效期間作明確之定性，所以在工務範疇的文件內，似乎一律認為責任在於承批人，即後者有過錯而無利用有關土地，而法院後來就將《土地法》所訂的批租期認定為屬於一般除斥期 (caducidade-preclusão)，理

⁴ 詳閱Maria Fernanda Maçãs之文章:「行政法內之除斥期(簡述)」第131頁，刊登在«Estudo em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa» 第II卷, 2005年版, Coimbra Editora 出版社。

據是只有法律明文規定之情況下才會出現懲罰性除斥期 (caducidade-sanção) !

這是否具說服力的理據? 這是其中一個爭議點!

事實上，我們甚少見到立法者在文字上明確使用一般除斥期(caducidade-preclusão)或懲罰性除斥期 (caducidade-sanção) 這些定性的術語，故很大程度上依賴法律解釋者及適用者去解釋及定性，一如 “期間” 這個詞，可以是中間期間 (prazo dilatatório)，也可以行為期間 (prazo peremptório) — 見《民事訴訟法典》第95條，屬於立法者明確界定及區分期間之性質之少有情況之一。

在《土地法》的層面上，一如上文所述，批給土地之後，並非一切工作已完成，並非由行政當局開出一張空白支票，由受票人(承批人)任意填寫，相反，一連串後續的補充及補足給付(義務)須雙方遵守及履行，從這個角度考慮，25年的批給期是一個要求承批人履行義務的一個期間，同一時間行政當局亦負有一套義務，審批承批人提出的申請，而且在眾多環節內，如行政當局不履行其義務，直接導致承批人無法履行他本身的義務，所以我們不能簡單地認為25年的批租期間是一個一般性除斥期(caducidade-preclusão)。

如是者，如果在批給合同內，行政當局負有義務，而承批人亦負有義務，則雙方皆須善意作為，嚴格履行相關義務。換言之，如存在不履行之情況，則須判定是否有合理理由存在! 責任方誰屬? 過錯程度如何? 這是判定履合同事宜的基本原理及思維，亦是善意原則所定的基本要求(見《行政程序法典》第176條)。

換言之，必須考慮過錯的問題。如綜觀及分析所有問題後，發現過錯方為承批人，例如從無提出利用土地的請求，或中間採取一些拖延之措施，而行政當局又確切履行其應有的義務，在法定及合理期內期間內審批有關請求，在這種情況下，在完全責歸承批人的情況下，行政當局有義務宣告批給合同失效。相反，倘若認為過錯方在於行政當局，因為無確切履行批給合同所定之義務，則不應作出失效之宣告，這是善意履行合同應有的基本態度，所謂「信約必守原則」。

葡萄牙著名行政法學家蘇樂治教授 (Prof. Rogério Soares) 在其《行政法》⁵ 一書中關於除斥期就知道:

⁵ 中文版見澳門大學法學院出版之《行政法專集》2008年，第32頁至第33頁。

“另一制度，其中時間也發揮作用的是“除斥期間”(caducidade)。法律常接受一權利(direito)之固有(各種)功能(faculdades)、或權力(poderes)之行使，只可在一個期間內為之。期間過後而無任何行使之表示，則該權利消滅。

該制度之依據為：第一方面為保障肯定性(certeza)，不行使權利之原因為何則在所不問。例提起一行政上訴或訴訟(acção)之權利失效，在其他某些利益之情況下，該制度之目的為遏止一種客觀之過失(negligência objectiva)，為更有興趣、或更有能力之其他受益人在享用這些利益方面開闢路途。例：准照(licença)及特許(concessão)。為此，似乎可指出，在失效制度上，正在關注與一待決之狀態(pendência)不相容之一種特殊公益：例如在行政司法上訴方面，要快速確定行政行為之利益；又例如實際使用執照(licença)及特許(concessão)所涉及之公益。

應該留意，此失效與上述懲罰性失效(caducidade-sanção)全無關係 - 後者體現在因擁有人之一個行為而喪失一個權利，有別於不行使權利之行為，尤其是不履行一負擔(或責任)(ónus)而引致。

消滅時效(prescrição extintiva)是時間發揮作用之另一形式 - 在《行政法》上亦適用。倘在某段期間內不行使一權利、法律(對該不行使之行為)授予消滅權利之效力，因對不作為作拋棄權利之推定，因而出現消滅時效。相對於失效(caducidade)而言，在實踐上有一個重要之分別：在時效方面(prescrição)，容許有計算期間中止(suspensão)或中斷(interrupção)之原因 - 藉此排除上文所述資推定。”

*

歷史參考事件：關於期間性質之爭議

我們先看看一些例子，自古至今，當立法者在法律條文裏訂立一個期間，但沒有明確指出其定性時、常常引起判例上的爭議，甚至產生對立的觀點。

發生在葡萄牙的例子：

1 - 1925年第1662號法律第5條第8款規定了一個六個月的期間，當年就引發爭議。這個6個月是指由出租人以承租人違約為基礎而提起的勒遷之訴，六個月是一個時效期間(prescrição)⁶。〔註：時效期間是針對一些肯定及穩定之主觀權利狀況，透過時效希望盡快結束一種不清晰的狀態，故如權利人不在指定期間內行使，則推定權利人放棄其權利，所以是否真的存在權利人的過失需加以考慮。但失效或除斥期則指一些處於形成過程中的法律狀況(可以是形

⁶ 見上引Maria Fernanda Maçãs之文章，第103頁；還有《A caducidade》(除斥期)一書，作者Aníbal de Castro，1984年版，Petrony出版社，第51頁及續後。澳門現行《民法典》第293條及第320條。

式權)，這個權利本來受時間限制，目的是確保法律的肯定性及安定性，所以不行使引致權利失效。〕在一般情況下，時效期間允許中斷或中止，而除斥期則不允許，但並非絕對。

2 - 葡萄牙最高法院在1926年2月19日的判決中認為供未成年人在成年後一年期內提出訴訟之期間是一個時效期間。

3 - 葡萄牙最高法院在1928年1月6日之裁判中指出: 批准法律援助之訴訟不會對提出關於身份爭議之訴訟之期間產生中止或中斷之效力，故不存在時效期間。

4 - 葡萄牙最高法院在1929年1月18日之裁判中提出有別於一般見解之觀點，認為提起優先權之訴之期間六個月是一個時效期間。

5 - 葡萄牙最高法院1929年5月4日之另一個裁判中稱: 對於提起一個訴訟之期間認為不屬於時效期間，而是除斥期⁷。自此在葡萄牙法律體系內正式引入除斥期這個概念。

6 - 但在1930年5月20日之裁判中葡萄牙最高法院又無再區分上述兩個概念。

7 - 後來葡萄牙最高法院在1930年6月6日之裁判中又指:

「無在一個期間行使有關權利而消滅該權利，時間的經過不能視為時效，一如《民法典》第505條的第一款所述，這是一種除斥期，法國人稱為 *déchéance*」。

8 - 上述的分歧引致葡萄牙最高法院在1933年4月18日作出統一司法見解:

「法律訂立作提起訴訟之期間是一個時效期，而非除斥期」⁸。

但上述司法見解被1939年的《民事訴訟法典》完全棄，真正對時效期及除斥期進行劃分的是1966年的《民法典》(該法典當年亦引伸至澳門生效)，在法典內亦正式區分這兩個制度。

由此可知，凡是涉及一個期間(時段)之內容，最易引起不同的見解，最易產生分歧，看來《土地法》亦不例外。

*

IV - 土地的利用期

土地批出後，接續就是利用及發展，在這方面存在另一個期間: 土地之利用期。所

⁷ 法語稱為: *déchéance*，在葡萄牙語內亦有學者稱為 *prazo de decadência*。

⁸ 關於這部份的內容，可參閱António Menezes Cordeiro著之文章「葡萄牙法中之除斥期」，載於《O Direito》一書，第829頁。

謂利用就是指按批給合同之目的及用途在批給土地上完成定作物，特別是興建一建築物，並獲行政當局發出使用准照。這一點內容似乎爭議不大。

爭議點在於由開始利用土地及利用期間，以至施工完成後，行政當局及承批人在中間所作出之一連串行為及其產生之法律效果。

關於這方面，《土地法》第104條規定：

利用的程序

一、土地的利用期間及程序由有關批給合同訂定。

二、如批給合同未有載明，而有關利用其中包括興建建築物，則須遵守下列最長期間：

（一）提交建築計劃的期間為九十日，自作為批給憑證的批示在《公報》公佈之日起計；

（二）提交其他專業計劃的期間為一百八十日，自核准建築計劃的通知日起計；

（三）提交發給工程准照的申請的期間為六十日，自核准專業計劃的通知日起計；

（四）開始工程的期間為十五日，自工程准照發出日起計；

（五）完成工程的期間為工程准照所載者。

三、如不遵守上款所指任一期間，承批人須受有關合同所定的處罰；如合同未作規定，則每逾期一日，視乎情況須付相當於溢價金或判給價金千分之一的罰款，此項罰款最高為一百五十日。

四、為適用本條的規定，不核准建築計劃或其他專業計劃，並不中止或中斷利用期間的計算。

五、如基於不可歸責於承批人且行政長官認為充分的理由，則應承批人的申請，行政長官可批准中止或延長土地利用的期間。

如上文所述(關於土地批給期)，在合同的約定的利用期內，無論承批人或批給人

(行政當局)都有一連串的義務須遵守，須相互合作，否則難以實現合同之目的。所以明白到上引條文第104條第5款明確指出: 在承批人無過錯的情況下行政當局應延長土地的利用期。

所謂延期是指: 在行政合同即將到期之時，行政當局允許承批人在一個補充期間繼續開展某些活動。這是單方面改變合同條款的手法，將原定的期間延長一段時間，可以透過正式修改合同文本的方式進行，或透過信件往來而落實這方面的內容，當然前提是行政當局作出衡量及判斷，一方面公共利益，另一方面承批人的利益，而且認為延期仍為謀求公共利益的最佳方法。如果行政當局判斷錯誤，足以導致其承擔責任。

在本案裏，是否有足夠法理作如此安排? 事實上有:

1) - 《政程序法典》第 167 條規定:

(行政當局之權力)

除因法律規定或因合同之性質而不得作出下列行為外，公共行政當局得：

- a) 單方變更給付之內容，只要符合合同標的及維持其財政平衡；
- b) 指揮履行給付之方式；
- c) 基於公共利益且經適當說明理由，單方解除合同，但不影響支付合理之損害賠償；
- d) 監察履行合同之方式；
- e) 科處為不履行合同而定之處罰。”

2) - 本案的土地批給合同(見卷宗內第 173 及 174 頁)第 13 條亦規定:

第十三條失效

1 本合同在下述情況下失效:

- a) 第八條所述之加重罰款完成;
- b) 土地未被利用時，未經許可而變更土地利用目的;
- c) 土地利用期中斷 90 天，有合理理由，且為第一立約人接受除外。

由此可知，合同本身要求行政當局因應個案及情節作出判斷，而非用單純時間的經過作唯一的考量。

在行政當局延長土地之利用期之問題上，似乎爭議問題不大，只要承批人無過錯，行政當局認為有合理理由，應該批准延長土地的利用期，這既符合公共利益，亦保障承批人的合法權益。爭議點在於：如果土地的利用期延長、且超出批租期25年，是否仍有足夠的法律基礎？這是關鍵問題之一。

另外，「土地法」並無界定何謂利用，但可從條文中獲知如何界定有土地被利用，就是按實現批給合同之目的，而獲行政當局發出建築物之使用准照。

「土地法」第130條規定：

利用的證明

一、對都市性土地或具有都市利益的土地的利用，須由承批人出示使用准照予以證實，而准照經在有關卷宗內註錄後，交還承批人。

二、如都市性土地或具有都市利益的土地的利用包括基礎設施，則該等設施由八月二十一日**第79/85/M號法令**所定的驗樓委員會進行查驗。

三、農用土地的利用由八月二十一日**第79/85/M號法令**所定的驗樓委員會進行查驗予以證實。

同一法律第131條亦規定：

確定批給

一、有關利用按上條的規定獲證明後，批給即轉為確定。

二、如合同規定須履行特定義務有關批給方轉為確定，則在該等義務獲履行或在對履行義務提供擔保之前，不可進行有關轉換；而此項規定須在有關使用准照內載明。

如前所述，行政當局至今的立場就是：如承批人在合同所定之25年期內未利用土地，認為過錯方為承批人而宣告土地批給失效。而整個問題的核心在於25年這個間限，彷彿一

條“死綫”，有判決亦認為25年是“死綫”，更“極端地”認為不需要考慮有否過錯的問題，同時認為行政長官有義務宣告土地批給失效(更認為這是一個羈束權(poder vinculado))，而且無法律規範允許行政長官作出延期或續期之決定。

這是否符合土地法的規定及立法精神? 是否為法理所容? 這是另一個爭議所在。

*

V - 《土地法》之過渡性規定

關於在新《土地法》生效之前批出的土地，其第215條規定:

臨時批給

本法律適用於其生效之前的臨時批給，但有下列例外規定：

- (一) 如之前的法例所訂定的期間尚未屆滿，而本法律對該期間作出修改，則應適用較長的期間；
- (二) 承批人的權利及義務即時受本法律規範，但不影響有關合同所作的約定；
- (三) 如之前定出的土地利用的期間已屆滿，且因承批人的過錯而未進行該土地的利用，則適用第一百零四條第三款及第一百六十六條的規定。

«批給合約»第二條規定：

1. 有效批租期為25年，自本公證書訂立之日起計算。
2. 上款所定之批租期，按適用法律及所約定之條件，可以連續續期至2049年12月19日。

顯然，《土地法》第215條第2項對批給合同之內容作出保留：“不影響合同所作之約定”，而合同第2條第2款則稱按適用法律及所約定之條件，可以連續續期至2049年12月19日。

如果土地利用完成，批給已轉為確定批給，則續期的問題上，似乎承批人已不具資格申請，因而變成分層物業後，由分層所有人為所有權利人，如何申請續期?

所以合同中的續期應包括臨時批給期間的續期，當然透過雙方協議方能續期。如

果其中一方認為不能續期，則應提出其理據。在這種情況下可能出現另一類訴訟，關於合同條款解釋之訴。

*

VI - 阻止宣告權利失效之現行制度

澳門《民法典》之有關規定，只要不與《土地法》相抵觸，亦適用於土地的批給事宜上。

澳門現行《民法典》第322條規定：

失效（對失效之有效訂定）

一、藉以設立有關失效之特別情況、或藉以變更或放棄有關失效之法律制度之法律行為，只要所涉及者非屬各當事人不可處分之事宜或並未對時效之法定規則構成欺詐，均為有效。

二、如對立約人之意思有疑問，有關時效中止之規定適用於失效之約定情況。

另外，《民法典》第323條亦規定：

（阻礙失效之原因）

一、唯在法定或約定之期間內作出法律或約定賦予阻卻作用之行為，方阻礙失效之發生。

二、然而，如有關期間係由合同定出或屬法律對可予處分之權利所定出之期間，則權利人應行使權利予以針對之人承認權利時，亦阻礙失效之發生。

事實上在批給期是透過雙方協議而達成的一個期間，而其中所涉及的利益皆為可處分之利益，所以上引條文亦適用於土地的批給事宜。

既然是透過土地的批給賦予承批人土地的利用權及發展權，無論是批給權或利用權，都受制於時間的限制，只有符合兩個條件的前提下，方能開始計算這些權利的期間：

1) - 權利存在；

2) – 具行使權利之條件。

由於不能按第79/95/M號法令取得有關地段街綫圖，還有其他補充資料及圖則，亦根本不可能行使土地利用權。

為此，如果認為土地批給期25年為一般除斥期 (caducidade-preclusão)，則應結合上引《民法典》第321條之規定，倘無條件行使土地利用權時，則不應開始計算批給期。

問題關鍵在於應自何時開始計算25年的批給期？

所以這25年期量並非一個數字年期，而是一個法律期間，即在實際上可能存在比25年更長的時間。

在本個案裏，完全具備上引法律條文所述的要件：例如上引已證明之事實：第44條

(1) 期間由批給合同訂定；

(2) 所涉及的事宜為可處分之內容(土地之利用)；

(3) 其中一方(行政當局)作出承認另一方(承批人)利用土地的權利(例如接受申請及作出審議)。

2011年承批人提交土地利用計劃，但行政當局並無適時作出決定。

顯然，行政當局承認承批人有該地區之土地利用權。最少至當時，仍不具備的條件宣告土地批給期屆滿：

如上文所述，“土地利用權”的內涵同行政當局一連串的補充給付有關，只有其履行一連串的義務，這個土地利用權方具行使的條件，尤其是：

- 發出街綫圖；
- 審批各種圖則；
- 發出工程准照……等。

當行政當局不履行這些義務時，承批人根本不可能利用相關土地，故有關利用期亦不可能開始計算，否則行政當局就是出爾反爾，即不合作，不履行義務。但如果在這種情況下仍然又開始計算及主張除斥期，實為法理不容。如出租人不將出租物業交予承租人，又或即使出租物交於承租人，但出租物不能提供其應有之功能給承租人享益，例如房屋長期漏水，或

無水無電供應，而且由申請至安裝完成用了一年時間，但利用期為一年，難道完成安裝水電之日就是租賃合同到期之日？而且承租人還要按月支付租金？這明顯法理不容！

所以這種出爾反爾的行為，因自己行為令對方不能行使權利的狀況，但同一時間又主張除斥期，又不考慮過錯方責任，法理難容。

*

事實上，在履行審判職能時法庭知悉，在土地利用的爭議個案裏，存在著許多不同的情況，不同的實況，例如：

- 行政當局的證人在出庭作供時稱：在某些地段上或地區上，即使是 2017 年的今天，甚至 2018 的今天，政府亦無法批出發展的計劃，因為時至今天仍無關於該地段的規劃，故根本不知應批准的建築高度為何；

- 又或是政府在審批過程中提出許多超出法律規定的要求，致使雙方長時間就這些問題進行爭議，又或政府遲遲不提交相關協議的文本（例如批給合同的新文本），致使無法落實變更的計劃；

- 另外一個更特別的情況為批出土地時土地仍未存在，因為行政當局要求承批人填海造地及造湖，一天這些工程未完成，根本不可能有土地供利用，屬於利用權所針對或已指向的標的物仍未存在（以當年為考慮），試問如何自批給之日起純按算式方式計算 25 年的期間？

- 在這個問題上，有人會提出疑問：25 年是一個很長的期間，為何承批人遲遲不利用土地？正如上文所述，每一個個案是一個案，當中包括許多因素，須逐個分析。但相反的問題，亦值得提出：對行政當局而言，25 年亦是一個很長的期間，為何遲遲無一個關於該地段的的城市規劃存在？在某些情況下時至今日亦沒有！

關於 1966 年《民法典》第 329 條的條文（相當於澳門現行《民法典》第 321 條），葡萄牙著名法學家 Baptista Machado 教授在其著作書中（《文章集》第一卷第 8 頁）指出：

「第 329 條是指什麼權利？這是一個需有答案的問題，關於最後一個問題，似乎不可逃避的是：當執法者引述權利時，是指在法律上可以行使之權利，很明顯在指一個具體的主觀，（或指主體）權利，源自一個具體事實。」

Menezes Cordeiro 教授寫道⁹：

⁹ 見上引之文章，第 835 頁。

「《民法典》第328條作出一個保留，將期間中斷及終止規則適用於除斥期。

例如在約定除斥期之情況裏第330條第2款：補充適用中止的效力。

一個明顯例子為《民法典》第2308條第3款：在主張遺囑無效或可撤銷事宜上，關於除斥權，就是典型的例子。

人們會問：阻止權利人提起訴訟之情況下，以及後來主張訴訟權失效，在無其他允許公證之規範之情況下，應引用善意原則，視訴訟是在權利受阻之狀況下提起。」

VII - 延期與續期之區分

另外一個問題為《土地法》是否允許續期？延期？首先，這個概念並非絕無被《土地法》的立法者所考慮及引用，事實上，在《土地法》之多處地方，立法者皆有提及延期或續期的概念。

續期 (renovação) 及延期 (prorrogação) 是兩個不同的概念。

延期是指將合同生效期延長，將原始憑據 (título) 的有效性期間延長。

續期以重新訂立一個新的有效憑據，同時維持主體、客體及憑據的條件不變。

有人指《土地法》對臨時批給不允許續期，即表示該法亦不允許延期，即允許給予承批人更多發展土地的時間。

該法第104條就規定：

利用的程序

一、土地的利用期間及程序由有關批給合同訂定。

二、如批給合同未有載明，而有關利用其中包括興建建築物，則須遵守下列最長期間：

(一) 提交建築計劃的期間為九十日，自作為批給憑證的批示在《公報》公佈之日起計；

(二) 提交其他專業計劃的期間為一百八十日，自核准建築計劃的通知日起計；

(三) 提交發給工程准照的申請的期間為六十日，自核准專業計劃的通知日起計；

(四) 開始工程的期間為十五日，自工程准照發出日起計；

(五) 完成工程的期間為工程准照所載者。

三、如不遵守上款所指任一期間，承批人須受有關合同所定的處罰；如合同未作規定，則每逾期一日，視乎情況須付相當於溢價金或判給價金千分之一的罰款，此項罰款最高為一百五十日。

四、為適用本條的規定，不核准建築計劃或其他專業計劃，並不中止或中斷利用期間的計算。

五、如基於不可歸責於承批人且行政長官認為充分的理由，則應承批人的申請，行政長官可批准中止或延長土地利用的期間。

尤其是第五款，關鍵在於哪些情況是合理的情況而可以延長時間。

如上文所述，如利用期超出批租期25年，是否還可以給予補充時間? 前提是行政當局的過錯而導致權利很遲才能行使!

這仍屬於合同的内容，按照合同法一般性原則，因債權人不合作，或不作出應作出之給付，而導致債務人不履行債務時，不應要求債務人承擔責任。

債權人應給予充分之合作(見Baptista Machado 之作品,Braga 出版社, 第一卷，1991年,第275頁及續後)。

例如: 出租人不將出租物之鎖匙交予承租人，致使後者不能享受物之利益，不能將此責任由承租人承擔。

同樣例子，某人承租酒店一客房，抵達時出租方無將房鎖匙或房卡交予出租人，又或整幢酒店無水無電供應，或又發生重大事件致使客人無法入住，在這種情況下，出租人依然收取房租? 於理不合。

*

《土地法》多處地方皆提及可以申請續期或延期，前提是承批人無過錯，換言之，

行政長官必須考慮過錯而作出決定。由此可知，批給期及利用期都應是懲罰性除斥期。

如果認為是一個一般性除斥期，即任何情況下不能續期，但為何立法者允許承批人可以申請續期？（《土地法》第48條第2款）難道因為申請人提出的申請就改變這個期間的性質？令其由一般除斥期變成為懲罰性除斥期？並不合邏輯！

相信這亦非立法者之原意，否則，承批人只需提交申請（不論理由成立與否），皆足以改變這個除斥期的性質，由一般性除斥期變為懲戒性除斥期？不合理！變相將決定權交予承批人行使，這與製定《土地法》的原意背道而馳。

*

最近公佈的一篇文章（題為：「土地租賃批給與地上權」，刊登在《科英布拉法學院學報》，第XCV期，2019年，第一卷，第48頁及續後），作者為澳門大學法學院副院長Garcia教授，其中對土地法所引起的複雜問題作出深入探討，在土地批給宣告失效事宜上，其結論與我們的觀點相若，只是角度略有不同。該教授寫道¹⁰：

“(…)

Não obstante, a Administração, invocando o decurso do prazo concedido para a edificação, sem que a mesma estivesse concretizada, declarou a caducidade das concessões por arrendamento. Quanto ao facto de, nas situações de que agora curamos, a não realização da construção se dever à suspensão, imposta pela própria Administração, de análise dos

¹⁰ Num trabalho recentemente acabado e publicado (*cf.* *Concessão pro arrendamento e direito de superfície*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XCV-2019, Tomo I, *pág. 48 e seguintes*), de autoria do Dr. Prof. Augusto Garcia, subdirector da Faculdade de Direito da UM, em que abordou toda esta problemática jurídica complexa suscitada pela Lei de Terras da RAEM, avançando com as conclusões semelhantes às nossas, em matéria de caducidade prevista na lei de terras, apesar de ser numa perspectiva ligeiramente diferente.

projectos e de emissão das competentes e imprescindíveis autorizações, a Administração afasta a sua consideração, invocando estar vinculada à declaração de caducidade.

Temos então esta situação: por um lado, a Administração suspende a apreciação dos planos de construção dos concessionários por arrendamento, e em consequência não emite as necessárias e competentes autorizações e licenças, impedindo de facto o exercício do direito a fazer a obra, que, contratualmente, outorgara aos concessionários; por outro, imputa-lhes a não realização da construção no prazo contratualmente acordado e declara a caducidade da concessão, o mesmo é dizer do direito a fazer a obra. Por um lado, impede-lhes o exercício do direito e, por outro, verbera-lhes o não exercício! A violência parece evidente.

Tendo em conta que o não exercício do direito a fazer a obra resultou de facto da Administração, verifica-se uma causa de suspensão do prazo de exercício do direito, nos termos do n.º 1 do art.º 313.º do Código Civil de Macau. Aqui se refere que a suspensão é determinada “por motivo de força maior”, sendo que por tal entendia Vaz Serra “o obstáculo absoluta e objectivamente invencível, para o titular, com a diligência dele exigível segundo as circunstâncias.”¹¹ Por outro lado, e como explica António Menezes Cordeiro¹², Vaz Serra abdicou da distinção “caso de força maior” e “caso fortuito” a favor da construção romano-germânica da impossibilidade¹³. Força maior continua a surgir no Código Civil, mas por deficiência na revisão¹⁴. O que está em causa são as mesmas situações a que se referem os art.ºs 779.º e seguintes e 790.º de Macau¹⁵. Por conseguinte, casos em que o titular do

¹¹ Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Prescrição extintiva e caducidade*, BMJ, n.º 106, p. 178.

¹² *Tratado de direito civil português*, V, *Parte geral. Exercício jurídico*, 2.ª ed.ª rev. e act., Almedina, 2015, p. 226.

¹³ Antunes Varela, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Janeiro de 1983*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 119.º ano, 1986-1987, n.º 3750, pp. 274 e 275.

¹⁴ Menezes Cordeiro (2015), *ib.*

¹⁵ Correspondentes aos art.ºs 790.º e seguintes e 801.º do Código Civil de 1966, respectivamente (Antunes Varela, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Janeiro de 1983*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 119.º ano, 1986-1987, n.º 3750, p. 275).

direito se vê impossibilitado temporariamente, por razões que lhe não são de todo imputáveis, de exercer o seu direito¹⁶.

Em certas situações, os concessionários por arrendamento viram-se impedidos de exercer o seu direito a fazer a obra, nos termos contratualmente acordados, por factos da Administração (*factum principis*¹⁷), aos quais são completamente alheios, e que não podiam de todo em todo ultrapassar. Por conseguinte, em tais casos verifica-se uma situação de absoluta invencibilidade pelos concessionários do obstáculo criado pela Administração à realização do aproveitamento (*vis cui resisti non potest*)¹⁸. Pelo que se tem de entender que se verificam “motivos de força maior” que impediram os concessionários de exercerem o seu direito, para efeitos do n.º 1 do art.º 313.º do Código Civil de Macau.

Mesmo que se considerasse que a noção de *motivo de força maior* não abrange estas situações, o que, como acabámos de ver, não pode merecer dúvidas¹⁹, ainda assim sempre seria aplicável o n.º 2 do art.º 313.º do Código Civil de Macau²⁰. Na verdade, e a despeito deste n.º 2 mencionar o dolo da contraparte, entende-se que o mesmo é aplicável para o caso de, podendo embora não ter existido dolo da contraparte, ainda assim lhe ser imputável a não observância pelo devedor do prazo fixado, se a alegação da prescrição/caducidade pelo credor ofender a boa fé²¹.

Nas situações que temos em vista, o não exercício do direito a fazer a obra pelos concessionários ficou a dever-se a actos da esfera da Administração (*factum principis*), insusceptíveis de serem impedidos pelos concessionários. Por conseguinte, o não

¹⁶ Menezes Cordeiro (2015), ib.

¹⁷ Antunes Varela, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Janeiro de 1983*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 119.º ano, 1986-1987, n.º 3750, p. 274.

¹⁸ Ib.

¹⁹ O *factum principis* representa um exemplo clássico de caso de força maior (ib.). Sobre o facto do príncipe, vide Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto, *O facto do príncipe e os contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2012, *passim*, e para as várias posições da doutrina portuguesa, pp. 47, ss.

²⁰ Aliás, Menezes Cordeiro (ib., p. 227) considera que esta hipótese já resultava do n.º 1, sendo, pois, caso de força maior, dentro do seu entendimento de que o que ali está em causa é a impossibilidade temporária e absoluta de exercício do direito pelo titular.

²¹ Adriano Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Fevereiro de 1971*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 105.º ano, n.º 3467, p. 28; id., *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Dezembro de 1972*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 107.º ano, n.º 3515, p. 25, nota 2.

aproveitamento do terreno, i.e. o não exercício do direito a construir dos concessionários, é imputável à Administração, repugnando que venha agora invocar a caducidade do direito, que ela própria impediu fosse exercido. Nestas circunstâncias, ofende, pois, a boa fé a invocação pela Administração da caducidade²². Pelo que se deve considerar, nos termos do art.º 313.º do Código Civil de Macau, que o prazo da concessão por arrendamento, o mesmo é dizer o prazo para o exercício do direito de superfície, na modalidade do direito a fazer a obra, se encontra suspenso, pelo menos a partir do momento em que ocorreu o dia em que se iniciou o terceiro mês que antecede o fim do prazo.

Por conseguinte, e contrariamente ao que tem sido o entendimento da Administração, em tais situações não ocorreu a caducidade da concessão. O respectivo prazo está suspenso, nos termos do art.º 313.º do Código Civil de Macau, aplicável por força do n.º 3 do art.º 1427.º do mesmo código, ambos por sua vez convocados *ex vi* do art.º 41.º da Lei de Terras.

A suspensão do prazo da concessão, resultante da aplicação do art.º 313.º do Código Civil de Macau, por força do n.º 3 art.º 1427.º do mesmo código, apenas funciona nos últimos três meses do prazo, pelo não permite satisfazer os interesses dos concessionários, pois que a edificação dos imóveis não é possível concretizar-se em tão curto, curtíssimo prazo.

O Professor Vaz Serra, atendendo a que em certas situações a solução do art.º 313.º do Código Civil de Macau²³ podia não ser suficiente, dando como exemplo o caso em que o titular se tenha visto impedido por grande parte do tempo de exercer o seu direito, privando-o praticamente do prazo²⁴ – como sucede relativamente a muitas das situações que aqui temos em vista –, ensinava que se devia “considerar suspensa a prescrição (ou a caducidade (...)) enquanto durar o impedimento (...) ou (...) reconhecer ao titular, uma vez

²² Lembrando Lutero: a Administração invoca o calendário contra a moral e a justiça.

²³ Vaz Serra referia-se, obviamente, ao correspondente preceito do Código Civil de 1966, o art.º 321.º.

²⁴ *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Novembro de 1963*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 97.º ano, n.º 3276, p. 234.

cessado o impedimento, o prazo razoavelmente necessário para o exercício do direito.”²⁵

Transpondo, com as necessárias adaptações, a lição de Vaz Serra para as situações aqui discutidas, ter-se-á de aceitar que o prazo se encontra suspenso, a partir do momento em que a Administração suspendeu a apreciação dos empreendimentos imobiliários, ou que o mesmo seja protraído pelo tempo que, de acordo com a boa fé²⁶, seja adequado à realização e conclusão da obra.

Este protraimento do prazo da concessão, pelo período correspondente àquele em que o concessionário se viu impedido de aproveitar o terreno por decisão do Governo, segundo Marcello Caetano²⁷, verdadeiramente não representa nem suspensão, nem ampliação do prazo acordado, mas tão-só a compensação do prazo suprimido. A Administração não dá mais prazo, nem tão-pouco o amplia, mas tão-só respeita o prazo que acordou com o concessionário, compensando, em espécie, os dias de que privou a contraparte²⁸.

Ensinava também Vaz Serra que se a *caducidade* for arguida por quem lhe deu causa que a respectiva invocação pode ser paralisada por abuso de direito²⁹. Em tal situação, estar-se-á perante um manifesto exercício inadmissível de posições jurídicas. A Administração não permite que o aproveitamento se realize dentro do prazo acordado, e depois invoca a mesma falta de aproveitamento dentro prazo contratual que provocou, para considerar extinta por caducidade a concessão. Ora, entende-se que quem com a sua

²⁵ Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Novembro de 1963*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 97.º ano, n.º 3276, p. 234; id., *Anotação ao Ac. STJ, de 5 de Dezembro de 1972*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 107.º ano, n.º 3515, p. 27.

²⁶ Que é um princípio geral de direito administrativo (art.º 8.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo de Macau, aprovado pelo D/L n.º 57/99/M, de 11 de Outubro). Para as consequências da invocação da boa fé nos contratos administrativos, dentro da prevalência a ser dada à execução do contrato, que pode levar à “modificação equitativa das condições do contrato ou à sua adaptação/renogociação/reajuste equitativo de cláusulas em função de diferentes (e determinantes) circunstâncias”, vide Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas: O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 726, ss.

²⁷ (1974), pp. 398 e 399.

²⁸ Ib.

²⁹ Adriano Vaz Serra, *Anotação ao Ac. STJ, de 9 de Fevereiro de 1971*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 105.º ano, n.º 3467, pp. 27 e 28.

actuação obsta ao exercício tempestivo do direito do titular, e vem depois invocar a caducidade desse direito, procede contra a boa fé, podendo o titular opor-lhe a referida objecção, com o efeito de ao titular ser concedido o tempo adequado segundo as circunstâncias para o exercício do direito³⁰. Não obstante, e considerando que a caducidade do direito de superfície se não verificou, a invocação da mesma pela Administração sempre deverá ser afastada.

Estando em causa contratos administrativos, a mesma solução, compensação do prazo suprimido, resultará do funcionamento do princípio do (re) equilíbrio económico-financeiro do contrato³¹. Quando, “de forma superveniente, a execução do contrato é afectada pela ocorrência de algum acontecimento –, cuja causa seja devida a uma intervenção unilateral do contraente público por razões de interesse público (ou de outra entidade pública estranha ao contrato – por exemplo, do legislador), ou que aquela seja devida a facto exterior à vontade das partes, não podendo estas evitar a sua ocorrência ou controlar/mitigar as suas consequências, deverá fazer-se apelo ao instituto do (re) equilíbrio económico-financeiro do contrato (...)”³².

O modo de repor o equilíbrio económico-financeiro do contrato passará também pela restituição *in natura* do tempo suprimido aos concessionários³³. Na verdade, um dos modos correntes de reposição do

³⁰ Vaz Serra, *Anotação ao Ac. STJ, de 9 de Fevereiro de 1971*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 105.º ano, n.º 3467, p. 28; *anotação ao Ac. STJ, de 5 de Dezembro de 1972*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 107.º ano, n.º 3515, p. 25.

³¹ Sobre este princípio geral de direito administrativo (Lopes Martins, p. 688) e as suas virtualidades, vide o autor citado, *passim*, e pp. 531, ss.

³² Lopes Martins, p. 635.

³³ A lei privilegia a reconstituição natural, como critério da obrigação de indemnização (art.º 566.º do Código Civil de Macau): i.e., a reposição da situação tal qual seria caso não se tivesse verificado o evento danoso (João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 7.ª ed.ª, Almedina Coimbra, 1991, pp. 902). Ora, se não se tivesse verificado a intervenção impeditiva da Administração, o interessado teria disposto do prazo ainda existente ao momento daquela intervenção para o exercício do seu direito de superfície. Por conseguinte, reconstituir a situação que existiria, caso não se tivesse verificado a intervenção impeditiva da Administração, passa por se conceder ao interessado o prazo que lhe foi suprimido por aquela intervenção.

equilíbrio económico-financeiro do contrato é a prorrogação do prazo das prestações ou da vigência do contrato³⁴. (...)”

*

第五部份：結論

綜上所述，本個案存在多處法律相悖之處，其中包括：

一、土地批給合同包含兩個核心元素：狹意之批給—指行使當局之權力，單方設定一些基本內容，原則上不允許另一方變更，例如批准行政相對人使用公共資源（在特定條件下），這永遠都是由行政當局掌握的權力，從不會發生私人對政府作出批給。因為批給是統治權的一種體現。

另一個就是合同之元素，它源自立約雙方之合意(共識)而達成之一種協議，關於這部分之內容，在不抵觸行政法基本原則的前提下，仍然受合同法的基本原則約束，信約必守原則，善意履行協議，對應給付等這一系列原則仍然是行政合同（土地批給合同就是其中一種）的規範性準則，雙方當事人仍須遵守。

葡萄牙行政法學院教授 Prof. Marcelo Rebelo de Sousa在其《行政法總論》（*Direito Administrativo Geral, Tomo III*）³⁵一書中，關於履行行政合同時應遵守的基本原則及規範時就指出：

“行政合同之履行受制於行政活動之各項基本原則，法律特別強調善意原則，謀求公共利益原則，及合法性原則，權利及義務雙方皆須遵守。」

³⁴ Lopes Martins, pp. 582, ss, 620, ss, 630, e notas 1022 e 1023, 632, e nota 1028, 634). Diríamos apenas, e seguindo Marcello Caetano ((1974), pp. 398 e 399), que nos casos que aqui se tem em vista, talvez em boas contas se não deva falar de prorrogação ou ampliação do prazo do contrato, mas apenas de compensação do prazo suprimido; de compensação em espécie, como expressivamente dizia Marcello Caetano (ib.), do prazo suprimido.

³⁵ D. Quixote, 2ª edição, 第402頁及續後。

履行行政合同之特別原則包括「個人執行原則(princípio da execução pessoal)，雙方合作原則 (princípio da colaboração recíproca)，及共同關係人保護原則 (princípio da protecção do co-contratante ……»。

二、 在訂立行政合同後，如基於公共利益之需要，立法者仍然承認行政當局享有一個超然的權力，正因為如此，立法者在《行政程序法典》第 167 條中規定：

第一百六十七條

(行政當局之權力)

除因法律規定或因合同之性質而不得作出下列行為外，公共行政當局得：

- a) 單方變更給付之內容，只要符合合同標的及維持其財政平衡；
- b) 指揮履行給付之方式；
- c) 基於公共利益且經適當說明理由，單方解除合同，但不影響支付合理之損害賠償；
- d) 監察履行合同之方式；
- e) 科處為不履行合同而定之處罰。

這一條條文清楚反映出作為行政合同之其中一方之立約人 - 行政當局，其地位超然，在某方面凌駕於私人立約人之上，但並非全無代價，例如如行政當局單方變更合同內容，同時影響另一方立約人之財政平衡 (即造成大幅度之財政超支，而且不合理)，行政當局雖然為了公共利益可單方變更合同內容，但須作出賠償。這一點明顯體現出行政當局有足夠權力及手段去謀求及實踐公共利益。

三、 如果說在整個履行批給合同之過程中承批人有過錯，行政當局亦有過錯！而所用的處理手法亦不符合決定原則（見《行政程序法典》第 11 條），亦違反善意原則（同法典第 8 條）。主要原因為第 69/91/M 號訓令已透過 2006 年 8 月 21 日第 248/2006 號行政長官批示予

以廢止，城規部門未能為該區域訂定新的規劃指引及發出街道準線圖，故土地利用一直未能進行。

四、行政當局在無南灣湖城市規劃的前提下，如何要求承批人發展土地？再加上按《民法典》第 323 條之規定，一方承認另一方權利時，亦阻止宣告權利失效。

五、由此可知，責任應由行政當局承擔。

一如我們所強調，在批給合同內，批給方與承批方皆有主給付及輔助給付之義務，特徵在於雙方以合同及法規為基礎互相合作及善意履行有關規定，有別於在一般情況下向行政當局提出的單獨請求。

六、行政當局的建議書整個篇幅以承批人有過錯為前提，行政當局無過錯，故建議將批給宣告失效，我們認同這種思維方式(須考慮過錯的問題)，但不認同建議書的結論內容，因為承批人並非是唯一的過錯方，而行政當局亦有責任，如前文分析般，因為行政當局的過錯及拖延，例如無城市規劃或更改該區域的規劃，導致承批人未能開展土地的利用，而承擔責任方應為行政當局。

七、按上文分析及結論，《土地法》第 47 條的規定之批給期，我們認為是懲罰性除斥期，如因行政當局之過錯，無履行相關義務導致承批人無條件展開土地之利用，則可以延期，但決定權由行政當局掌握。本案就是一個典型的情況。

八、按照《民法典》第 323 條之規定，當行政當局作出任何體現其承認承批人有權利用土地時，行政當局會被阻止宣告土地利用權之失效。

九、續期及延期是兩個不同概念，法律不允許續期，並不表示不可延期，尤其是補償因行政當局因而拖長之時間。³⁶

十、至今特區政府都無關於南灣湖的規劃，如何發展該區？建築高度為多高？有什麼規劃？如何叫承批人設計建築計劃？

³⁶一如足球比賽，在不改變90分鐘完場的前提下，如因各種原因導致浪費了時間(例如球員受傷、球迷入場搗亂)，應作出時間上的補償。

十一、立法者在《土地法》第 104 條第 5 款內明確使用“過錯”這個概念，即要求行政當局必須考慮未能在指定期內利用土地的原因誰屬，如為行政當局，後者應承擔責任。

*

據上論結，在尊重不同見解的前提下，在不妨礙對本案涉及之問題作更深入研究之情況下，按照卷宗所載之資料及證據，由於有關批示違反決定原則及違反善意原則，應撤銷行政長官宣告本案土地批給失效之批示。

2019年12月16日。

第二助審法官

馮文莊