

Processo n° 181/2017/A

Suspensão de eficácia

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 30 de Março de 2017

Descritores:

-Suspensão de eficácia

-Acto negativo

-Acto de adjudicação

SUMÁRIO:

I. Um acto *negativo* puro é aquele que deixa intocada a esfera jurídica do interessado, a ponto de com ele, ou por ele, nada ter sido criado, modificado, retirado ou extinto relativamente a um *status* anterior. Nessa medida, a sua eficácia é insusceptível, porque o deferimento da providência nenhuma vantagem ou benefício àquele traria.

II. Há, porém, actos (v.g. indeferimento de uma renovação ou prorrogação) que, alterando uma situação jurídica anterior, apresentam uma vertente positiva, traduzida nalguma vantagem para a esfera do interessado. Por essa razão, a eficácia destes já pode ser susceptível.

III. É puramente negativo para um determinado concorrente o acto administrativo que, no termo de um concurso público, adjudica a outro a aquisição de certo tipo de serviços. Por isso, porque a suspensão de

eficácia desse acto nenhum benefício ou vantagem lhe traria, não pode a providência ser decretada.

Proc. n° 181/2017/A

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.

I - Relatório

A sociedade “A”, em chinês “A” e em inglês “A”, vem requerer a **suspensão de eficácia** do despacho do **Chefe do Executivo da RAEM**, de 30 de Dezembro de 2016, que adjudicou a “*Prestação de serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa*” à sociedade “B” (doravante apenas “B”).

Para tanto, e tomando como ponto de partida não estar perante um acto não negativo, invoca os requisitos do art. 121º do CPAC em termos que aqui damos por reproduzidos.

*

A contra interessada “B” apresentou contestação, pugnando pela natureza puramente negativa do acto, defendendo também a inexistência cumulativa dos requisitos previstos no art. 121º do CPAC, designadamente os das alíneas a) e b), do nº1 do preceito.

*

O **Chefe do Executivo** contestou igualmente em termos semelhantes ao da contra-interessada.

*

O digno Magistrado do MP emitiu a seguinte opinião na sua vista de fls. 101-102:

« A” requer a suspensão da eficácia do acto de 30 de Dezembro de 2016, da autoria de Sua Excelência o Chefe do Executivo, através do qual foi adjudicada à contra-interessada “B”, a prestação de serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa.

Alega que o acto tem conteúdo positivo e que a sua execução vai ocasionar prejuízos de difícil reparação, ao passo que a respectiva suspensão não causará grave lesão do interesse público que visa prosseguir, acrescentando não haver fortes indícios de ilegalidade do recurso interposto.

Contestaram a autoridade requerida e a contra-interessada adjudicatária, pronunciando-se ambas pela insusceptibilidade do acto, por carência de conteúdo positivo, e pela inverificação dos necessários requisitos relativos ao prejuízo da requerente e à lesão do interesse público prosseguido pelo acto.

Vejam, começando por lembrar que a suspensão de eficácia só é viável se o acto tiver conteúdo positivo ou, tendo conteúdo negativo, possuir uma vertente positiva e a suspensão a esta, se circunscreva - artigo 120.º do Código de Processo

Administrativo Contencioso.

Então, há que apurar, antes de mais, se estamos perante acto de conteúdo positivo ou com uma vertente positiva, no que toca à projecção de efeitos na requerente, o que passa por indagar se o acto é ou não susceptível de provocar alteração na sua esfera jurídica.

O acto adjudicou à contra-interessada “B” a prestação de serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa, preterindo naturalmente as restantes concorrentes, incluindo a requerente. E a tese desta, segundo a qual se está perante acto de conteúdo positivo, assenta na afirmação de que esse acto concede uma vantagem à concorrente adjudicatária e coloca a requerente, tal como os demais concorrentes, na correspectiva posição de desvantagem, porquanto determina, para si, o afastamento da relação procedimental pré-contratual que se havia estabelecido, invocando em abono da sua tese o acórdão proferido no processo n.º 82/2010, com transcrição do parecer aí emitido pelo Ministério Público.

Mas não lhe assiste razão quanto à questão da suspensibilidade, até porque são diversas as situações abordadas no processo 82/2010 e no caso vertente. Naquele estava em causa uma exclusão do concurso, que impedia a candidatura excluída de prosseguir nas restantes fases ou etapas do concurso. Aqui estamos perante o acto final do procedimento, não se podendo dizer que o concurso prossegue para alguns e que outros ficam de fora. O acto de adjudicação da prestação de serviço à contra-interessada “B” não produz qualquer alteração na esfera jurídica da

requerente, sendo, quanto a ela, um acto de conteúdo meramente negativo. Uma hipotética suspensão da eficácia do acto deixaria indubitavelmente intocada a situação da requerente.

Donde a conclusão de que, relativamente à requerente, não está em causa um acto susceptível de suspensão de eficácia nos termos do artigo 120.º do Código de Processo Administrativo Contencioso.

Nesta conformidade, vai o nosso parecer no sentido da rejeição da requerida providência.

Se porventura assim não se entendesse, então, na análise dos três requisitos enunciados nas alíneas a), b) e c) do artigo 121.º, n.º 1, do Código de Processo Administrativo Contencioso, de cuja observância cumulativa depende a concessão da suspensão, haveria que considerar inverificados os requisitos das alíneas a) e b), atenta a essência da argumentação que, nessa matéria, ambas as entidades contestantes esgrimem.

Em suma, deve ser rejeitada ou indeferida a requerida suspensão de eficácia. »

*

Cumpre decidir.

II – Pressupostos processuais

O tribunal é absolutamente competente.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias e são legítimas.

Não há outras excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento de mérito.

III – Os Factos

1 - A Requerente tem como actividade principal 工業及民用建築、交通工程、岩土和海事水力工程、城市基礎建設工程施工及上述工程的勘察、設計、諮詢、監測、監察、顧問管理、投資; 工程及樓宇的管理及維修保養、碼頭及橋樑的管理及維護、航運大樓及輔助設備之維修與經營、船務代理, actividade consistente com os serviços objecto do Contrato relativamente ao qual foi realizado o Concurso pela RAEM seguidamente referenciados.

2 - A Requerente apresentou a sua proposta, a qual foi admitida, e participou, como Concorrente, no “*Concurso Público - Prestação de serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa*” (doravante o “Concurso”), promovido pelo Governo da Região Administrativa Especial de Macau (“RAEM”),

nomeadamente através da DSAMA.

3 - Para além da Requerente e da B foram também admitidas a concurso as seguintes sociedades:

a) **C (C)**;

b) **D (D)**;

c) **E (E)**; e

d) **F (F)**.

4 - No termo do concurso, foi emitido o despacho do Chefe do Executivo de 30 de Dezembro de 2016, aposto sobre o Parecer da DSAMA n.º 066/DAF/DD, pelo qual foi autorizada a adjudicação à “B”.

5 - A Requerente foi notificada da Adjudicação em 12 de Janeiro de 2017, nos termos e para os efeitos do disposto do disposto no n.º 3 do artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, de 6 de Julho, através do Documento n.º 1 protestado juntar aos autos de recurso.

6 - Nessa carta, a Requerente foi informada da Adjudicação à B e de que, querendo, poderia recorrer contenciosamente da Adjudicação, no prazo legal.

7 - Desejando indagar quanto aos critérios que haviam em última análise presidido à Adjudicação, bem como rever todo o processo do Concurso, com vista a aferir do acerto da decisão de Adjudicação e exercício dos

seus direitos a tutela administrativa e contenciosa, a Requerente, no exercício do seu direito à informação e à consulta de processos administrativos em que é parte, requereu junto da DSAMA, por carta de 17 de Janeiro de 2017, entregue a 18 de Janeiro, a consulta do referido processo de Concurso, conforme cópia protestada juntar aos autos de recurso contencioso como Documento n.º 2 da petição de recurso.

8 - A referida consulta foi inicialmente negada à ora Requerente e depois deferida faseadamente após intimação judicial para essa finalidade, nos termos explanados na petição de recurso, vindo o direito à consulta do processo ser satisfeito em 14 de Fevereiro de 2017.

IV – O Direito

1 – Da natureza do acto

Como se sabe, só é suspensível a eficácia de actos de conteúdo positivo ou, quando de conteúdo negativo, que apresentem uma vertente positiva. É o que, efectivamente, dispõe o art. 120º do CPAC (ver tb. *Ac. do TUI, de 7/12/2005, Proc. n.º 29/2005*).

“Um acto de conteúdo negativo propriamente dito é aquele que deixa intocada a esfera jurídica do interessado, a ponto de, por ele, nada ter sido criado, modificado, retirado ou extinto relativamente a um status anterior. O indeferimento de uma pretensão constitutiva, por exemplo, cabe perfeitamente na figura: se alguém pede o licenciamento para

*iniciar a exploração de um bar, o indeferimento deixa o requerente tal como se encontrava antes: nada “adquire”, nem “perde”. Logo, trata-se de um acto administrativo que para o interessado é neutro, do ponto de vista dos seus efeitos, uma vez que para si tudo permanece como dantes (sobre o acto negativo e sua implicação no quadro do meio provisório da suspensão de eficácia, v.**CLAUDIO RAMOS MONTEIRO**, in *Suspensão de eficácia de actos administrativos de conteúdo negativo*, pág. 125 e sgs.).*

A jurisprudência tem considerado que a eficácia de tais actos não é susceptível de ser suspensa, (no exemplo fornecido, a suspensão nunca permitiria que o requerente pudesse dar início à exploração do negócio), não só porque isso poderia ser entendido como uma usurpação de poderes administrativos pelos tribunais, mas também porque dessa suspensão não adviria qualquer efeito útil para o interessado, nomeadamente o afastamento do espectro de uma situação de facto danosa com a caracterização qualitativa e quantitativa que do art. 76º, nº1, al.a), da LPTA emana (Acs. do STA de 9/02/2002, Rec. nº 048277; 24/04/2002, Rec. nº 0330/2002; 2/07/2002, Rec. nº 0736/2002; 9/07/2002, Rec. nº 01101/02).

No entanto, desde há algum tempo a esta parte, deu-se início a uma nova ponderação das situações em que o acto só aparentemente é negativo ou quando é acto negativo com efeitos positivos.

*Trata-se de uma categoria de actos em que há, efectivamente, uma utilidade na suspensão, na medida em que deles advêm efeitos secundários positivos. São, basicamente, actos de que resulta o indeferimento da “manutenção” de uma situação jurídica anterior: os que denegam a renovação ou prorrogação de uma situação jurídica pré-existente e que, por isso, ferem legítimas expectativas de conservação dos efeitos jurídicos de um acto administrativo anterior. Nessas hipóteses, os actos “alteram” realmente a situação jurídica ou de facto do requerente (sobre o assunto, v.g. **MARIA FERNANDA MAÇÃS**, in **Cadernos de Justiça Administrativa**, n^o 2, 13 e 16; **JOSÉ CARLOS VIEIRA de ANDRADE**, in **A Justiça Administrativa**, pag. 143; **M. ESTEVES DE LIVEIRA e outros**, in **Código de Procedimento Administrativo**, 2^a ed., pag. 716/717; **F. AMARAL**, in **Lições**, IV, pag. 318; Tb. o Ac. do STA de 30/10/97, Proc. N^o 42.790; STA, de 28/10/99, Rec. n^o 45403; STA de 9/05/2002, Rec. n^o 6197).*

E diz-se ainda que se alguma utilidade puder advir da suspensão, a ponto de o requerente ir provisória ou condicionalmente obtendo algum ganho até ser decidida em definitivo a questão no recurso contencioso, a suspensão será de conceder, mesmo que o acto seja negativo (seria o caso de rejeição ou recusa de admissão a concursos e exames ou à frequência do estudante a algum curso)” (Ac. STA, de 19/02/2003, Proc. n^o 289/03-11; tb. Ac. TCA/Sul, de 28/02/2002, Proc. n^o 11067/02/A)

Este mesmo TSI teve, aliás, já oportunidade de discorrer sobre o tema, dizendo:

“É certo que há situações em que para alguns interessados o mesmo acto administrativo é inerte, na acepção acabada de referir, ao passo que para outros ele é positivo, na medida em que interfere com o seu anterior status ou, noutras palavras, com a sua situação jurídica substantiva anterior. Podemos dizer que é acto misto do ponto de vista dos efeitos. Todavia, quando falamos em acto de conteúdo negativo para efeitos da suspensão de eficácia, apenas nos atemos à correspondência entre os efeitos directos do acto para o requerente e o objectivo que se pretende alcançar com a providência. Quer dizer, não é pelo facto de o acto introduzir alterações na situação jurídica de alguns interessados que ele passa a ser acto positivo tout court. O que interessa neste particular é que seja negativo para aquele interessado directo no incidente em que nos encontramos. E neste caso, como veremos adiante, o acto é negativo para a requerente em apreço.

E, a talhe de foice, até nem nos podemos esquecer que nos concursos de adjudicação casos haverá em que é permitida a suspensão de eficácia (medidas provisórias) dos actos finais de adjudicação e até mesmo dos contratos. Acontece, por exemplo, em Portugal e, de um modo geral, é o que também se verifica nos países da comunidade europeia que, a partir de certa altura, tiveram que absorver determinadas directivas europeias para com elas conformarem o seu ordenamento jurídico interno. Mas isso deve-se, nestes casos, a um universo normativo positivado, a um conjunto de regras e preceitos que existem nos textos legais (de iure constituto) e que impõem ou permitem uma actuação processual nesse sentido. Como essa não é a situação da RAEM, onde não existem normas idênticas (ver,

DL n. 74/99/M, de 8/11), esqueçamos esse caminho e sigamos pela linha tradicional da doutrina e da jurisprudência conhecidas sobre a matéria, que outra não há (e em que só poderemos falar em de iure constituendo).

Aliás, e só mesmo para terminar este ponto, não podemos desconsiderar o fenómeno com o argumento de que o acto negativo tem uma natureza doutrinal. Concordamos que a sua génese é doutrinal e que foi tendo uma aplicação jurisprudencial praticamente constante e uniforme nas diversas instâncias. Todavia, em Macau, a teoria do acto negativo foi recebida na lei (art. 120º, al. b), do CPAC) e passou, a partir de então, a ser um instituto legal de evidentes reflexos ao nível adjectivo/processual e com o qual o aplicador da lei tem que confrontar-se. Ora, o preceito em causa não distingue entre classes de actos administrativos do ponto de vista da substância que encerram ou que visam regular. Todos lá cabem, portanto. E se falamos de actos finais de procedimentos concursais, na norma devem incluir-se não somente os concursos de provimento de pessoal, como os adjudicatórios.

De resto, a suspensão tem sempre associados, como é sabido, dois objectivos: a utilidade e a urgência dos interesses. É por isso que a suspensão decretada traz ao interessado requerente desde logo um ganho que é imediato: o aluno entra no curso, o concorrente vai poder participar no concurso, o requerente mantém a licença de exploração do bar, etc, etc. Portanto, facilmente se reconhece a utilidade e a sua imediaticidade. É esse aliás o sentido primordial da providência: acautelar a ocorrência de uma situação danosa, neutralizando-a ou

prevenindo-a de pronto. Por isso, a providência é um processo urgente de modo a satisfazer sem demora os interesses feridos ou ameaçados.” (Ac. TSI, de 10/03/2011, Proc. n° 41/2011/A).

Como também dissemos neste mesmo TSI (Ac. 3/11/2016, Proc. n° 660/2016):

“...mesmo que a eficácia do acto de adjudicação à contra-interessada contestante da empreitada acima aludida viesse a ser suspensa em nada a esfera da requerente sairia beneficiada. Com efeito, com a suspensão, a requerente não ficaria minimamente favorecida, nem em diferente, muito menos em melhor, posição do que aquela em que se encontra actualmente.

Assim como o acto suspendendo não exerce nenhuma influência no status e na sua esfera jurídica, também a eventual concessão da providência nenhum quid novo traria à sua posição jurídica, por não a colocar em melhor posição para obter ganho no recurso contencioso e com isso vir a ser adjudicatária no concurso, nem lhe eliminar danos reais e imediatos (neste sentido, ver, por exemplo, além do citado aresto proferido no Proc. n° 41/2011/A, também os acórdãos deste TSI de 24/02/2011, Proc. n. 99/2011 e de 19/12/2013, Proc. n° 371/2013)”. E aos arestos referidos, ainda se acrescenta o Ac. do TSI de 22/11/2012, Proc. n° 839/2012/A-I.

Assim sendo, somos a considerar puramente negativo o acto em apreço, o que gera a improcedência da providência.”

Nesta linha de orientação, porque o acto de adjudicação não altera a esfera jurídica da requerente, também a suspensão de eficácia pretendida, se concedida, não lhe traz nenhuma benefício. Logo, não estamos, ao contrário do que pensa a requerente, perante um acto cuja eficácia seja suspensível.

*

2 – Mas, mesmo que assim não se entenda, nem por isso o pedido poderia proceder.

Por razões de celeridade e economia, vamos mais uma vez servir-nos do *Ac. deste TSI, de 3/11/2016, Proc. n.º 660/2016*:

“Como se sabe, tem sido entendido que os requisitos da providência previstos no art. 121.º do CPAC são de verificação necessariamente cumulativa¹, pelo que a falta de um deles importará o indeferimento da pretensão.

Trata-se de uma regra que apenas cederá, por excepção, nos casos em que em concreto concorra alguma das excepções previstas nos n.ºs 2 a 4 do art. 121.º do CPAC.

Ora, na situação dos autos, porém, não estamos seguramente perante a situação do n.º 2, nem do n.º 3.

(...) De resto, também não vemos como o requisito da alínea a), do art.

¹ Neste sentido, entre outros, Acs. do TUI de 2/06/2010, Proc. n.º 13/2010 ou de 13/05/2009, Proc. n.º 2/2009, TSI de 10/03/2011, Proc. n.º 41/2011/A.

121º aqui se possa dar por produzido.

É que se a suspensão do acto nenhuma vantagem imediata traria à esfera da requerente, também não vemos em que medida a improcedência do pedido lhe pode causar previsivelmente prejuízos de difícil reparação. Quais? Que perde ela efectivamente com a improcedência, se ficará exactamente na mesma situação em que antes se encontrava (eis-nos regressados ao fenómeno do acto negativo)? Realmente, da improcedência não emerge nenhum imediato efeito ablativo de um “status”, tal como da mesma maneira não podemos concordar que haja sequer uma ferida nas expectativas mais profundas de uma vitória no recurso contencioso. Não esqueçamos que a vantagem tem que ser imediata e não futura e eventual, e é esta incerteza que a requerente afinal de contas invoca na sua fundamentação. Devemos, aliás, salientar que um recurso vitorioso, na medida em que conduza à anulação do acto de adjudicação, pode porventura levar a colocar a requerente na posição do inicial adjudicatário, o que satisfará a sua pretensão, ou, se tal não for possível por qualquer motivo, conferir-lhe-á direito a reparação pecuniária na medida da lesão sofrida, o que também contribuirá para satisfazer o seu direito ofendido.”.

A situação dos autos é semelhante à que esteve na base do acórdão acabado de parcialmente transcrever, pelo que para o seu conteúdo aqui remetemos a fim de valer como fundamento à decisão dos presentes autos.

Consequentemente, por não estar demonstrado, desde logo, o requisito da

alínea a), do art. 121º do CPAC, então nem já interessa conhecer dos restantes, dada a natureza necessariamente cumulativa dos requisitos, como já se disse.

V - Decidindo

Face ao exposto, acordam em indeferir a suspensão de eficácia.

Custas pela requerente, com taxa de justiça em 5 UC.

TSI, 30 de Março de 2017

José Cândido de Pinho

Tong Hio Fong

Lai Kin Hong

Fui presente

Mai Man Ieng