

Processo n.º 689/2015
(Autos de recurso contencioso)

Data: 21/Novembro/2019

Descritores:

- **Lei de Terras**
- **Declaração de caducidade da concessão de terreno por falta de aproveitamento**

SUMÁRIO

Para as concessões provisórias de pretérito, verificadas antes da entrada em vigor da nova Lei de Terras, em que a falta de aproveitamento se deveu a culpa da concessionária, a alínea 3) do artigo 215.º da nova Lei de Terras manda aplicar o n.º 3 do artigo 104.º e artigo 166.º da mesma Lei.

Isto é, aqueles dois preceitos aplicam-se imediatamente, mesmo que estejam em contradição com o convencionado pelas partes no respectivo contrato de concessão, e também independentemente de ter sido aplicada ou não a multa.

Segundo o contrato de concessão, o arrendamento é válido pelo prazo de 50 anos, contados a partir de 29.10.1964, data da outorga da escritura pública da concessão inicial, devendo o aproveitamento do terreno operar-se no prazo global de 42 meses, contados a partir da data da publicação no Boletim Oficial de Macau do despacho que titulou o contrato, ou seja, até Junho de 2003.

Quanto às operações de financiamento bancário, competia à própria recorrente fazer aquilo que melhor entender, mas teria sempre que cumprir os termos contratuais, nomeadamente no tocante ao prazo de aproveitamento, sob pena de sujeitar a certas consequências previstas no contrato.

No tocante às formalidades administrativas indispensáveis à boa execução do programa contratual, também não logrou a recorrente demonstrar que os serviços da Administração inviabilizaram o cumprimento do prazo de aproveitamento.

Provado que a concessionária não aproveitou, nem sequer iniciou o aproveitamento do terreno até ao termo do prazo contratualmente acordado, verificada está a sua culpa na falta de aproveitamento do terreno concedido.

O acto de declaração da caducidade é um acto vinculado do Chefe do Executivo, pelo que não há violação dos princípios da proporcionalidade, da igualdade e da imparcialidade, os quais funcionam apenas como limites internos da actividade discricionária da Administração e não no domínio do exercício de poderes vinculados.

O Relator,

Tong Hio Fong

Processo n.º 689/2015
(Autos de recurso contencioso)

Data: 21/Novembro/2019

Recorrente:

- **Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada**

Entidade recorrida:

- **Chefe do Executivo**

Acordam os Juizes do Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I) RELATÓRIO

Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada, sociedade comercial com sede em Macau, 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 2.795 m², situado na Ilha da Taipa, na Avenida Kwong Tung, na Baixa da Taipa, designado por lote BT6, por incumprimento do prazo de aproveitamento do terreno, interpôs o presente recurso contencioso de anulação, formulando na petição de recurso as seguintes conclusões:

“1. Com o presente recurso contencioso, a Recorrente vem pedir a declaração de nulidade ou a anulação do acto administrativo que foi notificado pessoalmente à Recorrente por carta registada com aviso de recepção no dia 12 de Junho de 2015.

2. O acto administrativo foi praticado por Sua Excelência o

Chefe do Executivo e consiste na aposição da fórmula "Concordo" na primeira folha de um documento autónomo intitulado "Parecer", com data de 14 de Maio de 2015, e assinado pelo Senhor Secretário para as Obras Públicas e Transportes (SOPT).

3. Infere-se logicamente do texto daquele "Parecer" do SOPT, mormente das palavras a carregado, que o acto administrativo visa produzir os efeitos de declaração de caducidade da concessão do terreno identificado no mesmo "Parecer", cuja concessionária é a ora Recorrente.

4. Sendo assim, esta decisão do Chefe do Executivo devia observar o disposto no artigo 167º da Lei n.º 10/2013, Lei de Terras.

5. O referido artigo 167º da Lei de Terras estabelece as seguintes exigências de forma:

I) O Chefe do Executivo deve afirmar expressamente que declara a caducidade da concessão.

II) Tal afirmação expressa do Chefe do Executivo deve ser reduzida a escrito, em despacho do Chefe do Executivo; não deve ser, portanto, uma declaração meramente verbal, nem uma declaração a inferir de documentos de outra entidade; deve ser o texto escrito do próprio despacho do Chefe do Executivo a conter a declaração de caducidade da concessão.

III) O despacho do Chefe do Executivo contendo o texto a declarar a caducidade da concessão deve ser publicado no Boletim Oficial.

6. Ora, o acto administrativo impugnado não foi publicado no Boletim Oficial, em manifesta violação do disposto no artigo 167º do CPA, e este vício de forma é insuprível porque,

7. Faltou lavrar o despacho que contivesse - formalmente e por escrito! - a declaração de caducidade da concessão, como é exigido pelo artigo 167º da Lei de Terras, o que gera outro vício de forma, e também este vício é insuprível porque.

8. Não existe uma decisão final expressa do Chefe do Executivo com o teor "é declarada a caducidade da concessão", como exige o artigo 167º da Lei de Terras para este tipo específico de actos administrativos.

9. Exigência formal que reforça, para este tipo de actos administrativos, os requisitos previstos no artigo 100º do CPA, para a decisão final expressa, afloramento de um princípio geral aplicável à generalidade dos actos administrativos: tem-se entendido que os efeitos, o conteúdo ou sentido, do acto administrativo têm sempre de vir enunciados nele próprio (Mário Esteves de Oliveira/Pedro Costa Gonçalves/J. Pacheco de Amorim, Código do Procedimento Administrativo comentado, 2ª ed., anotação IV ao artigo 125º, p. 604).

10. Ocorrem, portanto, três distintas violações das exigências legais impostas pelo artigo 167º da Lei de Terras, sendo certo que cada violação determina, isoladamente considerada, a invalidade do acto impugnado, por vício de forma, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

11. Mas não é apenas na parte da decisão que o acto recorrido enferma de vícios de forma. Também há vícios de forma relativamente às exigências legais de fundamentação do acto administrativo.

12. Na verdade, uma vez que extingue direitos e interesses legalmente protegidos da Recorrente, o acto recorrido devia ser expressamente fundamentado, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 114º e do artigo 115º, ambos do CPA.

13. E como o despacho do CE é um mero "Concordo" aposto na primeira folha do parecer do SOPT, deveria texto deste Parecer conter a fundamentação expressa do acto, com a exposição das razões de facto e de direito, nos precisos termos estabelecidos no n.º 1 do artigo 115º do CPA.

14. A fundamentação por remissão obriga a que a informação, parecer ou proposta para que se remete contenha as razões de facto e de direito, ainda que de forma sucinta, mas de modo a que se perceba por que se decidiu naquele sentido. Não contendo tal informação, com suficiência e clareza os motivos, causas ou pressupostos da decisão, estamos perante a falta de fundamentação do acto administrativo: a obscuridade e insuficiência da fundamentação do acto valem como falta de fundamentação. A falta de fundamentação inquina o acto de ilegalidade que determina a sua anulabilidade.

15. Sucede que o parecer do SOPT em cuja primeira folha foi aposto o "Concordo" do CE não contém a exposição das razões de facto e de direito que determinaram a pática do acto; o que nele se lê é:

«Consultado o processo supra mencionado e concordando com o que nele vem proposto pelas razões indicadas naquele, solicito a Sua Excelência o Chefe do Executivo que declare a caducidade da concessão do referido terreno».

16. Esta afirmação genérica e indeterminada a aludir em bloco às razões indicadas no processo não integra no acto administrativo a exposição dos respectivos fundamentos, pelo que não satisfaz as exigências legais: «fundamentações do tipo "pelos motivos revelados no processo" ou "pelas razões feitas saber" não são expressas, por não virem declarados quais são esses motivos ou razões. Não estando eles enunciados ou manifestados no acto, a fundamentação "falta", não existe» (Mário Esteves de Oliveira/Pedro Costa Gonçalves/J. Pacheco de Amorim (Código do Procedimento Administrativo comentado, 2ª ed., anotação ao artigo 125º, p. 601).

17. A isto acresce que não existe no processo qualquer exposição das razões de direito que determinaram a prática do acto, a qual aliás nunca terá sido sequer elaborada, sabendo-se que «a validade de um acto administrativo afere-se sempre pela conformidade desse acto com o ordenamento jurídico no momento em que ele é praticado» (Freitas do Amaral, Direito Administrativo, p. 429).

18. A Recorrente conjectura, por conhecimento genérico da lei, que os órgãos administrativos poderiam estar a ponderar a aplicação do artigo 215º da Lei n.º 10/2013, Lei de Terras. Mesmo assim, porém, como o artigo 215º tem três alíneas é manifesto que não se pode afirmar, com toda a certeza, qual das alíneas se

pretendeu aplicar, visto que não há qualquer indicação expressa a esse respeito.

19. Não há no texto do acto administrativo recorrido, nem no texto dos elementos existentes no processo - pelo menos naqueles elementos cujo teor foi facultado à Recorrente - uma única linha, uma única palavra a expor o modo como a Administração interpreta o artigo 215º da Lei n.º 10/2013, a indicar quais são os requisitos de cada uma das respectivas alíneas ou a estabelecer a correspondência entre os factos carreados para o processo e as hipóteses daquelas normas jurídicas.

20. Os órgãos administrativos nunca elaboraram qualquer informação, relatório ou parecer sobre a interpretação e aplicação do artigo 215º da Lei n.º 10/2013, Lei de Terras, à concessão aqui em crise.

21. O modo como ocorre, no acto recorrido, a falta de exposição dos fundamentos de facto e de direito é particularmente grave visto que põe em crise todas as finalidades prático-jurídicas do dever de fundamentação expressa dos actos administrativos.

22. Nomeadamente, a decisão final ora impugnada não ponderou as questões suscitadas pela concessionária e também não ponderou as questões suscitadas na parte final do parecer da Comissão de Terras de 15 de Dezembro de 2011, onde se mostra que a prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes é no sentido da não declaração da caducidade da concessão.

23. Assim, além do mais, não é possível conhecer as razões,

de facto e de direito, para a não aplicação, à concessão da Recorrente, dos mesmos critérios com que factualidade semelhante foi anteriormente ponderada, em casos semelhantes, pelo Chefe do Executivo.

24. E a decisão recorrida é de sentido oposto aos despachos do Chefe do Executivo em casos semelhantes, decidindo de modo diferente da prática habitualmente seguida, pelo que devia observar o disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 114º e do n.º 1 do artigo 115º, ambos do CPA.

25. Donde, também esta falta de fundamentação gera um vício de forma do acto administrativo ora impugnado.

26. Ocorrem, portanto, três distintas violações das exigências legais em sede de fundamentação dos actos administrativos:

I) Falta uma exposição das razões de facto que determinaram a decisão, pelo que o acto recorrido é inválido por vício de forma, nos termos conjugados da alínea a) do n.º 1 do artigo 114º e do n.º 1 do artigo 115º, ambos do CPA, e da alínea c) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC;

II) Falta uma exposição das razões de direito que determinaram a decisão, tendo em conta o ordenamento jurídico em Maio de 2015, isto é, ao tempo em que o acto é praticado, pelo que o acto recorrido é inválido por vício de forma, nos termos conjugados da alínea a) do n.º 1 do artigo 114º e do n.º 1 do artigo 115º, ambos do CPA, e da alínea c) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

III) Falta uma exposição das razões de facto e de direito que determinaram a diferença desta decisão face à prática e aos critérios seguidos pelo Chefe do Executivo em todos os casos semelhantes, nomeadamente aqueles que são identificados no Parecer da comissão de Terras de Dezembro de 2011, pelo que o acto recorrido é inválido por vício de forma, nos termos conjugados da alínea e) do n.º 1 do artigo 114º e do n.º 1 do artigo 115º, ambos do CPA, e da alínea c) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

27. O acto recorrido enferma, ainda, de outro vício de forma, nos termos da mencionada alínea c) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC, por violação do direito de audiência prévia previsto nos artigos 93º e seguintes do CPA.

28. Em 2010 e 2011, quando procuraram criar a aparência formal de cumprimento do disposto nos artigos 93º e seguintes do CPA, os órgãos administrativos verdadeiramente não ouviram e não consideraram os motivos e argumentos aduzidos pela concessionária ora recorrente.

29. Em todo o caso, essas diligências foram feitas em períodos anteriores à conclusão da instrução, pelo que não eram idóneas a satisfazer os requisitos daquelas normas jurídicas do CPA.

30. Nem se objecte com a tese de que teria havido continuidade do procedimento desde 2010 até 2015, sem mais diligências instrutórias posteriores ao parecer da Comissão de Terras de Dezembro de 2011 e sem levar em conta toda a factualidade entretanto ocorrida, porquanto tal tese implicaria, além do mais, a

clara violação do disposto nos artigos 61º e 59º do CPA e a ofensa aos princípios da legalidade, da boa-fé, da desburocratização e eficiência consagrados, respectivamente, nos artigos 3º, 8º e 12º do mesmo Código.

31. Entre 2010 e 2015, o contraente público aceitou o pagamento do prémio e os órgãos administrativos continuam a apreciar os projectos para o aproveitamento do terreno objecto da concessão, embora com delongas que são imputáveis aos próprios órgãos administrativos.

32. Salvo o devido respeito, tanto a fidelidade à verdade dos factos, como, até a necessidade de presumir que os órgãos administrativos actuam no âmbito e dentro do perímetro da legalidade administrativa impõem que se conclua que em 2015 há, outrossim, um novo procedimento administrativo, o qual aproveitou o histórico de 2011, mas em que falta a instrução e a ponderação dos factos posteriores, bem como a audiência da concessionária.

33. A consideração isolada de cada um dos vícios que se apontou deve ser complementada por uma sua apreciação de conjunto, global, que tenha em conta o relevo e a repercussão social do assunto mas sem esquecer a preocupação com a veracidade dos factos e o respeito pelos princípios da legalidade e da boa-fé, consagrados, respectivamente, nos artigos 3º e 8º do CPA.

34. Salvo o devido respeito, notificar um particular que é parte no contrato de concessão de um terreno de que essa concessão caducou, por uma decisão tácita do Chefe do Executivo, cujo sentido

tem de se inferir de um documento elaborado por outra entidade, sem lhe apresentar uma exposição dos fundamentos de facto e de direito, por conseguinte sem qualquer resposta às questões anteriormente suscitadas pela própria concessionária e recusando-lhe, em 2015, o direito de audiência prévia, sem publicar no Boletim Oficial aquela decisão, e

35. Para mais, em conflito aberto com a veracidade dos factos, mormente dos factos ocorridos de 2010 até ao presente, em que o contraente público aceitou o pagamento do prémio, o qual se encontra totalmente pago, exigiu declarações e garantias bancárias da capacidade financeira e se encontra a apreciar, há vários anos, os projectos pertinentes.

36. Constitui, na percepção da Recorrente, um rol de enfermidades tão graves, que o acto recorrido deve ser considerado nulo, por lhe faltarem os elementos essenciais, nos termos do n.º 1 do artigo 122º do CPA.

Subsidiariamente, mas sem conceder,

37. A Recorrente entende que o acto recorrido está inquinado de ilegalidade por erro nos pressupostos e enferma ainda de vários vícios de violação de lei, mormente por violação dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da proporcionalidade.

Questões de erro nos pressupostos:

38. Começando pelas questões de erro nos pressupostos, a invalidade resulta de diferentes causas e linhas de raciocínio já desenvolvidamente expostas no articulado.

39. Assim, por um lado, a Recorrente sustenta que ocorreu, na realidade, manifesta violação do princípio do inquisitório, em especial da dimensão material deste princípio, porque os órgãos administrativos não cumpriram os seus poderes-deveres de proceder às investigações necessárias ao conhecimento dos factos essenciais ou determinantes para a decisão, à descoberta e ponderação de todas as dimensões de interesses públicos e privados que se ligam com a decisão final.

40. Em consequência directa dessas violações de lei, mormente do disposto nos artigos 59º e 86º, ambos do CPA, os órgãos administrativos não averiguaram factos relevantes e deixaram de fora do procedimento factos de que tinham conhecimento.

41. Não fora a violação reiterada do princípio do inquisitório, se o procedimento tivesse sido instruído com toda a factualidade pertinente, com a máxima aquisição dos factos referidos no articulado e dos demais que eram conhecidos dos órgãos administrativos instrutores, não ocorresse tal deficit de instrução, e a decisão final teria sido noutro sentido que não o da declaração de caducidade.

42. A decisão teria sido no mesmo sentido das decisões finais que foram tomadas nos procedimentos administrativos em que alguma daquela factualidade foi feita constar e foi ponderada, isto é, a decisão final teria sido a de continuidade da concessão.

43. A violação do princípio do inquisitório inquinou, portanto, por deficit de instrução, o próprio acto administrativo, o

qual enferma de ilegalidade, nomeadamente por violação dos artigos 59º e 86º do CPA mas também por violação dos princípios da legalidade e da prossecução do interesse público consagrados, respectivamente, nos artigos 3º e 4º do CPA.

44. Por outro lado, como falta uma exposição das razões de facto e de direito que determinam a decisão recorrida, a Recorrente foi colocando sucessivas hipóteses, cada uma correspondendo a uma hipotética via de fundamentação do acto administrativo, mas após a apreciação de cada hipótese, a Recorrente chega à conclusão que existe erro nos pressupostos que inquina o acto recorrido de ilegalidade.

45. Isto porque, como é sabido, os pressupostos de um acto administrativo devem ser sempre verdadeiros, pois se o autor de tal acto «admite a existência dessa situação quando efectivamente assim não sucede, é evidente que o autor se fundou, por erro, numa situação diferente insusceptível de servir de base à concretização da delegação conferida pela norma legal abstracta. Tal erro produz o resultado de tirar ao acto a sua base legal, tornando-a ilegal. O juiz deve então assimilar este erro de facto à violação da própria lei» (Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, p. 175).

46. A primeira série de hipóteses de fundamentação do acto impugnado assenta numa conjectura comum: o acto recorrido teria aplicado alguma alínea do artigo 215º da Lei n.º 10/2013, Lei de Terras.

47. Nesta primeira série de hipóteses, ao fazer aplicação de alguma alínea do mencionado artigo da Lei de Terras, o acto recorrido está viciado por erro nos pressupostos.

48. Já por a realidade factual não corresponder às referências a prazos que constam das hipóteses das alíneas 1) e 3) do artigo 215º da Lei de Terras, porque, nomeadamente:

I) As partes nunca atribuíram qualquer efeito prático a esses prazos.

II) Era patente e do conhecimento da Administração que a "Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo" já tinha entregue todos os estudos prévios, anteprojectos de obra (projecto de arquitectura) e projectos de obra a que se referiu posteriormente o artigo Quinto do Contrato de concessão.

III) No acompanhamento da execução do contrato, a Administração não determinou outros prazos à concessionária e deu indicações de que o plano inicial iria ser alterado, alteração que se comprova, aliás, no facto de ter sido adiada, por tempo indeterminado, a execução das infra-estruturas e dos arruamentos assinalados pela letra F.

IV) O contraente público aceitou o pagamento do prémio, o qual se encontra totalmente pago.

V) Em cumprimento de obrigação adicional imposta pela Administração, a concessionária ora Recorrente declarou expressamente o seu interesse no aproveitamento do lote objecto da concessão e prestou garantia bancária comprovativa da sua capacidade

financeira.

VI) Os órgãos administrativos estão a apreciar, há vários anos, os estudos e projectos para empreendimento de aproveitamento do lote objecto da concessão.

49. Já também por não estar verificado, na hipótese de aplicação da alínea 3) do referido artigo 215º, o requisito da culpa da concessionária no não aproveitamento do terreno e,

50. Tanto assim, que a Administração concluiu, em casos semelhantes e ponderando os motivos que são igualmente apresentados pela concessionária, ora Recorrente, que a fonte do atraso no aproveitamento assenta também em factos objectivos, alguns até factos notórios, pelo que o atraso no aproveitamento não é culposamente imputável à concessionária.

51. A segunda série de hipóteses de fundamentação do acto recorrido assenta na conjectura de que este acto buscaria fundamento, ainda que meramente formal, no n.º 2 e na alínea a) do n.º 1 da cláusula décima-terceira do contrato de concessão.

52. Nesta segunda série de hipóteses, o acto recorrido está viciado por erro nos pressupostos.

53. Já por a realidade factual relativamente ao lote da Recorrente não verificar a situação prevista na alínea a) do n.º 1 da cláusula décima-terceira do contrato, visto que, nomeadamente:

I) A concessionária nunca foi notificada para intervir ou para se pronunciar relativamente à eventual aplicação de uma multa diária nos termos da cláusula sexta do contrato.

II) A concessionária nunca pagou e nunca foi notificada para pagar uma multa prevista na cláusula sexta do contrato.

III) A concessionária nunca foi notificada de que iria iniciar-se, estaria a correr ou já teria findo algum prazo fixado pelo contraente público nos termos previstos no n.º 1 da cláusula sexta do contrato.

54. Já por ter havido, na execução das tarefas materiais e jurídicas de interpretação do contrato, violação das regras e critérios legais de interpretação das cláusulas contratuais, conduzindo, de facto, a uma representação errónea do regime contratual.

55. Seja ainda por, em lugar de realizarem as tarefas materiais e jurídicas de interpretação do contrato de concessão que tem por objecto o lote aqui em crise, os órgãos administrativos terem aplicado no procedimento as instruções internas que, a partir de 2010, passaram a aplicar, de modo uniformizado e sem atender aos concretos clausulados, nos procedimentos relativos aos terrenos que a DSSOPT iria tentar reaver para a RAEM sem indemnizações aos seus legítimos detentores.

56. Instruções internas que os colaboradores da DSSOPT supuseram vinculativas já que aprovadas por um despacho do Chefe de Executivo de 31 de Maio de 2010, na sequência de proposta do SOPT elaborada com base na informação n.º 095/DSODEP/2010, de 12 de Maio de 2010, do Departamento da Gestão de Solos da DSSOPT, mas

57. Tais instruções internas violam o disposto no n.º 1 do

artigo 173º do CPA e são nulas por vício de usurpação do poder, na modalidade de usurpação do poder judicial, poder que só aos tribunais compete exercer nos termos dos artigos 82º e 83º da Lei Básica.

58. Salvo o devido respeito, para além de revelarem a infracção das normas jurídicas aplicáveis, as diversas causas de erro nos pressupostos acima expostas inquinam o acto recorrido com várias invalidades porque representam uma clara violação dos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos residentes, consagrados nos artigos 3º e 4º do CPA, e uma ofensa aos princípios da separação de poderes e da independência dos tribunais acolhidos na Lei Básica.

Questões da violação de lei por violação do princípio da imparcialidade:

59. A Recorrente entende que o acto administrativo impugnado incorre em manifesta violação do princípio da imparcialidade previsto no artigo 7º do CPA, pelo que enferma de vícios de violação de lei que determinam a sua anulação nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

60. A predeterminação do resultado que veio a inquinar o acto administrativo tomou forma logo em 2010, quando, em cumprimento de directivas internas, os colaboradores da DSSOPT iniciaram procedimentos administrativos para dar forma jurídica à decisão de se reaverem determinados terrenos.

61. Afigura-se plausível que a tramitação desses procedimentos terá somente visado criar uma aparência de satisfação das formalidades legais, talvez por se supor que a determinação e o propósito de reaver determinados terrenos identificados num mapa já estavam definitivamente assentes, porque tinham sido aprovados por um despacho do Chefe do Executivo de 31 de Maio de 2010, na sequência de proposta do SOPT elaborada com base na informação n.º 095/DSODEP/2010, de 12 de Maio de 2010, do Departamento da Gestão de Solos da DSSOPT.

62. Foi assim no processo do acto ora impugnado, no qual toda a tramitação ocorrida em 2010 e 2011 serviu somente para criar uma aparência de satisfação das formalidades legais, sem qualquer efeito prático real.

63. E, salvo o devido respeito, a Recorrente entende que a violação do princípio da imparcialidade prosseguiu agora em 2015, com o teor do Parecer do SOPT de 14 de Maio de 2015.

64. Não apenas porque esse Parecer subtraiu à entidade competente para a decisão final, o conhecimento dos factos ocorridos relativamente ao lote em crise, em especial aqueles que se verificaram após 2011.

65. Mas também porque esse Parecer subtraiu à entidade competente para a decisão final, o conhecimento do sentido global da pronúncia da Comissão de Terras.

66. Com efeito, no parecer que é mencionado no considerando 12 do Parecer de 14 de Maio de 2015 do SOPT, a Comissão de Terras

pronuncia-se em termos dubitativos, pois, pese embora comece por acompanhar a DSSOPT na proposta de declaração de caducidade da concessão, termina sublinhando que as decisões do Chefe do Executivo em casos semelhantes são noutro sentido:

«Esta Comissão entende que deve sublinhar que nos procedimentos sobre o incumprimento dos contratos de concessão dos terrenos com as áreas de 15.823m², 8.124m² e 13.517m², situados na ilha da Taipa, junto à Estrada Governador Albano de Oliveira, titulados pelo Despacho n.º 173/SATOP/97, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 53, II Série, de 31 de Dezembro de 1997, Despacho n.º 13/SATOP/98, publicado no Boletim Oficial de Macau 10, II Série, de 11 de Março de 1998 e Despacho n.º 32/SATOP/98, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 17, II Série, de 29 de Abril de 1998, a decisão foi no sentido de não declarar a caducidade da concessão e, por conseguinte, de conceder um novo prazo para execução do respectivo aproveitamento, apesar de se considerar o não cumprimento do contrato imputável às concessionárias.»

67. Portanto, na parte agora transcrita, a pronúncia da Comissão de Terras tem o sentido de reconhecer que a prática seguida pelo Chefe do Executivo na resolução de casos semelhantes e na interpretação dos mesmos princípios e preceitos legais tem conduzido a decisões de sentido oposto àquilo que está a ser proposto pela DSSOPT.

68. Todavia, no texto do "Parecer" de 14 de Maio de 2015, assinado pelo SOPT, que foi submetido a ponderação e despacho do CE,

os órgãos administrativos omitem a transcrição ou a referência, mormente no ponto 12 do respigo de elementos do processo, desta avisada pronúncia da Comissão de Terras.

69. Outra ilustração da violação ostensiva do princípio da proporcionalidade é o facto de se deixar transparecer, nas peças processuais e no referido Parecer de 14 de Maio de 2015, a dúvida sobre se alguma vez foram apresentados estudos e anteprojectos para aqueles terrenos quando, de facto.

70. A pessoa que agora assina o parecer de 14 de Maio de 2015 na qualidade de Secretário para as Obras Públicas e Transportes já tinha tido anteriormente intervenção em estudo técnico bem como participou em reuniões em nome e representação da anterior concessionária do lote, facticidade que representa, por si só, causa de anulação do acto recorrido, por violação da alínea d) do n.º 1 do artigo 46º do CPA.

Questão da violação de lei por violação do princípio da igualdade

71. A Recorrente entende que o acto administrativo impugnado incorre em manifesta violação do princípio da igualdade previsto no artigo 5º do CPA, pelo que enferma de vício de violação de lei que determina a sua anulação nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

72. Quando os primeiros processos da longa série de procedimentos que foram organizados e instruídos pela DSSOPT, com aquela intenção predeterminada de reaver os terrenos identificados

no mapa, independentemente das especificidades factuais e jurídicas de cada caso, subiram ao Gabinete do Chefe do Executivo, os respectivos assessores detectaram as deficiências de instrução, a falta de neutralidade na apreciação de factos notórios e relevantes, assim como a falta de independência na avaliação do relevo para os atrasos nos aproveitamentos das acções e omissões imputáveis aos próprios serviços.

73. Em todos esses processos, a decisão final do Chefe do Executivo foi de sentido oposto ao sentido que a DSSOPT predeterminara e, em lugar da declaração da caducidade, a final houve fixação de novo prazo para aproveitamento do terreno, geralmente acompanhado de aplicação de multa à concessionária.

74. Há muitas semelhanças relevantes entre a situação dos terrenos visados nesses processos, mormente aqueles que a Comissão de Terras expressamente identifica no supra referido parecer, e a situação do lote objecto da concessão em crise:

I) Nos motivos do protelamento do aproveitamento, os quais se prendem com a repercussão de factos notórios e de factos conhecidos da Administração.

II) Na circunstância de todos os processos terem sido organizados e instruídos pelos mesmos órgãos administrativos.

III) Na identidade de pressupostos, tipo de procedimento administrativo e forma observada.

IV) No regime jurídico e nas soluções abstractamente disponíveis para a decisão final em cada processo: continuidade da

concessão; continuidade através da fixação de novo prazo; continuidade através da fixação de novo prazo acompanhado da aplicação de multa contratualmente prevista; declaração de caducidade.

75. É patente, por exemplo, o leque de semelhanças significativas entre o procedimento que conduziu ao acto recorrido e o procedimento administrativo sobre o incumprimento do contrato de concessão do terreno com a área de 15.823m², situado na ilha da Taipa, junto à Estrada Governador Albano de Oliveira, titulado pelo Despacho n.º 173/SATOP/97, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 53, II Série, de 31 de Dezembro de 1997:

I) Também aí a instrução culminou na proposta do SOPT, na sequência de proposta da DSSOPT, com base na informação n.º 191/DSODEP/2010, de 24 de Setembro, de que fosse declarada a caducidade da concessão do terreno pelo Chefe do Executivo e que todo o prémio e juros pagos, assim como o terreno e todas as benfeitorias aí introduzidas revertessem para a posse da RAEM, não havendo lugar a qualquer indemnização.

II) O teor daquela referida informação n.º 191/DSODEP/2010, de 22 de Julho da DSSOPT é similar ao teor das informações e pareceres emitidos no presente processo.

III) Os factos notórios que os assessores do Gabinete do Chefe do Executivo ponderaram e a que foram sensíveis, por se tratar de motivos objectivos ou de circunstâncias de força maior para impedir o aproveitamento desse terreno, coincidem com a factualidade

de motivos objectivos ou de circunstâncias de força maior para impedir o aproveitamento desse terreno, coincidem com a factualidade que também teve repercussão negativa no caso do terreno objecto da concessão em crise.

78. E o certo é que a decisão do procedimento administrativo, tomada por despacho do Chefe do Executivo de 19 de Agosto de 2011, foi no sentido de não declarar a caducidade da concessão do terreno, antes conceder um novo prazo para aproveitamento do terreno e aplicar multa à concessionária.

79. Dois casos semelhantes ao do acto impugnado e, contudo, a decisão recorrida foi de sentido oposto ao das decisões finais daqueles casos semelhantes.

80. Em síntese, o acto administrativo recorrido não usou critérios substancialmente idênticos aos usados naqueles casos semelhantes e é esta mudança de critérios, sem qualquer fundamento material, que viola ostensivamente o princípio da igualdade consagrado no artigo 5º do CPA e gera a invalidade por vício de violação de lei.

Questão da violação de lei por violação do princípio da proporcionalidade e do princípio da protecção dos direitos e interesses dos residentes

81. A Recorrente entende que o acto administrativo impugnado incorre em manifesta violação do princípio da proporcionalidade previsto no artigo 5º do CPA, pelo que enferma de vício de violação de lei que determina a sua anulação nos termos da alínea d) do n.º 1

do artigo 21º do CPAC.

82. Com efeito, do lado da concessionária estão reunidos todas as condições para o efectivo aproveitamento do terreno:

I) O contraente público aceitou o pagamento do prémio, o qual se encontra totalmente pago.

II) Em cumprimento de obrigação adicional imposta pela Administração, a concessionária ora Recorrente declarou expressamente o seu interesse no aproveitamento do lote objecto da concessão e prestou garantia bancária comprovativa da sua capacidade financeira.

III) Os órgãos administrativos estão a apreciar, há vários anos, os estudos e projectos para empreendimento de aproveitamento do lote objecto da concessão.

83. Por outro lado, os termos contratuais e a lei prevêem diversas vias para o contraente público não apenas decidir do modo de execução do contrato e fiscalizar a actuação da concessionária mas também para aplicar, se necessário, sanções pecuniárias, mormente sanções pecuniárias compulsórias, à concessionária.

84. As estipulações do contrato estão aliás redigidas, em especial o n.º 1 da cláusula sexta e a alínea a) do n.º 1 da cláusula décima-terceira, em termos que alicerçam a expectativa e o interesse da concessionária em não sofrer os efeitos sancionatórios que a declaração de caducidade acarreta sem que antes tenha havido a aplicação de qualquer multa ou a determinação de um prazo para concluir o aproveitamento.

85. À verificação do atraso no aproveitamento do terreno deveria ter-se seguido, como de resto sucedeu nos outros processos, a determinação de um novo prazo para a concessionária realizar as prestações que lhe incumbem para efectivar o aproveitamento do terreno, eventualmente acompanhado da aplicação da multa diária contratualmente prevista.

86. É manifesta a ofensa ao princípio da necessidade: não era exigível, nem necessário lesar os direitos e interesses da concessionária, ora recorrente, com a intensidade que resultará da eficácia do acto administrativo impugnado.

87. E é ostensiva a ofensa ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito: a concessionária é quem está na posição de mais rapidamente e com menos despesa realizar as obras e concretizar o aproveitamento do terreno; não há, no caso, qualquer benefício para o interesse público que compensasse a lesão sofrida pela concessionária.

88. O que tudo revela, do mesmo passo, que o modo como o acto recorrido prossegue o interesse público não respeita os direitos e interesses legalmente protegidos da concessionária, como exige o artigo 4º do CPA, pelo que está inquinado de vício de violação de lei que determina a sua anulação nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

Nestes termos e nos melhores de Direito, que V. Exas. doutamente não-de suprir, deve o presente recurso contencioso ser julgado totalmente procedente, por provado e, em consequência, deve

o acto recorrido ser declarado nulo ou anulado.”

*

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

*

Oportunamente, ambas as partes apresentaram alegações facultativas, reiterando, no essencial, a sua posição anteriormente assumida.

*

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

“Na petição inicial e alegações facultativas, a recorrente solicitou a declaração da nulidade ou a anulação do despacho do Chefe do Executivo traduzido em declarar a caducidade do contrato de concessão do terreno identificado nos arts. 5º a 7º e 11º da petição inicial.

*

1. D arguição do vício de forma da decisão

No caso sub judice, o despacho em questão tem o texto integral de simples “同意 /CONCORDO” exarado em 15/05/2015 pelo Exmo. Senhor Chefe do Executivo (vide. fls. 402 do P.A.). A esse despacho, a recorrente assacou, em primeiro lugar, o vício de forma da decisão, por não

observou as exigências de forma imposta pelo art. 167º da Lei de Terras.

Repare-se que de acordo com a disposição legal no n.º 1 do art. 115º do CPA, proclama inequivocamente o Venerando TSI que quando o acto é um simples "concordo", tanto a sua fundamentação, como a sua dispositividade, são aquelas que constam da informação, do parecer ou da proposta sobre que ele recai (cfr. Acórdãos proferidos nos Processos n.º 626/2016 e n.º 334/2017).

Por sua vez, asseverou o Venerando TUI (cfr. Acórdão proferido no Processo n.º 1/2018): Quando, após examinar e citar parecer da Comissão de Terras, o Secretário para os Transportes e Obras Públicas exarou um parecer com 12 pontos, em que concluía dizendo: "Consultado o processo supra mencionado e concordando com o que vem proposto pelas razões indicadas naquele, solicito a Sua Excelência o Chefe do Executivo que declare a caducidade da concessão do referido terreno" e o Chefe do Executivo exarou o despacho "Concordo" sobre o parecer do Secretário, a interpretação deste Despacho só pode ser uma: o Chefe do Executivo declarou formalmente a caducidade da concessão do referido terreno.

Estas brilhantes jurisprudências caucionam-nos a acreditar tranquilamente que o despacho de "Concordo" exarado pelo Exmo. Sr. Chefe do Executivo no parecer do

STOP é existente e formalmente válido, não eiva da inobservância à exigência prescrita no art. 167º da Lei de Terras.

*

2. Da falta da fundamentação

Antes, recorde-se a sagaz jurisprudência do TSI (cfr. arestos nos Processos n.º 626/2016 e n.º 334/2017), segundo a qual a declaração de concordância implica que a fundamentação e dispositividade do despacho recorrido, cujo texto integral é de " 同意 /CONCORDO", são as constantes do parecer emitido pelo Exmo. Sr. STOP em 14/05/2015 (vide. doc. de fls. 402 a 407 do P.A.).

Ora, evidente é que esse parecer do Exmo. Sr. STOP não contém alegação de factos concretos nem precisa citação de preceitos legais, mas só a descrição da tramitação processual, a menção de dois pareceres da Comissão de Terras e do relatório do Departamento Jurídico da DSSOPT de 15/09/2011 bem como a conclusão de solicitar a declaração da caducidade a Sua Excelência Chefe do Executivo.

Repare-se que o Parecer n.º 29/2011 da Comissão de Terras sugeriu duas resoluções alternativa - declaração da caducidade ou a rescisão do contrato de concessão (doc. de fls. 171 a 186 do P.A.), e o seu Parecer n.º 113/2011 apontou três casos em que "a decisão

foi no sentido de não declarar a caducidade da concessão e, ..., apesar de se considerar o não cumprimento do contrato imputável às concessionárias.” (doc. de fls. 371 a 375 do P.A.)

Sendo assim, afigura-se-nos que a frase “Consultando o processo supra mencionado e concordando com o que proposto pelas razões indicadas naquele” são vaga e insuficiente para a recorrente compreender as razões subjacentes à solicitação da declaração da caducidade.

Sucedo ainda que enquanto os sobreditos Pareceres da Comissão de Terras e o relatório do Departamento Jurídico da DSSOPT citaram, sem dúvida, disposições da Lei n.º 6/80/M, a notificação do acto recorrido e o Despacho do STOP para a publicação daquele acto se referem a preceitos da Lei n.º 10/2013 (docs. de fls. 136 a 138 e 128 a 129 dos autos). Daí surgem a confusão e discrepância quanto à base legal do despacho in quaestio.

É verdade que a deficiente notificação do acto administrativo não é causa de invalidade do acto (cfr. Acórdão do TUI no Processo n.º 25/2012), porém é de ter presente a seguinte particularidade do vertente caso: a notificação causa discrepância e incerteza da base legal do despacho em causa, e tal incerteza impede, ou ao menos, dificulta a recorrente de aprender a base legal da

declaração da caducidade titulada pelo despacho em crise. O que implica que se verifica in casu a falta de fundamentação.

*

3. Da arguição da falta da audiência

Bem, no despacho recorrido o Exmo. Senhor Chefe do Executivo manifesta a iniludível concordância com o parecer do Exmo. Sr. STOP de 14/05/2015, e ele declarou a concordância com "o que vem proposto pelas razões indicadas" no processo referido nesse parecer (doc. de fls. 402 a 407 do P.A.). Tais "razões indicadas" revelam, sem margem para dúvida, que a caducidade declarada pelo despacho recorrido deriva do incumprimento do prazo de aproveitamento imputável à concessionária/ora recorrente, e esse incumprimento ocorreu, igualmente sem mínima dúvida, na vigência da Lei n.º 6/80/M, portanto, os supramencionados Pareceres da Comissão de Terras e o relatório do Departamento Jurídico da DSSOPT citaram as disposições desta Lei como base legal da declaração da caducidade. No entanto, recorde-se que a notificação do acto recorrido e o Despacho do STOP para a publicação do acto recorrido invocam, a título de suporte legal, preceitos da Lei n.º 10/2013 (docs. de fls. 136 a 138 e 128 a 129 dos autos). Como apontou acima, verifica-se in casu a modificação da base legal.

Salvo merecido respeito pela opinião diferente, inclinamos a colher que a sobredita modificação da base legal exige prévia audiência, pese embora a recorrente tivesse recebido a notificação do Parecer n.º 29/2011 da Comissão de Terras e apresentasse a audiência escrita e documentos complementares (docs. de fls. 319 a 321 e 306 a 308 do P.A.), cuja omissão germina a indevida falta de audiência para aplicação in cau da Lei n.º 10/2013.

*

4. Da arrogada violação do princípio do inquisitório

A pretexto da ofensa do dito princípio previsto nos arts. 59º e 86º do CPA, a recorrente assacou vagamente que "Os órgãos administrativos não cumpririam os seus poderes-deveres de proceder às investigações necessárias ao conhecimento dos factos essenciais ou determinantes para à decisão, à descoberta e ponderação de todas as dimensões de interesses públicos e privados que se ligam com a decisão final." (art. 236º da petição)

Acontece que ela própria afirmou que "E todos estes factos eram do conhecimento dos órgãos administrativos" (art. 254º da petição). Significa isto que a recorrente admitiu que os órgãos administrativos haviam tido conhecimento de todos os factos referidos por ela a título de factos essenciais ou determinantes. Com

efeito, o que ela arrogou no fundo é que tais factos não foram considerados e valorados pela Administração.

Na nossa óptica, a recorrente incorreu no erro na qualificação jurídica. Pois bem, de acordo com a doutrina e jurisprudência praticamente pacífica, a desconsideração e não valoração de factos de que a Administração tenha conhecimento não constituem deficit de instrução ou ofensa do princípio do inquisitório, mas dá luz a erro nos pressupostos de facto.

O que é decisivo é que a Administração não só tinha conhecimento dos factos relevantes, mas também os analisou e ponderou minuciosamente, por isso, não se descortina in casu o deficit de instrução ou ofensa do princípio do inquisitório, nem o erro nos pressupostos de facto.

*

5. Da assacada violação do art. 215º da actual Lei de Terras

Repare-se que até a 15/05/2015 em que o Exmo. Senhor Chefe do Executivo proferiu o despacho em escrutínio, a concessão do terreno Lote BT6 a favor da recorrente tivera sido provisória, nunca sendo convertida em definitiva, e o incumprimento culposo do prazo de aproveitamento por ela mesma teve lugar antes da entrada em vigor da Lei n.º 10/2013.

Assevera reiteradamente a jurisprudência mais autorizada (a título exemplificativo, vide. Acórdão do TUI no Processo n.º 72/2019): Tendo em conta que o proémio do artigo 215.º da nova Lei de Terras já determina a aplicação da lei às concessões provisórias anteriores à sua entrada em vigor, a intenção da alínea 3) do mencionado artigo 215.º, é a de aplicar imediatamente dois preceitos da lei nova (n.º 3 do artigo 104.º e artigo 166.º), mesmo contra o que esteja convencionado nos respectivos contratos (alínea anterior) e na lei antiga, quando tenha expirado o prazo anteriormente fixado para o aproveitamento do terreno e este não tenha sido realizado por culpa do concessionário.

Em esteira, inclinamos a entender que ao caso sub judice se aplica o preceito na alínea 3) do art. 215º da Lei n.º 10/2013 que manda aplicar o disposto nos n.º 3 do art. 104º e art. 166º desta Lei, pelo que incuravelmente falece a invocada violação do art. 215º da Lei aludida.

*

6. Da arguição de violação de Lei e usurpação de poder

A recorrente arrogou que o despacho em causa enfermava da violação de lei, sobretudo por que ela nunca tinha sido notificada para intervir ou se pronunciar

relativamente à eventual aplicação de uma multa, nem pagou ou notificada para pagar alguma multa (arts. 344º e 345º da petição). De outro lado, arrogou que as instruções tituladas pelo despacho de aprovação da Informação n.º 095/DSODEP/2010 eivam da usurpação de poder.

6.1. Ora, o art. 103º da Lei n.º 6/80/M e o art. 103º da Lei n.º 10/2013 vêm consagrando, sucessiva e concludentemente, o dever de aproveitamento a concessionários que ficam vinculados a cumprir pontualmente o correlativo contrato de concessão e, nomeadamente, o dever de aproveitamento no seu completo, e devem sempre proceder de boa fé (arts. 400º/1, 753º/1 e 752º/2 do Código Civil de Macau, correspondentes aos 406º/1, 763º/1 e 762º/2 do seu antecedente)

O que nos leva a perfilhar a sensata jurisprudência que afirma (cfr. Acórdão do TSI no Processo n.º 433/2015): Desde que verificada a culpa do concessionário no não aproveitamento atempado dentro do prazo contratualmente estabelecido, a Administração, mesmo que não tenha aplicado a multa contratual, está vinculada a declarar a caducidade-sanção por incumprimento, face ao disposto no art. 166º, nº 1, al. 1), da Lei nº 10/2013." Com efeito, a alínea 1) do nº 1 do art. 166º da nova Lei de Terra é clara no sentido de

que a caducidade da concessão o provisória por falta de aproveitamento no prazo fixado opera-se independentemente de ter sido aplicada ou não a multa, em lado algum da lei se prevê a necessidade da precedência da aplicação da multa para o efeito (cfr. Acórdão do TSI de 07/07/2016 no Processo n.º 434/2015).

Em esteira, podemos inferir que o despacho ora posto em crise não padece da arrogada violação de lei, na medida em que a aplicação da multa contratualmente estipulada não constitui pressuposto da declaração da caducidade da concessão derivada do não aproveitamento culposo.

6.2. *Nos termos do disposto nos n.º 5 do art. 105º e n.º 2 em conjugação com n.º 1 do art. 166º da Lei n.º 6/80/M bem como no n.º 5 do art. 105º e na alínea 1) do n.º 1 do art. 166º da Lei n.º 10/2013, pertence-se sempre ao Chefe do Executivo o poder de decidir casuisticamente se cada incumprimento do prazo de aproveitamento for ou não culposo. Nestes termos e em homenagem da prudente jurisprudência de que os tribunais não podem declarar oficiosamente a caducidade do contrato de concessão por arrendamento de terreno por decurso do prazo da concessão (vide. Acórdão do TUI no Processo n.º 28/2017), colhemos que neste domínio, as disposições nestas Leis de Terras prevalecem o preceito no n.º 1 do*

art. 173º do CPA.

De outra banda, convém ter presente que as instruções de serviço são ordens dados pelos superiores para serem seguidas pelos subalternos de modo a habilitá-los a proceder em circunstâncias futuras que não se sabe precisamente como se apresentarão, não podendo constitui fonte de direito (vide. Acórdãos do TUI nos Processos n.º 81/2016 e n.º 38/2017).

Tudo isto impulsiona-nos a concluir que nem o despacho recorrido nem as instruções incorporadas no Despacho exarado pelo Exmo. Senhor Chefe do Executivo na Informação n.º 095/DSODEP/2010 enfermam do vício da usurpação do poder que, segundo a doutrina do saudoso Professor Freitas do Amaral (cfr. Direito Administrativo, Vol. III, Lisboa 1989, p. 295), traduz na prática por órgão da Administração de um acto incluído nas atribuições do poder legislativo ou judicial, violando assim o princípio da separação de poder.

*

7. Da arguição de violação dos princípios referidos pela recorrente

Na petição, a recorrente assacou, ao despacho em questão, ainda a violação dos princípios da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade e da protecção dos direitos e interesses dos residentes, elencando no art.

362º da petição alguns exemplos à colação.

7.1. Ora, proclama a brilhante jurisprudência que a crise no sector imobiliário, bem como as circunstâncias menos favoráveis ocorridas desde 1996 até 2005 não podem servir de justificação para o não aproveitamento, sobretudo se o contrato de concessão foi celebrado já durante o período de crise e se o concessionário nunca comunicou, por escrito, ao concedente, o mais rapidamente possível, a ocorrência dos referidos factos (cfr. Acórdão do TSI no Processo n.º 433/2015). E não se deve olvidar da advertência de que "Tal como em qualquer negócio, o particular, na concessão do terreno, tem de suportar o risco do negócio por sua conta própria, não podendo fruir dos benefícios de uma concessão a longo prazo e ao mesmo tempo alegar que não podia realizar já a finalidade que esteve na base dela, reservando para si, e por seu livre alvedrio, o momento mais conveniente para a concretizar. Estando no domínio duma relação contratual estabelecida por acordo e conjugação dos interesses das partes, pelo que não se pode só ponderar os interesses do particular e ignorar os interesses públicos subjacentes à concessão." (cfr. Acórdão do TSI no Processo n.º 434/2015)

Por natureza da concessão, o cumprimento do dever legal de aproveitamento é por conta e risco próprios dos concessionários, por isso importa ter presente que

"Entretanto, a concessionária não aproveitou o terreno no prazo de aproveitamento fixado no contrato de concessão e respectiva prorrogação, não se vislumbrando ter ela agido diligentemente realizando atempadamente os trabalhos e as obras de aproveitamento, pelo que verificada está a culpa da concessionária na falta de aproveitamento do terreno concedido." (a título exemplificativo, cfr. Acórdão do TSI no Processo n.º 499/2015)

No caso sub judice, o Parecer n.º 29/2011 da Comissão de Terras apontou concludentemente que "土地管理廳還在分析報告書上陳述，承批人解釋因該土地一直被非法佔用，經多年與霸佔土地的佔用人商討清遷問題，直至2006年年底才與佔用人達成搬遷協議。然而，承批人卻從沒有將有關事宜通知該局或向該局請求協助，亦沒有就延長土地的利用期提出任何申請。此外，當承批人與非法佔地者達成清遷協議後，其於2007年2月8日才向該局遞交一分新的初研方案，但當時土地利用期限已過了四年，而該方案主要的目的是將樓宇的總高度增至海拔156米及調整各種用途的建築面積。然而，將該初研方案訂定的建築面積與第125/SATOP/99號批示規定的建築面積相比，發現總建築面積增多了4,267平方米，因此該等責任應歸責於承批人。根據在現場拍下的照片，土地現存放著大量建築材料及放置了數個作為臨時辦公室的貨櫃箱。" Verifica-se ainda que "根據土地工務運輸局提供的資料，承批人不但無遵守第五款所規定的期限，而且無作延長該期限的申請，亦未繳交溢價金及利用期逾期後，於2007年2月才遞交初研方案，該方案更改了合同所規定的土地利用。" A recorrente não conseguiu abalar o incumprimento do prazo de aproveitamento, do não pagamento do prémio e do "將樓宇的總

高度增至海拔156米”。

Na sua audiência escrita, ela alegou a decadência e crise económicas, a inquietação do público com a preocupante situação da segurança e ordem públicas, a influência da epidemia SARs, a dificuldade de obter financiamento de capitais e assim “19. 在2003年6月16日, 在上述經濟氛圍下, 本公司無法預見自由行在同年9月份的開放, 當時整個市場 (包括房地產市場) 因為非典型肺炎的沉重打擊, 本公司在沒有資金來源及市場需求的前景下, 沒有信心向 貴局提出延長土地利用期限的方案。” (vide. fls. 309 a 301 verso do P.A.)

Avaliando tal facto ao abrigo do critério legal consignado no n.º 2 do art. 480º do Código Civil e em harmonia das jurisprudências supra aludidas, afigura-se nos que a decisão no sentido de o não aproveitamento ser culposo e imputável à concessionária é impecável, não enfermando do qualquer erro de facto ou de direito, nem da total desrazoabilidade.

7.2. *Para os devidos efeitos, perfilhamos a sensata jurisprudência que preconiza (vide. Acórdão do TSI no Processo n.º 672/2015): II. Se o concessionário não realizar o aproveitamento no prazo acordado contratualmente para o efeito é vinculada a actividade administrativa na declaração de caducidade com esse fundamento (por alguns designada caducidade-sanção), independentemente de não ter havido aplicação de multa.*

III. O facto de o concedente não ter aplicado a multa contratual na altura própria não o impede de a aplicar posteriormente. IV. De igual modo, a circunstância de naquela ocasião não ter sido declarada a caducidade por não aproveitamento no prazo previsto não afasta o dever de a declarar a todo o momento, nem faz transferir para o contraente público a culpa do não aproveitamento.

A nossa leitura dos arestos dos Venerandos TUI e TSI convence-nos de ser unânime a orientação jurisprudencial, segundo a qual é vinculado o poder administrativo para declarar a caducidade, quer de preclusão quer de sanção, das concessões de terrenos (a título exemplificativo, cfr. Acórdãos do TUI nos Processos n.º 62/2017 e 111/2018, do TSI nos n.º 433/2015, n.º 436/2015 e n.º 574/2016).

Para o alto TUI, é igualmente vinculada a interpretação da "culpa" prescrita na norma da alínea 3) do art. 215.º da Lei n.º 10/2013, visto que a palavra "culpa" constitui um conceito indeterminado cuja densificação comporta a mera interpretação da lei, temos por certo que esta brilhante doutrina se aplica a "culpa" prescrita nos arts. 104.º e 166.º da mesma Lei.

Em esteira, inclinamos a extrair que o despacho impugnado nestes autos é dotado da natureza de acto administrativo vinculado, mesmo que o Chefe do Executivo

detenha certa margem de livre apreciação para decidir se ele considerar justificativo o "motivo não imputável", nos termos e para os efeitos consignados no n.º 5 do art. 104º da Lei n.º 10/2013.

7.3. 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 dos princípios da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade e da protecção dos direitos e interesses dos residentes.

*

8. Aproveitamento do despacho recorrido

Chegando aqui, somos levados a concluir que na nossa óptica, se verifica in casu apenas a falta de fundamentação e a indevida omissão da audiência assacadas pela recorrente ao despacho in quaestio, e ambas se atinem apenas à aplicação da Lei n.º 10/2013, sendo

improcedentes todos os restantes argumentos dela.

Para os devidos efeitos, interessa sublinhar, em primeiro lugar, que o prazo da concessão prescrito no n.º1 da Cláusula Segunda do Despacho n.º 125/SATOP/99 terminou irreversivelmente em 29/10/2014 e até então a concessão titulada por esse Despacho, sem margem para dúvida, tinha sido provisória, nunca sendo convertida na definitiva.

Note-se que 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, e o Chefe do Executivo não tem que apurar se este incumprimento das cláusulas de aproveitamento se deve ter por motivo não imputável ao concessionário (cfr. Acórdãos do TUI nos Processos n.º 28/2017, n.º 43/2018 e n.º 72/2019). 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).

Em esteira, e dado que o despacho recorrido é acto administrativo vinculado, podemos extrair que a

declaração da caducidade da concessão incorporada no Despacho n.º 125/SATOP/99 é a única solução legal, sem qualquer outra alternativa. E temos por impecável a posição do MMº Relator que apontou (cfr. douto despacho de fls. 912 a 913 dos autos): Devido ao decurso do prazo da referida concessão traduzido no período de 25 anos, "ainda que as razões invocadas pela recorrente sejam consideradas procedentes, crendo-se que a recorrente já não poderá proceder ao seu aproveitamento por qualquer forma, decorrido que seja o prazo máximo da concessão".

Convém ter presente que o aresto prolatado pelo Venerando TUI no Processo n.º 90/2018 menciona o princípio do aproveitamento dos actos administrativos praticados no exercício de poderes vinculados, afirmando inequivocamente: "Relativamente à invocada preterição de audiência prévia da interessada, tem este TUI entendido que sempre que, no exercício de poderes vinculados por parte da Administração, o tribunal conclua, através de um juízo de prognose póstuma, que a decisão administrativa tomada era a única concretamente possível, a falta de audiência do interessado, prevista no artigo 93.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, degrada-se em formalidade não essencial do procedimento administrativo (acórdãos de 25 de Julho e de 25 de Abril, ambos de 2012, respectivamente, nos Processos n.ºs 48/2012 e 11/2012),

doutrina que é de manter.” Daí resulta que a indevida preterição da audiência verificada no caso sub judice se degrada na formalidade não essencial e não produz efeito invalidante ao despacho em questão.

Por maioria da razão, resta-nos a inferir que tal equilibrada jurisprudência mais autorizada do Venerando TUI é igualmente aplicável e válida e aplicável à falta de fundamentação invocada pela recorrente, na medida em que esta falta se traduz apenas em não explicar a razão determinante da aplicação da Lei n.º 10/2013 ao vertente caso e, de outro lado, que a aplicação da antiga Lei de Terras à inobservância do prazo de aproveitamento culposa e imputável à ora recorrente conduziria também a caducidade da mesma concessão (art. 166º, n.º 2 em conjugação do n.º 1, da Lei n.º 6/80/M).

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 outras excepções e 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:

A recorrente é uma sociedade comercial com sede em Macau.

Por Despacho n.º 125/SATOP/99, publicado no Boletim Oficial, II Série, n.º 50, de 17 de Dezembro de 1999, o Secretário-Adjunto para os Transportes e Obras Públicas do, então, Governo de Macau, deferiu o pedido de transmissão dos lotes BT6, BT11, BT8, BT9 e BT12 situados na ilha da Taipa, na Avenida Kwong Tung (antiga estrada Governador Albano de Oliveira), nos termos do contrato acordado entre o Território de Macau, como primeiro outorgante, a sociedade transmitente "Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo, Limitada", como segundo outorgante, e as sociedades transmissárias Companhia de Investimento Predial Hamilton Limitada, Companhia de Investimento Predial Pak Lok Mun Limitada, Sociedade Fomento Predial Socipré Limitada, Sociedade Fomento Predial Predific Limitada e Companhia de Investimento Predial Hoi Sun

Limitada, como terceiro, quarto, quinto, sexto e sétimo outorgantes, respectivamente. (fls. 29 a 38 do Processo de Comissão de Terras)

Através desse mesmo despacho foi, ainda, deferido o pedido de revisão da concessão de cada um dos lotes, nos termos dos contratos acordados entre o Território de Macau como primeiro outorgante e cada uma das sociedades transmissárias como segundo outorgante.

Nos termos do artigo primeiro do referido contrato, constituiu objecto do mesmo:

1. A reversão a favor do primeiro outorgante, livre de quaisquer ónus ou encargos, para integrar a via pública, da parcela de terreno com a área de 12.376 m², assinalada pela letra "F" na planta n.º 128/89, emitida pela Direcção dos Serviços de Cartografia e Cadastro (DSCC) em 11 de Março de 1996, que faz parte integrante do contrato (planta esta que foi publicada no Boletim Oficial n.º 36, II Série, de 6 de Setembro de 2000, através do Despacho do Secretário para os Transportes e Obras Públicas n.º 76/2000), a desanexar do terreno descrito na CRP sob o n.º 20670 a fls. 92v do livro B45 e inscrito a favor do segundo outorgante sob o n.º 7378 a fls. 86v do livro F8, com a área de 30.798 m², assim reduzida para 18.422 m²;

2. A divisão dos 18.422 m² remanescentes em 5

(cinco) lotes, a desanexar da descrição n.º 20670, assinalados pela letra "A", "B", "C", "D" e "E", na mencionada planta, respectivamente, designados por lote BT6, lote BT11, lote BT8, lote BT9 e lote BT12, com a área de 2.795 m², 2.209 m², 3.177 m², 7.731 m² e 2.510 m²;

3. A transmissão pelo segundo outorgante (Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo, Limitada), com autorização do primeiro outorgante (Território de Macau), do lote de terreno BT6, assinalado pela letra "E" na planta acima referida, pelo preço de \$1.500.000,00 patacas para a outorgante Companhia de Investimento Predial Hamilton Limitada;

4. O aproveitamento do lote referido no ponto anterior seria efectuado nas condições definidas em contrato autónomo, titulado pelo Despacho acima referido.

Nos termos da cláusula primeira do contrato referido no ponto 4 do artigo anterior, constituía seu objecto a revisão da concessão, por arrendamento, respeitante do terreno com a área de 2.795 m² situado na ilha da Taipa, assinalado pela letra "E" na planta anexa n.º 128/89, emitida pela DSCC em 11 de Março de 1996, e designado por lote BT6, a desanexar do terreno descrito na CRP sob o n.º 20670 a fls. 92v do livro B45.

Nos termos da cláusula segunda desse contrato, o arrendamento seria válido pelo prazo de 50 anos, contados

a partir de 29 de Outubro de 1964, data da outorga da escritura pública de concessão inicial.

Nos termos da cláusula terceira do mesmo contrato, o terreno seria aproveitado com a construção de um edifício, em regime de propriedade horizontal, constituído por um pódio com 4 pisos e 2 torres, uma com dezanove pisos e outra com vinte e nove pisos, afectado às seguintes finalidades de utilização: (i) habitacional; (ii) comercial, (iii) estacionamento e (iv) creche.

De acordo com a cláusula quinta do citado contrato, o aproveitamento do terreno deveria operar-se no prazo de 42 meses, contados da data de publicação no Boletim Oficial de Macau do Despacho que titulou o contrato (Despacho n.º 125/SATOP/99, publicado em 17 de Dezembro de 1999).

Ainda, de acordo com a mesma cláusula quinta, o segundo outorgante, a ora Recorrente, deveria, relativamente à apresentação dos projectos e início das obras, observar os seguintes prazos:

- 60 dias, contados da publicação do despacho que titulou o contrato, para a elaboração e apresentação do anteprojecto de obra (projecto de arquitectura);

- 90 dias, contados da notificação da aprovação do anteprojecto de obra, para elaboração e apresentação do projecto de obra (projectos de fundações, estruturas,

águas, esgotos, electricidade e instalações especiais);

- 45 dias, contados da data da notificação da aprovação do projecto de obra, para o início das obras.

Estatuía-se ainda na referida cláusula quinta que:

- Para efeitos do cumprimento dos prazos referidos no número anterior, os projectos só se considerariam efectivamente apresentados quando completa e devidamente instruídos com todos os elementos;

- Para efeitos da contagem do prazo (de 42 meses) entendeu-se que, para a apreciação dos projectos, os Serviços competentes observariam um prazo de 60 dias;

- Caso os Serviços competentes não se pronunciassem no prazo de 60 dias, o segundo outorgante poderia dar início às obras projectadas 30 dias após comunicação por escrito à DSSOPT, sujeitando, todavia, os projectos a tudo o que se encontrava disposto no Regulamento Geral de Construção Urbana (RGCU) ou em quaisquer outras disposições aplicáveis e ficando sujeito a todas as penalidades previstas naquele RGCU, com excepção da estabelecida para a falta de licença. Todavia, a falta de resolução, relativamente ao anteprojecto de obra, não dispensava o segundo outorgante da apresentação do respectivo projecto de obra.

Nos termos da cláusula sexta do referido contrato

ficou estabelecido o seguinte:

- Salvo motivos devidamente justificados e aceites pelo primeiro outorgante, pelo incumprimento dos prazos fixados na cláusula quinta, relativamente à apresentação dos projectos, início e conclusão das obras, o segundo outorgante ficou sujeito a multa que poderia ir até \$5.000,00 (cinco mil) patacas, por cada dia de atraso até 60 dias; para além desse período e até ao máximo global de 120 dias, ficava sujeito a multa que poderia ir até ao dobro daquela importância;

- O segundo outorgante ficava exonerado da responsabilidade acima referida em casos de força maior ou de outros factos relevantes que estivessem, comprovadamente, fora do seu controlo, obrigando-se a comunicar, por escrito, ao primeiro outorgante, o mais rapidamente possível, a ocorrência dos referidos factos;

- Consideravam-se casos de força maior os que resultassem exclusivamente de eventos imprevisíveis e irresistíveis.

Na cláusula décima terceira do contrato ficou estabelecido que o mesmo caducaria, entre outros casos, findo o prazo da multa agravada previsto na cláusula sexta.

Por ofício de 17.5.2011, a concessionária foi notificada, em sede de audiência de interessados, do

projecto de decisão no sentido da provável declaração de caducidade da concessão do terreno correspondente ao lote BT6 por incumprimento das obrigações contratuais. (fls. 193 a 194 do Processo da Comissão de Terras)

Em 30.5.2011, a concessionária apresentou a sua defesa por escrito. (fls. 319 a 321 e 306 a 310 do Processo da Comissão de Terras)

O Departamento Jurídico da DSSOPT elaborou em 15.9.2011 o seguinte parecer:

“RELATÓRIO DA AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS, ELABORADO NOS TERMOS DO ARTIGO 98.º DO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (CPA), A QUE FOI SUBMETIDO O SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO FINAL RELATIVO À CONCESSÃO, POR ARRENDAMENTO, DO TERRENO COM A ÁREA DE 2.795 m², SITUADO NA ILHA DA TAIPA, DESIGNADO POR LOTE BT6, TITULADO PELO DESPACHO n.º 125/SATOP/99

I. Enquadramento

Por despacho do Chefe do Executivo, de 26 de Novembro de 2010, foi aprovada a proposta da Direcção de Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes (DSSOPT) constante do ponto 5 da informação n.º 214/DSODEP/2010, de 3 de Novembro de 2010, de iniciar o procedimento de declaração de caducidade da concessão, por arrendamento, a favor da concessionária Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada, do terreno situado na ilha da Taipa, designado por lote BT6, titulado pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, por incumprimento das cláusulas quinta, sétima e oitava do contrato de revisão da concessão, e decidido submeter o

processo à Comissão de Terras, para análise e emissão de parecer.

Reunida em sessões de 19 de Janeiro e 24 de Fevereiro de 2011, a Comissão de Terras, após análise do processo n.º 43/2010, e em concordância com a proposta da entidade concedente, propõe a declaração de caducidade da concessão, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato e da alínea a) do n.º 1 do artigo 166º da Lei de Terras, ex vi do n.º 2 do mesmo artigo, ou a declaração de rescisão do contrato, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 da cláusula décima quarta do contrato e na alínea c) do n.º 1 do artigo 169º da referida Lei, e a consequente reversão do terreno, livre de quaisquer ónus ou encargos, à posse da RAEM, com todas as benfeitorias aí introduzidas, sem direito a qualquer indemnização por parte da concessionária.

Propõe ainda aquela Comissão que nos termos dos artigos 93º e 94º do CPA, a concessionária seja notificada para, no prazo de dez dias a contar da data da notificação, se pronunciar por escrito sobre o sentido provável da decisão.

Submetido o parecer da Comissão de Terras a homologação do Chefe do Executivo, decidiu esta entidade, por despacho de 24 de Março de 2011, que antes da tomada da decisão final neste procedimento de declaração de caducidade da concessão deveria ser realizada a audiência da concessionária e solicitado parecer ao Ministério Público,

Nos termos do disposto nos artigos 93º e 94º CPA, a DSSOPT, através do ofício n.º 336/6318.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011, submeteu o sentido provável da decisão (declaração de caducidade da concessão) a audiência prévia do interessado, tendo este disposto de um prazo de 10 dias a contar da data da notificação para se pronunciar por escrito.

No âmbito deste procedimento, foi recebida, dentro do prazo, resposta da

concessionária Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada (em anexo ao presente relatório).

O presente relatório apresenta uma síntese dessa resposta e o entendimento da DSSOPT sobre as questões levantadas. Dado o carácter sintético deste documento, a sua análise não dispensa a consulta da referida resposta.

II. Síntese da resposta recebida

Na resposta à audiência prévia recebida pela DSSOPT, em 27 de Maio de 2011, a concessionária diz o seguinte:

1. A nossa companhia, “Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada”, foi notificada pelo ofício n.º 336/6318.02/DSODEP/2011 da V./Direcção em que a Administração pretendia declarar a caducidade da concessão provisória do terreno em apreço e, de acordo com o disposto no n.º 3 da cláusula 13ª do contrato, seriam revertidos para a RAEM o terreno e todas as benfeitorias aí introduzidas sem direito a qualquer indemnização.

2. No que diz respeito ao acto administrativo acima mencionado (Proc. n.º 6318.02), vimos por meio desta carta apresentar a audiência escrita, expondo à V/Direcção a justificação por escrito e o pedido.

3. Sumariando o teor das informações n.ºs 59/DJUDEP/2010 do DJUDEP, 120/DSODEP/2010 e 214/DSODEP/2010, ambos do DSODEP, chegou-se à conclusão que as razões eram imputáveis à nossa companhia, pelo incumprimento das obrigações estipuladas nas cláusulas do contrato de concessão por arrendamento do terreno BT6 de acordo com o despacho n.º 125/SATOP/99 de 17.12.1999:

- Não pagou o prémio de acordo com o disposto na cláusula 7ª do contrato;

- Não aproveitou o lote BT6 de acordo com o disposto na cláusula 5ª do

contrato;

- Não executou os encargos especiais previstos na cláusula 8ª do contrato: a desocupação e remoção do terreno de quaisquer construções e materiais aí existentes;

- Não procurou cumprir as obrigações acima mencionadas quando deparou com dificuldades;

- Perante essas situações difíceis de cumprir as obrigações referidas anteriormente, após o prazo de aproveitamento do terreno ter expirado em 16.6.2003 e de acordo com as cláusulas 5ª e 6ª do contrato não requereu junto à Direcção dos Serviços a prorrogação do prazo de aproveitamento do mesmo.

4. Em simultâneo, conforme a informação acima mencionada, os argumentos aduzidos em 12.05.2010 pela nossa companhia respeitantes ao incumprimento das obrigações, não foram considerados como casos de força maior, imprevisíveis, irresistíveis ou de factos relevantes que comprovariam fora do seu controlo, pelo que a responsabilidade pelo incumprimento das obrigações era exclusivamente imputada à nossa companhia.

5. Em 1º lugar, reconhecemos que não houve cumprimento rigoroso das cláusulas do contrato respeitantes ao pagamento do prémio e aproveitamento do lote BT6.

6. No entanto, a nossa companhia não se identifica com a informação, na qual denotou que não tinha interesse em desenvolver o lote BT6.

7. A “Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo, Limitada” era um dos sócios desta companhia, ou seja, conforme constante na escritura do contrato de concessão de 29.10.1964, era concessionária do terreno constituído pelos lotes “BT6”, “BT6”, “BT8”, “BT9” e “BT12”, sito no centro da ilha da Taipa, na Av. Kwong Tung;

8. Depois da concessão dos lotes à “Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo, Limitada” em 1964, esta dedicou-se sempre ao desenvolvimento e aproveitamento desses lotes. Em finais de 1960, estava implantada nos actuais lotes BT11 e BT12 uma fábrica de fiação e as restantes áreas eram destinadas à colocação de materiais metálicos das máquinas da fábrica. Posteriormente, como na altura em toda a Taipa não havia energia eléctrica nem redes de drenagem e, como esses lotes se situavam nas zonas baixas, entre 1960 e 1970 a concessionária referida anteriormente embora tenha realizado 2 vezes a terraplenagem dos tais lotes conta própria, não conseguiu resolver a questão das inundações que a fábrica tinha de enfrentar anualmente;

9. Perante esta perda grave, por volta do ano 1972, a Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo, Limitada alterou a fábrica de fiação acima mencionada para uma fábrica de artigos de vestuário, lavandaria e tinturaria, abastecendo empregos para cerca de 30% da população total da Taipa. A maioria dos 30% da população era constituída por pessoas idosas, mulheres e crianças que não tinham condições para ir até a Macau trabalhar.

10. Até no início do ano 1980, essa fábrica produzia essencialmente vestuário para ser exportado para África e Médio Oriente, cujo lucro era bastante pouco. Contudo devido ao amor à comunidade da Taipa estabelecida pelo accionista da concessionária acima referida, quis manter o funcionamento da referida fábrica. Só em finais de 1990, quando a indústria de vestuário entrou em declínio, a concessionária é que solicitou a alteração da finalidade do lote em causa;

11. A primeira concessionária acima referida fechou o seu negócio devido às mudanças da estrutura económica de Macau e o accionista inicial estava com dificuldades em juntar dinheiro, assim, cada um foi estabelecendo as suas empresas e

continuando o desenvolvimento dos respectivos lotes;

12. O lote BT6 foi concessionado a esta companhia para projecto imobiliário, com fins de desenvolvimento habitacional, comercial e de estacionamento.

13. Como sabem, a economia de Macau começou a entrar em recessão a partir de 1996 e posteriormente a deflação ocorreu na 2ª metade de 1998, o que criou turbulência sentimental dos cidadãos, instabilidade na segurança, assim como bastantes dívidas incobráveis e duvidosas (bad and doubtful accounts) nos bancos;

14. Essa situação durou até finais de 2004 e a situação da epidemia atípica começou a atenuar e, ao mesmo tempo, a China continental pôs em prática a política de vistos individuais em Setembro de 2003 e uma série de medidas posteriores;

15. Quando a nossa companhia assinou o contrato em 1999, a economia encontrava-se muito mal e se tivéssemos que pagar a 1ª prestação do prémio obrigatoriamente teríamos que recorrer ao financiamento bancário;

16. No entanto, devido à situação económica acima referida, às dívidas incobráveis e duvidosas (bad and doubtful accounts) que os bancos sofriam, assim como ao colapso do mercado imobiliário em 1995 – origem dessas dívidas, no período compreendido entre 1999 e 2003 os bancos não confiavam no desenvolvimento imobiliário de Macau, pelo que a nossa companhia não conseguiu o financiamento.

17. Além disso, em finais de 1999, o lote BT6 foi ocupado ilegalmente por personalidades com influências. Nessa altura, devido à situação de segurança de Macau, os membros da nossa companhia estavam preocupados com a sua própria segurança, não se atrevendo a recorrer meios jurídicos para salvaguardar os seus próprios direitos e interesses;

18. A economia de Macau foi gravemente afectada pelo surto à escala mundial da pneumonia atípica ocorrido entre Fevereiro e Junho de 2003;

19. Em 16.06.2003, tendo em base a economia acima referida, a nossa companhia nunca imaginou que a política de vistos individuais fosse aplicada em Setembro do mesmo ano. Na altura, devido à pneumonia atípica que influenciou gravemente todo o mercado (incluindo o mercado imobiliário), a nossa companhia tendo em conta a inexistência de capital e a perspectiva de procura no mercado, não estava de confiança para apresentar à V./Direcção a proposta de prorrogação do prazo de aproveitamento do terreno;

20. Embora com a entrada da política de vistos individuais, a economia tenha a melhorado de forma contínua, os bens imóveis acumulados no mercado imobiliário desde 1996 a 2003 ainda eram muitos, especialmente as dívidas incobráveis nos anos 90 devido à recessão económica e sob a influência da pneumonia atípica em 2003, tornou-se necessário leiloar os bens imóveis hipotecados;

21. Até meados de 2005, os bancos começaram a ser mais flexíveis para com os empresários do sector imobiliário em questões de financiamento.

22. No entanto, na altura o lote BT6 encontrava-se ainda ocupado ilegalmente, contudo a situação melhorou após vários esforços e de formas diferentes prestados pela nossa companhia.

23. Quando a nossa companhia teve a certeza de que a questão de ocupação ilegal ia ser resolvida, a nossa companhia foi negociar com o(s) banco(s) respeitante ao financiamento e conseguiu o respectivo termo de financiamento.

24. Assim, a nossa companhia entregou o projecto de construção ao engenheiro para efeitos de verificação e submissão do mesmo;

25. No processo de verificação, devido à influência dos requisitos da estrutura de construção “Regulamento de Estruturas de Aço para Edifícios” e “Regulamento Técnico das Instalações de Abastecimento de Gás Canalizado em Edifícios” publicados, respectivamente, em 26 de Novembro de 2001 e 16 de Dezembro de 2002 pelo governo, assim como à influência da onda de entusiasmo no sentido de fixar a residência por investimento resultante da abertura do mercado do jogo pelo governo de Macau, no sector imobiliário a procura de fracções destinadas ao comércio e à habitação tinha aumentado, o projecto inicial de construção para o desenvolvimento do terreno da nossa companhia deixou de satisfazer as exigências da sociedade.

26. Assim, em harmonia com as necessidades para o desenvolvimento da sociedade de Macau, a nossa companhia tencionou alterar o projecto de construção de forma a providenciar no mercado mais fracções autónomas habitacionais.

27. No entanto, ao substituir o projecto de construção verificámos que foi preciso um período de tempo longo para obter os respectivos documentos legais, especialmente a PAO. Só em Fevereiro de 2007, conseguimos juntar todos os documentos para poder submeter o projecto de construção à V./Direcção;

28. Em 2008, depois de ter insistido em perguntar a situação da apreciação dos documentos por parte da nossa companhia, a V./Direcção respondeu que devido à actualização do planeamento urbanístico, o projecto apresentado pela nossa companhia ainda não tinha sido aprovado;

29. No que diz respeito ao prémio, visto que o projecto de construção inicial sofreu alterações, a nossa companhia julgou que o prémio só podia ser pago depois do novo projecto de construção ter sido autorizado, o cálculo do prémio resultante das alterações do projecto e o cálculo dos juros do prémio original terem

sido efectuados pela V./Direcção. Pelo que, depois de receber o ofício em epígrafe, a nossa companhia é que percebeu que o prémio original devia ser pago antes;

30. A nossa companhia submeteu formalmente o pedido à Direcção dos Serviços de Finanças em 20 de Maio de 2011, no intuito de efectuar o pagamento e os juros de mora (anexo 1). Entretanto até a presente data ainda não recebeu a notificação respeitante ao pagamento dessa Direcção de Serviços. Quando recebermos a respectiva notificação, efectuar-se-á de imediato o respectivo prémio;

31. Foi relatado que a concessionária do lote BT12 em 21.04.2011 conseguiu proceder ao respectivo pagamento (anexo 2), assim, tendo por base o princípio de igualdade do acto administrativo, a nossa companhia crê que muito em breve conseguirá concluir os trâmites do pagamento do prémio inicial;

32. Além disso, o pedido que agora a nossa companhia submete não se trata de construção de um edifício dispendioso destinado a habitação;

33. Pelo contrário, o presente projecto trata-se de construção de um edifício habitacional, de pequena dimensão e barato, em que 85% do edifício é destinado a habitação e serão utilizados materiais amigos do ambiente nas partes comuns: Além disso, a nossa companhia tenciona usar sistemas de distribuição de energia a partir de recursos naturais renováveis com vista a compartilhar a alimentação de energia nas partes comuns do edifício;

34. A nossa companhia concorda com as medidas adoptadas pela V./Direcção respeitantes ao tratamento dos terrenos não aproveitados para otimizar a gestão administrativa e para o interesse público;

35. Concordamos que qualquer investimento tem risco, como disse o(a) jurista da V./Direcção;

36. No entanto, esperemos que a intenção do membro da nossa companhia

em assumir as responsabilidades da concessionária do terreno demonstrada desde 1960 seja ponderada pela autoridade;

37. Em simultâneo, esperamos que a autoridade tenha em consideração à pneumonia atípica ocorrida no início de 2003 que afectou a economia de Macau, ao aumento súbito da procura de casas motivado pela combinação das duas políticas – a política dos vistos individuais e a da fixação de residência por investimento e à crise financeira de 2008, momentos esses vividos pela nossa companhia e que todos eles eram riscos imprevisíveis, assim como estavam imprevisíveis no contrato de concessão celebrado em 1999;

38. Além disso, a ocupação ilegal do lote BT6 por personalidades com influências é uma situação imprevisível e incontrolável pela nossa companhia;

Terminando com o seguinte pedido:

39. Face a todo o exposto, solicita-se a V./d direcção que seja concedida à nossa companhia uma oportunidade para remediar o problema e não seja aplicada as medidas de declaração de caducidade, sendo em vez disso aprovada a prorrogação do prazo de aproveitamento do terreno e acelerada a apreciação do pedido feito pela nossa companhia dentro do prazo, para que a mesma possa assumir a responsabilidade social com vista a aliviar as pressões da geração mais jovem na aquisição de imóveis.

III. Entendimento da DSSOPT

Antes de tudo, convêm, desde já, esclarecer que nesta sede de apreciação das justificações para o incumprimento do prazo de aproveitamento e de apuramento da responsabilidade por esse mesmo incumprimento, apenas está em causa a avaliação do comportamento da actual concessionária do terreno, denominado lote BT6, no período de tempo decorrido entre a celebração do contrato de revisão da

concessão (17 de Dezembro de 1999) e a data de recepção do ofício da DSSOPT n.º 301/6318.02/DSODEP/2010, de 13 de Abril de 2010, não cabendo aqui qualquer apreciação da sua conduta após ter recebido aquele ofício ou da conduta da anterior concessionária Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo, Limitada, sociedade que transmitiu o lote BT6 à Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada.

Assim sendo, não questionamos a veracidade dos factos descritos nos pontos 7 a 11 da sua resposta, mas julgamos que, para a análise do presente caso, os mesmos não têm qualquer relevância, na medida em que se reportam a datas anteriores à celebração do contrato de revisão da concessão, outorgado em 17 de Dezembro de 1999.

Relativamente ao referido no ponto 13, de que “a economia de Macau começou a entrar em recessão a partir de 1996 e posteriormente a deflação ocorreu na 2ª metade de 1998, o que criou turbulência sentimental dos cidadãos, instabilidade na segurança, assim como bastantes dívidas incobráveis e duvidosas nos bancos”, convém recordar que quando em 1999 a concessionária (enquanto sociedade transmissária do lote “BT6”) aceitou os termos da revisão do contrato titulado pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, já o mercado imobiliário se encontrava em crise e, apesar disso, se aceitou aquela revisão é porque já detinha capacidade financeira ou garantias de financiamento para avançar com o projecto de aproveitamento fixado no contrato, caso contrário, dada a conjuntura económica/financeira desfavorável, não se teria proposta à realização de tal empreendimento.

Do mesmo modo, não pode ser aceite pela DSSOPT como justificação para a não realização do aproveitamento do terreno, o argumento de que o surto da pneumonia atípica ocorrido entre Fevereiro e Junho de 2003 criou um ambiente desfavorável no mercado imobiliário, pois se a concessionária tivesse cumprido o

prazo de aproveitamento estipulado no contrato de concessão, a obra já estaria concluída quando se começaram a fazer sentir os primeiros efeitos colaterais da epidemia da gripe causada pelo vírus da SARS, isto é, se tivesse cumprido em tempo a principal obrigação do contrato de concessão, como era seu dever, e se tivesse realizado as obras nos prazos contratualmente estipulados, o aproveitamento estaria concluído até 16 de Junho 2003, antes do impacto negativo causado pela SARS nas economias asiáticas.

Por outro lado, a ser verdade que a concessionária não apresentou os projectos e não iniciou as obras por dificuldades em obter financiamento bancário, porque é que não o veio demonstrar na fase prevista para a execução das mesmas, solicitando à DSSOPT, por esse motivo, a prorrogação do prazo de aproveitamento?

Pelo que não entendemos o que pretende traduzir a concessionária quando refere que “a nossa companhia tendo em conta a inexistência de capital e a perspectiva de procura no mercado, não estava de confiança para apresentar à V/Direcção a proposta de prorrogação do prazo de aproveitamento do terreno”, porquanto apenas tinha que dirigir um requerimento à entidade concedente, referindo e demonstrando as alegadas dificuldades para obter financiamento e solicitar a suspensão do prazo de aproveitamento do terreno. Ora, parece-nos não ser razoável aceitar que as alegadas dificuldades financeiras da concessionária chegassem ao ponto de não ter meios ou, nas suas palavras, “confiança” para redigir um pedido de prorrogação do prazo de aproveitamento do terreno.

Como já foi referido na Informação n.º 59/DJUDEP/2010, de 27 de Outubro, se fosse verdade que a concessionária sentiu dificuldades para levar a cabo a desocupação do terreno, teria, no mínimo, dado conta dessa situação à entidade concedente antes de expirado o prazo de aproveitamento, e solicitado a suspensão ou

a prorrogação desse prazo.

Também não corresponde à verdade a alegação que em finais de 1999 se vivia um clima de insegurança em Macau, pois, como se sabe, quando o terreno foi transmitido à concessionária, em 17 de Dezembro de 1999, já estavam terminados os processos judiciais relacionados com as tríades e que estiveram na origem daquele clima de insegurança em Macau.

Certo é que a concessionária nada fez. Não recorreu à via judicial para obrigar os ocupantes ilegais a abandonarem o terreno nem comunicou à entidade concedente as alegadas dificuldades para a desocupação.

Relativamente ao facto de a concessionária ter apresentado em Fevereiro de 2007, quase 4 anos após o termo do prazo de aproveitamento do terreno, um estudo prévio para apreciação da DSSOPT, e esse estudo prévio consubstanciar uma alteração do aproveitamento estabelecido no contrato, não pode ser levado em consideração para atenuar a responsabilidade da concessionária.

Quanto à justificação apresentada para o não pagamento de quaisquer das prestações do prémio, não poderemos deixar de classificar de hilariante e sui generis a explicação da concessionária.

Atente-se que o “novo projecto de construção” a que se refere a concessionária, no ponto 29 da sua resposta, foi apresentado em Fevereiro de 2007, sendo que a primeira prestação do prémio, no valor de \$10.000.000,00 (dez milhões) de patacas, deveria ter sido paga em 17 de Janeiro de 2000, e o restante, no valor de \$10.312.618,00 (dez milhões trezentas e doze mil seiscentas e dezoito) patacas, seria pago em 4 prestações semestrais, tendo-se vencido a última prestação em 16 de Dezembro de 2001, ou seja, 6 anos antes de a concessionária apresentar aquele estudo prévio.

Assim sendo, mostram-se abusivas e contrárias ao princípio da boa fé as afirmações feitas pela concessionária nos pontos 15 e 29 da sua resposta, ao referir que “quando a nossa companhia assinou o contrato em 1999, a economia encontrava-se muito mal e se tivéssemos que pagar a 1ª prestação do prémio obrigatoriamente teríamos que recorrer ao financiamento bancário” e que “julgou que o prémio só podia ser pago depois do novo projecto de construção ter sido autorizado”.

Se ficou contratualmente acordado que a 1ª prestação do prémio seria paga no prazo de um mês após a publicação do despacho que titula a concessão, como pode a concessionária vir dizer “se tivéssemos que pagar a 1ª prestação do prémio...?”

Só pode significar que a concessionária assinou um contrato com total irresponsabilidade, pois em 17 de Dezembro de 1999 já estava a pensar em não pagar o prémio, ou seja, vinculou-se a cumprir obrigações que de antemão já sabia que não iria cumprir.

Na verdade, relativamente ao pagamento do prémio, a concessionária sabia perfeitamente que, de acordo com o estipulado na clausula sétima do contrato, teria que pagar a 1ª prestação do prémio acima referida no prazo de um mês após a publicação no Boletim Oficial do despacho que titula a revisão, ou seja, até 16 de Janeiro de 2000, e as restantes até 16 de Dezembro de 2001.

De referir que o regime do cumprimento das obrigações, sejam elas de fonte legal ou contratual (neste caso, de fonte contratual), obedece principalmente a três princípios gerais que têm referência na lei: o princípio da pontualidade (artigo 400º do Código Civil), da integralidade (n.º 1 do artigo 753º) e da boa fé (n.º 2 do artigo 752º).

Ora, certo é que a concessionária, desde a data da outorga do contrato, em Dezembro de 1999, relativamente aos prazos de aproveitamento e ao pagamento das

prestações do prémio, fixados nas cláusulas quinta e sétima do contrato, nunca respeitou o mais importante daqueles princípios, a regra da pontualidade, que exige que um contrato deva ser cumprido a tempo e que esse cumprimento coincida ponto por ponto com a prestação a que o devedor se encontra adstrito.

E, até ao termo dos prazos de pagamento do prémio e de aproveitamento do terreno, 16 de Dezembro de 2001 e 16 de Junho de 2003, respectivamente, nunca apresentou qualquer justificação para o seu incumprimento, pelo que só podemos ser levados a considerar que o comportamento da concessionária até à data em que recebeu o ofício da DSSOPT (n.º 301/6318.02/DSODEP/2010, de 13 de Abril de 2010) a solicitar esclarecimentos sobre a situação de incumprimento, além de ser demonstrativo da total falta de interesse no aproveitamento do terreno, revela ainda uma conduta contrária aos ditames da boa fé, exigida a ambas as partes no cumprimento dos contratos, traduzida no dever de agir segundo um comportamento de empenho, lealdade e correcção, prevista no n.º 2 do artigo 753º do Código Civil, e também exigida aos particulares nas suas relações com a Administração, prevista no artigo 8º do CPA.

O contexto por excelência do princípio da boa fé é o direito privado, mas no direito público, principalmente no direito administrativo, o âmbito da sua aplicação foi estendido às relações que se estabelecem entre a Administração e os particulares, por isso, como estamos no âmbito de um contrato administrativo, ou, pelo menos, no âmbito de relações entre a Administração e um particular (concessionária), é este princípio da boa fé aqui aplicável às duas partes, no campo das relações administrativas, que exige que “... A Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo regras da boa fé” (cf. artigo 8º do CPA).

É fundamental notar que a boa fé exige por um lado a obrigação de lealdade, e por outro a obrigação de cooperação, significando então que, não só as partes devem abster-se de comportamentos desleais e incorrectos, como também devem promover a cooperação entre elas.

Sobre isto, veja-se o princípio da colaboração mútua entre as partes intervenientes patente no CPA: o interessado deverá “prestar a sua colaboração para o conveniente esclarecimento dos factos e a descoberta da verdade” (cf. n.º 2 do artigo 62º do CPA).

Por outro lado, mostrando-se inquestionável que a concessionária não realizou e nem sequer iniciou o aproveitamento do terreno, bem como não pagou quaisquer das prestações do prémio, nos prazos contratualmente fixados, na sua resposta à audiência prévia deveria a mesma apresentar razões convincentes de que a falta de cumprimento do aproveitamento do terreno e do pagamento do prémio não procedem de culpa sua, e assim elidir a presunção de culpa que recai sobre si.

De referir que na responsabilidade contratual há uma presunção de culpa do devedor (cf. n.º 1 do artigo 788º do Código Civil), que para a ilidir terá que provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua.

No entanto, além de não conseguir provar que não foi negligente, que se esforçou por cumprir o aproveitamento do terreno e que usou de todas as cautelas e zelo que em face das circunstâncias do caso usaria um bom pai de família, não demonstrou que no caso concreto se verificarem circunstâncias, especiais ou excepcionais, que excluíssem a censurabilidade da sua conduta.

Por outro lado, deveria também a concessionária assumir a responsabilidade por danos causados ao interesse público resultantes do incumprimento de obrigações assumidas no contrato de concessão, nomeadamente

por ter ficado durante 11 anos na posse de um terreno que não está a cumprir a sua função social e que poderia ter sido devidamente aproveitado por outro particular interessado.

Tendo em conta o período de tempo (11 anos) em que a concessionária esteve na posse de um terreno propriedade do Estado, sem qualquer aproveitamento, e dada a escassez de terrenos na RAEM, não é necessário grande esforço para se apurar os prejuízos ou danos sofridos pela Administração em consequência do incumprimento, nomeadamente pelo facto de existirem outros particulares interessados no aproveitamento dos terrenos da RAEM.

Se atentarmos nos regimes da caducidade e da rescisão, facilmente se conclui que as duas causas de extinção do contrato se verificam quando o concessionário não cumpre, ou não cumpre rigorosamente, as cláusulas do contrato, ficando a entidade concedente com o direito de extinguir o contrato, a título de aplicação de uma sanção ao concessionário faltoso.

Deste modo, a caducidade prevista no contrato e na Lei de Terras é uma caducidade-sanção, não corresponde à caducidade em sentido estrito ou preclusiva, que se traduz na fixação de um prazo peremptório para o exercício de um direito, sob pena de preclusão, seja qual for a razão para o seu não exercício.

A caducidade do contrato de concessão ora em análise assume a natureza de caducidade-sanção, que se verifica pelo não cumprimento por parte da concessionária de obrigações a que se vinculou contratualmente, decorrentes designadamente do dever de aproveitamento do terreno concedido nos prazos e nas condições fixadas (cf. cláusulas terceira, quinta e alínea a) do n.º 1 da décima terceira do contrato e artigo 103º da Lei de Terras).

Na situação de caducidade-sanção “O objectivo primordial do legislador,

neste caso, não é a extinção ou a perda do direito resultante da concessão em virtude de não ter sido exercido dentro do limite temporal fixado, por razões de certeza e segurança jurídicas, ditadas pela necessidade de estabilizar as situações a que respeita, mas sim sancionar um comportamento faltoso do concessionário, e evitar que essa situação de incumprimento, lesiva do interesse público subjacente à concessão e que põe em causa a sua manutenção, se prolongue no tempo.

Com efeito, quando, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 166º, por remissão do seu n.º 2 da alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo, se sanciona a caducidade, nomeadamente a falta de aproveitamento do terreno ou o seu início nos prazos fixados (cf. alínea a) do n.º 1 e alínea a) do n.º 3, ambos do artigo 166º), o que se pretende, fundamentalmente, é evitar que o terreno se mantenha na posse do concessionário numa situação contrária ao interesse público subjacente à concessão, que exige que o terreno se transforme numa unidade socioeconómica produtiva e também contrária ao interesse geral urbanístico.

Refira-se, a este propósito que foi desde sempre preocupação do legislador a execução efectiva e célere do aproveitamento dos terrenos concedidos, de forma que a utilização dos terrenos disponíveis, que são um bem escasso, contribuam para o crescimento económico da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), para o progresso social e para a melhoria das condições de vida da população”.

Refere a alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato de concessão, uma das três situações, cuja verificação determina a caducidade do contrato:

a) Findo o prazo da multa agravada previsto na cláusula sexta – e que se subsume às situações em que decorreram 120 (60+60) dias desde a data em que a concessionária deveria ter apresentado o projecto de arquitectura (60 dias após a data

da publicação do despacho que titula o contrato).

Deste modo, tendo o referido despacho sido publicado em 17 de Dezembro de 1999, a concessionária deveria ter apresentado o projecto de arquitectura até 15 de Fevereiro de 2000, não o tendo feito ficaria sujeita a multa de \$5.000,00 patacas por cada dia de atraso, nos primeiros 60 dias, e até ao máximo global de 120 dias, ficaria sujeita a multa diária que poderia ir até ao dobro daquele valor, ou seja, \$10.000,00 patacas.

Assim sendo, o prazo da multa agravada terminou em 15 de Junho de 2000, o que significa que a partir dessa data mostram-se verificados os pressupostos legais e contratuais para a Administração declarar a caducidade do contrato.

Por isso é que, nesta sede de análise das justificações apresentadas para o incumprimento do prazo de aproveitamento e de apuramento da responsabilidade por esse mesmo incumprimento, se mostra completamente irrelevante toda a argumentação da concessionária atinente ao facto de ter apresentado um estudo prévio em Fevereiro de 2007 e de, em 20 de Maio de 2011, ter iniciado diligências junto da Direcção de Serviços de Finanças para proceder ao pagamento da totalidade do prémio em dívida, na medida em só além de não cumprir com o estipulado no contrato, só o fez depois de ter recebido o ofício da DSSOPT n.º 301/6318.02/DSODEP/2010, de 13 de Abril de 2010.

E, como já foi referido na informação n.º 59/DJUDEP/2010, caso se verifique o incumprimento das obrigações contratuais, à entidade concedente (Administração) não resta outra alternativa que não seja extinguir a presente concessão, e fazer reverter o terreno à sua posse, através da declaração de caducidade do contrato, por verificação de uma das causas previstas na cláusulas da caducidade – findo o prazo da multa agravada previsto na cláusula sexta – (cf. alínea a) do número

um da clausula décima terceira) e por falta de aproveitamento do terreno nos prazos e termos contratuais (cf. alínea a) do n.º 1 ex vi do n.º 2 do artigo 166º da Lei de Terras.)

Só que, no âmbito das concessões de terrenos, a caducidade só começa a produzir efeitos com a emissão de um despacho do Chefe do Executivo que a declare, a publicar em Boletim Oficial (cf. artigo 167º da Lei de Terras).

Nessa medida, a declaração de caducidade não tem efeitos meramente declarativos, mas sim constitutivos, significando que os efeitos da caducidade se produzem com a emissão da declaração de caducidade e não na data em que ocorreu o facto (ex nunc) que lhe deu origem, isto é, a extinção da concessão não ocorre com a verificação das circunstâncias previstas na lei ou nos contratos, mas está associada à emissão de um acto administrativo – despacho do Chefe do Executivo – válido e eficaz que se pronuncie pela caducidade do contrato.

A Administração dispõe de alguma discricionariedade na verificação e avaliação dos pressupostos que preenchem o incumprimento, podendo, perante cada caso concreto, e fazendo um juízo de ponderação de interesses, aceitar ou não como válidos os argumentos apresentados, o mesmo não acontece com a decisão de declarar a caducidade desta concessão, que é vinculada, exigida quer pela lei quer pelos princípios gerais que regem a actividade administrativa, caso ocorra alguma das circunstâncias, imputáveis ao concessionário, e previstas no contrato de concessão e na Lei de Terras, não podendo a entidade concedente deixar de fazê-lo por razões de conveniência ou oportunidade, em respeito pelos princípios da prossecução do interesse público, da proporcionalidade e da legalidade.

A obrigatoriedade de a entidade concedente declarar a caducidade da concessão, desde que verificados os seus pressupostos, resulta do próprio regime da

caducidade previsto na Lei de Terras e no contrato, sobretudo por que, nas normas que a provêm o legislador utilizou a expressão “caducam” (cf. n.ºs 2 e 3 do artigo 166º da Lei de Terras e n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato) e não a expressão “podem caducar”, ao invés do que fez com a rescisão, onde utilizou expressão “podem ser rescindidas” (cf. n.º 1 do artigo 169º da Lei de Terras e n.º 1 da cláusula décima quarta do contrato).

IV – Conclusões

Face ao exposto, não tendo a concessionária, na sua resposta à audiência dos interessados, logrado afastar a presunção de culpa que onera o seu comportamento faltoso, consubstanciado na inexecução da obra que constitui o aproveitamento do terreno denominado lote BT6, objecto da concessão, deve a Administração manter o sentido da sua decisão de declarar a caducidade da concessão, comunicada à concessionária através do ofício n.º 336/6318.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011.”

Reunida em sessão de 15.12.2011, a Comissão de Terras emitiu o seguinte parecer:

“Proc. n.º 42/2010 – Proposta de declaração da caducidade da concessão provisória, por arrendamento, do terreno com a área de 2.795m², situado na ilha de Taipa, na Avenida Kwong Tung, na Baixa da Taipa, designado por lote BT6, a favor da Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada, pelo incumprimento do aproveitamento do terreno no prazo fixado. A concessão provisória é titulada pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, cuja caducidade determina a reversão do terreno, livre de quaisquer ónus ou encargos, à posse da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) com todas as benfeitorias aí introduzidas, sem direito a qualquer

indenização por parte da concessionária.

I

1. De acordo com o despacho do Chefe do Executivo, através da informação n.º 214/DSODEP/2010 da Direcção de Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes (DSSOPT), foi aprovada a proposta de iniciar o procedimento de declaração de caducidade da concessão, por arrendamento, a favor da concessionária Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada, do terreno com a área de 2.795m², situado na ilha da Taipa, designado por lote BT6, titulado pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, por incumprimento das cláusulas quinta, sétima e oitava do contrato do concessão e decidido submeter o processo à Comissão de Terras, para análise e parecer.

2. Reunida em sessões de 19 de Janeiro e 24 de Fevereiro de 2011, a Comissão de Terras, pelo parecer n.º 29/2011, e em concordância com a proposta da entidade concedente, propôs a declaração de caducidade da concessão, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato e da alínea a) do n.º 1 do artigo 166º da Lei de Terras, ex vi do n.º 2 do mesmo artigo, ou a declaração de rescisão do contrato, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 da cláusula décima quarta do contrato e na alínea c) do n.º 1 do artigo 169º da referida Lei, e a consequente reversão do terreno, livre de quaisquer ónus ou encargos, à posse da RAEM, com todas as benfeitorias aí introduzidas, sem direito a qualquer indenização por parte da concessionária.

3. Propôs ainda aquela Comissão que, nos termos dos artigos 93º e 94º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), a concessionária seja notificada para, no prazo de dez dias a contar da data da notificação, se pronunciar por escrito sobre o sentido provável da decisão.

4. Submetido o parecer da Comissão de Terras a homologação do Chefe do Executivo, decidiu esta entidade, por despacho de 24 de Março de 2011, que antes da tomada da decisão final neste procedimento de declaração de caducidade da concessão deveria ser realizada a audiência da concessionária e solicitado parecer ao Ministério Público.

5. Nos termos do disposto nos artigos 93º e 94º do CPA, a DSSOPT, através do ofício n.º 336/6318.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011, submeteu o sentido provável da decisão (declaração de caducidade da concessão) a audiência prévia do interessado, tendo este disposto de um prazo de 10 dias a contar da data da notificação – 18 de Maio de 2011 – para se pronunciar por escrito.

II

6. A concessionária apresentou em 27 de Maio de 2011 a sua resposta escrita, tendo submetido em 13 de Junho de 2011, quando já havia expirado o prazo concedido, uma resposta adicional, as quais fazem parte integrante deste parecer e dão-se aqui como reproduzidas, para todos os efeitos legais.

7. Assim, recebida a resposta da concessionária, foi produzido pelo Departamento Jurídico da DSSOPT um relatório, datado de 15 de Setembro de 2011, que faz parte integrante do presente parecer e dá-se aqui como reproduzido, para todos os efeitos legais.

8. O referido relatório conclui propondo que seja mantido o sentido da decisão de declarar a caducidade da concessão, comunicada à concessionária através do ofício n.º 336/6318.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011, tendo em conta que a concessionária, na sua resposta à audiência dos interessados, não logrou afastar a presunção de culpa que onera o seu comportamento faltoso, consubstanciado na inexecução da obra que constitui o aproveitamento do terreno denominado lote BT6,

objecto da concessão.

9. Em cumprimento do despacho do director da DSSOPT, de 16 de Setembro de 2011, o referido relatório foi enviado ao DSODEP para tramitação subsequente.

10. O DSODEP elaborou a informação n.º 247/DSODEP/2011, de 19 de Setembro de 2011, na qual propõe superiormente autorização para o envio do processo à Comissão de Terras para efeitos de parecer, proposta esta que mereceu a concordância da subdirectora e do director da referida Direcção de Serviços.

11. Sobre esta informação o Secretário para os Transportes e Obras Públicas emitiu despacho em 6 de Outubro de 2011, ordenando o envio do processo à Comissão de Terras para efeitos de parecer.

III

Reunida em sessão de 15 de Dezembro de 2011, a Comissão de Terras, analisado o processo e tendo em consideração o teor do relatório sobre a audiência dos interessados, datado de 15 de Setembro de 2011, é de parecer que deve ser declarada a caducidade da concessão do terreno designado por lote BT6, com os fundamentos de facto e de direito constantes do sobredito relatório, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato e da alínea a) do n.º 1 do artigo 166º da Lei de Terras, ex vi do n.º 2 do mesmo artigo.

Contudo, esta Comissão entende que deve sublinhar que nos procedimentos sobre o incumprimento dos contratos de concessão dos terrenos com as áreas de 15.823m², 8.124m² e 13.517m², situados na ilha da Taipa, junto à estrada Governador Albano de Oliveira, titulados pelos Despacho n.º 173/SATOP/97, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 53, II Série, de 31 de Dezembro de 1997, Despacho n.º 13/SATOP/98, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 10, II Série,

de 11 de Março de 1998 e Despacho n.º 32/SATOP/98, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 17, II série, de 29 de Abril de 1998, a decisão foi no sentido de não declarar a caducidade da concessão e, por conseguinte, de conceder um novo prazo para execução do respectivo aproveitamento, apesar de se considerar o não cumprimento do contrato imputável às concessionárias.”

Posteriormente, o Exm.º Secretário para os Transportes e Obras Públicas emitiu, em 14 de Maio de 2015, o seguinte parecer:

“Proc. n.º 42/2010 – Proposta de declaração de caducidade da concessão provisória, por arrendamento, do terreno com a área de 2.795m², situado na ilha de Taipa, na Avenida Kwong Tung, na Baixa da Taipa, designado por lote BT6, a favor da Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada, pelo incumprimento do aproveitamento do terreno no prazo fixado. A concessão provisória é titulada pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, cuja caducidade determina a reversão do terreno, livre de quaisquer ónus ou encargos, à posse da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) com todas as benfeitorias aí introduzidas, sem direito a qualquer indemnização por parte da concessionária.

1. De acordo com o despacho do Chefe do Executivo, através da informação n.º 214/DSODEP/2010 da Direcção de Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes (DSSOPT), foi aprovada a proposta de iniciar o procedimento de declaração de caducidade da concessão, por arrendamento, a favor da concessionária Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada, do terreno com a área de 2.795m², situado na ilha da Taipa, designado por lote BT6, titulado pelo Despacho n.º 125/SATOP/99, por incumprimento das cláusulas quinta, sétima e oitava do contrato

da concessão e decidido submeter o processo à Comissão de Terras, para análise e parecer.

2. Reunida em sessões de 19 de Janeiro e 24 de Fevereiro de 2011, a Comissão de Terras, pelo parecer n.º 29/2011, e em concordância com a proposta da entidade concedente, propôs a declaração de caducidade da concessão, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato e da alínea a) do n.º 1 do artigo 166º da Lei de Terras, ex vi do n.º 2 do mesmo artigo, ou a declaração de rescisão do contrato, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 da cláusula décima quarta do contrato e na alínea c) do n.º 1 do artigo 169º da referida Lei, e a consequente reversão do terreno, livre de quaisquer ónus ou encargos, à posse da RAEM, com todas as benfeitorias aí introduzidas, sem direito a qualquer indemnização por parte da concessionária.

3. Propôs ainda aquela Comissão que, nos termos dos artigos 93º e 94º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), a concessionária seja notificada para, no prazo de dez dias a contar da data da notificação, se pronunciar por escrito sobre o sentido provável da decisão.

4. Submetido o parecer da Comissão de Terras a homologação do Chefe do Executivo, decidiu esta entidade, por despacho de 24 de Março de 2011, que antes da tomada da decisão final neste procedimento de declaração de caducidade da concessão deveria ser realizada a audiência da concessionária e solicitado parecer ao Ministério Público.

5. Nos termos do disposto nos artigos 93º e 94º do CPA, a DSSOPT, através do ofício n.º 336/6318.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011, submeteu o sentido provável da decisão (declaração de caducidade da concessão) a audiência prévia do interessado, tendo este disposto de um prazo de 10 dias a contar da data da

notificação – 18 de Maio de 2011 – para se pronunciar por escrito.

6. A concessionária apresentou em 27 de Maio de 2011 a sua resposta escrita, tendo submetido em 13 de Junho de 2011, quando já havia expirado o prazo concedido, uma resposta adicional.

7. Assim, recebida a resposta da concessionária, foi produzido pelo Departamento Jurídico da DSSOPT um relatório, datado de 15 de Setembro de 2011.

8. O referido relatório conclui propondo que seja mantido o sentido da decisão de declarar a caducidade da concessão, comunicada à concessionária através do ofício n.º 336/6318.02/DSODEP/2011, de 17 de Maio de 2011, tendo em conta que a concessionária, na sua resposta à audiência dos interessados, não logrou afastar a presunção de culpa que onera o seu comportamento faltoso, consubstanciado na inexecução da obra que constitui o aproveitamento do terreno denominado lote BT6, objecto da concessão.

9. Em cumprimento do despacho do director da DSSOPT, de 16 de Setembro de 2011, o referido relatório foi enviado ao DSODEP para tramitação subsequente.

10. O DSODEP elaborou a informação n.º 247/DSODEP2011, de 19 de Setembro de 2011, na qual propõe superiormente autorização para o envio do processo à Comissão de Terras para efeitos de parecer, proposta esta que mereceu a concordância da subdirectora e do director da referida Direcção de Serviços.

11. Sobre esta informação o Secretário para os Transportes e Obras Públicas emitiu despacho em 6 de Outubro de 2011, ordenando o envio do processo à Comissão de Terras para efeitos de parecer.

12. Reunida em sessão de 15 de Dezembro de 2011, a Comissão de Terras, analisado o processo e tendo em consideração o teor do relatório sobre a

audiência dos interessados, datado de 15 de Setembro de 2011, foi de parecer que deve ser declarada a caducidade da concessão do terreno designado por lote BT6.

Consultado o processo supra mencionado e concordando com o que vem proposto pelas razões indicadas naquele, solicito a Sua Excelência o Chefe do Executivo que declare a caducidade da concessão do referido terreno.”

Sobre este parecer, lavrou o Exm.º Chefe do Executivo, em 15 de Maio de 2015, o seguinte despacho: “Concordo.”

Houve crise económica em Macau entre 1997 e 2004.

O terreno em causa não foi objecto de aproveitamento por parte da concessionária.

*

Do vício de forma por inobservância da forma legal

Refere a recorrente que o acto do Chefe do Executivo, concordando com o parecer do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, é inválido por não ter observado a forma legal exigida pelo artigo 167.º da Lei de Terras.

A nosso ver, julgamos não assistir razão à recorrente.

Preceitua o 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”.

Segundo o artigo 112.º do Código do Procedimento Administrativo, *“os actos devem ser praticados por escrito, desde que outra forma não seja prevista por lei ou imposta pela natureza e circunstâncias do acto”.*

No caso vertente, não há dúvidas de que o Chefe do Executivo praticou o acto recorrido por escrito.

De facto, não nos parece que a lei impõe fórmulas pré-estabelecidas para a declaração de caducidade da concessão, no sentido de que o Chefe do Executivo terá que usar determinadas expressões, sob pena de o seu despacho não produzir efeitos jurídicos.

E não obstante ter apenas apostado a expressão “concordo” no parecer do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, mas ao concordar com tal parecer, adoptou como fundamentação do despacho de declaração de caducidade os fundamentos de facto e de direito nele consignados, o qual por sua vez concordou com o que vinha proposto no parecer da Comissão de Terras, passando a fazer parte integrante do despacho ora recorrido. Como foi proposta no referido parecer do STOP a declaração de caducidade da concessão, ao concordar com tal parecer, a intenção do Chefe do Executivo, interpretada do ponto de vista de um destinatário normal, foi inequívoca no sentido de declarar a caducidade da concessão.

Por outro lado, a lei não impede que a publicação do despacho de declaração de caducidade do Chefe do Executivo seja feita pelo Gabinete do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, basta que o referido despacho seja dado conhecimento ao público.

Assim sendo, tendo o Chefe do Executivo proferido por escrito o despacho que foi no sentido de declarar a caducidade da concessão e, em consequência, foi o mesmo dado a conhecer ao público através da publicação no Boletim Oficial, improcede o vício apontado pela recorrente.

*

Do vício de forma por falta de fundamentação

Assaca ainda a recorrente ao despacho recorrido vício de forma por falta de fundamentação, com fundamento de que o despacho recorrido não expôs nem as razões de facto nem as de direito da decisão.

A nosso ver, também não lhe assiste razão.

Estatui-se no artigo 114.º do Código do Procedimento Administrativo que os actos administrativos que neguem, extingam, restrinjam ou afectem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções, devem ser fundamentados.

Preceitua-se ainda no n.º 1 do artigo 115.º do

mesmo Código que a fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações, propostas que constituem neste caso parte integrante do respectivo acto.

No caso vertente, face ao teor do despacho recorrido, podemos concluir que a entidade recorrida acolheu os fundamentos de facto e de direito constantes do parecer do Sr. SATOP que, por sua vez, ponderou as observações e recomendações do parecer da Comissão de Terras, sendo que qualquer destinatário comum (por referência à diligência normal do homem médio que tal deve ser aferido) fica a saber quais as razões de facto e de direito que levaram à declaração de caducidade da concessão do terreno, pelo que não se vislumbra a alegada falta de fundamentação do acto.

*

Do vício de forma por falta de audiência prévia do interessado

Alega a recorrente que não foi ouvida antes de proferida a decisão final do procedimento administrativo.

Salvo o devido respeito, julgamos não lhe assistir razão.

Estabelece o n.º 1 do artigo 93.º do Código do Procedimento Administrativo que *“salvo o disposto nos artigos 96.º e 97.º, concluída a instrução, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta”*.

No caso vertente, a recorrente foi devidamente notificada para se pronunciar, em audiência prévia à decisão, sobre a provável declaração de caducidade da concessão, mais precisamente, através do ofício de 17.5.2011, a recorrente foi notificada para se querendo pronunciar no prazo de 10 dias, tendo a mesma feito uso daquele direito em 27.5.2011 e 13.6.2011.

Na verdade, as justificações apresentadas pela recorrente em audiência prévia foram devidamente ponderadas entretanto não foram aceites pela entidade recorrida.

Nestes termos, uma vez que a recorrente foi devidamente ouvida em audiência prévia, e após o que não houve lugar a novas diligências instrutórias, seria desnecessária nova audiência, pelo que improcede o vício apontado.

*

Do erro nos pressupostos de facto por défice de

instrução

Alega a recorrente que a Administração não averiguou factos relevantes e necessários à decisão, opinando que o acto recorrido padece do vício de violação de lei por erro nos pressupostos.

Ao contrário do que entende a recorrente, somos da opinião de que a entidade recorrida ponderou todos os factos pertinentes que diziam respeito ao caso da recorrente.

Efectivamente, não tendo a recorrente logrado o aproveitamento do terreno, a Administração tem o dever (vinculado) de declarar a caducidade da concessão.

Uma vez provado que a recorrente não aproveitou o terreno dentro do prazo contratualmente fixado, caber-lhe-ia alegar e provar que não teve culpa pela falta de aproveitamento.

E quanto à matéria alegada pela recorrente nos pontos 244 a 252 da petição de recurso, mesmo que fosse provada, ainda não seria suficiente para inflectir o sentido da decisão recorrida.

Assim sendo, improcede o vício apontado.

*

Do regime de declaração de caducidade de concessão por falta de aproveitamento do terreno; da alegada violação do artigo 215.º da Lei de Terras; culpa

da concessionária

Alega a recorrente que a conduta da concessionária não merecia qualquer reprovação, na medida em que o incumprimento do aproveitamento foi devido a factos imputáveis à Administração e a circunstâncias especiais fora do controlo da concessionária, pelo que entende o acto de declaração da caducidade do contrato de concessão padecer do vício de violação de lei.

Vejamos.

Não obstante invocar a recorrente factos ocorridos após o término do prazo de aproveitamento do terreno, somos a entender que, salvo o devido respeito, só têm relevância para a decisão do presente recurso os factos ocorridos até esse prazo que terminou em Junho de 2003, pois as vicissitudes posteriores a essa data deixam de ter influência numa omissão pretérita e culposa por parte da recorrente.

No caso vertente, foi declarada a caducidade de concessão com fundamento na falta de aproveitamento do terreno, por culpa da concessionária.

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.

Assinala-se ainda no n.º 3 desse mesmo artigo que *“quando tenha expirado o prazo anteriormente fixado para*

o aproveitamento do terreno e este não tenha sido realizado por culpa do concessionário, aplica-se o disposto no n.º 3 do artigo 104.º e no artigo 166.º". - sublinhado nosso

Considerando a matéria dos autos e, em particular, os factos reportados até ao prazo de aproveitamento do terreno, que terminou em Junho de 2003, entendemos sem margens para dúvidas que a falta de aproveitamento é imputável exclusivamente à recorrente.

Segundo o contrato de concessão, o arrendamento é válido pelo prazo de 50 anos, contados a partir de 29.10.1964, data da outorga da escritura pública da concessão inicial, devendo o aproveitamento do terreno operar-se no prazo global de 42 meses, contados a partir da data da publicação no Boletim Oficial de Macau do despacho que titulou o contrato, ou seja, até Junho de 2003.

É inaceitável o argumento da recorrente quando diz que os prazos estabelecidos no contrato não tinham quaisquer efeitos práticos. Se assim fosse, para que serviria a outorga de um novo contrato, assim como a fixação de novo prazo de aproveitamento.

Uma vez aceite os termos do contrato, os outorgantes teriam que cumprir.

Quanto às operações de financiamento bancário,

nada têm a ver com a Administração. Na verdade, competia à própria recorrente fazer aquilo que melhor entender, mas teria sempre que cumprir os termos contratuais, nomeadamente no tocante ao prazo de aproveitamento, sob pena de sujeitar a certas consequências previstas no contrato.

No que toca às formalidades administrativas indispensáveis à boa execução do programa contratual, não logrou a recorrente demonstrar que os serviços da Administração inviabilizaram o cumprimento do prazo de aproveitamento. No fundo, a recorrente nada fez, só em 2007, ou seja, 4 anos depois do termo do prazo de aproveitamento do terreno, é que veio apresentar um estudo prévio à DSSOPT.

Nem se diga que o argumento da crise económica verificada antes e pouco tempo depois da transferência da soberania de Macau permite dar apoio à recorrente. Ora, tendo a recorrente pedido a concessão de terreno para construção de edifícios afectos a finalidades habitacional, comercial, estacionamento e creche, era porque tinha interesse em executar um empreendimento imobiliário para fins lucrativos, e se veio a saber que se verificaram mudanças em Macau, a nível económico, social ou urbanístico, nomeadamente crise económica nos anos de 90 e inícios dos anos 2000, então tinha que

assumir os riscos da sua actividade comercial, ou simplesmente ponderar se deveria aceitar a celebração do contrato de concessão, e se tivesse aceitado, também deveria ponderar se tinha condições para continuar.

Em suma, a recorrente não aproveitou, nem sequer iniciou o aproveitamento do terreno até ao termo do prazo contratualmente acordado, não se vislumbrando ter ela agido diligentemente realizando atempadamente os trabalhos e as obras de aproveitamento, e em lado algum se logrou a prova de que a falta de aproveitamento se deveu a culpa da Administração, tudo apontando que a falta de aproveitamento do terreno se deveu a culpa exclusiva da recorrente.

Conforme dito acima, para as concessões provisórias de pretérito, verificadas antes da entrada em vigor da nova Lei de Terras, em que a falta de aproveitamento se deveu a culpa do concessionário, a alínea 3) do artigo 215.º da nova Lei de Terras manda aplicar o n.º 3 do artigo 104.º e artigo 166.º da Lei de Terras.

Dispõe o n.º 3 do artigo 104.º da nova Lei de Terras que *"a inobservância de qualquer um dos prazos referidos no número anterior sujeita o concessionário às penalidades estabelecidas no respectivo contrato ou,*

sendo este omissa, à multa no montante correspondente a 0.1%, consoante as situações, do prémio ou do preço de adjudicação por cada dia de atraso, até 150 dias". - sublinhado nosso

Por sua vez, determina o artigo 166.º da mesma Lei:

"1. Para além das situações previstas nos Capítulos VII e XI, as concessões provisórias ou as concessões definitivas em fase de reaproveitamento de terrenos urbanos ou de interesse urbano caducam, quando se verifique qualquer uma das seguintes situações:

1) Não conclusão do aproveitamento ou reaproveitamento do terreno nos prazos e termos contratuais ou, sendo o contrato omissa, decorrido o prazo de 150 dias previsto no n.º 3 do artigo 104.º, independentemente de ter sido aplicada ou não a multa;

2) Suspensão, consecutiva ou intercalada, do aproveitamento ou reaproveitamento pelo período fixado no contrato ou, no silêncio deste, por prazo superior a metade do previsto para a sua conclusão.

2. Para além das situações previstas nos Capítulos VII e XI, as concessões provisórias de terrenos rústicos caducam quando:

1) *O aproveitamento não seja iniciado dentro de seis meses após a concessão ou no prazo contratual fixado;*

2) *O aproveitamento seja suspenso, consecutiva ou intercaladamente, por um período superior a 12 meses.*” – realçado nosso

Face às normas acima expostas, no tocante às concessões provisórias de pretérito, se se verificar que a falta de aproveitamento dos terrenos se deveu a culpa do concessionário, os dois preceitos legais acima referidos aplicam-se imediatamente, mesmo que estejam em contradição com o convencionado pelas partes no respectivo contrato de concessão, e também independentemente de ter sido aplicada ou não a multa.

Entende a recorrente que a multa deveria ser aplicada, por incumprimento dos termos do contrato de concessão, antes de ser declarada a caducidade do contrato.

Ora, a questão já foi objecto de apreciação pelo TUI.

Por razões de economia processual, cita-se parte do Acórdão daquele Venerando Tribunal, no Processo n.º 28/2017, com a qual concordamos:

“Relativamente às concessões provisórias anteriores à entrada em

vigor da lei nova, prescreve o artigo 215.º da nova Lei de Terras:

“Artigo 215.º

Nas concessões provisórias

A presente lei aplica-se às concessões provisórias anteriores à sua entrada em vigor, com as seguintes ressalvas:

1) Quando esteja a correr um prazo fixado por legislação anterior e a presente lei o tiver modificado, é aplicado o prazo mais longo;

2) Os direitos e deveres dos concessionários são imediatamente regulados pela presente lei, sem prejuízo do convencionado nos respectivos contratos;

3) Quando tenha expirado o prazo anteriormente fixado para o aproveitamento do terreno e este não tenha sido realizado por culpa do concessionário, aplica-se o disposto no n.º 3 do artigo 104.º e no artigo 166.º”.

A alínea 1) não é relevante para a questão em apreço por se referir à duração de prazos legais.

No que respeita aos direitos e deveres dos concessionários a alínea 2) faz prevalecer o convencionado nos respectivos contratos sobre o disposto na lei. Na sua falta, aplica-se a nova Lei e não a antiga Lei.

Ou seja, em tudo quanto respeite a direitos e deveres dos concessionários aplica-se, em primeiro lugar, o que tiver sido contratado pelas partes. No que não esteja regulado no contrato de concessão aplica-se, supletivamente, a nova Lei. E, eventualmente, se for caso disso, até as normas do artigo 11.º do Código Civil. Pelo menos, o disposto no seu n.º 1, nos termos do qual “a lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída

eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular”.

Na matéria de facto provada, sob o n.º II, transcrevemos a cláusula 12.^a onde se estipula sobre as condições de caducidade do contrato de concessão por falta de aproveitamento do terreno no prazo contratual, pelo que a mesma se aplica nos termos da alínea 2) do artigo 215.º da Lei nova. Não obstante, isso não quer dizer que as condições de declaração da mencionada caducidade se rejam apenas pela mesma cláusula. Nas situações omissas pode ter lugar a aplicação da Lei nova, como dissemos já.

Interpretemos a alínea 3) do artigo 215.º da Lei nova, segundo a qual, quando tenha expirado o prazo anteriormente fixado para o aproveitamento do terreno e este não tenha sido realizado por culpa do concessionário, aplica-se o disposto no n.º 3 do artigo 104.º e no artigo 166.º.

Tendo em conta que o proémio do artigo 215.º já determina a aplicação da lei às concessões provisórias anteriores à sua entrada em vigor, a intenção desta alínea 3) é a de aplicar imediatamente dois preceitos da lei nova, mesmo contra o que esteja convencionado nos respectivos contratos (alínea anterior) e na lei antiga. A não ser esta a interpretação da alínea 3) (prevalência destas duas normas da lei nova sobre o estabelecido nos contratos), ela seria inútil visto que do proémio do artigo 215.º e da sua alínea 2) já resultaria que a lei nova se aplicaria às concessões provisórias anteriores à sua entrada em vigor e que o contratado prevalece sobre a lei no que toca a direitos e deveres dos concessionários. Não haveria necessidade de mandar aplicar expressamente dois preceitos da lei nova. Ou seja, o único efeito útil da alínea 3) é dizer que, ao contrário do que resulta da alínea 2) -

onde o convencionado pelas partes prevalece sobre as disposições da lei nova - estes dois preceitos da lei nova prevalecem sobre o contratado.”

Pelos fundamentos antes expostos, im procedem as razões da recorrente quanto a esta parte.

*

Da usurpação de poderes

Alega a recorrente que o acto recorrido baseou-se em instruções internas, nomeadamente a informação n.º 095/DSODEP/2010, a qual estabelece critérios de classificação do comportamento dos concessionários no âmbito da Lei de Terras em matérias de contratos de concessão, assacando ao mesmo acto vício de violação de lei por ofender o princípio da separação de poderes.

De facto, aquela informação mais não seja do que uma orientação interna, um instrumento auxiliar na apreciação dos inúmeros casos de caducidade de concessões por falta de aproveitamento de terrenos e não tem qualquer natureza normativa.

Aliás, analisado o teor do despacho recorrido que concordou com o despacho do SATOP e este, por sua vez, concordou com o parecer da Comissão de Terras, podemos concluir que a norma que serviu de fundamento de direito ao despacho recorrido foi efectivamente a alínea a) do n.º 1 da cláusula décima terceira do contrato de

concessão e a alínea a) do n.º 1 do artigo 166.º da Lei de Terras, e não a alegada informação do Chefe do Executivo.

Decidiu o Acórdão do Venerando TUI, no Processo n.º 81/2016 que “a violação de instrução pode constituir infracção de dever funcional por parte do subalterno, mas não constitui fonte de direito, pelo que o interessado não pode invocar a violação de instrução, como fundamento de anulação de acto administrativo”.

Improcede, pois, o recurso nesta parte.

*

Da alegada violação dos princípios da proporcionalidade, dos direitos e interesses dos residentes, da igualdade e da imparcialidade

Assaca ainda a recorrente ao despacho recorrido vício de violação de lei por ofender os princípios da proporcionalidade, dos direitos e interesses dos residentes, da igualdade e da imparcialidade.

Conforme decidido pelo recente Acórdão do TUI, no Processo n.º 38/2017, a declaração de caducidade do contrato de concessão consiste num poder-dever do Chefe do Executivo, quando o terreno não tenha sido aproveitado no prazo legal e não tenha sido pedido a prorrogação do prazo, nos termos do n.º 5 do artigo 104.º da actual Lei de Terras.

Trata-se, no fundo, de um dos efeitos impostos

por Lei, pois não cabe à Administração decidir se declara ou não declara a caducidade, pelo contrário, é um acto vinculado do Chefe do Executivo.

Ora bem, uma vez que o não aproveitamento do terreno procede de culpa da recorrente, verificados estão os pressupostos da declaração de caducidade do respectivo contrato de concessão.

Em boa verdade, não obstante a Administração não ter declarado atempadamente a caducidade da concessão por falta de aproveitamento, não significa que a mesma está impedida de o fazer a todo o momento, considerando que não existe qualquer limite temporal para o efeito, nem implica que o prazo de aproveitamento inicialmente concedido pode ser prorrogado, por não haver qualquer disposição legal que prevê essa possibilidade.

E quaisquer pedidos posteriores com vista a obter prorrogação do prazo de aproveitamento ou alteração da finalidade da concessão não têm a virtualidade de transformar um dever vinculado da Administração num poder discricionário, sempre que se verifique incumprimento do prazo de aproveitamento por culpa das concessionárias.

No caso vertente, uma vez verificada a falta de aproveitamento do terreno imputável à recorrente, a Administração está obrigada a declarar a sua caducidade,

nos termos consentidos pela alínea 3) do artigo 215.º, 166.º e 167.º, todos da Lei n.º 10/2013.

Logo, torna-se irrelevante a invocação daqueles vícios.

E quanto à questão de saber se a decisão da Administração sobre a declaração de caducidade da concessão dos terrenos foi diferente para situações idênticas, somos a entender que, na medida em que as circunstâncias de facto não são exactamente as mesmas, não podemos dizer que a Administração tenha decidido diferentemente de casos semelhantes, assim, não se vislumbra violação do princípio da igualdade.

Mesmo que assim não se entenda, conforme dito acima, inserindo-se o acto da Administração no âmbito do exercício da actividade vinculada que decorre do disposto no artigo 215.º e na alínea 1) do n.º 1 o artigo 166.º, da Lei de Terras, não pode estar em causa a violação daquele princípio, o qual funciona apenas como limite interno da actividade discricionária da Administração e não no domínio do exercício de poderes vinculados.

Conforme se decidiu no Acórdão do Processo n.º 111/2018, do TUI: “Tem este Tribunal considerado que esta declaração de caducidade, com este fundamento, 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 dos autos, sem prejuízo de poder haver consequências dessas alegadas omissões. Os administrados não podem reivindicar um direito à ilegalidade.”

Aqui chegados, somos a concluir que não existe os vícios imputados pela recorrente.

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 20 U.C.

Registe e notifique.

RAEM, 21 de Novembro de 2019

Tong Hio Fong

Lai Kin Hong

Fong Man Chong

com declaração de voto vencido em anexo

Mai Man Ieng

行政司法上訴卷宗編號：689/2015

上訴人：Companhia de Investimento Predial Hamilton,
Limitada

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2,795方米、位於氹仔新城市中心，廣東大馬路(舊柯維納馬路)的土地，透過公佈在一九九九年十二月十七日第五十期《澳門政府公報》第二副刊的第125/SATOP/99號批示將土地批予 Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada;

二、土地的租賃期為50年，自簽訂有關公證書之日起計。於2014年10月28日屆滿;

三、上訴人請求法院撤銷行政長官於2015年5月15日作出之宣告其獲批之上述土地失效之批示(刊登在2015年5月20日之《政府公報》內-見第58/2015號運輸工務司司長批示)，理據為該批示：

- 1) – 被上訴批示欠缺理由說明；
- 2) – 被上訴批示違反調查原則；
- 3) – 被上訴批示違反《土地法》第215條；
- 4) – 被上訴批示違反平等原則、善意原則、信心保護原則及適度原則。

*

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. 透過載於 Repartição Provincial dos Serviços de Fazenda e Contabilidade 的第 130 號記錄冊第 32 頁的一九六四年十月二十九日的批給合同公證書和透過由載於財政局 272 冊第 107 頁的一九八九年十一月二十四日的交換合同公證書賦予效力的合同附加條款，以租賃方式將一幅面積 30,798 平方米，位於氹仔新城市中心，廣東大馬路(舊柯維納馬路)，由“BT6”、“BT11”、“BT8”、“BT9”及“BT12”地段組成的土地批予“Fábrica de Artigos de Vestuário Estilo, Limitada”。

2. 隨後，透過公佈於一九九九年十二月十七日第五十期《澳門政府公報》第二組副刊的第 125/SATOP/99 號批示作出修改，將一幅面積 12,376 平方米的地塊歸還本地區，用作公共道路，則上述五幅地段組成的土地總面積修改為 18,422 平方米，以興建數幢作住宅、商業、停車場及社會設施用途的建築物，並同時批准將該五幅地段的批給所衍生的權利轉讓予“Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada”、“Companhia de Investimento Predial Pak Lok Mun, Limitada”、“Sociedade Fomento Predial Socipré, Limitada”、“Sociedade Fomento Predial Predific, Limitada”及“Companhia de Investimento Predial Hoi Sun, Limitada”。

3. 由於疏忽，未有在上款所述的批示的附件中刊登相關的地籍圖，故此透過公佈於二零零零年九月六日第三十六期《澳門特別行政區公報》第二

組的第 76/2000 號運輸工務司司長批示刊登由前地圖繪製暨地籍司於一九九六年三月十一日發出的第 128/1989 號地籍圖，以明確該五幅地段的定界及標示。

4. 根據該合同第二條款的規定，土地的租賃有效期為五十年，由一九六四年十月二十九日的批給合同公證書簽署日起計，即至二零一四年十月二十八日止。

5. 上款所訂定的租賃期限可按適用法例連續續期至二零四九年十二月十九日。

6. 本案卷之標的土地為“BT6”地段，面積 2,795 平方米，標示於物業登記局 B 簿冊第 23136 號，其批給所衍生的權利以承批人(Companhia de Investimento Predial Hamilton, Limitada)的名義登錄於第 29959F 號，該地段沒有任何意定抵押登記，並以字母“E”定界及標示於上述第 128/1989 號地籍圖中。

7. 土地用作興建一幢屬分層所有權制度，由一座四層高的裙樓(包括平台層)及其上建有兩幢分別為十九層及二十九層高的塔樓組成的樓宇，作住宅、商業、停車場及托兒所用途。

8. 按照合同第五條款的規定，土地的總利用期限為 42 個月，由賦予該合同效力的批示在《澳門政府公報》刊登當日起計，即至二零零三年六月十六日止，上述期限包括訂定承批人遞交圖則及施工的日期，尤指：由批示刊登日起計 60 日內制定及遞交建築計劃；建築計劃獲核准通知日起計 90 日內制定及遞交工程圖則；工程圖則獲核准通知日起計 45 日內進行施工。

9. 合同溢價金為澳門幣 20,312,618.00 元，當中澳門幣 10,000,000.00 元由賦予該合同效力的批示在《澳門政府公報》刊登當日起計一個月內繳付；餘款澳門幣 10,312,618.00 元，連同年利率 7% 的利息分四期繳付，以半年為一期，每期金額相等，即本金連利息合共澳門幣 2,807,621.00 元，第一期須於規範該合同的批示公佈後六個月內繳付。

10. 此外，按照修改批給合同的特別負擔條款，承批人須獨立承擔將土地騰空及移去其上所有的建築物及存在的物料，並須與其他四幅地段的承批者共同執行土地的所有基礎建設，包括在第 128/1989 號地籍圖中以字母“F”標示，已規劃的街道的興建及鋪設。

11. 為加強對批給土地利用的監察，以及優化土地資源的管理，上級決定對現有批地的利用進行深入的分析，並研究和採取有效措施，使現有的批給土地可獲充分利用，配合社會發展的需要，運輸工務司司長於 2010 年 3 月 8 日作出第 07/SOPT/2010 號批示，命令土地工務運輸局在十五日內，去函通知所

有沒按照土地批給合同規定的期限完成土地利用的承批人，必須在接獲通知後一個月內，就有關事宜向政府提交書面解釋。

12. 基此，土地工務運輸局土地管理廳篩選出情況較為嚴重的 29 個閒置土地個案，包括本案卷在內作優先處理，並發函要求有關土地的承批人須於收到通知函起計 30 日內說明不履行土地利用的原因及提交一切適用說明資料，並指出如不作出回覆或解釋理由未被接納時，批給實體將會啟動宣告批給合同失效/解除批給合同的程序。

13. 經過多次與運輸工務司司長辦公室就處理閒置土地事宜上進行討論及分析後，土地管理廳將閒置土地的狀況劃分成列表，並就其嚴重性作出分級標準及處理的原則，於 2010 年 5 月 12 日撰寫第 095/DSODEP/2010 號報告書並呈交上級審閱，以便上級就處理閒置土地上作出明確及具體的指引。

14. 接著，運輸工務司司長發表意見，同意該報告書所訂定的「嚴重性分級標準」，作為處理閒置土地個案的先後次序，以及日後執行部門在每一具體個案中進行分析的參考準則，並上呈行政長官考慮審批。行政長官於 2010 年 5 月 31 日作出批准的批示。

15. 鑑於題述土地的承批人一直沒有按照有關的批給合同規定的期限完成對土地的利用，因此，批給實體按照有關指令，於 2010 年 3 月 23 日發出第 188/6318.02/DSODEP/2010 號公函通知承批人須於 30 日內提交一份關於無履行對土地的利用、欠繳溢價金及還沒有履行特別負擔的書面解釋，以便行政當局跟進該等事宜。

16. 按照批給實體的要求，承批人於 2010 年 5 月 12 日透過行政管理成員 A 及 B 向其提供下列有關無履行對土地利用的理由：

- 標的土地於1999年12月獲批給時，其位處一幅長期被非法佔用的空置地盤，現場積存大量廢料及垃圾，經多年與霸佔土地者的斡旋，終於在2006年尾達成初部搬遷協議，並隨即於2007年2月8日向土地工務運輸局遞交該土地之初步研究方案。回望澳門過往其他土地的騰空情況，能成功在政府及發展商訂定的發展期限內騰空土地的個案是非常少的，而承批人也處於同一情況，就是花了許多時間亦未能按照原計劃展開土地的利用，因此認為延誤土地的利用不可完全歸責於承批人，再者其亦錯失了無數的投資機會。

- 關於上述之初研方案，土地工務運輸局於2008年9月23日透過第10316/DURDEP/2008號公函回覆，由於城市規劃廳仍未發出有關意見，故此未能就該方案作出審核結論。隨後，於2010年4月24日再次查詢該方案的審核情況，但無任何的進展。

17. 承批人除希望批給實體接納上款所述的解釋理由外，並表示有意願按照如下所述繼續發展該土地：

- 1) 土地的利用將按原批給合約所規定之發展形式進行；
- 2) 在獲得土地工務運輸局列出需支付溢價金及延遲利息的資料後，即安排繳納；
- 3) 當承批人接獲上述通知後55天內遞交建築計劃，建築計劃被核准後第85天內遞交工程計劃，而工程計劃被核准後於10天內展開有關工程，預計2年內完成。

18. 土地管理廳分析由承批人提交的書面解釋，由於證實自第125/SATOP/99 號批示於 1999 年 12 月 17 日公佈後，承批人從沒有就有關融資或經濟等困難向土地工務運輸局求助，其並沒有就無繳交溢價金作出任何解釋，因此，可明確指出不履行繳付溢價金之責任全歸責於承批人。

19. 根據城市建設廳於 2010 年 7 月 2 日透過第 837/DURDEP/2010 號內部通訊提供的信息，因為城市規劃廳沒有就承批人於 2007 年 2 月 8 日及 2008 年 7 月 24 日遞交的初研方案發出意見，所以該廳已發函知會其有關方案未能作出審核。

20. 土地管理廳還在分析報告書上陳述，承批人解釋因該土地一直被非法佔用，經多年與霸佔土地的佔用人商討清遷問題，直至 2006 年年底前才與佔用人達成搬遷協議。然而，承批人卻從沒有將有關事宜通知該局或向該局請求協助，亦沒有就延長土地的利用期提出任何申請。此外，當承批人與非法佔地者達成清遷協議後，其於 2007 年 2 月 8 日才向該局遞交一份新的初研方案，但當時土地的利用期限已過了四年，而該方案主要的目的是將樓宇的總高度增至海拔 156 米及調整各種用途的建築面積。然而，將該初研方案訂定的建築面積與第 125/SATOP/99 號批示規定的建築面積相比，發現總建築面積增多了 4,267 平方米，因此該等責任應歸責於承批人。根據在現場拍下的照片，土地現存放著大量建築材料及放置了數個作為臨時辦公室的貨櫃箱。

21. 綜上分析，土地管理廳按照處理閒置土地的「嚴重性分級標準」，認定承批人違犯了 2 個屬「最嚴重」及 1 個屬「嚴重」組合的情況，體現為沒有繳付溢價金、批給到期日尚餘不足 5 年、只要求改變土地利用而從沒有按土地批給合同的規定遞交利用計劃及已過土地利用期限而從沒提出延期申請。按照 2010 年 5 月 12 日的第 095/DSODEP/2010 號報告書上所述，只需存在任何一種屬「最嚴重」的情況，如沒有合理解釋，便可立即進行收回土地的程序。

22. 由於考慮到案卷的複雜性及承批人極可能就宣告批給合同失效/解除批給合同提出聲明異議及/或提起司法上訴，因此在獲得土地工務運輸局局

長的同意後，土地管理廳將案卷送交法律廳，以便該廳深入分析是否具備足夠條件展開歸還土地或重新批給的程序，並提供相關的法律依據。

23. 法律廳於 10 月 27 日透過第 59/DJUDEP/2010 號報告書發出法律意見，認為承批人對完全沒有進行土地利用所提出的理由，除了欠缺文件或其他類型的證明外，亦不屬任何不可抗力或證實不受其控制的特殊情況。

24. 對於“在澳門特別行政區，成功履行利用期限的個案是非常少...而該公司的情況只是再多一宗不履行義務的個案”的解釋，法律廳認為“不應把別人的錯誤當作自己錯失的合理解釋”，而且“在違法的情況下不可能存在平等的權利”及“不應重蹈覆轍”。

25. 此外，法律廳認為，承批人絕對不能以土地一直被非法佔用，且積存大量垃圾及廢料來為自己辯護，他亦不能作為無利用土地的合理解釋，因該合同第八條款的特別負擔規定，承批人須獨力負責騰空及移走批給土地上的所有存在物，因此承批人不能以土地一直被第三者非法佔用及積存大量垃圾及廢料作自辯，再者，騰空及移走批給土地上的所有存在物是其責任(合同義務)，這可說是“與事實不符”。

26. 對承批人表示在騰空土地時遇到困難，法律廳認為若確有其事，承批人理應循司法途徑迫使佔用人放棄土地，但其未為之。

從承批人從未對非法佔用人提起司法訴訟這事實，已顯示承批人根本無意利用該幅土地。

27. 合同第六條款第四款規定承批人有義務就土地騰空一事作出通知，但案卷內並沒有通知批給實體有關為騰空土地而進行斡旋的記錄，其內僅提及搬遷協議在 2006 年底達成。

承批人就騰空土地斡旋至 2006 年底是事實，但為何不在 2003 年 6 月 16 日土地利用期屆滿之前申請延長土地的利用？

28. 法律廳還指出，雖然承批人於 2007 年 2 月遞交了一份有關利用的初研方案予土地工務運輸局審議，當局並無作出審議，多年後表示利用期已逾約四年，且該計劃並不符合合同的規定，因為它增加了海拔高度及調整該土地各已許可用途的建築面積，故即使遞交了方案，都絕對不能減輕其責任。

29. 然而，考慮到有關行政行為的不利和處罰性質(宣告失效或解除)，以及 2010 年 3 月 23 日第 188/6318.02/DSODEP/2010 號公函只要求承批人就不履行~~合同提交合理解釋~~，而無清楚顯示存在一個屬批給實體決定的方案(宣告失效或解除)，土地委員會認為，根據由 10 月 11 日第 57/99/M 號法令核准的《行政

程序法典》第九十三及九十四條的規定，必須通知承批人，以便其於接獲通知當日起計的十日內，就可能有的決定以書面方式發表意見。

*

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，且立法者懂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。¹

《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所衍生的狀況時，許可該等替換或移轉；

¹參閱《公共服務批給》(Concessão de serviços públicos)一書，Pedro Gonçalves, Almedina出版社，1999年版。

- (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」²) (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！

² 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。

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》³ 一書中關於除斥期就知道:

“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

³ 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。

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)⁴。〔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。

⁴ 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。

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⁵。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」⁶。

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

⁵ 法語稱為: *déchéance*，在葡萄牙語內亦有學者稱為 *prazo de decadência*。

⁶ 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。

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の利用，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：

- 發出街線圖；
- 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都市規劃存在？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體，(或指主體)權利，源自一個具體事實。」

Menezes Cordeiro教授寫道⁷：

「《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。

⁷ 見上引之文章，第835頁。

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！

這仍屬於合同的內容，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受益，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⁸：

“(…)

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 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

⁸ 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.

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.”⁹ Por outro lado, e como explica António Menezes Cordeiro¹⁰, Vaz Serra abdicou da distinção “caso de força maior” e “caso fortuito” a favor da construção romano-germânica da impossibilidade¹¹. Força maior continua a surgir no Código Civil, mas por deficiência na revisão¹². O que está em causa são as mesmas situações a que se referem os art.ºs 779.º e seguintes e 790.º de Macau¹³. Por conseguinte, casos em que o titular do direito se vê impossibilitado temporariamente, por razões que lhe não são de todo imputáveis, de exercer o seu direito¹⁴.

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

⁹ Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Prescrição extintiva e caducidade*, BMJ, n.º 106, p. 178.

¹⁰ *Tratado de direito civil português*, V, *Parte geral. Exercício jurídico*, 2.ª ed.ª rev. e act., Almedina, 2015, p. 226.

¹¹ 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.

¹² Menezes Cordeiro (2015), *ib.*

¹³ 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).

¹⁴ Menezes Cordeiro (2015), *ib.*

Administração (*factum principis*¹⁵), 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*)¹⁶. 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 dúvidas¹⁷, ainda assim sempre seria aplicável o n.º 2 do art.º 313.º do Código Civil de Macau¹⁸. 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 fé¹⁹.

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 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 caducidade²⁰. Pelo que se deve considerar, nos termos do

¹⁵ 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.

¹⁶ *Ib.*

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ Lembrando Lutero: a Administração invoca o calendário contra a moral e a justiça.

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 Macau²¹ 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 prazo²² – 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 cessado o impedimento, o prazo razoavelmente necessário para o exercício do direito.”²³

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

²¹ Vaz Serra referia-se, obviamente, ao correspondente preceito do Código Civil de 1966, o art.º 321.º.

²² *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.

²³ 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.

imobiliários, ou que o mesmo seja protraído pelo tempo que, de acordo com a boa fé²⁴, 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 Caetano ²⁵, 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 contraparte²⁶.

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 direito²⁷. 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 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 direito²⁸. Não obstante, e considerando que a caducidade

²⁴ 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.

²⁵ (1974), pp. 398 e 399.

²⁶ *Ib.*

²⁷ 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.

²⁸ 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.

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 contrato²⁹. 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 (...)”³⁰.

O modo de repor o equilíbrio económico-financeiro do contrato passará também pela restituição *in natura* do tempo suprimido aos concessionários³¹. Na verdade, um dos modos correntes de reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato é a prorrogação do prazo das prestações ou da vigência do contrato³². (...)”

*

²⁹ Sobre este princípio geral de direito administrativo (Lopes Martins, p. 688) e as suas virtualidades, vide o autor citado, *passim*, e pp. 531, ss.

³⁰ Lopes Martins, p. 635.

³¹ 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.

³² 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.

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*)³³一書中，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。”

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* ……»。

³³ D. Quixote, 2ª edição, 第402頁及續後。

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)。這明顯有違善意原則，因為承批人一直期待行政當局完成審議有關計劃及給予回覆，但事實並非如此。

四、行政當局宣告失效的建議書長篇大論地闡述是因為承批人有過錯而建議行政長官宣告該土地批給失效，我們認為 2010 之前之事實已成為「既決案」(caso resuelto)，即已有確定性決定，不能隨意推翻，否

則亦違反既決案原則，善意原則及合理期望原則，因為當年承批人提出申請(不論內容為何)，當年有權限的行政當局已作出了批示，除非該批示為無效(但本個案裏並無這方面的證據)，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、行政當局承認承批人於 2007 年提交發展計劃，但行政當局一直無回覆，後來表示該計劃不合規定。

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。

後來 2011 年，行政當局還要求承批人解釋不利用土地的原因。當年行政當局接受承批人的解釋。

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。³⁴

³⁴—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、行政當局於 2011 年要求承批人解釋不利用土地的原因，期間花了多年的時間去準備宣告失效之程序，這有違善意履行合同原則。當年應全力配合承批人利用土地，共同合作落實批給合同之目標，但行政當局並無如此作為。

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11月21日。

第二助審法官

馮文莊