

Processo n.º 69/2018

Recurso jurisdicional em matéria administrativa

Recorrente: Focus – Gestão, Operação e Manutenção de Instalações, S.A.

Recorrido: Chefe do Executivo

Data da conferência: 27 de Setembro de 2018

Juizes: Song Man Lei (Relatora), Sam Hou Fai e Viriato Manuel Pinheiro de Lima

Assuntos: - Suspensão de eficácia de acto administrativo

- Susceptibilidade de suspensão de eficácia
- Princípio da tutela jurisdicional efectiva
- Prejuízos de difícil reparação

SUMÁRIO

1. A suspensão de eficácia do acto administrativo que decide de um concurso público tem um evidente interesse para o candidato preterido e é efectivamente possível. Com a suspensão da eficácia do acto, o candidato retira uma vantagem. Com esta suspensão, a adjudicação não pode tornar-se efectiva, o que corresponde ao interesse do candidato preterido na

manutenção do *statu quo*, até à decisão final do recurso contencioso que decida da adjudicação. Só assim se garante o princípio da tutela jurisdicional efectiva consagrado no art.º 2.º do Código de Processo Administrativo Contencioso.

2. Cabe ao requerente o ónus de alegar e provar os factos integradores do conceito de prejuízo de difícil reparação, fazendo-o por forma concreta e especificada, não sendo bastante a mera utilização de expressões vagas e genéricas.

A Relatora,
Song Man Lei

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

1. Relatório

Focus – Gestão, Operação e Manutenção de Instalações, S.A., melhor identificada nos autos, requereu junto ao Tribunal de Segunda Instância e nos termos do art.º 120.º do Código de Procedimento Administrativo Contencioso o procedimento de suspensão de eficácia do despacho do Chefe do Executivo, de 18 de Abril de 2018, que autorizou a adjudicação da “Prestação de serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa” à Companhia de CCCC Terceiro Macau, Limitada, pelo preço global de MOP\$240.048.000,00.

Por Acórdão proferido em 5 de Julho de 2018, o Tribunal de Segunda Instância decidiu indeferir o pedido de suspensão de eficácia.

Inconformada com a decisão, vem **Focus – Gestão, Operação e Manutenção de Instalações, S.A** recorrer para este Tribunal de Última Instância, terminando as suas alegações com as seguintes conclusões:

a) O acto ora recorrido é, como referem os factos descritos na primeira parte do requerimento da suspensão de eficácia, diferente dos actos adjudicatórios gerais.

b) A proposta da recorrente foi reavaliada por uma incompetente Comissão de Avaliação das Propostas (os valores obtidos reduziram de

12,68 para 2,66, equivalente a 21% da classificação original).

c) A nova adjudicação aumenta a pressão exercida sobre a recorrente para retirar-se do terminal marítimo em questão.

d) O anterior acto administrativo confirmou e definiu a esfera dos direitos e deveres da recorrente. Entretanto, a Administração subtraiu os pontos originalmente obtidos pela sua proposta e ordenou que ela se retirasse do local, abalando assim os seus direitos provenientes da anterior adjudicação (incluindo o à transferência adequada do Terminal), e exercendo grandes influências na sua esfera dos direitos e deveres.

e) Cumpre notar que a suspensão de eficácia do referido acto de adjudicação trará à recorrente vantagens efectivas.

f) Neste caso, a recorrente não precisaria de sair do local num prazo desrazoável e sofrer prejuízos com a entrada da nova adjudicatária.

g) Por o acto em apreço produzir influências ou alterações para a posição jurídica da recorrente, este é um acto com conteúdo positivo e satisfaz o requisito previsto no artigo 120.º do CPAC. Analisado desse ponto de vista, tal acto administrativo é susceptível de suspensão de eficácia.

h) A nova adjudicação faz com que a recorrente tenha de se retirar imediatamente do terminal marítimo e assumir um preço pesado pelos recursos humanos e materiais preparados para a prestação dos serviços adjudicados.

i) Indemnizar a recorrente pelo pesado preço e reparar os danos lhe causados é impraticável e até impossível, quer do ponto de vista prático quer económico.

j) Tal como se refere no acórdão do TUI, Processo n.º 28/2015, citado no acórdão ora recorrido, *“o dano susceptível de quantificação pecuniária pode ser considerado, em certas situações, de difícil reparação para o requerente, tais como os casos “em que a avaliação dos danos e a sua reparação, não sendo de todo em todo impossíveis, podiam tornar-se muito difíceis”*.

k) A recorrente vai sofrer prejuízos de difícil reparação em virtude da execução do referido acto administrativo.

l) O acórdão recorrido não considera os circunstancialismos acima referidos e as concretas características da causa, compreende erradamente os factos, sem ter ponderado adequadamente os factos relevantes para a boa decisão, omite a relação jurídica constituída por boa fé e aplica erradamente o direito, nomeadamente os artigos 120.º e 121.º do CPAC.

Contra-alegou a contra-interessada Companhia de CCCC Terceiro Macau, Limitada, entendendo que se deve julgado improcedente o recurso jurisdicional.

O Digno Magistrado do Ministério Público emitiu o douto parecer, propendendo pelo não provimento do recurso.

Foram corridos os vistos.

Cumpre decidir.

2. Os Factos

O Tribunal de Segunda Instância considera relevantes os seguintes factos:

- Por despacho de 10 de Agosto de 2016, o Chefe do Executivo autorizou a abertura do concurso público para a “*Prestação do serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa*”. A requerente Focus – Gestão, Operação e Manutenção de Instalações, S.A. e a contra-interessada Companhia de CCCC Terceiro Macau, Limitada, foram dois dos concorrentes.

- Por despacho de 30 de Dezembro de 2016, o Chefe do Executivo adjudicou a supra aludida prestação de serviços à requerente. O contrato foi assinado em 15 de Junho de 2017.

- A contra-interessada interpôs recurso contencioso do atrás mencionado despacho do Chefe do Executivo.

- Após julgamentos realizados pelos TSI e TUI, o supra referido acto de adjudicação foi anulado.

- Por despacho de 14 de Fevereiro de 2018, o Secretário para os Transportes e Obras Públicas ordenou a execução da decisão do TUI. Em

consequência, a Administração anulou o contrato celebrado com a requerente e determinou que este deixaria de produzir efeitos a partir de 8 de Março de 2018.

- Em 18 de Abril de 2018, o Chefe do Executivo proferiu despacho concordando com a proposta da Direcção dos Serviços de Assuntos Marítimos e de Água no sentido de adjudicar a “*Prestação do serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa*” à contra-interessada, ou seja, a Companhia de CCCC Terceiro Macau, Limitada, com o prazo de validade do contrato compreendido entre 23 de Abril de 2018 e 22 de Abril de 2021.

- Logo, a requerente pediu a suspensão de eficácia do supramencionado acto administrativo, ou seja, o despacho de adjudicação.

3. Direito

O Tribunal de Segunda Instância indeferiu o pedido de suspensão de eficácia por entender que o acto de adjudicação de serviço em causa não é susceptível de suspensão de eficácia, pois não tem conteúdo positivo, e mesmo considerando suspensível a eficácia do acto administrativo em apreço, não estão satisfeitos todos os requisitos consignados no art.º 121.º n.º 1 do CPAC, nomeadamente na al. a) do n.º 1 do artigo.

Defende a recorrente o contrário, alegando que o acto em apreço produz influências ou alterações para a sua posição jurídica e é um acto com conteúdo positivo, pelo que é susceptível de suspensão de eficácia. E

com a execução do acto a recorrente vai sofrer de prejuízos de difícil reparação.

Vejamos se assiste razão à recorrente.

3.1. Nos termos do art.º 120.º do CPAC, “a eficácia de acto administrativos pode ser suspensa quando os actos:

a) Tenham conteúdo positivo;

b) Tendo conteúdo negativo, apresentem uma vertente positiva e a suspensão seja circunscrita a esta vertente”.

Ora, antes de entrar na análise sobre a verificação ou não dos requisitos previstos no art.º 121.º do CPAC para a suspensão de eficácia, há que ver, em antemão, se o acto administrativo é susceptível de suspensão de eficácia.

Se se concluir pela insusceptibilidade de suspensão de eficácia do acto administrativo, fica logo naufragada a providência requerida.

Ora, sem intenção de ignorar a respeitosa jurisprudência afirmada pelo TSI em diversos acórdãos, incluindo o citado no acórdão ora recorrido, sobre a insusceptibilidade de suspensão de eficácia do acto de adjudicação das obras públicas, por não ter conteúdo positivo, afigura-se-nos que, no presente caso, o acto de adjudicação de prestação de serviço à contra-interessada é susceptível de se suspender a sua eficácia.

Como se sabe, o acto negativo propriamente dito é aquele que deixa a esfera jurídica do interessado inalterada, sem qualquer efeito positivo de natureza secundária ou acessória.¹

A lei possibilita a suspensão de eficácia do acto que, embora com conteúdo negativo, apresente uma vertente positiva, chamado acto aparentemente negativo.

Sobre a possibilidade de suspensão de eficácia de actos de adjudicação praticados em concursos públicos, é de transcrever as seguintes considerações expostas no Código de Processo Administrativo Contencioso de Macau Anotado²:

“O TSI tem considerado como tendo puro conteúdo negativo os actos de adjudicação de concursos públicos, de empreitadas de obras e serviços públicos, para os candidatos preteridos, como se dá nota adiante³. Ora, sem prejuízo de se concordar que tais actos têm conteúdo negativo para os preteridos, isso não significa que não possa haver suspensão da eficácia de tais actos. Na verdade, não está escrito nas estrelas que os actos negativos não podem ser suspensos. A prescrição, que segue doutrina e jurisprudência nesse sentido, tem uma razão de ser, não é arbitrária. E essa razão de ser é esta: os actos negativos não podem ser suspensos pela própria natureza das coisas. Não é isso que acontece nos actos em causa, em que existe algo que pode ser suspenso, há algo que pode ser conservado. Logo, há evidente

¹ Cfr. Ac. do TUI, de 7 de Dezembro de 2005, Proc. n.º 29/2005.

² Viriato Lima e Álvaro Dantas, *Código de Processo Administrativo Contencioso Anotado*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2015, p. 341.

³ Com o mesmo entendimento, José Cândido de Pinho, *Manual de Formação de Direito Processual Administrativo Contencioso*, p. 261.

conceitualismo na conclusão de que estes actos não podem ser objecto de suspensão.

Na verdade, a suspensão do acto que decide de um concurso público tem um evidente interesse para o candidato preterido e é efectivamente possível. Com a suspensão da eficácia do acto, o candidato retira uma vantagem. Com esta suspensão, a adjudicação não pode tornar-se efectiva, o que corresponde ao interesse do candidato preterido na manutenção do *statu quo*, até à decisão final do recurso contencioso que decida da adjudicação. Só assim se garante o princípio da tutela jurisdicional efectiva, a que se refere o artigo 2.º.

Como se diz no Acórdão do STA, de 24.04.2002, adiante citado, sempre que o acto objecto do pedido de suspensão tenha provocado uma modificação de uma determinada situação de facto ou de direito em relação ao requerente, deve ter-se como possível a suspensão.

Por outro lado, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros em que a jurisprudência recusa a suspensão dos actos negativos (portuguesa, italiana, francesa, espanhola) não temos conhecimento de qualquer decisão a recusar a suspensão da eficácia deste tipo de actos. É uma questão que não se coloca sequer. Veja-se, por exemplo, a jurisprudência europeia examinada por MARIA FERNANDA MAÇÃS⁴, na sua obra dedicada à suspensão da eficácia.”

⁴ MARIA FERNANDA MAÇÃS, *A Suspensão Judicial a Eficácia dos Actos Administrativos e a Garantia Constitucional da Tutela Judicial Efectiva*, Coimbra Editora, 1996, p. 45 a 102.

No caso vertente, alega a recorrente que a suspensão de eficácia do acto de adjudicação em causa lhe trará vantagens efectivas, na medida em que ela não precisa de se retirar imediatamente do Terminal Marítimo num prazo desrazoável nem assumir um preço pesado pelos recursos humanos e materiais preparados para a prestação do serviço adjudicado.

Ora, decorre da factualidade assente que inicialmente foi adjudicado à recorrente o respectivo serviço de manutenção, por contrato assinado em 15 de Junho de 2017; no recurso interposto pela contra-interessada, o acto de adjudicação foi anulado; em consequência, a Administração anulou o contrato celebrado com a recorrente e decidiu adjudicar a prestação de serviço à contra-interessada Companhia de CCCC Terceiro Macau, Limitada.

Assim sendo, não é de afastar a hipótese de a recorrente ter interesse em ver suspensa a eficácia do acto de adjudicação, para evitar a alegada saída do Terminal Marítimo e prejuízos pelas despesas relacionadas com recursos humanos e materiais já expendidas para a prestação do serviço anteriormente adjudicado. Com a não execução imediata do acto, retira a recorrente as vantagens.

Está consagrado no art.º 2.º do CPAC o princípio da tutela jurisdicional efectiva, segundo o qual “A todo o direito subjectivo público ou interesse legalmente protegidos corresponde um ou mais meios processuais destinados à sua tutela jurisdicional efectiva, bem como os procedimentos preventivos e conservatórios necessários para acautelar o efeito útil de tais meios”.

O direito à tutela jurisdicional efectiva assegurado ao interessado abrange claramente o direito de requerer e obter do tribunal a concessão de procedimentos preventivos e conservatórios necessários, destinados a garantir o efeito útil da decisão a proferir pelo tribunal ao pedido do interessado.

Resumindo, é de concluir pela susceptibilidade de suspensão de eficácia do acto de adjudicação em causa.

3.2. Resta ver se está verificado o requisito previsto na al. a) do n.º 1 do art.º 121.º do CPAC.

Ora, regula o art.º 121.º do CPAC a legitimidade e os requisitos para a suspensão de eficácia:

“1. A suspensão de eficácia dos actos administrativos, que pode ser pedida por quem tenha legitimidade para deles interpor recurso contencioso, é concedida pelo tribunal quando se verifiquem os seguintes requisitos:

a) A execução do acto cause previsivelmente prejuízo de difícil reparação para o requerente ou para os interesses que este defenda ou venha a defender no recurso;

b) A suspensão não determine grave lesão do interesse público concretamente prosseguido pelo acto; e

c) Do processo não resultem fortes indícios de ilegalidade do recurso.

2. Quando o acto tenha sido declarado nulo ou juridicamente inexistente, por sentença ou acórdão pendentes de recurso jurisdicional, a suspensão de eficácia depende apenas da verificação do requisito previsto na alínea a) do número anterior.

3. Não é exigível a verificação do requisito previsto na alínea a) do n.º 1 para que seja concedida a suspensão de eficácia de acto com a natureza de sanção disciplinar.

4. Ainda que o tribunal não dê como verificado o requisito previsto na alínea b) do n.º 1, a suspensão de eficácia pode ser concedida quando, preenchidos os restantes requisitos, sejam desproporcionadamente superiores os prejuízos que a imediata execução do acto cause ao requerente.

5. Verificados os requisitos previstos no n.º 1 ou na hipótese prevista no número anterior, a suspensão não é, contudo, concedida quando os contra-interessados façam prova de que dela lhes resulta prejuízo de mais difícil reparação do que o que resulta para o requerente da execução do acto.”

Como se sabe, os requisitos contemplados nas diversas alíneas do n.º 1 do art.º 121.º para a suspensão de eficácia de actos administrativos são de verificação cumulativa, bastando a não verificação de um deles para que a providência não seja decretada, salvo nas situações previstas nos n.ºs 2, 3 e

4.

É claro que o caso vertente não se integra em nenhuma das situações dos n.ºs 2, 3 e 4 do art.º 121.º, daí que se exige a verificação de todos os requisitos do n.º 1.

O acórdão ora recorrido entendeu verificados os requisitos negativos previstos nas al.s b) e c) e não preenchido o referido na al. a), todos do n.º 1 do art.º 121.º.

E sustenta o contrário a recorrente.

Vejamos.

O requisito indicado na al. a) do n.º 1 do art.º 121.º refere-se ao prejuízo de difícil reparação, causado pela execução do acto administrativo.

Analizada a situação ora em apreciação, afigura-se-nos que o acórdão recorrido não merece censura.

Desde logo, há que ver em que consiste o previsível prejuízo de difícil reparação, exigido na al. a) do n.º 1 do art.º 121.º do CPAC.

Ora, tal como tem entendido este Tribunal de Última Instância, o dano susceptível de quantificação pecuniária pode ser considerado, em certas situações, de difícil reparação para o requerente, tais como os casos “em que a avaliação dos danos e a sua reparação, não sendo de todo em todo impossíveis, podiam tornar-se muito difíceis”, os prejuízos “decorrentes de actos que determinem a cessação do exercício da indústria, comércio ou actividades profissionais livres” bem como consistentes “na

privação de rendimentos geradora de uma situação de carência quase absoluta e de impossibilidade de satisfação das necessidades básicas e elementares”.⁵

E “a dificuldade de reparação do prejuízo deve avaliar-se através de um juízo de *prognose* relativo a danos prováveis, tendo em conta o dever de reconstrução da situação (hipotética) pela autoridade administrativa na sequência (em execução) de uma eventual sentença de anulação.”⁶

Por outro lado, as jurisprudências têm afirmado que cabe ao requerente o ónus de alegar e provar os factos integradores do conceito de prejuízo de difícil reparação, fazendo-o por forma concreta e especificada, através do encadeamento lógico e verosímil de razões convincentes e objectivos, não bastando alegar a existência de prejuízos, não ficando tal ónus cumprido com a mera utilização de expressões vagas e genéricas irreduzíveis a factos a apreciar objectivamente.

Nos presentes autos, não cumpriu a recorrente o ónus que lhe incumbia, de concretizar os prejuízos tidos como prováveis e difíceis de reparação, limitando-se ela a alegar que a reparação pelos danos a si causados é impraticável e até impossível, do ponto de vista tanto prático como económico.

Não se afigura bastante a alegação, sendo ainda necessário indicar os danos alegados, fazendo-o por forma concreta e especificada a demonstrar

⁵ Ac. do TUI, de 25-4-2001, Proc. n.º 6/2001.

⁶ José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 176.

a existência de prejuízos previsíveis de difícil reparação decorrentes da execução do acto administrativo, o que não sucedeu.

No que concerne aos prejuízos de difícil reparação, é de dizer que há meios legais (ou na execução da sentença ou por via de acção de indemnização) para que a recorrente seja indemnizada, sendo certo que só os prejuízos que não possam ser satisfeitos com a utilização dos falados meios processuais é que se devem considerar como de difícil reparação.

Tal como tem decidido este Tribunal de Última Instância, “Mesmo que o interessado sofra danos com a execução de um acto administrativo, se lograr obter a anulação do acto no respectivo processo, pode, em execução de sentença, ser indemnizado dos prejuízos sofridos. E se esta via não for suficiente pode, ainda, intentar acção de indemnização para ressarcimento dos prejuízos. Por isso, só se os prejuízos forem de difícil reparação, isto é, que não possam ser satisfeitos com a utilização dos falados meios processuais, é que a lei admite a suspensão da eficácia do acto”.⁷

E “nem se diga que será impossível calcular o montante exacto dos lucros cessantes, danos emergentes e quaisquer outros prejuízos que venha a sofrer. De duas, nesse caso, ou acorda com a Administração num montante indemnizatório ou, não sendo o caso, instaura acção judicial em que terá oportunidade de contabilizar os prejuízos e serão decididos pelo Tribunal, que não pode escusar-se a fazê-lo, ainda que tenha alguma complexidade tal cômputo. Mas isso não significa que os prejuízos sejam

⁷ Ac. do TUI, de 4 de Novembro de 2009, Proc n.º 33/2009.

de difícil reparação, para efeitos do disposto no artigo 121.º, n.º 1, alínea a), do CPAC. É possível estabelecer critérios para determinar a rentabilidade da construção e os lucros que o empreendedor teria se tivesse podido concluir a exploração”.⁸

Concluindo, não merece censura o acórdão recorrido ao decidir não verificado o requisito previsto na al. a) do n.º 1 do art.º 121.º do CPAC, pelo que se deve julgar improcedente o recurso.

4. Decisão

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas pela recorrente, com a taxa de justiça fixada em 4 UC.

Macau, 27 de Setembro de 2018

Juizes: Song Man Lei (Relatora) – Sam Hou Fai –

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

O Magistrado do Ministério Público

presente na conferência: Joaquim Teixeira de Sousa

⁸ Ac. do TUI, de 4 de Fevereiro de 2016, Proc. n.º 4/2016.