

Processo nº 106/2018

Data: 26.02.2020

(Autos de recurso jurisdicional)

Assuntos : Concessão de terrenos.

Declaração de caducidade.

Recurso de decisões intercalares.

Patrocínio da entidade administrativa.

Impedimento.

Produção de prova.

Inquirição de testemunhas.

Culpa da concessionária.

Anulação do posteriormente processado.

SUMÁRIO

1. A mera inclusão no rol de testemunhas – junto com a petição inicial de recurso – de um licenciado em direito com funções de apoio jurídico da entidade administrativa (recorrida) não constitui obstáculo à sua nomeação para efeitos de patrocínio nos termos do

art. 4º do C.P.A.C..

2. No recurso contencioso, a produção de prova só tem lugar se os factos forem relevantes para a decisão de mérito, (n.º 1 do art. 63º e n.º 3 do art. 65º do C.P.A.C.), segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, (proémio do n.º 1 do art. 430º do C.P.C.M., aplicável subsidiariamente, nos termos do art. 1º do C.P.A.C.).
3. Em causa não estando uma “declaração de caducidade da concessão do terreno” por decurso do “prazo de arrendamento”, mas sim do de “aproveitamento do terreno”, irrelevante não é a matéria referente à (eventual) “culpa da concessionária”.
4. Assim, e não sendo o processo (administrativo) no âmbito do qual se proferiu a “decisão de caducidade” um processo com “estrutura acusatória”, com uma (ampla) possibilidade de efectivo “contraditório” – como sucede com os processos disciplinares ou outros procedimentos de cariz sancionatório, em que os particulares/ administrados tem efectiva oportunidade de

“contestar” e oferecer e produzir provas, (e não, de serem, apenas, “ouvidos” – adequado não é o indeferimento da pela concessionária recorrente requerida inquirição de testemunhas.

5. Tendo o dito “indeferimento” influenciado – necessariamente – o posteriormente processado e a decisão a final proferida, imperativa é a sua anulação.

O relator,

José Maria Dias Azedo

Processo nº 106/2018

(Autos de recurso jurisdiccional)

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

Relatório

1. Por Acórdão do Tribunal de Segunda Instância datado de 19.07.2018, (proferido nos Autos de Recurso Contencioso n.º 407/2015), decidiu-se negar provimento ao recurso que a “PACÍFICO INFORTÉCNICA – COMPUTADORES E SERVIÇOS DE GESTÃO, LIMITADA”, (“平和電腦管理有限公司”), interpôs do despacho do

CHEFE DO EXECUTIVO que declarou a caducidade da concessão, por arrendamento, do terreno sito na Baixa da Taipa, lote 14, melhor identificado nos autos; (cfr., fls. 678 a 706-v que como as que se vierem a referir, dão-se aqui como reproduzidas para todos os efeitos legais).

*

Inconformada com o assim decidido, traz a dita recorrente o presente recurso, com o qual subiram outros dois recursos pela mesma recorrente interpostos de decisões intercalares admitidos para subir com o recurso do aludido Acórdão.

O primeiro, tendo como objecto o Acórdão de 28.01.2016 que, em sede de reclamação para a conferência, confirmou decisão do Exmo. Juiz Relator que não acolheu a pretensão do recorrente no sentido de se declarar o impedimento de um licenciado para efeitos do exercício do patrocínio judiciário da entidade recorrida; (cfr., fls. 532 a 535-v).

O segundo, interposto do Acórdão de 02.03.2017 que, perante nova reclamação, confirmou a decisão que indeferiu a pela recorrente

requerida inquirição de testemunhas; (cfr., fls. 644 a 647).

*

Mostrando-se-nos que a procedência de qualquer destes “recursos interlocutórios” implica – necessariamente – a inutilização de tudo o que se processou após as respectivas decisões, adequado se apresenta que se inicie pela sua apreciação.

*

Nesta conformidade, e nada obstando, a tanto se passa.

Fundamentação

2. Do (1º) “recurso em relação ao pretendido impedimento para o patrocínio judiciário”; (Ac. de 28.01.2016).

Concluindo as suas alegações, diz a recorrente o que segue:

“a) A matéria de facto relevante para a boa decisão deste recurso é a que consta no ponto 2, que aqui se dá por integralmente reproduzida;

b) Não há lei expressa que, de forma directa, possa resolver a questão controvertida;

c) Mas, para além dos princípios gerais de direito, podem aplicar-se para a boa decisão da causa, e por analogia, as normas reguladoras da Advocacia (máxime o Estatuto do Advogado e o Código Deontológico), bem como as normas do Código de Processo Civil e do Código do Procedimento Administrativo;

d) O assessor indicado como testemunha por uma das partes, não pode, posteriormente, ser nomeado para patrocinar em juízo a parte contrária;

e) A fazer jurisprudência uma decisão contrária, criar-se-ia um grave precedente e estar-se-ia, na prática, a permitir um autêntico abuso de direito por parte das entidades administrativas de cujos actos se recorra contenciosamente, bastando-lhes nomear essa testemunha, antes indicada, para a patrocinar no processo (se para tal tiver licenciatura em direito);

f) A verdade é que não se pode defender uma coisa e o seu oposto ao mesmo tempo, como se faz no Acórdão recorrido: se há

incompatibilidade, essa incompatibilidade tem de funcionar nos dois sentidos, quer se trate de "advogado-que-é-indicado-como-testemunha" ou se trate de "testemunha-que-é-constituída-advogado";

g) O impedimento para que o licenciado A mantenha o patrocínio da entidade recorrida resulta do facto objectivo de que, quando foi nomeado, o mesmo licenciado A já tinha a qualidade processual de testemunha;

h) Uma testemunha (como resulta do art. 442º do CPC) tem o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade;

i) Essa posição e obrigação é objectivamente incompatível e inconciliável com a do patrocínio da mesma causa, uma vez que o advogado (ou o licenciado em direito com funções de patrocínio), ao contrário da testemunha, está limitado pelo interesse da parte que representa e tem o direito (ou, até, o dever) de reservar factos de que tenha conhecimento, desde que possa estar em causa o interesse do seu cliente, neste caso o Chefe do Executivo;

j) O impedimento do licenciado A não afecta o direito ao patrocínio da entidade recorrida, ou o seu direito de defesa, até pelo facto de terem sido nomeados quatro assessores para, em conjunto ou separadamente, patrocinarem a presente causa;

k) Ao contrário, o impedimento para que o licenciado A continue como testemunha nestes autos já afecta o direito de defesa da Recorrente, que vê o seu rol de testemunhas amputado de uma testemunha essencial para a descoberta da verdade;

l) O confronto coloca-se entre o direito ao patrocínio, que é um direito subjectivo privado, e o direito à produção de prova, que é um interesse público, intimamente associado à boa realização da justiça;

m) O Acórdão, entre outras normas, viola pois, e também, o princípio da igualdade processual consignado no art. 23º do CPAC, com o alcance precisado no art. 4º do CPC segundo o qual o "tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa (...)";

n) Ao decidir que não há impedimento, ou "conflito de qualidade", para que o licenciado A mantenha o patrocínio do Chefe do Executivo, não obstante o facto de ter sido indicado antes como testemunha, mas decidindo também que há "conflito de qualidade" para continuar como testemunha, apesar de ter sido nomeado depois para esse patrocínio, o Tribunal a quo violou, entre outros princípios gerais de direito, o disposto no art. 4º do CPC, porque prejudicou objectivamente o uso dos

meios de defesa que a Recorrente considera adequados para reagir contra a decisão do Chefe do Executivo;

o) Não há, pois, fundamento legal para excluir o licenciado A do rol de testemunhas da Recorrente, decisão que deve ser revogada”.

A final, requer que “o Acórdão proferido pelo Tribunal a quo seja revogado por violação de lei – mais concretamente, e por analogia, por violação das disposições conjugadas do art. 20º e 22º do DL 31/91/M, de 6 de Maio, bem como do art. 46º, nº 1, als. d) e g). do CPA – e por violação dos princípios gerais de direito, máxime dos direitos de defesa da recorrente e do princípio da igualdade processual consignados no art. 23º do CPAC e no art. 4º do CPC, e, em consequência, que seja declarado o impedimento do licenciado em Direito A para patrocinar os presentes autos e seja determinado que, por essa razão, não existe qualquer "conflito de qualidade" ou impedimento que impeça o mesmo licenciado em Direito A de continuar a constar no rol de testemunhas indicado pela Recorrente.

(...)”; (cfr., fls. 544 a 564).

Pois bem, começando-se com o alegado “abuso do direito”, há que

dizer que evidente é que tal não constitui a situação dos autos.

Com efeito, nos termos do art. 326º do C.C.M. (que nos faculta o conceito de “abuso do direito”):

“É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Ora, no caso, a nomeação do licenciado em causa para o exercício do patrocínio da entidade recorrida tem como fundamento legal o estatuído no art. 4º, n.º 3 do C.P.A.C., (cfr., despacho a fls. 399), e apresenta-se, no caso, (especialmente) justificado pelo facto de o mesmo ter tido intervenção no procedimento administrativo que culminou na decisão de caducidade do terreno antes concedido à recorrente.

Dest’arte, e sendo estas as “razões de facto e de direito” para a nomeação em questão, não nos parece que se possa considerar que a mesma exceda, “manifestamente”, a boa fé, os bons costumes ou seja o que for...

Dir-se-á, quiçá, que outro deve ser o entendimento dado que o referido licenciado já estava pelo recorrente arrolado como testemunha na sua petição inicial de recurso quando foi nomeado.

Admite-se, que à primeira vista, assim se possa considerar.

Porém, não se pode (ou deve) olvidar que o momento (processual) próprio para se apreciar se algum motivo existe que obste ao depoimento de alguma testemunha não é o da “apresentação da petição inicial”.

Embora nesta peça processual, e nos termos do art. 42º, n.º 1, al. h) e 43º, n.º 1, al. c) do C.P.A.C., deva o recorrente “*requerer os meios de prova que entenda necessários*”, e “*juntar o rol de testemunhas*”, tal exigência tem apenas (e precisamente) como objectivo uma (cabal) observância do “princípio do contraditório” (e da “economia processual”), facultando-se ao recorrido, (e logo no início da sua intervenção), uma ampla possibilidade de efectiva defesa, sendo de se salientar igualmente que, tão só após a apresentação da “contestação” é que, (em caso de tal se justificar), se passa à fase da “produção da prova”, (art. 65º do C.P.A.C.),

com prévio escrutínio pelo Tribunal da sua viabilidade legal assim como da sua adequação processual.

Daí que não se mostre de acolher o “argumento da precedência”, o mesmo se mostrando de dizer em relação ao “princípio da igualdade das partes e da defesa”.

Com efeito, a referida “igualdade das partes”, (cfr., art. 4º do C.P.C.M.), e como se apresenta óbvio, (sob pena de se fazer tábua rasa do princípio que a consagra), tem de funcionar em “ambos os sentidos”.

A não ser assim, e se, (por hipótese), arroladas como testemunhas tivessem sido todos os licenciados em direito que por motivos profissionais conhecessem o processo e dominassem a matéria e questões colocadas em sede do recurso, quid iuris?

Estaria o recorrido impedido de os nomear para o seu patrocínio?

Creemos que evidente se apresenta a resposta...

Por sua vez, também não se diga que com o decidido, prejudicado ficou o “direito de defesa” do ora recorrente, até porque, ponderando na “matéria” indicada como objecto do pretendido depoimento, e constando a mesma de documentos juntos aos autos, admissível não é a sua prova por testemunhas; (cfr., art. 387º do C.C.M.).

Por fim, e quanto à alegada violação dos artºs 20º e 22º do D.L. n.º 31/91/M, de 06.05, (“Estatuto do Advogado”), cremos que de igual forma não procede.

Estes preceitos regulam os impedimentos dos “advogados”, (como “profissionais liberais” que são), o que não é o caso, e apenas nas “situações” (especialmente) aí previstas, o que, da mesma forma, não ocorrem nos presentes autos.

Clara nos parecendo assim a solução para o recurso em apreciação, continuemos.

3. Do (2º) “recurso do Acórdão de 02.03.2017 que confirmou o indeferimento da requerida inquirição de testemunhas”.

Em sede da fundamentação do referido Acórdão consignou-se o seguinte:

“(…)

Consta do despacho reclamado o seguinte:

“Por se verificar que, na pendência do presente recurso, já decorreu o prazo máximo da concessão previsto no próprio contrato de concessão, foram convidadas as partes para se pronunciarem sobre a eventual utilidade da realização da diligência de inquirição de testemunhas.

Aceitando o convite, sustentou a recorrente a utilidade das diligências probatórias requeridas, enquanto a entidade recorrida e o Ministério Público defenderam a desnecessidade de produção de prova testemunhal.

Sem embargos de melhor opinião, entendo eu não ser pertinente no âmbito dos presentes autos a produção de prova testemunhal, na medida em que tal como se expôs anteriormente, seguindo de perto o entendimento exarado recentemente em Acórdãos deste TSI (Proc. 179/2016/A e Proc. 1074/2015), a caducidade da concessão pelo decurso do prazo máximo é entendida como caducidade-preclusão, cuja declaração depende simplesmente do facto objectivo que é o passar do tempo, melhor dizendo, o decurso do prazo legal ou contratualmente estabelecido, e uma vez ultrapassado aquele limite, a caducidade opera-se automaticamente, e o despacho que vem declarar a sua caducidade não tem natureza constitutiva, mas apenas declarativa, ou seja, um acto não inovador.

Nesta medida, 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, pelo que, em nome da economia processual, com vista a evitar a prática

de actos inúteis, julgo que é desnecessária a produção de prova testemunhal.

Por outro lado, como observa José Cândido de Pinho¹, “não deve ser possível fazer no recuso contencioso a prova de factos a respeito dos quais o recorrente tenha podido fazer prova no procedimento administrativo, não obstante o poder inquisitivo da Administração. (...) Isto é, não pode ser feita no recurso contencioso a prova de factos – para efeito do vício de erro sobre os pressupostos de facto, v.g. – se o recorrente teve a possibilidade de em concreto a fazer no processo administrativo.”

No mesmo sentido, veja-se o decidido no Acórdão deste TSI, no Processo n.º 402/2014.

E o acontece é que a recorrente, aquando da audiência prévia no âmbito do procedimento administrativo, embora não estivesse impedida de fazer prova da matéria de facto que entendesse necessária, não logrou indicar qualquer prova testemunhal para o efeito, daí que já não pode agora, em sede de recurso contencioso, pedir a realização da respectiva diligência probatória.

Face ao exposto, indefere-se a realização da inquirição de testemunhas solicitada pela recorrente.

Notifique.

Após, cumpra o disposto no artigo 68.º do CPAC.”

Em nossa modesta opinião, julgamos que basta considerar o segundo fundamento para ver indeferida a presente reclamação.

De facto, apenas compete ao Tribunal sindicar a bondade da decisão da Administração que foi dada com base em elementos probatórios carreados no procedimento administrativo.

Tal como se referiu na decisão reclamada, podendo ser feita a produção de prova no procedimento mas não se fez, já não pode fazer no

¹ José Cândido de Pinho, Manual de Formação de Direito Processual Administrativo Contencioso, CFJJ, 2015, pág. 125

recurso contencioso.

E não se diga que não podia fazer durante o procedimento, considerando que aquando da audiência prévia, para além de poder pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento, podem os interessados requerer ainda diligências complementares e juntar documentos que entenderem (artigo 94º, nº 3 do CPA).

Destarte, julga-se improcedente a reclamação.

(...)”; (cfr., fls. 644 a 647).

Que dizer do assim considerado?

Admitindo-se outro entendimento, temos para nós que o decidido não é de manter.

Importa ter presente que nos termos da (própria) “decisão de caducidade da concessão”, esta teve como motivação o “incumprimento das condições contratuais referentes ao seu aproveitamento no prazo fixado”, e não o “decurso do prazo do (próprio) arrendamento”; (cfr., fls. 76 a 85 dos autos, que consistem no Parecer do Secretário para os

Transportes e Obras Públicas datado de 17.03.2015, no qual, em 23.03.2015, foi exarado o despacho que “declarou a caducidade” em questão, assim constando, igualmente, da “matéria de facto” dada como provada a fls. 40 a 46 do Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de 19.07.2018).

Aliás, cabe mesmo referir que à data da decisão da entidade recorrida esgotado ainda não estava o referido “prazo de arrendamento” de 25 anos; (cfr., B.O. n.º 52, 4º Suplemento, de 30.12.1988 e a escritura celebrada em 22.03.1991).

E, nesta conformidade, impõe-se reconhecer razão ao ora recorrente que – em síntese – alega que a decisão recorrida que lhe indeferiu a requerida inquirição de testemunhas viola – aqui sim – o seu “direito de defesa”; (cfr., fls. 656 a 665).

Como já teve esta Instância oportunidade de considerar – cfr., v.g., os Acórdãos de 11.10.2017, Proc. n.º 28/2017, de 23.05.2018, Proc. n.º 7/2018 e de 06.06.2018, Proc. n.º 43/2018 –: *“No recurso contencioso, a produção de prova só tem lugar se os factos forem relevantes para a*

decisão de mérito (n.º 1 do artigo 63.º e n.º 3 do artigo 65.º do Código de Processo Administrativo Contencioso), segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito (proémio do n.º 1 do artigo 430.º do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente, nos termos do artigo 1.º do Código de Processo Administrativo Contencioso)”.

No caso, com a pretendida produção de prova testemunhal, pretendia o recorrente demonstrar que o decurso do prazo sem o aproveitamento do terreno não se devia a facto (ou culpa) que lhe era imputável.

E, como se viu, em face da motivação da decisão atrás referida (que declarou a caducidade), em causa não estando uma situação de decurso do “*prazo de arrendamento*”, mas sim do de “*aproveitamento do terreno*”, adequada não se apresenta a solução a que chegou o Tribunal a quo, pois que, como igualmente já teve esta Instância oportunidade de ponderar e decidir, tão só na primeira das situações se mostra de entender que irrelevante é a discussão da matéria referente à “culpa da concessionária”; (cfr., v.g., o Ac. de 23.05.2018, Proc. n.º 7/2018 e de 12.12.2018, Proc. n.º 90/2018).

Aliás, neste mesmo sentido opina o Ministério Público que no seu douto Parecer salienta que *“Uma vez que se nos depara um acto declarativo de caducidade em que a culpa assume o papel fulcral, é de bom tom que a recorrente possa, não apenas contrapor a sua própria versão à versão que moldou a decisão administrativa, mas também demonstrar que não lhe cabe responsabilidade, ou que ela não lhe cabe em exclusivo, pelo não aproveitamento tempestivo do terreno objecto de concessão. E, para a consecução desse objectivo, a prova testemunhal apresentava-se fundamental”*.

Nesta conformidade, e não sendo o processo (administrativo) no âmbito do qual se proferiu a “decisão de caducidade” um processo com “estrutura acusatória”, com uma (ampla) possibilidade de efectivo “contraditório” – como sucede com os processos disciplinares ou outros procedimentos de cariz sancionatório, em que os particulares/administrados tem efectiva oportunidade de “contestar” e oferecer e produzir provas, (e não, de serem, apenas, “ouvidos” – e, considerando-se que o “indeferimento” em questão não pode deixar de ter influenciado a decisão que se proferiu a final, imperativa é a sua

revogação.

4. Do (3º) “recurso do Acórdão de 19.07.2018 que confirmou a decisão da entidade recorrida que declarou a caducidade da concessão”.

Ora, como se deixou relatado, em sede da apreciação do anterior recurso revogou-se a decisão recorrida – o Acórdão de 02.03.2017 – que confirmou o indeferimento da pela recorrente requerida inquirição de testemunhas.

O assim deliberado implica a – necessária – anulação de todo o posteriormente processado, no qual se inclui o veredicto agora em questão, tornando, assim, prejudicado o conhecimento do presente recurso.

Tudo visto, resta decidir.

Decisão

5. **Em face do expendido, em conferência, acordam:**

- negar provimento ao recurso (interlocutório) do Acórdão de 28.01.2016;

- conceder provimento ao recurso (interlocutório) do Acórdão de 02.03.2017; e,

- não conhecer do recurso do Acórdão de 19.07.2018, (a final proferido).

Pelo seu decaimento pagará a recorrente a taxa de justiça de 6 UCs.

Registe e notifique.

Macau, aos 26 de Fevereiro de 2020

Juizes: José Maria Dias Azedo (Relator) – Sam Hou Fai – Song Man Lei

O Magistrado do Ministério Público

presente na conferência: Joaquim Teixeira de Sousa