

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

153
235
1

PROCESSO N.º

Providência Cautelar

Requerente:

Requerido: Município do Porto

*** **

Compulsados os autos, verifica-se que a requerente e o requerido, para além da junção de elementos documentais, requerem a produção de prova testemunhal.

Sucedendo contudo que, examinados os articulados e ponderada a factualidade invocada, não se apresenta como necessária e conveniente a produção da citada prova testemunhal, pois que, por um lado, os factos de que depende a apreciação do mérito desta providência já se encontram demonstrados por prova documental e, por outro lado, os factos que se apresentam eventualmente controvertidos tangem à apreciação das ilegalidades imputadas ao acto em discussão e não à verificação do requisito referente ao *periculum in mora*.

Desta feita, de acordo com o previsto no art.º 118º, n.º 3 do CPTA, dispensa-se a produção da prova testemunhal.

Notifique as partes.

*

Em 18/01/2013, foi proferido despacho para efeitos de utilização do mecanismo previsto no art.º 121º do CPTA.

Em 31/01/2013, a requerente emitiu pronúncia desfavorável à utilização do mecanismo descrito no art.º 121º do CPTA.

Na mesma data, o requerido emitiu pronúncia favorável à antecipação da decisão da causa principal, em conformidade com o previsto no art.º 121º do CPTA.

Ora, considerando a posição assumida pela requerente, fica sem efeito a antecipação da causa principal nos presente autos, em conformidade com o permitido no art.º 121º do CPTA.

*

Considerando a decisão proferida supra, e compulsados os autos, é de concluir que os mesmos estão em condições de prosseguir para julgamento do respectivo mérito.

*

Considerando que a requerente formulou pedido suspensivo de acto tangente a bem imaterial, e sopesando o disposto nos art.ºs 31º, n.º 1, e 34º, n.ºs 1 e 2 do CPTA, fixo o valor da presente causa em 30.000,01 Euros.

*** **

SENTENÇA

I- RELATÓRIO

Providência Cautelar contra

Município do Porto, com sede na Praça General Humberto Delgado, no Porto,

Pedindo a este Tribunal que ordene a suspensão da eficácia do acto proferido em 13/09/2012, através do qual o requerido indeferiu a prorrogação do prazo de ocupação do quiosque situado na Praça da Liberdade, no Porto, impondo à requerente a desocupação do dito quiosque até 31/10/2012.

Alega, em sustento da sua pretensão, que explora o quiosque localizado na Praça da Liberdade, no Porto, em consequência da adjudicação em sede de concurso público para ocupação e exploração de quiosques localizados na cidade do Porto. Mais alega que o direito de ocupação lhe foi concedido pelo prazo de um ano, desde Setembro de 2008 a Agosto de 2009, prorrogável por períodos iguais mediante pedido nesse sentido.

Assim, e à semelhança dos outros anos, a requerente solicitou a prorrogação do direito de ocupação do quiosque em causa por mais um ano, tendo sido notificada

159,
237

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339* 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

a decisão de indeferimento de tal pedido em 20/09/2012, sendo certo que o direito de ocupação cessava em 31/08/2012.

Ora, por esta razão, entende a requerente que se formou deferimento tácito sobre o seu pedido de prorrogação da ocupação e exploração do quiosque, nos termos previstos no art.º 108º do Código do Procedimento Administrativo, até porque procedeu ao depósito da renda respeitante a Setembro de 2012 e o requerido aceitou o referido pagamento, tendo remetido o respectivo recibo.

Entende a requerente, também, que a desocupação do quiosque até 31/10/2012 viola os princípios da proporcionalidade e da prossecução do interesse público.

Por outro lado, a requerente reclama que a situação em apreço não se enquadra na cláusula n.º 8.3 do contrato celebrado com o requerido, pelo que inexistente qualquer motivo para a não prorrogação. O que quer dizer que, no seu entender, o requerido não fundamentou a decisão agora em crise, pelo que a mesma viola o disposto nos art.ºs 124º e 125º do Código do Procedimento Administrativo e 268º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa.

A requerente aduz que a desocupação do quiosque nos termos ordenados pelo requerido acarretará enorme penalização económica, visto que terá de suportar elevados encargos com o despedimento e indemnizações, ou terá de manter os encargos com os trabalhadores, mas sem a respectiva facturação. Em concomitância, o encerramento do quiosque implicará a perda de clientela, apagando a imagem e presença da requerente no mercado de turismo, principalmente tendo em conta que a zona da baixa portuense é procurada por turistas.

Finalmente, em sede de ponderação de interesses, a requerente clama que não é prejudicado qualquer interesse do requerido com a manutenção da ocupação do quiosque em causa, sucedendo que este continua a receber mensalmente a taxa de ocupação que a requerente paga, sendo que esta contribui para a dinamização do turismo da cidade do Porto, gerando riqueza.

Foi admitida a providência e indeferido o pedido de decretamento provisório nos termos do art.º 131º do CPTA.

Citado o requerido, o mesmo apresentou oposição.

Em suma, o requerido vem invocar que a requerente efectuou o pedido de prorrogação em 13/07/2012, ou seja, apenas 44 dias com antecedência relativamente ao fim do contrato- 31/08/2012-, sendo certo que o auto da entrega do quiosque à,

160,
238

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

requerente estipula um prazo de 90 dias. Por conseguinte, o pedido de prorrogação foi realizado extemporaneamente, tendo o contrato em causa caducado em 31/08/2012. O que quer dizer que inexistente qualquer vínculo contratual entre a requerente e o requerido.

Adicionalmente, o requerido clama que a cedência de espaços do domínio municipal para ocupação por particulares, bem como a renovação do respectivo prazo de vigência, constitui uma matéria em que o Município detém poder discricionário, sendo certo que no auto de entrega do quiosque à requerente menciona expressamente a precariedade da entrega, bem como e apenas a "possibilidade" de prorrogação. O que quer dizer que, a prorrogação do direito de ocupação consubstancia um direito potestativo do Município, podendo este conceder ou não a dita prorrogação.

Sendo assim, e atentando ainda na extemporaneidade da apresentação do pedido de prorrogação, não há qualquer falta de fundamentação do indeferimento, visto que este assenta na inobservância por parte da requerente das regras estabelecidas.

Finalmente, o requerido impugna a formação de qualquer acto tácito, quer porque está em causa um vínculo contratual que não prevê a valorização do silêncio do modo como a requerente vem defender, quer porque a aceitação do pagamento respeitante ao mês de Setembro de 2012 decorre da manutenção da ocupação do quiosque pela requerente, apresentando-se como a contrapartida daquela ocupação.

Destarte, o requerido defende que se apresenta evidente a improcedência da pretensão formulada na acção principal, pelo que a presente providência merece indeferimento nos termos do estipulado no art.º 120º, n.º 1, al. a) do CPTA.

No caso da aplicação do descrito na al. b) do n.º 1 do art.º 120º do CPTA, clama o requerido que inexistente *fumus boni iuris*. E quanto ao *periculum in mora*, defende que a existirem prejuízos, os mesmos são susceptíveis de avaliação pecuniária, sendo passíveis de ressarcimento no caso da requerente vir a obter procedência da sua pretensão na acção principal. Acrescenta, também quanto ao perigo da demora, que a requerente não alega factos suficientemente precisos e concretos nesta matéria.

Em 08/11/2012 foi proferido despacho determinando a audição da requerente quanto ao teor da oposição apresentada pelo requerido.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339* 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

161,4
239
1

Em resposta, a requerente aduz que o prazo de 90 dias estabelecido no auto da entrega contraria o estipulado nas regras e clausulado do concurso público, tendo aliás tal circunstância sido objecto de reclamação na data do auto de entrega, bem como fundamento para que, nos anos anteriores, o requerido aceite e defira o pedido de prorrogação sem observância dos citados 90 dias de antecedência.

No que concerne à inexistência do vínculo contratual, a requerente impugna todo o aduzido pelo requerido quanto a esta problemática, afirmando a utilidade da presente providência cautelar.

Em 14/12/2012 e 18/01/2013 foram proferidos despachos que, além do mais, ordenaram a junção de variados elementos documentais, o que foi feito.

Em 18/01/2013, foi proferido despacho para efeitos de utilização do mecanismo previsto no art.º 121º do CPTA.

Em 31/01/2013, a requerente emitiu pronúncia desfavorável à utilização do mecanismo descrito no art.º 121º do CPTA.

Na mesma data, o requerido emitiu pronúncia favorável à antecipação da decisão da causa principal, em conformidade com o previsto no art.º 121º do CPTA.

Por conseguinte, e porque os factos relevantes para decisão da pretensão de mérito são objecto de prova documental que já se encontra junta aos autos, impõe-se seleccionar a factualidade relevante e assente.

II- FACTOS PROVADOS

Com relevo para a decisão a proferir, considero provados os factos que, de seguida, se descrevem:

1) Das "Condições Jurídicas e Técnicas" do Concurso para "Atribuição do Direito de Ocupação e Exploração de Quiosques Municipais" consta o clausulado seguinte:

(...)

1. Destino

162, L
240

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339* 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

1.1. Nos quiosques objecto do presente concurso, poderão ser desenvolvidas as seguintes actividades:

- venda de produtos de papelaria e tabacaria, designadamente, jornais, revistas, outras publicações periódicas, esferográficas, postais, tabaco; venda de artesanato; florista; venda de bijuteria; venda de títulos de transporte para fins turísticos e propaganda relacionada; outras actividades que se enquadrem no âmbito das atrás indicadas.

(...)

3. Início de Exploração

A exploração do equipamento tem início a partir da data da assinatura do Auto de Entrega.

4. Prazo

O direito de ocupação é cedido a título precário pelo prazo de um ano, com a possibilidade de prorrogação por períodos iguais, mediante pedido formal para o efeito, a apresentar 30 dias antes do seu termo, sem prejuízo do disposto na cláusula n.º 8.

(...)


8. Extinção do Direito de Ocupação e Exploração

8.1 O direito de ocupação extingue-se pelo decurso do prazo inicial ou da sua prorrogação, ou por cessação, nos termos da cláusula n.º 8.3.

8.2 O direito de ocupação dos quiosques pode ainda cessar a qualquer momento se o Município do Porto necessitar da área ocupada por razões de interesse público, designadamente, por motivos de gestão urbanística, de tráfego da via pública ou ainda por instalação de infra-estruturas, devidamente fundamentadas, com notificação prévia de 30 dias, sem que isso confira ao ocupante qualquer direito de indemnização, a que expressamente prescinde.

8.3 São ainda causas de cessação do direito de ocupação:

- a) Utilização das instalações para uso diferente do autorizado pelo Município do Porto, nomeadamente para venda de produtos alimentares ou bebidas;
- b) Colocação no exterior de expositores de quaisquer objectos, instalação de caixas de gelados, máquinas de diversão ou de cigarros e/ou semelhantes;
- c) Afixação de qualquer tipo de publicidade, inclusive autocolantes nos vidros e estrutura dos quiosques, mesmo que colocada por terceiros;
- d) Falta de reconstituição da caução de garantia, no prazo de 10 dias, após aviso do Município do Porto;
- e) Falta de pagamento do valor mensal, por mais de dois meses seguidos, sem prejuízo da instauração dos competentes meios legais para cobrança dos montantes em dívida;
- f) Transmissão total ou parcial da ocupação;
- g) Oposição reiterada por parte do ocupante ao exercício dos poderes de fiscalização e controle, pelas entidades referidas na cláusula n.º 11 destas condições;
- h) Em geral, a falta de cumprimento de qualquer obrigação imposta por lei, pelos regulamentos aplicáveis ou pelas presentes condições.

163,-

241
?

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339^a 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

9. Devolução do Quiosque

Terminada a ocupação, por qualquer dos motivos acima enunciados, o ocupante entregará o quiosque ao Município do Porto, no prazo que lhe for concedido para o efeito, sem prejuízo do disposto na cláusula 8.2.

(...)

12. Formalização

O direito de ocupação será titulado por Auto de Entrega.

(...)" (cfr. fls. 23 a 26 dos autos- suporte físico- e cujo teor se considera inteiramente vertido nesta sede);

2) Em 04/08/2008, o Presidente da Câmara Municipal do Porto proferiu despacho homologatório do relatório final do Júri do concurso público para "Atribuição do Direito de Ocupação e Exploração de Quiosques Municipais", através do qual foi adjudicado à requerente a ocupação e exploração do quiosque da Praça da Liberdade pelo valor mensal de 282,50 Euros (cfr. fls. 1 a 4-A do processo administrativo apenso aos presentes autos e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

3) Em 18/08/2008 foi elaborado "Auto de Entrega", de cujo teor consta, além do mais, o seguinte:

(...)

II. CONDIÇÕES

Cláusula 1ª

(Objecto)

A sociedade Clevertours-Viagens e Turismo, Ld.ª, fica autorizada a ocupar o quiosque municipal sito na Praça da Liberdade assinalado na planta anexa, destinado à venda de títulos de transporte turístico (relacionado com turismo).

Cláusula 2ª

(Prazo)

O direito de ocupação é cedido a título precário pelo prazo de um ano a contar de Setembro/2008 ou seja até Agosto/2009, inclusive, com possibilidade de prorrogação por períodos iguais, mediante pedido formal para o efeito, a apresentar 90 dias antes do termo.

Cláusula 3ª

(Taxa de Ocupação)

Pela ocupação do quiosque municipal identificado na cláusula 1ª. É devida a taxa mensal no valor de 282,50 €.

O valor mensal é actualizado anualmente no mês de Setembro.

(...)

164,
242
1

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto *
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correlo@porto.taf.mj.pt

Cláusula 5ª

(Encargos)

1- (...).

2- (...).

3- (...).

4- A ocupação extingue-se pelo decurso do prazo inicial ou da sua prorrogação, ou por cessação, nos termos das cláusula n.º 7ª, devendo neste caso, o ocupante entregar o espaço à Câmara, logo que lhe faça comunicação nesse sentido, e no prazo que lhe conceder para o efeito, sem prejuízo do estipulado na alínea j) da cláusula n.º 7.ª.

(...)

Cláusula 7ª

(Cessação da Ocupação)

1- São causas de cessação da ocupação

- a) Utilização das instalações para uso diferente do autorizado pela C.M.P., nomeadamente para venda de produtos alimentares ou bebidas;
- b) Colocação no exterior de expositores de quaisquer objectos, instalação de caixas de gelados, máquinas de diversão ou de cigarros e/ou semelhantes;
- c) Afixação de qualquer tipo de publicidade, inclusive autocolantes nos vidros e estrutura dos quiosques, mesmo que colocada por terceiros;
- d) Falta de reconstituição da caução de garantia, no prazo de 10 dias, após aviso da C.M.P.;
- e) Falta de pagamento do valor mensal, por mais de dois meses seguidos, sem prejuízo da instauração dos competentes meios legais para cobrança dos montantes em dívida;
- f) Transmissão total ou parcial da ocupação, sem prévia autorização expressa da C.M.P.;
- g) Oposição reiterada por parte do ocupante ao exercício dos poderes de fiscalização e controle, pelas entidades referidas na cláusula n.º 9- destas condições.
- h) Em geral, a falta de cumprimento de qualquer obrigação imposta por tel, pelos regulamentos aplicáveis ou pelas presentes condições.
- i) A ocupante é obrigada a ter o quiosque aberto, salvo caso de força maior ou fortuito, aceite pela C.M.P..
- j) A Câmara poder necessitar da área ocupada por razões de interesse público, designadamente, motivos de gestão urbanística ou de tráfego na via pública, ou ainda por instalação de infra-estruturas, devidamente fundamentados e mediante despacho do Pelouro, com notificação prévia de 30 dias, sem que isso confira ao ocupante qualquer direito de indemnização.

(...)" (cfr. fls. 7, 8, 9, 10 e 11 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui, como inteiramente reproduzido);

4) Em 11/12/2009, a requerente apresentou requerimento nos serviços do requerido no qual, além do mais, solicitou a prorrogação de ocupação do quiosque

165, L
243
11

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339* 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

municipal (...), mais referindo pedir a V. Exa. Sinceras desculpas pelo atraso neste requerimento mas tal deve-se a dois factores que passamos a explicar:

1º Falta de atenção na leitura do Auto de entrega onde ficamos com a convicta ideia em que seria necessário elaborar algum documento se não fosse para continuar com o quiosque, que o contrato se renovaria automaticamente (...)" (cfr. fls. 27 e 28 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

5) Em 28/12/2009, os serviços do requerido elaboraram a seguinte informação:

"(...)

Assunto: Ocupação de quiosque /outro espaço de domínio privado municipal - concurso público.

Através do documento registado sob nº. 118956/09 de 11-12-2009, vem sociedade Clevertours - Viagens e Turismo, Ldª., solicitar a prorrogação do prazo da ocupação do quiosque municipal sito na Praça da Liberdade

Analisado o registo da presente ocupação (RI 6862), verifica-se que o ocupante paga a taxa de 282.50€ e que os recibos de Abril a Setembro/09 foram suspensos porque o quiosque não reunia as condições necessárias para o funcionamento pleno do mesmo (autorização da Srª. DDPa de 2009-03-02 exarada na INF. 1/25937/09).


De acordo com a Cláusula 2ª. do seu Auto de Entrega nº 25/2008-DMCGP - "O direito de ocupação é cedida pelo prazo de um ano ... com possibilidade de prorrogação por períodos iguais, mediante pedido formal para o efeito, a apresentar 90 dias antes do seu termo".

Verifica-se que o pedido de prorrogação não foi apresentado dentro do prazo estabelecido uma vez que o seu contrato terminou em Agosto/2009. Sucede porém, que neste momento tem em atraso os recibos de Setembro, Outubro, Novembro e Dezembro/09.

Salvo melhor opinião, sugiro o deferimento do pedido formulado, ou seja, a ocupação até 31-08-2010. Caso seja deferido, deve-se comunicar o deferimento e mencionar o pagamento dos recibos de Setembro a Dezembro/2009 e o recibo de Janeiro/2010 (porque não vai a tempo para sair automaticamente), não esquecendo a alteração no RI 6862 do prazo da ocupação e a elaboração dos 5 recibos.

(...)" (cfr. fls. 29 e 30 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

166



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

6) Em 05/01/2010 o requerido proferiu despacho autorizativo (cfr. fls. 29 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

7) Em 20/01/2010, o requerido dirigiu à requerente ofício de notificação com o conteúdo que se segue:

"(...)

Data
20-01-2010

Nossa Referência
I/9317/10/CMP

Vossa Referência

Assunto: Ocupação de quiosque /outro espaço de domínio privado municipal - concurso público

Vimos por este meio informar V. Exª, que foi deferida por despacho do Sr. Director Municipal de Finanças e Património de 2010-01-15, a pretensão formulada através do documento registado sob o nº. 118956/09/CMP de 11-12-2009.

Assim, fica autorizado a ocupar o quiosque municipal sito na Praça da Liberdade por mais um ano, ou seja, até 31-08-2010, mantendo-se em vigor as restantes condições do Aulo de Entrega nº. 25/2008-DMCGP.

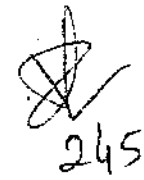
Solicitamos no prazo de 5 dias a comparência de V. Exª, no Gabinete do Município, a fim de efectuar o pagamento dos recibos de Outubro, Novembro, Dezembro/09 e Janeiro/2010.

"(...) (cfr. fls. 31 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

8) Em 09/06/2010, a requerente apresentou requerimento nos serviços do requerido no qual solicitou a *prorrogação do prazo para o contrato de ocupação do Quiosque na Praça da Liberdade (...). O prazo para proceder ao pedido em questão tem término a 31 de Maio de 2010 (...)*" (cfr. fls. 32 e 33 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

9) Em 06/07/2010, os serviços do requerido elaboraram a seguinte informação:

"(...)

167, 
245

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

Data: 06-07-2010

Referência: 191513/10 CMP

Assunto: Prorrogação do prazo do contrato de ocupação municipal

Através do documento registado sob o nº 52703/10/CMP de 09-06-2010, vem a firma CleverTours - Viagens e Turismo, Ldª, solicitar a prorrogação da ocupação do quiosque municipal sito na Praça da Liberdade (RI 6862)

O ocupante paga a taxa de 282.50€, actualizada anualmente no mês de Setembro, conforme portaria publicada para o efeito, encontrando-se em dia.

Consultado o seu Auto de entrega nº. 25/2008-DMCGP. Cláusula 2ª, diz o seguinte: "O direito de ocupação é cedido a título precário pelo prazo de um ano ... com possibilidade de prorrogação por períodos iguais, mediante pedido formal para o efeito, a apresentar 90 dias antes do seu termo.

Salvo melhor opinião, sugiro o deferimento deste requerimento, uma vez que reúne as condições necessárias para o seu contrato ser prorrogado por mais um ano, ou seja até 31-08-2011.

(...)" (cfr. fls. 34 e 35 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

10) Em 06/07/2010, o requerido dirigiu à requerente officio de notificação com o conteúdo que se segue:

"(...)

Data	Nossa Referência	Vossa Referência
06-07-2010	191513/10/CMP	

Assunto: Pedido de prorrogação da ocupação do quiosque municipal.

Somos a informar V Exª, que foi deferida a pretensão formulada através do documento registado sob o nº.52703/10-CMP de 09-06-2010.

Assim, fica autorizado a ocupar o quiosque municipal sito na Praça da Liberdade, por mais um ano, ou seja até 31-08-2011, mantendo-se em vigor as restantes condições do seu Auto de Entrega nº. 25/2008-DMCGP.

(...)" (cfr. fls. 36 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

168, ✓
246

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339* 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

11) Em 31/05/2011, a requerente apresentou requerimento nos serviços do requerido no qual solicitou a *prorrogação do prazo para o contrato de ocupação do Quiosque na Praça da Liberdade (...)*. O prazo para proceder ao pedido em questão tem término a 31/05/2011 (...)" (cfr. fls. 37, 38 e 39 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

12) Em 18/10/2011, os serviços do requerido elaboraram a seguinte informação:

"(...)

Proposta

Sugiro o deferimento deste pedido por mais um ano, ou seja, até 31-08-2012.

Enquadramento

Através do documento registado com o nº. 104997/11/CMP, vem a Clevertours – Viagens e Turismo, Ldª., solicitar a prorrogação do prazo por mais um ano do quiosque municipal sito na Praça da Liberdade.

(...)" (cfr. fls. 42 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

13) Em 18/10/2011, o requerido dirigiu à requerente ofício de notificação com o conteúdo que se segue:

"(...)

Data
18-10-2011

Nossa Referência
V/158542/11/CMP

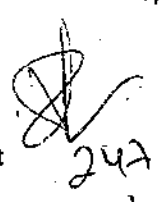
Vossa Referência
104997/11/CMP

Assunto: Ocupação de quiosque municipal.

Vimos informar V. Exª., que foi deferida a pretensão formulada através do documento registado com o nº. 104997/11/CMP.

Assim fica autorizado a ocupar o quiosque municipal sito na Praça da Liberdade, por mais um ano, ou seja, até 31-08-2012, mantendo-se em vigor as restantes condições do seu Auto de Entrega nº. 25/2008-DMCGP.

(...)" (cfr. fls. 43 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

169, 

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

14) Em 13/07/2012, a requerente apresentou requerimento nos serviços do requerido no qual solicitou a *prorrogação do prazo para o contrato de ocupação do Quiosque na Praça da Liberdade (...)*. (cfr. fls. 53 e 54 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

15) Pelos serviços do requerido foram elaboradas as seguintes informação e proposta:

"(...)

Enquadramento

Através de concurso público realizado no ano de 2008, foi adjudicado a ocupação e exploração do quiosque em epígrafe à empresa ..., pela renda mensal no valor de € 227,50 (duzentos e vinte e sete euros e cinquenta cêntimos).

No dia 18 do mês de agosto de 2008, foi subscrito o auto de entrega entre a empresa designada anteriormente e esta Autarquia, com a Ref.º. 25/2008 – DMGCP, registado informaticamente com o número 6862.

Nestes termos, vem a empresa (...) Lda., solicitar a prorrogação do prazo de ocupação do quiosque, de acordo com o descrito na cláusula 2ª do respetivo auto de entrega, o que importa aqui analisar.

Análise

De acordo com o descrito na cláusula 2ª, do auto de entrega, é referido que o direito de ocupação é cedido a título precário pelo prazo de um ano a contar de setembro de 2008, ou seja até agosto de 2009, inclusive, com possibilidade de prorrogação por períodos iguais, mediante pedido formal para o efeito, a apresentar 90 dias antes do termo. No entanto, o requerimento apresentado no Gabinete do Município datado de 13 de julho de 2012 foi de 44 dias antecedentes.

O valor mensal devido pela ocupação é na presente data de € 292,39 (duzentos e noventa e dois euros e trinta e nove cêntimos), pago com regularidade e nas condições mencionadas no concurso

Descreve a cláusula 7ª, do ainda referido auto de entrega, as causas de cessação da ocupação (12 causas), das quais apenas uma foi objeto de notificação por parte desta Autarquia, que diz respeito à colocação de expositores no exterior do quiosque.

Conclusões

1. O período referente ao pedido de renovação é de 1 ano.
2. O período constante no auto de entrega para elaboração do pedido formal não foi cumprido.
3. O valor devido mensal de € 292,39 é pago nas condições previstas no concurso.
4. Este contrato foi já prorrogado por três vezes.

170,
248

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

Proposta

1. Dado que a maioria das condições impostas para a prorrogação do contrato estão ser cumpridas, julgo se superiormente for acordado, deferir o requerimento apresentado pelo período de um ano, ou seja até 31 de agosto de 2013.

À consideração superior,

(...)” (cfr. fls. 55 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

16) Sobre a informação e proposta descritos no ponto anterior recaiu o seguinte Parecer:

Atendendo ao facto de se tratar de uma ocupação com 4 anos, objeto de sucessivas prorrogações, de o ativo em causa ter aumentando exponencialmente o seu interesse e a possibilidade de aumentar a sua taxa de rentabilidade, submete-se à consideração superior:
- o indeferimento da pretensão do requerente em prorrogar o prazo de ocupação e o lançamento de novo procedimento concursal.
2012.09.13


(cfr. fls. 55 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

17) Em 13/09/2012, o Director Municipal de Finanças e património proferiu despacho concordante com o Parecer descrito no ponto anterior (cfr. fls. 55 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

18) Em 17/09/2012, o requerido dirigiu à requerente officio de notificação com o conteúdo que se segue:

(...)

171


249

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

Data
17-09-2012

Nossa Referência
I/160511/12/CMP

Vossa Referência
77902/12/CMP

Assunto: Prorrogação do prazo de ocupação do quiosque sito à Praça da Liberdade

No seguimento do V/ requerimento mencionado em epigrafe, vem a Divisão Municipal de Gestão e Avaliação do Património informar que por despacho a 13 de setembro do Sr. Diretor Municipal de Finanças e Património, foi indeferida a prorrogação do prazo de ocupação do quiosque supramencionado

Neste sentido, deverão V/ Exas. desocupar o equipamento até ao próximo dia 31 outubro, procedendo à entrega das chaves respetivas, nestas instalações.

Sem outro assunto de momento, subscrevo-me com consideração.

(...)" (cfr. fls. 57 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

19) Em 10/01/2012, a requerente apresentou exposição nos serviços do requerido, pugnando pela manutenção da ocupação do quiosque por mais um ano (cfr. fls. 58 e 59 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

20) Em 08/10/2012, os serviços do requerido elaboram informação com o seguinte teor:

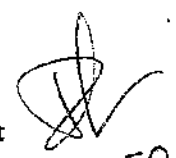
"(...)

Ex. Excm.ª Sr. Diretor

Conte com a atuação do Sr. Adjunto da Direção - Dr. Hugo Ferreira - para se necessário proceder à elaboração de um ficheiro com o qual se indique as ocupações dos quiosques sito na Avenida dos Afanados / Praça da Liberdade, que os contratos não tenham o prazo de prorrogação, assim como deverão proceder à entrega das chaves até ao final de abril de 2013.

Neste sentido, deverão V/ Exas. desocupar o equipamento até ao próximo dia 31 outubro, procedendo à entrega das chaves respetivas, nestas instalações.

	Douro Acima	Printnow	Bibatours	Clevertours
Pagamento mensal	103,50 €	103,50 €	159,59 €	292,39 €
Data inicial do contrato	01-01-2010	20-04-2010	01-08-2008	01-09-2008

172, 
250
7.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

Data final do contrato	31-12-2012	19-04-2013	31-07-2013	31-08-2012
Data do pedido formal de renovação	02-10-2012	19-01-2013	02-05-2013	02-06-2012
N.º prorrogações já executadas	2	2	4	3

- No que concerne às atividades exercidas pelo requerente para a prestação de serviços de manutenção e conservação do espaço público, a não prorrogação do prazo de ocupação, salvaguardada a existência de Câmara Municipal;
 - Relativamente à empresa, e uma vez que o prazo de término do contrato de ocupação transcende o definido (abnt de 2013), deverá ser estudado o interesse público municipal, uma vez que este quóscuo servirá para manutenção de serviços municipais ligados ao Turismo;
 - Já no que diz respeito à empresa, esta recebeu a comunicação de não prorrogação do prazo, de acordo com o procedimento em anexo, sendo necessário avaliar os impactos que poderão permanecer no local de atuação normal do atos de abril;
2. Neste sentido, e uma vez que se trata de um assunto cuja fundamentação deverá ser revestida de sustentação jurídica, solicito a vossa colaboração, a fim de minutarem os respetivos ofícios para envio aos atuais ocupantes.

(...)” (cfr. fls. 62 e 63 do processo administrativo em apenso, e cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

21) Em 01/09/2012, a requerente procedeu ao pagamento, via multibanco, do montante de 292,39 Euros, cobrados pelo requerido e referentes à taxa mensal de Setembro de 2012 (cfr. fls. 27 dos autos- suporte físico- e cujo conteúdo se considera aqui como inteiramente vertido);

22) Em 06/03/2012, a requerente celebrou com Maria Augusta de Matos Pereira contrato de trabalho a termo certo, de cujo clausulado consta, além do mais, o que se segue:

(...)

Cláusula 2ª


(Retribuição)

1. Como contrapartida pelo trabalho prestado pelo Trabalhador, o Empregador pagar-lhe-á a retribuição mensal líquida de € 573,00 (...).

(...)

Cláusula 3ª

(Início, Duração e Cessação do contrato)

173

259
1

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correlo@porto.taf.mj.pt

1. O presente contrato, para satisfação de necessidades temporárias da empresa, motivado pelo acréscimo excepcional de actividade da empresa nesse período e por se considerar actividade sazonal, tem a duração de aproximadamente 8 meses, com início no dia 6 de Março de 2012 e termo em 26 de Novembro de 2012, podendo ser renovado por períodos iguais ou diferentes do inicial.

(...)

Cláusula 5ª

(Local de Trabalho)

1. O local de trabalho do Trabalhador é no estabelecimento comercial/quiosque, sito na Praça da Liberdade na cidade do Porto (...).

(...)” (cfr. fls. 138 a 144 dos autos- suporte físico- e cujo conteúdo se considera aqui como inteiramente vertido);

23) Em 30/11/2012 e 31/12/2012, a requerente pagou a ...
... Pereira o montante ilíquido de 573,00 Euros a título de remuneração mensal (cfr. fls. 145 e 210 dos autos- suporte físico- e cujo conteúdo se considera aqui como inteiramente vertido);

24) A requerente facturou cerca de 80.900,00 Euros no período de Maio a Novembro de 2012 (cfr. fls. 148 e 185 dos autos- suporte físico- e cujo conteúdo se considera aqui como inteiramente vertido);

25) A requerente, nos anos fiscais de 2009, 2010 e 2011 obteve os resultados líquidos de 2.229,84 Euros, 597,11 Euros e 2.578,80 Euros, respectivamente (cfr. fls. 201 a 209 e 211 a 222 dos autos- suporte físico- cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido);

26) A requerente, nos anos fiscais de 2009, 2010 e 2011, realizou um volume de negócios no montante de 131.171,89 Euros, de 189.327,47 Euros e de 241.952,15 Euros, respectivamente (cfr. fls. 201 a 209 e 211 a 222 dos autos- suporte físico- cujo teor se dá aqui como inteiramente reproduzido).

O Tribunal fundamentou a sua convicção, essencialmente, no acervo documental junto aos autos por ambas as partes, incluindo o processo administrativo apenso, valorizando a circunstância de não ter ocorrido qualquer impugnação dos referidos documentos. Ademais, emerge da argumentação esgrimida pelas partes que o conflito se reconduz a uma divergência quanto ao direito aplicável e não,

propriamente, à situação fáctica agora em apreciação. Assim sendo, os elementos documentais que servem de suporte à factualidade elencada no probatório supra são indicados expressamente em cada um dos factos.

Acresce explicitar, também, que o Tribunal entendeu concretizar e aprofundar diversa factualidade invocada, quer pelo requerido, quer pela requerente, tudo a coberto dos princípios do inquisitório e *pro actione*, por forma a alcançar a composição mais justa do litígio cautelar, em termos de acesso e ponderação dos interesses públicos e privados em confronto nos presentes autos.

Por conseguinte, os factos vertidos no ponto 20 do probatório assentam nos documentos concretamente referidos, sendo certo que traduzem a concretização do alegado pelo requerido na oposição apresentada.

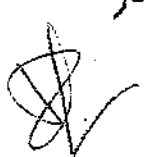
Por seu turno, e em realização do princípio da igualdade processual das partes, foi igualmente valorizado o aduzido pela requerente nos pontos 42, 43 e 56 do requerimento inicial. Realmente, o Tribunal ateve-se aos factos que nesses pontos se encontram convocados, densificando e concretizando os mesmos no probatório reunido a partir do ponto 22, inclusive, estribando-se no teor dos elementos documentais especificamente indicados. Para tanto, foram cruciais os elementos documentais de natureza fiscal e contabilística juntos pela requerente, ponderando ainda o facto do requerido não os ter impugnado.

Ainda quanto à matéria fáctica coligida como provada releva salientar que o Tribunal entendeu não extrair qualquer consequência probatória dos contratos celebrados entre a requerente e as empresas "Sealife" e "STCP", visto que tais contratos foram celebrados no decurso de 2011, inexistindo qualquer dado demonstrativo de que os mesmos se mantêm em vigor, sendo até certo que o contrato celebrado com a primeira das empresas indicadas contém a menção expressa de que a vigência do mesmo cessa em 31/12/2011.

Eleita a factualidade relevante, importa decidir o presente litígio.

III- SEGMENTO FÁCTICO- JURÍDICO

A requerente vem pedir a este Tribunal que suspenda a eficácia do acto proférido em 13/09/2012, através do qual o requerido indeferiu a prorrogação do prazo de ocupação do quiosque situado na Praça da Liberdade, no Porto, impondo à requerente a desocupação do dito quiosque até 31/10/2012.

175

253

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

Em sustento da sua pretensão suspensiva, a requerente alega que explora o quiosque localizado na Praça da Liberdade, no Porto, em consequência da adjudicação em sede de concurso público para ocupação e exploração de quiosques localizados na cidade do Porto.

Mais alega que o direito de ocupação lhe foi concedido pelo prazo de um ano, desde Setembro de 2008 a Agosto de 2009, prorrogável por períodos iguais mediante pedido nesse sentido. Assim, e à semelhança dos outros anos, a requerente solicitou a prorrogação do direito de ocupação do quiosque em causa por mais um ano, tendo sido notificada a decisão de indeferimento de tal pedido em 20/09/2012, sendo certo que o direito de ocupação cessava em 31/08/2012.

Por esta razão, entende a requerente que se formou deferimento tácito sobre o seu pedido de prorrogação da ocupação e exploração do quiosque, nos termos previstos no art.º 108º do Código do Procedimento Administrativo, até porque procedeu ao depósito da renda respeitante a Setembro de 2012 e o requerido aceitou o referido pagamento, tendo remetido o respectivo recibo. Entende também a requerente, também, que a desocupação do quiosque até 31/10/2012 viola os princípios da proporcionalidade e da prossecução do interesse público.

Por outro lado, a requerente reclama que a situação em apreço não se enquadra na cláusula n.º 8.3 do contrato celebrado com o requerido, pelo que inexistente qualquer motivo para a não prorrogação. O que quer dizer que, no seu entender, o requerido não fundamentou a decisão agora em crise, pelo que a mesma viola o disposto nos art.ºs 124º e 125º do Código do Procedimento Administrativo e 268º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa.

A título de *periculum in mora*, requerente aduz que a desocupação do quiosque nos termos ordenados pelo requerido acarretará enorme penalização económica, visto que terá de suportar elevados encargos com o despedimento e indemnizações, ou terá de manter os encargos com os trabalhadores, mas sem a respectiva facturação. Em concomitância, o encerramento do quiosque implicará a perda de clientela, apagando a imagem e presença da requerente no mercado de turismo, principalmente tendo em conta que a zona da baixa portuense é procurada por turistas.

Finalmente, em sede de ponderação de interesses, a requerente clama que não é prejudicado qualquer interesse do requerido com a manutenção da ocupação do quiosque em causa, sucedendo que este continua a receber mensalmente a taxa de ocupação que a requerente paga, sendo que esta contribui para a dinamização do turismo da cidade do Porto, gerando riqueza.

176,
254
!

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

Por seu turno, o requerido rechaça, em toda a linha, a posição avançada pela requerente.

Em concretização, alega que a requerente efectuou o pedido de prorrogação em 13/07/2012, ou seja, apenas 44 dias com antecedência relativamente ao fim do contrato- 31/08/2012-, sendo certo que o auto da entrega do quiosque à requerente estipula um prazo de 90 dias. Por conseguinte, o pedido de prorrogação foi realizado extemporaneamente, tendo o contrato em causa caducado em 31/08/2012. O que quer dizer que inexistente qualquer vínculo contratual entre a requerente e o requerido.

Adicionalmente, o requerido clama que a cedência de espaços do domínio municipal para ocupação por particulares, bem como a renovação do respectivo prazo de vigência, constitui uma matéria em que o Município detém poder discricionário, sendo certo que no auto de entrega do quiosque à requerente menciona expressamente a precariedade da entrega, bem como- e apenas- a "possibilidade" de prorrogação. O que quer dizer que, a prorrogação do direito de ocupação consubstancia um direito potestativo do Município, podendo este conceder ou não a dita prorrogação.

Sendo assim, e atentando ainda na extemporaneidade da apresentação do pedido de prorrogação, não há qualquer falta de fundamentação do indeferimento, visto que este assenta na inobservância por parte da requerente das regras estabelecidas.

Finalmente, o requerido impugna a formação de qualquer acto tácito, quer porque está em causa um vínculo contratual que não prevê a valorização do silêncio do modo como a requerente vem defender, quer porque a aceitação do pagamento respeitante ao mês de Setembro de 2012 decorre da manutenção da ocupação do quiosque pela requerente, apresentando-se como a contrapartida daquela ocupação.

Destarte, o requerido defende que se apresenta evidente a improcedência da pretensão formulada na acção principal, pelo que a presente providência merece indeferimento nos termos do estipulado no art.º 120º, n.º 1, al. a) do CPTA.

No caso da aplicação do descrito na al. b) do n.º 1 do art.º 120º do CPTA, clama o requerido que inexistente *fumus boni iuris*. E quanto ao *periculum in mora*, defende que a existirem prejuízos, os mesmos são susceptíveis de avaliação pecuniária, sendo passíveis de ressarcimento no caso da requerente vir a obter procedência da sua pretensão na acção principal. Acrescenta, também quanto ao perigo da demora, que a requerente não alega factos suficientemente precisos e concretos nesta matéria.

177L

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339* 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

Sendo assim, importa proceder ao escrutínio do caso vertente em conformidade com a especificidade de cada uma das alíneas insertas no art.º 120º, n.º 1 do CPTA, visto que os requisitos de que depende a concessão das medidas cautelares peticionadas encontram-se aí consagrados.

A al. a) do n.º 1 do referido art.º 120º dispõe que as providências cautelares são adoptadas " *quando seja evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, designadamente por estar em causa um acto manifestamente ilegal (...)*". Neste caso, a evidência da procedência da pretensão principal é o único critério exigido para a adopção da medida requerida. Quer isto significar que se dispensa a prova do receio de facto consumado ou da difícil reparação do dano, não se atendendo também ao grau de lesão no interesse público.

Do mesmo modo, quando seja manifesta a falta de fundamento da pretensão principal, deverá ser recusada qualquer providência. Ou seja, a evidência da ilegalidade da pretensão, isto é, o *fumus malus*, funciona como fundamento determinante da recusa da concessão da providência.

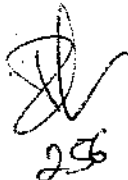
Indispensável é, por fim, ter presente que o requerente terá de tornar credível a sua posição através do encadeamento lógico e verosímil de razões convincentes e objectivas nas quais sustenta a verificação de requisitos da providência, já que da conjugação dos art.ºs 112º, n.º 2, al. a), 114º, n.º 3, al.s f) e g), 118º e 120º, todos do CPTA, não se mostra consagrada uma presunção *luristantum* da existência dos aludidos requisitos como simples consequência da existência em termos de execução do acto.

Adicionalmente, saliente-se que a Jurisprudência tem vindo a concretizar em que termos é que deve ser accionada a al. a) do n.º 1 do art.º 120º do CPTA.

De facto, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN), proferido em 19/10/2006 no proc. 01399/05.8BEPRT, afirmou que, "(...) em sede de apreciação do critério de decisão constante da alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA, a análise da pretensão a formular no processo principal traduz-se numa apreciação sumária ou perfunctória, cuja razão de ser se prende com a necessidade de evitar a antecipação sobre o juízo final da causa, que deve ser decidido em sede própria e não no âmbito cautelar, sob pena de inutilidade do processo principal, que passaria a ser reduzido à condição de confirmação ou não do juízo de legalidade ou ilegalidade proferido no processo cautelar".

E a, mesma Instância, no Acórdão proferido em 09/11/2006, no proc. 00146/06.1BEPRT, esclareceu os termos em que deve ser apreciada a hipótese prevista na al. a) do n.º 1 do art.º 120º do CPTA da seguinte forma:

178,2



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

"(...) cumpre concretizar previamente o âmbito da previsão do art. 120.º, n.º 1, al. a) do CPTA.

Como é sustentado pela doutrina que sobre o normativo já se foi produzindo importa autonomizar, desde logo, as situações em que se trate de providências dirigidas contra actos manifestamente ilegais, por si ou por referência a actos idênticos já anteriormente anulados, declarados nulos ou inexistentes e contra actos de aplicação de normas já anulados.

Neste tipo de situações o seu decretamento é quase automático na medida em que assente em requisitos objectivos, baseando-se num critério de evidência, que incorpora, em simultâneo, a salvaguarda do interesse público (sob a forma do princípio da legalidade – a Administração não deve praticar tais actos) e a tutela dos interesses privados (particular tem direito a que a sua situação seja legalmente apreciada e conformada).

Segundo é defendido pelo Prof. J. C. Vieira de Andrade (in: ob. cit., págs. 348 e 349) quanto a este tipo de situações "(...) o juiz deve (...) fazer um juízo de prognose, colocando-se na situação futura de uma hipotética sentença de provimento, para concluir se há, ou não, razões para recear que tal sentença venha a ser inútil, por se ter consumado uma situação de facto incompatível com ela, ou por entretanto se terem produzido prejuízos de difícil reparação para quem dela deveria beneficiar, que obstam à reintegração específica da sua esfera jurídica.

Neste juízo, o fundado receio há-de corresponder a uma prova, em princípio a cargo do requerente, de que tais consequências são suficientemente prováveis para que se possa considerar 'compreensível' ou 'justificada' a cautela que é solicitada.

(...) Note-se, porém, que a lei não refere este requisito para a adopção da providência cautelar, quando seja evidente a procedência da pretensão formulada [alínea a) do n.º 1 do art. 120.º]. (...) nesses casos, o tribunal está dispensado de fundamentar a sua decisão na comprovação dessa perigosidade específica – no entanto, mesmo nessas situações, o perigo releva, na medida em que a providência só pode ser pedida ou concedida quando haja um interesse em agir que se manifeste no fundamento do pedido, embora baste aí provar que assim se assegura alguma utilidade à sentença. (...)."

E continua aquele ilustre Professor "(...) elimina-se, sem deixar dúvidas, um dos corolários mais perversos do dogma autoritário da 'presunção de legalidade do acto administrativo', quando se passa a reconhecer e a conferir até relevo fundamental ao *fumus boni iuris*. O juiz tem agora o poder e o dever de, ainda que em termos sumários, avaliar a probabilidade da procedência da acção principal, isto é, em regra,

179,
257
2.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339* 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

de avaliar a existência do direito invocado pelo particular ou da ilegalidade que ele diz existir, ainda que esteja em causa um «verdadeiro» acto administrativo.

O papel que é dado ao *fumus boni iuris* (ou 'aparência do direito') é decisivo, desde logo porque parece ser o único factor relevante para a decisão de adopção da providência cautelar, em caso de evidência da procedência da pretensão principal, designadamente por manifestá ilegalidade do acto.

De facto, nesta hipótese, o juiz pode decretar a providência adequada, mesmo sem a prova do receio de facto consumado ou da difícil reparação do dano e independentemente dos prejuizos que a concessão possa virtualmente causar ao interesse público ou aos contra-interessados. Pois se é evidente que um particular (ou o Ministério Público) tem razão, se é evidente que o acto é ilegal e que a acção vai ter sucesso, então, não há, em regra, razão para deixar de conceder essa providência.

Note-se, porém, que o critério legal é o do carácter evidente da procedência da acção - e não, por exemplo, no caso dos meios impugnatórios, o da evidência do vício. (...)."

Tal como é doutrinado pelo Prof. M. Aroso de Almeida "(...) se o tribunal considerar preenchida a previsão do art. 120.º, n.º 1, alínea a), ele concede a providência sem mais indagações. Não intervém o disposto no n.º 2 e nem sequer há que atender ao critério do *periculum in mora*, a que fazem apelo as alíneas b) e c) do n.º 1. É a situação de máxima intensidade do *fumus boni iuris*, que, em situações de manifesta procedência da pretensão material do requerente, vale por si só. (...).

(...) a alínea a) do n.º 1 não prevê requisitos de cujo preenchimento dependa, em circunstâncias normais, a concessão de quaisquer providências. Pelo contrário, o que a alínea a) do n.º 1 faz é estabelecer que, em situações excepcionais, qualquer providência deve ser atribuída sem necessidade do preenchimento dos requisitos normais. O artigo 120.º, n.º 1, alínea a), contém, assim, uma norma derogatória, para situações excepcionais, do regime de que depende a concessão de providências cautelares em circunstâncias normais, cujo sentido e alcance é afastar, para essas situações, a normal aplicação dos requisitos previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 120.º (...)." (sublinhados nossos) [in: "O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos", 4.ª edição, revista e actualizada, págs. 306 e 307; cfr. ainda Prof. M. Aroso de Almeida e Juiz Cons. C. A. Fernandes Cadilha in: ob. cit., págs. 602/603, nota 1, que sustentam que "(...) este preceito deve ser objecto de uma aplicação restritiva: a evidência a que o preceito se refere deve ser palmar, sem necessidade de quaisquer indagações".

Refere ainda aquele mesmo Professor que "(...) no que à suspensão de eficácia de actos administrativos diz respeito «dar relevância, em sede cautelar, aos eventuais indícios de ilegalidade do acto implica afastar a ideia de que a execução de quaisquer actos praticados em certos domínios é, por definição, de interesse público. Pelo contrário, desde logo nos casos de invalidade ostensiva do acto, o *fumus boni iuris* justifica, sem mais dificuldades e seja qual for o domínio de matérias a que o acto diga respeito, a imediata suspensão judicial da sua eficácia, que nesse caso não se pode considerar lesiva do interesse público. Deste modo se admite a atribuição, no caso concreto, da providência cautelar, mesmo relativamente a decisões administrativas que, em abstracto, seria de presumir que, pela natureza dos interesses que visam proteger, careceriam de urgente execução.» (vide ob. cit., pág. 303).

Também a Dra. Isabel Fonseca sustenta quanto ao normativo em referência que não existe "(...) necessidade de invocar o *periculum in mora*, o juiz decreta a providência solicitada se considerar «evidente a procedência da pretensão» formulada no processo principal (...)" [vide: "Dos Novos Processos Urgentes no Contencioso Administrativo (função e estrutura)", pág. 65] (sublinhados nossos).

De igual modo e nesta sede o Dr. Rodrigo Esteves de Oliveira defende que "(...) o melhor critério delimitador é, talvez, o de apelar aqui para um juízo próximo da «certeza cautelar», ou seja, por um lado, de algo, que mesmo que não seja indisputável, se impõe para lá de qualquer dúvida razoável (e não seja fruto apenas de uma impressão do julgador), e por outro, de algo que se impõe à primeira vista, ou melhor, sumária e perfunctoriamente, sem necessidade das indagações jurídicas próprias de um processo principal. (...)" (em "Meios urgentes e tutela cautelar" in: "A Nova Justiça Administrativa ...", CEJ/Coimbra Editora, 2006, pág. 88).

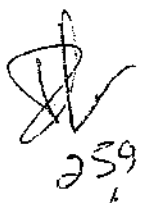
A ilegalidade ostensiva justifica, por conseguinte, que o juízo de proporcionalidade quanto à decisão de emissão da medida cautelar se constranja perante a exigência da célere reposição da legalidade.

Nestes termos, a manifesta ilegalidade do acto, uma vez sumariamente demonstrada, impõe ou vincula o juiz a decretar a providência peticionada pelo requerente ainda que existam contra-interessados.

Impôta, todavia, precisar o conceito de "manifesta ilegalidade".

Tal como se decidiu no acórdão deste mesmo TCA Norte de 20/01/2005 - Proc. n.º 1314/04.6BEPRT (in: «www.dgsi.pt/jtcn»), cuja jurisprudência aqui se reitera "(...) Na situação contemplada na alínea a) do n.º 1 do art. 120º o *fumus boni iuris* adquire a máxima intensidade, pois a providência é automaticamente concedida sem necessidade de atentar ao *periculum in mora* e à ponderação de interesses públicos e privados. Trata-se de providências dirigidas contra "actos manifestamente ilegais", por si ou

181,2

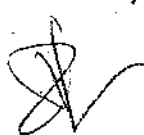

239

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correlo@porto.taf.mj.pt

por referência a actos idênticos já anteriormente anulados, declarados nulos ou inexistentes, e contra actos de aplicação de normas já anuladas. Nas situações de manifesta, ostensiva e grave ilegalidade, sumariamente demonstrada, que evidencie a procedência da acção principal, é imperioso repor rapidamente a legalidade, ainda que haja interessados particulares a pugnar pela sua manutenção. Dispensa-se a ponderação de interesses públicos e privados e o juízo de proporcionalidade quanto à decisão da providência porque o critério da evidência da pretensão principal incorpora já a salvaguarda de tais interesses, do interesse público, porque a Administração não pode praticar actos ilegais, e dos interesses particulares, porque têm direito a que a sua situação seja legalmente apreciada e conformada.

O juízo sobre a evidência da pretensão principal em face da manifesta ilegalidade do acto impugnado, uma situação excepcional perante as situações que normalmente justificam as providências cautelares, é ainda mais excepcional quando a ilegalidade do acto impugnado deriva de vícios formais. É que as ilegalidades verificadas nos elementos formais ou extrínsecos do acto administrativo, susceptíveis de produzir invalidade, podem não conduzir necessariamente à sua anulação, quer por ser um vício irrelevante no caso concreto, quer por ser possível o seu aproveitamento pelo juiz.

Em princípio, só quanto aos vícios graves, aqueles que concretizam na lesão insuportável dos valores protegidos pelo direito administrativo e que por isso que implicam a nulidade do acto, é possível ajuizar sobre a evidência da procedência da pretensão principal. Já quanto à violação de preceitos de forma em sentido amplo, que inclui a forma propriamente dita e o procedimento, que seja cominada com a anulabilidade nem sempre a preterição da forma conduz à anulação. Existem vícios formais com potência invalidante que, pela menor importância da forma ou por motivos de economia de actos públicos, possibilitam ao juiz recusar a anulação, declarando a irrelevância do vício, ou realizar o aproveitamento do acto. No primeiro caso, o acto não será anulado se o juiz comprovar que no caso concreto foram alcançados os fins específicos que o preceito violado visava alcançar. Esta é a posição sufragada pela generalidade da doutrina e jurisprudência portuguesa que considera «formalidades não essenciais», aquelas cuja omissão ou preterição não tenha impedido a consecução do objectivo visado pela lei ao exigí-las, e que, para este efeito, serve para distinguir "vícios essenciais" de "vícios não essenciais", conforme impliquem, ou não, a anulação do acto. No segundo caso, se a decisão tomada corresponde à solução imposta pela lei para o caso concreto, o que só se pode saber nos actos vinculados, o juiz pode conservar o acto administrativo, uma vez que não existem dúvidas que um administrador normal e razoável o irá repetir com o mesmo conteúdo (...)." [cft., entre outros, Acs. do TCA Norte de 16/09/2004-Proc. n.º 00764/04.2BEPRT, de 16/12/2004-Proc. n.º 00467/04.8BECBR, de 17/02/2005-Proc.

182

260
7

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

n.º 00617/04.4BEPRT, de 03/03/2005-Proc. n.º 00687/04.5BEVIS, de 03/03/2005-Proc. n.º 01011/04.2BEVIS, de 14/04/2005-Proc. n.º 01412/04.6BEPRT, de 19/05/2005-Proc. n.º 00004/05.7BECBR, de 07/07/2005-Proc. n.º 00027/05.6BECBR, de 14/07/2005-Proc. n.º 00078/04.6BEMDL, de 07/12/2005-proc. n.º 1502/05.5BEPRT, de 11/05/2006-Proc. n.º 00910/05.9BEPRT, de 21/09/2006-Proc. n.º 01293/05.2BEVIS todos in: «www.dgsi.pt/jtcn»].

Refira-se, aliás, o a este propósito sustentado pelo Prof. Colaço Antunes (em "Brevíssimas notas sobre a fixação duma summa gravaminis no processo administrativo" in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano I, 2004, pág. 93*) "(...) presume-se o fumus do recorrente, numa primeira análise, a exigir, apesar da evidência da pretensão (artigo 120.º/1/a do C.P.T.A.), um juízo de probabilidade qualificado (sobretudo nos actos e natureza prestacional); isto é, que o acto pareça claramente ilegal (nulidade ou inexistência do acto, artigo 120.º/1/a) ou seja manifestamente evidente a existência de um direito ou interesse legalmente protegido (...)." (sublinhados nossos) (cfr. ainda Dr.ª Fernanda Maçãs em "As Medidas Cautelares" in: "Reforma do Contencioso Administrativo – O Debate Universitário", Vol. I, pág. 462).

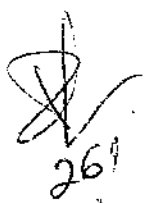
Também quanto a esta questão atente-se na posição que, entretanto, veio a ser tomada pelo Prof. J. C. Vieira de Andrade (in: ob. cit., págs. 350 e 351) "(...) Justificam-se, pois, algumas cautelas na aplicação deste critério, sendo legítima a pergunta sobre se a evidência relevante para este efeito não deverá ser entendida como referida apenas a situações excepcionais – assim, por exemplo, no âmbito de acções de impugnação de actos, se não deverá ser só aquela que respeite a vícios graves que geram a nulidade desse acto, tendo em conta designadamente que os vícios formais e procedimentos geradores de mera anulabilidade podem acabar por ser irrelevantes ou permitir o aproveitamento do acto. Embora se perceba a concessão imediata da providência, mesmo em caso de actos 'renováveis', dado que a Administração sempre poderá proceder à prática de novo acto, talvez se deva limitar o alcance da alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º, no contexto das acções administrativas especiais, às situações mais graves de nulidade, como as que constam da exemplificação legal, exigindo nos restantes a verificação da perigosidade e a ponderação dos interesses, sobretudo quando existam contra-interessados e não esteja em causa a lesão de posições jurídicas subjectivas do impugnante. (...)" (sublinhado nosso).

(...)."

E o Acórdão proferido pelo mesmo Tribunal, em 20/12/2006 no proc.02268/05.7BEPRT, assume claramente e mais uma vez que nas situações enquadradas no art. 120.º, n.º 1, al. a) do CPTA o decretamento das providências pelo tribunal é quase automático na medida em que assente em requisitos objectivos, baseando-se num critério de evidência, que incorpora, em simultâneo, a salvaguarda do interesse público e a tutela dos interesses privados, sem necessidade de fundamentar a decisão cautelar por referência aos requisitos das als. b) e c) do n.º 1 e do n.º 2 do art. 120.º do CPTA.

II. O juízo de ilegalidade manifesta exigido pela alínea a) do n.º 1 do art. 120.º do CPTA traduz-se numa verificação inequívoca e que resulta ou é fruto duma apreciação de certeza

183


26

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

racional e objectiva daquela ilegalidade, arredando do seu âmbito tudo o que envolva um juízo de percepção ou de "impressão do julgador" cautelar.

III. É ao requerente que incumbe alegar e provar a ilegalidade manifesta ou evidente, pelo que não logrando a mesma efectuar tal prova não pode haver decretação de providências cautelares fundadas naquele segmento do normativo em referência, sendo certo que o carácter manifesto da ilegalidade terá de emergir dos autos cautelares sem que se torne necessário, para o efeito, o conhecimento aprofundado do mérito visto o mesmo estar reservado aos autos principais.

IV. A aferição da manifesta procedência da pretensão/acção principal nesta sede terá de ser efectuada à luz das ilegalidades que se mostram assacadas ao acto administrativo suspendendo tal como se apresenta no requerimento inicial que deu início ao processo cautelar.

V. Quando os fundamentos de ilegalidade nos quais o recorrente assenta a sua pretensão sejam controvertidos e discutidos ao nível doutrinal e jurisprudencial e a sua verificação não seja assim inequívoca por envolver um juízo de percepção ou de "impressão do julgador" cautelar não podem os mesmos terem-se como manifestos ou inequivocamente evidentes no sentido de conduzirem à procedência da acção principal.

Assim, no seguimento do que se expendeu, importa averiguar, em moldes de *sumaria cognitio*, se é evidente a procedência da pretensão principal.

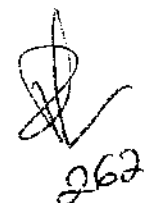
Ora, na verdade, e desde logo, é convicção deste Tribunal que não são manifestos ou inequivocamente evidentes os fundamentos nos quais a requerente assenta a sua pretensão suspensiva. E bem assim, não assoma manifesto que os fundamentos invocados pela requerente se encontram apodicticamente votados à improcedência.

Realmente, a requerente entende que o acto agora em crise é ilegal, porquanto desrespeita o estatuído nos art.ºs 124º e 125º do Código do Procedimento Administrativo, na medida em que não possui qualquer fundamentação.

Entende, também, que o acto agora em crise é ilegal, visto que ocorreu o deferimento tácito do pedido de prorrogação apresentado, atenta a circunstância do indeferimento ter ocorrido em data muito posterior ao fim da prorrogação do prazo anterior.

Finalmente, a requerente alega que inexistente qualquer motivo estabelecido no contrato que fundamente a decisão negativa agora suspendenda, sendo certa a violação dos princípios da proporcionalidade e da prossecução do interesse público.

Ora, examinado o articulado pela requerente, é patente que as ilegalidades imputadas ao acto suspendendo não dispensam investigação, antes supondo

184,-

262

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339* 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

tratamento jurídico aprofundado. Ou seja, as ilegalidades convocadas pela requerente, pela sua específica natureza, não possuem, em regra, o necessário pendor da "evidência". Antes exigem um labor de peculiar indagação por parte do Julgador. E, talqualmente, o julgo de improcedência das mesmas não emerge com a evidência que o requerido defende, quando muito, porque subsiste uma desconformidade entre os prazos estabelecidos nas condições técnicas do concurso que originou a atribuição do direito de ocupação do quiosque visado à agora requerente e no auto de entrega do mesmo quiosque. Ora, a determinação do prazo efectivamente aplicável à situação em análise é crucial no desfecho da presente contenda, sucedendo que o prazo previsto no documento concursal favorece a posição da requerente e o prazo estipulado no auto de entrega favorece a posição do requerido.

E assim sendo, não se verifica a "evidência" exigida e pressuposta na al. a) do n.º 1 do art.º 120º do CPTA.

Por conseguinte, atento o acervo argumentativo de natureza jurídica que a requerente esgrime, apresenta-se claro que não é evidente a procedência da pretensão principal, inexistindo, por essa razão, fundamento para o decretamento das providências requeridas a coberto da al. a) do n.º 1 do art.º 120º do CPTA.

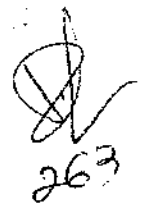
Desta feita, é necessário averiguar se a providência requerida pode ser deferida ao abrigo de outra das situações em que o legislador permite o decretamento de providências cautelares.

O art.º 120º, n.º 1, al.s b) e c) do CPTA estabelece ainda outras possibilidades de concessão das providências cautelares requeridas.

Como afirma VIEIRA DE ANDRADE (*ob. cit.*, p. 300), quando a exclusiva consideração do *fumus boni iuris* não permitir a concessão da medida requerida, ou seja, "quando haja uma incerteza *prima facie* relativamente à existência da ilegalidade ou do direito do particular, a lei opta por uma graduação em função do tipo de providência requerida".

Assim, se a providência possuir carácter conservatório, basta, para além de outros requisitos, que não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão a formular. Se se tratar de uma providência antecipatória tem de haver um razoável grau de probabilidade de procedência da pretensão principal (art.º 120º, n.º 1, al. b) e c)).

Ora, nos presentes autos a requerente pretende que o Tribunal suspenda os efeitos da decisão produzida em 13/09/2012, de indeferimento do pedido de prorrogação do prazo de ocupação do quiosque situado na Praça da Liberdade, no Porto, impondo à requerente a desocupação do dito quiosque até 31/10/2012. O que

185,

263

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

quer dizer que, a requerente intenta manter o direito de ocupação do quiosque em causa até 31/08/2013. Daí que seja possível afirmar que a medida cautelar requerida pretende manter o *status quo* existente, assumindo natureza manifestamente conservatória.

As providências conservatórias são objecto de regulação específica na al. b) do n.º 1 do art.º 120º do CPTA.

Este preceito plasma 3 requisitos cumulativos para a adopção da medida cautelar requerida:

- 1º- Haja fundado receio de constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses do Requerente;
- 2º- Não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão principal;
- 3º- Inexistam circunstâncias que obstem ao conhecimento do mérito da pretensão principal.

Concomitantemente, o art.º 120º, n.º 2 exige ainda que se efectue a ponderação dos interesses públicos e privados em conflito, bem como os danos reais que possam advir da concessão e da não concessão para os diversos interesses.

De resto, no já citado Acórdão de 09/11/2006 no proc. 00146/06, o TCAN verteu que "(...) importa atender ao regime consagrado nos n.ºs 1, al. b) e 2 do citado normativo, regime esse do qual derivam condições de procedência que, embora com diferentes cambiantes, se podem reconduzir:

a) A duas condições positivas de decretamento:


- «*periculum in mora*» - receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para o requerente; e

- «*fumus boni iuris*» («aparência do bom direito»);

b) A um requisito negativo de deferimento que assenta numa ponderação de todos os interesses em presença (públicos e/ou privados) – proporcionalidade dos efeitos da decisão de concessão ou da sua recusa. (...)"

O legislador pretendeu consagrar um mecanismo capaz de assegurar um saudável equilíbrio entre interesses e danos através, da introdução do princípio da proporcionalidade. Nesta senda, o Juiz deve recusar a concessão da providência, ainda que todos os outros requisitos estejam verificados, se, efectuando um juízo de prognose, os prejuízos da concessão forem superiores aos prejuízos que resultariam da não concessão (neste sentido, VIEIRA DE ANDRADÉ, *ob. cit.*, pp. 301 a 304).

186,1


264

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

In casu, no que ao 3º requisito enunciado supra concerne- circunstâncias que obstem ao conhecimento do mérito da pretensão principal-, nada há nestes autos que obste ao prosseguimento da presente providência requerida.

Quanto ao 2º requisito, isto é, que não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão principal, clarifique-se que a lei basta-se com um juízo negativo de não improbabilidade para fundar a concessão de uma providência conservatória.

O mesmo é dizer que não é preciso que o Juiz Cautelar fique com a convicção da probabilidade da pretensão seja procedente, bastando que não seja «manifesta falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular no processo principal».

Ora, no caso vertente- e como se expôs anteriormente-, não resulta de modo manifesto e com o necessário pendor de evidência que subsistam os afrontamentos legais e jurídicos que a requerente alardeia. O que implica que não é possível concluir que a actuação do requerido é manifestamente ilegal.

Porém, igualmente, não é possível concluir, com certeza, que a actuação em crise não merece qualquer censura, sendo que, a posição jurídico-factual da requerente, exposta nestes autos, assoma como possivelmente credível.

Destarte, não transparece qualquer certeza apodíctica referente à falta de fundamento da pretensão a formular no processo principal.

No que tange ao 1º requisito, isto é, à existência de fundado receio de constituição de uma situação de facto consumado ou produção de prejuízos de difícil reparação, sempre se dirá que, concordando com AROSO DE ALMEIDA (*ob. cit.*, p. 297), "*o prejuízo do requerente deve ser considerado irreparável sempre que os factos concretos por ele alegados permitam perspectivar a criação de uma situação de impossibilidade da reintegração específica da sua esfera jurídica, no caso de o processo principal vir a ser julgado procedente*". Ou, como plasma o Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte de 19/08/2004, no proc. 00146/04.6BEPNF, *a providência deve ser concedida desde que os factos concretos alegados pelo requerente inspirem fundado receio de que, se a providência for recusada, se tornará depois impossível, no caso de o processo principal vir a ser julgado procedente, proceder à reintegração, no plano dos factos, da situação conforme à legalidade. É este o único sentido a atribuir à expressão "facto consumado"*.

Trata-se de evitar o risco de infrutuosidade da sentença a proferir no processo principal.

187,
265

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339* 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

O *prejuízo de difícil reparação*, como é sabido, constitui um conceito impreciso que faz apelo a um conjunto de valorações, e que só perante situações concretas é passível de preenchimento. Tal conceito deve, por isso, ser objecto de preenchimento casuístico, mediante uma apreciação pessoal do circunstancialismo concreto invocado pelo requerente.

Também no citado Ac. de 19/08/2004, no proc. 00146/04.6BEPNF, o Tribunal Central Administrativo Norte cuidou de densificar o conceito de prejuízo de difícil reparação, afirmando que, positivamente, se relaciona umbilicalmente com *a maior ou menor dificuldade que envolve o restabelecimento da situação que deveria existir se a conduta ilegal não tivesse tido lugar, já que o juiz deve ponderar as circunstâncias concretas do caso em função da utilidade da sentença e não decidir com base em critérios abstractos.*

No que se refere ao *fundado receio de constituição de situação de facto consumado*, a providência deve ser concedida se, como resultado de um juízo de prognose efectuado pelo Julgador, a situação de facto consumado, isto é, a execução do acto administrativo, tornar impossível a reintegração específica no caso da procedência da pretensão principal, como, de resto, se patenteou supra. Este juízo de fundado receio há-de corresponder a uma prova, em princípio a cargo do requerente, de que tais consequências são suficientemente prováveis para que se possa considerar compreensível ou justificável a cautela que é solicitada (também neste sentido o Ac. do TCA Norte de 19/08/2004, no proc. 00146/04.6BEPNF, em www.dgsi.pt).

A propósito do *periculum in mora*, o TCAN (Ac. de 09/11/2006 no proc. 00146/06, já citado) tem entendido que "(...) as providências cautelares visam impedir que, durante a pendência de qualquer acção, a situação de facto se altere de modo a que a sentença nela proferida, sendo favorável, perca toda a sua eficácia ou parte dela.

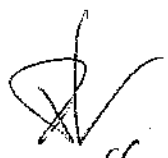
Pretende-se combater o "*periculum in mora*" (o prejuízo, o perigo da demora inevitável do processo) a fim de que a sentença se não torne numa decisão puramente platónica (cfr. Prof. Antunes Varela e Drs. J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora in: "Manual de Processo Civil", 2ª edição, Coimbra Editora, pág. 23).

Com efeito, não é um qualquer perigo de dano que justifica ou pode fundar a decretação duma providência cautelar porquanto se terá de exigir um perigo qualificado de dano, isto é, um perigo de dano que derive ou decorra da demora processual.

Na verificação do requisito em referência exigir-se-á a necessidade dum juízo de certeza sobre os factos que o evidenciem por parte do juiz cautelar?

Pensamos que a resposta a esta questão terá de ser negativa.

188,4


266
1

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

Na verdade, pensamos ser de recusar a necessidade dum juízo de certeza ou duma elevada probabilidade da sua produção, já que nos devemos bastar com um juízo de prognose de que haja fundado receio de produção de danos, isto é, que seja provável a produção de prejuízos.

Na aferição deste requisito e tal como é defendido pelo Prof. J. C. Vieira de Andrade o juiz deve "(...) fazer um juízo de prognose, colocando-se na situação futura de uma hipotética sentença de provimento, para concluir se há, ou não, razões para recear que tal sentença venha a ser inútil, por entretanto se ter consumado uma situação de facto incompatível com ela, ou por se terem produzido prejuízos de difícil reparação para quem dela deveria beneficiar, que obstam à reintegração específica da sua esfera jurídica.

Neste juízo de fundado receio há-se corresponder a uma prova, por regra a cargo do requerente, de que tais consequências são suficientemente prováveis para que se possa considerar «compreensível ou justificada» a cautela que é solicitada.

Como decorre da universalidade das providências admitidas, tanto releva actualmente o periculum in mora de infrutuosidade, que exigirá, em regra, uma providência conservatória, de modo a manter a situação existente, como o periculum in mora de retardamento, que postulará a adopção de uma providência antecipatória, que antecipe parcial ou mesmo totalmente, ainda que sempre em termos provisórios, a solução pretendida ou regule interinamente a situação." (vide ob. cit., pág. 348; cfr. ainda Dr.ª Ana Gouveia Martins in: "A tutela cautelar no contencioso administrativo ...", págs. 504/505).

Nas palavras do Prof. M. Aroso de Almeida "(...) se não falharem os demais pressupostos de que, nos termos do artigo 120.º, depende a concessão da providência, ela deve ser concedida desde que os factos concretos alegados pelo requerente inspirem o fundado receio de que, se a providência for recusada, se tornará depois impossível, no caso de o processo principal vir a ser julgado procedente, proceder à reintegração, no plano dos factos, da situação conforme à legalidade. É este o único sentido a atribuir à expressão 'facto consumado'.

Nestas situações, em que a providência é necessária para evitar o risco da infrutuosidade da sentença a proferir no processo principal, o critério deixa, pois, de ser o da susceptibilidade ou insusceptibilidade da avaliação pecuniária dos danos, para passar a ser o da viabilidade do restabelecimento da situação que deveria existir se a conduta ilegal não tivesse tido lugar.

Do ponto de vista do periculum in mora, a providência também deve ser, entretanto, concedida quando, mesmo que não seja de prever que a reintegração, no plano dos factos, da situação conforme à legalidade se tornará impossível pela mora do processo, os factos concretos alegados pelo requerente inspirem o fundado receio da produção de "prejuízos de difícil reparação" no caso de a providência ser recusada, seja porque a reintegração no plano dos factos se perspectiva difícil, seja porque pode haver prejuízos que, em qualquer caso, se produzirão ao longo do tempo e que a reintegração da legalidade não é capaz de reparar ou,

189, L
267
2

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

peelo menos, de reparar integralmente. Ainda neste último caso, justifica-se a adopção da providência para evitar o risco do retardamento da tutela que deverá ser assegurada pela sentença a proferir no processo principal.

Note-se que a redacção, quer da alínea b), quer da alínea c), do n.º 1 do artigo 120.º é diferente daquela que, para a atribuição de providências cautelares não especificadas em processo civil, consta do artigo 381.º, n.º 1 do CPC, que é mais exigente, ao falar de uma "lesão grave e dificilmente reparável" (...). Assume-se, pois, aí, que nem todos os prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação justificam a adopção de providências cautelares, mas só aqueles que, pela sua gravidade, a jurisprudência venha a seleccionar, para o efeito de considerar dignos de tutela preventiva. Não é assim em contencioso administrativo." (in: ob. cit., págs. 309 e 310) (no mesmo sentido Prof. M. Aroso de Almeida e Juiz Cons. C. A. Fernandes Cadilha in: ob. cit., págs. 607 e 608, nota 4).

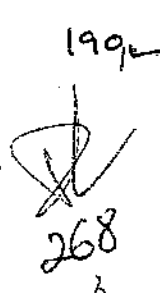
Nesta sede, em que se trata de aferir da possibilidade de se produzirem "prejuízos de difícil reparação" o critério a atender deixou, pois, de ser aquele que jurisprudencialmente era aceite em matéria de análise do requisito positivo da al. a), do n.º 1 do art. 76.º da LPTA, ou seja, o da susceptibilidade ou insusceptibilidade da avaliação pecuniária dos danos, para passar a ser o da maior ou menor dificuldade que envolve o restabelecimento da situação que deveria existir se a conduta ilegal não tivesse tido lugar, já que o juiz deve ponderar as circunstâncias concretas do caso em função da utilidade da sentença e não decidir com base em critérios abstractos (cfr. Prof. J. C. Vieira de Andrade in: ob. cit., pág. 348; Prof. M. Aroso de Almeida in: ob. cit., págs. 304 e 305; Prof. M. Aroso de Almeida e Juiz Cons. C. A. Fernandes Cadilha in: ob. cit., pág. 607; Dr.ª Ana Gouveia Martins in: ob. cit., págs. 501/503; Ac. do STA de 10/11/2005 - Proc. n.º 0862/05 in: "www.dgsi.pt/jsta").

Importa, ainda, ter presente que devem ser atendidos todos os prejuízos relevantes para os interesses do requerente, quer o perigo respeite a interesses públicos, comunitários ou colectivos, quer estejam em causa apenas interesses individuais. (...).

Preenchidos que se encontram os requisitos referentes ao *fumus boni juris*, importa averiguar se está preenchido o requisito do perigo na demora.

A requerente, neste domínio, clama que a desocupação do quiosque nos termos ordenados pelo requerido acarretará enorme penalização económica, visto que terá de suportar elevados encargos com o despedimento e indemnizações, ou terá de manter os encargos com os trabalhadores, mas sem a respectiva facturação. Em concomitância, o encerramento do quiosque implicará a perda de clientela, apagando a imagem e presença da requerente no mercado de turismo, principalmente tendo em conta que a zona da baixa portuense é procurada por turistas.

Ora, ponderando o aduzido pela requerente e considerando especialmente a circunstância da junção dos elementos contabilísticos atinentes à mesma, que servem

199


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

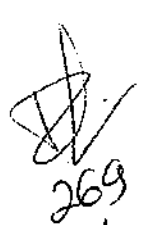
de esteio à facticidade plasmada nos pontos 24, 25 e 26 do probatório- ainda que em sequência de determinação deste Tribunal nesse sentido-, a circunstância da funcionária da requerente ter sido contratada a termo certo- pontos 22 e 23 do probatório-, a permissão do requerido para a requerente manter a ocupação do quiosque até final de Abril de 2013- ponto 20 do probatório- e o facto da requerente não alegar nem demonstrar qual o seu objecto social ou que o mesmo é realizado exclusivamente pela actividade desenvolvida no quiosque agora em discussão, propendemos para o entendimento de que a requerente não logra provar a existência de *periculum in mora*.

Com efeito, a requerente começa por alegar que tem funcionários contratados e que a desocupação do quiosque implicará o despedimento dos mesmos e consequente indemnização, ou a manutenção dos encargos ainda que tenha de desocupar o quiosque. Porém, a requerente, de acordo com os elementos que forneceu ao Tribunal após notificação para o efeito, apenas demonstra ter celebrado contrato de trabalho a termo certo com uma única funcionária e que tal contrato cessou em 26/11/2012. O que significa que, no momento actual, não é possível afirmar a subsistência daquele vínculo laboral. E se é certo que a requerente pagou vencimento à dita trabalhadora no mês de Dezembro de 2012, também é certo que mesmo a renovação do contrato pode suceder por períodos iguais ou diferentes do inicial. O que significa que, tanto quanto se sabe, o contrato em questão pode ter sido renovado pelo período de um mês. Por conseguinte, a requerente não obtém sucesso na demonstração da actualidade da subsistência do único vínculo contratual evidenciado.

Por outro lado, quanto à invocada imagem e presença da requerente no mercado de turismo, principalmente tendo em conta que a zona da baixa portuense é procurada por turistas, impõe-se referir que a requerente limita-se a realizar nesta temática uma alegação de cariz conclusivo, não enunciando qualquer concreto facto demonstrativo, ou sequer indiciador, de que desempenhe actividade relacionada ou fomentadora do turismo na cidade do Porto, principalmente, atento o ramo de negócio fixado no auto de entrega e nos documentos concursais, com excepção da venda de títulos de transporte para os STCP (cfr. pontos 1 e 3 do probatório).

Em concomitância, refira-se que a dinâmica turística permanente da zona da baixa portuense, especificamente a da zona da Praça da Liberdade, infunde convicção precisamente contrária à da clamada pela A. quanto à perda de clientela, visto que é consabido que os "turistas" não consubstanciam uma clientela fiel, mas sim transitória,

191, L



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DO PORTO
Rua Duque da Terceira, 331/339 * 4000-537 Porto
Telefone 225 198 400 * Fax 225 198 499 * Email- correio@porto.taf.mj.pt

e a zona geográfica em que se encontra implantado o quiosque é sempre apelativa em termos de angariação de clientela.

Finalmente, também a alegação da perda de lucro não permite fundar a convicção de prejuízo irreparável, dado que, sendo a clientela recuperável pelas razões que se expôs anteriormente, é sempre possível determinar o montante dos ganhos que a requerente deixou de auferir em virtude da efectiva desocupação do quiosque, ou seja, no período que ainda faltava para o *terminus* dos efeitos da prorrogação do direito de ocupação- 31/08/2013-, especialmente ponderando o valor dos lucros obtidos nos anos de 2009, 2010 e 2011 (cfr. ponto 25 do probatório).

E, de qualquer modo, acrescente-se que, o crescimento do volume de negócios registado pela requerente entre 2009 e 2011 não é adequado a, por si só, fundar um juízo de irreparabilidade do eventual prejuízo. É que, na verdade não se sabe se o volume de negócios citado no ponto 26 do probatório decorre exclusivamente da actividade comercial desenvolvida no quiosque da Praça da Liberdade, visto que, nem a requerente alega o que quer que seja quanto a essa temática, como a facturação descrita no ponto 24, ainda que não respeitante a todo o ano de 2012, faz pressentir um volume de negócios bastante inferior ao registado em 2011 se corresponder apenas ao gerado pela actividade desenvolvida no sobredito quiosque. Por outra banda, e em bom rigor, com o aumento do volume de negócios a requerente demonstra, somente, a realização de maior número de transacções, isto é, de vendas e compras, não se alcançando se ocorre- ou não- aumento de lucro.

Assim sendo, dos elementos que a requerente forneceu ao Tribunal, não se vislumbra que advenha um prejuízo irreparável da desocupação do quiosque da Praça da Liberdade. O que quer significar que a requerente não teve sucesso na demonstração de que tal desocupação agora em discussão provocará um abalo no negócio susceptível de pôr em causa a própria existência do mesmo em caso da requerente vir a obter procedência quanto à pretensão principal.

Em suma, entendemos ser de concluir que não ocorre qualquer situação de prejuízo de difícil reparação ou facto consumado.

Desta feita, pelas razões apontadas, a providência cautelar que vem aqui peticionada pela requerente não merece o decretamento.

IV- DISPOSITIVO

Pe los fundamentos aduzidos e nos exactos termos do exposto *ante*, indefiro a medida cautelar requerida.

Custas pela requerente, nos termos do art.º 446º do CPC, cuja taxa de justiça é devida nos termos do previsto no art.º 7º, n.º 4 do RCP.

Registe e Notifique.

*** **

Porto, 28 de Maio de 2013,

A Juiz de Direito



(Paula Cristina Oliveira Lopes de Ferreirinha Loureiro)