

Processo n.º 876/2016

(Autos de recurso contencioso)

Relator: Fong Man Chong

Data: 19/Setembro/2019

Assuntos:

- Direito (procedimental) de audiência do administrado e consequência da sua violação

SUMÁRIO:

I – O artigo 93º do CPA consagra um direito procedimental do administrado, apesar de não ser um direito absoluto, na medida em que a audiência pode ser dispensada nas condições que o legislador prevê, mas deve fundamentar a decisão de não audiência.

II - A audiência dos interessados inicia uma fase do procedimento – de pré-decisão ou de saneamento, deve pressupor a possibilidade real e efectiva de apresentar factos, motivos, argumentação e razão susceptíveis de constituir, tanto uma cooperação para a decisão, como também elementos de um controlo preventivo por parte do particular em relação à Administração.

III – A omissão dessa formalidade essencial gera um vício de forma e como tal é fundamento da anulação da decisão recorrida.

O Relator,

Fong Man Chong

Processo n.º 876/2016

(Recurso Contencioso)

Data : 19/Setembro/2019

Recorrente : A

Entidade Recorrida : **Chefe do Executivo da RAEM**

*

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:

I – RELATÓRIO

A, Recorrente, devidamente identificado nos autos, discordando do despacho do Chefe do Executivo, datado de 14/06/2017, veio em 07/08/2017 interpor o competente recurso contencioso para este TSI, com os fundamentos constantes de fls. 128 a 142, tendo formulado as seguintes conclusões:

1. 於 2013 年 11 月 27 日，司法上訴人向澳門貿易投資促進局申請臨時居留許可，而司法上訴人的配偶 B，亦作為家團成員申請上述的臨時居留許可。
2. 司法上訴人以持有“C 文化創意有限公司”的 50% 股權為依據，申請臨時居留許可；該公司的所營事業為澳門城市文化創意，旅遊商品，教育培訓，會展交流。
3. 自該公司於 2013 年 8 月 30 日設立登記起，司法上訴人一直作為該公司之股東，並作為該公司之唯一行政管理機關成員。
4. 澳門貿易投資促進局於 2015 年 7 月 20 日透過第 06571/GJFR/2015 號公函向司

法上訴人作出書面聽證；然而，有關的公函從來沒有成功通知司法上訴人。

5. 於 2015 年 10 月 7 日，澳門貿易投資促進局提起第 0641/居留/2013 號意見書，因不視司法上訴人的投資為重大，故建議不批准司法上訴人及其配偶的其臨時居留許可申請。

6. 於 2016 年 1 月 27 日，被訴實體作出批示，當中僅指出：“按照第 3/2005 號行政法規規定，一方面考慮到利害關係人投資的價值及類別，另一方面考慮到澳門特區的需要，現不批准下列利害關係人的臨時居留許可申請。”

7. 於 2016 年 2 月 5 日，澳門貿易投資促進局主席透過第 01422/GJFR/2016 號公函就被訴之行政行為向司法上訴人作出通知。

8. 司法上訴人僅於 2016 年 10 月 24 日收悉被訴之行政行為的通知；並於 2016 年 11 月 22 日針對被訴實體於 2016 年 1 月 27 日作出不批准司法上訴人的臨時居留許可申請之批示提出了司法上訴。

9. 如上所述，在本司法上訴案待決期間，司法上訴人之訴訟代理人於 2017 年 7 月 7 日獲通知澳門貿易投資促進局第 04718/GJFR/2017 號補充通知，指出被訴實體已於 2017 年 6 月 14 日廢止其於 2016 年 1 月 27 日於在澳門貿易投資促進局第 0641/2013 號卷宗作出不批准司法上訴人的臨時居留許可申請之行政行為。

10. 與此同時，被訴實體同意澳門貿易投資促進局第 107/AO-SEF/2017 號意見書的建議，不視司法上訴人的投資為重大投資，故此，不批准司法上訴人的臨時居留許可的申請。

11. 如上所述，澳門貿易投資促進局並沒有成功通知司法上訴人作出書面聽證，這是由於第 06571/GJFR/2015 號公函因“地址欠詳”而被退回澳門貿易促進局。

12. 然而，澳門貿易投資促進局並沒有再次以其他方式通知司法上訴人，相反，根據第 0641/居留/2013 號意見書的內容可見，澳門貿易投資促進局明知有關的公函已退回該局，且在沒有透過其他方式通知司法上訴人之情況下，仍認定司法上訴人並沒有提交書面答辯而繼續有關之程序。

13. 對利害關係人聽證亦體現了行政程序的基本原則：即在形成與利害關係人有關

的決定時私人之參與原則。對於行政機關來說，該原則意味著在形成與私人有關之決定時，應確保私人之參與，尤應透過有關聽證予以確保。

14. 明顯地，不應認為澳門貿易促進局已透過適當方式通知司法上訴人，同時亦不應認為在有關的行政程序中已實施了書面聽證，因此，根據《行政程序法典》第 124 條之規定，有關的行政行為實為可撤銷。

15. 澳門貿易投資促進局在第 107/AO-SEF/2017 號意見書中建議不批准司法上訴人臨時居留許可申請的主要原因如下：

考慮到申請人提出居留許可申請的依法為“C 文化創意有限公司”的 50% 股權。根據該公司 2013 年的財務報表，該公司 2013 年的總投資金額為 3,000,015.59；該公司領導在 2014 年和 2015 年的投資總金額為分別為 1,680,000.00 澳門元和 2,050,000.00 澳門元。也就是說，該公司在 2013 至 2015 年實際和預算的總投資金額為 6,730,015.59 澳門元，按申請人持有 50% 股權計算；申請人實際和預算的總投資金額為 3,365,007.80 澳門元，以目前澳門的經濟環境來看，投資金額並不顯著，故不能視為重大投資；

考慮到雖然申請人持有股權的“C 文化創意有限公司”所營事業為“澳門城市文化創意，旅遊商品，教育培訓，會展交流”，但該公司現時所推銷的設計作品與意念全屬內地“C 設計製作有限公司”的版權所有。現時“C 文化創意有限公司”在澳門實現的投資主要是以參加展覽活動為主，並非真正意義上的文化創意，因此申請人的投資沒有為澳門引進特別所需；

考慮到澳門特別行政區現時經濟處於全民就業的狀況。

16. 事實上，澳門貿易投資促進局的分析並不能反映司法上訴人的投資實況，而最主要的原因是欠缺作出聽證的手續。

17. 司法上訴人所持有 C 文化創意有限公司分別於 2014 年 9 月 2 日及 2015 年 9 月 24 日設立了“C 城市文創人才有限公司”及“D 有限公司”，並已於澳門商業及動產登記局作出登記。

18. 其中，C 城市文創人才有限公司的所營事業為文化創意商品，人才交流，旅遊

產品，出入口業，文創園區設計，人才培訓；另外，D 有限公司的所營事業為動漫遊戲制作設計，文化創意產品，手信食品商品生產及零售批發，會展博覽銷售貿易，連鎖加盟品牌授權。

19. 不難發現，D 有限公司正是籍著設立更多的公司以拓展有關的業務範圍。

20. C 文化創意有限公司更於 2015 年 8 月 26 日向澳門經濟局申請將兩款“XX”註冊為該公司的產品及服務商標，註冊編號分別為 N/0XXX93 及 N/0XXX94。

21. 根據由澳門特別行政區文化局制作的第六屆深圳動漫節澳門創意館的介紹刊物中顯示，C 文化創意有限公司主要從事原創動畫制作，作品包括《XX》、《XX 成語系列》等多部三維立體動畫；另外，亦推出了大量與該品牌，即 XX 有關之產品。

22. 誠然，即使 C 文化創意有限公司現時所推銷的設計作品與意念完全源自 C 設計有限公司，並不代表有關的版權不能被移轉至 C 文化創意有限公司。

23. 這是由於，即使根據第 43/99/M 號法令核准之《著作權及有關權利之制度》第 26 條的規定，著作財產權之原權利人、其繼承人或受移轉人均得：a)許可第三人使用作品；b)全部或部分移轉該著作財產權，又或就該著作財產權之全部或部分設定負擔。

24. 然而，在有關的行政卷宗內似乎亦沒有得出“C 文化創意有限公司現時所推銷的設計作品與意念全屬 C 設計有限公司之版權所有”結論的資料。

25. 因此，司法上訴人並不能認同澳門貿易投資促進局在第 107/AO-SEF/2017 號意見書中有關“C 文化創意有限公司現時所推銷的設計作品與意念全屬 C 設計有限公司之版權所有”的意見。

26. 即使 C 文化創意有限公司現時所推銷的設計作品與意念全屬 C 設計有限公司之版權所有，那麼，C 文化創意有限公司也是獲許可使用有關的設計作品與意念，而這種許可亦應被考慮在投資之範圍內。

27. 另外，澳門貿易投資促進局在第 107/AO-SEF/2017 號意見書中指出，根據 C 文化創意有限公司的 2013 年財務報表，該公司的總投資金額為澳門幣 3,000,015.59 元；事實上，該總投資金額包括資產總值、營運費用、人員費用及其他費用等，而根據行政卷宗第 51 至 57

頁的資產負債表之資料顯示，資產總值是由辦公室設備淨值、開辦費及擴充費淨值及定期存款所組成。

28. 亦即是說，澳門貿易投資促進局在制定第 107/AO-SEF/2017 號意見書時僅考慮了司法上訴人在物質方面的投資，而忽略了非物質方面的投資，尤其是有關“XX”的無形財產的價值。

29. 因此，司法上訴人並不能認同澳門貿易投資促進局在第 107/AO-SEF/2017 號意見書中有關“投資金額並不顯著”的意見。

30. 澳門貿易投資促進局在第 107/AO-SEF/2017 號意見書中指出：*考慮到澳門特別行政區現時經濟處於全民就業的狀況。*

31. 事實上，僅就 C 文化創意有限公司而言，根據 2015 年第 2 季度的社會保障基金供款憑單，該公司已聘請了 9 名本地員工，有關數字與 2014 年已出現了 50% 的增長。

32. 有關的數字尚未考慮其他子公司，包括 C 城市文創人才有限公司及 D 有限公司所聘請了本地員工人數。

33. 事實上，澳門貿易投資促進局在第 107/AO-SEF/2017 號意見書的分析與 C 文化創意有限公司在勞動市場的貢獻方面並無關係，無論澳門現時是否處於全民就業的狀況，均不能排除 C 文化創意有限公司在勞動市場方面存在貢獻。

34. 最後，被訴實體在 2017 年 6 月 14 日在澳門貿易投資促進局第 107/AO-SEF/2017 號意見書中作出之批示中完全忽略了司法上訴人的投資，即 C 文化創意有限公司於 2016 年及 2017 年的投資增長情況。

35. 無論如何，被訴實體於 2017 年 6 月 14 日作出之不批准司法上訴人臨時居留許可申請的決定亦沾有欠缺聽證及存有事實前提之錯誤等瑕疵，因此，根據《行政程序法典》第 124 條之規定，有關的行政行為為可撤銷。

* * *

Citada a Entidade Recorrida, o Senhor **Chefe do Executivo da RAEM** veio contestar o recurso com os fundamentos constantes de fls. 196 a 208, tendo formulado as seguintes conclusões:

1. 在處理司法上訴人居留申請的行政程序中，貿促局已根據《行政程序法典》第 94 條的規定，按照司法上訴人提供的通訊地址，發出雙掛號信通知司法上訴人，以便就有關居留申請事宜向司法上訴人作出書面聽證

2. 惟因可歸責於司法上訴人的原因(司法上訴人提供的地址不詳)而令司法上訴人無法收到通知，故無法進行聽證。

3. 被訴實體於 2017 年 6 月 14 日就有關臨時居留申請作出具有追溯效力的廢止性批示(即被訴批示)，廢止原批示並同時對有關情況作出新規範。

4. 被訴批示更細緻充分地撰寫了原批示內的理由說明部分，所根據的是司法上訴人為有關居留申請而提交的資料，該等資料已載於行政卷宗中。

5. 該被訴批示，並非因為出現新的事實或新的證據而作出新的決定，因此無需重新開放調查程序，亦因而無需對利害關係人(即司法上訴人)作出新的聽證。

6. 因此，欠缺聽證的上訴理由不成立。

7. 有關投資和活動範圍方面，被訴批示內列明不批准投資居留申請的其中一項理由是：“雖然申請人持有股權的“C 文化創意有限公司”所營事業為“澳門城市文化創意，旅遊商品，教育培訓，會展交流”，但該公司現時所推銷的設計作品與意念全屬內地“C 設計製作有限公司”版權所有。現時“C 文化創意有限公司”在澳門實現的投資主要是以參加展覽活動為主，並非真正意義上的文化創意，因此申請人的投資沒有為澳門引進特別所需”。

8. 行政卷宗內，貿促局第 0641/居留/2013 號建議書，詳細列明了行政當局在審批司法上訴人的投資居留申請時所考慮的各項因素，以及在行政卷宗內所載的支持文件的頁碼。

9. 司法上訴人所持有 50%股權的“C 文化創意有限公司”的“所營事業”，源自行政卷

宗內的商業登記證明。

10. 司法上訴人從未向貿促局提交過司法上訴人在聲請中提到的“C 城市文創人才有限公司”和“D 有限公司”的資料，因此要求行政當局考慮這些其從不知悉的、從未被載入行政卷宗的事實，是很荒謬的。

11. 司法上訴人提到的“C 文化創意有限公司”所推銷的設計作品，已經包含在在行政卷宗內，因而已獲得了行政當局的考慮。

12. C 創意有限公司現時所推銷的設計作品與意念完全源自中國內地 C 設有限公司。

13. 在行政卷宗內，看不到任何文件證明有關設計作品與意念的版權的移轉。有版權移轉的可能性，不等於就會發生版權移轉的事實，更不等於已經發生版權移轉的事實。純粹獲得設計作品與意念的使用權，並非真正意義上的創意。

14. 被訴批示還考慮了司法上訴人所在公司在澳門實現的投資主要以參加展覽為主的事實。

15. 被訴實體在作出被訴批示時，已考慮了司法上訴人提交的投資及業務範圍的各項資料。

16. 因此，投資及業務範圍方面事實前提之錯誤的上訴理由不成立。

17. 投資金額方面，考慮到第 3/2005 號行政法規(核准投資者、管理人員及具特別資格技術人員居留制度)旨在引進對澳門特別行政區特別有利的重大投資，而我們不能認為所有投資或任何投資都是重大投資。

18.“XX”的版權並非屬司法上訴人，因此不應將“XX”的版權價值視為司法上訴人的無形資產或投資金額。

19. 被訴實體在作出被訴批示時，已經對司法上訴人填寫的無形資產的投資金額，作出了考慮。

20. 司法上訴人 2013 年至 2015 年三年的投資總金額僅為 3,365,007.80 澳門元，以目前澳門的經濟環境來看，投資金額並不顯著，故不能視為重大投資。

21. 因此，投資金額方面事實前提之錯誤的上訴理由，也不成立。

22. 勞動市場貢獻方面，行政當局認為，根據在於行政卷宗內司法上訴人提交的社保基金供款憑單，證實司法上訴人持有的公司聘請了 6 名員工，按申請人 50% 股權計算，即申請人聘請了 3 名本地員工，對本地勞動市場貢獻很少。

23. 司法上訴人從未向行政當局提交過顯示該公司已聘請了 9 名員工的社保基金供款憑單。

24. 即使按司法上訴人在聲請內所述其公司聘請的員工是 9 名，且假設該 9 名員工均是本地僱員，按照 50% 的股權計算，司法上訴人聘請的本地員工人數也僅為 5 人，考慮到澳門特別行政區現時經濟處於全民就業的狀況，這個聘請本地員工的人數可以說是微不足道。

25. 司法上訴人也從未將設立子公司(D 有限公司)及關聯公司(C 城市文創人才有限公司)的資料，包括該等公司是否聘請本地員工及本地員工數目的資料，提供給質促局。

26. 司法上訴人在聲請內，沒有具體指出子公司(D 有限公司)及關聯公司(C 城市文創人才有限公司)具體聘請了多少本地員工，也沒有提交相關證明資料，故該等子公司或關聯公司聘請本地員工的事實，不獲證實。

27. 因此，勞動市場貢獻方面事實前提之錯誤的上訴理由，也不成立。

28. 正如前面所述，被訴批示並非因為出現新的事實或新的證據而作出新的決定，因此，為作出被訴批示，無需重新開啟調查程序，而只需考慮行政卷宗內所載的資料。

29. 司法上訴人從未向質促局提交 C 文化創意有限公司 2016 年和 2017 年的投資增長的資料。

30. 司法上訴人在聲請內，雖然指被訴批示沒有考慮其 2016 年和 2017 年的投資增長，但卻沒有具體指出該等“或有的”投資增長的具體金額和投資所在的項目，也沒有提交相關的證明文件。

31. 故此，C 文化創意有限公司 2016 年和 2017 年投資增長的事實，不獲證實。

32. 因此，忽略 2016 年及 2017 年的投資方面事實前提之錯誤的上訴理由，也不成

立。

33. 第 3/2005 號行政法規第 6 條規定，在對作出有利澳門特別行政區的重大投資的權利人(及其家團成員)批給臨時居留許可方面，行政長官擁有自由裁量權。

34. 第 3/2005 號行政法規第 7 條規定，行政長官在行使自由裁量權時，須衡量各項具重要性的因素，包括投資計劃或投資的價值及類別、澳門特別行政區的情況、需要及安全等。

35. 如被訴實體已適當考量上訴人提出的事實及理由，只不過該等事實不被被訴實體接受，則被訴之批示不沾有事實前提錯誤之瑕疵。

36. 第 3/2005 號行政法規賦予行政當局廣闊的自由裁量空間，除非出現明顯錯誤或絕對不合理的情況，否則有關行為不受司法檢查。

* * *

O Digno. Magistrado do Ministério Público junto do TSI emitiu o seguinte duto parecer (fls. 279 a 280):

A impugna o acto administrativo de 14 de Junho de 2017, da autoria do Exm.º Chefe do Executivo, que lhe indeferiu requerimento de autorização de residência temporária formulado ao abrigo da legislação aplicável à fixação de residência, em Macau, por parte de investidores.

Imputa ao acto vício de forma por falta de audiência e erro nos pressupostos de facto, ilegalidades cuja ocorrência o recorrido refuta na sua contestação.

Começamos pela alegada falta de audiência.

É verdade que o recorrente, conforme alega, não foi notificado para se pronunciar, em sede de audiência, sobre o projecto de decisão que era desfavorável às suas pretensões. E é também exacto que a entidade recorrida, conforme alega, efectuou uma tentativa no sentido de fazer chegar ao recorrente a decisão projectada, expedindo carta registada que viria a ser devolvida com a menção de "endereço insuficiente", tal como pode

ver-se a fls. 130 e 131 do processo instrutor. Acrescenta a entidade recorrida que a responsabilidade pela não notificação é do próprio recorrente, porquanto foi ele quem forneceu ao processo administrativo, como morada de contacto, aquele endereço considerado insuficiente pelos serviços de correio.

Pois bem, sendo certo que a fls. 140 do processo instrutor consta, como morada de contacto, fornecida pelo próprio recorrente, aquela para onde foi dirigida a notificação que veio devolvida, também se constata que, no mesmo documento constam mais moradas, incluindo uma outra morada destinada a contacto. Neste contexto, perante a devolução da carta para notificação - e sem necessidade de apurar se o endereço era ou não suficiente -, impunha-se, cremos, envidar diligências no sentido de procurar efectivar a notificação noutra morada; e não avançar logo para a decisão, sem audiência do interessado, como sucedeu. Princípios como o do inquisitório, o da colaboração, e mesmo as regras relativas a notificações, apontavam caminho diverso daquele que foi seguido pela Administração.

Posto isto, afigura-se não podermos considerar validamente efectuada a audiência do interessado, sendo que, no caso em análise, e dados os poderes eminentemente discricionários em que se move a decisão, aquela audiência e a participação no procedimento que ela possibilitaria seriam fundamentais para o interessado poder vincar os seus pontos de vista e, quiçá, fornecer elementos complementares que poderiam vir a inverter o sentido da projectada decisão. Aliás, na petição de recurso, o recorrente avança com dados e argumentos não conhecidos da entidade recorrida nem constantes do processo instrutor, que poderiam ter contribuído para a decisão se, a seu tempo, tivesse sido efectivamente realizada a audição do interessado.

Não se tendo realizado a audição, por motivo essencialmente imputável à Administração, e não se estando perante caso de degradação da formalidade, procede o

invocado vício de forma.

Já quanto ao invocado erro nos pressupostos de facto, nas diversas vertentes em que vem suscitado, não podemos sufragar a opinião do recorrente.

Desde logo, não há fundamento plausível para se dizer que não foram considerados no despacho os exercícios de 2016 e 2017. É que, como a entidade recorrida explica, o acto foi inicialmente adoptado em 27 de Janeiro de 2016, tendo sido legalmente revogado em 14 de Junho de 2017, por motivos de forma, e substituído por outro - o que agora é objecto de impugnação -, sem que houvesse sido alterado o que quer que fosse em matéria de instrução e pressupostos. Logo, não podia o acto, cujos pressupostos são reportados a 27 de Janeiro de 2016, levar em linha de conta exercícios económicos do ano de 2016 e do ano de 2017.

Neste ponto, claudica evidentemente o invocado erro nos pressupostos. Por outro lado, e quanto aos demais pressupostos, constata-se que o recorrente joga com elementos que não fazem parte do acervo recolhido no processo instrutor, e que ele porventura quereria levar ao conhecimento da Administração através do direito de audiência, que não pôde efectivar pelos motivos acima enunciados.

Apesar de lhe assistir, a nosso ver, razão na questão do direito de audiência, não a tem neste aspecto dos pressupostos, porquanto a entidade recorrida jogou com os pressupostos que se evidenciavam através do processo instrutor, e, nessa medida, não se detecta que haja incorrido em qualquer erro.

Improcede, face ao exposto, este fundamento do recurso.

Ante quanto fica dito, e na procedência do suscitado vício de forma por preterição da formalidade de audiência prévia, emite-se parecer no sentido do provimento do recurso, mediante anulação do acto impugnado.

* * *

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpra analisar e decidir.

* * *

II – PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III – FACTOS

São os seguintes elementos, extraídos do processo principal e do processo administrativo com interesse para a decisão da causa:

卷宗編號：第 0641/2013 號

重大投資權利人臨時居留許可申請

適用第 3/2005 號行政法規

申請人-A

澳門特別行政區行政長官批示

按照第 3/2005 號行政法規規定，一方面考慮到利害關係人投資的價值及類別，另一方面考慮到澳門特區的需要，現不批准下列利害關係人的臨時居留許可申請。

序號	姓名	關係
1	A	申請人
2	B	配偶

行政長官

2016 年 1 月 27 日

事由：中級法院第 876/2016 號司法上訴-A-建議廢止行政行為

建議書

編號：107/AO-SEF/2017

日期：08/06/2017

尊敬的經濟財政司司長 閣下：

行政長官於 2016 年 1 月 27 日在貿促局第 0641/2013 號卷宗(見附件)上所作的批示，其內所載的理由說明部分是以簡明的方式敘述。該批示不批准申請人 A(及其配偶 B)的臨時居留許可申請，該申請依據為申請人投資於一家名為“C 文化創意有限公司”的公司，投資金額為 3,365,007.80 澳門元。

該批示內容如下：

按照第 3/2005 號行政法規規定，一方面考慮到利害關係人投資的價值及類別，另一方面考慮到澳門特區的需要，現不批准下列利害關係人的臨時居留許可申請。

序號	姓名	關係
1	A	申請人

2	B	配偶
----------	----------	-----------

為此，利害關係人 A 向中級法院提起司法上訴，卷宗編號為 876/2016，現仍在審理中。

一直以來，同樣的行政行為均被中級法院撤銷，因該院認為當中的理由說明部分太過簡單。中級法院此一見解更獲終審法院在另一訴訟中予以肯定(參見 2016 年 7 月 22 日關於第 45/2016 號案對行政司法裁判的上訴的合議庭裁判)。

所以，我們建議廢止 2016 年 1 月 27 日就 A 臨時居留許可申請作出決定的行政行為，並按以下內容重新評估其申請：

考慮到中華人民共和國 G2XXXXX64 號護照持有人 A(該護照有效期已屆滿，現申請人持有中華人民共和國護照號碼為 E3XXXXX52)，根據第 3/2005 號行政法規第一條(二)項規定，以投資為依據為其本人及其配偶 B(持中華人民共和國護照，號碼為 G2XXXXX31)向澳門貿易投資促進局申請臨時居留澳門特別行政區的許可；

考慮到第 3/2005 號行政法規第六條規定，在對作出有利澳門特別行政區的重大投資的權利人(及其家團成員)批給臨時居留許可方面，行政長官擁有自由裁量權；

考慮到第 3/2005 號行政法規第七條規定，行政長官在行使自由裁量權時，須衡量各項具重要性的因素；

考慮到該法規旨在引進對澳門特別行政區特別有利的重大投資，而我們不能認為所有投資或任何投資都是重大投資；

考慮到申請人提出居留許可申請的依據為持有“C 文化創意有限公司”的 50%的股權。根據該公司 2013 年財務報表，該公司 2013 年的總投資金額為 3,000,015.59；該公司預算在 2014 年和 2015 年的投資總金額分別為 1,680,000.00 澳門元和 2,050,000.00 澳門元。也就是說，該公司在 2013 至 2015 年實際和預算的總投資金額為 6,730,015.59 澳門元，按申請人持有 50%股權計算，申請人實際和預算的總投資金額為 3,365,007.80 澳門元，以目前澳門的經濟環境來看，投資金額並不顯著，故不能視為重大投資；

考慮到雖然申請人持有股權的“C 文化創意有限公司”所營事業為“澳門城市文化創意，旅遊商品，教育培訓，會展交流”，但該公司現時所推銷的設計作品與意念全屬內地“C 設計

製作有限公司”版權所有。現時“C 文化創意有限公司”在澳門實現的投資主要是以參加展覽活動為主，並非真正意義上的文化創意，因此申請人的投資沒有為澳門引進特別所需；

考慮到澳門特別行政區現時經濟處於全民就業的狀況；

為適用第 3/2005 號行政法規的規定，茲決定不視 A 的投資為重大投資，不批准下列利害關係人的臨時居留許可的申請。

序號	姓名	關係
1	A	申請人
2	B	配偶

呈上級考慮。

附件：貿促局第 0641/2013 號卷宗

顧問

E

* * *

IV – FUNDAMENTOS

A resolução do presente recurso passa pela análise e resolução das seguintes questões:

- 1) – Vício da forma por falta de audiência do Recorrente;
- 2) – Erro nos pressupostos de facto;
- 3) – Ilegalidade da decisão recorrida.

*

1ª questão: Vício de forma por falta de audiência.

Em matéria de audiência administrativa, o artigo 93º do CPA dispõe:

(Audiência dos interessados)

1. Salvo o disposto nos artigos 96.º e 97.º, concluída a instrução, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta.

2. O órgão instrutor decide, em cada caso, se a audiência dos interessados é escrita ou oral.

3. A realização da audiência dos interessados suspende a contagem de prazos em todos os procedimentos administrativos.

Este preceito legal consagra um direito procedimental do administrado, pois, o legislador proclama que “*têm direito a...*,” apesar de não ser um direito absoluto, na medida em que a audiência pode ser dispensada nas condições que o legislador prevê, mas deve fundamentar a decisão de não audiência.

A audiência dos interessados inicia uma fase do procedimento – de pré-decisão ou de saneamento, quando estão reunidos os elementos necessários para ponderar qual o sentido da decisão, razão pela qual o “direito a ser ouvido”, que se concretiza mediante a audiência prevista no artigo 93º do CPA, deve consistir na possibilidade concedida ao interessado de participação útil no procedimento, razão pela qual, deve pressupor a possibilidade real e efectiva de apresentar factos, motivos, argumentação e razão susceptíveis de constituir, tanto uma cooperação para a decisão, como também elementos de um controlo preventivo por parte do particular em relação à Administração.

Assim, como bem se viu, na audiência de interessados, segundo o n.º 1 do artigo 93º do CPA, foi dado conhecimento do sentido provável da decisão, o que não aconteceu no caso *sub judice*, e como tal gera-se um vício de forma na audiência de interessados “*quando o interessado vir, de facto, afectados os seus direitos e, em particular, as suas garantias de defesa*”, uma vez que a formalidade da audiência corresponde, per si, a um direito dos interessados. *In casu*, houve omissão dessa formalidade?

A propósito desta matéria, entende a doutrina dominante:

IV. O direito de audiência dos interessados cumpre-se dando-lhes o instrutor a possibilidade de se pronunciarem, e não com a sua efectiva pronúncia. Como não podia deixar de ser. Só há, portanto, incumprimento de formalidade pela Administração, se o interessado não foi chamado a pronunciar-se ou se foi chamado a fazê-lo em termos legalmente insuficientes.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido, em geral, a audiência como uma formalidade absolutamente essencial, para além, claro, dos casos em que se trata de um verdadeiro direito de defesa (como acontece nos procedimentos sancionatórios). Nos outros casos, entende-se que a omissão desta formalidade gera vício de forma, é certo, mas, pelo menos para alguns AA., só “*quando o interessado viu, de facto, afectados os seus direitos e, em particular, as suas garantias de defesa*” (Santos Botelho, Pires Esteves e Cândido Pinho, ob. cit., 1ª ed., pág. 252). Discute-se agora questão diversa da que se tratou nos Preliminares desta Secção: aí queria-se saber se, a existir invalidade por falta de audiência, se tratava de nulidade ou mera anulabilidade; agora, do que se cuida é de saber se essa falta redundava sempre em

invalidade.

Por nós, preferimos defender, para já pelo menos, uma posição mais cautelosa: a formalidade da audiência corresponde a um **direito dos interessados**, com dignidade e assento constitucional e legal e degradá-la logo em formalidade relativamente essencial parece-nos excessivo, menosprezando-se o alcance jurídico que se quis dar à sua introdução no procedimento administrativo.

Além disso, com o nosso sistema de garantias contenciosas, baseado na “*presunção da legalidade*” do acto administrativo, tal solução tornar-se-ia um contra-senso: afinal, aquilo que a lei concebeu como um direito dos interessados, tornar-se-ia contenciosamente num ónus seu, pois que seria a eles que competiria fazer a prova de que a omissão da formalidade redundara em prejuízo dos seus interesse ou da sua posição procedimental.

E, portanto, das duas uma: ou se imputa, a partir de agora, esse ónus à Administração (que omitiu a formalidade) ou se considera que tal omissão, quando comprovada, gera a invalidade insuprível (mesmo se relativa) da respectiva decisão (*in* Código do Procedimento Administrativo Comentado, Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves, João Pacheco de Amorim, Livraria Almedina, 2ª edição, 1997, pág. 454).

É justamente o que a Entidade Recorrida errou na condução deste processo, não procedendo à audição do Requerente antes de tomar a respectiva decisão final.

No caso em apreço, bem observou o Digno. Magistrado do MP junto deste TSI quando afirmou:

É verdade que o recorrente, conforme alega, não foi notificado para se

pronunciar, em sede de audiência, sobre o projecto de decisão que era desfavorável às suas pretensões. E é também exacto que a entidade recorrida, conforme alega, efectuou uma tentativa no sentido de fazer chegar ao recorrente a decisão projectada, expedindo carta registada que viria a ser devolvida com a menção de "endereço insuficiente", tal como pode ver-se a fls. 130 e 131 do processo instrutor. Acrescenta a entidade recorrida que a responsabilidade pela não notificação é do próprio recorrente, porquanto foi ele quem forneceu ao processo administrativo, como morada de contacto, aquele endereço considerado insuficiente pelos serviços de correio.

Pois bem, sendo certo que a fls. 140 do processo instrutor consta, como morada de contacto, fornecida pelo próprio recorrente, aquela para onde foi dirigida a notificação que veio devolvida, também se constata que, no mesmo documento constam mais moradas, incluindo uma outra morada destinada a contacto. Neste contexto, perante a devolução da carta para notificação - e sem necessidade de apurar se o endereço era ou não suficiente -, impunha-se, cremos, envidar diligências no sentido de procurar efectivar a notificação noutra morada; e não avançar logo para a decisão, sem audiência do interessado, como sucedeu. Princípios como o do inquisitório, o da colaboração, e mesmo as regras relativas a notificações, apontavam caminho diverso daquele que foi seguido pela Administração.

Posto isto, afigura-se não podermos considerar validamente efectuada a audiência do interessado, sendo que, no caso em análise, e dados os poderes eminentemente discricionários em que se move a decisão, aquela audiência e a participação no procedimento que ela possibilitaria seriam fundamentais para o interessado poder vincar os seus pontos de vista e, quiçá, fornecer elementos complementares que poderiam vir a inverter o sentido da projectada decisão. Aliás, na petição de recurso, o recorrente avança com dados e argumentos não conhecidos da entidade recorrida nem constantes do processo instrutor, que

poderiam ter contribuído para a decisão se, a seu tempo, tivesse sido efectivamente realizada a audiência do interessado.

Não se tendo realizado a audiência, por motivo essencialmente imputável à Administração, e não se estando perante caso de degradação da formalidade, procede o invocado vício de forma.

Subscrevemos inteiramente esta douta posição, pois, é também esta leitura que fazemos dos elementos que nos foram apresentado para apreciar.

Pelo que, fica prejudicado o conhecimento de restantes questões levantadas.

Julga-se deste modo procedente o presente recurso, anulando a decisão recorrida.

*

Síntese conclusiva:

I – O artigo 93º do CPA consagra um direito procedimental do administrado, apesar de não ser um direito absoluto, na medida em que a audiência pode ser dispensada nas condições que o legislador prevê, mas deve fundamentar a decisão de não audiência.

II - A audiência dos interessados inicia uma fase do procedimento – de pré-decisão ou de saneamento, deve pressupor a possibilidade real e efectiva de apresentar factos, motivos, argumentação e razão susceptíveis de constituir, tanto uma cooperação para a decisão, como também elementos de um controlo preventivo por parte do particular em relação à Administração.

III – A omissão dessa formalidade essencial gera um vício de forma e como tal é fundamento da anulação da decisão recorrida.

*

Tudo visto, resta decidir.

* * *

V – DECISÃO

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do TSI acordam em **julgar procedente o presente recurso**, anulando-se o despacho recorrido.

*

Custas pelo Recorrente que se fixam em 5 UCs.

*

Notifique e Registe.

*

RAEM, 19 de Setembro de 2019.

Fong Man Chong

Mai Man Ieng

Ho Wai Neng

José Cândido de Pinho