

Processo n.º 176/2001

Data do acórdão: 2003-04-10

(Recurso jurisdicional)

Assuntos:

- Conselho de Administração do Fundo de Pensões
- Presidente do Conselho de Administração
- delegação de poderes sem hierarquia
- recurso hierárquico impróprio
- recurso hierárquico necessário
- art.º 70.º, al. d), do CPA
- notificação do acto
- art.º 27.º, n.º 2, do CPAC
- direito de informação do interessado
- rejeição do recurso contencioso
- acto não definitivo

S U M Á R I O

1. Se no acto de delegação de poderes a favor da sua Presidente, o Conselho de Administração do Fundo de Pensões de Macau como delegante afirmou peremptoriamente que dos actos praticados no uso da

delegação em causa cabia recurso hierárquico, é porque o mesmo Conselho com isso quis dizer que a última vontade da Administração a ele pertence, e, assim, ilidir a presunção de conformidade dos actos daquela à sua vontade e negar antecipadamente definitividade aos actos da mesma.

2. Embora no mesmo acto de delegação se tenha referido apenas a “recurso hierárquico”, o que na verdade existe é um “recurso hierárquico impróprio” de actos praticados pela Presidente do Conselho de Administração para este, posto que não há nenhuma relação hierárquica entre a Presidente como órgão executivo e o Conselho como órgão deliberativo.

3. E se no mesmo acto de delegação o Conselho de Administração disse que dos actos da sua Presidente “cabe recurso hierárquico”, os actos assim praticados por essa delegada ainda não são susceptíveis de recurso contencioso, e, portanto, o “recurso hierárquico” é necessário, visto que só seria facultativo se o delegante nada dissesse, pois só nessa hipótese é que funciona a regra geral da definitividade dos actos do delegado.

4. Aliás, para evitar qualquer engano quanto à recorribilidade dos actos, o actual Código do Procedimento Administrativo (CPA) preceitua, no seu art.º 70.º, al. d), que a notificação deve conter a indicação de o acto ser ou não ser susceptível de recurso contencioso.

5. Pelo que se na notificação efectuada do acto impugnado apenas se diz que se pode “interpor recurso hierárquico”, sem dizer se o mesmo é necessário ou facultativo, o interessado pode lançar mão do mecanismo do art.º 27.º, n.º 2, do Código de Processo Administrativo Contencioso (CPAC), para ser esclarecido se deve ou não interpor recurso contencioso, ou exercer o seu direito de informação nos termos dos art.ºs 63.º a 65.º do CPA.

6. Entretanto, em todo o caso, a falta de comunicação dos elementos indicados no art.º 70.º do CPA não afecta a validade do acto, pois se este era válido, assim continuará a ser, mas ele não produzirá efeitos enquanto o interessado não os conhecer na íntegra.

7. O recurso contencioso interposto de um acto não definitivo deve ser rejeitado.

O relator,
Chan Kuong Seng

Processo n.º 176/2001

(Recurso jurisdicional)

Recorrente: A

Recorrido: Presidente do Conselho de Administração do Fundo de Pensões de Macau

**ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA
REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU**

1. Por sentença proferida pelo Tribunal Administrativo de Macau no respectivo processo n.º 28/2000-ADM, foi rejeitado, por falta de definitividade do acto recorrido, e tendo em consideração a seguinte matéria de facto dada por assente, o recurso contencioso então interposto por aí melhor identificado A, do Despacho de 24 de Abril de 2000 da Senhora Presidente do Conselho de Administração do Fundo de Pensões de Macau que lhe tinha indeferido a pretensão de inscrição também nesse Fundo com fixação de débitos de compensação de aposentação relativamente ao período de 25 de Agosto de 1992 a 5 de Março de 1996:

- a) Em 22 de Dezembro de 1990, A (o recorrente) celebrou contrato além do quadro com a Direcção dos Serviços Meteorológicos e Geofísicos de Macau (DSMG) para exercer funções de programador pelo prazo de três anos com a categoria de técnico informático de 2.º classe, 1.º escalão;
- b) Em 25 de Agosto de 1992, o recorrente assinou novo contrato além do quadro com a DSMG para o exercício de funções de planeamento e aplicação dos sistemas informáticos, pelo prazo de dois anos, mas agora com a categoria de técnico de informática de 1.ª classe, 2.º escalão;
- c) Em 25 de Agosto de 1994, por averbamento ao contrato, o mesmo foi renovado por mais um ano;
- d) Por despacho de 23 de Fevereiro de 1995 do então Secretário-Adjunto para os Transportes e Obras Públicas, o recorrente foi nomeado, em comissão de serviço, como chefe de divisão de informática da DSMG, tendo tomado posse em 6 de Abril de 1995;
- e) Por despacho de 17 de Janeiro de 1996, do então Secretário-Adjunto para os Transportes e Obras Públicas, o recorrente foi nomeado provisoriamente para os quadros da DSGM, como técnico superior de informática de 2.ª classe, 1.º escalão, tendo tomado posse em 6 de Março de 1996;

- f) Por despacho do Administrador do Fundo de Pensões de 22 de Março de 1996, o recorrente foi inscrito no Fundo de Pensões (FP), ficando com o número de subscritor 1428-6;
- g) Por requerimento entrado em 14 de Dezembro de 1999, o recorrente solicitou ao Presidente do Fundo de Pensões que fosse “efectuado o débito ara a compensação de aposentação e pensão de sobrevivência referente aos períodos de 22/12/90 a 05/04/95 e de 06/04/95 a 06/03/96, em que prestou serviços sem interrupção, em regime de contrato além do quadro e de comissão de serviço”;
- h) Em 7 de Março de 2000 foi dada a Informação n.º 222/DS/FP/2000, propondo que sejam constituídos débitos dos descontos referentes ao período de 22/12/90 a 24/08/92 e que seja indeferido o requerimento no período de 25/08/92 a 5/3/96, dado o recorrente não ter declarado o desejo de proceder aos descontos;
- i) Em 24 de Abril de 2000, a Presidente do Conselho de Administração (CA) do Fundo de Pensões emitiu o seguintes despacho: “No uso das competências que me foram delegadas pelo CA do FP, autorizo e indefiro em correspondência e com base no anteriormente proposto e fundamentado. Notifique-se”;
- j) Esse despacho foi notificado ao recorrente através do ofício n.º 533/DS/FP/2000, datado de 26 de Abril de 2000, onde se

diz que “o trabalhador mencionado pode reclamar o referido despacho para o autor do acto, no prazo de 15 dias a contar desta notificação, ou interpor recurso hierárquico para o Conselho de Administração do Fundo de Pensões, no prazo de 30 dias, nos termos dos Artºs 145º nº 2, 148º, 149º, 153º, 154º e 155º do Código do Procedimento Administrativo”;

- k) Por requerimento entrado em 29 de Maio de 2000, o recorrente interpôs recurso hierárquico para o Conselho de Administração do Fundo de Pensões, solicitando a revogação daquele despacho na parte em que indeferiu pedido, com fundamento em que a lei não impõe a declaração do desejo de proceder aos descontos;
- l) Em 30 de Maio de 2000 foi emitido o Parecer n.º 037/AST/JM/FP/2000 sobre esse recurso hierárquico, no qual se propôs o indeferimento do mesmo pelo “*facto do recorrente não ter requerido a sua inscrição no Fundo, no prazo de 60 dias, previsto nos termos do n.º3 do art.º 259.º do ETAPM, legislação vigente à data, respectivamente, da celebração de um novo contrato além do quadro, em 25.08.96 e da tomada de posse em comissão de serviço, em 06.04.95*”;
- m) Sobre esse parecer o Conselho de Administração tomou a seguinte deliberação: “O Conselho de Administração do Fundo de Pensões, reunido em 15.06.2000, deliberou no

sentido de confirmar as decisões de indeferimento exaradas pelo despacho de 24/04/2000 da Presidente do CA com os fundamentos citados no ponto 42 do presente parecer”;

- n) Essa deliberação foi notificada ao recorrente através do ofício n° 1748 de 16 de Junho de 2000.

(Cfr. o teor das págs. 4 a 8 da mesma sentença, a fls. 71 a 75 dos autos).

Inconformado com a supramencionada sentença, veio dela recorrer jurisdicionalmente para este Tribunal de Segunda Instância (TSI) o mesmo recorrente, através da correspondente minuta de recurso, aqui autuada e registada como sendo de processo n.º 176/2001.

Assim concluiu o recorrente as alegações do seu recurso (cfr. fls. 113 a 115 dos autos):

I. Ao indeferir a pretensão do recorrente, o Fundo de Pensões viola a norma do artigo 259.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública, seja na sua redacção original, seja na redacção dada pela Lei 11/92/M, de 17 de Agosto;

II. E viola o artigo 8.º do Código do Procedimento Administrativo, uma vez que ofende a confiança suscitada no recorrente através da sua actuação;

III. Porquanto o recorrente, por força da redacção original do n.º 2 do artigo 259.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública, encontra-se inscrito oficiosamente no Fundo de Pensões desde 22 de Dezembro de 1990;

IV. Não tendo o pagamento das compensações para aposentação sido processado oficiosamente pela Direcção dos Serviços Meteorológicos e Geofísicos de Macau, conforme devia ter sido;

V. Apesar de formalmente se ter procedido à rescisão e celebração de um novo contrato, a relação laboral mantém-se na mesma desde 22 de Dezembro de 1990;

VI. Os sujeitos e o objecto da relação laboral são exactamente os mesmos, as condições não se alteraram, para além naturalmente do aumento salarial correspondente à diferença de categoria, e a prestação do trabalho não foi interrompida por um só dia;

VII. Durante todo o período que se seguiu, o pagamento das compensações para aposentação continuou a não ser processado oficiosamente pela Direcção dos Serviços Meteorológicos e Geofísicos de Macau;

VIII. A norma prevista no n.º 7 do artigo 259.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública, na redacção dada pela Lei 11/92/M, de 17 de Agosto, estabelece que só é eliminado o subscritor que, a título definitivo, cesse o exercício de funções públicas, perca a qualidade de funcionário ou agente, ou requeira o cancelamento da sua inscrição;

IX. O recorrente nunca cessou, a qualquer título, o exercício das suas funções, nem perdeu a qualidade de funcionário ou sequer requereu o cancelamento da sua inscrição no Fundo;

X. Pelo que, contrariamente ao entendimento do Fundo de Pensões, a redacção dada pela Lei 11/92/M, de 17 de Agosto, ao n.º 3 do artigo 259.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública não tem, quanto ao recorrente, qualquer aplicação;

XI. A definitividade dos actos do delegado afere-se pela definitividade dos mesmos, se praticado pelo delegante;

XII. A imposição da necessidade de recurso hierárquico, na falta de uma disposição legal que expressamente o permita, é sempre ilegal por violação do princípio de legalidade;

XIII. Pesa ainda o facto do recurso que o delegante impõe se tratar de um recurso hierárquico impróprio;

XIV. Não existe nenhuma disposição legal que preveja a possibilidade de recurso hierárquico impróprio para o Conselho de Administração dos actos praticados pelo respectivo Presidente, nem existe qualquer hierarquia entre os referidos órgãos, pelo que dos actos praticados por este último nunca pode haver recurso hierárquico para o primeiro;

XV. A determinação no acto de delegação da possibilidade de recurso hierárquico nunca pode ser invocada contra o ora recorrente, uma vez que este nunca foi notificado da mesma.

Neste termos, entendeu dever o presente recurso ser julgado procedente e, em consequência, ser anulado o despacho da Presidente do Conselho de Administração do Fundo de Pensões de 24 de Abril de 2000 na parte que indeferiu o seu pedido, com fundamento na violação da lei.

Contra-alegou a recorrida, que concluiu a sua contra-minuta de seguinte modo (cfr. fls. 129 a 131 dos autos):

1. O objecto do presente recurso é o despacho de rejeição do recurso, de 25.05.2001, do Tribunal Administrativo, razão porque se dão por irrelevantes as alegações de recurso do acto de 24.04.2000 da Presidente do CA do FP, de que o recorrente ora pede a anulação;

2. Da notificação, do referido despacho de indeferimento da Presidente do CA do FP, constava ter sido o acto praticado no uso de competências delegadas, tal como os órgãos, prazos e possíveis formas de impugnação, devendo o recorrente pedir os esclarecimentos que considerasse necessários, nos termos do *n.º 2 do art.º 27.º do CPAC, ou recorrer ao direito à informação nos termos dos art.ºs 63º e ss do CPA*;

3. Pela lei de competências do CA do FP (cfr. art.º 7.º do DL 45/98/M), são definidos os termos da delegação, e os órgãos delegados (cfr. alínea d) do n.º 1 e n.º 2 do ref. artigo), dispondo o artigo V do acto de delegação (deliberação do CA, 02.12.99) sobre, "o recurso hierárquico necessário dos actos praticados pelo órgão delgado", tendo também sido expresso no acto de indeferimento, "ter o acto sido praticado no uso das

competência delegadas", compreende-se que a delegação cumpriu os requisitos determinados por lei (art.º 37.º e ss do CPA);

4. Por seu turno, também não se verifica, existirem razões de facto ou de direito que justifiquem a lesão actual e imediata do acto recorrido, que o tornassem susceptível de recurso contencioso (*cfr n.º 2 do artº 28.º do CPAC e n.º 1 do art.º 157º do CPA*);

5. Entendendo-se também, que a questão em causa, se prende mais precisamente com, "*o princípio da exaustão dos meios gratuitos de impugnação*" (*cfr. Acórdão S. T .A. de 16.02.94*), nos limites definidos pelo n.º 1 do art.º 157.º do CPA, conforme ao exposto a fls 79 dos autos "in fine";

6. Sendo clara a inconsistência das afirmações do recorrente, de que não existe base legal quanto à necessidade de recurso hierárquico impróprio para o acto se tornar susceptível de recurso contencioso, é evidente que a decisão de rejeição do recurso do TA, de 25.05.01, se fundamentou na lei e no direito aplicável, ao considerar que o acto inicialmente recorrido não era susceptível de recurso contencioso (*cfr. Lei Básica, art.º 154.º do CPA e 28.º do CPAC*).

Nesses termos, pugnou pela manutenção da decisão de rejeição do Tribunal Administrativo, com improcedência do presente recurso.

Oportunamente, emitiu o Digno Magistrado do Ministério Público junto desta Instância o seu douto parecer a fls. 136 a 137 dos autos, nos seguintes termos:

<<Toda a argumentação expendida pelo Recorrente nas suas alegações se encontra expressamente rebatida e contrariada na douta sentença ora em crise, com cujo conteúdo e conclusões nos encontramos plenamente de acordo e, por ocioso, nos dispensaremos de reproduzir, não se nos afigurando, pois, que a mesma se encontre eivada de qualquer vício, designadamente dos que assacados lhe são por aquele.

Não constituindo o agora alegado pelo Recorrente matéria substancialmente nova relativamente ao já sustentado em 1ª Instância a nível da resposta à excepção de irrecorribilidade do acto suscitada pelo Mº Pº (devendo, aliás, acrescentar-se que, pelo menos nas suas “Conclusões” delimitadoras do objecto do recurso o mesmo se prende, em grande parte, com matéria atinente ao fundo, ao mérito do mesmo, de que agora não cumpre cuidar, uma vez que, mesmo dando-se de barato a procedência do agora recorrido, ou seja, concluindo-se pela recorribilidade do acto, sempre se teria que reenviar o processo à 1ª Instância, precisamente para o conhecimento desse mérito), limitar-nos-emos a manter e subscrever a posição ali assumida pelo Exmo Colega do M. Pº no seu brilhante parecer, consonante, aliás, no fundamental, com a douta sentença ora em crise,

Razão por que, sem necessidade de maiores considerações, somos a pugnar pelo não provimento de presente recurso.>>

Corridos os vistos pelos Mm.ºs Juízes-Adjuntos, cumpre, pois, decidir.

2. Para o efeito, é de considerar, de antemão, a matéria de facto tida por assente pelo Tribunal recorrido na sentença ora sob recurso, já atrás transcrita na íntegra no ponto 1 do presente acórdão, e até não questionada pelo recorrente.

3. Ora, conhecendo juridicamente do objecto do presente recurso jurisdicional mediante a consideração da acima aludida matéria de facto assente, somos também levados, à luz da lei aplicável à matéria nele subjacente (e citada na fundamentação da sentença ora recorrida), a concluir pela improcedência do mesmo, tal como entendeu o Digno Magistrado do Ministério Público junto desta Instância, contanto que nos é evidente que, como solução jurídica ao recurso ora em apreço, não há efectivamente mais a acrescentar à brilhantíssima, justa e mui doutamente desenvolvida análise jurídica empreendida pelo Mm.º Juiz *a quo* autor da decisão ora recorrida, o qual na verdade já rebateu e contrariou cabalmente toda a argumentação sustentada pelo recorrente na minuta do presente recurso jurisdicional.

Concretamente e em jeito de decisão, é de transcrever, em seguida, o teor da seguinte parte da fundamentação da sentença recorrida, no qual, por ser exemplarmente pertinente e dotado do conceituado e merecido valor doutrinário, nos louvamos integralmente, não obstante com a nota de que os diversos Arestos aí citados de autoria dos Tribunais de Portugal são por nós tidos apenas como doutrina:

<<[...]

3.1. Na vista final do Ministério Público foi suscitada uma questão que obsta ao conhecimento do fundo do recurso: a *irrecorribilidade do acto* impugnado. Diz-se que, nos termos da delegação de poderes do Conselho de Administração na sua Presidente, dos actos praticado a coberto da delegação cabe recurso hierárquico necessário e, portanto, o acto recorrível não é o despacho impugnado mas sim a deliberação do Conselho de Administração.

Quid iuris?

É certo que o recorrente indica com objecto do recurso o acto da Presidente do FPM – despacho de 24 de Abril de 2000 – e não o acto do Conselho de Administração – a deliberação de 15 de Junho de 2000. Significa isto que o ora recorrente entendeu, e continua a entender, que do primeiro despacho se pode recorrer contenciosamente e que o recurso hierárquico tem natureza facultativa.

Portanto, há duas questões para as quais importa encontrar uma resposta segura: o recurso administrativo para o Conselho de Administração do FP qualifica-se como *necessário* ou *facultativo*?; que

consequências tem para o destinatário do acto o *erro sobre a natureza do recurso administrativo*?

3.2. Pese embora as novas orientações doutrinárias que apareceram na doutrina portuguesa no sentido da desvalorização do recurso hierárquico necessário e da admissibilidade da recurso contencioso de actos administrativos verticalmente não definitivos, e verdade é que no direito de Macau, para se aferir do carácter recorrível ou não do acto, não podemos deixar de lidar com essa espécie de impugnação administrativa.

A doutrina (e também a jurisprudência) portuguesa impulsionadas pelos preceitos constitucionais (art. 268º da CRP), acabou por abandonar os tradicionais requisitos da definitividade e executoriedade para, num regresso às origens, se ancorar no conceito de *acto lesivo* como pressuposto do acto recorrível. Afinal, o que sempre esteve em causa na garantia do recurso contencioso era assegurar a todo o lesado por um acto administrativo uma via contenciosa de defesa dos seus direitos e interesses legítimos. Daí que o critério da recorribilidade dos actos administrativos tenha que ser aferido em razão dos efeitos produzidos relativamente aos particulares, ou seja em função da sua *eficácia* e da *lesão* ou *afecção* dos direitos dos particulares.

Todavia, cremos que o *critério do acto lesivo*, sem quaisquer outros qualificativos, ainda não veio resolver definitivamente a questão da recorribilidade do acto. Como é bom de ver, numa organização administrativa modelada pelo princípio hierárquico, sempre se pode perguntar se, para efeitos de recurso contencioso, os actos dos subalternos

também são lesivos. Ora, a resposta que a doutrina tem dado a esta questão não te sido unânime: para uns, tanto a decisão do subalterno como a do superior hierárquico tem idêntica natureza, sendo ambos actos administrativos lesivos e, por isso, o recurso hierárquico necessário é inconstitucional (cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, pág. 681 e ss.); para outros, os actos praticados pelos subalternos no uso de competência concorrente não lesam de forma *directa e actual* os interesses dos particulares e, por isso, é necessário interpor recurso hierárquico necessário para que tal lesão ocorra (Rogério Soares, *Direito Administrativo*, pág. 73).

Seja como for, a jurisprudência portuguesa, quer do Tribunal Constitucional quer do STA, tem-se pronunciado pela constitucionalidade do recurso hierárquico necessário e por considerar como critério de recorribilidade a *lesão actual e imediata* (Ac. do STA de 14/7/ 93, 22/9/94, 16/2/94, 17/11/94, 9/2/95 e 19/2/ 98, in AD n°s 390/723, 399/272, 400/384, 401/512, 409/512 e 444/1531).

No direito actual da RAEM, esta matéria não pode ser colocada nos mesmos termos que é posta pela doutrina portuguesa, desde logo porque não existe uma norma constitucional com o conteúdo semântico do artigo 268º do CRP. Toda a análise que se faça tem que partir do princípio de que a Lei Básica não veda o recurso hierárquico necessário à interposição do recurso contencioso. Portanto, disposições legais, como o artigo 154º do CPA e o artigo 28º do CPAC, que prevêm o recurso hierárquico como um instrumento destinado a efectivar a garantia jurisdicional, são constitucionalmente legítimas,

Se temos que trabalhar com o recurso hierárquico necessário, então saber se o acto administrativo é ou não actual e imediatamente lesivo é uma questão que, em princípio, só a *lei competência* para a prática do acto considerado pode responder.

Trata-se de uma *competência simultânea* ou de uma *competência própria*?; e dentro desta, de uma *competência separada* ou de uma *competência reservada* (ou, no dizer da lei, *exclusiva*)? Na primeira hipótese, a competência dispositiva tanto pertence ao superior como ao subalterno e, por isso, o recurso a interpor é naturalmente um recurso hierárquico necessário; na competência separada, o órgão é por lei competente para praticar o acto substancialmente lesivo, mas dele cabe recurso hierárquico necessário; na competência reservada, o órgão é por lei competente para praticar actos imediatamente lesivos e por isso, deles cabe recurso contencioso directo e recurso hierárquico facultativo.

Se olharmos bem, a lesividade imediata ou a lesão directa, como pressuposto do recurso contencioso, é ditada pelo jogo das *normas de competência* com as *normas de reacção*. Se uma norma atribui ao órgão o poder de decidir sobre determinada matéria, mas outra vem dizer que dessa decisão há recurso hierárquico necessário, naturalmente que a lesão é meramente *potencial* ou *virtual*, pois, enquanto aquele recurso não for interposto, não há recurso contencioso. Mas se uma norma atribuir competência ao órgão e uma norma de reacção disser que da decisão há recurso contencioso directo, recurso hierárquico facultativo ou recurso hierárquico necessário com efeito não suspensivo da eficácia do acto (cfr.

nº 2 do art. 28º do CPAC), então a lesão é *actual e directa*, podendo, desde logo, deduzir-se o recurso contencioso.

3.3. A ser assim, a pergunta que se deve fazer é que tipo de competência dispõe o autor do acto recorrido. Poderá praticar actos definitivos ou imediatamente lesivos?

O conjunto de poderes funcionais para se dispor da matéria regulada pelo acto recorrido é atribuída por lei ao Conselho de Administração do Fundo de Pensões (alínea d) do nº 1 do art. 7º da Decreto-Lei nº 45/98/M de 28 de Setembro). Todavia, o nº 2 desta norma diz que «o Conselho de Administração *pode delegar*, no todo ou em parte, em qualquer dos seus membros, os poderes conferidos no número anterior, definindo em acta os limites e condições da delegação, nomeadamente a possibilidade de subdelegação».

E assim aconteceu: por deliberação de 2/12/99, o Conselho de Administração delegou no seu Presidente, além do mais, o exercício do poder de autorizar a inscrição no FP, mas condicionado a delegação ao seguinte: “*IV - A presente delegação de competências é feita sem prejuízo dos poderes de avocação, superintendência e revogação dos actos praticados ao abrigo da mesma, V – Dos actos praticados no uso das delegações aqui conferidas cabe recurso hierárquico*” (cfr. fls. 56 dos autos).

Tendo o autor do acto impugnado invocado esta delegação, nenhuma dúvida existe que o acto foi praticado no exercício de *competência delegada*. Os três requisitos de validade da delegação de poderes indicados no artigo 39º do CPA estão cumpridos: *lei de habitação* (nº 2 do art. 7º do

DL n° 45/98/M); *delegante e delegado* (Conselho de Administração e seu Presidente); e *acto de delegação* (deliberação de 2/12/99).

O que se discute é pois a *natureza dos actos do delegado*: serão definitivos?

Será conveniente, desde já, observar que estamos perante uma *delegação sem hierarquia*. A relação entre a Conselho de Administração e a sua Presidente não é uma relação hierárquica porque «os órgãos executivos, enquanto tais, não são normalmente subalternos dos órgãos deliberativos... Não há, portanto, hierarquia entre o órgãos deliberativo e o órgãos executivo: o órgão incumbido da prática de actos jurídicos de execução necessários não está, em regra, vinculado pelos laços de subordinação hierárquica ao órgãos deliberativo» (Freitas do Amaral, *Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico*, pág. 121).

Se é a lei de competência que serve de fonte ao recurso administrativo necessário, está bom de ver que saber se os actos de delegado são ou não definitivos (*rectius*: imediatamente lesivos) é uma questão que se prende directamente com a natureza jurídica da delegação de poderes, isto no pressuposto de não existirem normas de reacção que desde logo definam o problema.

À luz do direito positivo português, quem começou por estudar esta questão foi André Gonçalves Pereira na sua monografia *Da Delegação de Poderes em Direito Administrativo*, onde defendeu que no caso da delegação de poderes a lei atribui a mesma competência simultaneamente a dois órgãos, mas fazendo depender o exercício da competência do delegado de um acto permissivo de órgão delegante (*tese da autorização*).

Depois do acto de delegação, existe uma *competência concorrente ou cumulativo do delegado e do delegante*. Ora, uma vez que o delegado possui a titularidade e o exercício da competência, o princípio geral é o de que «quando não há relação hierárquica entre delegante e o delegado, o acto do delegado é definitivo, não tendo o delegante o poder de revogar, reformar ou converter os actos do delegante». Tal faculdade bem como o recurso para o delegante, só deverá admitir-se quando a lei expressamente a consagrar. (cfr. *Revista “O Direito” ano 92, pág. 220*).

Esta tese foi perfilhada por Marcello Caetano, para quem a natureza a delegação de poderes é a de «uma *autorização* dada por um órgão normalmente competente a outro órgão ou agente que a lei indica também como competente sob condição de ser autorizado a exercer essa competência pelo primeiro... O facto do delegante ter permitido ao delegado o exercício dos poderes não o priva destes: o delegante continua a ser competente, simultâneamente com o delegado». Trata-se de uma *competência simultânea*, que se caracteriza pelo facto de qualquer dos órgãos competentes poder praticar o acto sozinho, prevenindo assim a jurisdição – isto é, ficando excluída, pela prática do acto por um dos órgãos, a possibilidade de o mesmo caso concreto ser resolvido, em primeira mão, por qualquer dos outros órgãos competentes. Considera ainda que «no *Código Administrativo a regra consagrada é a de que os actos do delegado são definitivos e executórios sempre que o fossem quando praticados pelo delegante*», mas este, dado o poder de superintendência de que dispõe, pode revogar os actos do delegado (cfr. *Manual. Vol. I págs. 227, 228, 468 e 551*).

Robin de Andrade também entende que o delegado recebe da lei da habilitação uma competência condicionada, embora à autorização do delegante. Todavia, no que se refere à definitividade do acto do delegado chega uma conclusão completamente diversa da indicada por aqueles autores. No seu entender, o delegante detém, antes e depois do acto de delegação, a mesma *competência dispositiva* que o órgão delegado pelo que lhe é de reconhecer poder revogatório sobre os actos do delegado, idêntico ao que este próprio órgão detém e exerce sobre os actos que pratica. Por esse motivo o delegante dispõe não só do poder de revogar *pura e simples* como revogar com *nova regulamentação* os actos do delegado. Significa isso que «os actos do delegado não podem, por consequência, e dada a ampla competência revogatória do órgão delegante, ser em princípio qualificados como actos definitivos» E diz mais: «A resolução final da Administração caberá sempre ao órgão delegante na medida em que *só* os actos por este praticados se não acham sujeitos ao poder revogatório pleno de outra autoridade, assente na titularidade de competência dispositiva idêntica à do próprio autor do acto. Por consequência, para que o administrado, lesado pelo acto administrativo do órgão e competência delegada possa suscitar a sua discussão contenciosa, carece, em princípio, de obter a prática de acto definitivo pelo órgão delegante, de que então poderá interpor recurso contencioso. O recurso do acto do delegado para a obtenção de acto definitivo do delegante é portanto um recurso necessário, e com efeito devolutivo, não podendo porém designar-se como recurso hierárquico a não ser se entre delegante e

delegado intercorrer relação hierárquica» (*A Revogação dos Actos Administrativos*, pág. 314).

Entendimento diferente e original nesta matéria tem Paulo Otero ao considerar que a lei de habilitação tem um duplo efeito: atribui ao delegante a titularidade e o exercício dos poderes e ao delegado apenas a sua titularidade. De modo que a competência do delegado apenas se torna perfeita com o acto de delegação: «mediante o acto de delegação, o delegante limita-se a *alargar*; a comunica o exercício dos poderes – que recebeu da lei de habilitação –, a outro órgão já detentor da sua titularidade dos mesmos». Após a delegação, delegante e delegado têm uma *competência comum alternativa*, de modo que o exercício por um esgota a competência do outro, mas quando o delegado está a exercer os seus poderes está a exercer uma *competência própria*. Além de alargar o exercício da competência, o acto de delegação tem por efeito «a presunção ilidível de conformidade dos futuros actos do delegado à vontade do delegante». Por isso, pode afirmar-se «como regra geral do direito administrativo português que os actos praticados pelo delegado têm a natureza de actos definitivos» (*A Competência Delegada No Direito Administrativo Português*, págs. 146, 201, 228, 279 e 283).

Por fim, temos a posição de Freitas do Amaral e de Rogério Soares, para quem na delegação de poderes existe apenas uma *transferência do exercício dos poderes*. Nesta corrente, a competência do delegado advém do acto de delegação e não da lei de habilitação. Para aquele, a delegação de poderes «constitui uma *transferência* do delegante para o delegado: não, porém, uma transferência da *titularidade* dos poderes, mas uma

transferência do *exercício* dos poderes»; deste modo, o «exercício dos poderes delegados é o *exercício de uma competência alheia*, não o exercício de uma competência própria»; trata-se, todavia, do «*exercício em nome próprio de uma competência alheia*». E quanto à definitividade dos actos do delegado conclui o seguinte: «a regra geral é de que os actos do delegado são definitivos e executórios nos mesmos termos em que o seriam se tivessem sido praticados pelo delegante» (*Curso de Direito Administrativo*, pág. 675, 680 e 684). Para Rogério Soares, o sentido da lei de habilitação é apenas o de «conferir a outro órgão o encargo de prover relativamente a eles com a prática dos actos identificados, ou até com um só acto» e a «actividade do delegado não corresponde ao exercício de uma competência própria (embora carecia de autorização), antes pelo contrário, é exercício duma competência alheia». E como a delegação se «funda na suposição duma equivalência entre a actuação do delegado e a que teria sido realizada pelo delegante», assim os actos do delegado se «devem entender como manifestações da competência reconhecida ao delegante e apresentarem a mesma definitividade dos que ele praticaria» (*Direito Administrativo*, págs. 257, 258 e 261).

3.3. O actual direito administrativo português e da RAEM (que nesta matéria contém preceitos iguais àquele) acolhem nos respectivos Códigos de Procedimento Administrativo a tese defendida por estes últimos autores. Já o dissemos no CPA Anotado e Comentado: «parece-nos que o código fornece a solução para esta «vexata questio» no artigo 3º (hoje artº 41º). O delegante ou sudelegante mantêm o poder de emitir directivas (directrizes vinculantes) ou instruções sobre o «modo» como deverão ser «exercidos»

os poderes delegados ou subdelegados, além de não perder o poder de avocar e revogar os actos praticados e pelo delegado... Ou seja o delegante continua a ser o responsável pela forma como o delegado exerce os poderes. Dir-se-á que o delegante mantém uma responsabilidade «in eligendo» e «in vigilando por continuar a ser o «dominus da competência» (*Código de Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, pág. 276*).

Pois bem: a adopção da tese da transferência do exercício acaba por ditar uma *regra geral* quanto à natureza dos actos do delegado: *a definitividade (ou não) dos actos do delegado afere-se pela definitividade (ou não) desses mesmos actos, se praticados pelo delegante*. Como a competência do delegado não representa o exercício duma competência própria, mas sim o exercício da competência do delegante, o valor e a eficácia dos seus actos mede-se pela força ou grau jurídicos que eles teriam caso fossem praticados pelo delegante.

Todavia, este princípio geral, como todos reconhecem, comporta excepções derivadas directamente da *lei* ou do *acto de delegação*.

Por razões várias, ligadas ao sistemas de concentração ou desconcentração de poderes, a lei de habilitação, apesar da competência do delegante ser exclusiva, pode retirar definitividade aos actos do delegado. Assim acontece quando, mediante uma norma de reacção, a lei prevê que dos actos do delegado haja sempre recurso administrativo para o delegante. Neste caso, o órgão delegante está mandatado por lei para repartir parte dos seus poderes com o delegado, mas apenas em termos de não definitividade vertical, ou seja, a título de competência para a prática de

actos provisórios. Isto é, *a última palavra da Administração* pertencerá sempre ao delegante. Por isso, o acto de delegação não envolve atribuição de carácter definitivo aos actos do delegado.

Mas esta forma atenuada de desconcentração também pode ocorrer por *vontade do próprio delegante*. A delegação constitui uma forma de repartição de competências que é determinada pela própria vontade do delegante, ou seja, como refere João Caupers, «uma verdadeira auto-repartição da capacidade de decisão» em que deixa ao órgão com competência dispositiva grande liberdade de decidir *quando*, *a quem* e o *quantum* dos poderes a exercer (*Administração Periférica do Estado*, págs. 271 e 500). Como a delegação está na disponibilidade do delegante, depende da sua vontade a transferência do exercício do poder na sua *plenitude* ou numa versão mais mitigada ou *atenuada* dessa competência. Se nada disser, presume-se que a competência do delegante vai ser exercida *qua tale* pelo delegado e, portanto, a delegação atribui ao delegado a definitividade dos seus actos; mas se disser que dos actos do delegado cabe recurso administrativo, então é porque não quer que tais actos constituam a última palavra da Administração e, portanto, os seus nunca serão definitivos.

Esta tem sido a prática administrativa seguida nos últimos anos quer no então Território de Macau quer na actual RAEM. Para quem se dê ao trabalho de analisar as delegações e subdelegações de poderes emitidas pelos órgãos dirigentes depressa conclui que quase todas têm a determinação de que dos actos dos delegados cabe *recurso hierárquico necessário*. Se nada fosse dito, esses actos seria passíveis de recurso

contencioso imediato. Significa isso que a desconcentração operada por vontade do órgãos delegantes de Macau não é tão intensa ou levada tão longe que permita ao delegado decidir de modo definitivo, como decidiria o delegante.

3.4. Voltando agora ao caso dos autos, e tendo em conta tudo o que se acaba de referir, outra coisa não se pode concluir que não seja a falta de definitividade ou de lesividade imediata dos actos praticados pelo Presidente do Fundo de Pensões, por delegação do seu Conselho Administrativo.

No acto de delegação, o delegante foi peremptório: *«os actos praticados no uso das delegações aqui conferidas cabe recurso hierárquico»*. Desta maneira, o Conselho de Administração quis dizer que a última vontade da Administração a ele pertence, e assim, ilidir a presunção de conformidade dos actos do delegado à sua vontade e negar antecipadamente definitividade aos actos do seu Presidente.

É certo que se referiu a «recurso hierárquico», sem que haja hierarquia; assim como é evidente que disse «recurso hierárquico» e não «recurso hierárquico necessário». Todavia, nenhuma destas falhas, se assim se pode dizer, vai atribuir carácter definitivo aos actos de órgão delegado. No primeiro caso, do que se trata é apenas do uso de terminologia incorrecta (tão frequente nos despachos de delegação), pois o que na verdade existe é um «recurso hierárquico impróprio» (cfr. art. 163º do CPA); na segunda situação, a qualificação como necessário ou facultativo depende do facto do acto ser ou não insusceptível de recurso contencioso (art. 154º do CPA).

Ora, se o delegante diz que dos actos do delegado «cabe recurso hierárquico» é porque o acto ainda não é susceptível de recurso contencioso e, portanto, o recurso é necessário. Só seria facultativo se o delegante nada dissesse, pois só nessa hipótese é que funciona a regra geral da definitividade dos actos do delegado.

3.5. O recorrente interpôs no mesmo dia (2/5/2000) recurso contencioso para o TA e recurso administrativo para o Conselho de Administração. Este comportamento, só por si, evidencia que considerou erradamente que o acto era definitivo e que o recurso era facultativo.

Terá sido induzido em erro?

Para evitar qualquer engano quanto à recorribilidade dos actos o actual CPA preceitua que a notificação deve conter «a indicação de o acto ser ou não ser susceptível de recurso contencioso» (alínea d) do art. 70º do CPA). No caso concreto, a notificação efectuada do despacho impugnado (fls. 6 e 7 dos autos) apenas diz que se pode «interpor recurso hierárquico», sem dizer se o mesmo é necessário ou facultativo. Se dissesse que era necessário, naturalmente que daí se deduzia desde logo que era insusceptível de recurso contencioso; como não qualificou o recurso, tinha o dever de informar que o despacho não era susceptível de recurso.

Para este caso, a lei tem soluções: o interessado pode lançar mão do mecanismo do artigo 27º nº 2 do CPAC, para ser esclarecido se deve ou não interpor recurso contencioso, ou exercer o seu direito de informação nos termos dos artigos 63º a 65º do CPA.

Mas a falta de comunicação dos elementos indicados no artigo 70º do CPA não afecta a validade do acto. Se era válido, assim continuará a ser: O que acontece é que ele não produzirá efeitos enquanto o interessado não os conhecer na integra (*cf.* CPA de Macau, Anotado e Comentado, pág. 422).

[...]>> (*cf.* o teor das págs. 8 a 25 da sentença recorrida, a fls. 75 a 92 dos autos, e *sic*).

Dest’arte, e sem mais considerações por ociosas, naufraga o recurso jurisdicional *sub judice*, por a decisão de rejeição tomada pelo Mm.º Juiz *a quo* – por falta de definitividade do acto em causa da Senhora Presidente do Conselho de Administração do Fundo de Pensões, como tal sobejamente demonstrada nos termos acima transcritos do texto da sua sentença ora recorrida – do recurso contencioso então interposto pelo ora recorrente dever ser mantida.

É que **em suma**:

– No acto de delegação de poderes a favor da sua Presidente, o Conselho de Administração do Fundo de Pensões de Macau como delegante afirmou peremptoriamente que dos actos praticados no uso da delegação em causa cabia recurso hierárquico, com o que o mesmo Conselho quis dizer que a última vontade da Administração a ele pertence, e, assim, ilidir a presunção de conformidade dos actos daquela à sua vontade e negar antecipadamente definitividade aos actos da mesma;

– Embora no mesmo acto de delegação se tenha referido apenas a “recurso hierárquico”, o que na verdade existe é um “recurso hierárquico

impróprio” de actos praticados pela Presidente do Conselho de Administração para este, posto que não há nenhuma relação hierárquica entre a Presidente como órgão executivo e o Conselho como órgão deliberativo;

– E como no referido acto de delegação o Conselho de Administração disse que dos actos da sua Presidente “cabe recurso hierárquico”, os actos assim praticados (como o Despacho de 24 de Abril de 2000 ora em causa) por essa delegada ainda não são susceptíveis de recurso contencioso, e, portanto, o “recurso hierárquico” é necessário, visto que só seria facultativo se o delegante nada dissesse, pois só nessa hipótese é que funciona a regra geral da definitividade dos actos do delegado;

– Daí se conclui efectivamente pela falta de definitividade do Despacho de 24 de Abril de 2000 da Presidente do Conselho de Administração do Fundo de Pensões, então impugnado contenciosamente pelo ora recorrente no Tribunal Administrativo;

– Aliás, para evitar qualquer engano quanto à recorribilidade dos actos, o actual Código do Procedimento Administrativo (CPA) preceitua, no seu art.º 70.º, al. d), que a notificação deve conter a indicação de o acto ser ou não ser susceptível de recurso contencioso;

– Pelo que se na notificação entretanto efectuada do despacho impugnado ora em questão apenas se diz que se pode “interpor recurso hierárquico”, sem dizer se o mesmo é necessário ou facultativo, o interessado pode lançar mão do mecanismo do art.º 27.º, n.º 2, do Código

de Processo Administrativo Contencioso (CPAC), para ser esclarecido se deve ou não interpor recurso contencioso, ou exercer o seu direito de informação nos termos dos art.ºs 63.º a 65.º do CPA;

– Entretanto, em todo o caso, a falta de comunicação dos elementos indicados no art.º 70.º do CPA não afecta a validade do acto, pois se este era válido, assim continuará a ser, mas ele não produzirá efeitos enquanto o interessado não os conhecer na íntegra.

4. Em harmonia com todo o acima exposto, acordam negar provimento ao recurso jurisdicional.

Custas pelo recorrente, com três UC de taxa de justiça, fixada nos termos do art.º 89.º, n.º 2, do Regime das Custas nos Tribunais.

Macau, 10 de Abril de 2003.

Chan Kuong Seng (relator)

João Augusto Gil de Oliveira

Lai Kin Hong