

Processo nº 944/2012

Data do Acórdão: 03ABR2014

Assuntos:

Audiência prévia

Subsídio de residência

Procedimento de 1º grau

Procedimento de 2º grau

Beneficiários da pensão de sobrevivência

Violação da lei

SUMÁRIO

1. Ao desencadear o procedimento administrativo com vista à obtenção do subsídio de residência, a própria interessada já se pronunciou sobre o invocado direito ao subsídio de residência e sobre em que sentido se deve interpretar, na sua óptica, o normativo ao abrigo do qual reivindica o direito. Assim, a formalidade de audiência prévia não deve ser imposta uma vez que a decisão não foi precedida de instrução. De facto, a Administração limitou-se a decidir o pedido formulado pela recorrente, de acordo com o estatuído na lei e com base somente nos elementos por ela fornecidos, e não em outros elementos obtidos por via de investigação oficiosa. Não constituindo para com a recorrente uma decisão “*surpresa*”, a decisão em crise não padece do vício de forma da falta de audiência prévia;
2. Se o acto recorrido é uma decisão tomada no procedimento de 2º grau, mesmo que, por preterição de audiência prévia, não possa pronunciar-se sobre o objecto do procedimento ou

requerer as diligências complementares que considere pertinentes no procedimento de 1º grau, o particular interessado tem sempre a possibilidade de o fazer no procedimento de 2º grau, isto é, na reclamação, recurso hierárquico e recurso tutelar, dado que ao desencadear tal procedimento de 2º grau e sempre que não existam factos novos capazes de influenciar a decisão final, ao interessado, já inteirado dos fundamentos em que se baseia a decisão tomada no de 1º grau, está sempre assegurada a faculdade de se pronunciar sobre todos os aspectos que ache importantes para sensibilizar o órgão decisor do procedimento de 2º grau;

3. No caso em que está em causa um acto vinculado, a audiência prévia degrada-se em formalidade não essencial;
4. Não estão incluídos no âmbito de aplicação pessoal da Lei nº 2/2011 os beneficiários da pensão de sobrevivência.

O relator

Lai Kin Hong

Processo nº 944/2012

I

Acordam na Secção Cível e Administrativa do Tribunal de Segunda Instância da RAEM

A, devidamente identificada nos autos, vem recorrer do despacho do Senhor Secretário para a Economia e Finanças que, em sede de recurso hierárquico, manteve a decisão da Directora dos Serviços de Finanças que lhe indeferiu o pedido da atribuição do subsídio de residência, requerido ao abrigo do disposto no artº 10º da Lei nº 2/2011, concluindo e pedindo nos termos da petição do recurso a fls.2 a 35 dos p. autos.*

* 1. Por acto do Senhor Secretário para a Economia e Finanças de 12/04/2012, exarado na Informação n.º 440/NAJ/LRB/2012e notificado a coberto do Ofício n.º 245/NAJ/LRB/2012, foi indeferido o abono do subsídio de residência à ora recorrente, que havia sido requerido ao abrigo do artigo 10.º da Lei n.º 2/2011.

2. A recorrente nunca se pronunciou no procedimento de 1.º grau, que culminou com o acto da Senhora Directora dos Serviços que naquele procedimento indeferiu o pedido formulado pela recorrente.

3. A violação do direito de audiência do recorrente imposto pelos artigos 10.º e 93.º e seguintes, todos do CPA, consubstancia vício de forma determinante da invalidade do acto recorrido, conducente à sua anulação.

4. A falta de audiência, naquele procedimento, da APOMAC, organismo representativo dos trabalhadores aposentados e pensionistas, detentora de legitimidade para esse efeito, ao abrigo do n.º 1 do artigo 55.º do CPA, viola o disposto no artigo 10.º do mesmo Código, que adicionalmente assegura a intervenção das Associações que defendam os interesses dos interessados, quando envolvidos em procedimentos administrativos, violação de lei que fere de invalidade o acto recorrido, devendo por isso ser anulado.

5. A dispensa da audiência de interessados prevista no artigo 97.º do CPA exige uma decisão devidamente fundamentada nesse sentido.

6. Não existe no procedimento administrativo qualquer decisão da Senhora Directora da DSF, que dispense a audiência de interessados e respectiva fundamentação, pelo que a decisão da entidade recorrida que sancionou tal actuação ofende a regra do artigo 97.º do CPA, o que consubstancia vício de violação de lei conducente à anulabilidade do acto recorrido.

7. No conceito lato de *pensionista* enquadram-se todos os beneficiários de pensões, de acordo com a finalidade que estas visam - de *aposentação*, de *sobrevivência*, por *preço de sangue* ou por *serviços excepcionais ou relevantes prestados à comunidade*.

8. O termo *pensionista* abrange todos os beneficiários de uma pensão, independentemente das suas modalidades.

9. Pensionista é a pessoa singular que está abrangida pelo regime de aposentação e que adquiriu o direito a uma pensão, seja na qualidade de *titular* da pensão de aposentação ou na de *titular* da pensão de sobrevivência.

10. Os herdeiros hábeis, titulares da pensão de sobrevivência enquadram-se no conceito de pensionista, detendo todos os direitos concedidos a essa qualidade (de pensionista).

11. Não existe no ordenamento jurídico da Região previsão legal que consagre duas modalidades de pensionistas.

12. Não existe no ordenamento jurídico da Região previsão legal que distinga e defina quais os direitos dos pensionistas que recebem uma pensão de aposentação e quais os direitos dos pensionistas que recebem uma pensão de sobrevivência.

13. O acto recorrido, sustentando-se numa distinção sem previsão legal incorre em violação do artigo 10.º da Lei n.º 2/2011, conducente à sua anulação.

14. O acto recorrido sustenta o indeferimento do subsídio previsto na Lei n.º 2/2011 por aplicação da interpretação que era adoptada na vigência do artigo 203.º do ETAPM, norma que se encontra revogada pela identificada Lei de 2011.

15. O acto recorrido decidiu indeferir a atribuição do subsídio de residência também com fundamento na alínea b) do n.º 1 do artigo 1.º do DL n.º 96/99/M.

16. A Lei n.º 2/2011 não contém qualquer ressalva que permita excluir o direito ao subsídio de residência aos pensionistas que transferiram a responsabilidade pelo pagamento da sua pensão para a CGA.

17. A Lei n.º 2/2011 não contém qualquer ressalva que permita excluir o direito ao subsídio

de residência a quem não era anteriormente processado, por errada aplicação da lei anteriormente vigente.

18. A entidade recorrida indeferiu a atribuição do subsídio de residência com fundamento no DL 96/99/M, diploma que em Macau, em conjunto com o DL 14/94/M e DL 38/95/M, executavam o DL n.º 357/93, de 14 de Outubro, que definiu várias componentes para o denominado processo de integração, para aferir dos requisitos de acesso a um direito previsto em legislação da RAEM - a Lei n.º 2/2011.

19. A faculdade de transferir a responsabilidade do pagamento das pensões para a CGA para aqueles que exerceram funções na administração pública do Território de Macau e se aposentaram antes de 19 de Dezembro de 1999, decorreu do Ponto VI do Anexo I da Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a Questão de Macau, assinado em Pequim em 13/04/1987.

20. Na Declaração Conjunta a Parte Chinesa só se responsabiliza pelo pagamento das pensões de aposentação e de sobrevivência dos trabalhadores da administração pública que se aposentassem depois de 19 de Dezembro de 1999.

21. A Parte Portuguesa assegurou o pagamento das pensões aos aposentados de Macau até 19/12/1999 pelo DL n.º 357/93, de 14 de Outubro, com a consequente regulamentação no Território de Macau, através do DL n.º 14/94/M, do DL n.º 38/95/M e do DL n.º 96/99/M.

22. Havendo aposentados que transferiram o pagamento das pensões para a CGA que permaneceram em Macau, o DL n.º 38/95/M e o DL n.º 96/99/M concede-lhes o direito ao subsídio de residência.

23. Transferiu-se a responsabilidade pelo pagamento de pensões de pessoas que permaneceram como aposentados de Macau após 20 de Dezembro de 1999, com todos os direitos inerentes a essa condição, salientando-se o acesso a assistência médica e medicamentosa: os cuidados de saúde.

24. Foi regulada a forma de pagamento das suas contribuições para efeitos de acesso aos cuidados de saúde, nos termos do regime geral em vigor à data da transferência da pensão de aposentação para a CGA, a efectuar directamente junto dos Serviços de Saúde de Macau, por iniciativa de cada um dos interessados

25. Situação que ainda hoje se mantém para todos os aposentados, independentemente de terem ou não transferido a responsabilidade pelo pagamento das suas pensões para a CGA e independentemente da modalidade de pensão que auferem.

26. Mesmo que a recorrente não estivesse abrangida pelo direito ao subsídio de residência previsto naqueles diplomas, a aferição dos pressupostos de acesso a esse mesmo direito definido, *ex novo*, na Lei n.º 2/2011, só pode ser feita com base na previsão do artigo 10.º desta Lei, única lei vigente na matéria no ordenamento jurídico da RAEM.

27. O acto recorrido, aferindo dos pressupostos ao subsídio requerido com base no artigo 203.º do ETAPM e no DL n.º 96/99/M, incorre em violação do artigo 10.º da Lei n.º 2/2011, vício que o invalida.

28. Os SAFP emitiram Parecer, em Fevereiro de 2002, afirmando que são aposentados de Macau, para todos os efeitos legais segundo o regime jurídico fixado pelas normas legais aplicáveis, aqueles que transferiram a responsabilidade do pagamento das suas pensões para a CGA.

29. Os SAFP emitiram um Parecer, em Maio de 2011, afirmando que o pessoal abrangido pelo DL n.º 96/99/M continua a beneficiar do regime de residência previsto na Lei n.º 2/2011, desde que não esteja abrangido por nenhuma das situações indicadas no n.º 2 do seu artigo 10.º.

30. Não existe qualquer obrigação de continuidade no acesso ao subsídio de residência a coberto do artigo 203.º do ETAPM nem da legislação de 1994,1995,1999 e 2011.

Nestes termos e nos mais de Direito que V. Ex.^a entendam por bem suprir, se requer a anulação do acto do Senhor Secretário para a Economia e Finanças, datado de 12 de Abril de 2012 que indeferiu à ora recorrente a atribuição do subsídio de residência, nos termos consentidos pelo artigo 10.º da Lei n.º 2/2011, pedido que se fundamenta, de acordo com o artigo 21.º do CPAC:

a) em vício de violação de lei do artigo 97.º do CPA e em vício de forma por preterição da audiência do interessado, imposta pelo artigo 93.º do mesmo Código;

b) em vício de violação de lei por ofensa ao artigo 10.º da Lei n.º 2/2011;

c) em vício de violação de lei na vertente de erro sobre os pressupostos de facto e de direito, na medida em que os diplomas em que se sustentou a decisão recorrida não impunham que o direito ao subsídio de residência se encontrasse constituído na esfera jurídica do recorrente à data da entrada em vigor da Lei n.º 2/2011, nem este diploma exige qualquer outro requisito que não os previstos no seu artigo 10.º.

Citado, vem o Senhor Secretário para a Economia e Finanças a contestar pugnando pela improcedência do recurso.

Não havendo lugar à produção de provas, foram a recorrente e a entidade recorrida notificadas para apresentar alegações facultativas.

Nas alegações facultativas apresentadas, foram *grosso modo* reiterados os mesmos fundamentos já deduzidos na petição do recurso e na contestação.

Em sede da vista final, o Dign^o Magistrado do Ministério Público opinou no seu douto parecer que o recurso não merecia provimento.

Foram colhidos os vistos, cumpre conhecer.

II

Antes de mais, é de salientar a doutrina do saudoso PROFESSOR JOSÉ ALBERTO DOS REIS de que “*quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão*” (in *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO*, Volume V – Artigos 658.º a 720.º (Reimpressão), Coimbra Editora, 1984, pág. 143).

Assim, de acordo com o alegado no petitório do recurso, as questões que constituem o objecto do presente recurso são a da preterição da audiência prévia e a do vício da violação da lei do acto recorrido.

Alega a recorrente que nunca ela própria nem a associação que defende os interesses dos aposentados, participou no procedimento de 1º grau e que nem existe nesse procedimento qualquer decisão da Directora dos Serviços de Finanças que dispensa a audiência, pelo que foi violado o seu direito de audiência imposto pelos artºs 10º e 93º e s.s. do CPA.

Trata-se o invocado de um alegado vício da preterição de audiência dos interessados, situado no chamado procedimento administrativo decisório de 1º grau, pelo que deve conhecer-se em primeiro lugar que os outros vícios alegadamente verificados atinentes à legalidade substancial do despacho recorrido.

Apreciemos.

Preterição da audiência prévia

Ora, por força do princípio da participação consagrado no artº 10º do CPA, os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objecto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes disseram respeito, designadamente através da respectiva audiência.

Concretizando este princípio, dispõe o artº 93º do CPA que *“concluída a instrução, os interessados têm o direito de ser ouvido no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informado, nomeadamente, sobre o sentido provável desta”*.

Trata-se de um direito legalmente conferido aos particulares à participação constitutiva na formação das decisões que lhes dizem respeito, ao qual corresponde o dever da Administração de proporcionar aos particulares a possibilidade de se pronunciarem

sobre o objecto do procedimento e associá-los à tarefa de preparar a decisão final.

Todavia, tal como sucede com a maioria dos princípios, senão com todos, por mais sagrados sejam, comportam excepções.

O princípio da participação não pode fugir a esta regra.

Na verdade, a própria lei estabelece dois grupos de excepções ao princípio da participação retirando aos particulares o seu direito à audiência prévia, quais são o grupo das circunstâncias determinantes da inexistência de audiência dos interessados e o das da dispensa de audiência dos interessados, previstas nos artºs 96º e 97º do CPA.

Dispõem estes dois artigos:

Artigo 96.º (Inexistência de audiência dos interessados)

Não há lugar a audiência dos interessados:

- a) Quando a decisão seja urgente;*
- b) Quando seja razoavelmente de prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade da decisão;*
- c) Quando o número de interessados a ouvir seja de tal forma elevado que a audiência se torne impraticável, devendo nesse caso proceder-se a consulta pública, quando possível, pela forma mais adequada.*

Artigo 97.º (Dispensa de audiência dos interessados)

O órgão instrutor pode dispensar a audiência dos interessados nos seguintes casos:

- a) Se os interessados já se tiverem pronunciado no procedimento sobre as questões que importem à decisão e*

sobre as provas produzidas;

b) Se os elementos constantes do procedimento conduzirem a uma decisão favorável aos interessados.

In casu, o procedimento administrativo iniciou-se com o pedido da atribuição do subsídio de residência.

Portanto, foi a ora recorrente quem formulou o pedido de atribuição do subsídio de residência ao abrigo do disposto no artº 10º da Lei nº 2/2011.

Ao desencadear o procedimento administrativo com vista à obtenção do subsídio de residência, a própria interessada já se pronunciou sobre o invocado direito ao subsídio de residência e sobre em que sentido se deve interpretar, na sua óptica, o normativo ao abrigo do qual reivindica o direito.

Assim, a tal formalidade de audiência prévia não deve ser imposta uma vez que a decisão não foi precedida de instrução.

De facto, a Administração limitou-se neste caso concreto a decidir o pedido formulado pela recorrente, de acordo com o estatuído na lei e com base somente nos elementos por ela fornecidos, e não em outros elementos obtidos por via de investigação oficiosa.

Não constituindo para com a recorrente uma decisão “*surpresa*”, a decisão em crise não padece do vício de forma da falta de audiência prévia.

Pelo que, não conduz à preterição da audiência prévia a circunstância de *in casu* a recorrente não ter sido ouvida, no procedimento administrativo de 1º grau que mediou entre o seu requerimento e a decisão da Senhora Directora dos Serviços de Finanças, mas sim integra justamente na situação de dispensa de

audiência dos interessados, tipificada no acima citado artº 97º/-a) do CPA.

Por outro lado, vimos que a recorrente reagiu contra não só a não audiência, como também a falta de uma decisão fundamentada no procedimento administrativo da Senhora Directora dos Serviços de Finanças que determinou a dispensa da audiência.

Admitimos que seria sempre louvável um despacho fundamentado para o efeito.

Só que face ao disposto no artº 97º do CPA, tal despacho não é imposto como formalidade essencial.

Compreende-se perfeitamente porquê é que a lei não impõe a obrigatoriedade de tal despacho, pois se é sindicável, quer por via graciosa quer por via contenciosa, a legalidade do próprio *non facere* da audiência prévia, não há necessidade nem faz sentido autonomizar a sindicância daquele despacho, prévio à não audiência, que no fundo não é mais do que uma formalidade, não essencial à protecção do bem jurídico que a audiência prévia visa tutelar, quanto muito um acto meramente explicativo de um *non facere*, e portanto carece sempre da dignidade de ser autonomamente sindicado.

Assim sendo, a simples circunstância de inexistir um despacho que determinou a dispensa da audiência não constitui omissão de formalidade essencial nem qualquer situação de inobservância de normativos de natureza procedimental.

Em relação à alegada não audiência da Associação dos Aposentados, Reformados e Pensionistas de Macau (APOMAC), o nosso ponto de vista coincide com a óptica do Ministério Público expressa em sede de parecer final, isto é, a Administração limitou-se a decidir um pedido individualmente formulado pela

recorrente e não a decidir em relação a um certo grupo de interessados.

Portanto não há lugar à audição da Associação.

Quod abundat non nocet, mesmo que não se entenda assim, a hipotética inobservância ficou já sanada uma vez que o acto recorrido é o despacho do Senhor Secretário para a Economia e Finanças que julgou improcedente o recurso hierárquico interposto da decisão tomada no procedimento de 1º grau pela Senhora Directora dos Serviços de Finanças.

Pois, como se sabe, mesmo que, por preterição de audiência prévia, não possa pronunciar-se sobre o objecto do procedimento ou requerer as diligências complementares que considere pertinentes no procedimento de 1º grau, o particular interessado tem sempre a possibilidade de o fazer no procedimento de 2º grau, isto é, na reclamação, recurso hierárquico e recurso tutelar, dado que ao desencadear tal procedimento de 2º grau e sempre que não existam factos novos capazes de influenciar a decisão final, ao interessado, já inteirado dos fundamentos em que se baseia a decisão tomada no de 1º grau, está sempre assegurada a faculdade de se pronunciar sobre todos os aspectos que ache importantes para sensibilizar o órgão decisor do procedimento de 2º grau.

Ex abundantia, conforme iremos demonstrar *infra*, por força do princípio do aproveitamento do acto em nome do aforismo *utile per inutile non vitiatur*, a alegada preterição de audiência prévia no caso *sub judice* nunca conduz à anulação do acto recorrido, pois aqui estamos perante um acto vinculado e a audiência prévia degrada-se em formalidade não essencial.

Assim, por qualquer das razões apontadas *supra*, improcede

sempre o invocado vício de forma por preterição de audiência prévia.

Passemos então à questão de saber se a recorrente merece a atribuição do subsídio de residência.

Vício da violação da lei

Ora, todo o raciocínio da recorrente explanado no petítório do recurso reiterado nas alegações facultativas está orientado pelo objectivo de procurar convencer o Tribunal de que na matéria da titularidade do direito ao subsídio de residência, não há tratamento diferenciado em relação a todos os beneficiários de uma pensão de aposentação, de sobrevivência, por preço de sangue ou por serviços excepcionais ou relevantes prestados à comunidade e que a circunstância de o interessado, ele próprio ou o seu cônjuge falecido, ter transferido a responsabilidade pelo pagamento da sua pensão para a Caixa Geral de Aposentações de Portugal nunca é impeditiva da atribuição do subsídio, uma vez que face ao disposto no artº 10º da Lei nº 2/2011, aquela circunstância não é um dos requisitos negativos para o efeito da atribuição do subsídio de residência.

Então apreciemos.

A matéria do subsídio de residência encontrava-se regulada no artºs 203º e 204º do ETAPM que foram revogados pela Lei nº 2/2011 que introduziu algumas novidades no regime do mesmo subsídio.

Todavia, analisados os concernentes normativos do ETAPM e da Lei de 2011, verifica-se que, ao contrário do que defende a recorrente, nem o ETAPM nem a lei nº 2/2011 conferiu aos beneficiários da pensão de sobrevivência, enquanto cônjuges

sobrevivos de funcionários, activos ou aposentados, o direito ao subsídio de residência.

Na matéria de subsídio de residência, o ETAPM delimita o âmbito da aplicação pessoal no seu artº 203º/1 estatuinto que *“os funcionários e agentes em efectividade de funções, desligados do serviço para efeitos de aposentação ou aposentados, que residam em Macau e recebam, total ou parcialmente, vencimento, salário ou pensão por conta do Território, têm direito a um subsídio de residência”*.

Ao passo que a lei nº 2/2011 define o âmbito de aplicação pessoal nos seus artºs 1º/1 e 10º, à luz dos quais *“a presente lei regula o regime do prémio de antiguidade e dos subsídios de residência e de família dos trabalhadores dos serviços públicos da Região Administrativa Especial de Macau”* e *“os trabalhadores dos serviços públicos que se encontrem em efectividade de funções ou desligados do serviço para efeitos de aposentação, bem como os aposentados, incluindo os magistrados aposentados, têm direito a um subsídio mensal de residência, nos termos previstos na presente lei, ainda que existam entre eles relações de parentesco e residam na mesma moradia.”*

Ora, a recorrente começou por defender que não havendo distinção entre os beneficiários da pensão de aposentação e os da pensão de sobrevivência, estes últimos têm direito ao subsídio de residência, quer antes quer depois de entrada em vigor da Lei nº 2/2011.

No entanto, tal como resulta claramente dos normativos acima transcritos, essa afirmação carece de fundamentação legal.

Pois em lado algum a lei atribui o tal subsídio aos beneficiários da pensão de sobrevivência.

Confrontando os normativos, na matéria do subsídio de residência, do ETAPM com os da Lei nº 2/2011, verifica-se que o nosso legislador de 2011 apenas deixou de exigir como requisitos para a atribuição do subsídio que o interessado não tenha casa própria, não sujeita a encargos de amortização e que tenha residência efectiva em Macau, e não também atribuir ou fazer estender *ex novo* o direito aos beneficiários da pensão de sobrevivência, tal como assim defende a recorrente a título subsidiário.

Assim, à recorrente, na veste da beneficiária da pensão de sobrevivência, a lei nunca atribuiu, enquanto direito próprio, o subsídio de residência.

Quod abundat non nocet, mesmo enquanto direito “*derivado*”, “*transmitido*” ou “*estendido*” do seu cônjuge falecido que auferiu o subsídio de residência antes do estabelecimento da RAEM, à ora recorrente também não deve ser conferido o direito ao subsídio de residência, pois dadas as razões já exaustivamente expostas em vários Acórdãos* recentemente tirados neste TSI, nem o seu cônjuge falecido tinha direito ao tal subsídio após o estabelecimento da RAEM.

Portanto, a ora recorrente não pode *a fortiori* auferir o subsídio de residência a que nem o seu cônjuge falecido tinha direito.

Em síntese, face ao disposto nos artºs 1º e 10º da Lei nº 2/2011, a recorrente não se encontra abrangida no âmbito da sua aplicação pessoal.

Pelo exposto, fica prejudicado o conhecimento dos outros vícios entretanto invocados pela recorrente e é de improceder *in totum* o

* Acórdãos nºs 311/2012, 332/2012, 343/2012, 347/2012, 348/2012, 350/2012, 356/2012 de 27MAR2014.

recurso.

E sem necessidade mais delongas, resta decidir.

III

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam em conferência negar provimento ao recurso.

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

Notifique.

RAEM, 03ABR2014

Lai Kin Hong
João A. G. Gil de Oliveira
Ho Wai Neng

Presente
Victor Manuel Carvalho Coelho