

Recurso n° 775/2007

Recorrente: A

Decisão recorrida: Despacho que rejeitou o recurso contencioso do TA

***A*cordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:**

A, casado, inspector Coordenador aposentado, interpôs recurso contencioso de anulação contra o acto do Sr. Director de Inspeção e Coordenação de Jogos, que lhe indeferido o pedido de regularização da situação como inspector coordenador a partir de 30 de Junho de 2006 no sentido de usufruir os mesmos direitos como todos os seus colegas no que respeita aos subsídios de turno, de chefia e de deslocações, pedindo a anulação do acto.

Citou a entidade recorrida, esta contestou nos seus precisos termos constantes das fls. 21-25.

Por sentença de fls. 30 e verso, o Mm° Juiz rejeitou o recurso contencioso, tendo julgado procedente a excepção da irrecorribilidade do acto suscitado pelo Ministério Público.

Com esta decisão não conformou, o recorrente do contencioso recorreu para esta instância alegando para concluir nos seus precisos

termos constantes das fls. 34 a 37 e 44 a 45.

Ao recurso não respondeu a entidade recorrida.

Nesta Instância, o Digno Magistrado do Ministério Público apresentou o seu douto parecer pugnando pela não provimento ao recurso nos seguintes termos:

“Ao interpor o recurso directo do acto do Director da Direcção da Inspeção e Coordenação de Jogos, agiu o recorrente de acordo com os precisos termos da notificação que lhe foi efectuada (cfr fls 8), a qual, a tal propósito, é exemplar na sua expressão.

Não se quer com isto referir, como é evidente, que, eventualmente, com tal tipo de notificação, a entidade recorrida não tenha errado, sendo que, nesse caso, de todo o modo, essa errada notificação não teria a virtualidade de “transformar” em correcta aquele incorrecto meio de reacção anunciado.

A pretensão do recorrente prende-se com a regularização da sua situação “...como inspector coordenador a partir de 30/6/2006, no sentido de usufruir os mesmos direitos como todos os seus colegas no que respeita aos subsídios de turno, de chefia e de deslocações”, tratando-se, pois, de matéria atinente ao regime do pessoal da DICJ a qual, nos precisos termos do nº 1 do nº 1 do artº 14º do R.A. 34/2003 é estabelecido no regime jurídico da função pública e demais legislação aplicável.

O Mmo Juíz “a quo”, na esteira do, aliás, assumido “embora com hesitação” pelo Exmo colega junto do T.A., entendeu que a competência do autor do acto para “fixar o início e o termo dos turnos aprovados, bem como estabelecer as respectivas escalas”, nos termos do nº 8 do artº 201º ATAPM não é exclusiva nem reservada “pois não existe qualquer diploma legal que estabelece nesse sentido”, razão por que, detendo o superior hierárquico – Secretário para a Economia e Finanças – também competência para o efeito, o acto em causa não é definitivo e, como tal, está sujeito à “impugnação administrativa necessária”.

Creemos que terá razão.

De acordo com o previsto no artº 153º, CPA, “Podem ser objecto de recurso hierárquico todos os actos administrativos praticados por órgãos sujeitos aos poderes hierárquicos de outros órgãos, desde que a lei não exclua tal possibilidade”, sendo certo que, no caso, se não descortina tal exclusão legal.

Tal, porém, apenas significa que, de facto, o recorrente sempre poderia, se o quisesse, interpor recurso hierárquico.

O problema reside em saber se esse recurso hierárquico se apresenta como necessário ou facultativo.

Da forma como o problema está equacionado, questões (aliás, absolutamente interligadas) que importará, desde logo, delucidar serão as de saber

- se a competência do director da DICJ para a prática do acto ora em questão, contemplada no artº 4º, nº 1 do R.A. 34/2003 é separada ou reservada ;

- se o recurso contencioso desse acto está ou não condicionado pela interposição de recurso hierárquico, e
- se o acto recorrido é ou não definitivo, ou, numa formulação mais actual, se é ou não lesivo.

Para determinarmos se aquele acto, praticado por subalterno, é ou não actual e imediatamente lesivo, teremos de aferir, com rigor, com que tipo de competência o mesmo actuou : se simultânea ou própria e, dentro desta, se separada ou reservada (exclusiva).

No primeiro caso (simultânea) a competência dispositiva pertence tanto ao superior como ao subalterno, pelo que o recurso a interpor será naturalmente o recurso hierárquico necessário ;

- na competência separada, o subalterno é competente para praticar o acto substancialmente lesivo, mas dele cabe também recurso hierárquico necessário ;

- finalmente, na competência reservada ou exclusiva, o subalterno é, por lei, competente para praticar actos imediatamente lesivos, deles cabendo, por isso, recurso contencioso directo e recurso hierárquico facultativo.

Tal “jogo” é ditado pela conjugação das normas de competência com as normas de reacção.

Se uma norma atribui ao subalterno o poder de decidir sobre determinada matéria, mas uma outra disser que dessa decisão cabe recurso hierárquico necessário, é evidente que a lesão causada pelo acto por aquele praticado é meramente potencial ou virtual, pois que enquanto aquele recurso não for interposto, não há recurso contencioso.

Mas, se uma norma atribuir competência ao subalterno e uma norma de reacção dispuser que da decisão há recurso contencioso directo, recurso hierárquico facultativo ou recurso hierárquico necessário com efeito não suspensivo da eficácia do acto (artº 28º, nº 2, CPAC), então essa lesão é actual e directa, podendo desde logo deduzir-se recurso contencioso.

Questão mais complexa põe-se quando, como é o caso, se atribui competência dispositiva apenas ao subalterno, nada dizendo quanto aos modos de impugnação de decisão tomada no exercício dessa competência.

Será que nesse caso a competência do subalterno é exclusiva, ou o superior continua a ter competência dispositiva idêntica à daquele?

Pode afirmar-se, com toda a segurança, que a doutrina, jurisprudência e o próprio direito portugueses têm seguido esta última posição : a regra geral é a de que, nestes casos, a competência do subalterno é separada e não uma competência reservada ou exclusiva,

.Esta é excepcional, só existindo quando uma disposição legal concreta e inequívoca a confira ao subalterno.

E, não temos dúvidas em afirmar que esta orientação tradicional portuguesa continua a vigorar no direito administrativo de Macau, bastando, para tanto, atentar quer no teor de dispositivos legais relevantes (cfr, a título de exemplo, os artºs 153º, 154º, 131º e 161º do C.P.A.), quer no facto de a orientação do legislador, antes e após a implementação da RAEM, ser no sentido de limitar ou mitigar a desconcentração administrativa, o que corresponde a um decréscimo da competência do subalterno e um robustecimento do controle do superior.

Desta forma, a decisão em crise, tomada ao abrigo do disposto no artº 4º, nº 1 do R.A. 34/2003, no âmbito de competência própria, mas não reservada ou exclusiva, é, como tal, carente de definitividade vertical, não constituindo a última palavra da Administração, pelo que a lesão por ela causada é meramente potencial ou virtual, impondo-se, pois, recurso hierárquico necessário para o superior, não cabendo recurso contencioso directo.

Poder-se-à colocar, finalmente, a questão da errada menção na notificação da via de reacção a utilizar.

Perante esse informe terá, quiçá, o recorrente deixado decorrer o prazo para o necessário recurso hierárquico, com a formação de caso decidido ou resolvido.

Porém, tal, podendo implicar responsabilidade por parte da Administração relativamente aos prejuízos eventualmente decorrentes da errónea informação prestada, não tem, contudo, como no início se frisou, a virtualidade de transformar em correcto aquele incorrecto meio de reacção, como não contenderá quer com a validade, quer com a eficácia do acto.

Razões por que entendemos não merecer provimento o presente recurso.”

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos legais.

Consideram-se assentes os seguintes elementos fácticos pertinentes para a decisão:

- O recorrente, a partir de 1 de Janeiro de 2006, depois de ter completado 36 anos de serviço, nos termos da informação n° 76/DIJF/05, datada de 15/12/2005, cessou as suas funções de chefia funcional, ou seja, de inspector coordenador, e passou a desempenhar as suas funções de inspector especialista, 3° Escalão, na sede da DICJ.

- Passou-se assim o recorrente a desempenhar as suas funções, de acordo com o horário normal da função pública (no período da manhã, de segunda-feira das 9:00 às 13:00, no período da tarde das 14:30 às 17:45 horas, com excepção da sexta-feira que termina às 17:30, ao abrigo do despacho n° 21/GM/95.

- A partir de 1 de Janeiro de 2006, por determinação do seu superior hierárquico, foram-lhe confiadas as tarefas de elaboração das escalas, tratamento de expediente, formação de inspectores.

- Em Abril de 2006, nos dias 15, 22, 29 e 30, o recorrente, por razão de necessidade e urgência de serviço, e fora do período normal do trabalho, prestou trabalho extraordinário, substituindo o inspector coordenador João Madeira, que faltou o dia 15 a título de antecipação de férias e os restantes por falecimento de familiar, tendo o recorrente no dia 22 prestado funções no âmbito do estágio dos novos inspectores de contagem, tendo recebido a respectiva compensação a título de horas extraordinárias, nos termos do artigo 194° do ETAPM.

- Em Maio de 2006, o recorrente, dada a necessidade permanente de substituir o inspector coordenador **B**, ausente por falecimento de

familiar nos termos legais, e dado que outro inspector entrou de licença especial, foi solicitado que deixasse de prestar serviço na sede e substituísse os inspectores coordenadores na escala de serviço, desempenhando assim, nestes dias, o seu trabalho em regime de turnos.

- Ao recorrente foi comunicado que as substituições dos inspectores coordenadores nestes termos, não em regime de trabalho extraordinário mas sim regime de substituição integrada em trabalho de turnos.

- No período entre 30 de Julho e 25 de Dezembro de 2006, foi novamente solicitado ao recorrente a mesma substituição.

- Por requerimento de 29 de Dezembro de 2006, o recorrente pediu o recebimento de subsídio de turno, de chefia e de deslocações, a partir de 30 de Junho de 2006.

- Por despacho do Sr. Director dos Serviços, de 16 de Março de 2007, com base na informação do sr. Chefe de Departamento de IJFA, indeferiu o pedido do recorrente, tendo comunicação, no termo de notificação, que teria direito de recurso contencioso do despacho comunicado, nos termos gerais do CPAC.

- Com o requerimento inicial de 30 de Abril de 2007, o recorrente deu entrada no Tribunal Administrativo o recurso contencioso.

- Por seguinte despacho do Mm^o Juiz do TA foi o recurso rejeitado:

“O M^o P^o suscitou a excepção da irrecorribilidade do acto, por não ser um acto definitivo, nem de execução imediata.

Devidamente notificadas, as partes nada pronunciaram.

Cumpra agora decidir.

A Direcção de Inspeção e Coordenação de Jogos, segundo a sua lei orgânica (Regulamento Administrativo nº 34/2003) é um serviço de apoio e assistência ao Chefe Executivo na definição e execução da política económica nos domínios da indústria da exploração de jogos de fortuna ou azar.

Trata-se de um serviço simples, sem autonomias administrativa, financeira e patrimonial.

Nos termos do nº 8 do artº 201º do ETAFP, como dirigente do serviço, o seu Director tem competência para fixar o início e o termo dos turnos aprovados, bem como estabelecer as respectivas escalas.

No entanto, não se trata duma competência exclusiva nem reservada, pois não existe qualquer diploma legal que a estabelece neste sentido.

Ou seja, o superior hierárquico do Director, Sr. Secretário para Economia e Finanças, também tem competência para o efeito.

Nesta conformidade, conclui-se que o acto recorrido não é um acto administrativo definitivo, por não ser última palavra da Administração, pelo que está sujeito à impugnação administrativa necessária.

Não existe qualquer normal legal ou decisão administrativa que determina a execução imediata do acto recorrido.

Assim, nos termos e fundamentos acima expostos, o Tribunal julga procedente a excepção da irrecorribilidade do acto suscitada pelo

M^o P^o, e conseqüentemente rejeita, ao abrigo do disposto do art^o 28^o do CPAC, o presente recurso contencioso.

Custas pelo recorrente, com taxa de Justiça de 3UC.

Notifique e registre.”

Conhecendo.

Compulsados os articulados do presente recurso jurisdictional, veio o recorrente delimitar o seu objecto do recurso nos seguintes termos:

- A entidade recorrida, aquando da notificação do acto, referiu expressamente que o acto em causa era passível de recurso hierárquico facultativo ... e recurso contencioso

- perante este quadro, parece que o Tribunal incorreu em *error juris* porquanto o que se pediu nessa sede foi a anulação do acto recorrido por este estar inquinado pelo vício de forma e não sobre a competência do Director ..., pelo que, o Tribunal *a quo* julgou *ultra petita*, proferindo sentença sobre matéria não suscitada pelas partes, nos termos dos artigos 563^o e 564^o do CPC.

Conforme este motivação do recurso, o que cabe decidir não é mais do que apreciar se o tribunal pode apreciar a questão de competência do Sr. Director ora em causa, sem se preocupar com a questão de saber se está correcto o decidido pela sentença recorrida.

Como é óbvio, não tem razão o recorrente.

O Tribunal *a quo*, de facto, não julgou oficiosamente a questão de “competência do Director”, mas sim julgou-a por virtude do parecer inicial do Ministério Público em que suscitou, no âmbito do artigo 58º do CPAC, a excepção de irrecorribilidade do acto. Tendo o Tribunal dado às partes para pronunciarem, não houve nenhuma resposta.

Afigura-se absolutamente lícito o conhecimento da questão suscitada pelo Mº Pº nos termos do artigo 61º do CPAC. Pelo que não se percebe em que termos é que o tribunal julgou *ultra petita*.

Improcede o recurso.

Mesmo que caiba este Tribunal apreciar a questão da correcção da decisão, que nos parece não ter sido colocada, subscrevemos o douto parecer do Ministério Público, no específico, e decide-se improcedente o recurso.

Pelo exposto acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso interposto por **A**, mantendo a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente.

Macau, RAE, aos 16 de Dezembro de 2008

Choi Mou Pan

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong