

Recurso nº 385/2008

Data : 9 de Dezembro de 2010

- Assuntos: - Habitação económica
- Exclusão
- Alteração da situação
- Separação de poderes

Sumário

1. O agregado familiar admitido na lista geral do concurso à “habitação económica” que se encontra alterado a sua situação da candidatura pelo facto de um membro ter adquirido nova fracção e não informou deste facto à Administração poderia sofrer a sanção prevista no artigo 27º nº 6 do D.L. 13/95/M, com o pressuposto de apuramento dos factos, nomeadamente da culpa do candidato.
2. A entidade recorrida que autos de recorrer a este meio procedimental, recorreu à razão da exclusão preliminar, incorreu em erro nos pressupostos de direito.

3. Ao abrigo do princípio da separação dos poderes, no contencioso vigora o regime de cassação, não podendo o Tribunal tomar uma nova decisão em substituição do acto anulado.

O Relator,

Choi Mou Pan

Recurso nº 385/2008

Recorrente: Presidente do Instituto de Habitação (房屋局副局長)

Recorrido: A

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M. :

“A, identificado detalhadamente nos autos, vem interpor a este Tribunal o recurso contencioso contra a decisão que excluiu o recorrente da lista provisória do concurso das habitações económicas, tomada pelo Vice-Presidente do Instituto de Habitação, solicitando que seja anulada a respectiva decisão, devido à aplicação incorrecta da lei e ao incumprimento do disposto no art.º 113º, nº 1, al. b) do Código do Procedimento Administrativo pela entidade recorrida.

O Tribunal Administrativo decidiu finalmente nos seguinte termos:

Na altura da dedução do requerimento, os dados dos agregados familiares preenchidos pelo recorrente no boletim de inscrição são todos

verdadeiros, só que, posteriormente, um dos elementos do agregado (a irmã mais velha do recorrente) comprou uma fracção privada e o recorrente não tomou iniciativa em comunicar os referidos factos ao Instituto de Habitação.

A lei vem expressamente definida que quando de um agregado classificado no concurso se retirarem ou acrescentarem elementos, que não o representante do agregado ou seu cônjuge, o novo agregado é reordenado na lista do concurso, caso a nova pontuação seja inferior à inicial (vide o n.º 1 do art.º 16º do Decreto-Lei n.º 26/95/M).

Pelos expostos, a decisão da exclusão da candidatura para o concurso proferida pela entidade recorrida é inexacta.

Embora o recorrente deva tomar iniciativa em comunicar ao Instituto de Habitação que a sua irmã mais velha comprou uma fracção privada, o que não tinha feito, os legisladores não consideraram que esta omissão serviu duma razão para a exclusão da candidatura para o concurso.

Nestes termos, julga-se procedente o recurso interposto pelo recorrente e anula o acto recorrido.

Com esta decisão não conformou, recorreu o Instituto da Habitação, degando para concluir que:

1. Em conformidade com a finalidade do Decreto-Lei n.º 13/93/M, e nos termos do art.º 4º (Condições de acesso à habitação) e do art.º 18º (Controlo sobre a venda das habitações), estando expressamente disposto na lei que o

acesso à habitação não depende apenas de que, na altura da apresentação do requerimento, o requerente reúna os requisitos exigidos para a sua candidatura, mas sim, o requerente tenha de reunir os respectivos requisitos em todas as fases da formalidade, senão não seria distribuída a habitação. Mais, estando ainda expressamente disposto na lei que o requerente pode tornar-se candidato, caso ter inscrito para o concurso, e for admitido e ordenado na lista do concurso por ter reunido os requisitos exigidos para a sua candidatura, mas, se houver alterações na situação do candidato e suscita que o mesmo não está em condições de acesso à habitação, sendo esta ocasião considerada também pelos legisladores como motivo da exclusão do concurso. (vide a al. b) do art. 8º do Decreto-Lei n.º 26/95/M)

2. A lei compete à entidade recorrente para proceder ao controlo sobre a venda das habitações, deste modo, esta entidade deve garantir que as habitações serão distribuídas às pessoas que reúnem as condições de acesso à habitação, senão causaria contradição com o espírito da lei em questão.

Nestes termos, solicita-se ao MM.º Juiz que seja admitido o presente recurso, julgue procedente o fundamento invocado pela entidade recorrente e declare a anulação da sentença a quo.

Nesta Instância, o Digno Magistrado do Ministério Público apresentou o seu douto Parecer que se transcreva seguidamente:

Perante a factualidade que se encontra claramente expressa no relatório da sentença submetida a escrutínio, entendeu o Mmo Juíz “a quo” anular o acto por entender ter-se procedido no mesmo a aplicação incorrecta da lei, já que, perante a situação, se optou pela exclusão do candidato, à luz do disposto na al b) do n.º 1 do artº 8º do Dec Lei 26/95/M, quando, face à alteração superveniente do respectivo agregado familiar, o normativo aplicável apenas poderia ser o de reordenamento da lista do concurso (registando-se pontuação inferior à inicial), conforme o preceituado no artº 16º do diploma legal referido.

Cremos não ser a decisão mais acertada.

É um facto que, nos termos do artº 7º, n.º 2 desse diploma e tal como o M.P. acentua no seu parecer na 1ª instância, os requisitos legalmente previstos para acesso ao concurso em questão deverão estar preenchidos até ao termo do prazo para apresentação das candidaturas, sendo também certo que, face a eventual alteração da composição do agregado e caso a nova pontuação seja inferior à inicial, se deverá proceder à reordenação da lista do concurso.

No caso, aparentemente, até esse prazo, o recorrido preenchia os requisitos de acesso ao concurso em causa, nada indicando que não fosse verdadeiro o declarado quanto à composição do agregado.

Neste sentido, afigura-se-nos correcto que, como entendido pelo tribunal “a quo”, se não pudesse ter sancionado o mesmo com a exclusão da lista, à luz do artº 8º, al b), já assinalado.

Simplemente, do que se tratou não foi de pura alteração da composição do agregado a merecer (como parece decorrer da dita sentença ora em apreço) uma mera reordenação da lista do concurso.

Em primeiro lugar, não se tratou apenas da alteração do agregado, mas da criação de situação (com a compra de apartamento por parte de um dos elementos desse agregado) que, configuraria, para todos os efeitos, a existência de falta de requisitos para o concurso e, em segundo lugar, essa situação não foi, como devia, comunicada pelo recorrido à Administração.

Serve isto por dizer que, por um lado, mal se compreenderia, em qualquer situação, que, perante aquela falta de comunicação, a “sanção” para o prevaricador se resumisse a mera reordenação da lista do concurso, tal e qual como se se tratasse de concorrente que houvesse efectuado aquela comunicação e, por outro, o certo é que, em nosso critério, a lei, mais concretamente o n.º 6 do artº 27º do Dec Lei 13/93/M de 12/4, acaba por, funcionando como um a espécie de válvula de segurança contemplar tal género de situações ao prever que “Até à celebração da escritura de compra e venda, o termo de sancionamento e o termo de autorização emitidos pelo IHM podem por este ser anulados se vier a provar-se que o promitente comprador prestou falsas declarações relativamente a qualquer dos requisitos previstos nos n.ºs 5, 6 e 7 do artº 4º”.

Sendo certo que o n.º 7 da norma se reporta precisamente à situação em causa, não vemos como não aplicar o dispositivo, já que a falta de comunicação sobre o ocorrido não poderá, por omissão, deixar de equivaler a anuência da situação não conforme ao anteriormente declarado, antes da celebração do contrato de compra e venda.

Pensamos, pois, que deveria ter sido por esta via que a Administração deveria ter anulado o termo de sancionamento e autorização.

Não o tendo feito, o que se poderá afirmar é que, de facto, a mesma agiu com erro nos pressupostos de direito subjacentes à decisão.

É certo que, no fundo, na prática, a decisão não teria sido muito diferente.

Não compete, contudo, no escrupuloso respeito pela separação de poderes, ao Tribunal imiscuir-se em tal matéria.

Ou seja: a decisão a tomar não poderá deixar de manter a douta sentença, no sentido da ocorrência de vício de erro nos pressupostos de direito do acto, devendo, porém a mesma comportar diferente fundamentação, a envolver, como é óbvio, diferente posição da Administração face à situação.

Este, o nosso entendimento.

Cumprido conhecer Foram colhidos os vistos legais.

O Tribunal consignou por assente a seguinte factualidade:

Em 1999, o recorrente apresentou à entidade recorrida o boletim de candidatura para o “Concurso de Acesso à Compra de Habitações Construídas no Regime de Contrato de Desenvolvimento para a Habitação”, cujo seu número é XXXXXX.

O recorrente preencheu, respectivamente, na parte destinada para as informações dos agregados familiares, os nomes da sua mãe B do seu 2º irmão mais velho C e da sua irmã mais velha D, num total de quatro membros familiares.

Na dada altura, o recorrente ainda não era casado. Os referidos membros familiares do recorrente moravam no apartamento do irmão mais velho do mesmo, E, sito na Av. do Almirante Lacerda, n.º XXXX, Edf. XXXX, 2º andar E, o que é composto por três quartos e uma sala de estar.

O recorrente casou-se em 2001 e o seu filho menor nasceu em 2002.

Em 2004, a irmã mais velha do recorrente adquiriu uma fracção pequena, sita na zona da Areia Preta, por um preço de duzentas e tal mil patacas.

O recorrente foi notificado e convocado, em 28 de Agosto de 2000, através do ofício n.º 8811/DPGH/DHA/2000, pelo Instituto de Habitação, para proceder à escolha de habitação no dia 6 de Setembro do mesmo ano, pelas 17:00 horas (Tipologia: T2, Zona: Macau, Ordem: XXXX), estando referido também neste ofício que é necessário de se munir com as fotocópias dos documentos de identificação dos membros familiares. No dia 11 do mesmo mês, o recorrente assinou uma declaração para manifestar a sua vontade de desistir da compra da fracção de tipologia T2 e da passagem do agregado para o último lugar das listas do concurso.

O recorrente foi notificado e convocado, em 16 de Janeiro de 2003, através do ofício n.º 395/DPGH/DHA/2003, para proceder à escolha de

habitação no dia 22 do mesmo mês, pelas 9:45 horas (Tipologia: T3, Zona: Taipa, Ordem: XXX), estando referido também neste ofício que é necessário de se munir com as fotocópias dos documentos de identificação dos membros familiares. Contudo, o recorrente não compareceu para escolher a sua habitação.

O recorrente foi notificado e convocado, em 23 de Outubro de 2003, através do ofício n.º 11973/DPGH/DHA/2003, para proceder à escolha de habitação no dia 28 do mesmo mês, pelas 11:45 horas (Tipologia: T2, Zona: Macau, Ordem: XXX), estando referido também neste ofício que é necessário de se munir com as fotocópias dos documentos de identificação dos membros familiares. Contudo, o recorrente não compareceu para escolher a sua habitação, pelo que se implica a passagem desse agregado para o último lugar da lista geral, ao abrigo do art.º 13º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 26/95/M.

Até 27 de Fevereiro de 2007, o Instituto de Habitação, antes de convocar o recorrente para escolher a sua habitação, reapreciou o respectivo requerimento do recorrente e descobriu que alguém dos elementos do agregado do mesmo obteve a sua propriedade em 20 de Agosto de 2004, sendo assim, as condições do recorrente não conformam com o disposto no art.º 4º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 13/93/M: “Nenhum dos membros do agregado pode ser proprietário de qualquer habitação ou terreno na R.A.E.M. ou concessionário de terreno do domínio privado da R.A.E.M.”.

Dado o recorrente não reúne os requisitos de acesso à habitação, ora, foi notificado pela recorrida, em 12 de Março de 2007, da decisão da exclusão da sua candidatura para o concurso, através do ofício n.º 2701/DAHP/DAH/2007.

Em 9 de Abril de 2007, o recorrente deduziu a reclamação à recorrida, cujo teor é o seguinte:

“Eu, em 1999, apresentei ao V. Instituto o requerimento para a candidatura do concurso de acesso à habitação social, e na dada altura, tendo inscrito com o meu nome e com os nomes do meu 2º irmão mais velho, da minha irmã mais velha e da minha mãe, estando conforme os requisitos exigidos. Dado a minha irmã mais velha comprou uma fracção em 2005, e não sabia que era necessário retirar do requerimento o nome dela, por isso, fui notificado, em Março de 2007, da exclusão do concurso de acesso à habitação social. Após a recepção da referida carta de comunicação, causando-se inquietação a toda a família, uma vez que os três membros da minha família (eu, a minha esposa e o meu filho de cinco anos de idade), a minha mãe e a família do meu 2º irmão mais velho (ele próprio e o filho dele de nove anos de idade) moramos todos na casa do meu irmão mais velho.”

Recebida a respectiva reclamação, os funcionários da recorrida emitiram uma proposta ao superior hierárquico, em 11 de Abril de 2007, através da informação n.º 555/DAHP/DAH/2007, e, por sua vez, o Vice-Presidente proferiu, em 13 de Abril de 2007, o despacho de “Concordo”, exarado na aludida informação.

O recorrente foi notificado pela recorrida, em 16 de Abril de 2007, da decisão dada perante a reclamação, através do ofício n.º 3949/DAHP/DAH/2007, cujo teor é o seguinte:

“Na sequência do despacho do Vice-Presidente deste Instituto, exarado na informação n.º 555/DAHP/DAH/2007, cumpre-me comunicar a V. Ex.^a que devido ao elemento do agregado figurado no

boletim de candidatura para o concurso da habitação económica n.º 26649, D, possui propriedade privada, deste modo, nos termos do art.º 4º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 13/93/M de 12 de Abril: “Nenhum dos membros do agregado pode ser proprietário de qualquer habitação ou terreno na R.A.E.M. ou concessionário de terreno do domínio privado da R.A.E.M.”, V. Ex.^a não reúne os requisitos de acesso à habitação económica. Ora, nos termos do art.º 8º do Regulamento de Acesso à Compra de Habitações Construídas no Regime de Contrato de Desenvolvimento para a Habitação, alterado pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2002 e aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26/95/M de 26 de Junho, é excluído da lista geral do respectivo concurso.

Nos termos do art.º 25º do Código de Processo Administrativo Contencioso, é permitida a interposição do recurso contencioso ao Tribunal Administrativo no prazo de 30 dias, contado desde a data da recepção do presente ofício. (...)”

Em 3 de Maio de 2007, o recorrente apresentou o pedido de apoio judiciário a este Tribunal.

Em 11 de Julho de 2007, o recorrente requereu a nomeação do patrono oficioso e foi deferido pelo Tribunal, e depois, o recurso contencioso foi interposto em 17 de Setembro de 2007.

Conhecendo.

Nos presentes autos, a entidade recorrida não concordou com a sentença do Tribunal a quo que anulou o acto administrativo que excluiu da lista dos candidatos para a habitação económica por violação de lei, pois entende que o acesso à habitação económica depende não só,

na altura de apresentação do requerimento, de que o requerente reúna os requisitos para ser candidato, como também que o mesmo reúna os respectivos requisitos em todas as fases da formalidade, sob pena de não ser distribuído a habitação. Havendo alteração das situações das quais suscita a falta da condição de acesso à habitação, e a conseqüente exclusão da lista (artigo 8º al b) do D.L. nº 26/95/M).

Vejamos.

O D. L. nº 13/93/M definiu as finalidades e o regime dos contratos de desenvolvimento para a habitação (CDH), e impôs as condições e forma de acesso à habitação, no seu artigo 4º, que dispõe:

“Artigo 4º

(Condições e forma de acesso à habitação)

1. Têm acesso à habitação construída ao abrigo deste diploma agregados familiares ou grupos de pessoas não aparentadas, indistintamente designados neste diploma por agregados, com residência permanente em Macau.
2. Entende-se por agregado familiar o conjunto de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação e estejam ligados por laços de casamento, parentesco, afinidade, adopção, ou a eles tradicionalmente equiparados.
3. O acesso dos interessados à compra de habitação só pode ser efectuado através de inscrição junto do IHM.
4. A forma como os interessados se podem candidatar à compra destas habitação, bem como os critérios de

ordenação dos mesmos serão objecto de diploma complementar.

5. A candidatura tem de ser sempre apresentada por um membro do agregado que reúna cumulativamente os seguintes requisitos, no momento da assinatura do contrato-promessa de compra e venda:
 - a) Tenha idade mínima de 18 anos ou seja emancipado;
 - b) Resida em Macau no mínimo há 5 anos;
 - c) Seja possuidor de um documento de identificação emitido pela Administração do Território.
6. Em situações de desalojamento que a Administração pretenda levar a cabo, para libertar terrenos necessários a empreendimentos de interesse público, o requisito de residência referido na alínea b) do número anterior pode ser reduzido para o mínimo de 3 anos.
7. Nenhum dos membros do agregado pode ser proprietário de qualquer habitação ou terreno no território de Macau ou concessionário de terreno do domínio privado do Território.
8. Não pode ser autorizada a aquisição de habitação construída no regime de CDH enquanto qualquer dos membros do agregado figurar noutro ao qual a autorização já tenha sido dada pelo IHM.”

Para os efeitos previstos neste artigo 4º nº 4, foi aprovado o D.L. nº 26/95/M, de 26 de Junho, que se trata do Regulamento de acesso à habitações constituídas no regime de CDH.

Neste Regulamento prevê as situações que levaram à exclusão dos candidatos: exclusão preliminar e exclusão posterior.

O artigo 8º prevê a exclusão preliminar:

“Artigo 8º

(Exclusão)

1. Os candidatos são excluídos do concurso se:
 - a) Apresentarem a candidatura fora de prazo;
 - b) Não reunirem os requisitos exigidos para a sua candidatura;
 - c) Estiverem impedidos de participar no concurso nos termos do nº 2 do presente artigo e do nº 1 do artigo 14º;
 - d) Não suprirem alguma deficiência documental no prazo que lhes tiver sido fixado para o efeito;
 - e) Um dos membros do agregado figurar em mais de um boletim de inscrição para o mesmo concurso, salvo o disposto no nº 5 do artigo 4º;
 - f) Prestarem declarações falsas ou inexactas ou usarem de que quer meio fraudulento para obterem habitação até à data do recebimento da chave.
2. Sem prejuízo de eventual procedimento criminal, os agregados referidos na alínea f) do número anterior ficam

impedidos, pelo período de três anos, de participar em qualquer programa de habitação promovido pelo IHM.”

E o artigo 14º prevê a última:

“Artigo 14º

(Exclusão de agregados seleccionados)

1. Consideram-se excluídos do concurso os seguintes agregados seleccionados:
 - a) Os que não compareçam no IHM para escolha de habitação, após segunda convocação;
 - b) Os que se recusem a ocupar as habitações sobre as quais exerceram o direito de escolha previsto no artigo anterior.
2. As situações previstas no número anterior determinam, ainda, a impossibilidade de o requerente e cônjuge poderem participar em qualquer outro concurso no âmbito do presente diploma nos três anos subsequentes à exclusão.”

Quem não for excluído preliminarmente, entrará na lista provisória ou definitiva nos termos do artigo 9º, conforme as situações, e depois, será classificado nos termos do artigo 10º.

Conforme a posição classificada, o interessado está disposto para ser seleccionado e para a escolha das habitações (artigo 12º, 13º)

O recorrido já se encontrava na fase da escolha da habitação, conforme os factos consignados, e, por motivo de não deslocação foi posto automaticamente no último lugar na lista geral.

A lei só prevê a exclusão posterior nos termos do artigo 14º do D. L. nº 26/95/M ou do Regulamento Administrativo nº 25/2002.

Porém, o recorrido foi excluído da lista geral porque um dos membros de agregado tinha comprado um apartamento habitacional, ao que levou o recorrente a entender a falta da condição previsto no artigo 4º nº 7º do D. L. 13/93/M e excluir o mesmo da lista nos termos do artigo 8º nº 1, b) do D. L. 26/95/M e do RA nº 25/2002.

Como é óbvio não se pode aplicar a disposição que leva a exclusão preliminar do candidato, por um lado, o candidato já tinha sido classificado e procedido várias escolhas, por outro, ao facto de ter um dos membros adquirido o apartamento a lei impõe outras consequências jurídicas.

Em primeiro lugar, poderia eventualmente verificar a situação prevista no nº 1 do artigo 16º do RA 25/2002, que dispõe:

“Artigo 16.º

(Alteração da composição dos agregados)

1. Quando de um agregado classificado no concurso se retirarem ou acrescentarem elementos, que não o representante do agregado ou seu cônjuge, o novo agregado é reordenado na lista do concurso, caso a nova pontuação seja inferior à inicial.

2. Caso o elemento desistente seja o representante do agregado ou o seu cônjuge, o agregado familiar é totalmente excluído do concurso, salvo se a desistência for motivada por divórcio, situação em que a representação do agregado cabe ao cônjuge não desistente.”

Pois o membro que comprou o apartamento não é o representante do agregado familiar, mas sim a sua irmã que ainda se mantinha no agregado familiar. Com esta alteração, poderia eventualmente subsumir na desistência de um agregado e levar a reordenação na lista do concurso.

Outra é, conforme os factos a que cumprem a Administração apurar, a situação pela qual leva a aplicação das sanções previstas no artigo 27º nº 6 do D.L. nº 13/95/M, que dispõe:

“Até à celebração da escritura de compra e venda, o termo de sancionamento e o termo de autorização emitidos pelo IHM podem ser por este anulados se vier a provar-se que o promitente-comprador prestou falsas declarações relativamente a qualquer dos requisitos previstos nos nºs 5, 6 e 7 do artigo 4º.”

Nos presentes autos, não tinha sido consignado factos comprovativos de falta de comunicação da alteração das situações de um dos agregado familiar, pela qual poderia levar a Administração a apurar, a culpa do recorrente (dolo ou negligência) e conseqüentemente aplicar a sanção.

Concordamos com o douto parecer do Ministério Público, por causa da separação dos poderes, não se pode este Tribunal substituir a Administração a tomar nova decisão.

De qualquer maneira, a entidade recorrida por ter aplicado erradamente a lei, incorreu no erro nos pressupostos de direito, o que conduz a anulação do acto contenciosamente recorrido.

É de manter, embora com outro fundamento, a sentença recorrida.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso jurisdicional, mantendo-se a decisão recorrida.

Sem Custas.

RAEM, aos 9 de Dezembro de 2010.

Choi Mou Pan (Relator)

João Augusto Gonçalves Gil de Oliveira

Lai Kin Hong

Presente

Vitor Coelho