

Processo nº 609/2013

Data do Acórdão: 11DEZ2014

Assuntos:

Audiência prévia

Subsídio de residência

Procedimento de 1º grau

Procedimento de 2º grau

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. Por força do acordado na Declaração Conjunta Luso-Chinesa, a República Popular da China, de que a RAEM é uma região administrativa especial e parte integrante, nunca assumiu a responsabilidade pelo pagamento das pensões e dos demais benefícios inerentes aos funcionários públicos aposentados antes do estabelecimento da RAEM em 20DEZ1999; e
5. Não estão incluídos no âmbito de aplicação pessoal da Lei nº 2/2011 os funcionários aposentados antes do estabelecimento da RAEM.

O relator

Lai Kin Hong

Processo nº 609/2013

I

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

B, 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 32 dos p. autos.

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.

Veio apenas a recorrente apresentá-las reiterando *grosso modo* os mesmos fundamentos já deduzidos na petição do recurso.

Em sede da vista final, o Dignº Magistrado do Ministério Público opinou no seu douto parecer propugnando pela total improcedência do recurso – *vide* as fls. 113 dos p. autos.

Foram colhidos os vistos, cumpre conhecer.

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 petítório 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, a sua apreciação deve preceder o conhecimento dos 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 ouvidos 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 da 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.

Quod abundat non nocet, mesmo que não 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 as circunstâncias de o interessado ter transferido a responsabilidade da sua pensão para a Caixa Geral de Aposentações de Portugal e de ter exercido o direito ao transporte da sua pessoa e bagagens para Portugal por conta do então Território de Macau nunca são impeditivas de atribuição do subsídio, uma vez que face ao disposto no artº 10º da Lei nº 2/2011, a efectiva residência em Macau já deixou de ser um dos requisitos para o efeito da atribuição do subsídio de residência.

Para nós, o que interessa saber é averiguar se a recorrente, na qualidade da funcionária pública aposentada da então Administração do Território de Macau, se encontra ou não incluída no âmbito de aplicação da Lei nº 2/2011.

Ou seja, se o legislador de 2011 quis atribuir o subsídio de residência aos funcionários públicos já aposentados antes do estabelecimento da RAEM.

Conforme se vê no petítório do recurso e nas alegações facultativas, a ora recorrente apoia a sua tese no artº 10º da citada lei nº 2/2011, à luz do qual *“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.”*

Todavia, esse normativo não pode ser isoladamente interpretado sem se ligar ao disposto no artº 1º da mesma lei.

Tem o artº 1º a seguinte redacção:

1. 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, adiante designada por RAEM.

2. Para efeitos da presente lei, consideram-se serviços públicos os órgãos e serviços da Administração Pública, incluindo o Gabinete do Chefe do Executivo, os Gabinetes e serviços administrativos de apoio aos titulares dos principais cargos do Governo, os fundos autónomos, os institutos públicos, os Serviços de Apoio à Assembleia Legislativa, o Gabinete do Presidente do Tribunal de Última Instância e o Gabinete do Procurador.

3. Salvo disposição em contrário, os regimes estabelecidos ao abrigo da presente lei não prejudicam a aplicação de regimes especiais.

Ora, o artº 1º/1 define o objecto que a lei visa regular e o âmbito da sua aplicação, fixando o âmbito de aplicação pessoal aos trabalhadores dos serviços públicos da Região Administrativa Especial de Macau.

Conjugando este normativo que fixou o âmbito de aplicação pessoal com o disposto no artº 10º, cremos que é de concluir que se devem entender por *“trabalhadores dos serviços públicos que se encontrem em efectividade de funções ou desligados do serviço para efeitos de aposentação, bem como os aposentados”*, os trabalhadores, activos ou aposentados, dos serviços públicos da Região Administrativa Especial de Macau.

Ora, essa interpretação não resulta tão só do elemento gramatical da redacção de ambos os artigos, mas sim tem o seu apoio no elemento histórico.

Então vamos recuar um bocadinho no tempo para nos inteirar a razão de ser dessas normas.

Ora, a propósito do compromisso assumido pela República Popular da China, respeitante aos vínculos jurídico-funcionais, às condições remuneratórias e às demais regalias dos trabalhadores dos serviços públicos aquando do estabelecimento da RAEM, foi acordado, entre a China e Portugal, e feito constar do ponto VI do Anexo I da Declaração Conjunta Luso-Chinesa que:

“Após o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, os nacionais chineses e os portugueses e outros estrangeiros que tenham

previamente trabalhado nos serviços públicos (incluindo os de polícia) de Macau podem manter os seus vínculos funcionais e continuarão a trabalhar com vencimentos, subsídios e benefícios não inferiores aos anteriores. Os indivíduos acima mencionados que forem aposentados depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau terão direito, em conformidade com as regras vigentes, a pensões de aposentação e de sobrevivência em condições não menos favoráveis do que as anteriores, independentemente da sua nacionalidade e do seu local de residência.”.

Interpretando *a contrario* a parte final desse ponto VI respeitante aos funcionários aposentados, nota-se facilmente a ideia bem clara de que a parte chinesa não iria assumir a responsabilidade resultante do pagamento das pensões e demais benefícios aos funcionários públicos aposentados antes do estabelecimento da RAEM.

Foi justamente na sequência, lógica e cronológica, do acordo materializado nesse ponto, foi publicado o Decreto-Lei nº 14/94/M de 23FEV, que visa, *inter alia*, definir o quadro legal dentro do qual é garantida a possibilidade dos funcionários já aposentados, ou que reuniram condições de aposentação até 19DEZ1999, poderem transferir a responsabilidade pelo pagamento das suas pensões para Portugal, a fim de permitir este grupo de indivíduos a continuar a receber suas pensões após a transferência da soberania em 1999.

E posteriormente através do Decreto-Lei nº 38/95/M o então Território de Macau procurou clarificar e uniformizar as eventuais interpretações divergentes suscitadas na aplicação do ETAPM em algumas situações específicas do processo de integração, nomeadamente no que respeita à atribuição da renda de casa.

A este propósito reza o artº 3º desse decreto que:

1. O montante devido mensalmente a título de renda de casa pelos pensionistas, na situação a que se refere a alínea b) do n.º 3 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 14/94/M, de 23 de Fevereiro, após a transferência da respectiva pensão, é o que resultar das disposições legais em vigor à data da transferência, sendo o pagamento efectuado no serviço ou entidade a quem cabe a administração das moradias.

2. Os pensionistas que têm direito a subsídio de residência, nos termos do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, após a transferência da respectiva pensão para a CGA mantêm esse direito, até 19 de Dezembro de 1999, enquanto residirem no território de Macau, sendo o pagamento efectuado pela Direcção dos Serviços de Finanças.

De acordo com este dispositivo, aos funcionários já aposentados, ou que reuniriam condições de aposentação até 19DEZ1999, que já tenham transferido a responsabilidade pelo pagamento das suas pensões para Portugal fica assegurada a atribuição do subsídio de residência, por conta do erário público do então Território de Macau, até à véspera do estabelecimento da RAEM.

Mais tarde essa norma que fixa o limite temporal foi inexplicavelmente revogada, numa altura em que pouco mais do que vinte dias restavam antes da transferência da soberania, pelo Decreto-Lei nº 96/99/M que estabelece no seu artº 1º que ao pessoal a quem seja autorizada a transferência das respectivas pensões para a Caixa Geral de Aposentações é mantido o direito a subsídio de residência nos termos do ETAPM, sendo o pagamento efectuado pela Direcção dos Serviços de Finanças.

Ora, se o Decreto-Lei nº 38/95/M foi feito para resolver as divergências na interpretação e aplicação do ETAPM em situações específicas no processo de integração e no processamento do pagamento das pensões aos aposentados antes do estabelecimento da RAEM, face ao acordado na Declaração Conjunta Luso-Chinesa, o posterior decreto de 1999 já foi muito além do acordado na Declaração Conjunta.

Pois, ao estender o direito ao subsídio de residência para além de 19DEZ1999, o normativo do decreto de 1999 não só colide a Declaração Conjunta como também viola frontalmente o disposto no artº 98º da Lei Básica da RAEM que concretizou o acordado naquela Declaração Conjunta.

Diz o artº 98º da Lei Básica da RAEM que:

À data do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, os funcionários e agentes públicos que originalmente exerçam funções em Macau, incluindo os da polícia e os funcionários judiciais, podem manter os seus vínculos funcionais e continuar a trabalhar com vencimento, subsídios e benefícios não inferiores aos anteriores, contando-se, para efeitos de sua antiguidade, o serviço anteriormente prestado.

Aos funcionários e agentes públicos, que mantenham os seus vínculos funcionais e gozem, conforme a lei anteriormente vigente em Macau, do direito às pensões de aposentação e de sobrevivência e que se aposentem depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, ou aos seus familiares, a Região Administrativa Especial de Macau paga as devidas pensões de aposentação e de sobrevivência em condições não menos favoráveis do que as anteriores, independentemente da sua nacionalidade e do seu local de

residência.

Dada a ilegalidade reforçada, o decreto de 1999 não pode deixar de cessar a sua vigência no momento de entrada em vigor da Lei Básica.

Chegamos aqui, uma coisa é certa: o legislador da RAEM não tem a obrigação de legislar no sentido de atribuir “*ex novo*” o subsídio de residência aos funcionários já aposentados antes do estabelecimento da RAEM, uma vez que a República Popular da China, de que a RAEM é uma região administrativa especial e parte integrante, nunca assumiu a responsabilidade pelo pagamento das pensões e dos demais benefícios inerentes aqueles funcionários aposentados antes de 20DEZ1999, o que aliás é a razão de ser do Decreto-Lei nº 14/94/M que visava à transferência dos fundos do erário público do então Território de Macau para a Caixa Geral de Aposentações a fim de garantir o processamento das pensões a favor destes mesmos funcionários aposentados após a transferência da soberania de Macau.

Assim, estamos convencidos de que a história evolutiva antes e depois do estabelecimento da RAEM na matéria de atribuição do subsídio de residência já lançou luz ao verdadeiro sentido da norma constante dos artºs 1º e 10º da Lei nº 2/2011.

Ou seja, não estão incluídos no âmbito de aplicação pessoal os funcionários aposentados antes do estabelecimento da RAEM.

E a circunstância de a nova lei deixar de exigir a efectiva residência em Macau como um dos requisitos para a atribuição do subsídio de residência deve-se ao facto notório de que um número substancial dos funcionários aposentados optou por viver na China Continental, dada a cada vez mais exagerada subida dos custos de vida, nomeadamente o de habitação, verificada nos últimos

anos em Macau.

Compreende-se assim o que pretende o legislador com a alteração legislativa introduzida consistente na não exigência da residência efectiva como um dos requisitos.

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 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, 11DEZ2014

Relator
Lai Kin Hong

Presente
Vítor Manuel Carvalho Coelho

Primeiro Juiz-Adjunto
João A. G. Gil de Oliveira

Segundo Juiz-Adjunto
Ho Wai Neng