

Processo n.º 315/2004
(Recurso Contencioso)

Data: 10/Novembro/2005

Assuntos:

- Pedido de fixação de residência
- Direito de audiência
- Fundamentação do acto por remissão tácita para o parecer
- Poder discricionário da Administração na concessão do direito de residência

SUMÁRIO:

1. Sempre que a Administração tenha possibilidade de se inteirar e avaliar todos os argumentos e elementos probatórios oferecidos pelo particular e bem assim nos procedimentos administrativos iniciados por iniciativa do particular, já que neles sempre terá a oportunidade de se fazer ouvir pela Administração no momento em que requer não terá que haver audiência do interessado.

2. O acto praticado tem ínsita uma fundamentação que não

deixa de ser feita por remissão para o parecer que foi presente à entidade recorrida.

3. A autoridade administrativa é livre de retirar as consequências de uma condenação, ainda que suspensa na sua execução e decorrido já o período de suspensão, bem como de uma investigação criminal, ainda que arquivada por prescrição, para avaliação de uma personalidade em vista dos fins perspectivados, sendo de relevar os interesses referentes à defesa da segurança e ordem públicas.

4. Quando os poderes discricionários são conferidos em vista de um determinado fim (fim legal), importa analisar se o fim prosseguido (fim real) condiz ou não com aquele.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 315/2004

Data: 10/Novembro/2005

Recorrente: A

Recorrido: Secretário para a Economia e Finanças

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I – RELATÓRIO

A, casado, requerente do Processo de Pedido da Fixação de Residência, melhor identificado nos autos, tendo sido notificado do despacho proferido pelo Ex.mo Sr. Secretário para a Economia e Finanças da RAEM, no uso da competência conferida pelo Ex.mo Sr. Chefe do Executivo da RAEM, em 28 de Outubro de 2004, que não autorizou o pedido da fixação de residência, por investimento do recorrente, dele não se conformou e vem recorrer, o que faz, alegando fundamentalmente e em síntese:

Nos termos do artigo 99.º, n.º 4 e 5 do Código do Registo Predial, a informação escrita do registo predial emitida pela Conservatória do Registo Predial, constante das fls. 20 a 26 dos autos, não produz os efeitos de provas, a qual não pode ser usada em qualquer acto público, pelo que houve violação de lei por parte da entidade recorrida.

Segundo as informações constantes dos autos do processo administrativo, ao proferir a decisão final, a entidade recorrida não informou nem concedeu ao recorrente a oportunidade para exercer o direito de audiência, portanto, isto privou o recorrente do direito de ser ouvido antes de a entidade recorrida proferir a decisão final, pelo que, a omissão da entidade recorrida viola os dispostos do artigo 93.º, n.º 1 e s. s. do Código de Procedimento Administrativo.

In casu, a entidade recorrida não expressou a sua fundamentação através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, nem emitiu mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, tendo a entidade recorrida expressado apenas “não autorizo o pedido”. Por isso, o acto administrativo em causa tem apenas a parte de decisão, mas falta a parte da fundamentação, pelo que, o respectivo acto não tem fundamentação, o que viola o artigo 115.º, n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo, fazendo com que no acto administrativo em causa existe o vício de forma.

Em relação a um dado Inquérito, a entidade recorrida não pode presumir que o recorrente praticou os referidos factos, uma vez que o Ministério Público não deduziu a acusação. Mesmo que esta fosse deduzida, haviam ainda de decorrer, nos procedimentos criminais, a fase de instrução para determinar se haveria acusação e a fase de julgamento

Houve violação do princípio de presunção de inocência, o que é injusto para o recorrente e viola inevitável e solidariamente o princípio de legalidade previsto pelo artigo 3.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo e o princípio de justiça previsto pelo artigo 7.º do mesmo Código.

Quanto ao facto de o recorrente ter sido condenado pelo Tribunal de Hong Kong, em 26 de Outubro de 1992, na pena de 9 meses de prisão, pela prática do crime de furto, com a suspensão da execução da pena pelo período de 3 anos, o recorrente considera que o crime de furto é o crime contra bens patrimoniais e o interesse juridicamente protegido é a propriedade de um bem particular.

O crime de furto simples não é um crime grave.

O regime de suspensão da execução da pena não é automaticamente aplicável em Macau, pelo contrário, a aplicação deste regime é muito rigorosa, isto é, o benefício da suspensão da execução da pena só pode ser concedido quando o tribunal considera que o condenado satisfaz todos os requisitos legais (O recorrente acredita que na Região Administrativa Especial de Hong Kong in casu/ex Governo de Hong Kong, a situação também é assim).

O Tribunal de Hong Kong decidiu condenar o recorrente numa pena de prisão não efectiva – suspensão da execução da pena, evitando que o recorrente fosse afectado pelos vícios na prisão, concedendo-lhe a oportunidade de reintegrar o arguido na sociedade, o que pode provar suficientemente que a personalidade do recorrente é positiva e corrigível.

Além disso, o referido facto já se passou há 12 anos e o período experimental já passou há muito tempo. Durante este período, o recorrente não infringiu nenhuma lei de Macau ou do exterior, pelo que, a suspensão da execução da pena do recorrente não foi revogada e a pena que lhe tinha aplicada já se

declarou extinta.

Quanto ao facto de o registo criminal do recorrente ainda não ter sido cancelado, isto depende apenas da política criminal da respectiva Autoridade.

O princípio de legalidade é um princípio básico que orienta as actividades da Administração Pública, os órgãos administrativos e os agentes da administração estão vinculados pela Constituição e por leis.

Ao tomar uma decisão, os órgãos administrativos devem obedecer ao princípio de proporcionalidade.

A fixação de residência (prevista expressamente nos Decreto-Lei n.º 14/95/M, de 27 de Março, Decreto-Lei n.º 22/96/M, de 22 de Abril, Decreto-Lei n.º 22/97/M, de 11 de Junho) destina-se ao desenvolvimento económico e à promoção de investimento de Macau, porém, nenhum destes diplomas prevê que os antecedentes criminais do requerente conduzem inevitavelmente ao indeferimento do seu pedido.

Pelo que, o recorrente considera que a entidade recorrida não autorizou o pedido da fixação de residência do requerente só por causa dos antecedentes criminais do recorrente. Parece que há um desequilíbrio entre os aspectos que foram ponderados, o que faz com que se violasse o princípio de proporcionalidade previsto no artigo 5.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo e também conduz à irrazoabilidade por não ter sido exercido legalmente o poder discricionário na apreciação do pedido do recorrente.

O despacho recorrido também viola os princípios de presunção de inocência, de legalidade, de justiça e de proporcionalidade e, exerce irrazoavelmente o poder discricionário, por isso, o despacho recorrido deve ser anulado nos termos do artigo 124.º do Código do Procedimento Administrativo.

Pelo exposto, solicita que se decida pela anulação do acto, por ter sido violado o direito de o interessado ser ouvido, se ter violado o previsto no artigo 99.º, n.ºs 4 e 5 do Código de Registo Predial e no artigo 93.º do Código do Procedimento Administrativo, por falta de fundamentação prevista no artigo 115.º do Código do Procedimento Administrativo, bem como por violação dos princípios de presunção de inocência, de legalidade, de justiça e de proporcionalidade e exercício irrazoável do poder discricionário.

O Exmo Senhor Secretário para a Economia e Finanças apresentou, em síntese, a seguinte **contestação**:

O recorrente, sem invocar nenhum facto, considera subjectivamente que a entidade recorrida comprovou a propriedade imobiliária do recorrente e apreciou o referido pedido através da informação escrita do registo predial e não através da cópia notarialmente reconhecida da escritura pública da compra e venda, por isso, a sua impugnação por falta do fundamento de facto.

Como o recorrente já se pronunciou sobre as questões que importam à decisão e sobre as provas produzidas, a finalidade que o regime de audiência pretende atingir já foi plenamente concretizada, pelo que não é necessário realizar a audiência ao recorrente.

Quanto ao despacho proferido pela entidade recorrida na referida proposta, não pode ter outro entendimento, com excepção de entender que dá concordância com a proposta e conseqüentemente dá concordância com o parecer que fundamenta a referida proposta.

O recorrente não indica nenhum facto para comprovar que a entidade recorrida ou o autor do parecer viola o princípio da presunção de inocência.

O recorrente não esclareceu concretamente o “desequilíbrio entre dois aspectos sobre a ponderação dos valores”, nem indicou concretamente como os actos da entidade recorrida foram desproporcionadamente realizados, nem expôs expressamente como a entidade recorrida exerceu ilegalmente o poder discricionário, pelo que é difícil entender exactamente a fundamentação concreta na impugnação do recorrente.

Pelo exposto, pede que o recurso seja julgado improcedente.

O Exmo Senhor Secretário para a Economia veio apresentar alegações facultativas, dizendo fundamentalmente:

A decisão da Administração é vinculativa só quanto àqueles que nos termos da lei gozem o direito de residência na R.A.E.M e apresentem o pedido de residência; a autorização fica sujeita à discricionariedade da Administração quanto àqueles que segundo a lei não possam gozar o direito de residência na RAEM e apresentem o pedido.

A Administração tem o direito de indeferir o pedido de autorização de residência apresentado pela pessoa que nos termos da lei não possa gozar o direito de residência na RAEM, sobretudo pelo requerente que não preencha o requisito negativo previsto na lei.

Para aquele requerente que tenha antecedentes criminais e a que fosse aplicada a pena privativa da liberdade, deixando de corresponder ao requisito

negativo previsto pela lei, uma vez que há indícios que este praticou o crime, a Administração tem direito de indeferir, nos termos do DL n.º 14/95/M, o seu pedido da autorização de residência apresentado a pretexto de investimento.

A apresentou alegações facultativas, reafirmando fundamentalmente o anteriormente alegado.

O Digno Magistrado do MP emitiu douto **parecer**, alegando fundamentalmente:

Afigurando-se-nos ser a eventual ocorrência de vício de falta de audiência prévia do interessado aquela cuja procedência determina a mais estável e eficaz tutela dos direitos lesados, já que a violação de tal regra procedimental determinaria a renovação do procedimento com prática da formalidade omitida, para, de seguida, se proceder à reapreciação de mérito, a ele nos reportaremos, de seguida.

A audiência dos interessados, prevista no art. 93º do C.P.A. para os procedimentos administrativos em geral, constitui, juntamente com o princípio da participação enunciado no art. 10º daquele preceito legal, a concretização do modelo de Administração aberta, que impõe a participação dos particulares, bem como das associações representativas na formação das decisões que lhes digam respeito.

No caso vertente, afigura-se-nos não proceder a argumentação do recorrente, a tal propósito expendida.

A mesma só poderia ter sentido e pertinácia caso nos encontrássemos face a eventual decisão de cancelamento, o que, manifestamente, não é o caso, já que de mero indeferimento de pedido de fixação de residência se trata.

E, não se vê, francamente, que para tal decisão, de cariz não sancionatório, houvesse que previamente ouvir o interessado, uma vez que foi o próprio quem instruiu e efectivou o seu pedido, o seu requerimento, aí apresentando as respectivas razões.

Donde, a evidente não ocorrência de tal vício.

E, já que em sede de vícios de forma nos encontramos, aproveita-se para referir que também relativamente à falta de fundamentação não colhe o alegado pelo recorrente.

É inquestionável que o acto em crise se estribou e anuiu a parecer que lhe foi submetido, o qual inquestionavelmente, contém explicitadas, de forma clara, expressa, suficiente e congruente, as razões de facto e de direito que motivaram a entidade recorrida ao indeferimento, as quais se prendem, de forma sintética com a comprovada existência de antecedentes criminais do peticionante, pelo que, "Concluída a investigação, a qualidade do requerente não satisfaz às determinações legais à fixação de residência em Macau através de investimento", sugerindo-se o indeferimento do pedido, "nos termos do art. 9º, n.º 2, al. 1) da Lei 4/2003, aplicada subsidiariamente pelo artigo 1º do Decreto-Lei n.º 14/95/M", ficando, pois, um cidadão médio em perfeitas condições de, seguindo o itinerário cognoscitivo e valorativo empreendido pelo autor do acto, alcançar aquelas razões.

Donde, encontrar-se tal acto devidamente fundamentado.

No que tange à invocada violação de lei, não se percebe, desde logo, a argumentação relativa a pretensa afronta do disposto no art. 99º, n.ºs 4 e 5 do Cód. Reg. Predial por, pretensamente, a entidade recorrida ter indevidamente usado documento constante da Conservatória do Registo Predial como prova da propriedade imobiliária do recorrente para apreciação do pedido: é que, não se divisa que tal

circunstância ou conhecimento tenha sido usado, minimamente, como fundamento do indeferimento registado.

Questão diversa se coloca relativamente à eventual afronta do que o recorrente entende ser o princípio da presunção de inocência e que nós, no caso, pensamos ser reconduzível a eventual erro nos pressupostos de facto subjacentes à decisão.

Compreendemos, a tal propósito, a sua argumentação e, em parte, com ela concordamos.

Na verdade, utilizou-se, a propósito de pretensa existência de antecedentes criminais do recorrente, além do mais, o facto de que o mesmo

"Foi acusado pela prática do tráfico de droga e de um crime de usura suspeito em 25 de Setembro de 1998;

Foi acusado pela prática de um crime contra a liberdade pessoal em 5 de Julho de 1999",

quando, em boa verdade, não existiu qualquer acusação por tais factos, já que o Mº Pº terá arquivado ambos os casos, o 1º por prescrição do procedimento criminal e o 2º por carência de prova.

Ora bem: revela-se inquestionável que, nestes parâmetros, aquelas circunstâncias não poderiam nem deveriam ter sido levadas em conta como fundamento da existência de antecedentes criminais por parte do recorrente, aqui fazendo algum cabimento falar-se, de facto, em presunção de inocência.

*Só que, não foi **apenas** em função de tais circunstâncias que a decisão foi tomada, tendo como fundamento a existência de antecedentes criminais: acresce que, conforme o certificado emitido por Hong Kong Police Force Identification Bureau, comprovou-se que o requerente, foi condenado na pena de 9 meses de prisão, em 26*

de Outubro de 1992, pela prática de um crime de furto, cuja execução ficou suspensa pelo período de três anos.

Não deverá, obviamente, o juízo a formular sobre determinado indivíduo ser o mesmo, quando esse indivíduo tem já passado criminal a tal propósito e um outro que sobre o qual se não conhece qualquer passado a tal nível.

Pese embora a Administração possa ter indevidamente utilizado como fundamento da ocorrência de antecedentes criminais do recorrente a mera existência de inquéritos/crime entretanto arquivados pelo M^ºP^º, a comprovada condenação/crime do mesmo pelas entidades judiciais de Hong Kong seria, por si, suficiente para a integração e subsunção operadas.

Suced, porém, que nos não encontramos face a acto vinculado em que se possa afirmar que, por força da aplicação dos dispositivos legais atinentes, a decisão seria sempre naquele sentido, pelo que, designadamente em obediência ao princípio do aproveitamento do acto, se não imporia a anulação pretendida.

O acto é de índole discricionária, pelo que sempre se poderia questionar se, não fora a errada informação prestada, a decisão seria no mesmo sentido.

É certo.

Cremos, porém, que, verdadeiramente, aquele erro nos pressupostos não existe: e certo que no parecer a que nos vimos reportando se fala, indevidamente, em “acusações”. É também verdade que, com base naquelas circunstâncias, se não poderia fundamentar os assacados "antecedentes criminais" do recorrente.

Todavia, se bem se atentar, aquele parecer, embora usando terminologia desadequada, acaba por explicitar, por configurar a situação nos seus devidos termos, isto é, acaba por descrever correctamente a situação do recorrente nos inquéritos em causa e por anunciar, também fielmente, o resultado respectivo.

Donde, ter que se concluir, por um lado, que a entidade recorrida, decidiu tendo como base pressupostos reais e verdadeiros sendo que, por outro, não se pode ter como garantido que, o indeferimento operado, tivesse por base (ainda que complementarmente) as circunstâncias em apreço, sendo certo que, como já se referiu, a condenação crime em Hong Kong seria, por si só, suficiente para a integração jurídica operada.

Finalmente, no que tange à assacada violação dos princípios da proporcionalidade, legalidade e justiça ,não se mostra beliscado qualquer dos aludidos princípios.

Donde, por não ocorrência de qualquer dos vícios assacados, ou qualquer outro de que cumpra conhecer, pugnar pelo não provimento do presente recurso.

Foram colhidos os vistos legais.

II - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há outras exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito.

III - FACTOS

Com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

O recorrente foi notificado do despacho de indeferimento do pedido de residência nos seguintes termos:

“Instituto de Promoção do Comércio e do Investimento de Macau

Macao Trade and Investment Promotion Institute

Ex.mo Senhor

A

Av. XXX

Macau

Nossa referência no. 12795/GJFR/P1095/2003

Data: 22.11.2004

Assunto: Indeferimento do Pedido de Residência Temporária

1. Ao abrigo do disposto na alínea a) do Artigo 68 do Código do Procedimento Administrativo, tenho a honra de informar V. Ex.a que o despacho exarado, no dia 28 de Outubro de 2004, pelo Ex.mo Senhor Secretário para a Economia e Finanças com poderes delegados por Sua Excelência o Chefe do Executivo, não autorizou o seu pedido de residência temporária. O despacho em causa escreve-se: **“Não autorizo o pedido”**.
2. A fundamentação do despacho de indeferimento baseia-se no teor constante de fls. 60 e 61 do processo de V. Ex.a, junto remeto a respectiva cópia.

3. De acordo com o disposto no Código do Procedimento Administrativo, da presente decisão cabe reclamação ao Ex.mo Senhor Secretário para a Economia e Finanças no prazo de 15 dias e pode ainda interpor recurso contencioso nos termos da lei.

Com os melhores cumprimentos.

Presidente do IPIM

Lei Peng Hong

Pel'O Vogal-Executivo Cheong Chou Weng

(Ass. — vide o original)”

O despacho de indeferimento foi proferido sobre parecer submetido à entidade recorrida e dele foi dado igualmente notificado o recorrente sendo o seu teor o seguinte:

**“INSTITUTO DE PROMOÇÃO DO COMÉRCIO E DO
INVESTIMENTO DE MACAU**

Parecer n.º1095/Residência/2003

Assunto: Apreciação do Pedido de Fixação de Residência através de Investimento
n.º1095/2003

Ex.mo Senhor Presidente da Comissão Executiva,

1. O requerente, **A**, casado, comerciante, residente em Macau, natural de Hong Kong, de nacionalidade chinesa, titular de Bilhete de Identidade de Residente Permanente de Hong Kong n.º XXX, emitido pelo Governo da RAEHK em 6 de Agosto de 1987, requer, nos termos do estipulado no artigo 1º do Decreto-Lei n.º 14/95/M de 27 de Março, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 22/97/M de 11 de Junho, o direito de fixação de residência temporária em Macau.

Mais requer que, nos termos do mesmo Decreto-lei, artigo 1º, n.º 2, deste direito à fixação de residência no Território possa beneficiar o seu agregado familiar abaixo indicado:

O cônjuge, **B**, natural de Hong Kong, de nacionalidade chinesa, titular de Bilhete de Identidade de Residente Permanente de Hong Kong n.º XXX, emitido pelo Governo da RAEHK em 22 de Agosto de 1994 e;

O descendente menor, **A**, nascido em 10 de Dezembro de 1998 em Hong Kong, de nacionalidade chinesa, titular de Bilhete de Identidade de Residente Permanente de Hong Kong n.º XXX, emitido pelo Governo da RAEHK em 6 de Julho de 1999.

O CPSP emitiu o parecer sobre os documentos de viagem do requerente e do seu agregado familiar, conforme o conteúdo do Despacho n.º 120-I/GM/97 do Senhor Governador de Macau, notificando este Instituto que os interessados satisfazem os requisitos de qualidade do pedido de fixação de residência através de investimento e indicando simultaneamente que o requerente, **A**, tinha envolvido nos factos seguintes (v. o documento a fls.42).

- (1) Foi acusado pela prática do tráfico de droga e de um crime de usura

suspeitoso em 25 de Setembro de 1998;

- (2) Foi acusado pela prática de um crime contra a liberdade pessoal em 5 de Julho de 1999.

As aludidas acusações foram arquivadas pelo Ministério Público. Da 1.^a acusação, o despacho do M.P. indicou explicitamente: “Após a investigação, existe indício que o arguido, A, praticou um crime de consumo de droga, ou seja, um crime de tráfico de droga de quantidade diminuta em 25 de Setembro de 1998. Ponderando o tempo de prática do crime e a moldura da pena, os actos por ele praticados já ultrapassaram o prazo legal de prescrição do procedimento criminal.” (v. o documento a fls. 33)

Quanto a outra acusação, o M.P. entende que os factos em causa constituem já um crime contra a liberdade pessoal e um crime de usura, dado que, além do insucesso de contacto com as testemunhas para verificar as realidades, todos os arguidos não confessaram as acusações imputadas e os 3 depoimentos prestados pelo ofendido não são iguais, pelo que não há indício que possa mostrar que os arguidos tivessem praticado os actos criminosos acusados. Será aberto de novo o processo e processada a investigação quando forem contactadas as testemunhas. (v. o documento a fls. 39)

Por outro lado, conforme Certificate of No Criminal Conviction emitido por *Hong Kong Police Force Identification Bureau*, comprovou-se que o requerente, A, foi condenado na pena de 9 meses de prisão, em 26 de Outubro de 1992, pela prática de um crime de furto, cuja execução ficou suspensa pelo período de três anos. (v. o documento a fls. 9)

Pelo exposto, foi provado que o requerente tem registo criminal em Hong Kong, existem também indícios que o mesmo se tenha envolvido nos crimes praticados em Macau. Ao abrigo do disposto na Lei n.º 4/2003, artigo 9.º, n.º 2, al. 1), para efeitos de concessão da autorização de residência na RAEM, o Chefe do Executivo deve atender aos aspectos se o requerente tem antecedentes criminais, comprovado incumprimento das leis da RAEM ou sido condenado em pena privativa de liberdade, na RAEM ou no exterior. Face aos factos e às disposições legais acima referidas, são todos os aspectos desfavoráveis à autorização do pedido da fixação de residência em Macau do requerente, A.

2. Tendo o requerente pedido o direito da fixação de residência temporária em Macau com base no fundamento do investimento em propriedade imobiliária no valor não inferior a um milhão de patacas.

Concluída a apreciação, a qualidade do requerente não satisfaz às determinações legais da fixação de residência em Macau através de investimento.

Pelo que, sugere-se que seja indeferido o pedido de residência temporária do requerente, A, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, al.1) da Lei n.º 4/2003, aplicada subsidiariamente pelo artigo 1º do Decreto-Lei n.º 14/95/M.

À consideração superior”

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa pela análise das

seguintes questões colocadas pelo recorrente e pela ordem seguinte, que se afigura ser a que melhor determina a mais estável e eficaz tutela dos direitos lesados (já que a violação da regra procedimental decorrente da falta de audiência prévia do interessado determinaria a renovação do procedimento com prática da formalidade omitida, só de seguida se reapreciando o mérito):

- Direito de audiência do interessado;
- Fundamentação do acto;
- Violação de lei por pretensa afronta do disposto no art. 99º do Código de Registo Predial;
- Princípio da presunção de inocência;
- Violação dos princípios da proporcionalidade, legalidade e justiça

2. O recorrente sustenta que, ao proferir a decisão final, a entidade recorrida não informou nem concedeu ao recorrente a oportunidade para exercer o direito de audiência, pelo que o privou do direito de ser ouvido antes de a entidade recorrida proferir a decisão final, assim tendo a entidade recorrida violado o disposto no artigo 93.º, n.º 1 e segs. do Código de Procedimento Administrativo.

Basicamente, contrapõe a entidade recorrida, dizendo que esse direito cede nas situações em que o interessado já se pronunciou e em que é ele próprio que suscita que a Administração se pronuncie sobre uma dada situação jurídica.

Assim é de facto.

Quanto à falta de audiência do interessado, na verdade, não procede a arguição de falta de audiência do interessado.

É verdade que, no âmbito do procedimento administrativo, a audiência prévia traduz a expressão do direito à participação dos cidadãos nos procedimentos tributários da Administração de forma a garantir a sua participação na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.

Mas tal participação não tem que ser reclamada de forma cega, havendo situações várias em que essa participação está garantida sempre que a Administração tenha possibilidade de se inteirar e avaliar todos os argumentos e elementos probatórios oferecidos pelo particular, tal como tem sido entendido pela jurisprudência deste Tribunal¹, e bem assim nos procedimentos administrativos iniciados por iniciativa do particular, já que neles sempre terá a oportunidade de se fazer ouvir pela Administração no momento em que requer, não se justificando uma segunda audiência antes da decisão desse requerimento.

Aliás, é de referir que nem todos os procedimentos administrativos têm necessariamente a audiência, o que é previsto expressamente pela lei, ao prever no artigo 97.º, alínea a) do Código do Procedimento Administrativo que *se os interessados já se tiverem pronunciado no procedimento sobre as questões que importem à decisão e sobre as provas produzidas, o órgão instrutor pode dispensar a audiência dos interessados*.

E esta situação abrange exactamente a situação dos autos, em que a Administração se pronunciou sobre os elementos que foram

¹ - Acs do TSI, proc. 30/2001, proc.107/2001 e 41/2001, de 24/4/2003 e proc. 46/2003 de 27/11/2003

fornecidos pelo interessado, sem embargo de poderem ser pedidos alguns esclarecimentos se a eles houvesse lugar.

Assim, os conteúdos constantes dos documentos apresentados, designadamente os que importam à apreciação da Administração, devem ser considerados como opiniões dadas pelo recorrente sobre o procedimento administrativo por ele instaurado.

Quanto ao requerimento do recorrente, as questões e as provas produzidas que importam à decisão são apenas os factos e as provas produzidas pelo próprio recorrente e o conteúdo constante dos documentos, em que se refere que o recorrente tinha sido detido respectivamente pelo Corpo de Força de Segurança Pública e pela Polícia Judiciária e tinha sido enviado para o Ministério Público por ser suspeito de ter praticado crimes em Macau.

E sobre esses elementos verifica-se que ou foram fornecidos pelo próprio ou o requerente os não ignorava, sendo certo que não está em causa uma tomada decisão sobre os factos praticados, mas sim a valoração de uma decisão já tomada sobre factos cuja comprovação resulta de documentos escritos e até sobre documentos que foram solicitados e entregues pelo próprio, como aconteceu com o certificado de Hong Kong, relativo aos seus antecedentes.

Donde, a evidente não ocorrência de tal vício.

3. Quanto à falta de fundamentação.

A falta de fundamentação do acto imputada pelo recorrente ao acto em análise terá resultado do facto de a entidade recorrida ter

expressado apenas um “*não autorizo o pedido*”, pelo que o acto administrativo em causa teria apenas a parte de decisão, faltando a parte de fundamentação, o que viola o artigo 115.º, n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo, fazendo com que no acto administrativo em causa exista o vício de forma.

Tal vício gera tão somente anulabilidade, não cabendo em qualquer das situações previstas no artigo 122º, n.º 2 do CPA.

Nem se diga que, por se pretender que o direito à fundamentação é um direito fundamental, a invalidade gerada seria a nulidade, porquanto se torna necessário que o acto ofenda o “conteúdo essencial de um direito fundamental” – artigo 122º, n.º 2, d) do CPA.²

Em todo o caso, pode-se afirmar que o acto praticado tem ínsita uma fundamentação que não deixa de ser feita por remissão para o parecer que foi presente à entidade recorrida. Na verdade, o acto recorrido, ao fazer-se acompanhar do parecer do IPCIM (Instituto de Promoção do Comércio e do Investimento de Macau), referindo expressamente que os fundamentos do despacho são os constantes desse parecer, contém perfeitamente as razões de facto e de direito que

² - Por todos, Freitas do Amaral, Curso de Dto Adm., 2002, 408 e 420 e Esteves de Oliveira, Dto Adm., 1980, 572, não se estando perante uma das situações em que o dever de fundamentação possa ser considerado um meio insubstitível para assegurar uma protecção efectiva dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, como diz Vieira de Andrade, in O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos, 2003, 293

levaram o órgão recorrido a decidir como decidiu, o que é corroborado pela própria argumentação do Recorrente, ao atacar o acto por erro nos pressupostos, pressupostos esses que ele terá apreendido perfeitamente para deles discordar, para os rebater e para infirmar a sua verificação.

De facto, o Presidente substituto da Comissão Executiva do Instituto de Promoção do Comércio e do Investimento de Macau elaborou a sua proposta (cfr. fls. 58) de acordo com o parecer constante de fls. 60 a 61 dos autos, em que propôs que a entidade recorrida não autorizasse o pedido e, posteriormente, o despacho em crise foi apostado subsequentemente e sobre a mesma folha (cfr. fls. 6 do instrutor) donde consta aquela proposta que, remetendo para os termos e fundamentos de informação "*n.º 1095Residência/2003*" (cfr. tradução respectiva a fls. 76 a 78 dos autos).

Deste procedimento se há-de concluir necessariamente que a entidade recorrida terá interiorizado os fundamentos daquela proposta, não sendo credível, sob pena de perversão, o que não é próprio das pessoas de bem que aquele indeferimento, nas condições em que ocorreu tenha sido inconsciente e leviano.

O acto em crise estribou-se e anuiu a parecer que lhe foi submetido, o qual contém explicitadas, de forma clara, expressa, suficiente e congruente, as razões de facto e de direito que motivaram a entidade recorrida ao indeferimento, as quais se prendem, de forma sintética com a comprovada existência de antecedentes criminais do peticionante, pelo que, "*Concluída a investigação, a qualidade do requerente não satisfaz às determinações legais à fixação de residência*

em Macau através de investimento", sugerindo-se o indeferimento do pedido, "nos termos do art. 9º, n.º 2, al. 1) da Lei 4/2003, aplicada subsidiariamente pelo artigo 1º do Decreto-Lei n.º 14/95/M", ficando, pois, um cidadão médio em perfeitas condições de, seguindo o itinerário cognoscitivo e valorativo empreendido pelo autor do acto, alcançar aquelas razões.

Donde, encontrar-se tal acto devidamente fundamentado.

4. No que respeita à violação de lei.

Diz o recorrente que houve afronta do disposto no art. 99º, n.ºs 4 e 5 do Cód. Reg. Predial por, pretensamente, a entidade recorrida ter indevidamente usado documento constante da Conservatória do Registo Predial como prova da propriedade imobiliária do recorrente para apreciação do pedido.

Mas, em boa verdade, o recorrente não invoca nenhum facto para servir de fundamento a tal afirmação no sentido de que entidade recorrida comprovou a propriedade imobiliária do recorrente e apreciou o referido pedido através da informação escrita do registo predial.

Há, aliás, elementos dos autos que apontam para a existência de outros elementos, tal como a cópia notarialmente reconhecida da escritura pública da compra e venda, sendo certo que não se está num domínio rigoroso em termos civilistas, em que o direito de propriedade seja posto em causa e se torne imperioso a aplicação da regras estritas registrais e reais para comprovação desse direito que, aliás, não vem posto em crise.

Nem se vê em que medida tal facto prejudica o interessado, a quem incumbiria fazer prova do investimento, acrescentando ainda que, nos termos do artigo 5.º, n.º1, alínea b) do Decreto-Lei n.º 14/95/M, com a nova redacção dada pelos Decretos-Leis n.ºs 22/96/M e 22/97/M, “*o pedido de fixação de residência deve ser acompanhado de escrituras públicas relativas a contratos de compra e venda, ou outros documentos idóneos que comprovem a realização do valor de investimento*”.

Improcede e irreleva este apontado e inexistente vício.

5. Do apontado erro sobre os pressupostos de facto relativos à elisão do princípio da presunção de inocência.

Sobre esta questão não se deixa de acompanhar a análise que o Digno Magistrado do MP elabora no seu parecer, ao dizer que , na verdade, utilizou-se, a propósito de pretensa existência de antecedentes criminais do recorrente, além do mais, o facto de que o mesmo

"Foi acusado pela prática do tráfico de droga e de um crime de usura suspeito em 25 de Setembro de 1998;

Foi acusado pela prática de um crime contra a liberdade pessoal em 5 de Julho de 1999",

quando não existiu qualquer acusação por tais factos, já que o Mº Pº terá arquivado ambos os casos, o 1º por prescrição do procedimento criminal e o 2º por carência de prova.

Se assim foi, não há quaisquer dúvidas de que tais factos nunca podiam, por si só, valer como pressupostos de uma avaliação sobre o carácter e personalidade do interessado em obter a residência de Macau,

até porque pressupostos falsos, ou melhor, inexistentes.

O que diferente seria o facto de factos investigados e não acusados, porventura por falta de provas, a partir de informações policiais documentadas, poderem fazer prevenir uma tomada de posição sobre o pedido em causa.

E não se deixa de referir que a menção a *acusação*, entendida esta no sentido de peça processual penal, contendo em si os necessários pressupostos formais, tem de ser entendida nos seus devidos e exactos termos, sendo que a documentação junta e o próprio desenvolvimento do despacho desmente a sua existência, *qua tale*, pelo que resta o seu aproveitamento quanto às ilações que se retiraram daquela factualidade.

Para além de que não foi apenas em função de tais circunstâncias que a decisão foi tomada, tendo sido ponderado como fundamento para o indeferimento a existência de antecedentes criminais, tal como se consignou , *conforme o certificado emitido pelo departamento respectivo de Hong Kong que o requerente foi condenado na pena de 9 meses de prisão, em 26 de Outubro de 1992, pela prática de um crime de furto, cuja execução ficou suspensa pelo período de três anos.*

Não obstante a validade sobre a filosofia subjacente ao instituto de suspensão de execução da pena, o certo é que uma pena, ainda que suspensa na sua execução, não deixa de constituir, logo que transitada, "*antecedente criminal*" a levar em conta para os diversos efeitos, designadamente o contemplado na al. 1) do n° 2 do art. 9° da Lei 4/2003.

E que outras razões não houvesse sempre se chama a atenção para o facto de que, no nosso ordenamento jurídico o valor que se dá ao

decurso do período de suspensão da pena, sem que esta seja revogada, é o da extinção da pena, o que é diferente de extinção do crime. Este foi praticado e a autoridade administrativa é livre de retirar as consequências desse facto para avaliação de uma personalidade em vista dos fins perspectivados, sendo de relevar os interesses referentes à defesa da segurança e ordem públicas.

Como se assinala naquele duto parecer, neste contexto, temos, assim, que, pese embora a Administração possa ter indevidamente utilizado como fundamento da ocorrência de antecedentes criminais do recorrente a mera existência de inquéritos/crime, entretanto arquivados pelo M^ºP^º, a comprovada condenação/crime do mesmo pelas entidades judiciais de Hong Kong seria, por si, suficiente para a integração e subsunção operadas, para mais quando nos não encontramos face a acto vinculado em que se possa afirmar que, por força da aplicação dos dispositivos legais atinentes, a decisão seria sempre naquele sentido, não sendo de esquecer que se trata de acto de índole discricionária.

É certo que, mesmo neste enquadramento, a verificar-se erro nos pressupostos de facto, tal vício não deixaria de relevar; só que, verdadeiramente, aquele erro nos pressupostos não existe.

Donde, ter que se concluir, por um lado, que a entidade recorrida, decidiu tendo como base pressupostos reais e verdadeiros sendo que, por outro, não se pode ter como garantido que, o indeferimento operado, tivesse por base, ainda que complementarmente, as circunstâncias em apreço. A condenação crime em Hong Kong seria, por si só, suficiente para a integração jurídica operada, muito embora se conceda que sempre

seria de sindicar, não obstante esta suficiência, que para a Administração esse fundamento bastaria para a decisão tomada.

Mas outros fundamentos houve e igualmente legítimos nos termos acima vistos.

Prova-se que o interessado foi condenado em pena privativa de liberdade (fls. 9 dos autos) em Hong Kong, embora suspensa na sua execução, e foi investigado pela prática de crime em Macau (fls. 33, 36, 39 e 42 dos autos).

De facto, no despacho de arquivamento do MP refere-se expressamente que há indícios de o recorrente ter praticado crime e também se refere o tempo da prática do referido crime. A razão por que o Delegado do Ministério Público decidiu arquivar o referido processo é apenas devido à prescrição do procedimento criminal, mas, o arquivamento do processo não implica que não existam indícios suficientes da sua prática.

6. Finalmente, no que tange à assacada violação dos princípios da proporcionalidade, legalidade e justiça, que se reconduzem ao vício de violação de lei e se concretiza no exercício desrazoável de poderes discricionários, o recorrente alega que a decisão do indeferimento do seu pedido de fixação da residência proferida pela entidade recorrida violou o princípio de proporcionalidade e a entidade recorrida exerceu desrazoavelmente o poder discricionário.

Para isso, o recorrente invoca o facto de o crime de furto praticado pelo recorrente não ser crime grave; o facto de o recorrente ter

uma boa personalidade em termos de inserção social e de temperamento; o facto de a condenação da pena ter ocorrido em Hong Kong, há 12 anos e a pena de prisão ter sido extinta; o facto de não se provar que o recorrente infringiu as leis ou que praticou crime em Macau, pelo que, os factores desfavoráveis ao recorrente que a entidade recorrida ponderou na apreciação do pedido do recorrente são apenas as antecedentes criminais do recorrente em Hong Kong; o facto de a elaboração dos diplomas de fixação da residência se destinarem ao desenvolvimento económico e à promoção de investimento, sendo que nenhum destes diplomas prevê que os antecedentes criminais do requerente conduzem necessariamente à negação do pedido de residência; o facto de a entidade recorrida não ter autorizado o pedido de fixação de residência do recorrente só com base nos antecedentes criminais do recorrente, o que terá provocado um desequilíbrio entre dois aspectos sobre a ponderação dos valores.

Sobre isto há que dizer que nos encontramos perante um acto produzido no exercício de poderes discricionários que são conferidos em vista de um determinado fim (fim legal), importando analisar se o fim prosseguido (fim real) condiz ou não com aquele.³ E à luz das disposições do referido diploma - Lei 4/2003 -, pode concluir-se que a captação de investimento e de gente capaz de incentivar o desenvolvimento, enquanto uma mais valia para a R.A.E.M., será um dos fins, entre outros, a prosseguir na autorização ou negação de residência.

³ - Freitas do Amaral, Curso de Dto. Administrativo, 2002, II, 395

O recorrente não esclareceu concretamente onde reside o desequilíbrio entre dois aspectos a valorar, nem indicou concretamente quais os actos da entidade recorrida que podem fundamentar uma afronta àqueles princípios.

A violação do princípio da proporcionalidade, entendido este, enquanto conceito jurídico-administrativo, como uma avaliação entre duas grandezas conexas com os benefícios decorrentes da decisão administrativa para o interesse público prosseguido pelo órgão decisor e os respectivos custos, medidos pelo inerente sacrifício do interesse dos particulares⁴, não se verifica no caso presente. Por via da decisão tomada, visa-se a prossecução do interesse público e tal não se mostra desadequado ao fim legal, não se mostrando possível uma outra alternativa para além do deferimento e do indeferimento. Tendo sido esta a opção considerada adequada àquela prossecução, os sacrifícios daí resultantes não se mostram desequilibrados em vista do interesse público que se procura acautelar.⁵

O mesmo se passa em relação à alegada violação da legalidade, princípio este que se consubstancia na ideia de que os órgãos e agentes da Administração Pública somente podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por esta estabelecidos, não se enxergando que, ainda

⁴ - João Caupers, Introdução ao Dto Administrativo, 2001, 80

⁵ - Cfr. Ac. do TSI, de 46/2003 de 27/11/03

aqui, a Administração não tenha actuado em obediência à lei, dentro dos limites dos poderes que lhe são conferidos e em conformidade com os respectivos fins (artigo 3º, 1, do CPA).

A desrazoabilidade a que alude o artigo 21º, 1, d) do CPAC, aliás, adjectivada de *total*, deve ser entendida de forma a deixar um espaço livre à Administração, salvaguardados os limites próprios do poder discricionário, nomeadamente os limites internos decorrentes dos princípios da imparcialidade, igualdade, justiça, proporcionalidade ou outros, vertidos no Código do Procedimento Administrativo, assim se pondo cobro a eventuais abusos.

Ora, no caso concreto, não se vê qualquer desrazoabilidade, na forma como a Administração usou os seus poderes discricionários, não se concretizando qualquer caso de desigual tratamento para idênticas situações.

A condenação anterior é um acto que vale por si e pode ser tratado e valorado pela entidade recorrida para os fins da lei da residência, conjuntamente ou não com outros elementos, o que vale por si só, desde que perspectivada a valoração à luz dos fins e interesses que a lei visa salvaguardar e aqui não se vê qualquer possibilidade de sindicar aquela avaliação.

Quanto à personalidade do interessado, tal facto em nada afecta a objectividade dos factos que foram ponderados.

A extinção da pena, por outro lado, em nada afecta a existência do cometimento do crime e a realidade resultante dos

antecedentes criminais, sendo que, para este efeito, os efeitos negativos com reflexo eventual na eliminação do Registo Criminal ficam na disponibilidade do exercício discricionário da actividade da Administração.

Nos termos do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 14/95/M, aplicável subsidiariamente os artigos 9.º, n.º 2, alínea 1) e 4.º, n.º 2, alínea 2) da Lei n.º 4/2003, na tomada da decisão, a entidade competente para a apreciação do pedido deve atender, como factor de ponderação, aos antecedentes criminais do recorrente, se foi condenado em pena privativa e se existe indício de ter praticado crime.

Mesmo que só se atendesse aos antecedentes criminais, tal já seria suficiente para negar o pedido de fixação da residência do recorrente, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea 1) da Lei n.º 4/2003.

Por outro lado, nos termos da lei, a competência para considerar se o investimento é relevante é do Chefe do Executivo (artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 14/95/M); a autorização da residência só pode ser concedida pelo Chefe do Executivo depois de atender aos factores específicos (artigos 4.º e 9.º da Lei n.º 4/2003). Isto demonstra que a lei não garante que o pedido de fixação da residência seja necessariamente autorizada, mesmo que o requerente preencha os requisitos positivos e negativos previstos.

Em síntese, acompanha-se aqui o clarividente parecer do MP, ao dizer que se afigura que “ o acto em apreço foi tomado no exercício de poder público, com submissão à Lei e ao Direito, dentro dos limites dos poderes do órgão decisor e em conformidade com os fins gerais para que

tais poderes foram conferidos, conformado e harmonizado o interesse público específico que cabia; prosseguir com os direitos e interesses legítimos do particular afectado, não se vendo que se tenha ao mesmo imposto sacrifício de direitos infundado ou desnecessário, desde logo pelo simples facto de que o mesmo viu intocada a sua esfera jurídica: não tinha, antes do acto, direito de fixação de residência na RAEM e assim continuou após a prolação do mesmo.”

Não se acolhem, pois, ainda aqui as invocadas razões justificativas da anulação do acto.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, **acordam em negar provimento ao presente recurso contencioso.**

Custas pelo recorrente, com 6 UC de taxa de justiça

Macau, 10 de Novembro de 2005,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator)

José Maria Dias Azedo

Lai Kin Hong