

Processo n.º 282/2004

Data : 12 de Maio de 2005

- Assuntos: - Cumulação ilegal dos pedidos
- Autorização de residência
- Falta de fundamentação
- Nulidade
- Anulabilidade
- Vício de violação da lei
- Poder discricionário
- Erro nos pressupostos de facto
- Erro no fim

SUMÁRIO

1. No recurso contencioso vigora o regime de cassação e não de substituição, não podendo o tribunal, para além da anulação do acto administrativo, ordenar a prática pela Administração qualquer acto de mérito, que será de competência da Administração, sob pena de usurpação de poder.
2. A falta de fundamentação implica um vício de forma em sentido estrito, isto é, a lesão por ela causada incide sobre o momento da declaração ou expressão da vontade, não integrando o vício de “falta absoluta de forma legal” que determina a nulidade do acto.

3. A falta de fundamentação determina a anulabilidade do acto administrativo.
4. O vício de forma previsto no artigo 122º nº 2 al. f) do CPA comporta três modalidades:
 - 1) preterição de formalidade anteriores à prática do acto (v.g. falta de audiência dos interessados);
 - 2) preterição de formalidades relativas à prática do acto (v.g. regras sobre a votação em órgãos colegiais); e
 - 3) carência de forma legal (v.g. prática por despacho de actos em relação aos quais a lei exija a forma de regulamento administrativo)
5. O artigo 114º do Código de Procedimento Administrativo impõe ao acto administrativo o dever de fundamentação de modo a ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, sem conter obscuridade, contradição, esclarecendo por forma clara e suficiente a motivação do acto.
6. A autorização de residência na R.A.E.M. é dada no exercício de discricionariedade por ocorrer uma ampla margem de livre apreciação ou de auto determinação.
7. Se os pressupostos são de escolha discricionária e ocorrer um erro de facto sobre eles, há violação de lei por o órgão dar como provados factos que não ocorreram.
8. Se o erro, não recaindo sobre os pressupostos do acto, incidir sobre o fim, ou seja sobre a necessidade ou interesse públicos,

haverá desvio de poder, já que a lei dispôs um interesse legal e esse erro condicionou, em oposição, a escolha discricionária.

O Relator,
Choi Mou Pan

Processo n.º 282/2004

Recorrente : A

Recorrido : Secretário para a Segurança (保安司司長)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M. :

A, casado, natural da Birmânia, titular do B.I.R.M. n.º . XXX, emitido em 29 de Julho de 1999, pelos Serviços de Identificação de Macau, e aqui residente, interpôs recurso de anulação do despacho do Exmº Senhor Secretário para a Segurança que indeferiu o seu Pedido de Fixação de Residência por Razões Humanitárias, apresentado em de 07/06/2004, alegando que:

1. O Despacho recorrido não está conforme o disposto no art. 115º. do CPA, pelo que, padece de falta de fundamentação
2. Sofrendo a fundamentação do referido despacho de obscuridade, incongruência, insuficiência e inexactidão determina a lei a falta da mesma, conforme o disposto no art. 115º. Do CPA, o que determina ainda a nulidade do despacho - Cfr. art. 122º, nº 2, alínea f).

3. O Despacho recorrido padece de vício de violação de lei, porquanto há manifesta discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis, ou quando sejam infringidos os princípios gerais que limitam ou condicionam a discricionariedade administrativa.
4. O Despacho recorrido contraria a Lei Básica, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o Código Civil nas normas acima referidas, conduta violadora dos princípios da legalidade (artº 3º do CPA), da proporcionalidade (artº 5º do CPA) e da justiça (artº 7 do CPA) padecendo, assim, o acto de violação de lei, o que o torna anulável nos termos do artº 124º do CPA;
5. O despacho recorrido padece ainda de vício de violação de lei por total desrazoabilidade do exercício dos poderes discricionários conferidos à Administração para apreciação do pedido formulado pelo Recorrente, ao ignorar os fins visados pelo artigo 8.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003, de 14 de Abril de 2003.
6. Mas o vício de violação de lei é igualmente patente através da incorrecta avaliação dos factos e do direito efectuado pela Administração e, por conseguinte, é anulável (Cfr. art. 124.º do CPA).

Pede a revogação a decisão recorrida, deferindo a pretensão do Recorrente autorizando que o mesmo possa fixar residência nesta RAE.

Contestou a entidade recorrida pugnando pelo não provimento do recurso.

Correram os normais termos processuais, veio o Digno Magistrado do Ministério Público apresentar parecer que se transcreve o seguinte:

Vem A, natural da Birmânia, impugnar o despacho do Secretário para a Segurança da RAEM, de 30/08/04, que indeferiu pedido de autorização de residência em Macau por razões humanitárias, assacando-lhe, ao que se colhe da respectiva P.I. (já que não apresentou alegações), vícios de:

- forma, por falta de fundamentação;
- violação dos princípios da legalidade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade;
- Erro nos pressupostos de facto e de direito e
- Total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários.

Não lhe assiste, contudo, a nosso ver, qualquer razão.

Uma primeira nota que não poderíamos deixar de realçar, prende-se com o brilhantismo da exposição do recorrente relativamente à análise dos contornos gerais e abstractos, quer dos deveres imputáveis à Administração (como é o caso do dever de fundamentação), quer dos princípios gerais (legalidade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade) que vê afrontados.

Por aí se queda, porém, a nossa adesão, já que entendemos que, no caso vertente, tal afronta se não regista.

Da leitura do texto do despacho resulta claro que a decisão do indeferimento se ficou a dever ao facto de se ter verificado que o

recorrente “... foi condenado em cúmulo, pelo Tribunal Judicial de Base, a pena de três anos de prisão suspensa por três anos, pelos crimes de posse indevida de armas proibidas, sequestro e de coacção grave, não sendo assim digno de ser residente da RAEM.

Além disso, outras situações expostas pelo interessado também não alcançam justificação e fundamento bastantes integradores da autorização excepcional, pelo que, tendo considerado ao disposto nas alíneas 1) e 6) do nº 2 do artigo 9º da Lei 4/2003, decido indeferir o pedido de fixação de residência do interessado”.

Ora perante tal exposição, onde vê o recorrente a obscuridade na fundamentação assacada? É ou não verdade, está ou não comprovado que aquele foi condenado criminalmente no âmbito de processo respeitante ao uso de armas proibidas, sequestro e coacção? Essa justificação não é válida apenas porque o recorrente invoca uma participação, uma responsabilidade mais “macia” nos factos?

O grau de participação, de responsabilidade do recorrente teve o devido reflexo na medida concreta da pena que lhe foi aplicada em sede criminal. A esse propósito, ponto final.

Agora, é um facto que a condenação existe e as entidades administrativas podem (e, dizemos nós, devem) levá-la em conta na apreciação do “background”, do comportamento anterior do peticionante de pedido de autorização de residência, como é o caso.

Estando, além do mais, em causa a defesa da segurança e ordem públicas da Região, tudo o que possa reforçar, potenciar o juízo de perigosidade relativo a qualquer indivíduo deverá ser levado em consideração, tenham ou não alguns dos factos a tal juízo atinentes sido já

levados em conta em anteriores decisões.

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

E é assim que a própria lei – artº 9º, nº 2, 1 – vem especificamente expressar dever atender-se a tal aspecto, ficando, pois, um cidadão médio em perfeitas condições de apreender das razões de facto e de direito que determinaram o indeferimento.

E, embora fosse desejável, no que tange ao não preenchimento da al 6) do mesmo normativo (3º parágrafo do acto) quiçá alguma maior concretização, cremos não ser exigível à entidade administrativa uma resposta “pari passu” ao argumentado a tal propósito pelo recorrente, pelo que, ao referir-se não alcançarem “... justificação e fundamento bastantes integradores da autorização excepcional...” as “outras situações expostas pelo interessado” se estará a integrar suficientemente aquele dever de fundamentar.

Refere-se, de seguida, o recorrente a alegada violação, nada mais nada menos, que dos princípios da legalidade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade, reportando-se, a esse propósito, no essencial, ao facto de, com a decisão em crise, se pôr em causa o seu direito de manter a integridade e unidade familiar, acarretando a separação pai/filho, inibindo aquele do exercício do poder paternal nas suas diversas vertentes, vendo, a esse nível, ofensas à Lei Básica, à Lei de Bases de Política Familiar da RAEM, à Convenção sobre os Direitos da Criança e ao Código Civil.

A tal propósito, apenas duas notas:

- Como bem sustenta a recorrida, a recusa de concessão de autorização de residência ao recorrente não contende, por si, com o direito de o mesmo manter a integridade e união familiar: a sua presumível saída da Região não implica a obrigatoriedade de permanência na mesma do seu agregado familiar, nada obstando a que o mesmo o acompanhe, não se vendo, pois, afectado, em qualquer vertente, o exercício do poder paternal;
- Depois, é evidente que o recorrente, apesar do acto, manteve inalterável e intocada a respectiva esfera jurídica: não tinha, antes do acto, autorização de permanência e continuou a não tê-la depois do mesmo, não se vendo, em tal caso, como possa esgrimir-se com eventual afronta do princípio da justiça.

E, ainda menos se divisa a pertinência de pretensa ofensa da imparcialidade, invocando-se, como se invoca, o paralelo dos residentes de Macau: pois se as condições, as posições são diferentes, como não existir diferente tratamento? De resto, bem vistas as coisas, relativamente a residente de Macau a problemática em causa nem sequer se poria.

Depois, torna-se obvio que a medida em crise – e estamos a falar de mero indeferimento de pedido de autorização de permanência na Região – foi tomada, além do mais, em sede de estratégia de segurança e prevenção da criminalidade, tornando-se, pois, matéria do máximo interesse público, pelo que se não descortina a ocorrência da assacada afronta do princípio da proporcionalidade: é sensato, é razoável que as entidades públicas para o efeito vocacionadas, em face de indivíduo a quem caducou o Título de Residência Temporária, implicando a sequente caducidade de autorização de residência e sobre o qual existe registo de

condenação criminal na Região pela prática de ilícitos a que já se aludiu, lhe não defiram, de acordo com os dispositivos legais vigentes, pedido de fixação de residência por razões humanitárias, por forma a prevenir a criminalidade e salvaguardar a segurança, não se divisando que se mostre ultrapassada a justa medida ou que outras medidas necessárias e adequadas para atingir aqueles fins pudessem ter sido tomadas no quadro legal existente, que implicassem menos gravames, sacrifícios ou perturbações à posição jurídica do recorrente, quando, como se viu, nos encontramos face a acto de conteúdo negativo, que em nada alterou a esfera jurídica daquele.

Não se entende, por outro lado, a que se reporta o peticionante quando esgrime com alegado erro nos pressupostos de facto e de direito.

A esse propósito, limitando-se a transcrever o disposto nos artº 8º e 9º da Lei 4/2003, acaba por concluir que “... existem razões suficientes para se afirmar que se está perante uma situação atendível por razões humanitárias ...”.

Não o entendeu assim a entidade recorrida. E, em abono da verdade, não colhemos do apurado a esse respeito, quer nos autos, quer no instrutor, que tal apreciação não corresponda à realidade: mesmo dando de barato que o recorrente vive em Macau há 8 anos, com nível de vida económico/social/efectivo razoável, tal não justifica, por si, como é óbvio, situação a merecer tutela especial, sendo certo que a separação familiar, a existir, não decorre necessariamente do acto.

Para além de que (convirá não esquecer-lo), quiçá o motivo mais determinante do indeferimento registado se fica a dever à condenação criminal, matéria perfeitamente comprovada e a que a lei manda

expressamente atender, sendo certo que na apreciação do requerimento em questão, os normativos aplicáveis deixam ao órgão decisor ampla liberdade de apreciação acerca da conveniência e da oportunidade sobre o respectivo deferimento, encontrando-nos, assim, face a acto produzido no exercício de poderes discricionários, sucedendo que, por norma, nesta área, a intervenção do julgador ficará reservada apenas para casos de erro grosseiro ou injustiça manifesta.

Não sendo o caso, não se vê também onde a assacada “total desrazoabilidade no exercício dos poderes discricionários.”

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

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos dos Mm^o Juiz-Adjuntos.

Conhecendo

- É a seguinte decisão objecto do presente recurso contencioso:

“Despacho

Assunto: Pedio da fixação de residência

O interessado: A

Refa. Informação MIG.. 1003/04/E

Em virtude da caducidade do Título de Residência Temporário do interessado, implicou a caducidade da autorização de residência, vem

agora pedir a fixação de residência em Macau por razões humanitárias.

Após consulta o processo do interessado, verifica-se que foi condenado em cúmulo, pelo Tribunal Judicial de Base, a pena de três anos de prisão suspensa por três anos, pelos crimes de posse indevido de armas proibidas, sequestro e de coacção grave, não sendo assim digno de ser residente da RAEM.

Além disso, outras situações expostas pelo interessado também não alcançam justificação e fundamento bastantes integradores da autorização excepcional, pelo que, tendo considerado ao dispostos nas alíneas 1) e 6) do n.º 2 do artigo 9º da Lei n.º 4/2003, decidido indeferir o pedido da fixação de residência do interessado.

Macau, 30 de Agosto de 2004.

O Secretário para a Segurança

Cheong Kcok Va”

- E é o seguinte o despacho que indeferiu o pedido de renovação de Título de Residência Temporária por caducidade, que elabora em chinês e o parecer que serve de base deste inderimento:

“批示

事項：居留許可續期申請

利害關係人：A

參件：出入境事務廳第 2077/03/E 及 25/04/E 號報告書

利害關係人於 2001 年 1 月所提出的居留證續期申請於 2001 年 5 月獲批准，有效期至 2002 年 1 月。此後，利害關係人雖一直在澳門逗留，但從

未前往出入境事務廳再次辦理有關續期手續，直至 2003 年 9 月。

根據當時生效的規範出入境、逗留及定居一般制度的第 55/95/M 號法令第 33 條規定，在居留證失效後 180 日內，未申請續期者，其居留許可即告失效。

由此可見，利害關係人提出續期申請時，其居留證已失效超過 180 天，故其居留許可早已失效，因此，不批准其提出的居留許可續期申請。

保安司司長

張國華

二零零四年三月四日”

1. 利害關係人 A，男，緬甸籍，持緬甸護照編號 XXX，發出日期為 96 年 10 月 15 日，延期有效至 2005 年 10 月 12 日，1997 年 1 月 9 日獲准在澳居留，以便與持澳門永久居留證編號 17063/89、澳門居民身份證第 XXX 號的妻子 XXX 團聚，1997 年 1 月 22 日獲發澳門臨時居留證第 XXX 號，續期有效至 2001 年 1 月 21 日。
2. 2001 年 1 月 19 日，利害關係人為其澳門臨時居留證申請續期，5 月 31 日獲批准。但是，由於他涉案初級法院正進行預審，故批准續期申請的條件是“... 需待法院判決後，再決定是否繼續批准在澳居留...”；然而，自上述申請獲批准後，利害關係人並未繳納有關續期費用、領取居留證；2001 年 11 月 13 日，他遞交了聲明書，聲稱因其緬甸護照被初級法院扣留，在(2002 年)2 月份方可領回；11 月 21 日，上級作出批示，著令“待當事人領回護照後，才為其續期臨時居證”；但他於 2001 年 11 月 13 日遞交聲明書之後，就一直杳無音訊；2003 年 9 月 9 日，利害關係人在其臨時居留證有效期逾期超過 180 天的情況下，提交該證之續期申請，保安司司長

於 2004 年 3 月 4 日作出批示 “... 根據當時生效的... 第 55/95/M 號法令第 33 條規定，在居留證失效後 180 天內，未申請續期者，其居留許可即告失效。.....故其居留許可早已失效，因此，不批准其提出的居留許可續期申請”

3. 於本年 5 月 10 日，本廳將保安司司長作出不批准利害關係人臨時居留許可續期申請的有關批示內容，已書形式通知了利害關係人。
4. 於本年 6 月 11 日，本廳接獲由行政長官辦公室發出的公函編號 2617/GCE/2004，而有附件如下：
 - 由利害關係人所簽署的授權書。(文件 1)
 - 利害關係人透過其合法授權人施馬龍大律師遞交的訴願書，要求行政長官根據第 5/2003 號行政法規第 8 條的規定，以人道理由批准利害關係人獲得澳門永久居留，並提出共 20 點理據，而主要內容擇錄如下：(文件 2)
 - A. 申請人被通知其居留許可續期申請遭否決（請參考附件 3）；
 - B. 導致利害關係人未能在適當的時間向有權當局遞交其護照的原因，僅是由於他並不認識任何一種澳門特別行政區的官方語言；
 - C. 申請人自 1996 年 10 月 25 日開始在澳門居住，已婚並有一名兒子（請參考第 4、5 號件）；
 - D. 他來澳的目的是與他合法在本澳居住的妻子團聚；
 - E. 申請人已盡快尋求融入澳門的社會，並在文華東方酒店找到一份樓面的工作至今（請參考第 6 號附件）；
 - F. 在工作的地方他被受尊重，視為一個忠誠可靠的員工，很快便得到同事、上司和客人的賞識；

- G. 在 2002 年 7 月 4 日，申請人由於無知及渴望幫助他的上司，後被捲入一宗罪案；
- H. 在該事件中，利害關係人僅參予陪同其上司追討債項的角色，無奈該事件隨後演變得較為複雜。
- I. 正如載於對他的裁判中另一份判詞所述，這件事與他的私人生活是毫不相干的，因為申請人在此之前從未犯過作任何罪行；(請參考第 7 附件)；
- J. 申請人為人和藹可親，對所做的錯事深感後悔，永遠都不會再犯，在判罪後的兩年後，申請人與警察當局和法庭間並無任何事件發生；
- K. 申請人及其妻子是完全融入澳門社會，擁有自己的物業及定期向銀行贖還按揭貸款，而其兒子在福建小學就讀（請參考第 8、9 號附件)；
- L. 假如申請被遣返原居地的話，將對其兒子的健康成長及與家庭的親和，無論在他的成長和求學方面來看，都會造成無法挽回的損害，申請人的家庭在澳門社會的融合努力亦成泡影；
- M. 申請人夫婦一起工作所得的總收入約為九千元澳門幣（請參考第 6、10 附件)；
- N. 申請人因此而失去享受寬裕的生活，因為，包括該對夫婦的兒子，他們向來無論在情感上或經濟上都生活得極為滿足；
- O. 面對申請人無法繼續與他的妻子和兒子一起生活的事實，決定引用第 5/2003 號行政法規第 8 條所賦予的權力，要求以這種權力去重整為他的情況；

- P. 根據行政當局的要求，申請人願意提供一名負責保障其在澳生活及當被著令離境時所需費用的擔保人。
- Q. 由此可以證明，申請完全符合他在將來供養兒子的教育，以及整個家庭享有富裕生活的經濟條件；
- R. 因此，無論如何，給予申請人一個公平合法的居民身份可以視為澳門特別行政區政府，特別在社會救濟服務方面對他的義務，因為申請人很守信用地履行他的稅務及社會責任，自 1997 年起繳交社會保障基金及有關稅項；
- S. 鑑於申請人在澳已居住差不多 8 年，若被勒令離開，將引致其失去現時擁有的在社會、經濟方面達到相當水平的地位，故此，上述理由應可被視為充份、並應藉著人道理由而准予其訴求；
- T. 另一方面，分離對他本人或他的家人都是一個極其沉重的打擊，總的來說，應該視為一個真正的例外情況及例外的方式處理。
5. 根據其提交的一份初級法院的判詞證實，利害關係人因涉嫌非法持有及使用武器、禁錮、脅迫等罪被判徒刑 3 年及准予緩刑 3 年。
6. 鑑於利害關係人於 2001 年 5 月所獲批予的居留許可逾期 180 天內仍未申辦有關續期，根據當時生效的第 55/95/M 號法令第 33 條規定，居留許可即告失效，且喪失為取得永久居民資格而計算的連續時間，故此，本人認為基於本次要求批予在澳永久居留的申請，因欠缺法律依據而應不予批准。另一方面，雖然利害關係人自 1997 年開始在澳生活，且其配偶和幼子均為澳門居民，但由於他因在澳非法持有及使用武器、禁錮、脅迫等罪被判徒刑 3 年（准予緩刑 3 年）的犯罪前科，並不符合第 4/2003 號法律第 9 條第 2 款 1 項所規定的為批給居留許可所應考慮的因素（刑事犯罪前科、經證實不

遵守澳門特別行政區法律.....)；再者，若批予其在澳居留，將在某一程度上直接影響本澳的治安，故此，本人建議不批准利害關係人在澳居留。

呈上級審批”

Foram colocadas as seguintes questões:

- Vício de forma por falta de fundamentação;
- Vício de violação da lei.

Antes de avançar, não podemos deixar de referir que o recorrente pediu no seu recurso não só a anulação da decisão recorrida, como também o deferimento da sua permanência em Macau.

Como se sabe, no recurso contencioso vigora o regime de cassação e não de substituição, não podendo o tribunal, para além da anulação do acto administrativo, ordenar a prática pela Administração qualquer acto de mérito, que será de competência da Administração.

Nestes termos, não pode cumular os pedidos de anulação e o da autorização da permanência do recorrente na Região, sob pena de usurpação do poder.

Pelo que deve rejeitar o pedido de se autorizar que o mesmo possa fixar residência nesta RAE, pela cumulação ilegal dos pedidos.

1. Falta de fundamentação

O recorrente entende que a fundamentação do acto recorrido

sofre de obscuridade, incongruência, insuficiência e inexactidão, conforme o disposto no art. 115º. do Código de Procedimento Administrativo, o que determina ainda a nulidade do despacho – Cfr. art. 122º, nº 2, alínea f) do mesmo CPA.

É de destacar que o vício de falta de fundamentação não integra o vício de “falta absoluta de forma legal”, digamos que a falta de fundamentação implica um vício de forma em sentido estrito, isto é, a lesão por ela causada incide sobre o momento da declaração ou expressão da vontade.¹

No D.L. nº 32/85/M² que tinha estabelecido o regime jurídico dos actos administrativos, previa expressamente no seu artigo 8º nº 9 que “a falta de fundamentação determina a anulabilidade do acto administrativo”.

A doutrina e a jurisprudência são unânimes quanto a considerar que a falta ou insuficiência da fundamentação constitui um vício de forma que determina, em princípio, a invalidade do acto,³ mas a lei não estabeleceu expressamente a modalidade da invalidade.

Deve-se entender que a lei não pretende impor a modalidade de nulidade à falta de fundamentação nos termos do artigo 122º nº 2 al. f) do CPA, pois este se trata de um vício de forma, vício que consiste na preterição de formalidades essenciais ou na carência de forma legal.

1 Lino Ribeiro e Cândido do Pinho, Código do Procedimento Administrativo de Macau, anotado e comentado, 1998, p. 644.

2 Revogado pelo D.L. 35/94/M que também foi revogado pelo D.L. nº 57/99/M que aprovou o actual Código de Procedimento Administrativo.

3 Obra Sup. cit.

Este vício comporta três modalidades:⁴

1) preterição de formalidade anteriores à prática do acto (v.g. falta de audiência dos interessados);

2) preterição de formalidades relativas à prática do acto (v.g. regras sobre a votação em órgão colegiais); e

3) carência de forma legal (v.g. prática por despacho de actos em relação aos quais a lei exija a forma de regulamento administrativo)

Sendo assim, sem ter cominado expressamente a nulidade do acto, a eventual vício de falta da fundamentação integra apenas o vício que determina a anulabilidade do acto administrativo – artigo 124º do CPA.

Avancemos.

O artigo 114º do Código de Procedimento Administrativo impõe ao acto administrativo o dever de fundamentação, e, a fundamentação esta deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo embora consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas que constituem neste caso parte integral do respectivo acto – nº 1 do artigo 115º do CPA, sem conter obscuridade, contradição, de modo a esclarecer por forma clara e suficiente a motivação do acto, sob pena de o acto ser considerado pela falta de fundamentação – artigo 115º nº 2.

Ou seja, nestes termos constituem requisitos da fundamentação

4 Obra Sup. Cit., p. 699.

os seguintes:⁵

- 1) Indicação dos motivos de facto e de direito;
- 2) Indicação expressa (embora sucinta) dos fundamentos;
- 3) Clareza (sem obscuridade);
- 4) Suficiência; e
- 5) Congruência (sem contradição)

Podemos afirmar que a fundamentação traduz-se em requisito formal do acto administrativo, de modo a ser exigível uma fundamentação expressa, clara, suficiente e sem contradição.

Ensina o Prof. Vieira de Andrade, “o conteúdo da fundamentação expressa exigida pela dimensão formal do dever não é, portanto, o de uma qualquer declaração do agente sobre as razões do acto, assim como não é a ausência total de menção dos fundamentos a única modalidade de vício de forma por incumprimento desse dever. O conteúdo da declaração fundamentadora não pode ser o de um qualquer enunciado, há-de consistir num discurso aparentemente capaz de fundar uma decisão administrativa.”⁶.

Consignou o Acórdão do Tribunal de Última Instância, de 6 de Dezembro de 2002 do processo nº 14/2002, que esta exigida fundamentação apresenta uma plurifuncionalidade que visa não só a tradicional protecção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, mas sobretudo a maior prudência e objectividade no

5 Mário Esteves Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, 1980, pp.471 a 475.

6 In “O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos”, Almedina, Coimbra, 1991, p.231

processo conducente à tomada decisão e a correcção e justeza desta, satisfazendo, deste modo, o interesse público da legalidade e até juridicidade das actividades administrativas, bem como a compreensão do sentido decisório pelo próprio destinatário e o público em geral, evitando a potencial conflitualidade.

A fundamentação constitui sempre um instrumento de análise da conformidade entre os pressupostos e/ou o conteúdo do acto e a previsão da situação e/ou o comando contidos nas normas legais: o controle ou fiscalização de fundo é facilitado, sobretudo nos actos discricionários, pela existência duma declaração fundamentadora. Por outro lado, nem sempre a falta ou insuficiência da fundamentação conduz à invalidade do acto.⁷

In casu, o acto recorrido fundamentou essencialmente com base nos factos de ter sido condenado pelo Tribunal de Macau pela prática dos crimes de posse indevido de armas proibidas, sequestro e de coacção grave e a inexistência das circunstâncias para a autorização excepcional do pedido nos termos das alíneas 1) e 6) do nº 2 do artigo 9º da Lei n.º 4/2003.

Como podemos ver, a decisão recorrida fundamentou nos factos concretos e nas disposições legais, e, para um cidadão normal, é fácil ser percebível os fundamentos do acto, e o próprio acto não deixa de ser inequívoco ao decidir o indeferimento do pedido, sendo, embora sucinto, claro, congruente e suficiente.

Não se pode então imputá-lo pela falta de fundamentação, improcede assim esta parte do recurso.

7 Lino J. B. R. Ribeiro e J. Cândido de Pinha, ob.cit. p. 637.

2. Vício de violação da lei

Entende o recorrente que, por uma lado, há manifesta discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis, ou quando sejam infringidos os princípios gerais que limitam ou condicionam a discricionariedade administrativa; por outro lado, o Despacho recorrido contraria a Lei Básica, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o Código Civil nas normas acima referidas, conduta violadora dos princípios da legalidade (artº 3º do CPA), da proporcionalidade (artº 5º do CPA) e da justiça (artº 7 do CPA) padecendo; e por final o despacho viola o princípio de razoabilidade do exercício dos poderes discricionários conferidos à Administração para apreciação do pedido formulado pelo Recorrente, ao ignorar os fins visados pelo artigo 8.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003, de 14 de Abril de 2003.

Tais questões comportam o vício de violação da lei.

O que está em causa é precisamente o pedido de Fixação de Residência por Razões Humanitárias, que foi indeferido pela entidade recorrida com o fundamento de, por um lado, ter o recorrente praticado em Macau os crimes de detenção de arma proibida, de sequestro e de coacção e, por outro, não existência da situação para a autorização excepcional.

Prevê o artigo 9º da Lei nº 4/2003 que:

“1. O Chefe do Executivo pode conceder autorização de residência na RAEM.

2. Para efeitos de concessão da autorização referida no número anterior deve atender-se, nomeadamente, aos seguintes aspectos:

- 1) Antecedentes criminais, comprovado incumprimento das leis da RAEM ou qualquer das circunstâncias referidas no artigo 4.º da presente lei;⁸
- 2) Meios de subsistência de que o interessado dispõe;
- 3) Finalidades pretendidas com a residência na RAEM e respectiva viabilidade;
- 4) Actividade que o interessado exerce ou se propõe exercer na RAEM;
- 5) Laços familiares do interessado com residentes da RAEM;

8 Dispõe o Artigo 4º (Recusa de entrada) que

“1. É recusada a entrada dos não-residentes na RAEM em virtude de:

- 1) Terem sido expulsos, nos termos legais;
- 2) A sua entrada, permanência ou trânsito estar proibida por virtude de instrumento de direito internacional aplicável na RAEM;
- 3) Estarem interditos de entrar na RAEM, nos termos legais.

2. Pode ser recusada a entrada dos não-residentes na RAEM em virtude de:

- 1) Tentarem iludir as disposições sobre a permanência e a residência, mediante entradas e saídas da RAEM próximas entre si e não adequadamente justificadas;
- 2) Terem sido condenados em pena privativa de liberdade, na RAEM ou no exterior;
- 3) Existirem fortes indícios de terem praticado ou de se prepararem para a prática de quaisquer crimes;
- 4) Não se encontrar garantido o seu regresso à proveniência, existirem fundadas dúvidas sobre a autenticidade do seu documento de viagem ou não possuírem os meios de subsistência adequados ao período de permanência pretendido ou o título de transporte necessário ao seu regresso.

3. A competência para a recusa de entrada é do Chefe do Executivo, sendo delegável.”

6) Razões humanitárias, nomeadamente a falta de condições de vida ou de apoio familiar em outro país ou território.

3. A residência habitual do interessado na RAEM é condição da manutenção da autorização de residência.” (sub. nosso)

E para a autorização de residência, deve, como prevê o artigo 10º, satisfazer os seguintes requisitos:

“1. São requisitos para a concessão da autorização de residência, sem prejuízo da documentação exigível em diploma complementar:

- 1) O pagamento de uma taxa de autorização de residência, de montante a fixar em diploma complementar;
- 2) A constituição de fiador ou de garantia bancária.

2. O pagamento da taxa referida na alínea 1) do número anterior é condição de eficácia da autorização de residência.

3. Os cidadãos chineses residentes da China continental só podem obter autorização de residência na RAEM se forem titulares de documentos emitidos para o efeito pelas autoridades chinesas competentes.”

Também prevê o artigo 11.º sob o título de “Autorização excepcional” que:

“1. O Chefe do Executivo pode, por razões humanitárias ou em casos excepcionais devidamente fundamentados, conceder a autorização de residência com dispensa dos requisitos e condições previstos na

presente lei e das formalidades previstas em diploma complementar.

2. A dispensa prevista no número anterior, quando deferida, não pode ser invocada por outras pessoas não compreendidas no respectivo despacho, mesmo com fundamento em identidade de situações ou maioria de razão.”

Perante esta disposição legal, podemos afirmar que é lícito concluir que a autorização de residência na R.A.E.M. é dada no exercício de discricionariedade por ocorrer uma ampla margem de livre apreciação ou de auto determinação.

Também podemos afirmar que a regulamentação legal da autorização de residência deixa de entre as duas soluções legalmente possíveis (autorizar ou negar) que a Administração decida livremente.

Como define o Prof. Marcello Caetano, “o poder será discricionário quando o seu exercício fica entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adoptar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere”.⁹

Sendo certo, não existe discricionariedade pura, pois há, quase sempre, aspectos vinculados. Só que, predominando a liberdade optativa da Administração, as áreas vinculadas surgem em doses não alopáticas, deixando ao acto um tratamento, essencialmente, como discricionário. Assim sendo, nos momentos e aspectos vinculados, o acto pode ser atacado por violação de lei.¹⁰

Pois, uma vez que o acto administrativo supõe uma

9 In Manual de Direito Administrativo, vol. I, p. 214

10 Vide Acórdão do TSI de 31 de Janeiro de 2002 do Processo nº 164/2001

determinada situação de facto que tem uma relação directa com o seu objecto e no caso em que essa situação não existe como vem enunciada, o autor do acto fundou-se em diferente situação, por erro.

E neste Tribunal de Segunda Instância também tem consignado nos vários acórdãos que o erro nos pressupostos de facto reconduz-se à mera violação de lei nos actos vinculados mas assume autonomia se o acto é discricionário, ou seja, o mesmo (o erro) só releva no plano da actividade discricionária, com esse *nomen juris*.¹¹

Nestes termos, entende-se que, se os pressupostos são de escolha discricionária e ocorrer um erro de facto sobre eles, há violação de lei por o órgão dar como provados factos que não ocorreram.¹²

Mas se o erro, não recaindo sobre os pressupostos do acto, incidir sobre o fim, ou seja sobre a necessidade ou interesse públicos, haverá desvio de poder, já que a lei dispôs um interesse legal e esse erro condicionou, em oposição, a escolha discricionária.

No caso *sub judicio*, não ficou provado qualquer erro sobre os pressupostos de facto, nem, incumprimento de normas legais nos momentos vinculados.

De facto, o despacho recorrido acentuou nos antecedentes criminais do requerente acolhendo aquelas preocupações exprimidas no

¹¹ Neste sentido, entre outros, os Acórdãos deste T.S.I. de 27 de Janeiro de 2000 do processo nº 1176, de 17 de Maio de 2001 do Processo nº 205/2000.

¹² Mário Esteves de Oliveira, Direito Administrativo, Vol. I, Lisboa, 1980, pp. 565 a 566; os Acórdãos, entre outros, de 31 de Janeiro de 2002 do processo nº 164/2001, de 15 de Abril de 2004 do processo nº 162/2003.

artigo 4º da Lei 4/2003, bem assim o facto de falta de verificação das situações previstas na al. 6 do nº 2 do artigo 9º da mesma Lei para que a razão humanitária pudesse invocada para a autorização de residência requerida.

Nem está verificado o erro sobre o fim de acto, quer do definido pela Lei 4/2003, quer do definido pela Lei de Bases de Política Familiar (Lei nº 6/94/M de 1 de Agosto).

Já que, por um lado, não estão provados factos comprovativos da falta de condição de vida ou de apoio familiar em outro país ou território, nomeadamente da sua origem, que permite a Administração da Região possa invocar a razão humanitária; por outro lado, está o presente procedimento em causa a admissão da residência na Região, não se põe em causa o dever imposto pela Lei nº 6/94/M, como invocou o recorrente.

Quanto à invocação de ter o recorrente sido alvo de profunda discriminação, não tem qualquer suporte fáctico, que se afigura ser manifesta improcedente, pois:

Não está provado facto comprovativo deste alegado tratamento diferente das outras situações. E, mesma assim se aconteça, como prevê o artigo 11º nº 3 da Lei nº 4/2993, “a dispensa ..., quando deferida, não pode ser invocada por outras pessoas não compreendidas no respectivo despacho, mesmo com fundamento em identidade de situações ou maioria de razão”.

A autorização excepcional foi um poder discricionário e a liberdade mais amplos conferidos à Administração, a impugnação da decisão tomada neste âmbito só reserva para o fundamento de erro

grosseiro ou manifesta injustiça.

De qualquer maneira, e por também não se encontrar qualquer erro grosseiro na decisão tomada no plano discricionário da Administração, improcede, por isso, o vício de violação de lei.

Pelo exposto acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso.

Custas pelo recorrente.

Macau, RAE, aos 12 de Maio de 2005

Choi Mou Pan (Relator)

José Maria Dias Azedo

Lai Kin Hong