

**Processo n.º 186/2005**

**Data do acórdão: 2006-01-26**

(Recurso contencioso)

**Assuntos:**

- recurso contencioso
- controlo de mera legalidade
- facto superveniente

## **S U M Á R I O**

**1.** Estando o recurso contencioso circunscrito ao controlo da mera legalidade, o tribunal não pode nem deve pronunciar-se sobre qualquer facto superveniente à emissão do acto administrativo sob impugnação.

**2.** Isto é, o tribunal só pode apreciar o acto em si próprio considerado, tendo por base os pressupostos existentes na altura em que este foi proferido pelo órgão administrativo, e não outros que porventura tenham ocorrido posteriormente a essa decisão.

O relator,

Chan Kuong Seng

**Processo n.º 186/2005**

(Recurso contencioso)

Recorrente: (A)

Entidade recorrida: Secretário para a Segurança da RAEM

**ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA  
REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU**

(A), com os sinais dos autos, veio recorrer contenciosamente para este Tribunal de Segunda Instância, do despacho de 5 de Janeiro de 2005 do Senhor Secretário para a Segurança desta Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), que concordou com o parecer do Chefe do Serviço de Migração, Substituto, constante da informação n.º MIG.339/2004/TNR.01, por força do qual foi materialmente negado provimento ao recurso hierárquico necessário então interposto da decisão de indeferimento do pedido de fixação de residência do seu filho menor (B).

Para rogar a declaração de nulidade daquele despacho recorrido,

concluiu a sua petição como segue:

<<[...]

**A** - A decisão recorrida é ilegal, por violação de direitos fundamentais, errada interpretação da lei aplicável, e total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, vícios que se manifestam no parecer técnico-jurídico que lhe serve de base e é parte integrante do despacho recorrido, sendo, por isso, nulo nos termos do artigo 122º do CPA.

**B** - O art. 43º da Lei Básica da RAEM prevê que, *“As pessoas que não sejam residentes de Macau, mas se encontrem na Região Administrativa Especial de Macau, gozam, em conformidade com a Lei, dos direitos e liberdades dos residentes de Macau, previstos neste capítulo”*.

**C** - O art. 38º da Lei básica garante a liberdade de contrair casamento e o **direito de se constituir família** que, com o devido respeito, seria irreparavelmente violado com a manutenção do despacho ora recorrido.

**D** - Acresce a violação do previsto na Lei 6/94/M, nomeadamente no n.º 4 do seu art. 7º: **“Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumparam os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”**.

**E** - Ao indeferir o pedido de autorização de permanência **de uma criança** junto dos seus progenitores, mais do que a violar os direitos dos pais de poderem exercer o direito/dever de assistência, está-se a violar os direitos da criança dispostos na Convenção dos Direitos da Criança, que estabelece que **“A assistência aos filhos e a sua educação incumbem aos pais como direito e dever fundamentais”** (n.º 2 do art.7º da Lei 6/94/M).

F - O artigo 8º, nº 1 do Código Civil de Macau, determina que “A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”.

G - O legislador, ao elaborar o art. 8º da Lei n.º 4/2003 de 17 de Março, no que se refere à autorização de permanência do agregado familiar, não quis, concerteza situações em que **um BÉBÉ, uma CRIANÇA de COLO desprotegida e completamente dependente de seus pais**, fosse **expulsa** de Macau.

H - Isto é inaceitável, é absurdo e aceitá-lo era rendermo-nos à demência jurídica colectiva!>> (cfr. o teor literal das conclusões da petição, a fls. 6 a 7 dos autos).

Citada, a entidade ora recorrida ofereceu contestação, pugnando pelo improvimento do recurso, nos seguintes termos:

<<1º.

A recorrente explana toda a sua argumentação baseada num quadro fáctico superveniente, diferente, nos seus contornos e eventualmente nos seus efeitos, daquele que existia no momento da prática do acto administrativo em apreço.

2º.

O artº. 11º. do Código do Procedimento Administrativo caracteriza o acto administrativo como aquele que se destina à produção de “... efeitos jurídicos numa situação individual e concreta”.

3º.

Significa isto que o acto administrativo é produzido sobre factos concretos

existentes no momento da sua prática e não podendo basear-se em factos não existentes, hipotéticos, futuros, e nem sequer alegados como de verificação futura certa ou incerta.

4°.

Ora, nunca a superveniência de factos poderá fundamentar qualquer tipo de impugnação dos actos administrativos, mas apenas, e eventualmente, tão só, a formulação de um novo pedido!

5°.

É, pois, nesse pressuposto, ou seja, numa apreciação construída à luz de um quadro fáctico posterior à prática do acto administrativo, que a recorrente imputa à decisão impugnada a virtualidade de violar a “liberdade de contrair casamento e constituir família”, o cânon segundo o qual “os filhos não podem ser separados dos pais” e a proibição de se expulsar uma criança.

6°.

Tudo no sentido da densificação do único vício tipificado na lei como de “total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários”.

7°.

Quanto a este alegado vício, e em relação a todas as razões aduzidas no sentido de o consubstanciarem, dir-se-á, apenas e por referência a qualquer das situações de facto (a originária e superveniente), que nenhuma violação daqueles valores fundamentais emerge do acto administrativo impugnado.

8°.

Sendo que tais valores fundamentais se mostram, aliás, totalmente descontextualizados da natureza, sentido e efeitos do acto administrativo em apreço.

9°.

Especialmente no que se refere à alegada expulsão, que de todo aqui não tem lugar, nem legal nem praticamente, e à qual se não faz qualquer referência no processo administrativo em causa.

10°.

Não autorizar a permanência, a título habitual, de um estrangeiro, não-residente, filho de estrangeiros não-residentes que por livre opção sua aqui permanecem meramente a título de trabalhadores, imigrantes, não fere, nem toca, nem ao de leve, o direito de constituir família, nem a proibição de afastar os filhos dos pais, nem quaisquer outros direitos das crianças.

11°.

Sendo que a tal não oferece a menor oposição quer a Declaração Universal dos Direitos do Homem quer o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

12°.

Antes reconhecendo, estes instrumentos de Direito Internacional, aos Estados e Territórios Autónomos, a maior liberdade na concepção e gestão das suas políticas migratórias.

13°.

Inexistindo, em conclusão, qualquer desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, muito menos uma total desrazoabilidade.>> (cfr. o teor literal de fls. 45 a 48 dos autos).

Notificadas ambas as partes posteriormente nos termos e para os efeitos do art.º 68.º do Código de Processo Administrativo Contencioso (CPAC), apenas a recorrente produziu alegações facultativas, concluídas

de seguinte maneira:

<<[...]

**A** - A decisão recorrida é ilegal, por violação de direitos fundamentais, errada interpretação da lei aplicável, e total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, vícios que se manifestam no parecer técnico-jurídico que lhe serve de base e é parte integrante do despacho recorrido, sendo, por isso, nulo nos termos do artigo 122º do CPA.

**B** - O art. 43º da Lei Básica da RAEM prevê que, *“As pessoas que não sejam residentes de Macau, mas se encontrem na Região Administrativa Especial de Macau, gozam, em conformidade com a Lei, dos direitos e liberdades dos residentes de Macau, previstos neste capítulo”*.

**C** - O art. 38º da Lei básica garante a liberdade de contrair casamento e o direito de se constituir família que, com o devido respeito, seria irreparavelmente violado com a manutenção do despacho ora recorrido.

**D** - Acresce a violação do previsto na Lei 6/94/M, nomeadamente no n.º 4 do seu art. 7º: “Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”.

**E** - Ao indeferir o pedido de autorização de permanência de uma criança junto dos seus progenitores, violam-se os direitos da criança dispostos na Convenção dos Direitos da Criança, que estabelece que “A assistência aos filhos e a sua educação incumbem aos pais como direito e dever fundamentais” (n.º 2 do art.7º da Lei 6/94/M).

**F** - O artigo 8º, nº 1 do Código Civil de Macau, determina que “A interpretação

não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”.

**G** - O legislador, ao elaborar o art. 8º da Lei n.º 4/2003 de 17 de Março, no que se refere à autorização de permanência do agregado familiar, não pretendeu criar situações em que um bebé fosse impedido de permanecer junto dos seus pais.

**H** - O recurso Administrativo contencioso, sendo de mera legalidade, deve ainda assim dar lugar a uma decisão que corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão, nos termos gerais do Código de Processo Civil, Artigo 566, nº 1.

**I** - Efectivamente, conforme o disposto no citado artigo do C.P.C., *“(...) deve a sentença tomar em consideração os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que se produzam posteriormente à proposição da acção, de modo a que a decisão que corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão”*.

**J** - Pelo que, o novo facto – a permanência do pai da criança em Macau desde 26 de Janeiro de 2005 – deve ser tomado em consideração para o efeito de declarar nula a decisão recorrida.>> (cfr. o teor literal de fls. 57 a 58 dos autos).

Oportunamente, o Digno Magistrado do Ministério Público junto desta Instância emitiu o seu douto parecer final a fls. 60 a 65, no sentido de improcedência do recurso.

Corridos em seguida os vistos legais, cumpre decidir agora do recurso contencioso *sub judice*.

E desde já, é de transcrever aqui o seguinte teor constante da informação n.º MIG.339/2004/TNR.01 do Serviço de Migração, sobre o qual foi nomeadamente exarado o despacho ora recorrido:

<<[...]

1. Em 13/DEZ2004, deu entrada neste Comissariado um pedido subscrito pela trabalhadora não-residente, **(A)**, solicitando a autorização da fixação de residência na RAEM o agregado familiar, o seu filho **(B)**. O seu pedido foi finalmente indeferido por este Serviço, por isso, a interessada veio interpor um recurso hierárquico necessário ao Exmº Srº Secretário para Segurança dentro o prazo legal, os motivos apresentados resumem-se ao seguinte:
  - 1) Em virtude que o filho da respectiva trabalhadora não-residente foi nascido na RAEM em 01/JUL/04, pelo que, os pais desejam que o seu filho possa acompanhar-lhes durante o período em que eles permanecem em Macau, (mas o seu marido já se abandonou a Macau);
  - 2) É impossível que a trabalhadora não-residente em causa confie o seu filho aos pais do casal em causa que residem nas Filipinas, dado que eles são idosos e doentios, já não têm mais energia para tomar conta do filho dele;
2. Este Serviço tinha informado à trabalhadora não-residente **(A)** a situação do seu pedido através da Informação MIG. 216/2004/TNR.01. Em virtude que naquela altura, a trabalhadora não residente **(A)** era apenas uma empregada doméstica, e o seu marido também era um cozinheiro não especializado, pelo

que, este Serviço pediu o parecer ao DSTE através de um ofício, e o Exmº Srº Secretário para a Economia e Finança, tendo considerado, em princípio, a profissão que a requerente desempenhava era uma empregada doméstica, e o salário que o seu cônjuge ganhava era apenas 5,500.00 (cinco mil e quinhentas) patacas, decidiu por dar o seu parecer desfavorável na Informação n.º 6011/DMONR/DE/04, pela consequência, o pedido de “autorização especial de permanência” a favor do filho da trabalhadora não-residente em causa foi indeferido pelo Comandante do CPSP Intº em 27/OUT/04. Em 29/NOV/04, a trabalhadora não-residente (**A**), assinou na Notificação n.º 113/2004/TNR.01, tomou conhecimento de que, a “autorização especial de permanência” a favor do seu filho não foi autorizado.

3. Compulsando o processo individual da requerente, verificou-se que:
  - 1) A trabalhadora não-residente (**A**), titular do TI/TNR n.º 1xxxxx/02, presentemente, trabalha na casa de uma residente permanente de Macau como empregada doméstica;
  - 2) O seu marido (**C**), era um trabalhador não-residente desde 1994, até 27/SET/04, o seu TI/TNR foi anulado sob a formalidade normal, ora já se abandonou a Macau;
  - 3) O seu filho (**B**), nascido na RAEM em 01/JUL/04, titular do passaporte filipino n.º NN0xxxxx. Presentemente, permanece na RAEM na qualidade de turista.
4. A trabalhadora não-residente (**A**) declarou que, a sua família é constituída por 3 elementos (ela própria, o seu marido e o filho dele);
5. Tendo em conta que a interessada (**A**) não se enquadra na qualidade de

“trabalhadora não-residente especializada” estipular da alínea 5) do artigo 8º da Lei n.º 4/2003, podendo o filho ser confiado ao seu pai nas Filipinas, pelo que, proponho que não seja autorizada a permanência do agregado familiar (o seu filho **(B)**) de trabalhadora não-residente **(A)** (mãe).

[...]>> (cfr. nomeadamente o teor literal do mesmo parecer, a fls. 37 a 38 dos autos).

Ora bem, tratando-se de um recurso contencioso com colocação de questões de natureza eminentemente jurídica, e depois de examinados todos os elementos pertinentes decorrentes dos autos e do processo administrativo apensado, afigura-se-nos que a sua solução já se encontra mui perspicazmente tecida no seguinte judicioso parecer final do Ministério Público:

<<Vem (A), de nacionalidade filipina, impugnar o despacho do Secretário para a Segurança da RAEM, de 5/1/05 que, em sede de recurso hierárquico necessário do despacho [...] que indeferiu pedido de fixação de residência na RAEM do seu filho menor, (B), manteve tal indeferimento, assacando-lhe vícios de violação de direitos fundamentais (artºs 38º e 43º da L.B.RAEM e nºs 2 e 4 do artº 7º da Lei 6/94/M – Convenção dos Direitos da Criança), errada interpretação da lei aplicável e total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, argumentando, em síntese, que, com a decisão em causa se afronta o direito de constituição da família, os direitos da criança dispostos na respectiva Convenção, atinentes, designadamente, ao facto de não poderem ser separados dos pais, com violação dos deveres/direitos dos pais quanto à assistência e educação dos filhos,

apelando, finalmente, quer à interpretação não restritiva da lei, nos termos do artº 8º do Cód. Civil, quer ao respeito pelo preceituado no nº 1 do artº 566º, C.P.C., sendo que, nessa perspectiva, se deveria levar em conta o facto de, entretanto, supervenientemente ao acto recorrido, ter sido autorizada a permanência do pai do menor na RAEM a partir de 26/1/05.

Não cremos, porém que lhe assista qualquer razão.

É um facto, que a própria não contesta, que situação da recorrente não se enquadra na qualidade de “*trabalhadora não residente especializada*” prevista na al 5) do artº 8º da Lei 4/2003 e a não poder, conseqüentemente, usufruir do respectivo estatuto.

Claro está que, pese embora tal facto, à Administração não estava vedado legalmente o eventual deferimento da pretensão da recorrente, fundada, designadamente, em circunstâncias excepcionais de índole humanitária, matéria que, como é óbvio, nos não passa despercebida e a que não somos incólumes: porém, na apreciação do requerimento da recorrente atinente a autorização de permanência na RAEM do seu agregado familiar, os normativos aplicáveis deixam ao órgão decisor ampla liberdade de apreciação àcerca da conveniência e da oportunidade sobre o respectivo deferimento.

Encontramo-nos, pois, face a acto produzido no exercício de poderes discricionários que, constituindo embora uma peculiar maneira de aplicar as normas jurídicas se encontram, todavia, sempre vinculados a regras de competência, ao fim do poder concedido, a alguns princípios jurídicos como a igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade, a regras processuais e ao dever de fundamentação, não existindo, como é óbvio, qualquer excepção ao princípio da legalidade, mesmo na vertente da reserva de lei, **sendo certo, porém, que, por**

**norma, nesta área, a intervenção do julgador ficará reservada apenas para casos de erro grosseiro ou injustiça manifesta, o que se não descortina.**

No caso, esgrimindo com o direito à manutenção da unidade e integridade familiares e acarretando, a seu ver, o acto em questão a separação pais/filho, inibindo aqueles do exercício do poder paternal na sua plenitude, nas suas diversas vertentes, descortina, a esse nível a recorrente afrontas à Lei Básica, à Convenção sobre os Direitos da Criança, à Lei da Bases da Política Familiar da RAEM e ao Código Civil

A tal propósito, duas breves notas:

- Por um lado, a recusa de concessão de autorização de residência almejada não contende, por si, com o direito de a recorrente manter a integridade e união familiar: a presumível saída da Região do menor não implica, por si, 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, ao que acresce que, à data do acto ora questionado, o pai do menor não detinha autorização de residência na RAEM, pelo que, conforme se consigna na decisão, sempre o mesmo lhe poderia ser confiado nas Filipinas.
- Depois, é evidente que a recorrente, apesar do acto, manteve inalterável e intocada a respectiva esfera jurídica: não tinha, antes do acto, autorização de permanência para o seu filho e continuou a não tê-la depois do mesmo, não se vendo, em tal caso, como possa esgrimir-se com as afrontas pretendidas.

Finalmente, uma breve nota àcerca da circunstância “*superveniente*” ao acto, tal seja a autorização de permanência do pai do menor na RAEM a partir de

26/1/05 e a pretensão da recorrente em que tal matéria, podendo e devendo ser abordada e valorada, nos termos do n.º 1 do art.º 566.º C.P.C. poderia e deveria, no seu critério, alterar o sentido da decisão, a proferir por este Tribunal.

Não faz qualquer sentido.

O que se encontra aqui em causa é uma decisão de indeferimento da entidade recorrida, susceptível de afectar direitos e interesses legalmente protegidos da recorrente, reportada a um acto concreto e preciso, com os seus contornos próprios, dos quais fazem, obviamente, parte os respectivos pressupostos factuais.

É sobre esse e só sobre esse acto que o Tribunal se pode e deve pronunciar, tratando-se de recurso de mera legalidade, nos estritos termos do art.º 20.º, CPAC.

Se, como parece acontecer, no caso, após a prolação do acto se alteraram os pressupostos de facto (aquisição do direito de permanência por parte do pai do menor) subjacentes à pretensão da recorrente, quiçá conducentes a posição mais favorável da mesma relativamente à sua pretensão, é matéria que não pode nem deve ser abordada e apreciada no domínio da decisão deste Tribunal: esta terá, inequivocamente, que se reportar, e só, ao acto (e respectivos pressupostos) tal como ele se configura na altura da sua prolação.

Se a recorrente entende que com os novos dados a sua situação se revelará, porventura, mais favorável ao deferimento almejado, mais não terá que dirigir-se novamente à Administração, fazendo valer, de novo, as suas pretensões.

Certo é que, **por um lado**, o recurso contencioso é, em princípio, de mera legalidade, tendo por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica, sendo que, desta forma, os tribunais administrativos ou como tal funcionando exercem uma função de controlo e não de substituição da Administração, não constituindo aqueles uma Administração de

grau mais elevado, não podendo o Juíz ir além da declaração de invalidade ou anulação do acto impugnado, pelo que, pretender-se, no caso vertente, que, com base em alegados factos novos, o Tribunal profira decisão porventura de sinal contrário ao do acto em crise, nos colocaria perante ostensiva e inadmissível afronta do sagrado princípio da separação de poderes e, **por outro**, mesmo agindo no estrito controlo da legalidade, o Tribunal só poderá apreciar, como é evidente, o acto em si próprio considerado, tendo por base os pressupostos existentes na altura em que foi proferido e não outros que porventura tenham ocorrido posteriormente à decisão.

Donde, sem necessidade de maiores considerações ou alongamentos, sermos a considerar que, por não ocorrência dos vícios assacados ou de qualquer outro de que cumpra conhecer, deverá ser negado provimento ao presente recurso.>> (cfr. o teor literal de fls. 60 a 65 dos autos).

É, pois, por força dessa sensata análise do Ministério Público (à luz dos preceitos legais aplicáveis ao caso e já aí devidamente referidos), na qual aliás nos louvamos integralmente como solução concreta do presente recurso contencioso, que há-de naufragar a pretensão da recorrente.

Dest'arte, **acordam em negar provimento ao recurso contencioso.**

Custas pela recorrente, com seis UC de taxa de justiça, sem prejuízo do apoio judiciário concedido a este respeito.

Fixam em MOP\$2.000,00 os honorários a favor do Ilustre Patrono Oficioso da recorrente, ora a adiantar pelo Gabinete do Presidente do Tribunal de Última Instância.

Macau, 26 de Janeiro de 2006.

Chan Kuong Seng (relator)

José Maria Dias Azedo

Lai Kin Hong

Magistrado do M<sup>o</sup>. P<sup>o</sup>. presente - Victor Manuel Carvalho Coelho