

Processo nº 440/2017

(Autos de recurso contencioso - incidente)

Data: 12/Outubro/2017

Assuntos: **Caducidade do direito de recurso**

SUMÁRIO

Tendo o recorrente a sua residência habitual na RAEM, não obstante não ter aqui o direito de residência, o prazo para interposição de recurso contencioso é de 30 dias, ao abrigo da alínea a) do nº 2 do artigo 25º do CPAC.

O Relator,

Tong Hio Fong

Processo nº 440/2017
(Autos de recurso contencioso)

Data: 12/Outubro/2017

Recorrente:

- **B**

Entidade recorrida:

- **Secretário para a Segurança**

Acordam os Juizes do Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I) RELATÓRIO

B, titular de passaporte australiano, com sinais nos autos, notificado do despacho do Exmº. Secretário para a Segurança de 16 de Fevereiro de 2017, que lhe indeferiu a autorização de residência na RAEM, dele não se conformando, interpôs o presente recurso contencioso de anulação, formulando na petição do recurso as seguintes conclusões:

“1. 上訴人於2016年3月18日與澳門永久性居民C在澳門結婚。

2. 於婚後不久，即2016年9月8日，上訴人與其妻子誕下一名女兒，現在8個月大並與母親一起居住於澳門。

3. 上訴人的妻子在澳門工作，既要處理日常生活的家務，又要照顧其與上訴人所生之女兒，以及其與前夫所生並患有甲狀腺及心漏嚴重疾病之女兒，更要照顧自己的年邁的父母，單靠上訴人妻子一人根本不能夠對未成年女兒、妻子及其家人(包括妻子與前夫所生患有甲狀腺及心漏嚴重疾病之女兒及妻子之父母)進行照顧。

4. 故極須要上訴人的幫助及扶持。

5. 須要強調的是，上訴人的妻子在澳門有穩定工作、須照顧年邁的父母及其與前夫所生並患有甲狀腺及心臟嚴重疾病的未成年女兒(須不時到醫院進行複診)，故上訴人的妻子不可能跟上訴人到澳洲生活。

6. 而作為丈夫的上訴人是有責任幫助及扶持妻子。

7. 為了能更好地履行丈夫的責任，尤其是照顧只有8個月大的未成年女兒、妻子及其家人(包括妻子與前夫所生之女兒及妻子之父母)，上訴人已決定在澳門定居生活。

8. 上訴人與妻子間互相幫助、扶持及對照顧、陪伴未成年女兒及行使親權均是屬於法律賦予之基本權利，行政當局應該要得到尊重及保護。

9. 上訴人的行為符合規範基本法律權利的第6/94/M號法律《家庭政策綱要法》第2條1款、第5條f項、第7條第1款，第2款及第4款規定所規定。

10. 故不批准上訴人來澳與家人團聚的申請，是剝奪上訴人對妻子的幫助及扶持，尤其是剝奪了照顧未成年女兒、妻子及妻子家人(包括妻子與前夫所生之患有甲狀腺及心臟嚴重疾病的女兒及妻子之父母)。是違反上述第6/94/M號法律《家庭政策綱要法》第2條1款、第5條f項、第7條第1款，第2款及第4款規定。

11. 再者，亦使上訴人無法陪伴未成年女兒成長，使未成年女兒失去父親的親身照顧及關懷，這不單只剝奪了上訴人照顧未成年女兒的權利，同時亦剝奪了未成年女兒能得到父親照顧的權利，這將對未成年女兒未來價值觀及心智的發展帶來影響。

12. 故不批准上訴人來澳與家人團聚的申請，是違反《兒童權利公約》第7條1款及第10條2款規定。

13. 基於上述理由，被上訴實體的決定無疑是侵犯了法律賦予上訴人能照顧、陪伴未成年人及與家人團聚的基本權利之根本內容。

14. 故被上訴實體的決定是符合了《行政程序法典》第122條第2款d項規定「侵犯一基本權利之根本內容之行為」，是屬於無效行為，依據《行政程序法典》第123條規定，無效行為均不產生效力。

15. 根據《行政程序法典》第25條第1款規定，無效行為提起司法上訴之權利不

會失效，得隨時行使。

16. 被上訴實體按照第4/2003號法律第9條第2款第1項對上訴人作出不批准居留許可之決定不應僅限於法律之字面含義來作出，還應按照《民法典》第8條第1款之規定來進行考慮，尤其是有關法制之整體性、制定法律時之情況及適用法律時之特定狀況來作出的決定。

17. 按照上訴條文規定可知，作出相關決定主要是保護澳門特別行政區的公共安全或公共秩序，防止相關人士對澳門特別行政區作出危害公共安全或公共秩序行為，而對有關可能構成危害的人士的認定必須要有確實構成危險的依據是對澳門特別行政區的公共安全或公共秩序構成危險，尤其是相關人士將來的行為如何對澳門特別行政區構成危險，單純對澳門特別行政區的公共安全或公共秩序可能構成危險的依據是不足夠的。

18. 而按照事實情況，上訴人現在處事及行為亦比以前成熟及謹慎，因為，上訴人現在處事除了為自己著想外，亦須為其家人著想，若發生任何不法事情，則其家人由誰人來照顧？故定當遵守法律。

19. 再者，上訴人在涉及本次被控的“醉酒駕駛罪”之前，從沒有作出任何犯罪行為或被判刑，包括在國內外、澳大利亞及澳門。

20. 換句話說，上訴人於整个人生中直至現在，只有這次醉酒駕駛事件，其餘的時間都是行為良好的。

21. 而且，自上訴人作出醉酒駕駛的行為(2014年8月3日)後至今，接近3年的時間內，上訴人一直行為良好，而且在這3年進出澳門特別行政區的期間，亦從未有對本地區的公共秩序及治安造成任何影響。

22. 如果上訴人是可能對本地區的公共秩序及治安構成危險，則在醉酒駕駛後的三年間，上訴人為了家庭多次進出澳門，應發生有關構成治安危險情況，然而，事實上卻從沒有發生任何對本地區的公共秩序及治安構成危險的行為。

23. 由此可知，上訴人肯定不會繼續或重啟犯罪活動，這無疑地解開了對上訴人是否一名犯罪活動人士的憂慮。

24. 明顯地，基於上述事實，尤其是結論第18至23條所指的情況，可以肯定上訴

人的行為對澳門社會的公共安全和秩序不會造成任何危險。

25. 第4/2003號法律第9條當中亦未有明確規定當符合第9條2款所指之內容時必須拒絕申請人居由許可之申請，否則立法者大可以將有關內容訂為「...當出現下列因素時，有關居留許可將不獲批准...」等類似內容。

26. 同時，第4/2003號法律第9條2款當中所指之應予考慮之因素並不單止上述情況，還有「(二) 上訴人所擁有的維生資源；(三) 在澳門特別行政區居留之目的及其可能性；(四) 上訴人在澳門特別行政區從事或擬從事的活動；(五) 上訴人與澳門特別行政區居民的親屬關係；(六) 人道理由，尤其在其他國家或地區缺乏生存條件或家庭輔助」。

27. 正如結論第3點事實情況可知，基於上訴人的妻子需要工作，既要處理日常生活的家務，又要照顧其與上訴人所生之女兒，以及其與前夫所生並患有甲狀腺及心漏嚴重疾病之女兒，更要照顧自己的年邁的父母，單靠上訴人妻子一人根本不能夠對未成年女兒、妻子及其家人(包括妻子與前夫所生患有甲狀腺及心漏嚴重疾病之女兒及妻子之父母)進行照顧。

28. 因此，須要得到作為丈夫的上訴人作出幫助及扶持(這亦是上訴人申請居留的目的 — 對妻子、家庭及家人作出幫助及扶持，履行丈夫的責任)。

29. 上訴人已在澳門開設D(澳門)有限公司，該公司每年之收入過百萬，擁有足夠的維生資源，是整個家庭的生活支柱。

30. 基於上述理由，毫無疑問上訴人已符合或已具備第4/2003號法律第9條第2款當中所需之要件。

31. 故被上訴實體作出不批准居留許可的決是違反了第4/2003號法律第9條2款之規定。

32. 被上訴實體之決定按《行政程序法典》第124條規定，為一個可撤銷之決定，故該行為應予以撤銷。

33. 如上所述，上訴人的妻子在澳門有穩定工作、須照顧年邁的父母及其與前夫所生並患有甲狀腺及心漏嚴重疾病的未成年女兒(須不時到澳門鏡湖醫院進行複診)，上訴人之妻子根本不可能離開澳門跟隨上訴人到其他地方生活。

34. 上訴人的妻子極須要上訴人來幫助及扶持，照顧只有8個月大的未成年女兒、妻子及其家人(包括妻子與前夫所生患有甲狀腺及心漏嚴重疾病之女兒妻子之父母)。

35. 因此，不批准上訴人的居留許可，必然地導致上訴人與其妻子不能共同生活，令其違反澳門《民法典》第1533條規定的同居、合作及扶持等夫妻間之義務。

36. 再者，上訴人為D(澳門)有限公司之股東及行政管理機關成員，基本上公司日常運作的所有文件均需要由上訴人查核及簽署才能作出，倘若不批准上訴人居留許可的申請，則將會對上訴人及其公司造成巨大的損失，甚至使其公司無法繼續營運。

37. 同時亦會嚴重影響上訴人家庭之日常生活，使家庭失去主要的收入來源。

38. 倘若不批准上訴人居留許可的申請，將直接影響到上訴人的家庭利益。令其違反澳門《民法典》第1533條規定夫妻間的同居、合作及扶持等夫妻間之義務，亦與第6/94/M號法律《家庭政策綱要法》第2條1款、第5條f項、第7條第1款，第2款及第4款規定相違背。

39. 上訴人明白行政當局亦有義務對公共利益作出保護。然而，值得注意的是，當公共利益與個人利益之間出現衝突時，應權衡兩方面的利益而選擇保護法益較大者，而非單純只保護公共利益而要求犧牲個人利益。

40. 如結論第18至23條所述，上訴人出生自今在世界各地僅觸犯了一次醉酒駕駛罪，而且自該次後，上訴人已加強自身的守法意識，亦明白到遵守法律的重要性，亦需顧及家人的生活，故上訴人的行為對澳門社會的公共安全和秩序造成危險的機會已非常低微。

41. 然而，上訴人與家人相處的時光，陪伴未成年女兒成長的時光卻是不可替代的，故不批准上訴人的居留許可將會對其造成難以彌補的損失。

42. 由此可見，相較之下，上訴人及其家人的利益更應該得到保護，因此被訴實體作出不批准上訴人居留許可的決定是違反適當及適度原則。

43. 綜上所述，被上訴實體的決定是違反了《行政程序法典》第5條第2款所規定之適當及適度原則及《民法典》第1533條規定夫妻間的同居、合作及扶持等夫妻間之義務。

44. 被上訴實體之決定按《行政程序法典》第124條規定，為一個可撤銷之決

定，故該行為應予以撤銷。

45. 事實上，上訴人的行為並沒有導致任何的意外又或者對第三人造成任何的傷亡(當然有關上訴人的行為是應受到譴責及不應作出的)。

46. 值得注意的是，初級法院對上訴人判刑之裁判書當中亦指出「...本次犯罪後果不太嚴重，行為不法性一般...」。

47. 因此，上訴人作出之行為及其行為所產生之結果的嚴重性、危險性及可譴責性並不高。

48. 上訴人已從法院判決當中得到其應有的懲罰，並自此以後沒有再犯事，難道要因為上訴人的一次過錯就剝奪其與家人相處的權利嗎？

49. 明顯地，基於上述事實，尤其是結論第18至23條所述所指的事實情況，可以肯定上訴人的行為對澳門社會的公共安全和秩序不會造成任何危險。

50. 儘管行政當局在行使行政職能時，可行使自由裁量權，然而，在行使其自由裁量權時，亦應考慮是否合理，亦即被上訴實體只有在證據充足、充分及有根據的情況下證明對上訴人遵守法律失去信心時才可對其作出不批准居留許可的決定，而非在存有有再次實施犯罪之“可能性”的情況下便作出有關決定。

51. 故被上訴實體行使自由裁量權時存有明顯錯誤，被上訴實體之決定符合《行政程序法典》第124條規定，為一個可撤銷之決定，故該行為應予以撤銷。

52. 在本個案中，被上訴人實體決定不批准有關居留許可申請，《行政程序法典》第114條第1款c)項、第115條第1款及第2款均對說明理由作出了規範。

53. 綜觀被上訴實體的批示內容可知，當中其指出之理由為「...利害關係人因醉酒駕駛，被判處三個月徒刑，緩刑一年，並禁止駕駛，為期一年兩個月的事實，表明其不是一個遵守法律的人，基於其今後遵守法律缺乏信心，亦出於公共安全考量，經考慮第4/2003號法律第9條第2款1項，決定不批准有關居留許可申請...」。

54. 被上訴批示中並沒有指出任何事實或依據證明上訴人今後會再次不遵守法律從而對其遵守法律缺乏信心，亦沒有指出任何事實情況在將來會對澳門公共安全構成影響。

55. 明顯地，被上訴實體的決定中，其說明理由依據部份是不充份或沒有實質之事實依據支持。

56. 綜上所述，被上訴批示違反了澳門《行政程序法典》第114條第1款c)項及第115條之規定：應根據澳門《行政程序法典》第124條之規定撤銷上述被上訴批示。”

★

Regularmente citada, apresentou a entidade recorrida contestação constante de fls. 52 a 58 cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais, pugnando pela extemporaneidade do recurso e pela sua improcedência.

★

Aberta vista inicial ao Digno Magistrado do Ministério Público, foi emitido o seguinte duto parecer:

"Na contestação (cfr. Fls. 52 dos autos), a entidade recorrida deduziu a excepção da caducidade do direito do presente recurso contencioso, com argumento de ser o qual interposto fora da prazo de 30 dias consagrado na alínea a) do n.º 2 do art. 25º do CPAC.

Ressalvado o elevado respeito pela opinião diferente, parece-nos que se verifica, no caso sub iudice, efectivamente a caducidade suscitada na contestação e, em consequência disso, a entidade recorrida deverá ser absolvida da instância.

★

Antes de mais, importa ressaltar que no que diz respeito à fronteira entre as alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 25º do CPAC, perfilhamos inteiramente a sensata jurisprudência do Venerando TUI no sentido de que «Se o recorrente tiver a sua residência habitual em Macau, e aqui esteja autorizado a permanecer, ainda que não tenha o direito de residência em Macau, nos termos da Lei n.º 8/1999, o prazo para a interposição de recurso contencioso de actos administrativos anuláveis é de 30 dias, nos termos do art. 25º, n.º 2, alínea a), do CPAC.» (Acórdão no Processo n.º 16/2001) O que significa que o elemento determinante consiste em o recorrente residir em ou fora de Macau.

No caso sub judice, saliente-se que o recorrente NUNCA é alvo de recusa ou interdição de entrada, apesar de a Administração ter revogado a autorização de permanência concedida a si na qualidade de trabalhador-não-residente, e de indeferir o seu pedido de autorização de residência para vivência com a sua mulher (cfr. Os despachos de fls. 119 e 193 do P.A.).

Assim, ao abrigo do acordo bilateral de isenção mútua de vistos e como titular do passaporte australásio n.º E4036538, ele pode, sem necessidade de obter visto ou da prévia autorização, permanecer legalmente em Macau

durante o período de 30 dias.

Ora, a apresentação do documento de fls. 69 dos autos implica que o próprio recorrente reconheceu ter recebido em 20/03/2017 a notificação do despacho em escrutínio, então, iniciou-se a contagem do prazo legal do recurso contencioso a partir de 21/03/2017 que é o dia seguinte (art. 25º, n.º 3 do CPAC ex vi a alínea a) do art. 74º do CPA).

Bem, o recorrente reconheceu expressamente, nos arts. 4º a 9º da petição, que a sua mulher e filho são residentes permanentes da RAEM, e aquele tem vida e emprego estáveis aqui. O que conduz indubitavelmente a que o recorrente tenha centro familiar em Macau.

O documento de fls. 274 dos autos demonstra nitidamente que no período de 20/03/2017 a 14/04/2017, o recorrente vivia quase diariamente em Macau. O que denota que no período relevante para se determinar o prazo do direito de recurso contencioso, o ora recorrente tinha residência habitual em Macau.

Sendo assim, e em homenagem da prudente orientação jurisprudencial do TUI supra citada, inclinamos a entender que o prazo aplicável ao vertente caso é de 30 dias em vez de 60 dias, portanto, o presente recurso interposto em 18/05/2017 cai efectivamente na

extemporaneidade e, em consequência, na caducidade.

Por tudo o expendido acima, propendemos pela procedência da sobredita excepção, sendo a entidade recorrida absolvida da instância."

*

Notificado o recorrente, este defendeu a tempestividade do recurso.

Corridos os vistos, cumpre decidir.

II) FUNDAMENTAÇÃO

O Tribunal é o competente.

O processo é o próprio.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias e são legítimas.

*

Resulta provada dos elementos constantes dos autos, designadamente do processo administrativo, a seguinte matéria de facto com pertinência para a decisão da excepção - caducidade do direito de recurso - suscitada pela entidade recorrida:

Desde Novembro de 2007 a Dezembro de 2015, o recorrente esteve a trabalhar na RAEM, na qualidade de trabalhador não residente.

A 30.5.2016, o recorrente apresentou pedido de autorização de residência na RAEM. (cfr. fls. 147 do processo administrativo)

Por despacho do Exmº Secretário para a Segurança, de 16.02.2017, foi o tal pedido indeferido. (cfr. fls. 193 do processo administrativo)

O recorrente foi notificado do referido despacho por carta registada digirida ao endereço de Macau declarado pelo mesmo junto da PSP. (cfr. fls. 196 do processo administrativo)

O recorrente recebeu a carta de notificação no dia 20.3.2017. (cfr. fls. 65 e 69 dos autos)

A partir de Novembro de 2007 até à presente data, com excepção de alguns períodos curtos, o recorrente tem permanecido constantemente na RAEM. (cfr. fls. 274 a 279 do processo administrativo)

*

Foi suscitada na contestação a questão de caducidade do direito de recurso.

Dispõe o n.º 2 do artigo 25.º do Código de Processo Administrativo Contencioso que *"o direito de recurso de actos anuláveis caduca no prazo de 30 dias, quando o recorrente resida em Macau; e 60 dias, quando o recorrente resida no exterior de Macau"*.

Sendo verdade que o direito de recurso de actos

nulos não caduca, podendo ser exercido a todo o tempo, mas não o caso dos autos.

De facto, conforme se decidiu no Acórdão do TUI, no Processo n.º 22/2005, são actos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental, sancionados com nulidade pela alínea d) do n.º 2 do artigo 122.º do CPA, aqueles que afectem decisivamente, de maneira desproporcionada, o núcleo essencial de um direito fundamental.

Quando tal não suceda, a sanção é apenas a anulabilidade.

Decidiu-se no Acórdão do TUI de 06.02.2002, no Processo n.º 16/2001 que *"quando a Lei n.º 8/1999 qualifica uma pessoa como residente de Macau e outra como não residente, está apenas a significar que o primeiro tem direito de residência em Macau, embora possa acontecer nem aqui residir, e que o segundo não tem direito de residência em Macau, embora possa suceder que aqui resida efectivamente. Se o recorrente tiver a sua residência habitual em Macau, e aqui esteja autorizado a permanecer, ainda que não tenha o direito de residência em Macau, nos termos da Lei n.º 8/1999, o prazo para interposição de recurso contencioso dos actos administrativos anuláveis é de 30 dias, nos termos do artigo 25.º, n.º 2, alínea a) do CPAC."*

Segundo o entendimento perfilhado por esse douto Acórdão, podemos concluir que, para efeitos de aplicação do prazo de 30 dias a que se alude a alínea a) do n.º 2 do artigo 25.º, bastará que o recorrente tenha em Macau a sua residência habitual ainda que não tenha o estatuto de residente de Macau.

In casu, não restam dúvidas de que, desde Novembro de 2007 até à presente data, o recorrente tem a sua residência habitual em Macau, apesar de não ter aqui o direito de residência.

Isto posto, ressalvado o devido respeito por melhor opinião, sendo o prazo para interposição de recurso contencioso de 30 dias, quando o recurso deu entrada neste TSI no dia 18.05.2017, já havia decorrido o prazo para a sua interposição, daí que verificada está a caducidade do direito de recurso, ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 25.º do CPAC.

III) DECISÃO

Face ao exposto, acordam em julgar procedente a excepção de caducidade do direito de recurso invocada pela entidade recorrida e, em consequência, absolvê-la da instância, nos termos dos artigos 25.º, n.º 2, alínea a) e 61.º, n.º 2, ambos do CPAC.

Custas pelo recorrente, fixando-se a taxa de

justiça em 3 U.C.

Registe e notifique.

RAEM, 12 de Outubro de 2017

(Relator)

Tong Hio Fong

(Primeiro Juiz-Adjunto)

Lai Kin Hong

(Segundo Juiz-Adjunto)

João A. G. Gil de Oliveira

Mai Man Ieng