

Processo n.º 11 / 2007

Recurso de Decisão Jurisdicional em Matéria Administrativa

Data da conferência: 30 de Maio de 2008

Recorrente: Secretário para a Segurança

Recorridos: A

B

Principais questões jurídicas:

- Meio para ilidir elementos do registo civil obrigatório
- Direito à residência
- Acto conseqüente

SUMÁRIO

Fora das acções de estado ou de registo, o resultado do teste de DNA não é procedimentalmente idóneo para afastar os elementos constantes do registo civil obrigatório.

O direito à residência na RAEM consubstancia um direito fundamental de residente permanente da RAEM.

O acto conseqüente de acto administrativo nulo também é nulo.

O Relator: Chu Kin

**Acórdão do Tribunal de Última Instância
da Região Administrativa Especial de Macau**

Recurso de decisão jurisdicional em matéria administrativa

N.º 11 /2007

Recorrente: Secretário para a Segurança

Recorridos: A

B

1. Relatório

A e B interpuseram recurso contencioso perante o Tribunal de Segunda Instância contra a decisão do Secretário para a Segurança de recambiar o menor B para o Interior da China na companhia da sua mãe materna.

Por acórdão proferido no processo n.º 114/2006, o Tribunal de Segunda Instância julgou procedente o recurso, declarando nulo o acto impugnado.

Deste acórdão vem agora o Secretário para a Segurança recorrer para o Tribunal de Última Instância, apresentando as seguintes conclusões nas suas

alegações:

“1. O acórdão recorrido labora duplamente em erro, visto que:

- Nem o recorrente em primeira instância nem o Venerando Tribunal se referem ao núcleo central do acto administrativo em ambas as suas versões (substituído e substituto) – o indeferimento do pedido de residência;

- A expressão “recambiamento” não é uma figura jurídica e não consubstancia o núcleo do acto administrativo, significando apenas promover-se a devolução aos progenitores e ao local de origem dos menores que permaneçam ilegalmente em Macau, como consequência dessa mesma situação de ilegalidade.

2. O acórdão recorrido interpreta erradamente o acto recorrido substituto uma vez que este:

- Reconhece o direito de residência do menor;

- Não toma qualquer outra atitude em relação ao menor;

- Indefere o pedido de residência por inútil e inviável;

- Explica que se se considerasse que o menor não detivesse o direito de residência (por força do “cancelamento” do BIR) ainda assim não seria viável a autorização de residência porque se trataria de um indocumentado.

3. Por isso, o acto substituto, sendo técnica e legalmente correcto, e favorável às pretensões do recorrente, torna inútil a instância de recurso e não pode ser considerado nulo, ainda que reflexamente, o que além do mais contraria o princípio da economia processual.

4. O acórdão recorrido desviou-se do objecto do recurso e do objecto do acto administrativo originário, e interpretou erradamente o acto recorrido, o acto administrativo substituto.

5. Sendo que o acto recorrido é legalmente correcto e apropriado, e pese embora indeferir o pedido do recorrente (o qual se mostra de todo inviável), acaba por satisfazer totalmente a pretensão primeira do mesmo – a residência em Macau.”

Pedindo que seja concedido provimento ao recurso, anulado o acórdão recorrido e conseqüentemente negado provimento ao recurso contencioso.

Os recorridos concluíram nas suas alegações de seguinte forma:

“1. O tribunal *a quo* entendeu que não era necessário analisar mais o conteúdo do despacho “reformador” de XX de Abril de 2006 do Secretário para a Segurança e declarou nulo o despacho de XX de Outubro de 2005 da entidade recorrida (Secretário para a Segurança).

2. Nos pontos 5.º a 10.º das suas alegações, a entidade recorrida (Secretário para a Segurança) assinalou extensamente que o acórdão do tribunal *a quo* fez uma interpretação totalmente errada do despacho “reformador” de XX de Abril de 2006.

3. Porém, não era necessário o acórdão do tribunal *a quo* analisar tal despacho e na realidade não o analisou, por isso, não existe nenhuma interpretação errada e tal invocação da entidade recorrida (Secretário para a Segurança) não tem nenhuma razão e é desnecessária.

4. A entidade recorrida (Secretário para a Segurança) considera de repente que o núcleo central da decisão de XX de Outubro de 2005 é apenas o indeferimento do pedido de residência e o repatriamento de B para o interior da China é meramente a consequência da referida decisão. Isto é difícil de compreender.

5. A entidade recorrida (Secretário para a Segurança) não fez nenhuma interpretação sobre isso nas duas contestações por si apresentadas, e nos despachos

exarados respectivamente na Informação n.º MIGXXXX/2005/CI e na Informações n.º MIGXXXX/2005/CI, podemos ver claramente que a entidade recorrida (Secretário para a Segurança) havia decidido o repatriamento de B para o interior da China acompanhado da sua mãe biológica C por considerar que o mesmo é indocumentado.

6. Em todo o processo administrativo em causa e nos referidos despachos, não há nenhuma expressão que pode deixar-nos entender que a decisão administrativa da entidade recorrida não é o repatriamento de B para a China.

7. A invocação da entidade recorrida (Secretário para a Segurança) não tem nenhum fundamento e no acórdão do tribunal *a quo* não existe nenhuma inexactidão.

8. A entidade recorrida (Secretário para a Segurança) não indicou nas suas alegações a matéria de direito deste recurso.

9. Nem especificou, nos termos do artigo 599.º n.º 1 do Código de Processo Penal, quais os concretos pontos da matéria de facto que considera incorrectamente julgados nem enumerou quais os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo nele realizado que impunham, sobre esses pontos da matéria de facto, decisão diversa da recorrida.

10. O referido recurso viola o artigo 599.º n.º 1 do Código de Processo Civil, por isso, deve ser rejeitado.

11. Em 27 de Março de 2006, o MM.º Juiz do Tribunal de Segunda Instância autorizou, nos autos do presente recurso contencioso, o pedido de apoio de judiciário de A, na modalidade da dispensa do pagamento de preparo e custas.

12. Como os recorrentes ainda se encontram em situação de insuficiência

económica, vêm os recorrentes solicitam aos MM.ºs Juízes que se dignem autorizar a dispensa do pagamento de preparo e custas nesta instância.”

Pedindo que seja rejeitado ou julgado improcedente o recurso e concedido o apoio judiciário aos recorrentes do recurso contencioso.

O Ministério Público emitiu o parecer no sentido de não merecimento de provimento do presente recurso.

Foram apostos vistos pelos juízes-adjuntos.

2. Fundamento

2.1 O Tribunal de Segunda Instância considerou provados os seguintes factos:

“1. Conforme o registo de nascimento da Conservatória do Registo de Nascimentos de Macau n.º 2724, B, de sexo masculino, nasceu em 21 de Outubro de 2001 em Macau, sendo filho de A e de C.

2. Em 1 de Novembro de 2001, a Direcção dos Serviços de Identificação de Macau emitiu a B um bilhete de identidade de residente de Macau, porém, o referido bilhete de identidade foi cancelado pela Direcção dos Serviços de Identificação de Macau em 16 de Maio de 2005 (pela razão de que B não é filho biológico de A).

3. Em 12 de Dezembro de 2005, A recebeu a seguinte notificação emitida pelo Serviço de Migração do Corpo de Polícia de Segurança Pública de Macau (cfr.

fls. 16 do processo administrativo em causa):

“(…)

Notificação

Referência: MIGXXXX/2005/CI

Relativamente ao pedido apresentado pelo Senhor A (portador do BIRM n.º ...) ao Chefe do Executivo em XX de Julho de 2005, em que solicitou a concessão da autorização excepcional ao menino B nos termos da lei e conforme as situações reais, venho por este meio notificar a V. Exa. que o referido pedido já foi transmitido ao Ex.mo Sr. Secretário para a Segurança, a fim de dar parecer sobre o tratamento do referido pedido, e para isso, o Secretário para a Segurança proferiu em XX de Outubro de 2005 um despacho na Informação n.º MIGXXXX/2005/CI, em que concordou com o despacho de XX de Junho de 2005 do Director Substituto do Corpo de Polícia de Segurança Pública que decidiu repatriar o menino B para o Interior da China, acompanhado da sua mãe biológica C.

Os fundamentos principais da decisão do Exmo. Senhor Secretário para a Segurança são os seguintes:

Tendo sido realizado o teste de paternidade, verificou-se que o menino B não tem relação de filiação com o residente de Macau A, pelo que, nos termos da Lei n.º 8/1999, o interessado não pode obter o Bilhete de Identidade de Residente de Macau exclusivamente por ter nascido em Macau, e o seu Bilhete de Identidade de Residente de Macau concedido já foi cancelado pela Direcção dos Serviços de Identificação de Macau.

A mãe do menino é residente do Interior da China (portadora do

Salvo-Conduto da República Popular da China para as Deslocações a Hong Kong e Macau n.º ...), e ao abrigo do artigo 4.º da Lei da Nacionalidade da República Popular da China que é aplicável na Região Administrativa Especial de Macau: “Um indivíduo nascido na China cujos progenitores, ou um deles, sejam cidadãos chineses tem nacionalidade chinesa”. Sem dúvida, o menino tem nacionalidade chinesa por ter nascido em Macau.

A Lei n.º 4/2003 que estabelece o regime de entrada, permanência e autorização de residência, prevê expressamente o pedido de autorização de residência dos cidadãos chineses residentes da China, e no seu artigo 10.º n.º 3, os cidadãos chineses residentes da China só podem obter autorização de residência na RAEM se forem titulares de documentos emitidos para o efeito pelas autoridades chinesas competentes. Nestes termos, o interessado só tem legitimidade para pedir a autorização de residência na RAEM ao Serviço de Migração quando possui os documentos acima mencionados.

Além de ter que repatriar o menino indocumentado pelas razões acima referidas, o retorno do menino para a sua mãe biológica também tem grande vantagem tanto no desenvolvimento físico e psicológico como na relação pais-filhos do menino, e sendo a mãe biológica, ela também tem dever de cuidar do seu filho.

Como o fundamento do seu pedido de autorização excepcional, o residente de Macau A (requerente), alegou que “a mãe biológica do menino, C, não tem nenhuma intenção de cuidar do menino, (...), receio que este possa ser abandonado logo depois de passar pelo posto fronteiriço, viver ao deus-dará, e até ser mutilado pelos malfeitores para mendigar na rua”. Quanto a isso, entendo que o referido fundamento não constitui o requisito e a condição da autorização excepcional

previstos no artigo 11.º da Lei n.º 4/2003.

Pelos acima expostos, entendo que deve ser mantido o despacho do Director Substituto deste CPSP, proferido em XX de Junho de 2005 na Informação n.º MIGXXXX/2005/CI, que decidiu repatriar o menino B para o Interior da China, acompanhado da sua mãe biológica.

Do aludido acto administrativo, cabe o recurso contencioso para o Tribunal de Segunda Instância no prazo de 30 dias, nos termos do artigo 25.º do Código de Processo Administrativo Contencioso.

O Chefe do Comissariado de Investigação

(...)"

4. Em XX de Abril de 2006, o Exmo. Senhor Secretário para a Segurança Pública de Macau reformou, através do seguinte despacho em português (cfr. o teor de fls. 7 a 9 do processo administrativo), a parte da fundamentação jurídica formulada no despacho por si proferido em XX de Outubro de 2005:

“DESPACHO

Assunto: Autorização de residência

Requerente: A em favor de seu filho menor B.

Por meu despacho de XX/10/2005, sufragando o parecer e proposta do CPSP/Serviço de Migração, indeferimos o pedido de residência que havia sido apresentado por A em favor de seu filho menor B.

Por força de um recurso entretanto interposto junto do Tribunal de Segunda

Instância, apercebo-me agora que aquela decisão de indeferimento, embora apropriada quanto aos seus efeitos práticos, não se encontra todavia, correctamente fundamentada, pelo que, nos termos consentidos pelas disposições conjugadas dos art.ºs 126.º, n.º 2, e 130.º, n.º 1, do CPA, procedo à reforma do acto administrativo em apreço, substituindo-o pelo que segue:

*

O interessado, considerando o teor da certidão de nascimento junta ao processo instrutor, é cidadão chinês, nascido em Macau, filho de um cidadão residente da RAEM ao tempo do seu nascimento.

Neste quadro, o interessado detém, nos termos dos art.ºs 1.º da Lei n.º 8/1999 e 4.º da Lei n.º 8/2002, o direito de residência em Macau, o que se não concilia com a peticionada autorização de residência, aliás afastando tal possibilidade já que é esta concedida apenas a quem, obviamente, a não possua, e verificados que sejam certos requisitos e condições previstos na lei e dependendo de uma decisão discricionária da Administração da RAEM.

Consta também do processo instrutor que a Direcção dos Serviços de Identificação (DSI), alegadamente tendo concluído que o interessado não é, afinal, filho biológico de um residente de Macau, terá, por esse motivo, procedido ao “cancelamento” do respectivo BIR.

Não nos compete qualquer tipo de avaliação daquele procedimento da DSI mas cumpre-nos opinar, objectivamente, afigurar-se-nos que, independentemente de se mostrar ou não “cancelado” o BIR, o interessado manterá o direito de residência enquanto do seu registo de nascimento constarem os elementos acima referidos, sendo essa uma questão que nos ultrapassa e que há-de resolver-se junto das

instâncias competentes.

Sendo certo que enquanto se mantiver tal situação, o pedido de autorização de residência não se mostra, como o meio próprio (nem tecnicamente viável) de reagir àquele “cancelamento” do BIR.

Acresce que caso assim se não entenda, tendo-se por certo que o interessado já não detém o direito de residência, ainda assim há-de forçosamente considerar-se que o mesmo é indocumentado em Macau, apesar de aqui nascido, devendo por isso ser entregue aos seus progenitores e devolvido ao local de residência destes e aí recenseado.

E pretendendo-se, neste quadro, obter a autorização de residência para o mesmo (o que se afigura pouco viável se confirmadamente o pedido não for apresentado pelos progenitores ou por quem detenha o poder paternal – o que além do mais levanta o problema da legitimidade), ainda assim não se encontra o Secretário para a Segurança vinculado à concessão da mesma, a qual aliás depende de um acto totalmente discricionário do Chefe do Executivo (cfr. conjugadamente os art.ºs 10.º, n.º 3, e 11.º da Lei n.º 4/2003).

Pelo que nos termos e com os fundamentos expostos indefiro ao requerido.

Notifique.

Gabinete do Secretário para a Segurança da Região Administrativa Especial de Macau, aos XX de Abril de 2006.

O Secretário para a Segurança

(...)”

5. Até ao dia XX de Abril de 2006, não tinha ocorrido qualquer alteração no

aludido registo de nascimento de B.

6. A nasceu na China e foi-lhe emitido o bilhete de identidade de Macau em 19 de Janeiro de 1981.

7. Conforme o resultado de teste de paternidade por DNA, B não é o filho biológico de A.

8. A mãe de B, C, não é residente de Macau.”

2.2 Validade do acto consequente

O recorrente continua a sustentar a bondade da decisão constante do acto impugnado, embora reconheça que decidiu com pressupostos errados, e chama a atenção de que o núcleo central do acto reside no indeferimento do pedido de residência do menor, pugnando pela ausência de qualquer nulidade do acto.

O acto impugnado em recurso contencioso é o despacho do ora recorrente proferido em XX de Outubro de 2005 que concordou e manteve a decisão do Comandante da PSP de recambiar o menor para o Interior da China na companhia da sua mãe. Posteriormente e após a interposição do recurso contencioso, o recorrente emitiu um outro acto em XX de Abril de 2006 no sentido de reformar o seu acto anterior, substituindo a parte de fundamentação deste pelo novo acto.

Sendo o primeiro acto do recorrente objecto do recurso contencioso e a consequência da eventual invalidade daquele vai determinar a possibilidade de conhecimento do segundo acto, pelo que vamos examinar em primeiro lugar aquele acto.

O tal primeiro acto do recorrente tem por fundamento o seguinte:

O menor não pode obter o Bilhete de Identidade de Residente (BIR) por nascimento na RAEM, com o seu BIR já cancelado pela Direcção dos Serviços de Identificação (DSI), porque não tem relação de filiação com A, revelado pelo teste de paternidade, e a sua mãe é residente do Interior da China.

O menor, de nacionalidade chinesa, não é titular de qualquer documento das autoridades do Interior da China que lhe permite obter a autorização de residência na RAEM.

É evidente que o acto do recorrente tem por base sobretudo o cancelamento do BIR do menor pela DSI.

O estatuto de residente permanente da RAEM é confirmada por meio de Bilhete de Identidade de residente permanente, passaporte da RAEM e certificados comprovativos do direito de residência ou do estatuto de residente permanente passados pela DSI (art.º 7.º, n.º 1 da Lei n.º 8/1999).

Sem ser titular de qualquer um dos referidos documentos, deve entender que não é residente permanente da RAEM. O menor será desta situação.

Só que, a decisão de cancelar o BIR do menor tomada pela DSI tem por base o teste de DNA para averiguar a paternidade do menor e do teste resulta que o menor não é filho de A, este como pai descrito no registo de nascimento da Conservatória de Registo Civil da RAEM do menor. Tal teste de DNA foi feito a pedido da DSI ao apreciar o pedido de substituição do BIR do menor.

É certo que a DSI tem poder de averiguação sobre a veracidade e exactidão

dos elementos identificativos. É o que se dispõe o art.º 28.º, n.º 1 do Regulamento Administrativo n.º 23/2002: “Sempre que se suscitem dúvidas sobre a exactidão de qualquer dos dados de identificação apresentados pelo requerente, pode a DSI notificar o mesmo, através de carta registada com aviso de recepção, para apresentação de prova complementar que considere necessária.”

Trata-se do poder conferido pelo legislador à DSI para garantir a veracidade dos dados de identificação. No entanto, para considerar os elementos de filiação diferentes dos constantes do registo civil é necessário atender à lei de registo civil.

De facto, o registo de nascimento e de filiação é obrigatório e é sujeito a um regime rígido de força probatória. Nos termos do art.º 3.º, n.º 1 do Código de Registo Civil, “a prova resultante do registo civil quanto aos factos a ele obrigatoriamente sujeitos e ao estado civil correspondente não pode ser ilidida por qualquer outra, salvo nas acções de estado ou de registo.”

Isto é, fora das referidas acções, o resultado do teste de DNA não é procedimentalmente idóneo para afastar os elementos constantes do registo civil obrigatório.

Assim, a DSI não pode negar os elementos de filiação constantes do registo civil para cancelar o BIR do menor por verificação da falsa paternidade, determinante da perda do estatuto de residente permanente da RAEM, com base apenas no teste de DNA realizado a seu pedido, sem que os elementos de registo civil serem apreciados no processo judicial próprio.

É de notar que o direito à residência na RAEM consubstancia um direito fundamental de residente permanente da RAEM consagrado nos art.ºs 24.º, n.º 3 da

Lei Básica da RAEM e 2.º, n.º 1 da Lei n.º 8/1999.

Por estar em causa direito fundamental, negando o direito à residência na RAEM ao interessado sem observância das formalidades processuais, o acto de cancelamento do BIR padece da nulidade (art.º 122.º, n.º 2, al. d) do Código do Procedimento Administrativo).

Contudo, é de chamar a atenção de que a apreciação do presente caso reporta obrigatoriamente à situação relacionada com o menor ao momento da interposição do recurso contencioso e a nulidade do acto da DSI não significa que o menor podia logo voltar a obter o BIR, pois tudo depende da nova decisão a tomar pela DSI, depois de conclusão do devido processo judicial.

Nos termos do art.º 123.º, n.º 1 do mesmo Código, o acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade.

Ainda segundo o art.º 122.º, n.º 2, al. i) deste Código:

“São designadamente actos nulos: ... i) Os actos consequentes de actos administrativos anteriormente anulados ou revogados, desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente.”

Por maioria da razão, o acto consequente de acto administrativo nulo também é nulo.

São actos consequentes os “actos administrativos praticados, ou dotados de certo conteúdo, em virtude da prática de um acto administrativo anterior.”¹

¹ Diogo Freitas do Amaral, *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, p. 84.

O acto do ora recorrente foi praticado com base na decisão da DSI de cancelar o BIR do menor. Sendo acto consequente desta decisão da DSI, é também nulo por nulidade desta.

Como acto nulo, não é susceptível de reforma (art.º 126.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo), pelo que não é de considerar o acto praticado pelo recorrente em XX de Abril de 2006.

Assim, é de manter a decisão do acórdão recorrido que declarou nulo o acto impugnado.

Sobre o apoio judiciário não há necessidade de nova pronúncia, pois uma vez concedido por despacho do relator do Tribunal de Segunda Instância (fls. 84), é mantido para a fase do recurso (art.º 2.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 41/94/M).

3. Decisão

Face ao exposto, acordam em julgar improcedente o recurso jurisdicional.

Sem custas por o recorrente ser legalmente isento.

Fixam os honorários da patrona nomeada no valor de 2500 patacas a pagar pelo GPTUI.

Comunique ao Director da Direcção dos Serviços de Identificação para efeitos tidos por convenientes.

Aos 30 de Maio de 2008.

Os juízes : Chu Kin

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

Sam Hou Fai

A Procuradora-Adjunta

presente na conferência: Song Man Lei