

Recurso n.º 84/2005

Recorrente: A

Recorrido: Secretário para a Economia e Finanças (經濟財政司司長)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

A, solteiro, vem interpor recurso contencioso de anulação do despacho do Exm.º Senhor Secretário para a Economia e Finanças, de 7 de Fevereiro de 2005, indeferindo o pedido de residência por investimento, alegando que:

1. O recorrente apresentou o requerimento de residência temporária no dia 14 de Julho de 2003. Nos termos do artigo 6.º, n.º1 do Decreto-Lei n.º 14/95/M de 27 de Março, o IPIM deve pronunciar-se sobre o pedido dentro de 60 dias úteis, após o que, se for o caso, deverá solicitar ao Serviço de Migração da Polícia de Segurança Pública a emissão do título de residência. Por isso, nos termos dos dispostos da lei, o procedimento do requerimento deve ser concluído antes do mês de Outubro de 2003. Todavia, na realidade, o respectivo procedimento só foi concluído no dia 10 de Março de 2005, com um atraso de nada menos de 20 meses, portanto, a omissão do IPIM viola o dever

de celeridade previsto no artigo 60.º do Código de Procedimento Administrativo.

2. Nos termos do artigo 61.º, n.º 3 do Código do Procedimento Administrativo, o órgão responsável deve justificar perante o dirigente máximo do serviço ou perante o órgão colegial competente, dentro dos cinco dias seguintes ao termo dos mesmos prazos. Além disso, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, os interessados (ora recorrente) devem ser informados, no prazo de dez dias, da justificação para a não conclusão do procedimento nos prazos legais e, quando previsível, da data em que a resolução definitiva é tomada. Mas, é lamentável que a autoridade não cumpriu os respectivos dispostos da lei.
3. A apreciação e a autorização, pela entidade recorrida, do requerimento da residência por investimento do recorrente constitui um acto administrativo, porque este acto preenche os cinco requisitos previstos no artigo 110º do Código do Procedimento Administrativo. Quanto a isso, não deve restar nenhuma dúvida.
4. O presente processo administrativo foi interposto pelo recorrente, mas, depois da sua interposição, o processo passou a ser dominado pela entidade recorrida na qualidade de autoridade, e esta tem o poder de decidir se utiliza determinados documentos, ou apense ou tire estes documentos dos autos, procedendo à administração e à direcção da instrução conforme a lei (v. artigo 85º, e s.s. do Código do Procedimento Administrativo), a fim de proferir a decisão que corresponde aos interesses públicos.

5. Nos termos dos dispostos da lei de residência por investimento, o requerente deve comprar um prédio com o valor não inferior a MOP1,000,000.00. O facto acima referido foi provado pela escritura pública de compra e venda elaborado pelo notário e pelo certidão dos Serviços de Registo Predial.
6. Nos autos, já tinha anexado as informações escritas dos respectivos registos prediais emitidos pela Direcção dos Serviços de Registo Predial, (cfr. fls. 70 a 135, 224 a 231, 234 a 240 e 245 a 254 dos autos), e com estes documentos a entidade recorrida pretende comprovar os respectivos factos (incluindo: as informações do prédio, se o seu valor ultrapasse MOP1,000,000.00, se o dono do prédio seja o requerente etc.).
7. O facto de o requerente ter comprado o prédio com o valor não inferior a MOP1,000,000.00 deve ser aprovado no processo de apreciação e autorização, eis o pressuposto da autorização de residência e o principal/único motivo do regime jurídico da residência por investimento --- atrair o dinheiro do exterior, activar a economia de Macau.
8. Porém, nos termos do artigo 99º, n.º 4 e 5 do Código do Registo Predial, a informação escrita serve apenas para o uso consultivo, sem efeito comprovativo. Se alguém quer comprovar a situação jurídica, deve requerer o certidão predial junto da Direcção dos Serviços do Registo Predial.
9. A informação cuja tradução chinesa é 消息 (notícia), segundo a experiência da vida, o chamado “sio sek” não é de absoluta confiança, por seu turno, a tradução chinesa de certidão é 證明

(prova), a tradução chinesa do verbo certificar é 證明了 (o que foi comprovado) ou 確實可靠 (verdadeiro e de confiança) (cfr. doc. 2).

10. Como o certidão é usado no acto jurídico, as informações devem ser completas, de forma que o autor do acto jurídico pode ter uma plena visão da situação jurídica do prédio, assegurando assim a segurança de compra e venda do imóvel, o que é, na realidade, o objectivo do regime do registo predial (cfr. artigo 1.º do Código de Registo Predial).
11. Nos termo da lei, a informação escrita não pode ser utilizado em quaisquer acto público, porque se a informação escrita possa ser utilizado nos actos públicos, pode-se afectar a segurança de compra e venda do imóvel, o que contraria o objectivo do regime de registo predial.
12. Os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes forem conferidos. O princípio da legalidade é um princípio básico que dirige as actividades da autorização, os órgãos administrativos e os agentes administrativos estão vinculados pela constituição e lei.
13. A entidade recorrida adoptou a informação escrita como fundamentação de prova da situação jurídica quando a mesma apreciar e autorizar o processo administrativo, o que viola os dispostos da lei acima referida. A informação escrita não tem

eficácia jurídica de prova de propriedade, portanto, não se pode obter a eficácia jurídica que a entidade pretende.

14. O motivo de elaboração do diploma da residência por investimento é para desenvolver a economia de Macau e activar o investimento. Nos termos do artigo 9.º, n.º 2 da Lei n.º 4/2003, (em conjugação com o artigo 4.º da mesma lei), para efeitos de concessão da autorização de residência, a entidade recorrida deve atender nomeadamente aos seguintes aspectos : antecedentes criminais; comprovado incumprimento das leis da RAEM; terem sido expulsos nos termos legais; a sua entrada, permanência ou trânsito estar proibida por virtude de instrumento de direito internacional aplicável na RAEM; nos termos legais, estarem interditos de entrar na RAEM; tentarem iludir as disposições sobre a permanência e a residência, mediante entradas e saídas da RAEM próximas entre si e não adequadamente justificadas; terem sido condenados em pena privativa de liberdade, na RAEM ou no exterior; existirem fortes indícios de terem praticado ou de se prepararem para a prática de quaisquer crimes; 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; meios de subsistência de que o interessado dispõe; finalidades pretendidas com a residência na RAEM e respectiva viabilidade; actividade que o interessado exerce ou se propõe exercer na RAEM; laços familiares do interessado com residentes da RAEM;

razões humanitárias, nomeadamente a falta de condições de vida ou de apoio familiar em outro país ou território; os aspectos que devem ser atendidos mas não foram enumerada completamente para além dos aspectos acima referidos.

15. Do parecer constante dos autos, podemos saber que a entidade recorrida não autoriza o requerimento de residência do recorrente, tendo como principal fundamento o facto de que o recorrente tinha trabalhado ilegalmente em Macau. Por outra palavra, existe a situação desfavorável “comprovado incumprimento das leis da RAEM” previsto na alínea b) da lei acima referida.
16. Pelo contrário, nas informações dos autos, conjugadas com a situação da vida real do recorrente em Macau, existem muitos factos favoráveis ao recorrente.
17. O recorrente chegou a Macau com a sua namorada em 1993 e por intermédio de uma agência de emprego, passou a trabalhar na Fábrica de vestuário **B** como trabalhador técnico. Até ao ano de 2004, trabalhou lá por 11 anos. Nos anos passados, o recorrente, que já está habituado à vida de Macau e gostou muito da vida de cá, casou-se com a sua namorada **C**.
18. O recorrente comprou três imóveis, pagou o imposto de selo e as despesas diversas etc., somando cerca de HK\$1,200,000.00.
19. O recorrente obteve a qualificação do agente do primeiro socorridor e o diploma deste curso.
20. **D**, filho do recorrente, nasceu em 199X, estuda na escola primária da Ilha Verde com a propina anual de 8.000,00 e tal

patacas. Graças à óptima classificação, obteve louvor (cfr. doc. 3).

21. Em 24 de Outubro de 200X, E, outro filho do recorrente, nasceu em Macau.
22. O recorrente está habituado a vida em Macau e gosta muito desta maneira de viver, gosta também de trabalhar na fábrica de confecções, deseja continuar a ficar em Macau para desenvolver-se no futuro. De facto, uma carta constante nos autos, dirigida à autoridade escrita pelo empregador do recorrente comprova a personalidade do recorrente.
23. O recorrente deseja que os seus dois filhos possam continuar a estudar em Macau, a fim de contribuir para a sociedade de Macau no futuro.
24. Em relação ao trabalho ilegal, do seu motivo, pode-se ver que o grau de culpa não é alto.
25. Depois de ser notificado pela Direcção dos Trabalhos sobre a multa de MOP5.000,00 que lhe foi punido a pagar, o recorrente não apresentou nenhuma reclamação e recurso hierárquico necessário contra a decisão de condenação de multa. Pelo contrário, o recorrente pagou logo no dia seguinte a respectiva multa, este facto revela que o recorrente já tinha arrependimento do seu acto e queria reparar sinceramente os danos causados.
26. Conforme a lei, a entidade recorrida deve ponderar os casos de forma sistemática e concreta, a entidade recorrida deve considerar todas as situações favoráveis e desfavoráveis constantes nos dispostos das leis acima referidas.

27. Da ponderação dos requisitos constantes das disposições acima referidas, não é difícil verificar que, para além de consideração da situação acima referida, deve-se ponderar, o que é mais importante, que se o recorrente for autorizado a fixar a sua residência em Macau, o recorrente e a sua família poderão ou não viver e trabalhar estavelmente. Além disso, devemos considerar também a função activa da sua residência para a sociedade de Macau.
28. Para efeitos acima referidos, a lei prevê-se a entidade recorrida deve fazer uma avaliação ou valoração da situação concreta baseada numa prognose, o legislador remete para a entidade recorrida a competência de fazer um juízo baseado na sua experiência e nas suas convicções, que não é determinado, mas apenas enquadrado por critérios jurídicos.
29. A entidade recorrida pode fazer a avaliação subjectiva e volitiva das situações concretas na ampla margem de livre decisão consentida pela lei, entrando já no campo de mérito do acto, isto é, no domínio da liberdade da acção da Administração, que em princípio não deve ser controlada pelos tribunais. Realmente, os recursos contenciosos são de mera legalidade.
30. Assim, o tribunal não pode, em sede de recurso contencioso, sindicat a parte não vinculativa do juízo feito pela Administração, a não ser excepcionalmente por meio dos limites internos do funcionamento da margem de livre decisão, consubstanciando nos princípios jurídicos que se aparecem como critérios de decisão e, ao mesmo tempo, de controlo.

31. No desempenho das suas funções e exercício dos poderes conferidos por lei, a Administração goza de grande liberdade no âmbito legalmente determinado, a fim de proferir a decisão mais adequada. Através da instituição de poder discricionário e margem de livre decisão, por exemplo, da introdução de conceitos indeterminados, a Administração pode escolher o meio mais adequado, de acordo com as situações e necessidades concretas, para alcançar no mais possível os interesses públicos. Ao exercer os poderes de livre decisão, a Administração pode decidir segundo os seus próprios critérios, além de observar as normas legais de carácter vinculativo e os princípios gerais do Direito Administrativo. Eis a manifestação mais intrínseca do poder discricionário e outros mecanismos de livre decisão e, ao mesmo tempo, a parte mais activa do poder administrativo. Isso é determinado pela natureza da presunção da legalidade e a prossecução dos interesses públicos no desempenho das funções administrativas. O sistema de controlo jurisdicional, como limitação do poder administrativo, está confinado, precisamente por esta causa, no campo de legalidade de actos administrativos, tendo como critérios de fiscalização as disposições normativas de natureza vinculativa, deixando, assim, a decisão final à Administração no domínio da discricionariedade.
32. No entanto, isso não implica que o domínio de livre decisão seja imune ao qualquer controlo judicial. Quando o acto resultado do uso do poder discricionário ou da margem de livre decisão está manifestamente contrário aos princípios jurídicos fundamentais a que as actividades administrativas devem respeito, o tribunal

pode anular o acto por este fundamento no uso da competência da fiscalização da legalidade. Fica, assim, garantidos adequadamente os direitos e interesses legais prejudicados através do meio jurisdicional sem detrimento do pleno exercício dos poderes discricionários pela Administração. (cfr. doc. 4).

33. Os elementos de ponderação previstos no artigo 9.º, n.º2 da Lei n.º 4/2003 (em conjugação com o artigo 4 da mesma lei) deixam um espaço de decisão bastante alargado à Administração. Tal como foi referido, as decisões proferidas no âmbito da margem de livre decisão não podem contrariar os princípios fundamentais no Direito Administrativo, incluindo o da proporcionalidade.
34. As decisões da Administração que colidam com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afectar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objectivos a realizar. É este o princípio da proporcionalidade enunciado nas disposições do Direito Administrativo.
35. O centro normativo do princípio da proporcionalidade é uma injunção de proibição do excesso e significa uma relação de adequação entre o meio e o fim. Essa ideia central projecta-se em três dimensões injuntivas de proporcionalidade : adequação, necessidade e equilíbrio. A adequação impõe que o meio utilizado seja idóneo à prossecução do objectivo da decisão. Entre todos os meios alternativos, deve ser escolhido aquele que implique uma lesão menos grave dos interesses sacrificados. O equilíbrio revela a justa medida entre os interesses presentes na

ponderação e determina que, na relação desses interesses entre si, deve a composição ser proporcional à luz do interesse público em causa.

36. O princípio da proporcionalidade é um princípio jurídico-material de justa medida, que vincula toda a actividade administrativa tal como os outros princípios fundamentais do Direito Administrativo, com especial relevância quando estejam em causa os direitos e as liberdades fundamentais dos cidadãos e quando se trate do exercício de poderes discricionários.
37. A entidade recorrida tem medo da eventual ameaça que se autorize a residência do recorrente em Macau, pode causar para a ordem pública ou a segurança de Macau. Para isso, deve estudar a relação entre os interesses da residência do recorrente e os da entidade que pondera.
38. No acórdãos acima referidos os três juizes do Tribunal de Última Instância foram unânimes na seguinte jurisprudência do seu tribunal : as actividades de “bate-fichas” realizadas nos casinos de Macau e o facto de ter sido condenado por duas vezes em multas reduzidas em Hong Kong pela detenção de drogas perigosas também não são suficientes para ser considerados como ameaça para a ordem pública ou segurança de Macau. as actividades de “bate-fichas” realizadas nos casinos de Macau e o facto de ter sido condenado em multas por violação do Código de Estradas não são suficientes para ser considerados como ameaça para a ordem pública ou segurança de Macau.

39. O trabalho ilegal é infracção administrativa, o infractor pode ser e só pode ser condenado em multa. Em comparação com o crime de posse de drogas que pode ser condenado na pena ou multa e, em comparação com a contravenção por violação do Código de Estrada (ilícito criminal) que pode ser condenado na pena ou multa, a situação do recorrente é melhor do que as dos casos acima referidos, por outra palavra, a situação do recorrente não é suficiente para ser considerado como ameaça para a ordem pública ou segurança de Macau.
40. Sem nenhum outro fundamento que indique situação negativa do recorrente, não se pode considerar que, o simples facto de trabalho ilegal no passo constitua ameaça para a ordem pública ou a segurança de Macau (cfr. doc. 4), Com a comparação acima feita, pode-se ver que o interesse danificado do recorrente é maior do que o interesse pretendido pela entidade recorrida, razão pela qual, verifica-se que o princípio da proporcionalidade foi manifestamente prejudicado.
41. Não autorizar a residência do recorrente com fundamento no trabalho ilegal, o que está a contrariar manifestamente o equilíbrio entre os interesses prejudicados e o fim a prosseguir e a adequação entre o meio e o fim, exigidos pelo princípio da proporcionalidade (cfr. doc. 4 e processo do recurso contencioso n.º 9/2000 de 3 de Maio de 2000/ Relator : Dr. Viriato Lima)
42. O indeferimento da residência em Macau do recorrente implica a limitação da sua liberdade. De acordo com as informações dos autos, a situação do recorrente não são de tal medida que constitui ameaça para a ordem pública e segurança de Macau. É

evidente que os direitos do recorrente foram limitados inadequadamente em comparação com o fim de proteger a segurança pública de Macau quando não foi autorizado a sua residência em Macau com esses fundamentos.

43. O princípio da proporcionalidade é uma regra fundamental a observar o uso do mecanismo de livre decisão, quando o princípio for manifestamente violado, deve ser anulado o acto administrativo (cfr. doc. 4).

Pelo exposto, vem por este meio solicitar que os Mm.os Juízes julguem que o despacho recorrido viole o disposto do artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 14/95/M de 27 de Março e dos artigos 60.º e 61.º do Código do Procedimento Administrativo, artigo 99.º, n.º 4 e 5 do Código de Registo Predial e o Princípio da Proporcionalidade. Nestes termos, nos termos do artigo 124.º do Código do Procedimento Administrativo, anulam o despacho recorrido, produzindo os devidos efeitos legais.

Para isso, vem por este meio solicitar que os Mm.os Juízes, nos termos dos artigos 13.º e 52.º do Código de Processo Administrativo Contencioso, notifiquem a entidade recorrida para que esta possa apresentar, no prazo legal, a contestação ou impugnação quando assim entender.

Além disso, vem por este meio solicitar que o tribunal notifique a entidade recorrida de que independentemente da apresentação ou não da contestação, deve entregar, no prazo de contestação, o original do processo referido e os demais documentos respeitantes ao recurso contencioso ao Tribunal de Segunda Instância para serem apensados aos

autos deste processo. Seguem-se os ulteriores termos até ao fim.”

Citada a entidade recorrido, que contra-alegou que:

1. O incumprimento das normas meramente processuais ou indicativas não acarreta a invalidade do acto administrativo, visto que este incumprimento não obsta a concretização do objectivo pretendido pelo tal acto administrativo, ou prejudica a natureza deste acto administrativo.
2. Se a decisão proferida pela Administração em relação ao procedimento administrativo for normal, a mesma não se tornará incorrecta pelo simples incumprimento do princípio de celeridade; ao contrário, se a decisão da Administração viola a lei, a mesma não se tornará legal mesmo que observe o princípio de celeridade, por isso, em qualquer caso, o mero incumprimento não acarreta a invalidade do acto administrativo.
3. Aliás, ao requerer a anulação do acto administrativo, o recorrente deve indicar concretamente os factos que implicam a invalidade do acto administrativo, mas o incumprimento do dever de celeridade não acarreta a invalidade do despacho supracitado, porque este não afecta a natureza essencial do acto administrativo.
4. Mesmo que o recorrente considerasse que o Instituto de Promoção do Comércio e do Investimento de Macau não cumpriu o prazo previsto no artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 14/95/M, o que constitui a omissão inexplicável, sendo por isso vítima de lesões, ele só pode indagar as eventuais responsabilidades cíveis não

contratuais da Administração através da acção independente e, não pode pedir a anulação do despacho recorrido através do recurso contencioso, visto que a eventual omissão do Instituto de Promoção do Comércio e do Investimento de Macau (se exista) não constitui nenhuma influência para a natureza essencial do despacho recorrido.

5. Mesmo que o acto de apreciação e autorização do requerimento de residência por investimento fosse considerado como acto público, não se deve considerá-lo como acto público referido no artigo 99.º, n.º 5 do Código de Registo Predial, visto que, neste caso, não está envolvido nenhuma transação de imóvel ou acto do direito real, portanto, o despacho recorrido não viola as disposições no Código de Registo Predial.
6. Mesmo que não entendamos assim, consideramos improcedente o recorrente, visto que não há nenhum documento ou facto (pelo menos o recorrente não indicou) que demonstre que a entidade recorrida utilizou a informação escrita do prédio como prova da situação jurídica do respectivo prédio do recorrente ou como fundamento de apreciação ou autorização da decisão.
7. A apensação da informação escrita nos autos constituídos para o requerimento de residência por investimento do recorrente não leva o despacho recorrido a incorrer em nenhum vício que possa anulá-lo, visto que não vemos nenhuma possibilidade de que a existência da informação escrita leve a Administração a proferir uma decisão “insaudável”

8. A decisão da Administração só pode ser vinculada pelo pedido de residência formulado por aqueles que, nos termos da lei, gozem o direito de residência na R.A.E.M.; a autorização do pedido de residência formulado por aqueles que, segundo a lei, não possam gozar o direito de residência na R.A.E.M., depende da discricionariedade de Administração;
9. A apresentação do pedido de residência segundo o Decreto-Lei n.º 14/95/M, mesmo que o requerente preencha as condições enumeradas no respectivo Decreto-Lei, não conduzirá necessariamente à autorização da Administração, para não falar em casos de não preencher as condições enumeradas pela lei.
10. A entidade recorrida considera que o recorrente havia trabalhado ilegalmente em Macau, o que não só viola as disposições da lei de Macau, mas também constitui impacto para a política de emprego do Governo; além disso, tal como o que foi referido no parecer em que baseia-se o despacho recorrido, o recorrente tinha que trabalhar ilegalmente em Macau para ganhar a vida, isto revele, em certo grau, que a condição económica do recorrente é limitada, neste caso, a autorização do pedido de residência por investimento do recorrente, será contrária ao fim pretendido pelo Decreto-Lei n.º 14/95/M. A entidade recorrida não autorizou o pedido de residência do recorrente com base neste motivo, o que foi explicitamente exposto no parecer supracitado.
11. De facto, quer no despacho recorrido, quer no parecer em que se baseia, não se encontra o facto de que o recorrente trabalhava ilegalmente em Macau prejudica a ordem pública e a segurança de Macau, todavia, o recorrente toma isto como fundamento - o

único – para dizer que o despacho recorrido violou o princípio da proporcionalidade. Nisto vê-se que o recorrente não sabia claramente, de facto, qual é o fundamento do despacho recorrido.

12. Como o fundamento citado pelo recorrente não tem nada a ver com o fundamento do despacho recorrido, não é necessário dar-lhe uma resposta, pois a procedência ou não de tais fundamentos não afecta a posição tomada pelo despacho recorrido.
13. Por isso, a acusação de violação do princípio da proporcionalidade deve ter como pressuposto a lesão que a decisão da Administração causa aos direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos.
14. Porém, O Decreto-Lei n.º 14/95/M, de 27 de Março atribui apenas ao requerente o direito para apresentar o pedido de residência, ao invés de conceder-lhe o direito da residência em Macau, o que demonstra que o recorrente não goza, nos termos da lei, o direito da residência em Macau, por isso, não se pode entender que o indeferimento do pedido de residência do recorrente viola o princípio da proporcionalidade, pois, mesmo que o recorrente preencha as condições enumeradas pela lei, a lei não garantirá que o pedido de residência por investimento é necessariamente autorizado, razão pela qual, o despacho nunca afectou os direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos do recorrente, muito menos violou o princípio da proporcionalidade.

Pelo exposto, venho por este meio solicitar que os Mm.os Juízes do tribunal colectivo julgar improcedente do presente recurso contencioso.

Correndo-se os termos normais do processo, houve alegações facultativas.

O Digno Magistrado do M^oP^o deu o seu douto parecer, que se transcreve o seguinte:

“Vem A impugnar o despacho do Secretário para a Economia e Finanças de 7/2/05 que indeferiu pedido de fixação de residência na RAEM por investimento, assacando-lhe vícios de violação, mais concretamente, de

- art^o 6^o, n^o 1 do Dec Lei 14/95/M de 27/3 e art^os 60^o e 61^o do ,
C.P.A.;
- art^o 99^o, n^os 4 e 5 do Cód Registo Predial e
- princípio da proporcionalidade,

argumentando, naquilo que conseguimos apreender e sintetizar, que o IPIM se deveria ter pronunciado sobre o seu requerimento de residência temporária no prazo de 60 dias úteis, o que não aconteceu, ocorrendo, assim, afronta do princípio da celeridade, que a informação escrita emitida pela Direcção do Registo Predial foi citada pela recorrida como “fundamento de prova da situação jurídica do respectivo prédio”, o que violaria a lei, pois tal informação não pode ser utilizada em nenhum acto público, acrescentando, finalmente, que “sem nenhum outro fundamento que indique situação negativa do recorrente, não se pode considerar que o simples trabalho ilegal possa constituir ameaça para a ordem pública ou segurança de Macau”, pelo que “o interesse danificado do recorrente é maior que o interesse pretendido pela entidade recorrida, razão pela qual verifica-se que o princípio da proporcionalidade foi manifestamente prejudicado”.

Não cremos, porém, que lhe assista qualquer razão.

Desde logo, do eventual incumprimento por parte do IPIM dos prazos a que o recorrente alude, designadamente os constantes do artº 6º do Dec Lei 14/95/M, não decorre a forma de invalidade que lhe é imputada, atinente, designadamente, à afronta do dever de celeridade.

Trata-se de prazos com carácter meramente indicativo, disciplinador ou regulador, cuja não observância não contende com a validade do acto, já que tal incumprimento não obsta à concretização do objectivo pretendido por aquele ou prejudica a sua natureza, relevando, quando muito e quando tal se justificar, a nível meramente disciplinar, sendo que, por outra banda, se não pode concluir, apenas através daquele objectivo incumprimento de prazos, que o órgão administrativo não tenha, de todo o modo, pugnado pelo rápido e eficaz andamento do procedimento, recusando e evitando tudo o que se tenha revelado inútil, impertinente ou dilatatório e não tenha ordenado e promovido tudo o que se revelasse necessário à prossecução do procedimento e à justa e oportuna decisão, isto é, para o que no caso interessa, nada indica que a “ultrapassagem” dos prazos em questão se não tenha tomado necessária para a cuidada recolha de elementos, sua ponderada análise e correcta aplicação do direito, ou, vistas as coisas por outro prisma, que aquela “ultrapassagem” tenha como causa a eventual inércia ou efectivação de escusadas, impertinentes ou dilatatórias diligências.

Mas, ainda que se entendesse encontrarmo-nos face a percurso procedimental injustificadamente lento, com morosidade sem razão plausível, tal não contenderia, como já se sublinhou, com a validade intrínseca do acto, restando ao lesado, no caso de, eventualmente, suportar prejuízos directamente decorrentes dessa morosidade, a legitimidade para demandar a

Administração em acção para efectivação de responsabilidade civil extracontratual.

Não se alcança, depois, o vício assacado pelo recorrente respeitante a alegada utilização pela recorrida, como “fundamento de prova da situação jurídica do respectivo prédio”, de informação escrita emitida pelo Registo Predial, com pretensa ofensa dos n.ºs 4 e 5 do art.º 99.º do Cód. Registo Predial, quando é o própria al b) do n.º 1 do art.º 5.º do Dec Lei 14/95/M que prevê, para a apreciação e autorização do pedido de residência em questão e como forma de confirmação da propriedade que o pedido do investidor deva ser acompanhado de “Escrituras públicas relativas a contratos de compra e venda, ou outros documentos idóneos que comprovem a realização dos valores de investimentos referidos...”, sendo que nunca a situação jurídica do imóvel foi posta em crise.

Mas, ainda mais relevante, é que não faz parte mínima da motivação do acto a utilização ou não da informação escrita atinente ao registo predial, já que o único motivo invocado para o indeferimento registado se prende com o facto de se ter detectado que o recorrente se encontrava em situação de prestação de trabalho ilegal na RAEM, pelo que o invocado a este propósito pelo recorrente se revela perfeitamente inócuo e irrelevante.

Finalmente, como é evidente, mal andaríamos se os princípios gerais do Governo atinentes à criação de incentivos para captação de investimentos e para a fixação de quadros dirigentes e técnicos especializados como forma de promover o desenvolvimento económico da Região, vertidos no Dec Lei 14/95/M, o condicionassem “per se”, ao deferimento de todos os pedidos de residência formulados à luz de tal diploma legal: tal pretensão haverá, além do mais, que ser sujeita ao “crivo” dos aspectos contemplados designadamente no n.º 2 do art.º 9.º da Lei 4/2003 de 17/3, alguns deles com carácter de

denegação, como é o caso do comprovado incumprimento das leis da RAEM e a limitação dos; meios de subsistência de que o interessado dispõe (limitação decorrente da necessidade de o mesmo se sujeitar à prestação de trabalho ilegal na Região) em que o indeferimento se estribou.

Na apreciação do requerimento do recorrente, atinente a pedido de fixação de residência na RAEM, por investimento, os normativos aplicáveis deixam, como é evidente, ao órgão decisor certa liberdade de apreciação acerca 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.

No caso, a Administração, perante o comprovado incumprimento das leis da RAEM por parte do recorrente, entendeu indeferir a almejada fixação de residência do mesmo, nos termos da al. 1) do nº 2, do artº 9º da Lei 4/2003, não se vendo como validamente atacar tal posição.

Ao que acresce que, na situação presente, em boa verdade, se não divisa que outra alternativa sensata e adequada restasse à Administração, face à matéria comprovada: revela-se sensato e razoável que as entidades públicas para o efeito vocacionadas, em face de indivíduo que se detectou encontrar-se em situação de incumprimento das leis da RAEM, indefiram a autorização de

residência peticionada, não se divisando que se mostre ultrapassada a justa medida ou que outras medidas necessárias e adequadas à salvaguarda da segurança e estabilidade públicas pudessem ter sido tomadas, no quadro legal existente, que implicassem menos gravames, sacrifícios ou perturbações à posição jurídica do recorrente (é de um indeferimento que estamos a falar, cuja alternativa seria apenas, parece-nos, o seu oposto), revelando-se, a este propósito, completamente descabida a invocação da doutrina do acórdão do Venerando TUI de 27/4/00 no âmbito do proc. 6/2000, dado reportar-se o mesmo a situação de contornos factuais completamente diferentes, respeitantes a decisão de interdição de entrada na RAEM de cidadão de Hong Kong, com fundamento na existência de antecedentes criminais e com argumentos dificilmente compagináveis com o caso presente, pelo que labora, a este propósito, o recorrente em manifesto equívoco.

De resto, os interesses económicos e familiares invocados pelo recorrente serão estimáveis, mas haverão sempre que ceder face ao manifesto interesse público na salvaguarda da segurança e estabilidade social da Região.

Donde, sem necessidade de maiores considerações ou alongamentos e dada a evidente não ocorrência de afronta de qualquer dos dispositivos legais invocados, ou de qualquer outra de que cumpra conhecer, sermos a pugnar pelo não provimento do presente recurso.”

O Tribunal é competente.

As partes têm personalidades judicial e judiciária, foram dotadas da legitimidade e afiguram-se ser regularmente patrocinadas.

Não há nulidade, excepções e outra irregularidade que obstem o conhecimento do presente recurso contencioso.

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos legais.

É a decisão objecto do presente recurso que consta das fls. 5 a 9 do processo instrutor, apenso dos presentes autos, onde se consignaram os factos assentes pertinentes para a decisão a que se dá por integralmente reproduzidos.¹

¹ O despacho tinha a versão chinesa o seguinte:

“第 1180/居留/2003 號意見書

書由：審查投資居留第 1180/2003 號申請

執行委員會主席：

1. 申請人 A，已婚，工人，現居於澳門，在中國內地出生，中國籍，持有中華人民共和國於 2003 年 2 月 27 日日發出的護照，編號為 XXX，有效期至 2008 年 2 月 26 日；亦持有由基里巴斯於 2003 年 5 月 20 日發出的居留證，編號為 XXX，有效期至 2011 年 5 月 19 日。依據經 6 月 11 日第 22/97/M 號法令修改 3 月 27 日第 14/95/M 號法令第 1 條的規定，以投資壹佰萬物業申請本澳臨時居留權。

依據上述法令第 1 條第 2 款之規定，申請人要求其臨時居留申請惠及：

申請人的配偶 C，中國內地出生，中國籍，持有中華人民共和國於 2003 年 4 月 8 日發出的護照，編號為 XXX，有效期至 2008 年 4 月 7 日；亦持有由基里巴斯於 2003 年 5 月 20 日發出的居留證，編號為 XXX，有效期至 2011 年 5 月 19 日；

申請人的未成年直系卑親屬 D，1997 年 9 月 13 日於中國內地出生，中國籍，持有中華人民共和國於 2003 年 4 月 11 日發出的護照，編號為 XXX，有效期至 2008 年 4 月 10 日；附屬於申請人配偶的基里巴斯居留證內。

2. 澳門治安警察局依據澳督第 120-I/GM/97 號批示內容，對申請人及其家團成員的旅行證件出意見書，並通知本局利害關係人符合投資居留申請之身份條件。同時指出發現申請人 A 及其配偶 C 虛報身份資料，但是根據治安警察局 MIG. 0102/04/C. I. 號公函指出經該局作深入調查後，已將上述個案作歸檔處理（見第 198 至 200 頁文件）。

上述申請人 A 被揭露於 1993 年 4 月 17 日至 2004 年 5 月 20 日期間以非本地勞工的身份於 B 製衣廠有限公司工作，而於本年 5 月 20 日合約滿後在未取得合法本澳門工許可的情況下，仍以日薪 128 澳門元受聘於上述公司，2004 年 8 月 2 日被有權限當局揭發該事實（見第 178 及 183 頁文件）。

申請人 A 亦因此而被勞工事務局根據第 17/2004 號行政法規第 2 條第（一）的規定，非澳居民在未持有為他人進行活動所需的許可下從事活動，即使無報酬也視為非法工作。根據同一行政法規第 9 條之規定，不遵守上述規定，將被科處澳門幣伍仟元至澳門幣貳萬元罰款。申請人已被有權限當局科處罰款澳門幣伍仟元，兼兩年內禁止在本澳從事任何工作活動（見第 176 頁文件）。

申請人 A 因涉及在本澳從事非法工作，因此於 2004 年 9 月 14 日就非法工作問題要求請人作書面聽證，申請人分別於 2004 年 9 月 24 日及同年 12 月 2 日提交書面聽證。

於 2004 年 9 月 24 日書面答辯中申請人對通訊地址及申請臨時居留權的審批時間有異議，並就其在本澳非法工作一事作出解釋。並指出現時本澳人力資源不足、申請人及其配偶以“外勞”身份在本澳“永豪製衣廠”工作等事實，並以合法性及適度原則為法律依據請求對其作出適當的處理，希望是次申請得以批准（見第 153 至 166 頁文件）。

申請人於 2004 年 12 月 2 日在原書面答辯的基礎上，指出經本局同事解釋已明白居留申請所需的審批時間和程序，同時強調其本人於 1993 年以“外勞”身份來本澳工作，於 2004 年 5 月 20 日當合約期滿後繼續在該廠工作，致使發生是次事件，其本人表示後悔和自責，同時以其已在本澳生活逾十載為由，要求給予機會批准居留申請（見第 152 頁文件）。

眾所週知，“黑工”問題對本澳社會正常生活秩序以及勞動力市場長期造成負面影響，特區政府透過相應的措施致力解決有關現象。其中特別為此出台 17/2004 號行政法規，從法律規定層面上打擊非法工作問題，保障本地人的正常就業機會。

在第 17/2004 號行政法規（禁止非法工作規章）生效前，在本澳從事非法工作的人士僅以證人身份出庭作證，當時並沒有法例對在本澳從事非法工作的人士作出相應制裁。

但第 17/2004 號行政法規（禁止非法工作規章）於 2004 年 6 月 15 日開始實施後，對於沒有合法身份在本澳從事勞務的人士可科處 5,000.00 至 20,000.00 澳門元的罰款，兼兩年內禁止在本澳從事任何工作活動。

此外，第 6/2004 號法律（“非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律”）第十一條對從事非法工作的現象亦作出規範，規定若被發現從事非法工作，則可透過行政長官批示，廢止非本地居民在澳門特別行政區的逗留許可，並可驅逐出境.....。

從以上立法可知，儘管本澳目前一定程度上存在人力資源不足的問題，但並沒有因此而拖延相關法律的制定，反而在維護公共利益的前提下，逐步加強立法打擊從事非法工作現象，以維護合法工作者的權益，同時解決人力資源不足其本身已有一定的制度，例如可透過勞工事務局依法申請非本地勞工身份咭，為本澳勞動力市場作貢獻，而絕非留在本澳從事非法工作。

此外，應強調三月二十七日第 14/95/M 號法令的立法目的之一為了吸引外地有經濟實力的投資者來澳定居，從而吸納外來資金。申請人 A 亦以投資本澳不動產為依據提出臨時居留權申請，但在審批期間卻從事非法工作，從側面一定程度上也能反映出申請人經濟實力。

3. 按照法律規定，行政長官在批給在澳門特別行政區的居留許可時，應考慮申請人是否遵守本澳法律等因素。根據經濟財政司司長於 2004 年 8 月 12 日之批示同意本局第 190/GJFR/091/2004 號關於投資居留申請者涉及“黑工”問題的意見書，即儘管上述申請人 A 形式上在本澳有投資不動產不少於壹佰萬澳門元，其被揭發涉及在本澳擔任“黑工”，透過上述之事實，可知申請人在本澳逗留期間是不遵守澳門特別行政區法律，可作出不批准臨時居留權申請的建議（見第 169 至 172 頁文件）。

4. 審閱完畢，建議依據第 14/95/M 號法令第 11 條的規定補充適用 4/2003 法律第 9 條第 2 款第（一）項之規定，不批准申請人 A 的臨時居留申請。

貿促局執行委員會代主席意見

經濟財政司司長：

鑑於第 1180/居留/2003 號意見書提出的事實和依據，不利於批准申請人 A 的臨時居留申請，現本人建議不批准有關申請。

該申請人以往並沒有在本局申請居留。

然而還是請閣下決定。

10/12/2004

經濟財政司司長批示：

不批准有關申請。

(Assinatura)

Conhecendo.

Em primeiro lugar, o recorrente impugnou a decisão pela violação do dever de celeridade na decisão do pedido de residência por investimento, previsto no artigo 6º do D.L. nº 14/95/M.

Manifestamente não lhe assiste razão. Tal como o que parecia o Digno Magistrado do Ministério Público, o prazo previsto nesse artigo é um prazo meramente disciplinador, cuja não observância não conduz à invalidade do acto, tendo apenas a relevância meramente disciplinar.

Avancemos então para o mérito da causa.

A figura de fixação de residência em Macau por investimento relevante foi criada pelo Decreto-Lei nº 14/95/M, de 27 de Março, com a finalidade de desenvolver a economia de Macau e promover o investimento.

Considera-se como investimento relevante a aplicação de fundos, a título permanente, em propriedade imobiliária ou outros activos corpóreos produtivos, que representem um valor não inferior a um milhão de patacas - al. d) do nº 1 do artº 2º do citado Decreto-Lei.

Nos termos do nº 2 do artº 9º da Lei nº 4/2003, conjugado com o artº 4º do mesmo diploma legal, para efeitos da concessão da autorização da residência, a entidade competente deve atender, nomeadamente, aos

7/2/2005”

seguintes aspectos:

- antecedentes criminais;
- comprovado incumprimento das leis da RAEM;
- terem sido expulsos nos termos legais;
- a sua entrada, permanência ou trânsito estar proibida por virtude de instrumento de direito internacional aplicável na RAEM;
- nos termos legais, estarem interditos de entrar na RAEM;
- tentarem iludir as disposições sobre a permanência e a residência, mediante entradas e saídas da RAEM próximas entre si e não adequadamente justificadas;
- terem sido condenados em pena privativa de liberdade, na RAEM ou no exterior;
- existirem fortes indícios de terem praticado ou de se prepararem para a prática de quaisquer crimes; 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;
- meios de subsistência de que o interessado dispõe;
- finalidades pretendidas com a residência na RAEM e respectiva

viabilidade;

- actividade que o interessado exerce ou se propõe exercer na RAEM;
- laços familiares do interessado com residentes da RAEM;
- razões humanitárias, nomeadamente a falta de condições de vida ou de apoio familiar em outro país ou território;
- os aspectos que devem ser atendidos mas não foram enumerada completamente para além dos aspectos acima referidos.

Nestes termos, a apreciação de pedidos de autorização de residência, à entidade competente ao lado de ser conferida a liberdade de apreciação – o chamado exercício do poder discricionário, podendo haver a intervenção judicial em situações de erro nos pressupostos, de facto e de direitos.

Por outro lado, não sendo embora de livre determinação das condições para a autorização da residência por investimento, nomeadamente os aspectos acima elencados, pode antes, dar como verificadas ou não as condições, aqui, pode a administração recorrer ao poder discricionário, e depois, como as condições verificadas, decide a autorização ou não a residência por investimento.

Sabemos que os pressupostos constituem os requisitos de validade do acto administrativo e são precisamente as circunstâncias, as condições de facto e de direito de que depende o exercício de um poder ou competência legal, a prática de um acto administrativo.

Um acto administrativo válido pressupõe satisfação dos seguintes requisitos:

- A determinação ou escolha dos pressupostos do acto. A indicação vinculada e discricionária dos pressupostos. As noções vagas e os conceitos técnicos.
- A ocorrência dos factos que constituem o pressuposto do acto administrativo.
- Os factos realmente ocorridos devem subsumir-se no pressuposto indicado na lei ou escolhido pelo órgão.²

No caso em apreço, resulta do acto recorrido que a razão determinante do indeferimento do pedido de residência do recorrente foi o facto de ele ter trabalhado ilegalmente na RAEM, o que demonstra incumprimento das normas legais da RAEM e constitui impacto para a política de emprego do Governo, bem como, revela, em certo grau, a limitação da capacidade económica do recorrente, pois necessita de trabalhar ilegalmente para sustentar a sua vida, pelo que a autorização do seu pedido de residência contraria ao espírito legislativo do DL n° 14/95/M.

Com o facto de o recorrente ter trabalhado ilegalmente na RAEM, a entidade recorrida retirou as seguintes conclusões:

- a) o recorrente violou as normas legais da RAEM;
- b) o facto em si constitui impacto para a política de emprego do

² Mário Esteves de Oliveira, Direito Administrativo, Vol. I, Lisboa, 1980, pp. 443 a 448.

Governo; e

c) a capacidade económica é limitada.

Como é fácil confirmar, estas conclusões não constituíram fundamento do indeferimento do pedido de fixação de residência.³

Sendo certo, o facto de o recorrente precisar de trabalhar para sustentar a sua vida não se pode significar a capacidade limitada do recorrente, porque nem se sabe qual o vencimento mensal do recorrente, não foi posto como fundamento essencial para o indeferimento do pedido de residência, mas sim um fundamento lateral ou um mero factor de ponderação, acompanhado o fundamento essencial acima referido – violação da lei de Macau.

Sabemos que lei não só exige, em caso tal como o presente, a título permanente, não inferior a um milhão de patacas em propriedade imobiliária ou outros activos corpóreos produtivos, como também o cumprimento das leis de Macau.

É certo que o recorrente fez prova este título permanente para o efeito, e independentemente de que foi esta prova posta ou não em causa pela entidade recorrida, é manifestamente justificada a ponderação de não ter cumprimento das leis de Macau pelo recorrente que conduz à não autorização da residência.

³ Pois, a própria decisão textuou-se que, em chinês, “... , 儘管上述申請人 A 形式上在本澳有投資不動產不少於壹佰萬澳門元, 其被揭發涉及在本澳擔任“黑工”, 透過上述之事實, 可知申請人在本澳逗留期間是不遵守澳門特別行政區法律, 可作出不批准臨時居留權申請的建議”.

As leis que se referem aqui são de conceito de sentido amplos, incluindo todas as normas legais nesta Região, inclusivé os regulamentos administrativos.

A entidade recorrida, considerando que o facto de ter trabalhar ilegalmente nos termos do disposto no Regulamento Administrativo n° 17/2004 e na Lei n° 6/2004, pelo facto de ter continuado a trabalhar em Macau sem obtenção a renovação da sua permissão (documentos de fls 178 e 183 do instrutor) e concluindo o não cumprimento das leis da Região, e com outros fundamentos, não autorizou a fixação de residência na Região.

Sendo certo, houve uma polémica jurisprudencial nos tribunais quanto à (i)legalidade do Regulamento Administrativo n° 17/2004, mas após a decisão do Tribunal de Última Instância pelo acórdão de 18 Julho 2007 no processo n° 28/2006, o Regulamento Administrativo n.º 17/2004 não foi declarado ilegal.

Pelo que não seria ilícito afirmar que, nos termos do disposto no Regulamento Administrativo n° 17/2004, o requerente trabalhou ilegalmente na RAEM sem devida autorização por parte de um trabalhador não residente, facto este que se leva a considerar que o mesmo não cumpria das normas legais na Região, ou não respeitava as regras legais da RAEM. Ainda por cima a entidade recorrida afirmou também o facto praticado pelo recorrente foi ilícito nos termos da Lei n° 6/2004.

Como se sabe, nos termos do nº 3 do artº 9º da Lei nº 4/98/M (Lei da Base da Política de Emprego e dos Direitos Laborais), a contratação de trabalhadores não residentes depende de autorização administrativa a conceder individualmente a cada unidade produtiva.

Para o efeito e por Despachos do então Governador de Macau, nºs 12/GM/88 e 49/GM/88, foram fixadas as regras de importação de mão-de-obra não residente.

A inobservância destas regras legais implica:

- para o empregador, a responsabilidade criminal (cfr. artº 16º da Lei nº 6/2004);
- para o empregado, a responsabilidade administrativa (cfr. al. 4) do nº 1 do artº 9º do Regulamento Administrativo nº 17/2004), bem como a revogação da sua autorização de permanência, com interdição de entrada na RAEM por um certo período (artºs 11º, nº 1, al. 1) e 12º, nº 2, al. 2) da Lei nº 6/2004).

O que é mais importante é que foi apurado o facto de ter trabalhado sem autorização na RAEM, até durante o período do processo do seu pedido e esse facto que leva a conclusão de que não cumprimento das leis da RAEM e que constitui os pressupostos da decisão ora em causa.

E foi exactamente este facto comprovativo de incumprimento das leis da RAEM pelo recorrente que levou à não verificação do requisito de

autorização da residência pelo investimento, pois com base nesse facto a Administração concluiu que o requerente não ter cumprido das leis da RAEM, e conseqüentemente tomou uma decisão de indeferimento do pedido, não se afigura ter incorrido em erro nos pressupostos de facto e de direito.

Nesta conformidade e sem necessidade de desenvolvimentos mais profundos, é de improceder o recurso.

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

Custas pelo recorrente.

Macau, RAE, aos 29 de Novembro de 2007

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong

(Vencido nos termos da declaração de voto a apresentar)

第 84/2005 號卷宗

表決聲明

基於下述的理由，本人不認同合議庭多數表決的合議庭裁判。

根據被上訴批示即經濟財政司司長於二零零五年二月七日作出批示所依據的事實及法律理由，上訴人 A 不獲批准以投資居留者身份在澳門居留的主要理由是基於其先前行為曾違反了 17/2004 號行政法規所通過的《禁止非法工作規章》。

雖然被上訴批示所依據的意見書除了指出上訴人 A 除了違反 17/2004 號行政法規外，還提及其行為可產生根據 6/2004 號法律規定的法律後果，以及申請人欠缺經濟實力等理由，但就意見書的理由陳述主次有別的方式而言，毫無疑問其主張不應批准申請人投資居留澳門的理據是申請人曾違反 17/2004 號行政法規第二條第一款及第九條的規定，被行政機關認定為非法工作而被科以伍仟元澳門幣的罰款。

作為典型的行政行為的被上訴批示，其合法性除了取決於其直接適用的法律規範，尤其是其事實前提外，還須取決於該被直接適用的法律規範是否符合位階較高的法律以及《澳門特別行政區基本法》的規定，否則亦屬違法，且應被法院在具體個案中認定屬違法規範，不予適用。

雖然尊敬的終審法院合議庭就第 17/2004 號行政法規的合法性作出審理，認為 17/2004 號行政法規沒有違反《澳門特別行政區基

本法》就立法權的規定，但本人仍維持本人曾於二零零六年四月二十七日第 223/2005 行政上訴卷宗中的合議庭裁判及其後於二零零六年七月二十日於第 280/2005 行政上訴卷宗中的合議庭裁判中所持的理由，並不認同尊敬的終審法院合議庭於本年七月十八日的 28/2006 號合議庭裁判中的理由，故認為不具應有的說服力使本人變更本人就同一法律問題在其他案件的審理中所持的立場。

就 17/2004 行政法規的合法性問題終審法院認為：

— 「行政法規需要一項預先法律給予授權的要求是沒有法律依據的」；

— 「同樣，不能從《基本法》的任何規定中可以得出行政法規不能設定針對個人的義務或限制的結論」；

— 「因此結論是，在《基本法》規定保留以法律規定的事項以外以及不違反法律優先原則(行政法規不得違反高位階的法律規範，尤其是基本法和法律，也不得違反包括行政法一般原則在內的法律一般原則)的情況下，行政長官可僅以《基本法》為依據核准行政法規，亦即「不必有一項授權法之後才能有獨立的行政法規」；

— 而「即使接受被上訴之裁判之觀點，即所有行政法規必須有一普通法律作為其依據」，「明顯地第 17/2004 號行政法規第 4 條可以被視為載於第 4/2003 號法律中的制度的補充規範」，「僅此就必須認為適用於本案情況的規範有一立法行為作為其基礎」。

然而，如行政長官真的可制定獨立於狹義法律的行政法規，那何解《基本法》第 17 條並沒有同時規定這等行政法規亦須報全國人民代表大會常務委員會備案？

假設行政長官認為因應政府政策的需要，決定就與澳門特別行政區有關的某一外交事務以行政法規自行進行規範，且事後無人向

本澳法院就這份行政法規的合法性提出爭議，而立法會又因《基本法》第 75 條的規定而未能主動自行在未經政府提案或行政長官書面同意下廢止該行政法規，那麼如《基本法》真的允許獨立行政法規的存在，對該份明顯違反《基本法》第 13 條的行政法規，全國人民代表大會常務委員會又如何能作出處理？《基本法》的立法者又怎會未能預計這雖然極端但理論上可能出現的或有情況的發生？

此外，尊敬的終審法院在 28/2006 合議庭裁判中摘要指出：「在被基本法保留以法律作出規範的事項之外（法律保留原則），以及不違反法律優越原則情況下，行政長官可以僅憑基本法中的規定作為理據核准行政法規。根據法律優越原則，行政法規不得違反具上位效力的規範性文件，尤其如基本法、法律，亦不得違反包括行政法原則在內的法律一般原則。」。

然而，根據這一理解，雖然尊敬的終審法院合議庭裁判形式上承認行政法規位階低於立法會行使立法權而制定的法律，但合議庭的裁判另一部份卻主張行政長官在該判決指出的僅有法律保留事宜以外，得未有法律規定的框架存在或法律預先具體授權的前提下制定獨立及創設性的行政法規。

事實上，如這一論點成立的話，則祇要行政長官就一仍未有立法會法律規定的且屬《基本法》第七十五條中所指涉及公共收支，政治體制及政府運作的事宜先以獨立和創設性的行政法規規範之，且其後沒有立法議員提出規範同一事宜的提案或提案不獲行政長官書面同意，那麼無論其規範內容如何，根本就不可能存在獨立行政法規違反法律的問題，且基於是行政法規而非立法會的法律，全國人民代表大會常務委員會亦不能根據第十七條第二段的備案機制而

發揮對澳門特別行政區法律進行嗣後監督作用。

因此，本人認為《基本法》第 17 條的行文已意味着所有行政法規必須是在狹義法律所已框劃的範圍下制定，因為祇有在這前提下，行政法規因已受間接的監督而免於被編入須上報備案的法規文件之列（見澳門現行《民法典》第 8 條第 3 款所亦體現的釋法準則；另亦見全國人民代表大會常務委員會澳門基本法委員會委員楊允中於澳門基金會 2006 年 12 月第 37 期的澳門研究內，發表的題為「立法、立法權、立法體制」的文章中第六點第二段點 3 的如下內容：「基本法沒有像法律一樣要求把行政法規報全國人大常委會備案，說明中央……不需啓動對行政法規的監督程序」）。

如此，本人認為由於尊敬的終審法院的上述法律見解似乎已實質改動了《基本法》所定的現行澳門政制中有關立法會與行政長官之間在制定法律規範上的權力分配和制約模式，及中央人民政府及特區政府在法律通報人大常委備案機制所建立的關係，尊敬的終審法院在定出是次法律解釋結果之前，似乎應遵照《基本法》第 143 條的規定，提請全國人民代表大會常務委員會就《基本法》中有關行政長官制定行政法規權的條款作出釋法。這是因為《基本法》第 50 條第(五)項所定的行政長官制定行政法規的權力，本屬澳門特別行政區政制的範疇，且澳門特別行政區的行政及立法機關均無自行更改澳門特別行政區本身政制的權力（見《基本法》第 144 條），故尊敬的終審法院在對這條文進行解釋時，似乎已在解釋一條本質非屬澳門特別行政區自治範圍內的條款。

而從另一個角度看，尊敬的終審法院是次有關認定行政長官可制定獨立行政法規的法律解釋，勢必削弱《基本法》第 17 條所預設的法

律備案機制的應有之義，使這種行政法規中有關原應屬狹義法律範疇的法律規範內容，不受全國人民代表大會常務委員會透過法律備案機制所設定的嗣後法律監督。由此可見，尊敬的終審法院是次法律解釋亦必然牽連到對《基本法》第 17 條第 2 和第 3 款的法律解釋，而這第 17 條正好是《基本法》第二章所明定的關於中央和澳門特別行政區關係(備案機制的關係)的其中一條條款，故憑此尊敬的終審法院似乎亦理應在作出是次法律解釋前，提請全國人民代表大會常務委員會釋法。

第二，本人認為似乎亦不應引用法國現行憲法去支持有關澳門特別行政區行政長官有權制定獨立行政法規的法律觀點，因為法國憲法並非本澳現行法律的法源，更何況該國的政制亦與本澳政制不同。即使對這兩點事實不予理會，也可別忘記法國憲法內是有明文規定有哪些事宜可作行政立法，而澳門《基本法》則沒有類似規定。

事實上，法國現行憲法第 37 條一開始便規定：“Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire”（參見 <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>），意即凡法律範疇以外之一切其他事項均屬行政法規性質。

而其第 34 條則規定下列事項是由法律訂定：

—公民權利和有關公民行使公共自由權利的基本保障；公民本人和其財產對國防所應負的義務；

—國籍、個人身份與行為能力、婚姻、繼承和贈與；

—犯罪與不法行為的確定和其所適用的刑罰、刑事訴訟、大赦、新司法制度的設立和法官的通則；

—各種賦稅、課稅基準、稅率及徵收方式、貨幣發行制度；

—國會和地方議會的選舉制度；

- 各級公共機構的設置；
- 國家民事和軍事官員的基本保障；
- 企業國有化和公營事業產權向私人的轉移。

此外，同一第 34 條又規定下列事項的基本原則是由法律訂定：

- 國防的一般組織；
- 領土內的團體的自治行政、權限和財源；
- 教育；
- 環境的維護；
- 所有權制度、物權和民商事債務；
- 勞工法、工會法和社會保障。

(La loi est votée par le Parlement.

La loi fixe les règles concernant:

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ;
- la création de catégories d'établissements publics ;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises

du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la Défense nationale ;
- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources [19] ;
- de l'enseignement ;
- de la préservation de l'environnement [20] ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.)

由此點看來，法國憲法正好反映出法國政府之所以能制定獨立和創設性的行政法規是該國憲法明示授權和指定可就那些事宜以行政法規進行立法，而不是採用像尊敬的終審法院在其 28/2006 合議庭裁判中主張的邏輯：法國政府之所以能制定獨立的行政法規是因為該國憲法沒有規定行政法規須獲法律預先授權或因為憲法沒有任何條文規定行政法規不能設定針對個人的義務或限制!?

同樣，由於中國內地現行的《立法法》並不在本澳生效，所以似乎也不能以這法律的規定去主張澳門特別行政區行政長官有權制定獨立行政法規。

總言之，即使尊敬的終審法院認為《基本法》在行政長官制定行政法規權力的範圍或內容方面存在「漏洞」，似乎也不能引用非屬澳門現行法律體系的法律規範去「填補」之，因「類推適用」這填補法律漏洞的機制(見澳門現行《民法典》第 9 條第 1 和第 2 款)僅可在同一現行法律體系下才能為之。更不應在不存在相類的情況下引用法國憲法而類推適用於澳門。

第三，眾所周知，根據公權機關權力權限法定原則，法無明示者不為權(按：有關原則亦已體現於澳門現行《行政程序法典》第3條第1款和第31條第1款的行文中)。意即公權機關無權幹未經法律明文准許的事情，而祇可幹和祇應幹經法律明文准許的事。簡而言之，行使公權的機關只可作出一切由先前法律明確容許作出的行為(secundum legem)，且不能作出法律禁止(contra legem)及法律沒有明確規定可作出的(praeter legem)行為，相對公民而言則反過來，除了有義務守法外(secundum legem)，凡法律沒有明確禁止(praeter legem)的行為，任何公民皆能實施之。如此，公權機關不得以「凡法律無明文規定者皆可為之」為行事邏輯；反之普羅大眾則可幹任何想做的事情，祇要事前並無法律明文禁止便可。故在這衍生自法治原則的公權運作邏輯下，又怎可從《基本法》沒有明文規定行政法規不能設定針對個人的義務或限制這點，去得出行政長官亦可制定獨立行政法規的結論？而即使《基本法》沒有明文規定「行政法規應明確指出旨在予以進一步規範的法律或確定行政法規主體職權和客體職權的法律」，這並不代表《基本法》允許獨立行政法規的合法存在。如此，旨在維護行政主導的《基本法》第75條的規定，似乎亦不能被解讀成既然涉及政府政策的事項，立法會議員祇有在政府事先書面同意下，才可提出議案，那麼行政長官實不需法律的許可便得就政府政策制定行政法規，否則便有本末倒置之虞：倘此解讀成立，立法會豈非在很多事宜上不用行使立法權？而《基本法》立法者在勾劃澳門政制時所持的有關「行政與立法互相制約，又互相配合」的立法原意，又如何付諸實現？

同樣道理，又豈可從《基本法》第40條第2款的規定，去推斷「除《基本法》第三章所提及的基本權利，以及該第40條所提到的國際公約所規定的

權利」外，「不能阻止行政法規可以設定針對個人的義務或施加限制」？事實上，本人認為《基本法》的立法者祇想透過該第 40 條第 2 款有關「澳門居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制」的規定，去強調澳門居民所享有的權利和自由是受莊嚴和高位階的立法行為所保護的重要性，而非欲示意行政法規可就《基本法》第三章所保障的基本權利及或該第 40 條所列的國際公約所規定的權利以外的其他任何權利加以限制。

如此，本人亦根據和維持已在第 280/2005 號案 2006 年 7 月 20 日合議庭裁判書所闡述的立場般，仍然認為《基本法》立法者的原意是沒有賦予行政長官制定獨立的創制性行政法規的權力(亦見中國政法大學法學院廉希聖教授於 2007 年 3 月 30 日，在「基本法與澳門特區的可持續發展」學術研討會上所發表的題為「略析澳門立法體制之演變——從雙層雙軌制到雙層單軌制」的講文中的如下內容：

「行政立法依其內容的不同可分為執行性立法和創制性立法。行政機關就立法機關制定的法律規定實施辦法、實施細則等，而不創制新的權利義務規範，稱為“執行性立法”；行政機關就法律尚未規定的事項制定行政法規，創制法律尚未確定的新的權利義務規範，稱為“創制性立法”。

執行性立法的立法依據是特定的法律；創制性立法的立法依據是特定法律的授權，沒有具體法律文件的授權，行政機關不能任意進行創制性立法。」)。

事實上，我們亦看不見《基本法》中有具體授權予行政長官制定獨立及創設性行政法規的規定。

另值得一提的是，尊敬的終審法院有關「在澳門，立法會沒有可與政府比擬的技術力量以使其可以制定足夠數量的具必要質量的法律規範」的論調，似乎更不是能支持行政長官有權制定獨立的創制性行政法規的理據，因為這斷言除了本身非屬真正的法律理由外，亦祇涉及法律

專才或技術人員的聘用和調配甚或立法工作效率管理的課題而矣，更何況在未有列舉任何具體數據下，似乎不應就立法會的工作作出這種斷言。至於有關「立法者與日常生活的具體個案有一定的距離，其也不可能全面預測所有情況」之說，這或有的情況又何嘗不會發生在行政立法者身上？

此外，這一觀點似乎作為《基本法》立法過程中，尤其是基本法起草委員們在構建日後的澳門特別行政區的立法權力配置時應提出來考慮的論點更來得適合。而不是在我們現時在適用已通過並已開始生效後，有需要解釋的《基本法》時所討論的因素。此外，尊敬的終審法院似乎亦不太注意《基本法》中規定澳門特別行政區政府是有權向立法會提出法律提案以便由立法會通過成為法律。此外，如涉及公共開支、政治體制及政府運作的事宜方面，澳門特別行政區政府是完全掌握立法會行使其立法權時所製訂的法律的內容及方向。如事實上一如尊敬的終審法院所言般，立法會「因立法技術力量不足和與日常生活的具體個案有距離」的原因而製訂了與現實脫節的法律或單純因此而沒有製訂澳門特別行政區所需的法律，則似乎澳門特別行政區政府對此情況的產生亦責無旁貸（見《基本法》第六十四條第(五)項及第七十五條規定）。

最後，6月14日第17/2004號行政法規第4條似乎亦不可被視為3月17日第4/2003號法律（即有關訂定入境、逗留及居留許可制度一般原則的法律）的補充規範，因這法律第15條所指的行政法規，正是4月14日第5/2003號行政法規。倘行政長官事後認為這第5/2003號行政法規仍未能完全為該原則性法律訂定一切所需的補充性規範，則理應透過修改這行政法規的內容為之，而非把有關所需

的新規範零散插載於其他行政法規(如第 17/2004 號行政法規)的行文中，故尊敬的終審法院在這方面所持的相反見解似乎亦不符合常用立法技術的一般邏輯。

基上所述，本人認為尊敬的終審法院是次有關認定獨立的創制性行政法規可合法存在於澳門特別行政區現行法制中的司法見解，因非屬經法定專有程序統一的司法見解(見澳門現行《司法組織綱要法》第 44 條第 2 款第(一)項、第 45 條第(四)項和第 46 條第 2 款的規定)，是不能成為各級法院在將來倘有涉及類似法律問題的訴訟中的具約束力判案指引，而僅在被視為優質和具說服力的情況下方會被參照引用，因此自然地對本案的判決亦無約束力。

基於上述理由，本人認為被上訴批示引用了違法的行政法規，因此應予撤銷。

二零零八年一月四日

助審法官

賴健雄