

Recurso n.º 524/2007

Recorrente: A

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

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

A, residente em Macau, vem interpor Recurso Contencioso de Anulação do Despacho do Exm.º Senhor Secretário para a Segurança, que lhe indeferiu o pedido de autorização de residência, alegando que:

1. A Decisão de indeferimento do Exmo. Senhor Secretário para a Segurança do Governo de Macau, datada do dia 12 de Junho de 2007, consubstanciada no relatório n.º 55/2007/FR, e notificada à ora Recorrente, pelos Serviços de Migração através da acto Recorrido N.º 1436/07/E, é nula, e portanto insusceptível de produzir quaisquer efeitos, por insuficiência de fundamentos, que não esclarecem a motivação do acto.
2. A acto de que se recorre viola o art. 115º do Código de Procedimento Administrativo “Equivale à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto”.

3. O acto recorrido está ferido de vício de violação de lei, por contrariar a Lei de Bases de Política Familiar da RAEM, Lei 6/94/M, de 1 de Agosto, a qual tem como elemento teleológico a estabilidade e unificação das famílias e o seu bem-estar social e económico (artigo 2º, n.º 1) e ainda Convenção sobre os Direitos da Criança, pois a mesma prevê que qualquer criança tem o direito e a necessidade da protecção na saúde, o que no caso em apreço, não acontecerá se a presente decisão subsistir, com manifestos efeitos nefastos para o bem-estar psicológico e emocional da menor.

Termos em que, o presente recurso deve ser admitido e, a final, ser nula a Decisão de indeferimento do Exmo. Senhor Secretário para a Segurança do Governo de Macau, datada do dia 12 de Junho de 2007, consubstanciada no relatório n.º 55/2007/FR, e notificada à ora Recorrente, pelos Serviços de Migração através da acto Recorrido n.º 1436/07/E, dando-se provimento ao presente recurso com todas as consequências legais.

Para tanto, requer-se a citação da autoridade recorrida para responder, querendo, no prazo e sob cominação legal e a remessa a este Tribunal do processo administrativo que está na origem do acto ora impugnado.

Citada, a entidade recorrida contestou, pugnando pela improcedência do recurso, entendendo que se trata do poder discricionário a autorização de residência em Macau, não se verifica

qualquer ilegalidade na produção do acto administrativo recorrido, nem qualquer desrazoabilidade no exercício dos poderes discricionários.

Não houve alegações facultativas.

O Digno Magistrado do Ministério Público apresentou o seu douto parecer que se transcreve o seguinte:

“Vem A, de nacionalidade russa, impungar o despacho do Secretário para a Segurança para a Segurança, de 12/6/07, que indeferiu pedido de autorização de residência por si formulado, assacando-lhe vício de forma por falta de fundamentação e de violação de lei, por afronta da Lei de Bases da Política Familiar da RAEM e Convenção sobre os Direitos da Criança, argumentando, em síntese, que, à luz daqueles diplomas legais e tendo em conta a situação concretamente apresentada, se imporia o deferimento da sua pretensão, já que é avó de uma menor a residir em Macau com os seus pais e estes, por força das contingências dos respectivos empregos no “Venetian Casino” e estabelecimentos comerciais conexos, não terão possibilidades de acompanhar e vigiar, em permanência, a menor, a qual tal exigiria, dado o seu frágil estado de saúde e o facto de dominar apenas a língua russa, razão por que a autorização da sua residência na RAEM, para auxílio na situação, se justificaria, à luz dos princípios vertidos naqueles diplomas legais.

Uma primeira nota a que se não poderá deixar de aludir, prende-se com a caducidade do direito de recurso invocada pela entidade recorrida.

E, diga-se desde já com alguma razão.

Segundo asserção da mesma - que não vemos, por qualquer forma, infirmada, quer nos autos, quer no instrutor respectivo - a recorrente, desde 28/10/06 e até, pelo menos, à data da contestação, permaneceu habitualmente na RAEM, o que se pode constatar pela "listagem dos movimentos fronteiriços".

Ora, "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 artº 25º, n.º 2, al a), do CPAC" - Ac. do TUI de 6/2/02, proc. 16/2001.

Sendo assim, tendo a acto impugnado sido notificado à recorrente em 29/6/07 e tendo o recurso dado entrada neste Tribunal a 29/8/07, havia já caducado o direito do mesmo, mesmo antes do início da férias judiciais do Verão, operando tal caducidade relativamente à invocação de vícios passíveis de conduzir à anulabilidade do acto.

O que, manifestamente, sucede relativamente à invocada falta de fundamentação, já que, tal como é configurada, não se poderá, obviamente reconduzir à carência absoluta de forma legal, nos termos da al f) do n.º 2 do art.º 122º, CPAC, pois que o acto é expresso, foi reduzido a escrito e encontra-se assinado pelo autor, sendo que, a tal nível, a lei mais não exige.

Razões por que, relativamente à invocação de tal vício será de rejeitar liminarmente, por caducidade do direito de recurso - al h) do n.º 2 do art.º 46º, CPAC.

No que tange à assacada afronta da Convenção sobre os Direitos da Criança e Lei de Base da Política Familiar, mesmo dando-se de barato que o eventual atropelo de alguma ou algumas das respectivas normas, pudesse contender com eventuais direitos fundamentais e, conseqüentemente, poder integrara a previsão da al d) do n.º 2 do artº 122º, CPAC, não faz, no entanto, com os contornos invocados, qualquer sentido a alegação, dado, desde logo, encontrarmo-nos face a acto de conteúdo puramente negativo, em que a situação da recorrente, sua filha/genro e neta se manteve inalterada por força daquele, não se descortinando que com o mesmo se afronte, por qualquer forma, o direito fundamental à família, à unidade e estabilidade familiar ou ao poder paternal (sendo certo que este pertence, em primeira linha, aos progenitores), qualquer pacto ou convenção internacional atinentes a qualquer “direito fundamental”, da recorrente ou seu agregado familiar, tanto mais que, para além do resto, não resulta como consequência forçosa da execução do acto quer a separação progenitores/filhos, quer qualquer quebra dos laços familiares existentes, quer a ocorrência de qualquer nefasta consequência para a menor.

Claro está que, pese embora a ocorrência da situação apontada, à Administração não estava vedada legalmente a possibilidade de proferir despacho de deferimento, fundada, designadamente, em circunstâncias excepcionais de índole humanitária, matéria que, como é óbvio, nos não passa despercebida e a que não somos incólumes: deparamo-nos, porém, perante situação em que os normativos aplicáveis deixam ao órgão decisor ampla liberdade de apreciação àcerca da conveniência e da oportunidade das decisões encontrando-nos, assim, face a acto produzido no exercício de poderes discricionários, sendo que, por

normas, nesta área, a intervenção do julgador ficará reservada, como já se frisou, apenas para casos de erro grosseiro ou injustiça manifesta, o que se não vislumbra.

Donde, por não ocorrência de qualquer vícios passível de fulminar o acto com nulidade e, encontrando-se, quanto aos restantes alegados, caducado o direito de recurso, sermos a pugnar pelo não provimento do mesmo.”

Cumprе conhecer.

Foram colhidos os vistos legais.

Consideram-se assentes os factos pertinentes para a decisão da causa:

- A recorrente, divorciada, é mãe de **B**, titular do BIRNP n° XXX;
- A filha da recorrente é mepregada no Venetian Casina, numa loja do C Group Limited;
- O Genro da recorrente o Sr. **D**, ex-funcionário Público da RAEM, exerce actualmente funções de XXX no Venetian Casino;
- A sua filha tinha uma filha, neta da recorrente, menor de 4 anos de idade, chamada **E**;

- Tem seguinte teor o despacho recorrido:

“Assunto: Pedido de autorização de residência

Documentos: Relatório do Serviço de Migração n° 55/2007/FR

Interessado-a: **A**

A interessada, juntamente com a sua neta, apresentou o pedido de autorização de residência com base na reunificação familiar com a sua filha, mãe da referida neta. Considerando que a supracitada neta tem satisfeito as condições de autorização de residência, o pedido referente à mesma foi deferido.

Em relação à própria interessada, o Serviço de Migração procedeu à respectiva audiência escrita, cujo conteúdo está aqui inteiramente reproduzido. Atendendo a todas as declarações da interessada, julgue-se que não existe nenhuma situação especial que mereça de consideração. De acordo com o conteúdo da dita audiência escrita, indefiro o pedido de autorização de residência.

Secretário para a Segurança, (assinatura)

12 de Junho de 2007

- Do despacho foi notificada a recorrente em 29 de Junho de 2007 (conforme a declaração aposta na notificação de fl. 12)

- A recorrente deu entrada neste Tribunal em 29 de Agosto de 2007.

Conhecendo.

Foram colocadas as seguintes questões:

- Insuficiência de fundamentos, o que equivale à falta de fundamentação, conduzindo à nulidade do acto;

- Violação da lei por contrariar a Lei de Bases de Política Familiar da RAEM, Lei n.º 6/94/M e Convenção sobre os Direitos da Criança.

Mas antes, foi colocada uma questão prévia de caducidade do direito de recurso, por ter ultrapassado o prazo legal de recurso.

Invocou a entidade recorrida que os vícios invocados pela recorrente conduz quanto muito a anulabilidade do acto e não nulidade do acto, o prazo de recurso é de 30 dias. Quando o acto tinha sido notificado em 29 de Junho de 2007 e o contencioso só foi dada a entrada no Tribunal em 29 de Agosto de 2007, decorreu o prazo legal.

Vejamos então a questão-prévia.

O prazo para o recurso contencioso dos actos anuláveis é de 30 dias quando o recorrente reside em Macau (artigo 25.º n.º 1 al. a) do CPAC) e é de 60 dias quando o recorrente resida no exterior de Macau (artigo 25.º n.º 1 al. b) do CPAC).

No seu requerimento inicial (fl. 2), a recorrente invocou o prazo previsto no artigo 25.º n.º 1 al b) do CPAC, pelo facto de ser Russa, residente no exterior da RAEM.

Tal como citou do acórdão do TUI de 6 de Fevereiro de 2002 no recurso n.º 16/2001, “[s]e 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.º 25.º, n.º 2, al a), do CPAC”.

Embora a situação em que a recorrente presente caso não se afigure ser semelhante daquele processo em que decidiu o TUI, pois, no presente caso a recorrente não pode ser considerada como na situação de residir habitualmente em Macau – artigos 4º nº 1 e nº 2 al. 3) da Lei nº 8/1999, o que quer o acórdão do Venerando Tribunal dizer é que, para a consideração de ser residente ou não na RAEM para o efeito do artigo 25º do CPAC, deve adoptar um critério material e não *de juris*, o facto de residir efectivamente em Macau, independentemente de saber se o recorrente tem ou não o direito de residência, (pois mesma para um cidadão que tem direito de residência em Macau, mas reside efectivamente no exterior da RAEM, ainda goza do direito de 60 dias para a interposição do recurso).

Tal como foi alegado pela recorrente, conjugando os elementos constantes dos autos, a recorrente, desde da autorização de permanência em Macau até à interposição do recurso, a recorrente residia efectivamente na RAEM. Assim sendo, a recorrente não pode beneficiar o prazo de 60 dias para o efeito de interposição do recurso contencioso, a não ser ocorrer situações excepcionais legais.

Ocorrerá uma das excepções desta disposição legal de prazo de recurso contencioso: o recurso interposto com os fundamento de declaração de nulidade do acto.

Cabe assim verificar as questões que levantou a recorrente.

Apesar de que a recorrente invocou a nulidade pela falta de fundamentação nos termos do artigo 122º do CPAC, digamos que cabe o Tribunal ver se efectivamente tem esta consequência de nulidade caso viesse verificar o vício impugnado.

Impugnou a recorrente o acto pelos vício de falta de fundamentação, causa de nulidade nos termos do artigo 122º do CPA e pelo vício de violação da Lei de Bases de Política Familiar da RAEM e Convenção sobre os Direitos da Criança.

Mesmo dando-se de barato que a primeira questão pudesse contender com eventuais direitos fundamentais e, conseqüentemente, poder integrara a previsão da al d) do n.º 2 do artº 122º, CPAC, é de dizer que ainda que se verificasse o vício de falta de fundamentação, não se conduz à nulidade pela falta absoluta de forma legal nos termos do artigo 122º nº 2 al. f) do CPA, mas sim artigos 114º, 115º e 124º do CPA, o que conduz a anulabilidade do acto.

Pelo que caducou o direito de recurso para impugnar o acto recorrido pela causa de anulabilidade, ou seja a primeira questão, dado que tinha sido notificada em 29 de Junho de 2007 e foi dada a entrada do recurso neste Tribunal apenas em 29 de Agosto de 2007.

Vejamos então a segunda questão levantada, quanto à autorização de residência.

O que está em causa é precisamente o pedido de Fixação de Residência por Razões Humanitárias, que foi indeferido pela entidade recorrida com o fundamento de não existência da situação para a autorização excepcional, tendo com conta a declaração prestada pela recorrente.

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

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

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

- 1) Antecedentes criminais, comprovado incumprimento das leis da RAEM ou qualquer das circunstâncias referidas no artigo 4.º da presente lei;
- 2) Meios de subsistência de que o interessado dispõe;
- 3) Finalidades pretendidas com a residência na RAEM e respectiva viabilidade;
- 4) Actividade que o interessado exerce ou se propõe exercer na RAEM;
- 5) Laços familiares do interessado com residentes da RAEM;
- 6) Razões humanitárias, nomeadamente a falta de condições de vida ou de apoio familiar em outro país ou território.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Também podemos afirmar que a regulamentação legal da autorização de residência deixa de entre as duas soluções legalmente possíveis (autorizar ou negar) que a Administração decida livremente, embora com o vínculo de “devido fundamentado”.

Como define o Prof. Marcello Caetano, “o poder será discricionário quando o seu exercício fica entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a

adoptar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere”.¹

Sendo certo, não existe discricionariedade pura, pois há, quase sempre, aspectos vinculados. Só que, predominando a liberdade optativa da Administração, as áreas vinculadas surgem em doses não alopáticas, deixando ao acto um tratamento, essencialmente, como discricionário. Assim sendo, nos momentos e aspectos vinculados, o acto pode ser atacado por violação de lei.²

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

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

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

Resta decidir.

¹ In Manual de Direito Administrativo, vol. I, p. 214

² Vide Acórdão do TSI de 31 de Janeiro de 2002 do Processo nº 164/2001

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

Custas pela recorrente.

Macau, RAE, aos 16 de Dezembro de 2008

Choi Mou Pan

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong