

Processo nº 170/2007

Data do Acórdão: 07JUL2011

Assuntos:

Direito de permanência

Trabalhador não residente especializado

Poder discricionário

Desvio de poder

SUMÁRIO

1. o exercício do poder discricionário cometido à Administração só é sindicável a título de desvio do poder, violação dos princípios da igualdade, imparcialidade e proporcionalidade.
2. Atendendo ao fim a que visa a Lei nº 4/2003, que é entre outros, o controlo de fluxos migratórios e a defesa da coesão social, não há desvio de poder quando o despacho recorrido não adoptar um entendimento que alargue o conceito indeterminado “trabalhadores não residentes especializados” por forma a abranger nele a guarda de segurança.

O relator

Lai Kin Hong

Processo nº 170/2007

I

Acordam na Secção Cível e Administrativa do Tribunal de Segunda Instância da RAEM

A, devidamente identificado nos autos, vem recorrer do despacho do Senhor Secretário para a Segurança que lhe indeferiu o pedido que formulara para que fosse permitido a sua filha a permanecer em Macau até ao termo do período por que ele próprio se encontrasse autorizado a exercer a respectiva actividade profissional na RAEM, concluindo e pedindo:

CONCLUSÕES

- I- A Direcção dos Serviços dos Assuntos Laborais carece de competência para emitir pareceres do género daquele que fundamentou o despacho do Senhor Secretário para a Segurança, já que a sua Lei Orgânica lhe consente, tão só, a emissão de pareceres no que concerne à contratação de mão-de-obra não-residente; não sobre questões de reunificação familiar (cfr. artº 4º do Regulamento Administrativo nº 24/2004, de 26 de Julho).*
- II- A Lei nº 4/2003, de 17 de Março de 2003 (cfr. o seu artº 1º, nº2), não será, in casu, aplicável à situação em apreço, já que expressamente salvaguarda a aplicação de “...**regimes previstos em legislação especial ou em instrumentos de direito internacional aplicáveis na R.A.E.M.**” (designadamente, a Lei nº 6/94/M, de 1 de Agosto, e a Convenção sobre os Direitos das Crianças, diplomas cujo objecto e regime se revelam bem mais adequados à apreciação e decisão de pedidos sobre reunificação familiar).*
- III- Ainda que se considerasse a Lei nº 4/2003, de 17 de Março de*

2003, instrumento adequado à decisão do pedido, afigura-se carecer o Senhor Secretário para a Segurança de competência para ter recusado tal pedido, já que se entende que tal competência, originariamente do Senhor Chefe do Executivo, é indelegável.

- IV-** Na realidade, e ao contrário do que dispõe o artº 4º, nº 3, da Lei nº 4/2003, de 17 de Março de 2003, no que respeita à recusa de entrada na R.A.E.M., os artºs 9º e 11º do mesmo diploma legal não contemplam a possibilidade de delegação de poderes no que tange à autorização de fixação de residência – quer normal quer excepcional – na R.A.E.M., competência essa que o legislador terá querido manter como exclusiva do Senhor Chefe do Executivo e indelegável.
- V-** As famílias não podem ser prejudicadas por a Administração da R.A.E.M. (primeiro a Administração Portuguesa e, desde 20 de Dezembro de 1999, a Administração Chinesa) não ter regulamentado ainda, decorridos que são já quase 13 anos sobre a data da sua publicação, a Lei nº 6/94/M, de 1 de Agosto (Lei de Bases da Política Familiar).
- VI-** A Convenção sobre os Direitos da Criança está plenamente em vigor no ordenamento jurídico de Macau.
- VII-** A discricionariedade administrativa de que goza, regra geral, a Administração não é, na situação em apreço, juridicamente admissível, por ser incompatível com o objecto e os fins da Convenção sobre os Direitos da Criança.
- VIII-** Um estado Parte não pode vincular-se internacionalmente, através de um Tratado ou de uma Convenção para, depois e ao nível interno, com recurso à desgastada figura da discricionariedade, alienar, por via administrativa, as responsabilidades internacionalmente assumidas.
- IX-** A Região Administrativa Especial de Macau está, conseqüente e logicamente, obrigada a respeitar os princípios consagrados

na Convenção sobre os Direitos das Crianças (cfr. seu artº 4º).

- X-** Nos termos do artº 9º da Convenção sobre os Direitos das Crianças, a criança só poderá ser separada dos pais contra a vontade destes se essa separação for necessária no interesse superior da criança.
- XI-** O despacho do Senhor Secretário para a Segurança, ao conferir o seu beneplácito a que a criança fosse separada dos pais – contra a vontade destes e da criança – não justificou, e muito menos provou, que tal separação forçada fosse, como a lei impõe, “necessária no interesse superior da criança”.
- XII-** Nos termos do artº 10º da Convenção sobre os Direitos das Crianças, “...todos os pedidos formulados por uma criança ou por seus pais para entrar num Estado Parte ou para o deixar, com o fim de reunificação familiar, são considerados pelos Estados Partes de forma positiva, com humanidade e diligência. Os Estados Partes garantem, além disso, que a apresentação de um tal pedido não determinará consequências adversas para os seus autores ou para os membros das suas famílias”.
- XIII-** O despacho do Senhor Secretário para a Segurança não respondeu, nem de forma positiva nem com humanidade, ao pedido de reunificação familiar formulado pelo ora recorrente.
- XIV-** O despacho do Senhor Secretário para a Segurança, ora sub judice, versa sobre matéria indelegável, pelo que, estando ferido do vício de incompetência, é nulo.
- XV-** O despacho do Senhor Secretário para a Segurança violou o disposto nos artº 9º, nº 1 e artº 10º, nº 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como os artº 2º, nº 1, artº 5º, alíneas b) e c), artº 8º, nºs 1 e 2 e artº 15º, nº 1, todos da Lei nº 6/94/M, de 1 de Agosto e, bem assim, ao não observar os princípios da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade, e da justiça e da imparcialidade, os artºs 3º, 5º e 7º do Código do Procedimento Administrativo, pelo que, estando ferido do vício

de violação de lei por erro nos pressupostos de direito e por total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, é nulo.

XVI- *O despacho do Senhor Secretário para a Segurança encontra-se, igualmente, inquinado de erro nos pressupostos de facto pelos motivos indicados nas presentes alegações, os quais se dão aqui por integralmente reproduzidos, vício que o fere de anulabilidade.*

XVII- *O despacho do Senhor Secretário para a Segurança, por último, não se encontra mínima – nem capazmente – fundamentado, como de resto é por lei exigido (cfr. art.º 114.º, n.º 1, alínea c) e art.º 115.º, n.º 2, ambos do Código do Procedimento Administrativo), pelo que, sofrendo do vício de forma por manifesta falta de fundamentação, é anulável, vício este que se invoca a título subsidiário.*

Neste termos,

E nos mais de Direito que, com o natural e douto suprimento de Vossas Excelências, Senhores Juizes, forem considerados aplicáveis, deverá ser dado provimento ao presente recurso, formulando-se assim o seguinte

PEDIDO

- i) o despacho do Senhor Secretário para a Segurança, do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, datado de 16 de Setembro de 2006, que indeferiu o pedido formulado pelo ora recorrente para que fosse permitido a sua filha, B, menor de 7 anos de idade, integrar o agregado familiar do ora recorrente, até ao termo do período por que este se encontrasse autorizado a exercer a respectiva actividade profissional deverá ser declarado nulo; ou**
- ii) ainda que assim se não entenda, deverá o acto recorrido ser anulado,**

em qualquer dos casos com todas as legais consequências.

Assim decidindo, estarão Vossas Excelências fazendo, Senhores Juizes, para além de boa interpretação e aplicação da Lei, administração de sã

JUSTIÇA!

Citado, veio o Senhor Secretário para a Segurança contestando pugnando pela improcedência do recurso.

O Dign^o Magistrado do Ministério Público opinou no seu douto parecer pugnando pelo não provimento do presente recurso.

Fica assente a seguinte matéria de facto com relevância à decisão do presente recurso:

- O recorrente A e a sua esposa B são ambos cidadãos filipinos e trabalhadores não residentes contratados pela XXX (Macau) Limited para prestação de serviço de guarda de segurança;
- O seu agregado familiar do recorrente é composto por 3 elementos: ele próprio, a esposa e a filha C;
- O rendimento mensal total do recorrente e da sua esposa é de MOP\$11.000,00;

Foram colhidos os vistos, cumpre conhecer.

1.Incompetência do Secretário para a Segurança;

2.Incompetência da DSAL;

3.Erro nos pressupostos de facto;

4.Erro nos pressupostos de direito;

5. Violação dos princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade e a total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários; e

6. Falta de fundamentação.

1. Incompetência do Secretário para a Segurança;

Para concluir pela incompetência do Senhor Secretário para a Segurança, alega o recorrente que é que nos termos da Lei nº 4/2003 de 17MAR, a recusa de entrada na RAEM é de competência do Senhor Chefe do Executivo, sendo tal competência delegável, todavia, já no que concerne à autorização de residência na RAEM (quer se trata duma autorização normal quer, ainda, duma autorização excepcional), tal competência afigura-se não poder ser delegável uma vez que, ao contrário do que acontece com a recusa, a mesma se não encontra prevista no artº 9º, quer no art 11º, ambos da Lei nº 4/2003. E por maioria de razão, deveria a delegação de tal competência ter sido expressamente prevista, se o legislador a não tivesse querido reservar, em regime de exclusividade, ao Senhor Chefe do Executivo.

Para o efeito, citou o recorrente os artºs 9º e 11º da Lei nº4/2003.

Ora, tal como sensatamente destacado pelo Ministério Público no seu douto parecer, *in casu* não se está perante eventual concessão de estatuto de residente, com carácter de perdurabilidade, mas sim perante a pretensão da permanência para efeitos de reunião familiar.

Assim, não está em causa a aplicação dos artºs 9º e 11º da citada

Lei nº 4/2003.

Pelo contrário o acto administrativo objecto do presente recurso foi praticado no uso da competência originária e própria do Senhor Secretário para a Segurança, pois face ao disposto no artº 4º/1-3) Regulamento Administrativo nº 6/1999, à luz do qual o Secretário para a Segurança exerce as competências na área da governação de controlos de imigração.

É evidente que a matéria sobre a qual nos debruçamos agora, isto é, a permanência temporária de um cidadão estrangeiro na RAEM, integra-se no pelouro do Senhor Secretário para a Segurança.

Improcede assim esse argumento da falta da competência da entidade recorrida.

2. Incompetência da DSAL

O recorrente entende que a DSAL carece de competência para emitir parecer daquele que fundamentou o acto recorrido, pois de acordo com a sua lei orgânica, à DSAL é tão só consentido emitir pareceres no que concerne à contratação de mão-de-obra não residente, o que notoriamente não é o caso em apreço.

Não é bem assim.

Pois a Lei nº 4/2003 estabelece no seu artº 8º/5 que *“a autorização de permanência do agregado familiar de trabalhador não-residente especializado, cuja contratação tenha sido do interesse da RAEM, é concedida pelo período pelo qual o referido trabalhador estiver vinculado, sob parecer da entidade competente para a autorização da contratação de mão-de-obra não-residente.”*

A intenção do legislador é evidente, pois no momento do pedido

cujo indeferimento nos traz o presente recurso, a DSAL era entidade competente para a autorização da contratação de mão-de-obra não residente, que legalmente deve ser ouvida no procedimento administrativo conducente à concessão da autorização de permanência do agregado familiar de trabalhador não residente especializado.

Demonstrada a sem razão do recorrente neste aspecto, avancemos.

2. Erro nos pressupostos de facto

O recorrente entende que ao apoiar-se no parecer da DSAL, que é manifestamente errado nos pressupostos de facto por considerar um rendimento familiar de MOP\$11.000,00 por mês não ser suficiente para um agregado familiar de 3 (três) pessoas, o acto ora recorrido é viciado de erro de pressuposto de facto, uma vez que confrontando as receitas do agregado familiar do recorrente com as receitas médias por agregado familiar na RAEM que orçam em MOP\$5.158,00 não se alcança como é que uma família filipina, com a mesma dimensão não possa fazer face aos encargos mensais da vida na RAEM.

Ora, sem necessidade de entrar na indagação da veracidade dos alegados elementos estatísticos, só cabe dizer que não faz sentido uma tal comparação.

Pois, se não puder “recusar” a permanência dos seus residentes em Macau com fundamento nos seus rendimentos pessoais ou familiares, a Administração da RAEM já está perfeitamente legitimada e habilitada para fixar o mínimo da exigência da capacidade financeira à luz da qual se decidem os pedidos de permanência dos cidadãos estrangeiros.

Assim, a simples circunstância de um cidadão estrangeiro auferir rendimentos no valor superior aos rendimentos auferidos pela determinada classe social da RAEM não significa necessariamente que tenha a capacidade financeira para sustentar a sua vida sem trazer quaisquer encargos suplementares à Administração da RAEM.

E mais, ao decidir do pedido de permanência do estrangeiros na RAEM, a Administração deve considerar a sua capacidade financeira não só para acautelar que a sua permanência não vá causar encargos financeiros e sociais à RAEM, como também os benefícios económicos que aqueles possam trazer à economia da RAEM.

Por outro lado, mesmo que levássemos em conta a comparação feita pelo recorrente, é de notar que se mostram muito desactualizados os dados numéricos alegadamente provenientes de um alegado inquérito aos orçamentos familiares realizado nos anos de 2002 e 2003 para ajuizar a bondade do acto ora recorrido praticado no ano 2006, uma vez que é facto notório que nesse período de tempo se registaram um grande desenvolvimento e crescimento económico e uma subida rápida da taxa da inflação.

Não é assim demonstrado o alegado erro nos pressupostos de facto.

4. Erro nos pressupostos de direito

Nos pontos V a XIII e XV das conclusões do seu petítório de recurso, o recorrente considera o acto recorrido ofensivo de princípios contidos na Convenção sobre os Direitos da Criança.

A este propósito, a nos apenas cabe dizer a alegada circunstância de a menor B, filha do recorrente, poder vir a estar separada dos

seus pais não foi originada por qualquer acto de conteúdo positivo da autoria da Administração da RAEM, mas sim pela opção estritamente pessoal feita pelo próprio recorrente e pela sua esposa por abandonar a sua terra onde viviam com a sua filha e se deslocar a Macau, obviamente não pode vir agora responsabilizar a Administração da RAEM por uma circunstância que ele próprio e a sua esposa criaram e reivindicar a concessão do direito à permanência à sua filha menor.

5. Violação dos princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade e a total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários

Da leitura quer da motivação quer da conclusão do recurso resulta que o recorrente se limitou a alegar vagamente a violação dos princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade, sem qualquer alegação própria e autónoma consubstanciadora e caracterizadora de forma como estes princípios foram violados, o que torna tal alegação inócua, tal como assim descreveu o Ministério Público no seu douto parecer.

Quanto à alegada desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, o recorrente alega que mesmo se aplicasse *in casu* a Lei nº 4/2003, ao não classificar o ora recorrente como trabalhador não residente especializado para efeitos do disposto no artº 8º/5 da mesma lei, o despacho recorrido violou a lei por erro nos pressupostos de direito e total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários.

Ora, a alegada desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários resulta de o acto recorrido não ter considerado, como pretendia, que o exercício de funções de guarda de segurança faz o ora recorrente integrar no elenco dos trabalhadores não residentes especializados cuja contratação

tenha sido do interesse da RAEM, previsto no artº 8º/5 da citada lei.

A lei não define o que deve entender-se por trabalhador não residente especializado cuja contratação tenha sido do interesse da RAEM.

Mas sim comete à Administração a valoração da situação de facto no caso concreto para saber se está preenchido o tal conceito de “trabalhador não residente especializado cuja contratação tenha sido do interesse da RAEM”.

Estamos assim perante uma situação em que se aplica o regime típico dos actos discricionários, à luz do que o exercício do poder de valoração cometido à Administração só é sindicável a título de desvio do poder, violação dos princípios da igualdade, imparcialidade e proporcionalidade.

Apesar de ter alegado a violação dos tais princípios, tal alegação já é por nós considerada inócua por não se tratar de alegação própria e autónoma consubstanciadora e caracterizadora de forma como estes princípios foram violados.

Resta saber se há desvio do poder.

Ora, ao permitir a extensão do direito à permanência ao agregado familiar dos trabalhadores não residentes especializados cuja contratação tenha sido do interesse da RAEM, a intenção do legislador é clara.

É por ser considerada de interesse para a RAEM a prestação de serviço por trabalhadores especializados, o que justifica a extensão do direito à permanência na RAEM ao seu agregado familiar, dado que na óptica da Administração as vantagens

advenientes do contributo de trabalhadores especializados compensam os encargos e inconvenientes eventualmente resultantes da permanência do seu agregado familiar.

In casu, imputou o recorrente ao despacho recorrido o vício da total desrazoabilidade no exercício dos poderes discricionários por não ter sido adoptado um entendimento que alargasse o conceito indeterminado “trabalhadores não residentes especializados” por forma a abranger nele a guarda de segurança.

Todavia, atendendo ao fim a que visa a Lei nº 4/2003, que é entre outros, o controlo de fluxos migratórios e a defesa da coesão social, não se vê como e em que medida o despacho recorrido é adoptado com desvio de poder.

Igualmente improcede o recurso nesta parte.

6. Falta de fundamentação

Concluiu no ponto XVII o ora recorrente que o despacho recorrido se não encontra mínima nem capazmente fundamentado, violando assim o disposto nos artºs 114º/1-c) e 115º/2 do CPA, pelo que é de anular por vício de forma na vertente da falta manifesta de fundamentação.

Como se sabe, constitui o vício da falta da fundamentação quando o acto carece de motivação, impedindo a apreensão dos pressupostos de facto e de direito que determina a adopção da decisão nele contida.

Tendo em conta o teor do despacho ora recorrido, não entendemos que o despacho ora recorrido carece da tal motivação.

Pois como se vê no despacho recorrido ora junto aos autos do

processo instrutor, o Senhor Secretário concordou com a informação elaborada pelo Senhor Comandante da PSP que por sua vez explica claramente que o indeferimento se devia à circunstância de o requerente, ora recorrente, não ser um “trabalhador não residente especializado” e por razões de prevenção e controlo de fluxos migratórios e defesa da coesão social não deve ser concedida autorização de permanência ao agregado familiar de trabalhadores não residentes não especializados.

Assim, o despacho recorrido consiste numa declaração de concordância com a informação elaborada pelo Comandante da PSP na sequência de um recurso hierárquico interposto da decisão desse órgão, a informação que concordou a entidade recorrida faz naturalmente parte integrante do despacho recorrido.

Creemos que um destinatário normal, colocado em face de uma tal fundamentação, se pode aperceber perfeitamente as razões da decisão por forma a ficar habilitado a decidir se se conformar com o decidido por considerar justa e legal ou reagir contra o decidido no caso contrário.

Portanto, obviamente *in casu* não estamos perante a falta de fundamentação, muito menos a falta manifesta como assim alegou o recorrente.

Tudo visto, resta decidir.

III

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam em conferência negar provimento ao recurso.

Custas pelo recorrente, sem prejuízo do apoio judiciário que lhe foi concedido nos presentes autos.

A título de honorários a favor do Ilustre Mandatário oficioso, fixa-se em MOP\$2.500,00, a suportar pelo GPTUI.

Notifique.

RAEM, 07JUL2011

Lai Kin Hong
Choi Mou Pan
João A. G. Gil de Oliveira
Presente
Victor Manuel Carvalho Coelho