

Assuntos:

- suspensão de eficácia de acto administrativo
- art.º 120.º do Código de Processo Administrativo Contencioso
- indeferimento do pedido de autorização de permanência

S U M Á R I O

1. Por força do disposto no art.º 120.º do Código de Processo Administrativo Contencioso, para se poder ver suspensa a eficácia de um acto administrativo, este tem que ser, desde logo e pelo menos, um acto com conteúdo positivo, ou um acto com conteúdo negativo que, porém, apresente uma vertente positiva à qual a suspensão seja circunscrita.

2. Não é de suspender a eficácia do acto administrativo que indeferiu definitivamente o pedido de autorização de permanência em Macau de uma filha menor de uma trabalhadora não residente de Macau, por essa decisão, por si, não implicar a saída de Macau dessa criança, que aqui entrou previamente apenas como turista.

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 394/2006/A

(Da suspensão de eficácia de acto administrativo)

Requerente: A

Órgão Administrativo requerido: Secretário para a Segurança

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

A, casada, de nacionalidade filipina, trabalhadora não residente de Macau, veio pedir a suspensão da eficácia do Despacho de 19 de Maio de 2006 do Senhor Secretário para a Segurança da Região Administrativa Especial de Macau, por força do qual foi definitivamente indeferido o pedido de autorização de permanência em Macau da sua filha menor B.

Para o efeito, formulou a seguinte petição, aliás na pendência do recurso contencioso então já interposto daquela decisão administrativa:

<<[...]

A, casada, natural das Filipinas, de nacionalidade filipina, portadora do passaporte nº [...], emitido pelo Consulado das Filipinas em Hong-Kong, em [...], portadora do Título de Identificação de Trabalhador Não Residente nº [...], residente em Macau na Rua [...], nº [...], Bloco [...], Ed. [...], [...] andar [...],

Vem, nos termos dos arts. 120 e ss. do Código de Processo Administrativo Contencioso (CPAC), requerer a

SUSPENSÃO DE EFICÁCIA

Do seguinte acto:

a) Despacho de 19/05/2006 do Senhor Secretário para a Segurança, que decidiu, pelo Indeferimento, o recurso hierárquico necessário interposto do despacho do Sr. Comissário [...], datado de 03/02/2006, no âmbito do processo nº 499/2005/TNR dos Serviços de Migração da P.S.P. **(doc. nº 1)**.

O que faz nos termos e com os seguintes fundamentos:

A) DOS FACTOS

1º

Do despacho de indeferimento do Senhor Secretário para a Segurança, a Requerente interpôs Recurso Contencioso para esse Venerando Tribunal (PROC. Nº 394/2006) **(doc. 2)**.

2º

Desde que interpôs o Recurso Hierárquico Necessário para o Senhor Secretário para a Segurança, a Requerente tem vindo a requerer nos Serviços de Migração a extensão da autorização de permanência na RAEM para a sua filha de dois anos, **B**, até ser proferida decisão final sobre o caso.

3º

Acontece que, da última vez que a Requerente aí se deslocou, em referidos Serviços recusaram conceder tal extensão, reafirmando que o prazo de permanência para a menor terminava em 10/09/2006.

4º

Nesse mesmo dia, foi apenas concedido, e apostado no passaporte da menor, o “ultimo visto (U.V.)” até dia 20/09/2006, após o qual a menor terá de deixar a RAEM (**doc. nº 3**).

5º

Acontece, porém, que o pai da menor e marido da Requerente, C, encontra-se em parte incerta nas Filipinas, desconhecendo a Requerente o seu paradeiro e o seu estado.

6º

Por outro lado, a Requerente já vive em Macau desde 1998, onde encontrou emprego desde logo, sendo portadora do TI/TNR nº XXX, que se encontra presentemente em processo de renovação.

7º

Ou seja, encontra-se legalmente na RAEM.

8º

E por ter que trabalhar, não tem como acompanhar a menor até às Filipinas, nem tem ninguém que possa cuidar da menor.

9º

Com a manutenção dos efeitos do despacho do Sr. Secretário para a Segurança de 19/05/2006, a menor é obrigada a sair da RAEM,

10º

Restando saber, por exemplo, como tal se cumprirá, visto que a Requerente não permanece ilegalmente na RAEM, não pode beneficiar de dias de férias nem tem ninguém que possa cuidar da menor nas Filipinas.

B) DO DIREITO

B.1) NORMAS VIOLADAS PELA MANUTENÇÃO DOS EFEITOS DO ACTO ADMINISTRATIVO RECORRIDO

11º

Em causa está a **separação dum bebé de 2 anos de idade da sua mãe**, promovida pelos Serviços de Migração da RAEM, **enquanto se aguarda decisão judicial sobre o Recurso Contencioso interposto pela Requerente.**

12º

A manutenção dos efeitos do acto administrativo recorrido viola diversos preceitos legais (da RAEM e de Tratados Internacionais aplicáveis no Território), os mais basilares Princípios do ordenamento jurídico de Macau, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

13º

Existindo dois planos que urge tratar:

- Um, respeitante á separação de uma menor de 2 anos da sua mãe, consubstanciando uma clara violação de preceitos legais aplicáveis em Macau e, conseqüentemente, do Principio da Legalidade que vincula a Administração (art. 3º do Código de Procedimento Administrativo – CPA);
- Outro, respeitante á decisão de não permitir que o principal interessado no Recurso Contencioso pendente aguarde a decisão na RAEM, retirando efeito

útil a esse Recurso Contencioso e contrariando, também, preceitos legais, como se demonstrará.

14º

Desde logo, tal manutenção dos seus efeitos vai contra o disposto no art. 24º, nº 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aplicável por força do disposto no art. 40º, 1º parágrafo, da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, e também do Aviso do Chefe do Executivo nº 16/2001, publicado no Boletim Oficial (BO) nº 7/2001, de 14/02/2001:

“Art. 24º

1- Qualquer criança, sem nenhuma discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, propriedade ou nascimento, tem direito, da parte da sua família, da sociedade e do Estado, às medidas de protecção que exija a sua condição de menor.”

15º

Não respeita, também, o enunciado na **Convenção sobre os Direitos da Criança**, aplicável à RAEM por força do Aviso do Chefe do Executivo n.º 5/2001, publicado no BO 2/201, de 10/01/2001.

16º

Nomeadamente:

-art. 3º, nº 1: *“Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão*

primacialmente em conta o interesse superior da criança.”

-art. 8º, nº 1: “Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal.”

-art. 9º, nº 1: “Os Estados Partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada.”

-art. 10º, nº 1: “Nos termos da obrigação decorrente para os Estados Partes ao abrigo do n.º 1 do artigo 9.º, 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 da suas famílias

17º

Ora, não existe qualquer instrumento que exclua a aplicação do art. 24º, nº 1 do PIDCP, como acontece, por exemplo, com o art. 12º, nº 4 e 13º do mesmo Tratado Internacional.

18º

Tal como também não existe qualquer instrumento que exclua a aplicação dos artigos citados da **Convenção sobre os Direitos da Criança** na RAEM.

19º

Ainda quanto a este item, não se respeita o **direito fundamental da criança** em preservar a sua relação com a mãe, **ao rejeitar, sem um fundamento plausível, que a menor aguarde decisão final sobre o caso** junto da progenitora.

20º

Mais, a **Lei Básica da RAEM**, que não se aplica apenas a residentes (art. 43º da Lei Básica), estipula no seu **art. 38º, 3º parágrafo** que *“Os menores, os idosos e os deficientes gozam do amparo e protecção da Região Administrativa Especial de Macau.”*

21º

E a **própria Declaração Universal dos Direitos do Homem (D.U.D.H.)**, no seu art. 16º, nº 3 afirma que a família *“tem direito á protecção por parte desta (da sociedade) e do Estado”*.

22º

Por outro lado, não permitir que a menor aguarde a decisão do Recurso Contencioso interposto põe em causa princípios estruturantes da ordem jurídica da RAEM, nomeadamente o Princípio de tutela jurisdicional efectiva.

23º

Tal Princípio encontra acolhimento em diversa legislação, seja da RAEM seja internacional com aplicabilidade na RAEM .

24º

Ora, atendendo que preservar a relação com a progenitor é um direito fundamental da criança (vd. disposições *supra*), a importância do **art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (D.U.D.H.)**, é inequívoca, ao estipular que “Toda a pessoa tem direito a recurso para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

25º

Simultaneamente, no **art. 14º do Código de Procedimento Administrativo (CPA)** consagra-se a tutela efectiva como integrante do principio do acesso à justiça, estipulando que “Aos particulares é garantido o acesso aos tribunais com jurisdição administrativa, a fim de obterem a fiscalização contenciosa dos actos da Administração, bem como para a tutela dos direitos (...), nos termos previstos na legislação reguladora do contencioso administrativo.”

26º

Mas como se garante a fiscalização contenciosa, no seu primeiro fim, se se impede que o interessado tome conhecimento do resultado da impugnação contenciosa, obrigando-o a deixar a RAEM?

27º

No presente caso, a suspensão de eficácia do acto recorrido surge como o meio processual adequado previsto pelo CPAC para assegurar a efectiva tutela do direito do particular.

28º

De outro modo, como poderá haver a tutela do direito ameaçado, que a Lei

assegura, se não se espera pela decisão do tribunal para executar o acto administrativo lesivo?

29º

O que leva a concluir pelo direito de o particular poder esperar por decisão de Recurso Contencioso de acto administrativo que viole um direito fundamental.

30º

Finalmente, o **Código de Procedimento Administrativo Contencioso (CPAC)** consagra expressamente, no seu **art. 4º**, o Princípio da tutela jurisdicional efectiva, em toda a sua amplitude, assentando na ideia do “efeito útil” do meio processual utilizado.

31º

Ora, *in casu*, esse efeito útil será impedir que a menor seja obrigada a deixar a RAEM antes de se conhecer a decisão do recurso contencioso.

32º

Em causa não está o mero direito de impulso processual, mas antes a utilidade desse impulso.

C) DA ADMISIBILIDADE DA SUSPENSÃO DE EFICÁCIA

33º

Nos termos do art. 120º do CPAC, a eficácia dos actos administrativos pode ser suspensa quando estes *“tendo um conteúdo negativo, apresentem uma vertente positiva e a suspensão seja circunscrita a esta vertente”*.

34º

Ora, consistindo o despacho do Sr. Secretário para a Segurança num acto de

indeferimento, este implica que a menor **B** deixe a RAEM, na pendência do Recurso Contencioso interposto desse Despacho de indeferimento, sendo este efeito que se pretende ver suspenso com o presente requerimento.

35º

Por outro lado, atendendo agora aos requisitos enumerados no art. 121º, nº 1 do mesmo diploma legal, não se vislumbra que interesse público poderá prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental da criança, reconhecido por diversa legislação aplicável na RAEM, e o Princípio da tutela jurisdicional efectiva.

36º

Nem existem indícios de ilegalidade do Recurso Contencioso interposto nesse Venerando Tribunal (Processo nº 394/2006).

37º

Por fim, a execução do acto recorrido implicará que a menor deixe a RAEM, sem que sejam assegurados os cuidados de que um bebé de dois anos carece,

38º

Pois a mãe desconhece o paradeiro e o estado actual do pai da criança, e a sua família não se mostra disposta a cuidar da menor.

39º

Para além disso, a Requerente não dispõe de meios suficientes para suportar uma viagem de ida e volta para as Filipinas, para si e a sua filha, nem para assegurar a sobrevivência de ambas naquele país, o que a impede de deixar o emprego que tem em Macau, por correr o risco de o perder.

40º

O Recurso Contencioso já citado visa impugnar uma decisão administrativa que é,

salvo melhor opinião, injusta e ilegal (como aí se defende), contrariando não só o direito fundamental da criança em preservar a relação com a progenitora, mas também uma série de normas e princípios jurídicos aplicáveis na RAEM, conforme se demonstrou *supra*.

41º

Ora, se os efeitos dessa decisão não forem suspensos, esta será executada, provocando grave lesão (v.g., “*prejuízo de difícil reparação*” – art. 11, nº1, al . a)) nos direitos que se pretendem fazer valer nesse Recurso Contencioso,

42º

Pois, quando a menor for separada da mãe, quer o seu direito fundamental, quer todos os princípios e normas jurídicas postas em crise pela decisão recorrida, serão irremediavelmente lesados.

43º

Para efeitos do art. 123º do CPAC, a presente suspensão de eficácia é requerida relativamente ao acto administrativo objecto do Recurso Contencioso interposto nesse Venerando Tribunal, com o nº de Processo 394/2006.

TERMOS EM QUE:

Se requer que seja decretada, urgentemente, a suspensão de eficácia do Despacho de 19/05/2006 do Senhor Secretário para a Segurança, que decidiu, pelo Indeferimento, o recurso hierárquico necessário interposto do despacho do Sr. Comissário [...], datado de 03/02/2006, no âmbito do processo nº 499/2005/TNR dos Serviços de Migração da P.S.P.

[...]>> (cfr. o teor de fls. 2 a 10 dos presentes autos de suspensão de eficácia, e *sic*).

A essa pretensão de suspensão de eficácia respondeu o órgão administrativo ora requerido, mas extemporaneamente.

Em sede de vista, o Digno Representante do Ministério Público junto desta Instância emitiu o douto parecer de fls. 42 a 45 dos autos, pugnando pelo indeferimento do pedido de suspensão de eficácia, por opinar que está em causa um acto administrativo de conteúdo meramente negativo.

Cumprido, pois, conhecer.

Para o efeito, é de relembrar, para já, o seguinte teor do despacho administrativo cuja eficácia se requer agora:

<<DESPACHO

Assunto: Recurso hierárquico necessário

Recorrente: A

Considerando a natureza das funções exercidas pela recorrente e bem assim o teor do despacho de autorização de contratação de mão-de-obra não-residente, a mesma não é considerada “trabalhadora especializada cuja contratação tenha sido do interesse da RAEM”, nos termos e para os efeitos do art.º 8.º, n.º 5, da Lei n. 4/2003.

O parecer da Direcção dos Serviços para os Assuntos laborais a que se refere a notificação/Informação n.º MIG 499/2005/TNR, não sendo vinculativo e encontrando-se o seu teor, no essencial, referido naquela, não tem que ser totalmente reproduzido no despacho recorrido, sendo certo que neste se exibem

clara e suficientemente aos razões que conduziram ao indeferimento do pedido, pelo que improcede o alegado vício de falta de fundamentação.

Nas circunstâncias descritas na referida Informação n.º MIG 499/2005/TNR, que aqui se dá por reproduzida, e designadamente, como fundamente primeiro da decisão tomada, considerando-se que a recorrente não é “trabalhadora especializada”, à mesma não podem aproveitar as leis e convenções internacionais sobre a família e a criança, nos aspectos pretendidos fazer valer, as quais vinculam a RAEM mas onde o caso concreto não possui a virtualidade de se enquadrar por não ser legítima a invocação de qualquer direito de permanência prolongada e habitual por parte de estrangeiros, não-residentes em todas e quaisquer circunstâncias de exercício dos direitos de constituição e reunião familiar e ao arrepio do direito legítimo da Região de estabelecer e executar as suas políticas migratórias, direito esse aliás pacificamente reconhecido nesses mesmos e noutros instrumentos fundamentais de direito internacional.

Pelo que, considerando que o acto administrativo não padece de qualquer vício, decido mantê-lo, negando provimento ao presente recurso.

Gabinete do Secretário para a Segurança da Região Administrativa Especial de Macau, aos 19 de Maio de 2006

O Secretário para a Segurança

[...]>>.

Sendo a questão *sub judice* de cariz meramente jurídica, há que reafirmar aqui o seguinte entendimento já emitido no aresto de 3 de

Outubro de 2002, proferido neste Tribunal de Segunda Instância, no Processo n.º 186/2002/A:

– Por força do disposto no art.º 120.º do Código de Processo Administrativo Contencioso (CPAC), para se poder ver suspensa a eficácia de um acto administrativo, este tem que ser, desde logo e pelo menos, um acto com conteúdo positivo, ou um acto com conteúdo negativo que, porém, apresente uma vertente positiva à qual a suspensão seja circunscrita. E doutrinalmente falando, um acto positivo é aquele que, *grosso modo*, impõe um encargo ou um ónus a um interessado, enquanto o acto negativo tem por objecto negar uma pretensão do interessado (e para uma distinção entre “acto positivo” e “acto negativo”, possa referir-se ao aresto deste Tribunal de Segunda Instância, de 1 de Fevereiro de 2001, no Processo Executivo n.º 1153/A).

In casu, verifica-se que o despacho do órgão ora requerido, como tem por objecto negar materialmente, e a título definitivo, o pedido de autorização de permanência em Macau da filha menor da ora requerente de suspensão de eficácia, é indubitavelmente um acto com conteúdo negativo.

Assim sendo, importa ver se esse acto tem conteúdo *meramente* negativo, ou, antes, também uma vertente positiva?

Sobre isto, estamos convictos de que se trata de um acto *puramente* negativo, sem vertente positiva alguma, porquanto ele só consubstanciou o indeferimento definitivo do pedido de autorização de permanência em

Macau da filha menor da ora requerente, decisão esta cuja execução não imporá nenhum encargo ou ónus jurídico nem a essa criança menor nem tão-pouco à sua própria mãe ora requerente de suspensão de eficácia, precisamente por uma razão muito simples: como a filha menor da ora requerente não tinha nem tem direito à permanência *hoc sensu* em Macau (motivo este que, aliás, levou a ora requerente a pedi-lo em nome da mesma filha ao Governo da RAEM), o indeferimento do pedido de autorização de permanência não implica nenhuma alteração negativa – a título de imposição de encargo ou de ónus – à esfera jurídica da própria menor que só entrou previamente em Macau como turista.

Ou seja, a execução imediata do despacho recorrido de indeferimento do pedido de autorização de permanência ora em questão não acarreta, por si, o cancelamento do visto de permanência em Macau então apostado, e estendido até 20 de Setembro de 2006, no passaporte da mesma criança (a que aludem os art.ºs 2.º a 4.º da petição de suspensão de eficácia), visto que a ocorrer isto, tal resultará da natural caducidade desse visto, e não da execução do acto administrativo ora sob impugnação contenciosa, razão por que, repita-se, não se pode entender que o mesmo despacho administrativo tenha uma vertente positiva no sentido de impor, por si, a saída da menor de Macau, a qual, repita-se, previamente entrou em Macau apenas na qualidade de turista.

Dest'arte, e com abstracção de demais mais indagação por desnecessária, há que naufragar o pedido de suspensão de eficácia.

Em sintonia com o exposto, **acorda-se em indeferir a pretendida suspensão de eficácia do Despacho de 19 de Maio de 2006 do Senhor Secretário para a Segurança, com custas pela parte requerente, com duas UC de taxa de justiça.**

Macau, 28 de Setembro de 2006.

Chan Kuong Seng (relator)

José Maria Dias Azedo

Lai Kin Hong