

Processo n.º TSI 1222

(Recurso Contencioso)

Data: 5/Dezembro/2002

Recorrente: A

Recorrido: Antigo-Secretário Adjunto para a Segurança

Assuntos:

- Concretização do despacho recorrido; ratificação- sanção do acto.
- Apreciação da matéria de facto.
- Ónus da prova.
- Pressupostos que determinaram a fixação da residência em Macau. da recorrente.
- Vício de falta de fundamentação.
- Da violação de lei por erro nos pressupostos de facto.
- Preenchimento do conceito "*laços familiares*" para efeitos do disposto na al. d) do artigo 20º do DL 55/95/M de 31 de

Outubro.

SUMÁRIO:

1. Para que seja possível a ratificação-sanação do acto quanto à sua insuficiente fundamentação as razões de facto e de direito não lhe podem ser estranhas e entende-se que a fundamentação posterior só é admitida quando declarada dentro do prazo de interposição do recurso contencioso ou até à resposta da entidade recorrida.
2. Pese embora o facto de não valer no processo administrativo um ónus da prova *subjectivo* ou *formal*, o que implica que o juiz só pudesse considerar os factos alegados e provados por cada uma das partes interessadas, o certo é que há sempre um ónus de prova *objectivo*, na medida em que se pressupõe uma repartição adequada dos encargos de alegação, isto é, de modo a repartir os riscos da falta de prova, desfavorecendo quem não veja provados os factos em que assenta a posição por si sustentada no processo.
3. Pode falar-se, mesmo em sede do recurso de anulação, de um ónus da prova, a cargo de quem alega os factos, no

entendimento de que há-de caber à Administração o ónus da prova da verificação dos pressupostos legais (vinculativos) da sua actuação, designadamente se agressiva (positiva e desfavorável); em contrapartida, caberá ao administrado apresentar prova bastante da ilegitimidade do acto, quando se mostrem verificados esses pressupostos.

4. Não é fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada familiar que goza da reserva da intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade, podendo a esfera privada simples, íntima, ter de ceder perante o interesse ou bens públicos.
5. Embora se deva conhecer preferentemente do vício de violação de lei em relação ao vício de forma, ressalvando sempre situações específicas – v.g. situações que possam dar lugar à renovação do processo administrativo –, tal ordem pode inverter-se quando a falta de fundamentação ajude ao esclarecimento quanto ao erro nos pressupostos de facto e de direito.
6. A fundamentação, ao servir para enunciar as razões de facto e de direito que levaram o autor do acto a praticá-lo com certo conteúdo, encobre duas exigências de natureza

diferente: a exigência de o órgão administrativo justificar a decisão, identificando a situação real ocorrida, subsumindo-a na previsão legal e tirando a respectiva consequência e uma outra exigência, nas decisões discricionárias, de motivar a decisão, ou seja, explicar a escolha da medida adoptada, de forma a compreender-se quais foram os interesses e os factores considerados na opção tomada.

7. A doutrina e a jurisprudência vêm entendendo não ser necessária a indicação numerada ou específica das normas pertinentes, bastando a indicação do quadro legal cognoscível por um destinatário normal, de forma a que este se aperceba das razões jurídicas da decisão.
8. Consistindo o vício de violação de lei na discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis, tal vício não deixa de existir igualmente quando sejam infringidos os princípios gerais e que limitam e condicionam a actividade administrativa, mesmo em sede de discricionariedade administrativa.
9. Os requisitos exemplificativamente elencados no artigo 20º do DL 55/95/M de 31 de Outubro constituem meros factos-índice ou condicionantes mínimas de ponderação,

não implicando que a autorização seja necessariamente concedida a quem tenha laços familiares com residentes em Macau.

10. Nas situações de renovação de autorização de residência, primitivamente concedida a uma interessada para se juntar à família, no caso ao cônjuge, não é difícil descortinar que o requisito respeitante aos "*laços familiares*", para efeitos do disposto na al. d) do artigo 20º do DL 55/95/M de 31 de Outubro, se prenda com uma aproximação de pessoas e partilha de vida, não bastando apenas a relação jurídico-formal derivada do casamento, mas uma relação efectiva e afectiva de plena integração na família, pelo que cessando a vida em comum, deixa de se verificar o pressuposto justificativo da renovação do título temporário de residência.

Macau, 5 de Dezembro de 2002,

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

TSI-1222

Data: 5/Dezembro2002

Recorrente: A

Recorrida: Antigo-Secretário Adjunto para a Segurança

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I - RELATÓRIO

A, casada, doméstica, residente na Rua XX, em Macau, notificada, no dia 07 de Junho de 1999, do despacho do Exm^o. Senhor Secretário-Adjunto para a Segurança que indeferiu o seu pedido de renovação do Título de Residente Temporário e de que era titular e lhe permitia, legalmente, viver no Território, dele veio interpor recurso contencioso de anulação.

Para tanto, invoca, em síntese:

O despacho recorrido foi proferido ao abrigo de delegação de competências conferidas ao Senhor Secretário-Adjunto para a Segurança pelo Governador de Macau.

Pôs, por isso, termo ao processo administrativo respeitante ao pedido de renovação do seu T.R.T. (Inf. Mig n.º 1075/99/E) – e que correu termos pelos Serviços de Migração da P.S.P. – constituindo a sua decisão final um acto administrativo, sendo, a um tempo, vertical, horizontal e materialmente definitivo.

À ora recorrente, cidadã tailandesa, por despacho do Senhor Secretário-Adjunto para a Segurança, de 05.11.95, foi autorizada a sua fixação de residência em Macau, a fim de se juntar ao seu marido B.

Foi-lhe emitido, para o efeito, o Título de Residente Temporário n.º 35881/96, cujo prazo de validade expirou entretanto em 11.1.99, em virtude da entidade requerida não o ter querido renovar, porque entretanto apurou que a recorrente tinha uma outra relação com outro homem.

E, assim sendo, entendeu a entidade recorrida que haviam deixado de subsistir os pressupostos legais que determinaram a fixação de residência da recorrente.

A recorrente continua a fazer parte do agregado familiar do seu marido – artigo 3º, n.º1, al. b), do Decreto-Lei n.º 55/95/M, de 31 de Outubro - , uma vez que com ele continua casada, é ele quem a sustenta, com ele tem uma filha e com ele continua a viver num apartamento no território de Macau.

Constata-se, assim, que nenhum dos pressupostos negativos que obstam à entrada, permanência e/ou fixação de residência da recorrente se encontra preenchido.

De harmonia com o que se deixa exposto conclui-se que a apreciação material dos factos mostra-se desvirtuada e viola a intimidade da vida privada e familiar da recorrente e enferma de vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto.

No despacho recorrido impunha-se o dever de fundamentação de facto e de direito.

Nas suas alegações finais formulou as seguintes conclusões:

A recorrente foi autorizada a fixar residência em Macau, por forma a reunir-se com a sua família que aqui continua a residir;

Não lhe foi renovado o seu documento T.R.T. por decisão unilateral da entidade recorrida;

Entendeu esta que deixaram de subsistir os pressupostos que determinaram a autorização da sua residência em Macau;

A recorrente continua casada com o seu marido; e

As suas relação pessoais e patrimoniais não cessaram, nem pela dissolução, declaração de nulidade ou anulação do seu casamento;

Continua a recorrente vinculada pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência;

Até à presente data não foi proferida qualquer decisão judicial no sentido de dissolver o seu casamento;

Comunga a recorrente e o seu marido do mesmo leito, da mesma habitação e ajudam-se mutuamente nas dificuldades que

enfrentam no dia-a-dia, enquanto família;

Mantêm-se assim os pressupostos legais que determinaram a sua autorização para viver em Macau na companhia do seu marido B e da sua filha, menor, com 4 anos de idade;

A entidade recorrida confirmou ser o Despacho recorrido desprovido de fundamentação;

Reformou-o, mas não o alterou, nem o fundamentou;

A recorrente continua a fazer parte do agregado familiar do seu marido;

Até à presente data não se divorciou do seu marido nem pretende fazê-lo;

A recorrente nunca praticou qualquer acto ilegal em Macau que, eventualmente, pudesse fundamentar a sua expulsão;

Não se mostra preenchido qualquer dos pressupostos legais regulados no Dec. Lei n.º 55/95/M, de 31 de Outubro, que condicionem, limitem ou proíbam a sua permanência na RAEM;

O despacho recorrido enferma de vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto;

Além de não se mostrar fundamentado, contrariando, assim, o disposto no artigo 316º do ETAPM e o artigo 88º do CPA;

Infringiu ainda o disposto no artigo 315º, n.º1 do ETAPM e artigo 106º e artigo 2º, al. c) e d), do Dec. Lei n.º 35/94/M, de 18 de Julho;

Enferma, assim, de vício de forma;

A falta de fundamentação do despacho recorrido conduz à

sua anulabilidade.

Pelos vícios invocados **pede a anulação** do despacho recorrido.

*

A entidade recorrida, Secretário para a Segurança da Região Administrativa Especial de Macau **alega**, fundamentalmente:

A recorrente foi autorizada a fixar residência em Macau invocando os laços conjugais com um residente do Território.

O casamento, enquanto acto evidenciador da existência e subsistência de laços familiares para efeitos de fixação de residência ao abrigo do artigo 20º., d), do DL n.º. 55/95/M, de 31 de Outubro, há-de ser entendido não no sentido puramente técnico-jurídico, mas sim como instituto consolidador de uma união comprovadamente solidária, com as consequentes obrigações económicas e sociais evidenciáveis, além do mais, na materialização dos deveres de coabitação e assistência.

Não se mostrando interpretada a união familiar que o casamento é suposto configurar, deixam de preencher-se os requisitos de que depende a renovação da autorização de residência, o que, "*in casu*", motivaria o indeferimento do pedido.

Os serviços competentes (o Serviço de Migração da Polícia de Segurança Pública) procederam diligências no sentido de constatar que ocorrera a ruptura da vida em comum por parte do

casal, nisso inexistindo qualquer "violação da vida privada do casal".

De nada valendo a apressada e inverosímil tentativa do cônjuge marido em vir desdizer e contrariar o que manifestamente se configura como a total falência do casamento nos seus aspectos fácticos mais caracterizadores.

É falso o que a recorrente alega quanto à sua vida conjugal com o marido.

Não sendo por acaso que no artigo 11º. da mesma petição se não refira aquela que fora a casa de morada da família e se não identifique a localização do dito apartamento.

Inexiste, assim, qualquer erro nos pressupostos de facto que possa sustentar o alegado vício de violação de lei.

No que concerne ao vício de "falta de fundamentação do acto", por se reconhecer que o mesmo efectivamente não se encontrava convenientemente fundamentado, procedeu-se à sua reforma, por despacho do Secretário-Adjunto para a Segurança de 15/11/99, notificado à recorrente por ofício de 17/11/99 e comunicado ao Tribunal Superior de Justiça por ofício de 16/11/99, mostrando- se, assim, inteiramente sanado.

Formula as seguintes **conclusões**:

Para efeitos de fixação de residência ao abrigo do artigo 20º., d), do DL no. 55/95/M, de 31 de Outubro, o casamento há-de ser entendido não no sentido puramente técnico-jurídico, mas sim

como uma união comprovadamente solidária, com as consequentes obrigações de coabitação e assistência.

A união conjugal sobre que se funda a autorização de residência em Macau, não pode sobreviver a uma clara e evidente ficção da vida em comum.

Mostrando-se inverificada a vida em comum que o casamento é suposto configurar, deixam de preencher-se os requisitos de que depende a renovação da autorização de residência para “junção familiar”.

Na sequência de regular investigação levada a efeito pelo Serviço de Migração da PSP, concluiu-se pela total ruptura da vida em comum da recorrente e seu marido.

São inverosímeis, irrelevantes e ineficazes as tentativas operadas após o despacho de indeferimento da renovação da autorização de residência, ora em crise, no sentido de infirmar a ruptura da vida em comum do casal.

Inexiste qualquer erro nos pressupostos de facto que possa inquinar do vício de violação de lei o acto administrativo recorrido.

O acto administrativo impugnado, porque tempestivamente reformado, não padece do vício de falta de fundamentação.

Termos em que conclui pela inexistência de qualquer vício que deva conduzir à anulação da decisão recorrida, devendo

negar-se provimento ao presente recurso, mantendo-se integralmente o acto administrativo impugnado.

O Digno Magistrado do Ministério Público formula o seu PARECER, alegando, em síntese:

Começa por referir que se vem já tomando um hábito pouco salutar que a específica entidade recorrida, após a impugnação de actos seus, os venha "substituir" e reformular, designadamente revestindo-os de uma roupagem que pretende mais fundamentada.

A autorização de fixação de residência à recorrente foi baseada no fundamento da junção familiar (junção conjugal), nos termos da al. a) do artigo 30º e das alíneas c) e d) do artigo 20º, ambos do Dec. Lei 55/95/M de 31 de Outubro.

De acordo com o preceituado no artigo 24º do mesmo diploma legal, a renovação da autorização de residência "... está sujeita aos critérios previstos no artigo 20º".

No caso vertente, a entidade recorrida indeferiu a peticionada renovação do T.R.T. da recorrente anuindo a "Parecer" do Serviço de Migração da P.S.P., no qual se salientava que o casal já estava separado, vivendo a requerente com outro indivíduo.

A questão nuclear a dilucidar é a de saber se, perante um casal separado de facto, se mantêm ou não os "laços familiares" para os efeitos a que alude a al. d) do artigo 20º do Dec. Lei 55/95/M, ou

se, pelo contrário, se devem ter por não existentes para tais efeitos.

Os contornos e limites da instituição "casamento" estão perfeitamente definidos na ordem jurídica vigente, não cabendo a quem aplica a lei - no caso, a entidade recorrida – criar outra noção de um modo diverso do legalmente contemplado. Essa realidade jurídica só pode ser dissolvida ou limitada pelas formas típicas contempladas na própria lei, nomeadamente através do divórcio, actos que, porém, carecem de decisão judicial. Inexistindo esta, ter-se-ão que aceitar os efeitos e limites daquela realidade jurídica "casamento ", não podendo a Administração afastá-la, dissolvê-la ou limitar os respectivos efeitos.

Daí que, inevitavelmente, se tenha que concluir estarem juridicamente comprovados os laços familiares da recorrente com um residente no Território, à luz do artigo 20º do diploma em questão.

Conclui no sentido de que o acto em crise violou o disposto nos artigos 3º, n.º 1, al. a) e 20º, al. d), ambos do Dec. Lei 55/95/M de 31/10, o que deverá conduzir à sua anulação, concedendo-se, assim, provimento ao presente recurso.

*

Foram colhidos os vistos legais.

*

II - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há outras excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito.

*

III - FACTOS

Com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

A, casada, doméstica, residente na Rua XX, em Macau, foi notificada, no dia 07 de Junho de 1999, do despacho do Exm^o. Senhor Secretário-Adjunto para a Segurança que indeferiu o seu pedido de renovação do Título de Residente Temporário e de que era titular e lhe permitia, legalmente, viver no Território, constando dessa notificação o seguinte:

"À requerente cidadã tailandesa, por despacho do Senhor Secretário-Adjunto para a Segurança, de 05.11.95, foi autorizada a sua Fixação de Residência em Macau, a fim de se juntar ao seu marido, tendo-lhe sido emitido o T.R.T., renovado até 11.1.99. Ora requer a renovação do seu T.R.T.

Das declarações e diligências efectuadas na Secção de Investigação deste Serviço de Migração, constatou-se que o casal já

está separado, vivendo a requerente com outro indivíduo C e que o marido pretende tratar do divórcio, conforme Auto de Declarações anexo.

Em 16/4/99, o marido da requerente compareceu neste Serviço de Migração e declarou que deseja continuar a ajudar a esposa nas necessidades diárias e que pretende manter a relação conjugal. Não obstante continuarem casados e o marido da requerente declarar desejar continuar a relação conjugal, verifica-se não haver subsistência de vida em comum, pelo que indefiro o presente pedido ".

À ora recorrente, cidadã tailandesa, por despacho do Senhor Secretário-Adjunto para a Segurança, de 05.11.95, foi autorizada a sua Fixação de Residência em Macau, a fim de se juntar ao seu marido B.

Foi-lhe emitido, para o efeito, o Título de Residente Temporário n.º 35881/96, cujo prazo de validade expirou entretanto em 11.1.99.

O marido da recorrente declarou, em 26 de Fevereiro de 1999, que pretendia tratar do divórcio (fls. 50 do proc. instrutor), que se havia separado da esposa, que esta, quando ele se encontrava na RPC, se mudou sem o seu conhecimento e quando regressou a Macau ela já não residia na sua morada e que passara a viver com o seu patrão, B.

Em 27 de Janeiro de 1999 a recorrente declarou (fls 61 do proc. instrutor) que o marido não vivia consigo, se encontrou com C por casualidade e como “ele tomava muito conta da sua vida quotidiana, resolveu amancebar-se com ele”, a partir de 1998. Mais tarde deu à luz um bebé, sendo o pai o “C” (sic).

A recorrente continuava casada com B.

Este, em 16 de Abril de 1999, emitiu a seguinte declaração, a fls 47 do proc. instrutor *“Eu, B, residente de Macau, portador do BIR XXX, declaro por este meio que queria cuidar bem da vida diária da minha esposa A, com voluntariedade e ainda queria manter a presente relação conjugal com a minha esposa.”*

O casal já está separado, vivendo a requerente com outro indivíduo, C.

O Secretário-Adjunto para a Segurança proferiu novo despacho, em 15/11/99, notificado à recorrente, por ofício de 17/11/99, reformando o despacho anterior, nos seguintes termos:

“Por meu despacho de 26/04/99, indeferi o pedido de renovação do Título de Residência Temporária apresentado pela interessada nestes autos, A.

Revendo a decisão em apreço, por força de um recurso contencioso (entretanto interposto, por considerar que a mesma é adequada e legal, mantenho-a em todos os seus termos e efeitos.

Atendendo, todavia, a que aquela decisão não se encontra

convenientemente fundamentada, nos termos consentidos pelas disposições conjugadas dos artigos 126º e 130º do DL n.º 57/99/M, de 11 de Outubro, substituo o despacho respectivo pelo que segue :

À requerente foi autorizada a fixação de residência em Macau, fundada nos laços conjugais com um residente do Território, ao abrigo do artigo 20º d), do DL n.º 55/95/M, de 31 de Outubro.

Prescreve o artigo 24º. do mesmo diploma que a renovação da autorização de residência depende da verificação dos pressupostos, os mesmos ou outros igualmente atendíveis, que conduziram à sua concessão.

Na sequência de uma investigação levada a efeito pelo Serviço de Migração da PSP, conclui-se que a requerente não mantém, de facto, a relação conjugal que casamento é suposto titular, sendo improvável que venha a reatá-la e mostrando-se decidida a dissolver o vínculo matrimonial.

Tal conclusão é alcançada quer pelas declarações prestadas, quer pela constatação da cessação da vida em comum, tudo como melhor consta da informação de fls. destes autos de p.a.

Tem-se que para a outorga ou manutenção do estatuto de residente de Macau é insuficiente a existência de um casamento em sentido meramente formal e técnico-jurídico, exigindo-se concomitantemente a sua materialização, em especial, na coabitação e assistência, cuja possibilidade de concretização constitui, neste âmbito, o fim último da autorização de residência.

Por outro lado, a requerente não apresenta quaisquer outros

factos ou circunstâncias que nos termos de citada legislação justifiquem a manutenção do estatuto de residente.

Pelo exposto, usando da faculdade que me é conferida pela Portaria n.º. 236/96/M, de 19 de Setembro, considerando inverificado o pressuposto do artigo 20º d) do DL n.º 55/95/M, de 31 de Outubro, que reputo de determinante para a autorização de residência ou sua manutenção, aplicável "ex vi" o artigo 24º do mesmo diploma, indefiro o presente pedido de renovação do Título de Residência Temporária, com as legais consequências."

IV - FUNDAMENTOS

O objecto do presente recurso – *se o acto recorrido que indeferiu o pedido de renovação do TRT (título de residente temporário) a Jintana Tiacharoen deve ou não ser anulado* – passa pela análise das seguintes questões:

- A - Concretização do despacho recorrido;
- B - Apreciação da matéria de facto. Ónus da prova. Pressupostos que determinaram a fixação da residência em Macau da recorrente;
- C- Vício de falta de fundamentação;
- D- Da violação de lei por erro nos pressupostos de facto. Preenchimento do conceito "*laços familiares*";

*

A- Concretização do despacho recorrido

Antes de mais, importa definir qual o despacho recorrido, tendo em vista a reformulação do despacho primitivo e a posição assumida, quanto a essa questão, pelo Digno Magistrado do MP.

O que está em causa é o despacho de 26 de Abril de 1999, que consta a fls. 42 dos autos do processo instrutor, notificado à interessada em 7 de Junho de 1999, como se alcança de fls. 11 dos autos.

Tal despacho foi complementado em 15 de Setembro de 1999, salientando-se que tal substituição ou reformulação do acto ocorreu após ter sido impugnado, mas ainda dentro do prazo para a resposta da entidade recorrida. Essa mudança reveste-se na prática apenas de uma roupagem que se pretende mais fundamentada e concretiza melhor os fundamentos que já se vislumbravam no despacho primeiramente proferido. É verdade que o acto de que se recorre é o despacho proferido em 26/4/99 e o "despacho" proferido posteriormente, a 15/11/99, embora se limitando a confirmar o sentido do anteriormente decidido, procura, todavia, inculcar-lhe uma mais completa justificação, prevenindo uma eventual sanção de ilegalidade por falta de fundamentação.

Para que seja possível a ratificação-sanação do acto quanto à sua insuficiente fundamentação, as razões de facto e de direito não lhe podem ser estranhas e entende-se que a fundamentação posterior só é admitida quando declarada dentro do prazo de interposição do

recurso contencioso¹ ou até à resposta da entidade recorrida² – cfr. art. 118º e 122º do CPA-, muito embora na doutrina não haja unanimidade quanto a este último requisito, havendo quem considere que a convalidação pode ter lugar ainda até a qualquer momento, desde que não afecte intoleravelmente as garantias de defesa dos administrados.³

Nesta conformidade, o segundo despacho não deixa de revestir os requisitos que conduzem à sua admissibilidade, dada a oportunidade e a natureza do mesmo.

B- Apreciação da matéria de facto. Ónus da prova. Pressupostos que determinaram a fixação da residência em Macau da recorrente.

A primeira particularidade que ressalta do substrato fáctico que motivou o indeferimento do pedido de renovação do TRT (Título de Residente Temporário) advém da falta de subsistência da vida em comum, na medida em que se “constatou que o casal já está separado, vivendo a requerente com outro indivíduo, C e que o marido pretende tratar do divórcio”.

¹ - Esteves de Oliveira e outros, in CPA Anot., 2ª ed., 665

² - Marcello Caetano, Manual de DA, 10ª ed., 560; Santos Botelho, Pires Esteves e Cândido Pinho in, Cód. Proc. Adm. Anot., 2000, 611

³ -Lino Ribeiro e Cândido de Pinho, in CPA de Macau, Anot e Com., 1998, 646

À interessada, ora recorrente fora, por despacho do Senhor Secretário Adjunto para a Segurança, de 5/1/95, autorizada a fixação de residência em Macau, a fim de ela se juntar ao seu marido, tendo-lhe sido emitido o T.R.T., renovado até 11/1/99.

Ora é exactamente esta realidade factual que a recorrente desde logo impugna, em sede de pressupostos de facto, pelo que importa analisar a prova carreada para os autos, a fim de se poder operar a adequada subsunção.

Alega que a entidade recorrida não renovou o aludido documento porque entretanto apurou – *com violação da vida privada do casal* – que a recorrente tinha uma outra relação com outro homem e que, até à presente data, não se divorciou do seu marido, nem dele se quer divorciar. Mais alega que continua a fazer parte do agregado familiar, uma vez que com ele continua a viver num apartamento no território de Macau.

E reafirma tal factualidade, concluindo nas suas alegações :

“As suas relações pessoais e patrimoniais não cessaram, nem pela dissolução, declaração de nulidade ou anulação do seu casamento ;

Continua a recorrente vinculada pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência ;

Até à presente data não foi proferida qualquer decisão judicial no sentido de dissolver o seu casamento ;

Comunga a recorrente e o seu marido do mesmo leito, da mesma habitação e ajudam-se mutuamente nas dificuldades que enfrentam no dia-a-dia, enquanto família;”

Deixando agora de parte a abordagem do lado passivo decorrente da relação jurídica matrimonial, importa ponderar se se confirma o que de pertinente se alega e que poderia configurar uma situação de erro em relação aos pressupostos de facto subjacentes à decisão da Administração.

Se é verdade que a recorrente continua casada com o seu marido, já não logrou provar a comunhão de mesa, leito e habitação, qualquer outra comunhão de carácter material ou sequer qualquer outra de natureza espiritual.

Não ofereceu qualquer prova e quanto a esta questão, somente em sede de alegações finais – cfr. fls 41 –, vem dizer que *“reserva-se a recorrente, se for caso disso, e se lhe for dada essa oportunidade, de fazer prova dos factos por si invocados”*.

Perante a prova colhida nos autos, não só a partir das declarações das pessoas ouvidas e, aliás, da própria recorrente que confidencia nos autos, com visível espontaneidade, o desmoronamento da sua relação conjugal – observe-se que não se fala em cessação do vínculo matrimonial –, como ainda das próprias informações colhidas pelos respectivos Serviços, cabia-lhe infirmar tal prova e carrear para os autos elementos demonstrativos do que

por si, em contrário, fora alegado. Não o fez e a consequência negativa dessa falta de iniciativa *sibi imputat*, o que desde logo decorre das regras relativas ao ónus da prova, por força do disposto no artigo 342º do C. Civil, actual 335º do Código vigente, nos termos do qual, quem invoca um direito tem o ónus da prova dos respectivos factos constitutivos, cabendo à contraparte a prova dos respectivos factos impeditivos, modificativos ou extintivos.

Pese embora o facto de não valer no processo administrativo um ónus da prova *subjectivo* ou *formal*⁴, o que implica que o juiz só pudesse considerar os factos alegados e provados por cada uma das partes interessadas, o certo é que há sempre um ónus de prova *objectivo*, na medida em que se pressupõe uma repartição adequada dos encargos de alegação, isto é, de modo a repartir os riscos da falta de prova, desfavorecendo quem não veja provados os factos em que assenta a posição por si sustentada no processo. Importará, não obstante o princípio da presunção da legalidade do acto administrativa, considerar os limites da actuação da Administração que se deve pautar pela juridicidade das suas opções e pela obrigatoriedade de fundamentação do acto, dentro do respeito pela imparcialidade, igualdade, justiça e proporcionalidade, o que implica um ónus da prova dos pressupostos de facto subjacentes às decisões desfavoráveis aos interessados, em respeito

⁴ - Vieira de Carvalho, in A Justiça Administrativa, Lições, 1999, 268

pelo princípio de justiça e legalidade.

Pode, nesta perspectiva, continuar a falar-se, mesmo em sede do recurso de anulação, de um ónus da prova, a cargo de quem alega os factos⁵, no entendimento de que “há-de caber à Administração o ónus da prova da verificação dos pressupostos legais (vinculativos) da sua actuação, designadamente se agressiva (positiva e desfavorável); em contrapartida, caberá ao administrado apresentar prova bastante da ilegitimidade do acto, quando se mostrem verificados esses pressupostos”.⁶

É dentro deste enquadramento que se constata que a recorrente não provou os factos relativos à subsistência do seu relacionamento e interligação familiar, materializada na factualidade por si concretizada.

Nem se diga que, dentro do princípio do inquisitório o Tribunal podia ter indagado dessa realidade, hipótese que se invalida com o facto de se não alcançar que outras diligências para além das que foram feitas nos autos se podiam desenvolver, diligências essas que passaram por perguntas feitas aos próprios, pessoas com elas relacionadas e deslocação aos locais da residência.

⁵ - Marcello Caetano, Manual de DA, II, 1972,1351

⁶ - Vieira de Carvalho, ob. cit., 269

A este propósito, pretende a recorrente, ainda que assim não expressamente configurada, concluir por uma nulidade probatória, já que tal actividade instrutória teria assentado numa violação da vida privada do casal. Ora, se é verdade que são nulas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, o que é válido também para o processo administrativo, não se vê por que forma as diligências empreendidas violaram aqueles princípios. Se o objecto dos factos a indagar era, ele próprio, relativo à vida privada, não nos podemos esquecer que era essa exactamente a matéria fáctica a comprovar, constituindo o cerne fundamental integrante dos pressupostos de facto sobre que incidiria a decisão administrativa. Na verdade, não estava em causa um qualquer relacionamento extra-conjugal da recorrente ou se ela andava a violar as regras do seu casamento, tal como alega.

Não é fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada familiar que goza da reserva da intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade, podendo a esfera privada simples, salvaguardada a esfera pessoal íntima, ter de ceder perante o interesse ou bens públicos.⁷ Assim, nasce um conceito de esfera privada culturalmente adequada à vida contemporânea, tendo em

⁷ - Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRPA, 199, 3ª ed., 182

conta as referências civilizacionais específicas que decorrem do respeito pelos comportamentos, respeito pelo anonimato e respeito da vida em relação, o que não deixará de condicionar as suas próprias limitações. O que estava em causa era saber com quem a recorrente vivia, ou seja, utilizando a expressão feliz e já consagrada, *como se de marido e mulher se tratasse*, não de uma forma escondida e envergonhada, mas de forma a que todos desse convívio e partilha tivessem conhecimento.

E a conclusão a que se chegou foi a de que essa situação existia, não já com o marido, mas sim com um outro indivíduo.

Ainda nesta sede, uma observação relativa às declarações que, a dado passo, o marido B, emite nos autos. Respeitante ao facto de vir dizer, a fls. 47 do proc. Instrutor, *“Eu, B, residente de Macau, portador do BIR XXX, declaro por este meio que queria cuidar bem da vida diária da minha esposa A, com voluntariedade e, ainda queria manter a presente relação conjugal com a minha esposa”*, declaração datada de 16/4/99. Isto, depois de uns meses antes, quando ouvido em declarações, afirmar que *“vive sózinho, por se ter separado da esposa que agora vive com o seu patrão C e que pretende tratar do divórcio.”*

Regista-se a mera manifestação de vontade não concretizada em factos comprovados nos autos, o que, em sede de ponderação da materialidade fáctica, não pode deixar de ceder perante a realidade vivenciada pela interessada.

Quanto à ilação que se pretende extrair das diligências instrutórias desenvolvidas e que conduziram à detecção de uma outra realidade familiar, que não a que originou a atribuição de uma autorização de residência temporária, no sentido de que tal conclusão condicionaria a liberdade individual dos indivíduos, é assunto de que só adiante se curará.

C- Vício de falta de fundamentação

A recorrente configura nos seus articulados o vício de violação de lei na modalidade de erro sobre os pressupostos de facto e de direito e vício de forma na modalidade de falta de fundamentação.

A propósito deste último vício, sustenta a recorrente que a fundamentação do acto recorrido não respeitou os requisitos legalmente prescritos para a fundamentação dos actos administrativos, de cuja inobservância resulta a sua viciação por vício de forma. A recorrente tem o direito de conhecer a respectiva fundamentação, para os fins legalmente previstos, sendo necessária uma exposição dos fundamentos de facto e de direito que se apresentasse clara, congruente e suficiente, ainda que sucinta, e esclarecesse concretamente a motivação da decisão, o que não se verifica no acto impugnado, que por isso é ilegal. Pelo que a

fundamentação do referido despacho sofre de obscuridade, incongruência, insuficiência e inexactidão, determina a lei que a falta da mesma, conforme o disposto no n.º2 do artigo 107º do CPA, determina a anulabilidade do despacho.

Tais vícios conduzem à mera anulação do acto, o que resulta do disposto nos artigos 114º e 116º do CPA (Código de Procedimento Administrativo) e serão conhecidos pela ordem indicada no artigo 57º da LPTA (Lei de Processo dos Tribunais Administrativos, aplicável ao caso). Assim, embora se deva conhecer preferentemente do vício de violação de lei em relação ao vício de forma, no entendimento preconizado por certa jurisprudência⁸, ressalvando sempre situações específicas – v.g. situações que possam dar lugar à renovação do processo administrativo –, analisar-se-á aqui prioritariamente o vício de forma, na medida em que a falta de fundamentação, neste caso, ajuda ao esclarecimento quanto ao erro nos pressupostos de facto e de direito.⁹

Foi exactamente por essa razão que se iniciou a abordagem da

⁸ - Ac. TSI de 16/3/2000, in Ac. do TSI, 2000, 106

- Ac STA de 13/12/86, in AD, 317, 565

⁹ -Ac. STA da Sec. de C.A. de 9/4/87 – Proc. nº 22684

matéria de facto apurada, análise conducente à conclusão de que a recorrente deixou de viver com o seu marido, tendo passado a viver e mantendo uma relação estável de convivência, como se de marido e mulher se tratasse, com outro indivíduo. Facto que foi consignado na motivação do despacho recorrido, onde expressamente se exarou que primeiramente lhe foi emitido o T.R.T., a fim de se juntar ao seu marido e, constatando-se que o casal já estava separado, vivendo a recorrente com outro indivíduo de nome C, verificou-se não haver subsistência da vida em comum, não obstante se ter tido em atenção as declarações proferidas posteriormente pelo marido de que desejava continuar a ajudar a esposa nas necessidades diárias e a continuar a relação conjugal.

No despacho recorrido vêm a elencar-se as disposições legais em que se estriba o indeferimento, ficando-se assim a saber que ele resulta do não preenchimento dos requisitos decorrentes dos artigos 20º,d) e 24ºdo DL nº55/95/M de 31 de Outubro.

A fundamentação, ao servir para enunciar as razões de facto e de direito que levaram o autor do acto a praticá-lo com certo conteúdo, encobre duas exigências de natureza diferente: a exigência de o órgão administrativo justificar a decisão, identificando a situação real ocorrida, subsumindo-a na previsão legal e tirando a respectiva consequência e uma outra exigência, nas decisões discricionárias, de motivar a decisão, ou seja, explicar a

escolha da medida adoptada, de forma a compreender-se quais foram os interesses e os factores considerados na opção tomada.¹⁰

Observa-se, assim, neste caso, que a fundamentação do acto administrativo assumiu a forma expressa, clara, coerente e completa, de facto e direito, com indicação das regras jurídicas que impuseram a decisão e em que medida é que os factos se subsumiram à previsão normativa.

Não se deixa de sublinhar ainda que, a assacar-se a falta de fundamentação legal, por omissão dos preceitos legais aplicáveis ao caso, perspectivando apenas o acto primário, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo não ser necessária a indicação numerada ou específica das normas pertinentes, bastando a indicação do quadro legal cognoscível por um destinatário normal de forma a que este se aperceba das razões jurídicas da decisão e que neste caso se traduzem na alteração, a partir de um dado momento, dos requisitos que permitiam a atribuição de um determinado estatuto.¹¹

¹⁰ -Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco Amorim, in CPA comentado, 2001, 591

¹¹ - Freitas do Amaral, Curso de DA, 2002, 353; Ac. do STA de 18/6/91 – Rec n°28941;Ac. da 1ª sec. do STA de 24/11/94, AD, 491,594

D- Da violação de lei por erro nos pressupostos de facto.
Preenchimento do conceito "*laços familiares*"

A ora recorrente, por despacho do Senhor Secretário-Adjunto para a Segurança, de 05.11.95, foi autorizada fixar residência em Macau, a fim de se juntar ao seu marido B, tendo-lhe sido emitido, para o efeito, o Título de Residente Temporário n.º 35881/96, cujo prazo de validade expirou entretanto em 11.1.99, em virtude de a entidade requerida não o ter renovado.

E não o fez porque apurou, como se pretende, que *a recorrente tinha uma outra relação com outro homem, i.e. mantinha-se casada com o seu marido e eventualmente andava a violar as regras do seu casamento mantendo relações extraconjugais com um outro homem*, mas sim porque o casal já estava separado, verificando não haver subsistência de vida em comum, assim entendendo a entidade recorrida que haviam deixado de subsistir os pressupostos legais que determinaram a fixação de residência da recorrente.

Perspectivando o pedido de residência em Macau, o artigo 20º do DL 55/95/M de 31 de Outubro preceitua:

“Na apreciação do pedido o Governador deve atender, designadamente, aos seguintes aspectos:

(...)

d) Laços familiares existentes com residentes no Território;”

E o artigo 24º do mesmo diploma:

“A renovação dos títulos de residência deve ser requerida, pelo interessado ou seu representante legal, até 30 dias antes da data em que expira a respectiva validade e está sujeita aos critérios previstos no artigo 20º”

Alega a recorrente que continua a fazer parte do agregado familiar do seu marido – artigo 3º, n.º1, al. b), do Decreto-Lei n.º 55/95/M, de 31 de Outubro - , uma vez que com ele continua casada e que não se encontram preenchidos os pressupostos legais negativos contemplados no Decreto-Lei n.º 55/95/M, de 31 de Outubro, que regula a entrada, permanência e fixação de residência em Macau. A apreciação material dos factos mostra-se desvirtuada e viola a intimidade da vida privada e familiar da recorrente e enferma de vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto. Mais: no despacho recorrido impunha-se o dever de fundamentação de facto e de direito da situação de que se trata, conforme preceitua o artigo 316º, n.º5 do ETAPM e o artigo 88º do Código de Procedimento Administrativo. Daí que se devesse concluir que o despacho recorrido infringiu o disposto nos artigos 315º, n.º1, 316º, n.º1 do ETAPM e o disposto no artigo 106º e no artigo 2º, al. c) e d), do Decreto-Lei n.º 35/94/M, de 18 de Julho, enfermando, assim, de vício de violação de lei.

Consistindo o vício de violação de lei na discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis, tal vício não deixa de existir igualmente quando sejam infringidos os princípios gerais e que limitam e condicionam a actividade administrativa, mesmo em sede de discricionariedade administrativa, tais como o princípio da imparcialidade, igualdade, justiça, proporcionalidade.¹²

No caso, está em causa a conformidade do decidido à previsão normativa do requisito negativo que se traduz na ausência, no momento da decisão, de laços familiares com residentes em Macau.

Em antagonismo, que urge resolver, a tese recorrente, sufragada pela douta posição do MP, no sentido de que, perante um casal separado de facto se mantêm os "laços familiares" para os efeitos a que alude a al. d) do artigo 20º do Dec. Lei 55/95/M e a antítese, da entidade recorrida, de que a autorização de residência se destina, neste âmbito, da autorização de residência, a proporcionar a reunião familiar às pessoas que, de outro modo, se veriam forçadas a viver separadamente, devendo o casamento para os efeitos requeridos implicar uma comunhão de vida e interesses.

Como argumento a favor da primeira das teses em

¹² - Freitas do Amaral, ob. cit., 392

presença, os contornos e limites da instituição "casamento" estariam perfeitamente definidos na ordem jurídica vigente, não cabendo a quem aplica a lei - no caso, a entidade recorrida – criar outra noção de um modo diverso do legalmente contemplado. Essa realidade jurídica só pode ser dissolvida ou limitada pelas formas típicas contempladas na própria lei, nomeadamente através do divórcio, actos que, porém, carecem de decisão judicial, donde estarem juridicamente comprovados os laços familiares da recorrente com residente no Território.

Contrariamente, o casamento, enquanto acto evidenciador da existência e subsistência dos laços familiares, há-de ser entendido não no sentido puramente técnico- jurídico, mas antes como instituto consolidador de uma união comprovadamente solidária, com as consequentes obrigações económicas e sociais evidenciáveis, além do mais, na materialização dos deveres de coabitação e assistência.

Na certeza de que a situação matrimonial decorrente da existência de um casamento formal acarreta o estabelecimento de laços familiares, nem que seja por via da relação jurídica familiar que se gera com a celebração do casamento, importa, antes de mais, determinar o sentido e alcance do conceito *laços familiares* contido no artigo 20º do DL 55/95/M de 31/Out.

Não se tratando de um conceito normativo em sentido estrito, estaremos perante um conceito normativo de valor, já que, embora em conexão com o mundo das normas, encerra uma

valoração, isto é, só pode ser preenchido através de conceitos indeterminados numa base de ponderação dos diversos valores em jogo.¹³

Na medida em que o artigo 24º do mesmo diploma manda atender aos mesmos critérios do artigo 20º, nas situações de renovação de autorização, como era o caso, não é difícil descortinar que o requisito respeitante aos *laços familiares* se prenda com uma aproximação de pessoas e partilha de vida. Estamos em crer que a mera existência de laços familiares sem tal comunhão de vida e de interesses, entre alguém que estivesse casado com um residente e alegasse apenas a existência de um casamento e aqui pretendesse residir para viver com outra pessoa veria negada a sua pretensão, não bastando a existência de laços familiares meramente formais. Ora se assim é aquando do pedido de autorização, devendo os requisitos ser os mesmos aquando da renovação, não se percebe por que razão a situação deva ser diferentemente apreciada.

Desvancendo-se os sinais da subsistência da vida familiar não se vêem razões para se manterem os efeitos do casamento no que tange à autorização de residência conferida por referência à existência de uma união com um residente do Território, não se podendo ficcionar uma vida em comum por força da manutenção de um casamento, havendo, quanto muito, que tutelar a vida em comum e também ela, num certo sentido, *familiar* com um outro indivíduo.

¹³ - António Francisco de Sousa, *Conceitos Indeterminados no Dto Adm.*, 1994, 27

Só que, aí, seria essa nova situação a justificação da residência ou permanência em Macau, nela devendo assentar a causa do pedido que nesse sentido viesse a ser formulado – cfr. art. 3º, nº1, al.b) do citado diploma quanto às pessoas que vivam em condições análogas às dos cônjuges.

Entende-se assim, na esteira do entendimento anteriormente sufragado por este Tribunal que “os requisitos exemplificativamente elencados no artigo 20º constituem meros factos-índice ou condicionantes mínimas de ponderação, não implicando que a autorização seja necessariamente concedida a quem tenha laços familiares com residentes em Macau. O Governador (hoje, Chefe do Executivo) atende, também, ou designadamente, àquele facto, mas interpreta-o no cotejo com outros e caracteriza-o como um argumento adjuvante (união ou reunificação familiar) para a decisão de conceder ou renovar a autorização de residência.”¹⁴

Aliás, tem sido este o entendimento em situações paralelas, de aquisição de nacionalidade, tratadas na jurisprudência e que aqui se trazem, por mera referência, em termos de direito comparado com o ordenamento português, em que se tem considerado decisivo para tal aquisição, não apenas a relação jurídico-formal derivada do casamento, mas uma relação efectiva e

¹⁴ - Ac do TSI de 26/4/2001, proc. 202/00; de 14/3/2002, proc. 209/2001; de 11/4/2002, proc.

afectiva de plena integração na família ou na comunidade portuguesa.¹⁵

Incumbe à Administração verificar os pressupostos de que, a cada momento, dependem as renovações das licenças sob pena de, não o fazendo, permitir gorarem-se os interesses prosseguidos pelo Território em matéria de imigração, segurança ou economia, exercício este a que os serviços competentes (o Serviço de Migração da Polícia de Segurança Pública) procederam, sem que se vislumbre qualquer violação da vida privada do casal e donde seguramente se conclui, até pelo teor das declarações prestadas, pela total ruptura da vida em comum do casal.

Questão diversa – aliás, que nem sequer vem colocada - é a de, por essa via, a Administração condicionar a liberdade individual dos indivíduos.

Não se vê que assim seja. As razões da Administração são outras, pautando-se pelo interesse público em sede de controle da imigração, o que só reflexamente determina aquele condicionamento, com sacrifício do interesse particular. Os indivíduos, no entanto, são livres de fazerem as suas opções, em termos de constituição das situações de facto que pretendam, não podendo esperar a protecção

¹⁵ -Ac. do STJ de 9/7/98, proc. 98^A652, in <http://www.dgsi.pt>; de 2/3/99, proc. 99^A061, in BMJ 485,366. Por sinal, em ambos os casos, cidadãos casados com portugueses residentes de Macau.

de um estatuto relativamente a uma situação que se entende já não ser de tutelar, não abrindo a Administração as portas a uma pluralidade de situações que deixaria de poder controlar, sempre ao abrigo de uma margem mínima de valoração que lhe não deve ser retirada perante os diversos interesses em conflito.

Nesta conformidade resta decidir, sem outros desenvolvimentos.

V - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em **negar provimento ao recurso**, confirmando a decisão recorrida.

Custas pela recorrente, fixando a taxa de justiça em 5 Ucs.

Macau, 5 de Dezembro de 2002,

João A.G. Gil de Oliveira (Relator)

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong