

Processo n.º 394/2012

(Recurso contencioso)

Relator: João Gil de Oliveira

Data : 21/Fevereiro/2013

ASSUNTOS:

- Autorização de residência
- Reabilitação em Hong Kong
- Falta de fundamentação

SUMÁRIO:

Se num determinado acto que indeferiu o pedido de autorização se invoca que o interessado tem antecedentes criminais, relativos a um furto cometido em Hong Kong, em 1988, tendo sido condenado em pena de 3 meses de prisão, e se refere que ali foi reabilitado, mas ao mesmo tempo se refere que o indeferimento se louva em insuficiência dos fundamentos do pedido, tendo sido pelo requerente invocado que é casado em Macau, tem propecta idade, aqui adquiriu uma casa, fica-se sem saber qual a real razão do indeferimento e, no caso de insuficiência de fundamentos do pedido, em que se concretiza tal

insuficiência. Essa ambiguidade de fundamentação não deixa de gerar a anulabilidade do acto.

Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 394/2012

(Recurso Contencioso)

Data: 21 de Fevereiro de 2013

Recorrente: A

Entidade Recorrida: Secretário para a Segurança

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

I - RELATÓRIO

1. **A**, mais bem identificado nos autos, não se conformando com o despacho MIG/630/2011/FR de 07/03/2012 do **Exmo. Senhor Secretário para a Segurança**, que lhe indeferiu o pedido de autorização de residência na R.A.E.M. apresentado, em 05/07/2011, dele vem interpor **recurso contencioso**, alegando em síntese conclusiva:

1. O presente recurso tem por base o despacho de indeferimento do requerimento de Autorização de Residência na R.A.E.M. apresentado, em 05/07/2011, pelo ora Recorrente;

2. O Exmo. Senhor Secretário para a Segurança da RAEM indeferiu o pedido de Recorrente em virtude do recorrente possuir antecedentes criminais na RAEHK, mencionando apenas que a razão justificativa apresentada foi insuficiente, mas não justifica em que termos.

3. Ora, por um lado é certo que "o direito à família" e à "unidade familiar" não podem ser interpretados como "direitos absolutos" de quem os invoca como motivo para ser autorizado a residir na R.A.E.M..

4. No entanto, a mera inscrição de uma condenação no registo criminal também não poder ser interpretado como uma restrição absoluta e automática de atribuição de direitos.

5. Cada caso é um caso, e no caso do Recorrente, terá que se justificar melhor o facto do seu registo criminal ser a razão de mérito para o indeferimento do seu pedido de autorização de residência.

6. Aliás, por um lado, o próprio ponto n.º 2 do parecer menciona que tal condenação já não se encontra efectiva e já se encontra extinta, pelo que em nome do princípio da reintegração o Recorrente demonstra só por si que merece outra oportunidade, pois não possui qualquer outro registo.

7. E como bem se refere na Declaração de voto do Ac. Proferido no TSI, Proc. n.º 305/2005 "De facto, o réu condenado por determinado crime não pode - nem seria justo - ficar perenemente "acorrentado" a tal condenação, pois que se assim fosse, jamais se poderia pensar na sua "readaptação à vida honesta", constituindo, então, todas as "medidas pro-ressocialização", uma autêntica miragem ... Sendo assim de se reconhecer à reabilitação uma finalidade "social" e "humana" - pois que longe vão os tempos das "marcas de ferro" e das "penas mutilantes" que constituíram os antecedentes do actual registo criminal; (cfr.,v.g. A. Costa, ob. cit., pág. 47) - dirigida à regeneração do condenado na medida em que passando uma "esponja" e fazendo desaparecer as suas anteriores condenações, o apresenta à sociedade como um homem de passado criminal "limpo", não me parece pois razoável e adequado invocar-se como razão para a sua não verificação a simples referência ao facto do

Recorrente possuir um antecedente criminal no seu registo criminal, sem fazer qualquer referência ao princípio que esse antecedente criminal que já remota aos anos de 1988 possa afectar os princípios que a Lei n.º 4/2003 visa proteger. (...) Daí, e atento ao preceituado no artigos 23º, n.º 1, al. b) do D.L. n.º 27/96/M de 03.06, onde se estatui que "são cancelados no registo criminal as decisões a que se aplique a reabilitação prevista no artigo seguinte", no qual, por sua vez, se prevê que a "reabilitação de direito" tem lugar, "automaticamente, decorridos 10 anos, se a pena ou medida de segurança aplicada tiver sido superior a 5 anos, e 5 anos, nos restantes casos", mostra-se-me de considerar que reabilitado esta(va) o recorrente, já que, entre a data da sua última condenação e o momento em que foi proferido o despacho recorrido, decorridos estavam mais que 20 anos", Sublinhado nosso.

8. Por outro lado, o Recorrente e a sua esposa testemunham expressamente e humildemente a razão por que pretendem ficar juntos em nome da união familiar e do sentimento que os uniu, e por outro lado, dada a idade de ambos, torna-se cansativo a vivência sob o regime de viagens constantes de Macau para Hong Kong, em virtude da sua situação não estar definida em Macau.

9. Ora, entende-se, salvo todo o respeito que é devido que houve uma manifesta desproporção e inadequação da decisão, quando se refere apenas que a razão justificativa não é suficiente para deferir o pedido;

10. O despacho que ora se recorre, salvo todo o devido respeito, não nos parece totalmente claro, nem suficientemente fundamentado para se perceber com a razoabilidade necessária e o raciocínio condutor da resposta.

11. Invoca-se apenas um parecer, que apesar de parcialmente transcrito, não é claro. Ora, não basta dizer por que razão não são suficientes os factos invocados pela

Recorrente, pois, embora se reconheça que o acto de que ora se recorre é um acto discricionário da Administração, esta encontra-se vinculada a diversos princípios legais - como legalidade e fundamentação segundo o qual "devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações consideradas" (Artigo 8º, n.ºs 1 e 2 do Código de Procedimento Administrativo).

12. Pelo que entende o Recorrente que o acto administrativo de indeferimento de autorização de residência, violou os termos da alínea 1) do n.º 2 do artigo 9º da lei n.º 4/2003, bem como os artigos 8º, n.ºs 1 e 2 do CPA, e os artigos 3º e 5º do CPA, o princípio legalidade, proporcionalidade e dever de fundamentação das decisões, ao entender que não são suficientes os factos alegados pelo Recorrente, sem fazer qualquer juízo de raciocínio.

Termos em que deve considerar-se procedente o recurso e em consequência anular-se o acto administrativo de que ora se recorre, substituindo-o por outro que conclua pelo deferimento do pedido de autorização de residência.

2. O Exmo Senhor Secretário para a Segurança veio contestar, dizendo no essencial:

Nos termos do artigo 9.º n.º 2 alínea 1) da Lei n.º 4/2003, que regulamenta o regime de entrada, permanência e autorização de residência, as autoridades administrativas devem atender aos antecedentes criminais do interessado, aos quais, entretanto, o legislador não estabeleceu nenhuma condição ou prazo, isto é, não importando se o direito for reabilitado ou quanto tempo ter passado desde a prática do crime e a sentença, os antecedentes criminais

são um dos aspectos ao que têm de atender quando apreciar o requerimento da autorização da fixação de residência.

O recorrente foi condenado em Hong Kong pela prática do crime de furto. Mesmo estando "prescrita" a sentença, quando o recorrente foi requerer perante o Departamento dos Assuntos Policiais da Região Administrativa de Hong Kong o certificado negativo de registo criminal, o Departamento respondeu claramente que não se podia o emitir. Disso se vê que são diferentes a "prescrição" e a inexistência de registo criminal.

Não é aplicável ao recorrente o Decreto-Lei n.º 27/96/M, que regulamenta o regime do registo criminal, visto que o regime de reabilitação de direito previsto neste Decreto-Lei é aplicado às decisões condenatórias criminais proferidas na Região Administrativa de Macau e não se estipula nele que um indivíduo pode ser reabilitado de sentença proferida no exterior do Território.

Bem como o que foi indicado no acórdão n.º 36/2006 de 13 de Dezembro de 2007 do Tribunal de Última Instância, "os requisitos para a concessão de autorização de residência previstos no regime de entrada, permanência e autorização de residência, a Lei n.º 4/2003, têm o seu fundamento diferente que o regime de registo criminal.

No que diz respeito à concessão da autorização da fixação de residência àqueles não residentes de Macau, as autoridades administrativas têm bastante espaço de discricionariedade.

Um residente de Macau dispõe duma série de direitos e obrigações, incluindo alguns direitos políticos. Portanto, exige-se uma apreciação prudente e aplicação de critérios rigorosos ao conceder a autorização da fixação de residência. Além de ponderar se vale pena

conceder a qualidade de residente ao requerente, deve-se atender também se vai gerar riscos à segurança pública do Território.

No presente recurso, são evidentemente opostas, no âmbito dos interesses individuais, a finalidade de obter a qualidade de residente e, no âmbito dos interesses públicos, a desnecessidade do Território da aceitação dum indivíduo a quem não vale pena conceder a qualidade de residente e de sofrer riscos para a segurança pública. Entretanto, com certeza, a defesa dos interesses da paz social é mais proprietária do que os interesses individuais da fixação de residência na RAEM.

Para o recorrente, no tempo anterior e posterior ao acto recorrido, sempre não tem a qualidade de residente de Macau e o acto recorrido não causa nenhuma alteração na situação jurídica dele. Os interesses da união da família não estão lesados pelo indeferimento do requerimento. Ele pode ainda vir permanecer em Macau e unir-se com a família.

Também não se vê a falta de fundamentação alegada pelo recorrente.

O acto explicou claramente os fundamentos, não havendo nenhuma obscuridade, contradição ou insuficiência.

Pelo exposto, pede que seja julgado improcedente o recurso e mantido o acto recorrido visto que não padece de qualquer vício.

3. A apresentou suas **alegações facultativas**, dizendo em suma:

1. É certo que “o direito à família” e à “unidade familiar” não podem ser interpretados como “direitos absolutos” de quem os invoca como motivo para ser autorizado

a residir na R.A.E.M..

2. No entanto, a mera inscrição de uma condenação no registo criminal também não poder ser interpretada como uma restrição absoluta e automática de atribuição de direitos.

3. Cada caso é um caso, e no caso do Recorrente, e mesmo sabendo da grande margem de discricionariedade do poder de decisão da Administração, não parece adequado, salvo o devido respeito, que essa decisão seja proferida com base numa mera descrição de factos e de leis sem haver uma adequada justificação e fundamentação, pois caso contrário, não se perceberá que critérios foram tidos em conta, para essa decisão.

4. A Administração, encontra-se vinculada a diversos princípios, como legalidade e dever geral de fundamentação das decisões segundo o qual "devem poderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações consideradas" (Artigo 8º, n.ºs 1 e 2 do Código de Procedimento Administrativo).

5. A decisão de autorização de residência não é automática, exige claramente que seja efectuada uma avaliação de vários requisitos e circunstâncias, nomeadamente o grau de afectação dos interesses públicos e de segurança da sociedade, que logicamente como se poderá entender, têm primazia; contudo, salvo o devido respeito, o Recorrente não conseguiu encontrar qualquer ponderação na decisão de que o seu pedido foi alvo.

6. E nesse sentido se remete para a argumentação exposta nas suas alegações iniciais, entendendo o Recorrente, salvo o devido respeito que é devido, que não foi observado o dever geral de fundamentação das decisões, bem como o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da adequação, e conseqüentemente, o princípio da legalidade e o artigo 9º n.º 2, alínea 1) da lei n.º 4/2003, em virtude de não se ter

demonstrado que houve uma ponderação da decisão, por não justificada.

Termos em que, pede, devem considerar-se procedentes todas as conclusões formuladas pelo ora recorrente e em consequência anular-se o acto administrativo de que ora se recorre, substituindo-o por outro, que se adegue à JUSTIÇA.

4. O Exmo Senhor Procurador Adjunto emite o seguinte douto parecer:

Assaca o recorrente, A ao despacho do Secretário para a Segurança de 7/3/12, que indeferiu seu pedido de autorização de residência com fundamento na existência de antecedentes criminais, vícios de forma por falta de fundamentação e de violação de lei, seja por ofensa da al. 1) do n.º 2 do art. 9.º da Lei 4/2003, seja por erro nos pressupostos de facto, seja por atropelo dos princípios da legalidade e proporcionalidade, aflorando e fazendo ainda apelo ao direito à família e unidade familiar.

Cremos, porém, não lhe assistir razão.

Entende o peticionante que a decisão não terá contemplado a globalidade da sua situação, não levando em consideração, designadamente, o facto de se tratar da sua única infracção criminal, a qual, remontando já ao ano de 1988, se encontra, à luz do direito de Hong Kong extinta, encontrando-se o visado reabilitado.

Não se pondo em causa tais pressupostos, a verdade é que a decisão foi tomada, com fundamento no disposto no art. 9.º, n.º 2 da Lei 4/2003, por o recorrente ter sido

condenado, pelos tribunais de Hong Kong, em 30/5/88, na pena de 3 meses de prisão, pela prática de crime de furto.

E, ao que consta dos autos e procedimento respectivo, tudo isto corresponde à realidade, independentemente de se ter tratado de uma só condenação (tanto basta para se poder falar de "antecedentes") e da data a que a mesma se reporta, conquanto, como foi o caso, tenha existido a condenação, não fazendo, pois, sentido, falar-se a este propósito em erro nos pressupostos.

Quanto ao facto de, nos termos do n.º 2 (1) do Decreto de Reabilitação de Infractores ("Rehabilitation of Offenders Ordinance") essa condenação ter caducado, vem sendo entendimento assumido por este tribunal e pelo TUI (cfr ac. de 13/12/07, proc. 36/2006) que os requisitos para a concessão de autorização de residência previstos no regime de entrada, permanência e autorização de residência previstos na Lei 4/2003 têm diferente fundamento do regime de registo criminal, relevando neste a preocupação com a ressocialização dos delinquentes condenados e naquele os interesses de segurança pública e ordem social da RAEM, razão por que "malgré" aquela reabilitação, nada impedia a entidade recorrida de decidir como decidiu, detendo, como detinha, informações idóneas sobre a condenação criminal registada.

No que tange à justiça e proporcionalidade, esgrime o recorrente essencialmente com o facto de viver há mais de 10 anos com a mulher, actualmente sua esposa, residente e a trabalhar em Macau, tendo com ela aqui adquirido um imóvel e encontrando-se a pagar um empréstimo de um estabelecimento comercial no qual investiram, encontrando-se "cansados fisicamente de viverem constantemente separados, uma vez que já não são jovens, havendo ao mesmo tempo um desgaste emocional" pretendendo "tomar conta do negócio que adquiriram

juntos e tomar conta um do outro a tempo inteiro, como um verdadeiro casal",

Revelando-se perfeitamente estimável e compreensível tal tipo de considerações, a verdade é que as diversas alíneas do n.º 2 do artº 9º da Lei 4/2003 não constituem, qualquer listagem dos requisitos de cujo preenchimento dependa a concessão de autorização de residência, que haja que escrutinar "pari passu", tratando-se, antes, de mera referência a aspectos relevantes a levar em conta nessa concessão, alguns com carácter de denegação, como é o caso presente, relativo à existência de antecedentes criminais por parte do interessado, sendo que na apreciação do requerimento do recorrente, os normativos aplicáveis deixam, como é evidente, ao órgão decisor certa liberdade de apreciação à cerca da conveniência e da oportunidade sobre o respectivo deferimento, encontrando-nos, pois, face a acto produzido no exercício de poderes discricionários que, constituindo embora uma peculiar maneira de aplicar as normas jurídicas se encontram, todavia, sempre vinculados a regras de competência, ao fim do poder concedido, a alguns princípios jurídicos como a igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade, a regras processuais e ao dever de fundamentação, não existindo, como é óbvio, qualquer excepção ao princípio da legalidade, mesmo na vertente da reserva de lei, sendo certo, porém, que, por norma, nesta área, a intervenção do julgador ficará reservada apenas para casos de erro grosseiro ou injustiça manifesta.

Posto isto, é um facto que as decisões da Administração que, como é o caso, colidam com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, só podem afectar essas posições em termos necessários, adequados e equilibrados, o mesmo é dizer proporcionais aos objectivos a alcançar, proibindo-se, assim, o excesso, devendo existir uma relação de adequação entre o fim a alcançar e o meio utilizado para o efeito, impondo-se, pois, que o meio utilizado seja idóneo à prossecução do objectivo da decisão,

que entre todos os meios alternativos deva ser escolhido o que implique lesão menos grave para os interesses sacrificados, devendo existir justa medida entre os interesses presentes na ponderação, não se podendo impor aos particulares um sacrifício de direitos infundado ou desnecessário, sob pena de a decisão administrativa se revelar injusta.

Ora, no caso, encontrando-nos face a simples decisão de não autorização de residência na RAEM, não se vê que outra ou outras medidas pudessem ser tomadas : ou era a denegação do pretendido, ou o seu oposto, pelo que mal se compreende a "esgrima" relativamente à proporcionalidade da medida.

Os interesses pessoais, familiares e profissionais anunciados pelo recorrente, sendo estimáveis, hão-de, inelutavelmente, ceder perante o interesse público na salvaguarda da segurança de pessoas e bens da Região.

Finalmente, sendo inequívoco proteger o ordenamento jurídico da RAEM a família, unidade e estabilidade familiares, reconhecendo-se às pessoas que residam e permaneçam em Macau o direito a constituir família, tal direito não implica que a RAEM se encontre, por força de qualquer instrumento de ordem interna ou internacional, vinculada a conceder o direito de residência aos não residentes, os quais, querendo, poderão, a todo o tempo, restabelecer a unidade familiar no seu Estado ou Região de origem.

A separação familiar é uma contrariedade dos trabalhadores migrantes que se contrapõe às vantagens que decorrem desse estatuto de não residente, cabendo aos próprios ponderar as vantagens e os inconvenientes, pelo que não pode afirmar-se que a Administração viola os princípios de protecção à família quando decide em nome de outros interesses e no uso legítimo do seu direito de concepção e execução das suas políticas migratórias.

Finalmente, no que tange à fundamentação, constata-se conter o acto, clara, suficiente e congruentemente, as razões de facto e de direito que determinaram a medida, reportando-se as mesmas, em síntese, ao facto de o recorrente ter sido criminalmente punido pelos tribunais da RAEHK pela prática de crime de furto, ficando, pois, um cidadão médio perfeitamente ciente dessa motivação, o que não deixou de suceder com o recorrente.

Termos em que, conclui, sem necessidade de maiores considerações ou alongamentos, por não ocorrência de qualquer dos vícios invocados, ou de qualquer outro de que cumpra conhecer, é a entender não merecer provimento o presente recurso.

5. 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:

1. É do teor seguinte o despacho recorrido que absorveu a fundamentação vertida nos pareceres que se transcrevem:

“CORPO DE POLÍCIA DE SEGURANÇA PÚBLICA

<p><i>Parecer: Concorde.</i></p> <p>À consideração superior do Secretário para a Segurança.</p> <p style="text-align: center;">1 de Março de 2012 (rubrica: vd. o original)</p> <p style="text-align: center;">Ass. superintendente Custódio R. M. Mourão</p> <p style="text-align: center;">por</p> <p style="text-align: center;">O comandante do CPSP</p> <p>1. O requerente, do sexo masculino, casado, 61 anos, portador do BIR permanente de Hong Kong, vem por este meio pedir fixação de residência em Macau, para que se reúna com a cónjuge, titular do BIR permanente de Macau.</p> <p>2. De acordo com o seu Certificado de Registo Criminal de Hong Kong, o requerente tem os seguintes registos: (nota informal)</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th style="text-align: center;">Data</th> <th style="text-align: center;">Crime</th> <th style="text-align: center;">Decisão</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">30/05/1988 *</td> <td style="text-align: center;">Furto</td> <td style="text-align: center;">Pena de prisão de 3 meses Indemnização no valor de \$1000 (3 months imprisonment; compensation)</td> </tr> </tbody> </table>	Data	Crime	Decisão	30/05/1988 *	Furto	Pena de prisão de 3 meses Indemnização no valor de \$1000 (3 months imprisonment; compensation)	<p><i>Despacho:</i></p> <p>Concordo com o parecer da presente informação, pelo que indefiro.</p> <p style="text-align: center;">07/03/12 (rubrica: vd. o original)</p>
Data	Crime	Decisão					
30/05/1988 *	Furto	Pena de prisão de 3 meses Indemnização no valor de \$1000 (3 months imprisonment; compensation)					

		\$1000)	<p>* De acordo com o n.º 2(1) do Decreto de Reabilitação de Infractores (Rehabilitation of Offenders Ordinance) esta condenação já se encontra caduca.</p> <p>3. Em função do n.º 2 supradito, tendo em conta que o requerente tem “antecedentes criminais”, é indeferido o seu pedido de fixação de residência.</p> <p>4. Após a audiência escrita, o requerente apresentou a este Serviço alegações escritas. (vd. o ponto 4.º da presente informação)</p> <p>5. Tendo em conta a insuficiência de fundamentos expostos, nos termos do ponto n.º 2 da presente informação bem como a alínea 1) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei 4/2003, propõe-se indeferir o pedido de fixação de residência em apreço.</p> <p>6. À consideração superior de V. Ex.ª Comandante.</p> <p style="text-align: center;">Aos 01 de Março de 2012</p> <p style="text-align: center;">ASS. SUBINT. CHEANG KAM VA</p> <p style="text-align: center;">por</p> <p style="text-align: center;">O chefe do Serviço de Migração</p> <p style="text-align: center;">(rubrica: vd. o original)</p>
<p style="text-align: center;">Assunto: pedido de fixação de residência</p> <p style="text-align: center;">Informação complementar</p> <p style="text-align: center;">n.º MIG630/2011/FR</p> <p style="text-align: center;">Data: 29/1002/2012</p>			

1. Em relação ao pedido de fixação de residência apresentado pelo Sr. A com vista a se reunir com a sua mulher B, portadora do BIR permanente de Macau, elaborámos a informação n.º MIG630/2011/FR em 07 de Fevereiro de 2012.

2. A procura^{ção} que o requerente outorgou a um advogado de Macau para o representar nos actos de tratamento da fixa^{ção} de residê^{ncia} em Macau, sendo o n^{úmero} de inscri^{ção} do advogado estagiá^{rio} constituí^{do} do KAM U PANG na Associa^{ção} dos Advogados de Macau de 8/2010. (documentos 13 e 14)

3. Como este Servi^{ço} deu uma proposta de “n^{ão} dar deferimento”; em 10 de Fevereiro de 2012, nos termos do artigo 94.^o (audiê^{ncia} escrita) do C^{ódigo} do Procedimento Administrativo, comunicá^{mos} formalmente ao representante do requerente os motivos de indeferimento. O requerente podia pronunciar-se por escrito acerca da proposta no prazo de 10 dias ap^{ós} a recep^{ção} da informa^{ção}, o que pode ser verificado na Informa^{ção} n.^o MIG327/11/P.2.124/E. (documento 15)

4. Ap^{ós} a audiê^{ncia} escrita, recebemos as alega^{ções} escritas pelo requerente e pela mulher, em 15 de Fevereiro de 2012 e 20 de Fevereiro de 2012, respectivamente, cujo teor é o seguinte: “...Cometi infrac^{ção} em Hong Kong em 1988. Apesar de ser uma n^ódoa há mais de 20 anos, ando profundamente arrependido. Sigo sempre a má^xima milenar de que “Nada como conseguir limar as suas arestas” e já corrijo o erro que tinha feito com tamanho remorso. Desde ent^{ão} nunca voltou a transgredir a lei. Alé^m disso, participo sempre de forma activa nas actividades de caridade, pretendendo promover o bem-estar colectivo da sociedade...N^{ós}, eu e a mulher, já somos de idade. O facto de n^{ós} vivermos separados traz-nos inevitavelmente press^{ões} desmesurá^{veis}, provocadas por solid^{ão} insuportá^{vel} que neste momento estamos a viver. No que diz respeito à vida material, a viagem entre Hong Kong e Macau é demasiado cansativa para os nossos corpos que v^{êm} envelhecendo aguentarem... Como eu moro em Macau e ele, Hong Kong, é deveras difí^{cil} encontrarmo-nos. As viagens entre as duas cidades s^{ão} demasiado cansativas para os nossos corpos aguentarem...Tenho estado igualmente angustiada porque vivendo em dois lugares sozinhos, n^{ós} os dois nos atolamos na solid^{ão} da qual n^{ão} nos é possí^{vel} nos livrarmos...” (vd. documentos 16 e 17)

5. À considera^{ção} superior.

O elaborador,

(rubrica: vd. o original)

Mok Man Kit 090310

O Chefe do Commissariado de Estrangeiros

(Rubrica: vd. o original)

XXX, comissária

2. O despacho proferido mais teve na sua génese a seguinte informação:

**“Governo da Região Administrativa Especial de Macau
CORPO DE POLÍCIA DE SEGURANÇA PÚBLICA**

1. A, o requerente, de sexo masculino, casado, de 61 anos, nascido em 7 de Outubro de 1950 na China, da nacionalidade chinesa, portador do BIR permanente de Hong Kong n.º XXX, emitido em 17 de Março de 2005, vem por este meio pedir fixação de residência em Macau a fim de se reunir com a mulher B, titular do BIR permanente de Macau n.º XXX.

2. A fiadora é a sua mulher.

3. O requerente já entregou todos os documentos para o efeito de pedir fixação de residência em cumprimento do artigo 15.º do Regulamento Administrativo 5/2003, incluindo o relato comprovante da Conservatória de Registo Civil de Macau (em 08 de Julho de 2011), prova de meios de subsistência, Certificado de Registo Criminal de Macau e de Hong Kong. (vd. documentos 1 a 11)

4. O requerente alega que se conseguir obter o deferimento do pedido de fixação de residência na RAEM, e daí em diante Macau vai ser o seu lugar de residência habitual. O requerente vai viver com quem está a depender dele economicamente que se encontra em Macau e o centro de vida familiar vai ser transferido para Macau. (vd. documento 1)

5. O casal do requerente alega que os dois ainda mantêm a relação matrimonial legal e apresentou a prova de comunhão de mesa e habitação. (documento 6)

6. De acordo com a carta n.º CNCC11046/11 (documentos 10 e 10a) emitida pela Força Policial de Hong Kong, o requerente tem registo criminal em Hong Kong: (nota informal)

Data	Crime	Decisão
30/05/1988 *	Furto	Pena de prisão de 3 meses Indemnização no valor de \$1000 (3 months imprisonment; compensation \$1000)

* De acordo com o n.º 2(1) do Decreto de Reabilitação de Infractores (Rehabilitation of Offenders Ordinance) esta condenação já se encontra caduca.

7. Segundo o registo de entrada e de partida do último semestre (01 de Julho de 2011 a 31 de Dezembro de 2011) arquivado neste Serviço, a mulher do requerente ficou em Macau durante 183 dias.

8. B, a mulher do requerente, tem o próprio processo individual (P.º 153395) neste Serviço. Eis o teor:

- A mulher do requerente veio a Macau através da fronteira de Gongbei em 12 de Abril de 1992, portando salvo-conduto (singular) n.º 0332798. Em 23 de Abril de 1992 obteve a certidão n.º 934/92/SC.

9. À consideração superior.

O elaborador,

(rubrica: vd. o original)

Mok Man Kit 090310

Aos 7 de Fevereiro de 2012

O Chefe do Comissariado de Estrangeiros

(Rubrica: vd. o original)

XXX, comissária"

O recorrente foi notificado da decisão de indeferimento nos seguintes termos:

"CORPO DE POLÍCIA DE SEGURANÇA PÚBLICA
SERVIÇO DE MIGRAÇÃO

Informação

N.º NOT.133/12/E

Venho por este meio informar o Sr. A, portador do BIR permanente de Hong Kong n.º XXX, do seguinte: com referência ao seu pedido apresentado em 15 de Julho de 2011 que tem como objecto a fixação de residência, o Secretário para a Segurança deu o despacho em 7 de Março de 2012 de que "indefiro o pedido de fixação de residência", baseando-se na proposta constante na Informação n.º MIG630/2011/FR deste Serviço de Migração do CPSP.

Passo a expor o teor da Informação atrás mencionada da seguinte maneira:

1. O requerente, do sexo masculino, casado, 61 anos, portador do BIR permanente de Hong Kong, vem por este meio pedir fixação de residência em Macau, para que se reúna com a cónjuge, titular do BIR permanente de Macau.

2. De acordo com o seu Certificado de Registo Criminal de Hong Kong, o requerente tem os seguintes registos:

(nota informal)

Data	Crime	Decisão
30/05/1988 *	Furto	Pena de prisão de 3 meses Indemnização no valor de \$1000 (3 months imprisonment; compensation \$1000)

* De acordo com o n.º 2(1) do Decreto de Reabilitação de Infractores (Rehabilitation of Offenders Ordinance) esta condenação já se encontra caduca.

3. Em função do n.º 2 supradito, tendo em conta que o requerente tem "antecedentes criminais", é indeferido o seu pedido de fixação de residência.

4. Após a audiência escrita, o requerente apresentou a este Serviço alegações escritas. (vd. o ponto 4.º da presente informação)

5. Tendo em conta a insuficiência de fundamentos expostos, nos termos do ponto n.º 2 da presente informação bem como a alínea 1) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei 4/2003, propõe-se indeferir o pedido de fixação de residência em apreço.

6. Ao supra acto administrativo, pode ser interposto recurso contencioso ao Tribunal de Segunda Instância em conformidade com o artigo n.º 25 do Código do Procedimento Administrativo.

A Chefe do Commissariado de Estrangeiros

XXX, comissária

22 de Março de 2012"

IV - FUNDAMENTOS

1. O presente recurso tem por base o despacho de indeferimento do requerimento de Autorização de Residência na R.A.E.M. apresentado, em 05/07/2011, pelo ora recorrente, despacho esse que foi proferido em 07/03/2012, pelo Exmo. Senhor Secretário para a Segurança, o qual, após consultar o parecer de 01/03/2012 exarado no referido processo MIG.630/2011/FR a fls. 34, concordou com o mesmo, decidindo indeferir a pretensão do recorrente.

Diz o recorrente que o referido acto administrativo de que se recorre viola a lei, na modalidade de erro sobre os pressupostos de facto, bem como o princípio da proporcionalidade, inexistindo qualquer razoabilidade na fundamentação que o sustenta.

2. Uma nota prévia para **desatender o pedido** que se formula no sentido da substituição do despacho recorrido, sendo que esse desiderato não se contém nos poderes deste Tribunal nem decorre do regime do recurso contencioso anulatório que *é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica*, face ao disposto no artigo 20º do CPAC.

3. A primeira questão que se coloca e não deixa de vir colocada, ainda que devidamente enquadrada, prende-se com uma deficiente fundamentação das razões do indeferimento.

O despacho proferido anuiu às razões do parecer que foi submetido a superior apreciação, mas esse parecer peca por falta de clareza. É que enquanto afirma, no n.º 3, por um lado, que o requerimento de autorização é indeferido em vista dos antecedentes criminais, ao abrigo do disposto no n.º 2 desse mesmo parecer, por outro, no n.º 5, diz-se que *“tendo em conta a insuficiência de fundamentos expostos, nos termos do ponto n.º 2 da presente informação bem como a alínea 1) do n.º 2 do artigo 9º da Lei 4/2003, propõe-se indeferir o pedido...”*

Então em que ficamos: o indeferimento é com base nos antecedentes criminais, com base na insuficiência de fundamentos expostos ou nos dois?

E se é com base na insuficiência de fundamentos expostos, em que se traduz essa insuficiência?

Tudo a apontar para uma falta ou insuficiência de fundamentação do acto geradora de anulação do mesmo ao abrigo do disposto nos artigos 114º, 115º, n.º2 e 124º do CPA.

4. Importa ter presente que os antecedentes criminais respeitam a condenação ocorrida em Hong Kong há cerca de 25 anos, traduzidos numa condenação por furto, em pena de 3 meses de prisão e indemnização de HKD1000,00, tendo sobrevivido reabilitação e encontrando-se essa condenação caduca, face à secção 2 (1) da *Rehabilitation of Offenders Ordinance*, o que foi registado naquele mesmo parecer. E nos termos da secção 3 (1) daquele diploma “*Nothing in section 2 shall affect - (a) the recovery of any fine or other sum adjudged to be paid; (b) any proceedings in respect of a breach of a condition or requirement imposed following a conviction; or (c) the operation of any law under which the individual is subject to any disqualification, disability, prohibition or other penalty.*”, entre outras consequências.

Aliás, a própria Lei de Hong Kong menciona que aquela condenação já se encontra caduca.

5. É certo que o despacho valorizou os antecedentes criminais na apreciação do pedido, aliás, conforme o disposto 9º da Lei 3/2003 que dispõe:

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

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.”*

6. E Também não é menos certo que noutros casos tanto este Tribunal como o V.º TUI já se pronunciaram no sentido de que a existência de antecedentes criminais, não obstante uma sobrevinda reabilitação, constitui fundamento autónomo passível de ser relevado pela Administração para avaliação das condições de autorização e permanência, focando-se em razões preventivas e securitárias a partir de juízos próprios que pode formular a partir de tais elementos.

TUI:

“Por um lado, por comando legal contido na al. 1) do n.º 2 do art.º 9.º da Lei n.º 4/2003, a Administração deve atender aos antecedentes criminais do interessado, elemento este para o qual o legislador não estabelece quaisquer condições ou termos, pelo que, independentemente da data em que foi praticada a infracção, a respectiva

condenação deve ser considerada para efeitos da concessão da autorização de residência.

Não é imposta à Administração a obrigação de indagar se o interessado mantém, ou não, o bom comportamento no período, mais ou menos longo, contido entre a última condenação e a concessão da autorização de residência.

Por outro lado, não é exigida a certeza de que o recorrente pertence a associação criminosa, bastando, a nosso ver, as informações oferecidas pelas Autoridades de Hong Kong com referência à ligação e pertença do recorrente a uma associação criminosa .

E face à natureza deste tipo de crime, que é o crime permanente, não nos parece inadequada a ilação tirada pela Administração, no que concerne à referência do recorrente como pertencendo a uma associação criminosa, da informação oferecida pelas Autoridades de Hong Kong sobre a condenação do recorrente por ser membro da associação de malfeitores.

É evidente que, na avaliação dos pressupostos que se prendem com o mecanismo em causa, o que interessa é ponderar o risco, que possa ser eventualmente provocado pela concessão da autorização de residência, para a segurança e a ordem públicas da comunidade de Macau, tal como sucedeu no duto despacho impugnado.

Face aos elementos reportados nos autos e acima referidos, facilmente se compreende a preocupação da Administração que motivou a sua decisão de não conceder ao recorrente a autorização de residência. E parecem credíveis e idóneas, para além de serem concretas e determinadas, as informações vindas das Autoridades competentes de Hong Kong. “¹

TSI:

“A previsão normativa do artigo 9º, n.º 1, 1, da Lei 4/2003 prevê que na ponderação se atente nos antecedentes criminais e ao cumprimento das leis da RAEM, deixando uma margem de discricionariedade na ponderação desses elementos que não cabe ao Tribunal sindicá-la na medida em que extravase aquela margem de

¹ - Ac. do TUI, de 13/12/07, Proc. n.º 36/2006

liberdade que a lei confere à Administração em ponderar ou deixar de ponderar um determinado requisito.

(...)

Esta sensibilidade à diversidade das diferentes situações e dos fins visados nas diferentes ponderações em função de um determinado passado acaba por legitimar o recurso a tal elemento do passado do indivíduo para efeitos de autorização de residência. Não em termos de conditio sine qua non, mas em termos aferidores de uma personalidade que se quer conformada com o ordenamento em que se vai integrar.”²

“O certificado de registo criminal (...)também pode ter por missão acudir a fins particulares ou administrativos. Nesse caso, o acesso ao seu conteúdo não se regula pelos princípios da culpa, que regula a aplicação e medida das penas, mas pelos princípios da «necessidade» e da «proporcionalidade» numa problemática em tudo análoga à das medidas de segurança. Se o CRC for negativo, a ausência de menção acerca da prática de ilícito criminal apenas pode valer como certificação negativa de que nada consta a esse respeito no cadastro do indivíduo ou de que a menção existente foi cancelada por qualquer motivo, mas não vale mais do que a realidade nele omitida, em especial se o que está em causa é um fim administrativo.

Quando o legislador permite que os poderes discricionários sejam usados ao abrigo e para os fins do art. 9º da Lei nº 4/2003, de 17/03, está a dar total amplitude ao depositário desses poderes em prol do bem comum, sem constrangimentos relacionados com os fins da reabilitação.”³

Tratava-se ali de situações algo diferentes, desde logo porquanto não se alcança que tivesse sobrevivendo uma reabilitação operante na própria comunidade onde o interessado se situa, sendo que na ordem interna também os Tribunais de Macau já se pronunciaram no sentido de a desvalorizar.”⁴

² - Ac. deste TSI, de 26/7/12, Proc. n.º 766/2011

³ - Ac. do TSI, de 3/5/2012, Proc. n.º 394/2011 Acs deste TSI, n.º 766/2011, de 26/7/12, 310/2011, de 31/5/2012; 394/11, de 3/5/12; 305/05, de 25/5/06; 71/2000, de 24/2/03

⁴ - Citado ac. do TSI, de 25/5/06, Proc. n. 305/2005 e

7. Independentemente do juízo que se possa vir a fazer sobre a irrelevância dessa reabilitação, a **dúvida reside em saber se** esse circunstancialismo - a reabilitação em Hong Kong, o grau de gravidade da condenação, o tempo decorrido, o facto de ainda não ter havido decisões com reabilitações no Exterior -, não terá sido ele próprio motivo de dúvida para a Administração, ao não se satisfazer com esse pressuposto negativo (o que poderia, eventualmente, ser bastante para o indeferimento), se não terá tido a necessidade de invocar que os fundamentos avançados pelo requerente como pressuposto do deferimento da autorização eram insuficientes.

Pensamos que é legítima a dúvida, vistos os termos dubitativos, se não ambíguos, do despacho de indeferimento.

8. Perante isto afigura-se ser necessário tornar claro o despacho de indeferimento, indagar das reais razões do mesmo, sem que de alguma forma caiba a este Tribunal imiscuir-se em competências que não lhe competem, respeitando os poderes próprios da Administração, mas que terá que dizer por que tomou aquela decisão. No fundo, se indeferiu o referido pedido de autorização àquele idoso, interessado em fazer de Macau o seu centro de vida, aqui estando casado, aqui tendo comprado casa, se foi por essas razões serem insuficientes ou se foi porque o mesmo foi condenado há 25 anos em Hong Kong, condenação essa que se mostra caduca face à lei daquela Região Especial de Hong Kong.

Tanto assim que a entidade recorrida parece vir explicar nas alegações aquilo que não é claro no despacho enquanto enfatiza as razões de segurança pública como a razão determinante do indeferimento.

Esta questão prejudica, como parece óbvio, o conhecimento dos restantes vícios, nomeadamente o invocado vício de violação de lei e dos princípios da legalidade e proporcionalidade.

V - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder **provimento ao presente recurso contencioso e, em consequência, em anular o acto recorrido.**

Sem custas por não serem devidas.

Macau, 21 de Fevereiro de 2013

João A. G. Gil de Oliveira

Ho Wai Neng

José Cândido de Pinho

Presente

Victor Coelho