

Processo n.º 662/2007

(Recurso Contencioso)

Data: 2/Abril/2009

Assuntos:

- Interdição de entrada na RAEM;
- Violação do direito de audiência;
- Vício de forma por falta de fundamentação;
- Violação de lei; falta dos pressupostos de facto e de direito;
- Desrazoabilidade no uso de poderes discricionários.

Sumário:

1. Antes de ser tomada uma decisão final no âmbito do procedimento administrativo, os particulares devem ter acesso, através de notificação própria, a todos os elementos necessários para que fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes, devendo ser informados, nomeadamente sobre o sentido provável desta, de forma a carream os indispensáveis elementos para que possa ser devidamente tomados em conta na decisão a proferir (cfr. artigos 93º e 94º do CPA).

2. Não se verifica falta de audiência se não há qualquer factor surpresa que implique um tratamento jurídico ou resposta que não possa ter sido aduzida quando exercido o direito do contraditório.

3. Não há falta de fundamentação se da análise do conteúdo do despacho recorrido um cidadão normal e de mediana inteligência colhe com clareza, suficiência e congruência as razões por que o recorrente foi interdito: porque foi condenado numa pena de 14 dias de prisão em Hong Kong por posse ilícita de produto tributável e por haver informações de pertença a sociedade secreta, o que compromete a segurança da RAEM.

4. Na perspectiva da anulação do acto, o vício de violação de lei consiste na discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis e, muito embora tal vício ocorra normalmente no exercício de poderes vinculados, o certo é que não deixa de se verificar no exercício de poderes discricionários quando sejam infringidos os princípios gerais que limitam ou condicionam de forma genérica a discricionariedade administrativa, tais como o princípio da imparcialidade, igualdade, justiça, proporcionalidade

5. Em sede da medida aplicada, se as razões que se deparam não são suficientes para anular o acto, tal não significa, nem tem que significar, que o

juízo que o Tribunal formula seja o da aprovação da medida.

O Tribunal só deve intervir quando a desrazoabilidade for grosseira ou totalmente desrazoável, deixando-se o espaço próprio à Administração, dentro da margem de discricionariedade da entidade recorrida como órgão administrativo competente para a aplicação da medida de polícia em causa, sendo certo que não deverá ela deixar de adequar o período de interdição de entrada *à gravidade, perigosidade ou censurabilidade dos actos que a determinam.*

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 662/2007

(Recurso Contencioso)

Data : 2 de Abril de 2009

Recorrente: A

Recorrido: Secretário para a Segurança

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

I - RELATÓRIO

O recorrente A, residente de Hong Kong, foi notificado da decisão do Exmo Senhor Director Substituto do CPSP, em 10 de Maio de 2007, que decidiu interditar a entrada do recorrente em 3 de Maio de 2007.

Inconformado com o despacho através referido, interpôs recurso hierárquico necessário e é do despacho proferido pelo Exmo Senhor Secretário para a Segurança de 18 de Setembro de 2007 que interditou a sua entrada em Macau por dez anos que vem interposto o presente recurso contencioso.

Para tanto alega, em sede conclusiva:

O presente recurso contencioso tem por objecto o despacho proferido em 18 de Setembro de 2007 pelo Secretário para a Segurança, que tenha indeferido o recurso hierárquico necessário do recorrente em 16 de Maio de 2007 contra o despacho administrativo proferido pelo Director Substituto do CPSP, através do qual o recorrente foi interdito de entrar em Macau por 10 anos.

o acto administrativo recorrido violou o direito de audiência.

Antes de mais tudo, o CPSP, no momento de interditar o recorrente de entrar na RAEM por certo tempo, notificou este para entregar a alegação escrita no prazo de 20 dias.

Quando o CPSP verificou a omissão de um facto essencial na dita notificação: A está associado com a organização criminosa do tipo de sociedade secreta, outra vez avisou o recorrente, tendo-lhe concedido o prazo de 20 dias para alegação escrita.

No entanto, o Secretário para a Segurança, atendendo à insuficiência na fundamentação do despacho recorrido, determinou substituir os factos confirmados pelo despacho recorrido por o seguinte: conforme as informações da polícia de Macau, A é membro da sociedade secreta de Macau.....

Da comparação entre os métodos utilizados pelo CPSP e o Secretário em alterar os factos, se bem que o que fez o CPSP vai conforme plenamente com o disposto do artigo 93.º do CPM, quer isto dizer o Secretário para a Segurança não observou o disposto do artigo 93.º do CPA, por não ter dado a oportunidade de audiência ao recorrente.

Assim sendo, deve ser declarado nulo ou anulado o acto administrativo para que o

recurso contencioso visa atingir.

Insuficiência da fundamentação do despacho recorrido.

O despacho recorrido limitou-se a destacar: de acordo com as informações recolhidas pela polícia, A é membro de uma sociedade secreta de Hong Kong. A frase narrativa atrás referida aborda um facto conclusivo, sem todavia explicar porque o recorrente é membro da sociedade secreta, como por exemplo, se o recorrente identificou-se como membro da sociedade secreta ou se confessou quando participou na sociedade secreta.

Como o acto administrativo recorrido exprimiu de forma equivocada os fundamentos de facto e de direito da referida decisão, o que equivale à falta da fundamentação, violando consequentemente o artigo 115.º do CPA e nos termos do artigo 124.º do mesmo Código, deve ser anulado o despacho recorrido.

violação do princípio de legalidade

Nos termos do artigo 33.º n.º 1 alínea b) da Lei n.º 6/97/M, para se aplicar a diligência de interdição da entrada, é necessário provar o pressuposto legal, isto é, a existência de fortes indícios de pertença ou ligação a associação criminosa, nomeadamente do tipo de associação ou sociedade secreta, ainda que esta aqui não desenvolva qualquer actividade.

Presentemente, não há fortes provas ou na falta de qualquer prova, não é possível raciocinar que o recorrente poderia ter ligação com a associação criminosa do tipo de sociedade secreta, nem sequer concluir que a probabilidade de ele ter conexão com a associação da sociedade secreta é maior do que a de não a ter.

Portanto, conforme o princípio de legalidade, não se deve aplicar a medida de

interdição da entrada prevista nos termos do artigo 33.º n.º 1 alínea b) da Lei n.º 6/97/M.

O recorrente não constitui-se perigo para a segurança e ordem pública de Macau.

Além disso, nos termos do artigo 12.º n.º 2 alínea 1) e n.º 3 da Lei n.º 6/2004, conjugado com o artigo 4.º n.º 2 alínea 2) da Lei n.º 4/2003, a interdição de entrada aplicada aos não residentes terem sido condenados em pena privativa de liberdade, na RAEM ou no exterior, deve fundar-se na existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas da RAEM.

O espírito legislativo implícito no artigo 4.º n.º 2 alínea 2) da Lei n.º 4/2003 consiste em aplicar a interdição da entrada ao agente ao que tenha sido aplicada a pena privativa da liberdade, atendendo ao seu crime com maior gravidade e perigosidade para a sociedade, não tendo estipulado que o agente ao que tenha sido condenado na multa ou sanção administrativa, poderia ser proibido de entrar na RAEM.

Por conseguinte, apesar de o recorrente ter sido condenado em 2003 na pena de 14 dias de prisão por posse ilegal do produto tributável, tendo sido a pena de prisão suspensa por um período de 1 ano 6 meses, a posse ilegal do produto tributável não é tipificado como crime, isto é, tal conduta não constitui o crime. Dai que para a RAEM, a dita conduta ainda que fosse praticada cá, não constituiria o enorme perigo para esta Região, razão pela qual não se pode considerar que a presença do recorrente possa implicar uma ameaça para a segurança e ordem pública da Região

Apesar de o recorrente ter sido condenado em 14 dias de prisão, e tendo a pena sido suspensa, obviamente para a RAEHK, o crime cometido por recorrente não é grave. Nos termos do artigo 41.º n.º 1 do Código Penal de Macau, a pena de prisão tem, em regra, a duração mínima de 1 mês e a duração máxima de 25 anos. À luz do princípio de

proporcionalidade, ainda que a conduta constituísse o crime em Macau, não poderia ser punido com a pena privativa a liberdade.

Portanto, nos termos do disposto do artigo 8.º do Código Civil, interpreta-se o artigo 12.º n.º 2 alínea 1), conjugado com o artigo 4.º n.º 2 alínea 2) da Lei n.º 4/2003, a situação do recorrente não se conforma com o pressuposto legal para interdição da entrada prevista ao abrigo da Lei n.º 6/2004, razão pela qual não se deve aplicar ao recorrente a medida de interdição da entrada.

O princípio de proporcionalidade

Além disso, a medida aplicada ao recorrente de interditar a sua entrada violou o disposto do artigo 5.º n.º 2 do CPAM, nomeadamente o princípio de proporcionalidade

O centro normativo do princípio de proporcionalidade é uma injunção de proibição do excesso e significa uma relação de adequação entre o meio e o fim, Essa ideia central projecta-se em três dimensões injuntivas de proporcionalidade: adequação, necessidade e equilíbrio. A adequação impõe que o meio utilizado seja idóneo à prossecução do objectivo da decisão. Entre todos os meios alternativos, deve ser escolhido aquele que implique uma lesão menos grave dos interesses sacrificados. O equilíbrio revela a justa medida entre os interesses presentes na ponderação e determina que, na relação desses interesses entre si, deve a composição ser proporcional à luz do interesse público em causa (vide a sentença n.º 6/2000, do T.U.I).

Assim, na falta das fortes provas, ou na inexistência da prova para indiciar a conexão entre o recorrente e a associação do crime do tipo sociedade secreta e o perigo efectivo para a segurança e ordem pública de Macau, apenas com base no facto de o recorrente de ser condenado na pena de 14 dias de prisão pelo crime de posse ilícito do

produto tributável - não é considerado crime em Macau - e os fortes indícios de existir uma ligação do recorrente com a associação criminosa, bem como o facto de ter-lhe sido aplicada a pena privativa da liberdade e constituir este perigo para a segurança ou ordem pública, violou manifestamente o princípio de proporcionalidade a medida de interdição de entrada por 10 anos aplicada ao recorrente, isto é, quebrou o equilíbrio entre o interesse danificado e a finalidade pretendida e a relação adequada entre o meio e o objectivo.

Face ao exposto pugna pela manutenção do despacho recorrido.

Em relação a este recurso interposto pelo recorrente **A (XXX)**, o recorrido, **o Exmo Senhor Secretário para a Segurança** contestar, alegando, em síntese:

Quanto ao direito de audiência, quando o Comandante-Substituto da PSP proferiu a decisão final, o recorrente já tinha tomado conhecimento da intenção de decisão da Administração e de todos os factos relevantes para a decisão, até teve oportunidade de pronunciar-se dentro do prazo fixado.

Daí que o direito à audiência do recorrente não só não foi violado, como foi garantido. O acto recorrido não padece de qualquer vício de forma alegado pelo recorrente.

A fundamentação do acto recorrido não só existe, como não é ambígua, contraditório ou insuficiente, e para além disso, é completamente percebível para um homem médio com capacidade geral de conhecimento e entendimento.

Tanto mais que, segundo o teor do recurso, o recorrente bem sabia o motivo pelo

qual ele foi interdito de entrar no território.

Um outro vício alegado pelo recorrente é a violação do princípio de legalidade. Mais concretamente, isto significa a violação da lei por erro sobre o pressuposto fático e jurídico.

Os factos que estão na base da decisão de interdição de entrada no território de Macau são as informações obtidas pela Polícia, segundo as quais o recorrente é membro duma associação secreta de Hong Kong. Essa informação consta-se dos respectivos autos de inquérito administrativo, e provem da autoridade competente de Hong Kong, pelo que, são bastante seguras e acreditáveis. Além disso, a respectiva informação é concreta, determinada, e diz respeito ao próprio recorrente. Apenas este facto já indicia fortemente que o recorrente tem relações com associação secreta, pelo que, é subsumível à alínea b) do n.º 1 do artigo 33.º da Lei n.º 6/97/M.

É de salientar que, o que é exigido no respectivo preceito são apenas indícios, mas não provas, nem provas indiciárias.

Por outro lado, há muitos acórdãos anteriores proferidos pelos tribunais de Macau no sentido de que, sempre que haja informações de que um não-residente pertence a uma associação secreta, informações essas provenientes duma entidade competente exterior que seja confidente, estará preenchido o requisito do artigo 33.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 6/97/M.

Assim, como os fundamentos que estão na base da decisão são os factos concretos e uma avaliação correcta sobre os mesmos, sendo certa a subsunção dos factos aos respectivos preceitos legais, não existe o vício de violação de lei resultante do erro sobre o

pressuposto fáctico e jurídico.

Nem concorda com a alegada situação de violação do princípio de proporcionalidade.

Inibir a entrada dum não-residente de Macau que é capaz de pôr em causa a vida e património dos cidadãos macaenses é adequado e necessário, cuja finalidade é a prossecução do interesse público, no sentido de prevenir a prática de actos prejudicadores da segurança pública.

Ora, quanto ao recorrente, não há qualquer direito ou interesse relevante que merece a tutela jurídica. O recorrente não é residente de Macau, e não tem qualquer negócio legítimo em Macau, nem se dedica a qualquer das actividades permitidas pela Administração, sendo que ele permanece em Macau apenas na qualidade de turista. Daí se vê que as respectivas medidas não constituem qualquer influência negativa em relação ao recorrente, nem se pode falar em influência excessiva.

Pelo que, a respectiva decisão não violou o princípio de proporcionalidade, e mesmo pelo contrário, é totalmente adequada, necessária e proporcional.

O recorrente, ao alongar-se (artigos 30.º-48.º, 57.º e 59.º do recurso e artigos 11.º-15.º da conclusão) em defender a errada aplicação do artigo 12.º, n.º 2, alíneas 1 e 3 da Lei n.º 6/2004 e do artigo 4.º, n.º 2, alínea 2) da Lei n.º 4/2003, parece ter-se esquecido dum facto: isto é, o acto alvo do recurso hierárquico já tinha sido modificado, sendo revogado tacitamente, e substituído por outro acto que é o presente acto recorrido. É verdade que ainda se conta do despacho impugnado a narração sobre o registo criminal do recorrente, porém, o mesmo foi simplesmente referido como factos, mas não como fundamento da decisão. E o referido preceito legal que servia de base jurídica da decisão já foi retirado, jamais fazendo

parte integrante do acto recorrido., pelo que não faz qualquer sentido discutir aqui se a sua aplicação foi correcta.

Pelo que pede a manutenção do acto recorrido.

O Digno Magistrado do MP emitiu o seguinte douto parecer:

“Vem A impugnar o despacho do Secretário para a Segurança de 18/9/07 que, em sede de recuso hierárquico, embora substituindo-a nos termos, manteve decisão do comandante substituto do CPSP que lhe interditou a entrada na RAEM pelo período de 10 anos, assacando-lhe vícios de

falta de audiência prévia;

afronta da legalidade e da proporcionalidade e

ausência de fundamentação devida.

Mas, a nosso ver, sem qualquer razão.

Entendemos ser de conhecer dos vícios invocados precisamente pela ordem atrás indicada, dada a repercussão na decisão sancionadora da violação das regras procedimentais, por dizerem respeito a preterição de formalidades que se consideram consubstanciadoras de nulidade insuprível, pelo que é o assacado vício de falta de audiência aquele cuja procedência determina o mais estável ou eficaz tutela dos interesses ofendidos (al. a) do n.º 3 do art. 74.º do C.P.A.C.), já que tal determinará a renovação do procedimento com prática da formalidade omitida para, de seguida, se proceder à reapreciação do mérito

A audiência dos interessados, prevista no art. 93º do C.P.A. para os procedimentos administrativos em geral, constitui, juntamente com o princípio da participação enunciado no art. 10º daquele preceito legal, a concretização do modelo de Administração aberta, que impõe a participação dos particulares, bem como das associações representativas na formação das decisões que lhes digam respeito.

Desta forma, antes de ser tomada a decisão final do procedimento, os particulares devem ter acesso, através de notificação própria, a todos os elementos necessários para que fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, devendo ser informados, nomeadamente sobre o sentido provável desta (cfr. artigos 93º e 94º do CPA).

No caso vertente, o recorrente faz repercutir a ocorrência do vício em questão no facto de a entidade recorrida ter substituído o despacho do inferior hierárquico sem promover previamente a sua consulta para o efeito.

Mas, bem vistas as coisas, tal não se tornava nem necessário, nem adequado, uma vez que do que se tratou foi de mera substituição, apenas em termos de formulação, sendo que, para o que no caso interessava, a matéria imputada ao recorrente era a mesma que presidira ao despacho primário do director substituto do CPSP e sobre a qual o interessado tivera oportunidade (por mais de uma vez e até em termos formais exemplares) de se pronunciar, razão por que se não vê, em absoluto, onde ocorra a falta de audiência assacada.

No que tange à legalidade, parece o recorrente fundar a sua alegação (para além da questão da sua condenação criminal em Hong Kong, matéria que, em rigor, no despacho ora recorrido é levada em conta apenas em termos informativos, que não como causa, como fundamento, do decidido, revelando-se, pois, o argumentado a propósito como praticamente

inócuo) no facto de, alegadamente, se não encontrar devidamente consubstanciada nos autos a imputação da sua pertença ou ligação a associação criminosa do tipo sociedade secreta, ou seja, põe o recorrente em crise a ocorrência dos pressupostos factuais subjacentes à decisão.

Mas, não se vê como.

A medida de recusa de entrada ficou a dever-se à existência de fortes indícios da sua pertença ou ligação a associação criminosa, do tipo seita (al. b) do n° 1 do art. 33° da Lei 6/97/M, de 30/7).

Da leitura do dispositivo em apreço resulta que para a interdição da entrada no Território basta que sobre os não residentes "conste informação..." da existência de fortes indícios a que supra se aludiu.

Em nosso critério, tais indícios colhem-se, de facto, da matéria relativa ao recorrente e constante do instrutor apenso, no que tange ao preenchimento da alínea b), resultando os mesmos de informações das entidades policiais de Hong Kong (cfr. designadamente, fls. 83 do instrutor) que, claramente o apontam como membro de seita daquela Região, indicando, concreta e especificamente qual a seita em causa, informações essas que se terão que haver como idóneas e credíveis, sendo que se não toma exigível para tal conclusão o fornecimento de casos ou situações concretas e específicas, donde, aqueles indícios resultem: tratando-se, como se trata, de não residentes, é lógico, é normal que tais indícios provenham de informações de entidades credíveis, designadamente policiais exteriores ao Território o que, sucede precisamente no caso vertente

Por outra banda, toma-se óbvio que a medida em crise - e, estamos a falar de mera

recusa de entrada no Território - foi tomada em sede de estratégia de prevenção e repressão da criminalidade organizada na RAEM, necessidade que se continua a sentir, tomando-se, pois, matéria do máximo interesse público, razão por que se não descortina a ocorrência da assacada afronta ao princípio da proporcionalidade : é sensato, é razoável que as entidades públicas para o efeito vocacionadas, em face de indivíduo sobre quem disponham de fortes indícios de pertença a associação criminosa e com passado criminal lhe vedem, de acordo com os dispositivos legais vigentes, a entrada no Território, por forma a prevenir a criminalidade e salvaguardar a segurança, não se vendo que se mostre ultrapassada a justa medida, ou que outras medidas necessárias e adequadas para atingir aqueles fins pudessem ter sido tomadas, no quadro legal existente, que implicassem menos gravames, sacrifícios ou perturbações à posição jurídica do recorrente.

Finalmente, não poderíamos estar mais de acordo com os contornos desejáveis do conteúdo de dever de fundamentação expressos pelo recorrente.

Mas, por aí se queda a nossa anuência, já que entendemos mostrarem-se os mesmos concretamente definidos no caso em apreço.

Com efeito, da análise do conteúdo do despacho recorrido pode colher-se, com clareza, suficiência e congruência que a decisão de interdição de entrada do recorrente na RAEM por 10 anos se ficou a dever ao facto de, segundo informações policiais, o recorrente ser "membro de sociedade secreta de Hong Kong", razões por que "Dados os fortes indícios da conexão do interessado com a associação criminosa da sociedade secreta, nos termos do artigo 33º, n.º 1, alínea b) da Lei nº 6/97/M de 30 de Julho, determina-se interditar a sua entrada em Macau por 10 anos".

Nada mais claro: um cidadão médio fica, através do externado, em perfeitas condições de se aperceber das razões de facto e de direito que determinaram a decisão de interdição de entrada, percebendo-se nitidamente o itinerário cognoscitivo e valorativo percorrido pela entidade decidente e apresentando-se a medida como o corolário lógico dos pressupostos adiantados.

Donde, sem necessidade de maiores considerações ou explicações e por não ocorrência de qualquer dos vícios assacados, ou de qualquer outro de que cumpra conhecer, sermos a pugnar pelo não provimento do 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, tem-se por assente a factualidade seguinte:

O recorrente foi notificado do seguinte despacho do Exmo Senhor Director Substituto do CPSP:

“A, de sexo masculino, BIR de Hong Kong n.º XXX, cometeu um crime de posse ilícita de produto tributável, sendo condenado na pena de 14 de prisão pelo Tribunal da RAEHK, por outro lado, constitui ameaça potencial para segurança regional, por ter-se comprovada a sua ligação com associação criminosa da sociedade secreta.

Tendo em vista os aludidos factos e as circunstâncias criminosas, uma vez que entra na Região, constituíra perigo para o ordenamento e segurança pública da Região. Para salvaguardar o interesse público da Região e em cumprimento do dever especial do CPSP, quando há indícios de que o interessado é pessoal referido pelo artigo 33.º n.º 1 alínea b) da Lei n.º 6/97/M de 30 de Julho, artigo 4.º n.º 2 alínea 2) da Lei n.º 4/2003 de 17 de Março, em conjugado com o artigo 12.º n.ºs 2, 3, 4 da Lei n.º 6/2004, de 2 de Agosto, é-lhe aplicável a medida de interdição da entrada, razão pela qual, eu, no exercício da competência conferida pelo Secretário para a Segurança, ordeno a interdição da sua entrada na RAEM por dez anos.

Notifique o interessado para recorrer hierarquicamente para o Secretário para a Segurança quanto à presente decisão, no prazo de 30 dias. Na inobservância da medida agora aplicada, incorrerá em pena de prisão por cometer o crime de inobediência regulado no artigo 312.º do Código Penal de Macau.

Aos 3 de Maio de 2007, em CPSP.

Director substituto do CPSP.”

Tendo recorrido hierarquicamente, veio a ser proferido pelo Exmo Senhor Secretário para a Segurança o seguinte despacho, objecto do presente recurso:

“DESPACHO

Assunto: recurso hierárquico necessário

Interessado: **A**

Tendo em atenção a insuficiência da fundamentação do despacho recorrido, ao abrigo do artigo 161.º n.º 1 do CPAM, determina-se substituir o despacho original por o abaixo indicado:

Em conformidade com as informações da polícia, **A** é membro da sociedade secreta de Hong Kong. Além disso, o interessado tinha sido condenado, pelos órgãos judiciais de Hong Kong, na pena de prisão e multa por ilegalmente produtos tributáveis e dispor os produtos sujeitos à limitação da cláusula do produto tributável.

Dado os fortes indícios da conexão do interessado com a associação criminosa da sociedade secreta, nos termos do artigo 33.º, n.º 1 alínea b) da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho, determina-se interditar a sua entrada em Macau por 10 anos.

Notifique-se.

Secretário para a Segurança

Cheong Kuok Wa

Aos 18 de Setembro de 2007”

IV - FUNDAMENTOS

O objecto do presente recurso – *se o despacho do Exmo Senhor Secretário para a Segurança da RAEM de 18/9/07 que indeferiu recurso hierárquico interposto do despacho do Comandante da PSP de 3/05/07 que interditou a entrada do Recorrente na RAEM por período de 10 anos é ou não anulável* – passa pela análise das seguintes questões, tantas quantos os vícios assacados ao acto recorrido:

- violação do direito de audiência;
- vício de forma por falta de fundamentação;
- violação de lei; falta dos pressupostos de facto e de direito;
- desrazoabilidade no uso de poderes discricionários.

*

1. A audiência dos interessados é a concretização do direito de defesa que se manifesta através do princípio do contraditório, direito dos administrados perante os actos da Administração que sejam susceptíveis de afectar a sua esfera de interesses legalmente protegidos.

É assim que, antes de ser tomada uma decisão final no âmbito

do procedimento administrativo, os particulares devem ter acesso, através de notificação própria, a todos os elementos necessários para que fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes, devendo ser informados, nomeadamente sobre o sentido provável desta, de forma a carreamos os indispensáveis elementos para que possa ser devidamente tomados em conta na decisão a proferir (cfr. artigos 93º e 94º do CPA).

O recorrente alega, neste caso, que a entidade recorrida substituiu o despacho do inferior hierárquico sem promover previamente a sua consulta para o efeito.

Defende a entidade recorrida que não se tornava necessário uma nova notificação, porquanto do que se tratou foi de mera substituição, apenas em termos de formulação, sendo que, para o que no caso interessava, a matéria imputada ao recorrente era a mesma que presidira ao despacho primário do Director Substituto do CPSP e sobre a qual o interessado tivera oportunidade de se pronunciar, como fez. Enfoca o facto de a diferença no despacho proferido ter feito realçar apenas o ênfase a dada questão.

Donde não se poder concluir pela falta de audiência.

Vejamos qual a diferença, atentando no respectivo teor de fls 15 e 36 dos autos. Reside ela, basicamente, no facto de na notificação do DCPSP se aludir diferentemente à previsão normativa justificativa da

interdição e se alterar um juízo de comprovação como membro de seita para informações policiais sobre essa realidade.

Ora, essa eventual falta não é de molde a constituir fundamento de anulação do acto, pois que os pressupostos justificativos da interdição já se encontravam aquando das primeiras notificações e o recorrente não deixou de lhes responder e de os enquadrar até no pertinente tecido normativo.

Não houve assim qualquer factor surpresa que implicasse um tratamento jurídico ou resposta que não pudesse ter sido aduzida quando exercido o direito do contraditório.

2. O acto do Exmo Senhor Secretário para a Segurança do Governo da RAEM, ao manter o decidido, apenas com uma outra roupagem quanto à qualificação jurídica, relativamente ao despacho do Exmº Senhor Director, substituto, do CPSP, que determinou a proibição da entrada do recorrente na RAEM, pelo período de dez anos, louvou-se na notícia de pertença do recorrente a uma associação criminosa e com o facto de o recorrente ter sido condenado numa pena de 14 dias de prisão por um Tribunal da RAEHK, por crime de posse ilícita de produto tributável, assim se tendo entendido que ficava comprometida a segurança da RAEM, tendo-se estribado, no plano normativo, nas disposições contidas nas alíneas b) do n.º1 do artigo 33º da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho, Lei da Criminalidade Organizada.

Para o recorrente o despacho recorrido padece de insuficiência de fundamentação, vista a equivocidade da referência aos fundamentos de facto e de direito da referida decisão, o que equivale à falta da fundamentação, violando conseqüentemente o artigo 115.º do CPA e nos termos do artigo 124.º do mesmo Código, pelo que deve ser anulado o despacho recorrido.

É verdade que a lei impõe no presente caso o dever de fundamentar a decisão, o que decorre expressamente do disposto no n.º 1, al. c) do artigo 114º do CPA.

Nos termos da alínea a) do n.º1 do artigo 114º do C.P.A., aprovado pelo D.L. n.º 57/99/M, de 11.10, *“Para além dos casos em que a lei especialmente o exija, devem ser fundamentados os actos administrativos que, total ou parcialmente, neguem, extingam ou afectem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções”*.

Relativamente aos requisitos da fundamentação, impõe o artigo 115º C.P.A., no seu n.º1, que a *“fundamentação deve ser expressa, através da sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas que constituirão, neste caso, parte integrante do respectivo acto”* e nos termos do n.º2 do mesmo artigo 115º *“equivale à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou*

insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto”.

Ora, da análise do conteúdo do despacho recorrido, um cidadão normal e de mediana inteligência pode colher com clareza, suficiência e congruência as razões por que o recorrente foi interdito: porque foi condenado numa pena de 14 dias de prisão em Hong Kong por posse ilícita de produto tributável e por haver informações de pertença a sociedade secreta, o que compromete a segurança da RAEM.

Não há aqui nenhuma equivocidade ou insuficiência. O que pode acontecer é discordar-se dessas razões como justificativas para a interdição. Mas essa é outra questão.

O que pode acontecer, e essa também é outra questão, é que as razões invocadas não sejam suficientes para integrar os pressupostos da decisão tomada.

Adiante se verá.

3. Assim se entra na questão relativa à legalidade da decisão na vertente de integração dos respectivos pressupostos de facto e direito da decisão tomada.

3.1. O recorrente ataca o referido despacho, argumentando, no essencial, que havia que provar os fortes indícios de pertença a uma

sociedade secreta e que os apontados factos comprometem a segurança e ordem pública da RAEM.

Para além de referir ainda a não criminalização da conduta na ordem interna de Macau, a impossibilidade de uma condenação por 14 dias, o tempo entretanto decorrido, apelando ao seu direito de reabilitação e reinserção na sociedade, ao que acresce que a entidade recorrida quando invoca existirem nos autos informações de que ele estará ligado e pertence a uma associação criminosa, não refere explícita e concretamente de que indícios se trata e quais os motivos de facto por que lhe imputa tal suspeita.

3.2. Temos, pois, na perspectiva da anulação do acto, o vício de violação de lei que consiste na “*discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis*”¹ e, muito embora tal vício ocorra normalmente no exercício de poderes vinculados, o certo é que não deixa de se verificar no exercício de poderes discricionários quando sejam infringidos os princípios gerais que limitam ou condicionam de forma genérica a discricionariedade administrativa, tais como o princípio da imparcialidade, igualdade, justiça, proporcionalidade, etc..²

Dentro de um certo entendimento, tanto o erro na interpretação ou

¹ - Freitas do Amaral, *in* Dto Adm., II, 2002, 390v.

² - Freitas do Amaral, *ob. cit.*, 392

indevida aplicação de uma regra de direito como o erro baseado em factos materialmente inexistentes ou apreciados erroneamente entram no vício de violação de lei. A ideia falsa sobre os pressupostos de facto em que se funda a decisão traduzem violação de lei, na medida em que, se os poderes forem discricionários, aquela mesma lei não os deixa de conferir para serem exercidos ponderando a existência de *“certas circunstâncias cuja apreciação conduza o agente a optar, entre várias decisões possíveis, pela que considere mais adequada à realização do fim legal. Se estes afinal não existirem nos termos supostos, a lei foi violada no seu espírito.”*³

3.3. Importa atentar no preceito normativo em que se estribou a decisão ora posta em causa, o artigo 33º da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho (Lei da Criminalidade Organizada):

“(Proibição de entrada no Território)

1. Será interdita a entrada no Território aos não residentes a respeito dos quais conste informação sobre:

a) Condenação por crime previsto nos artigos 2.º ou de idêntica natureza, ainda que por tribunal fora de Macau;

b) Existência de fortes indícios de pertença ou ligação a associação criminosa, nomeadamente do tipo de associação ou sociedade secreta, ainda que esta aqui não desenvolva qualquer actividade;

³ - Marcelo Caetano, *in* Man. Dto Adm, 10ª ed., I, 504v.

- c) Existência de fortes indícios da intenção de prática de delito grave;
 - d) Existência de fortes indícios de que constituem ameaça para a ordem pública ou para a segurança do Território;
 - e) Vigência de período de interdição de entrada no Território.
2. A decisão da autoridade administrativa competente pode ser impugnada nos termos gerais.”

Atente-se ainda no artigo 4º da Lei 4/2003, de 17/3:

“1. É recusada a entrada dos não-residentes na RAEM em virtude de:

- 1) Terem sido expulsos, nos termos legais;
- 2) A sua entrada, permanência ou trânsito estar proibida por virtude de instrumento de direito internacional aplicável na RAEM;
- 3) Estarem interditos de entrar na RAEM, nos termos legais.

2. Pode ser recusada a entrada dos não-residentes na RAEM em virtude de:

- 1) Tentarem iludir as disposições sobre a permanência e a residência, mediante entradas e saídas da RAEM próximas entre si e não adequadamente justificadas;
- 2) Terem sido condenados em pena privativa de liberdade, na RAEM ou no exterior;

3) Existirem fortes indícios de terem praticado ou de se prepararem para a prática de quaisquer crimes;

4) Não se encontrar garantido o seu regresso à proveniência, existirem fundadas dúvidas sobre a autenticidade do seu documento de viagem ou não possuírem os meios de subsistência adequados ao período de permanência pretendido ou o título de transporte necessário ao seu regresso.

3. A competência para a recusa de entrada é do Chefe do Executivo, sendo delegável.”

E no artigo 12º da Lei 6/2004, de 2/8:

“1. As pessoas a quem seja decretada a expulsão ficam, depois de esta ser concretizada, interditas de entrar na RAEM por um período a fixar na ordem de expulsão.

2. Pode igualmente ser decretada a interdição de entrada:

1) Preventiva ou sucessivamente, quando os motivos que levam à recusa de entrada, nos termos das alíneas 1) a 3) do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 4/2003, justifiquem que essa medida seja prolongada no tempo;

2) Às pessoas a quem seja revogada a autorização de permanência nos termos do n.º 1 do artigo anterior.

3. A interdição de entrada pelos motivos constantes das alíneas 2) e 3) do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 4/2003 deve fundar-se na existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas da RAEM.

4. O período de interdição de entrada deve ser proporcional à gravidade, perigosidade ou censurabilidade dos actos que a determinam.”

Destes preceitos resulta que os mesmos encerram um poder da Administração, vinculado à ocorrência de determinados factos, ali taxativamente enumerados.⁴

3.4. Convirá rememorar, a propósito da discricionariedade, alguns conceitos, acolhendo a lição de Freitas do Amaral⁵:

“Em rigor, não há actos totalmente vinculados, nem actos totalmente discricionários. Todos os actos administrativos são em parte vinculados e em parte discricionários. Assim, quando na linguagem corrente se fala em *actos vinculados*, está-se no fundo a pensar em *actos predominantemente vinculados* (ou então está-se a pensar nos aspectos em que tais actos são vinculados); e quando se fala em *actos discricionários*, está-se no fundo a pensar em *actos predominantemente discricionários* (ou então está-se a pensar nos aspectos em que tais actos são

⁴ - Ac. TSI de 3/2/2000, Acs. do TSI, 2000, I 20

⁵ - Curso de Dto Administrativo, 2002, 78 e segs

discricionários)

(...)

Para haver discricionarieidade é necessário que a lei atribua à Administração o poder de escolha entre várias alternativas diferentes de decisão, quer o espaço de escolha esteja apenas entre duas decisões contraditoriamente opostas (v.g., conceder ou não uma autorização), quer entre várias decisões à escolha numa relação disjuntiva (v. g., nomeação de um funcionário para um determinado posto de uma lista nominativa de cinco).”

E tal escolha será livre?

Responde aquele Autor da seguinte forma:

“Porém, hoje, reponderando a questão, entendemos que se deve responder negativamente à questão posta.

Efectivamente, o processo de escolha a cargo do órgão administrativo não está apenas condicionado pelo fim legal – em termos de se poder afirmar serem indiferenciadamente admissíveis à face da lei todas as soluções que o respeitem. A realidade dos nossos dias demonstra, antes, que tal processo é ainda e sobretudo condicionado e orientado por ditames que fluem dos princípios e regras gerais que vinculam a Administração Pública (designadamente, igualdade, proporcionalidade e imparcialidade), estando assim o órgão administrativo obrigado a

encontrar a melhor solução para o interesse público – demonstra, noutros termos, que o poder discricionário não é um poder livre, dentro dos limites da lei, mas um poder jurídico.”

3.5. Ora, é sensato e razoável que as entidades públicas competentes, em face de indivíduo sobre quem recaiam aqueles indícios, lhe vedem, de acordo com os dispositivos legais vigentes, a entrada no Território, por forma a prevenir a criminalidade e salvaguardar a segurança pública.

No caso *sub judice* estamos perante uma situação em que cabia à Administração escolher uma conduta condicionada ao preenchimento de conceitos vagos e imprecisos e de apreciação subjectiva, tais como delito grave, ameaça para a ordem pública segurança do Território.

A lei, ao conferir os poderes discricionários, pretende que eles sejam exercidos em face da existência de certas circunstâncias cuja apreciação conduza o agente a optar, entre as várias decisões possíveis, pela que considere mais adequada à realização do fim legal, daí que se a decisão se fundamentar numa falsa ideia sobre os factos, se estes não existirem nos termos supostos, a lei acaba por ser violada no seu espírito, importando, assim, analisar a questão de eventual erro nos pressupostos de facto.

Em nome dos princípios acima enunciados, a aplicabilidade da alínea b) do n.º1 do artigo 33º, da Lei n.º6/97/M apela para a necessidade de existência de "fortes indícios" de que o interditando pertença ou esteja ligado a associação criminosa, nomeadamente do tipo de associação ou sociedade secreta, ainda que esta não desenvolva qualquer actividade.

E não se deixa de reconhecer que a sindicabilidade do preenchimento do conceito de "fortes indícios" e sua avaliação pode sair eventualmente postergada pela falta de concretização dos elementos em que a Administração se baseou para concluir pela existência desse elemento típico, não bastando dizer que se prevalece de "fonte idónea e credível", aludindo-se ainda a "notícia" e "informações fornecidas por corporações policiais regionais", cujo teor se ignora em absoluto no processo instrutor, sob pena de, por alusão vaga a um qualquer substrato factual, se dar por preenchido o conceito elemento típico justificativo da decisão, tornando-a insusceptível de qualquer controle judicial, ao arrepio do artigo 14º do CPA e 21º, nº1, d) do CPAC e dos ensinamentos acima acolhidos.⁶

Só que no caso *sub judice* existe uma concreta informação de suspeita de pertença a uma seita, com a fonte policial identificada e com suporte documental constante dos autos.

A este propósito lembramos aqui a posição já por nós enunciada

⁶ - Proc. 166/2002 do TSI, de 5/6/2003

noutro processo:

“... tratando-se, como se trata, de uma medida de polícia, como, aliás, se vem entendendo neste Tribunal, devendo pautar-se a integração do conceito por especiais razões de segurança, ordem pública e prevenção da criminalidade, salvaguardando as razões de confidencialidade que se devam impor, havendo um suporte documental mínimo dessas informações reputadas idóneas a fim de se aquilatar da sua fonte e autenticidade, considera-se que se mostra preenchida a previsão típica para a interdição no Território em conformidade com o disposto na al. b) do artigo 33º da Lei n.º 6/97/M de 30 de Julho.

Não se exige, vistos os fins prosseguidos e a natureza da medida aplicada, que se tenha do conceito em causa uma visão penalista, de forma a considerar apenas a factualidade relevante como aquela que seja constituída como o “conjunto dos elementos que, relacionados e conjugados, persuadem da culpabilidade do agente, fazendo nascer a convicção de que virá a ser condenado pelo crime que lhe imputam.”⁷ Mas não se pode deixar de reclamar a existência daquele mínimo integrante do próprio conceito de indícios tidos como os “elementos sensíveis, materiais do crime, tais como vestígios, sinais, rastos, marcas,

⁷ - Ac. do TSJM de 11/12/96, Jurisp. 1996, II, 1035 e cfr. ainda Ac. TSJM de 9/7/97, Jurisp. 1997, II,

impressões, traços”⁸ ou o reporte documental a esses elementos por parte de *fontes idóneas* de forma a que se compreenda que esses elementos são tomados como *fortes indícios*, por parte dos serviços policiais competentes, deles se fazendo a elaboração conceptual, como dizia o Prof. Cavaleiro Ferreira, correspondente às presunções naturais em matéria civil.^{9,10}

É na sequência desta reflexão e alguma amplidão de critério que estamos em aceitar, neste caso, na sequência de outros aqui decididos, a integração de *fortes indícios*, nesta sede em concreta, de medida de polícia, com uma informação policial credível e documentada nos autos, como seja a de fls 83, cuja solicitação foi previamente suscitada pelas autoridades da RAEM.

E assinala-se até que o Exmo Senhor Secretário para a Segurança teve a preocupação de substituir o despacho que dava como comprovado que o recorrente pertencia a uma sociedade secreta para uma formulação em que se diz tão somente que segundo informações da Polícia é membro de uma sociedade secreta.

⁸ - Leib Soibelman, Dic. Geral Dir., 2º, 315

⁹ - Curso de Processo Penal, II, 289

¹⁰ - Ac. TSI 166/2002, de 5/6/2003

3.6. Não foi, contudo, apenas na verificação deste pressuposto que a entidade recorrida se baseou para proferir o despacho de interdição ora posto em crise.

Analisando o despacho recorrido, verifica-se que do mesmo consta que tal interdição se baseou numa condenação em 14 dias de prisão no Exterior a Macau, ainda que suspensa na sua execução.

Assim se mostra integrada a previsão do art. 4º, 2. 2) da Lei 4/2003. O facto de tal conduta não ser criminalizada não obsta à verificação desse pressuposto, compreendendo-se que na génese de tal previsão estará uma preocupação de boa conduta e adequação cívica dos cidadãos aos ordenamentos com que se conectionam.

Posto isto, vistos os dois fundamentos para a interdição - prisão de 14 dias em Hong Kong e fortes indícios de pertença a seita - observa-se que a entidade recorrida formulou um juízo de perigosidade efectivo para a segurança ou ordem pública da RAEM - art. 12º, n.º 3 da Lei 6/2004, não se podendo afirmar que tal juízo resulta apenas da condenação em prisão de 14 dias em Hong Kong.

O primeiro dos fundamentos acima indicado precisa de ser complementado com um juízo de perigosidade para a segurança interna de Macau.

O segundo, relativo aos fortes indícios de integração em sociedade secreta, não obstante enunciado no despacho, torna-se desnecessário, até pela perigosidade ínsita à actividade e pertença a uma sociedade secreta.

Em todo o caso valerá aqui o princípio “*quod abundat non nocet*”, podendo aceitar-se esse juízo de perigosidade expresso formulado a partir do conjunto dos fundamentos avançados.

Assim se conclui pela verificação dos pressupostos da aplicação da medida decretada.

Não deixamos de ter presentes outros casos aqui julgados e já acima referidos que ilustram a integração fáctico-jurídica acima delineada.¹¹

4. Acresce que se a medida em crise - recusa de entrada no Território - foi tomada em sede de estratégia de prevenção e repressão da

¹¹ - Acs 166/2002; 147/2002; 52/2003

criminalidade organizada na RAEM, necessidade que se continua a sentir, vista até a ligação do recorrente às actividades de jogo, tomando-se, pois, matéria do máximo interesse público, já, em abstracto, se pode afigurar menos razoável uma interdição por um período de dez anos.

Através de casos chegados até nós, já acima referidos, os quadros desviantes em presença configuravam-se como assumindo aparentemente uma maior gravidade.

Entra-se aí, no entanto, num domínio em que não cabe em situações normais aos Tribunais sindicar a actuação da Administração, competindo a esta fazer um juízo baseado na sua experiência e nas suas convicções, juízo esse não determinado, apenas enquadrado, por critérios jurídicos, em que o espaço de conformação da Administração não se cinge à fixação dos efeitos da decisão, antes se alarga igualmente à determinação das próprias condições da decisão considerada na perspectiva do interesse público.¹²

Reconhece-se que diferentes podem ser os circunstancialismos de tempo, lugar e de modo, de forma a justificar que agora se interdite por 3 anos, amanhã por cinco ou até por dez como agora aconteceu.

Neste âmbito o Tribunal só deve intervir quando for manifesta a desproporção das medidas impostas à gravidade da situação ou quando

¹² - Freitas do Amaral, ob. cit., 111 e 112

elas sejam de tal forma grosseiras que mereçam a intervenção correctiva do Tribunal.

Não sem que se refira o dever de actuação proporcionada e razoável das autoridades, não podendo a discricionariedade dos actos sufragar uma qualquer irrazoabilidade sob pena de arbitrariedade, impondo-se, até, como já se tem afirmado, que a Administração se auto vincula à sua própria actuação e, podendo mudar de critério, deve, no entanto justificar essa mudança.

Isto, para afirmar que, em sede da medida aplicada, se as razões que se deparam não são suficientes para anular o acto, tal não significa, nem tem que significar, que o juízo que ora se pronuncia seja o da aprovação da medida.

Só que, como se disse e reafirma, o Tribunal só deve intervir quando a desrazoabilidade for grosseira ou totalmente desrazoável, deixando-se ainda aqui o espaço próprio à Administração, dentro da margem de discricionariedade da entidade recorrida, como órgão administrativo competente para a aplicação da medida de polícia em causa, sendo certo que não deverá ela deixar, visto o disposto no n.º 4 do artigo 12º da Lei 6/2004, de adequar o período de interdição de entrada que *deve ser proporcional à gravidade, perigosidade ou censurabilidade dos actos que a determinam.*

Nos termos expostos há que decidir, negando provimento ao recurso *sub judice*.

V - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em **negar provimento ao presente recurso contencioso.**

Custas com a taxa de justiça de 5 Ucs.

Macau, 2 de Abril de 2009,

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong

Com declaração de voto que se junta.

Processo nº 662/2007

Declaração de voto

Subscrevo o Acórdão antecedente à excepção da parte que diz respeito à questão da alegada falta da consulta prévia quando a entidade recorrida substituiu o despacho do inferior hierárquico, por entender que essa falta de consulta em nada releva para a apreciação da validade do acto administrativo em causa, pois estamos perante uma medida de polícia, a que não se aplica o regime geral da audiência do interessado, por razões detalhadamente expostas por mim na declaração de voto que juntei ao Acórdão deste TSI, tirado em 18OUT2007, no processo nº 163/2006.

RAEM, 02ABR2009

O juiz adjunto,

Lai Kin Hong