

Proc. nº 127/2012

(Recurso contencioso)

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 18 de Outubro de 2012

Descritores:

-Art. 12º, nº 3 e 4 da Lei nº 6/2004

-Interdição de entrada

-Conceitos indeterminados

-Princípio da proporcionalidade

SUMÁRIO:

I- A medida de *interdição de entrada na RAEM*, com fundamento jurídico no art. 4º, nº 2, al. 2), da Lei nº 4/2003, em conjugação com o art. 12º, nº 3, da Lei nº 4/2006 carece da existência *de perigo para a segurança e ordem públicas* da RAEM e implica que esse perigo seja *efectivo*.

II- Neste sentido, embora a aplicação das medidas de interdição se insira na margem de discricionariedade da Administração, quando esta as aplicar com aquele fundamento fica vinculada a observar aqueles parâmetros de actuação.

III- “Perigo efectivo” e “perigo para a ordem e segurança públicas” constituem conceitos jurídicos indeterminados, os quais podem ser sujeitos a interpretação jurisdicional, sem que, porém, possam ser sindicados na zona de incerteza e de prognose sobre comportamento futuro das pessoas visadas que eles conferem à actuação administrativa, salvo em caso de manifesto e ostensivo erro grosseiro e toco.

IV- O princípio da proporcionalidade manifestado no nº 4, do art. 12º citado não se pode dizer ferido se a actuação administrativa na fixação do período de interdição não se mostra eivada de erro manifesto e intolerável.

Proc. n.º 127/2012

(Recurso Contencioso)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da RAEM

I – Relatório

A, casado, advogado, com residência em England, recorre contenciosamente do despacho de 25/11/2011 do **Ex.mo Secretário para a Segurança**, que lhe aplicou a medida de *interdição de entrada na RAEM* ao abrigo da alínea 2), do n.º 2, do art. 4.º da Lei n.º 4/2003, em conjugação com os n.ºs 2, 3 e 4, do art. 12.º da Lei n.º 6/2004.

Na petição inicial, o recorrente formulou as seguintes **conclusões**:

“55.º

O Recorrente foi sujeito a medida de interdição de entrada na RAEM ao abrigo da alínea 2) do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 4/2003, conjugada com os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 12.º da Lei n.º 6/2004.

56.º

O Recorrente teve em Macau, por mais de dez anos, residência habitual, aqui se encontrando o núcleo da sua vida familiar.

57.º

A medida de interdição de entrada na RAEM durante quatro anos implica uma separação de facto entre o Recorrente e a sua mulher, residente permanente da RAEM.

58.º

Na base da decisão de interdição do Senhor Secretário para a Segurança está a condenação do Recorrente na pena de um ano de prisão pelo crime de burla qualificada no âmbito do processo n.º CR4-09-0094-PCC.

59.º

A decisão do Senhor Secretário para a Segurança omitiu, assim como o processo gracioso que a precedeu, que o Tribunal Judicial de Base, atentas as circunstâncias do caso, decidiu suspender a pena por dois anos.

60.º

A condenação na pena de um ano teve em consideração o facto de o ora Recorrente ser primário, ter restituído ao ofendido, muito antes da audiência de julgamento, a quantia que este lhe havia prestado, ou seja, MOP 35,000.00 (trinta e cinco mil patacas), para além do facto de este montante se situar muito próximo do valor (trinta mil patacas) a partir do qual se considera ser elevado para efeitos de o crime ser classificado como qualificado.

61.º

Por outro lado, o facto de a pena ter sido suspensa pelo prazo de dois anos é revelador de que o Tribunal considerou, atendendo à personalidade do Recorrente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias

deste, que a simples censura do facto e a ameaça de prisão eram adequadas e suficientes para realizar as finalidades da punição.

62.º

Se o Tribunal assim considerou, não se compreende como é que decorrido mais de um ano após o trânsito em julgado do acórdão o Senhor Secretário para a Segurança veio sustentar que por virtude da condenação na pena de um ano - com pena suspensa por dois anos - o Recorrente constitui um perigo para a ordem e segurança públicas aplicando-lhe uma medida de interdição de entrada na RAEM por quatro anos!

63.º

Ora, onde o Tribunal considerou não haver ameaça para a segurança e ordem públicas, não deve ser o Senhor Secretário para a Segurança a fazê-lo, sob pena de se inverterem os papéis de uma e outra função, com graves consequências para o funcionamento do Estado de Direito, princípio regulador do ordenamento jurídico da RAEM.

64.º

Assim, aplicar ao ora Recorrente uma medida de interdição de entrada na RAEM por um período de quatro anos revela-se desconforme com as circunstâncias que fundamentam a sua possibilidade.

65.º

É verdade que o Recorrente foi condenado numa pena privativa da liberdade, facto que pode fundamentar a medida de interdição de entrada na RAEM por força da aplicação conjugada dos artigos 4.º, n.º 2, alínea 2), da Lei n.º 4/2003, e 12.º, n.ºs 2, alínea 1), 3 e 4 da Lei n.º 6/2004.

66.º

Mas essa medida de interdição com fundamento na condenação numa pena privativa da liberdade na RAEM só pode ter lugar se verificados dois requisitos: 1) existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas da RAEM (cf. artigo 12.º, n.º 3, da Lei n.º 6/2004); 2) ser a interdição proporcional à gravidade, perigosidade ou censurabilidade dos actos que a determinam (cf. artigo 12.º, n.º 4, da Lei n.º 6/2004).

67.º

Se o Tribunal suspendeu a pena foi porque entendeu que a mera censura e ameaça de aplicação de uma pena de prisão eram suficientes para afastar o interessado da prática futura de crimes.

68.º

E ao fazê-lo, entendeu que o Recorrente não representa um perigo para a segurança e ordem públicas e que os seus actos não foram tão graves que justificassem a aplicação de uma pena privativa da liberdade.

69.º

Deste modo, ainda que se considere que a medida de interdição pode ser adequada para a prossecução dos fins visados, ela já não preenche os pressupostos de exigibilidade inerentes à dimensão da necessidade e muito menos, claro está, a dimensão de um justo equilíbrio decorrente da proporcionalidade em sentido estrito.

70.º

Em suma, a decisão padece de manifesta falta de proporcionalidade, nas suas dimensões de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

71.º

Mas o acto ora em crise padece ainda de falta de proporcionalidade e é violador do princípio da segurança jurídica por falta de determinabilidade das normas que o fundamentam.

72.º

Na síntese do Tribunal Constitucional português, «em função de um critério ou princípio de proporcionalidade (...) o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exacto e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar, diminuindo desta forma os riscos excessivos que, para esses destinatários, resultariam de uma norma indeterminada quanto aos próprios pressupostos de actuação da Administração; e que forneça à Administração regras de conduta dotadas de critérios que, sem jugularem a sua liberdade de escolha, salvaguardem o núcleo essencial da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos (...); e finalmente, que permitam aos tribunais um controlo objectivo efectivo da adequação das concretas actuações da Administração face ao conteúdo da norma legi/que esteve na sua base e origem» (cf. ATC, 22.º vol., págs. 192 e segs.).

73.º

Em resumo, um enunciado vago e indeterminado possibilita intervenções restritivas que vão além do estritamente exigido para a salvaguarda dos bens dignos de protecção que justifique a restrição.

74.º

O que a alínea 2) do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 4/2003 e o n.º 4 do artigo 12.º da Lei n.º 6/2004 fazem é dar “carta branca” à Administração para que esta, a seu “bel-prazer”, aplique a medida sancionatória que entenda “adequada”.

75.º

Ora, em sede de direito administrativo sancionatório, as normas jurídicas têm de indicar com precisão a respectiva moldura sancionatória, no caso concreto, a moldura temporal, o que não acontece.

76.º

É uma exigência óbvia do princípio do Estado de Direito consagrado no ordenamento jurídico de Macau, princípio esse que, entre outras, tem na segurança jurídica e na proporcionalidade dimensões essenciais.

77.º

À semelhança do que acontece com a lei criminal, deve a sanção temporal de natureza administrativa ter uma moldura sancionatória fixada na lei.

78.º

Tudo considerado, deve o presente acto ser declarado ilegal, por vício de violação de lei, e, por conseguinte, ser anulado nos termos dos artigos 124.º do CPA e 21.º, n.º 1, alínea d), do CPAC.

Nestes termos, e nos demais de direito que Vossas Excelências melhor suprirão, deve o presente recurso contencioso ser admitido e anulada a decisão de interdição de entrada do Recorrente na RAEM, por vício de violação de lei fundado na violação dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica”.

*

Contestou a entidade recorrida, pugnando pela improcedência do recurso.

*

O processo prosseguiu para a fase de alegações facultativas, sem que nenhuma das partes as tenha apresentado.

*

O digno Magistrado do MP opinou no sentido do provimento da procedência do recurso.

*

Cumprido decidir.

II- Pressupostos processuais

O tribunal é absolutamente competente.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias e são legítimas.

Não há outras exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento de mérito.

III- Os Factos

1 - O recorrente, de nacionalidade britânica, é casado desde 21/01/2010 com B, residente permanente da RAEM.

2- No âmbito do Proc. nº CR4-09-0094-PCC foi o recorrente condenado

no TJB pela prática de um crime de burla, p. e p. pelo art. 211.º, n.º3, do CP, na pena de 1 ano de prisão, suspensa embora na sua execução por um período de dois anos.

3- Foi ainda condenado no pagamento de uma indemnização à RAEM no valor de MOP\$ 50 000,00 e no pagamento de uma contribuição para o fundo de apoio às vítimas de crimes no valor de MOP\$ 500,00, o que ele cumpriu.

4- Em 14 de Novembro de 2011 foi lavrada a seguinte proposta:

Ref.ª: (1) Proposta n.º 533/2011- p.º 222.18 deste Departamento

(2) Processo individual n.º 4041/2009

Data: 14 de Novembro de 2011

1. A, do sexo masculino, casado, nascido na Inglaterra em 12 de Janeiro de 1954, filho do C e D, residente em Macau, titular do passaporte n.º XXX.

2. Em Junho de 2005, A tirou várias dúvidas judiciais do ofendido e declarou que conhecia muitos advogados e podia fazer apresentação de forma a proceder à acção de compra e venda respectiva à fracção residencial do ofendido, cobrando deste, em consequência, MOP\$ 15,000; E depois, percebeu o ofendido ter sido burlado e apresentou queixa junto à Polícia. Foi condenado pelo TJB o A na pena de prisão de 1 ano pela prática dum crime de burla p. e p. pelo artigo 211.º n.º 3 do Código Penal de Macau (Cfr. Ofício n.º 16852/2010/CR4/SI).

3. Em face das razões invocadas, se o A puder entrar no Território de Macau no futuro, causará riscos à ordem pública e segurança social. Nos termos das leis vigentes, é aplicável ao A a medida de inibição da entrada no Território.

4. De acordo com o disposto do artigo 93.º do Código de Procedimento Administrativo, este Corpo remeteu em 22 de Setembro de 2011 a notificação ao A, por meio de carta registada com aviso de recepção, de que pretendiam as autoridades administrativas lhe inibir a entrada no Território por um prazo adequado. Em 31 de Outubro, recebeu este Corpo uma carta redigida pelo advogado Duarte Santos, alegando que tinha sido condenado o seu patrocinado A pelo TJB na pena de 1 ano de prisão, com suspensão de execução por 2 anos, o que mostrou a inexistência de ameaças provenientes do patrocinado para a ordem pública da sociedade da RAEM, ao que acrescia que a mulher do patrocinado estava a viver em Macau, e por último, pedia que fosse concedida ao A uma oportunidade de reentrada no Território para a reunião da família.

5. A fim de prevenir a reentrada do A no Território para praticar actividades criminosas e nos termos do artigo 4.º n.º 2 alínea 2 da Lei n.º 4/2003, em conjugação com o artigo 12.º n.º 2, 3 e 4 da Lei n.º 4/2006, propõe-se a inibição ao A da entrada na RAEM.

6. À autorização do superior.

Chefe da Secção de
Processamento e Tratamento de Notícias
Fong Kuok Kong
(Ass. vide o original)
Chefe n.º 115891

5- O Chefe Substituto do Departamento de Informações, prestou a seguinte informação:

6- “Foi condenado pelo TJB o A na pena de prisão de 1 ano pela prática dum crime de burla p. e p. pelo artigo 211.º, n.º 3 do Código Penal de Macau.

2. Face à condenção da pena privativa ao indivíduo referido e nos termos do artigo 4.º n.º 2 alínea 2 da Lei n.º 4/2003, em conjugação com o artigo 12.º n.º 2, 3 e 4 da Lei n.º 4/2006, propõe-se a inibição a este da entrada na RAEM por pelo menos 4 anos, bem como a integração do seu nome na lista dos indivíduos indesejáveis.

3. À autorização do superior.

*Chefe Substituto do
Departamento de Informações
(Ass. vide o original)
14 de Novembro de 2011*

7- Foi emitido o parecer do Comandante da CPSP, com os seguintes termos:

“Concordo, à autorização do Exm.º Sr. Secretário para a Segurança”.

*14 de Novembro de 2011
Comandante da C.P.S.P
(Ass. vide o original)*

8- O Senhor Secretário para a Segurança proferiu o seguinte despacho:

Concordo.

*25 de Novembro de 2011
(Ass. vide o original)*

IV- O Direito

Foi o recorrente condenado no TJB pela prática de um crime de burla, p. e p. pelo art. 211º, nº3, do CP, em 1 ano de prisão, suspensa embora na sua

execução. E por assim ter sido, foi-lhe aplicada a medida de *interdição de entrada na RAEM* por um período de 4 anos, com fundamento jurídico no art. 4º, n.º 2, al. 2), da Lei n.º 4/2003, em conjugação com o art. 12º, n.ºs 2 a 4 da Lei n.º 4/2006.

Considera o recorrente que o acto impugnado viola os n.ºs 2 e 3 do art. 12º da Lei n.º 6/2004 e os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica.

A entidade recorrida, na sua contestação, por seu turno, defende que a aplicação da pena ao recorrente revela que ele constitui um perigo para ordem e segurança jurídica. Acrescenta que são distintas as finalidades da pena e da medida de interdição de entrada na RAEM e que o acto sindicado respeita, na proporção adequada, a finalidade da medida em ordem à garantia do interesse público.

O digno Magistrado do MP, em seu critério, opinou no sentido de que a condenação do recorrente não significa que este represente um perigo para a segurança e ordem públicas. E, em coerência com tal ponto de vista, entendeu que o recurso mereceria procedência.

Vejamos.

A interdição baseou-se no art. 12º, n.ºs 2, 3 e 4 da Lei n.º 4/2006, embora com reporte ao fundamento da alínea 2), do n.º 2, do art. 4º da Lei n.º 4/2003.

Espreitemos, então, o que nos dizem as disposições invocadas no acto.

Primeiro, o **art. 12º, n.ºs 2, 3 e 4 da Lei n.º 4/2006:**

Artigo 12.º

Interdição de entrada

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.

Agora, o **art. 4º, n.º2, al. 2), da Lei 4/2003:**

Artigo 4.º

Recusa de entrada

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.*

A interdição aplicada ao recorrente baseou-se, repetimos, na circunstância de ele ter sido condenado em pena privativa de liberdade na RAEM. Esse foi o factor que despoletou a interdição de entrada em Macau.

Só que, a interdição de entrada com base nesse motivo deve fundar-se, como o prescreve a lei, “...na existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas da RAEM” (nº3, do art. 12º, da Lei nº 6/2004).

Essa é, portanto, a primeira questão que urge abordar: se justificava a medida (por ora, não curamos de saber se o período da medida atenta contra o princípio da proporcionalidade).

Olhando para a letra do n.º 3 do art. 12.º da Lei n.º 6/2004, cremos nenhuma dúvida subsistirem acerca da possibilidade de interdição da entrada, quando o motivo é algum dos previstos nas alíneas 2) e 3) do n.º 2 do art. 4.º da Lei n.º 4/2003. Mesmo dando de barato que a *alínea 3)* desse n.º 2 aqui não tenha qualquer razoável aplicabilidade¹, não podemos deixar de admitir que a situação de facto se subsume na perfeição à previsão da *alínea 2)*, uma vez que se sabe que o recorrente foi condenado em pena de prisão (embora suspensa na sua execução).

Assim, à partida, não vemos obstáculos à integração dos factos à situação típica do referido inciso normativo.

*

Mas, isto é só o princípio do nosso trabalho. Na verdade, ainda falta responder a questões várias. É que a primeira parte do n.º 3 do art. 12.º da Lei 6/2004 não basta para preencher os requisitos da interdição com esse fundamento. Por isso se deve perguntar ainda, por exemplo, se a prática do

¹ Na verdade, não faz muito sentido invocar a existência de *fortes indícios* da existência de crimes já cometidos ou da *preparação para prática de crimes*, se os dados mostram que o crime foi já cometido. Isto é, não se justifica apelar à verificação de *indícios* de crime se os elementos revelam a *prova* do seu cometimento, a menos que a ocorrência daquele crime constitua para a Administração indício de que novos crimes estariam em preparação, o que, porém, não foi expresso fundamento do acto.

crime por banda do recorrente representará algum *perigo efectivo para a segurança e ordem públicas de Macau*?

Disse o TUI uma vez:

“...o poder de recusar a entrada na RAEM de não-residentes e de fixar o período em que é interdita a sua entrada consiste na discricionariedade da Administração, pois o legislador deixa largo âmbito de escolha à Administração para tomar a decisão de recusar a entrada e fixar o período de interdição de entrada na Região. Por o recurso contencioso ser de mera legalidade, é, em princípio, insindicável o exercício do poder discricionário pela Administração, salvo a violação de lei traduzida no erro manifesto ou na total desrazoabilidade do seu exercício” (Ac. de 30/07/2008, Proc. n.º 34/2007).

Estamos de acordo com a afirmação do princípio. Vamos explicar-nos.

É seguro que, face ao artigo 12º, n.º2, a interdição de entrada “*pode... ser decretada...*” em qualquer dos casos previstos nas alíneas 1) e 2). A lei confere ao administrador uma mera faculdade, não um dever de agir. E assim é que, mesmo na hipótese da alínea 1) - que remete para os casos de recusa de entrada estabelecidos nas alíneas 1) a 3) do n.º2 do art. 4º da Lei n.º 4/2003 – isto é, mesmo perante um caso concreto em que alguém tenha sido condenado em pena privativa de liberdade (alínea 2), do n.º2, do art. 4º citado), a Administração tem o *poder de não declarar a interdição*. Estamos aí, seguramente, num plano de discricionariedade perfeita no seu estado mais puro. A actividade levada a cabo pela Administração neste

estrito domínio só em situações de erro grosseiro ou tosco pode levar à invalidação judicial do acto praticado em tal sede (excluídas razões como a incompetência, desvio de poder, vício de forma por falta de fundamentação, que ora não estão em causa).

*

Perguntamos, ainda assim: Mas, quem tem o poder de não interditar, não tem também o de interditar? Sim, a resposta não pode deixar de ser afirmativa, porque isso está subentendido na lei². Tem, porque quem *pode* fazer uma coisa, também pode fazer a outra. Trata-se da doutrina dos poderes implícitos ou imanentes.

Simplesmente, querendo a Administração interditar, a discricionariedade em que se move já não tem os mesmos traços de caracterização. A lei introduz factores de vinculação a que a Administração não pode deixar de obedecer. E eles estão ditados no n.º3, do citado art. 12º: “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***”. (destaque nosso).

Se prestarmos atenção cuidada à disposição em apreço, logo se concluirá que a afirmação atrás produzida – aquela feita a propósito da insindicabilidade da actividade discricionária – não pode servir para a hipótese em que a Administração decide interditar a entrada a alguém,

² Da mesma maneira que quem tem poder para autorizar, conceder, licenciar, também tem o poder de negar a autorização, de não conceder ou de não licenciar e até mesmo de cassar a licença.

porque aí entram critérios vinculativos a respeito da densificação e avaliação do que seja *perigo efectivo* e *perigo para a ordem e segurança públicas*.

Eis-nos assim perante a questão que emana da expressão grifada: *conceitos vagos e indeterminados*. Questão polémica e nem sempre de fácil consenso, cuja origem remonta ao século XIX na Áustria, pela mão de **Edmund Bernatzik** e **Friedrich Tezner** nos estudos que empreenderam na época e que, após a segunda guerra mundial, entrou parcialmente no esquecimento para se renovar mais tarde com grande esplendor. **Bernatzik** sustentava que o administrador, mesmo quando no exercício do poder discricionário, não estava liberado de agir conforme a lei, submetido que estava à “moralidade administrativa”³. Para **Tezner**, a doutrina dos conceitos indeterminados seria cientificamente infundada e inimiga do Estado de Direito. Entre os conceitos legais determinados e os conceitos legais indeterminados haveria apenas uma diferença de grau, não de qualidade. Assim, segundo a “teoria da univocidade” ou “teoria da unidade” a que deu origem, só pode haver uma decisão correcta. O poder discricionário seria assim o contraponto ao poder vinculado.

Pois bem. Se praticamente ninguém hoje em dia já admite que a concretização daqueles conceitos escape a toda e qualquer sindicabilidade contenciosa⁴, mal se aceita, por outro lado, que a apreciação judicial se

³ Segundo **Forsthoff**, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pag. 138.

⁴ Neste sentido, por exemplo, Ac. TUI, de 27/04/2000, Proc. nº 6/2000, 3/05/2000, Proc. nº 9/2000,

possa restringir às situações em que o caso levado a juízo evidencia um erro grosseiro ou manifesto.

Sobre o assunto, de resto, na jurisprudência comparada, um acórdão do STA português de 18/06/2003, Proc. n.º 01283/02 asseverou:

«Como este Supremo Tribunal vem ultimamente decidindo, ao usar tais termos o legislador não está a entregar à Administração poderes discricionários, mas a fixar-lhe um quadro de vinculação, se bem que mitigado pela possibilidade de preenchimento de conceitos vagos e indeterminados – v. sobre a matéria os Acs. deste STA de 22.9.09, P. n.º 44.217, 11.5.99, P. n.º 43.248, e 29.3.01, P. n.º 46.939, de 20/6/02, P.41.706, de 11/3/03, P.42.973 e de 26/3/03, P.1168/02».

Como se refere no acórdão deste STA de 10-12-98, tirado no Processo n.º 37.572, "conceitos indeterminados são aqueles que, por concreta opção do legislador, envolvem uma definição normativa imprecisa e a que se terá de dar, na fase de aplicação, uma definição específica; em face dos factos concretos, de tal forma que o seu emprego exclui a existência de várias soluções possíveis, uma vez que se impõe uma única solução (a concreta) para o caso em concreto. Não estamos, aqui, no domínio da discricionariedade.

Nos conceitos indeterminados, a lei refere-se a uma realidade cujos contornos e limites não aparecem bem delineados no seu conceito enunciado, mas que, contudo, resulta também claro que se pretende ver delineado um pressuposto concreto.

Estamos, assim, no campo da aplicação da lei, já que, no fundo, se trata de subsumir os factos a uma determinada categoria legal contida em conceitos indeterminados" (Neste sentido e na perspectiva geral do problema, **Fernando Azevedo Moreira**, in

Revista de Direito Público, n.º 1, pg. 67 e ss.⁵).

E outra vez afirmou:

«... o uso de conceitos indeterminados, não é uma fórmula de concessão à autoridade de uma qualquer margem de apreciação insusceptível de controle judicial pleno ulterior, sem embargo da existência de situações, em que, por razões essencialmente práticas se aceite redução do controle judicial, em situações em que as normas contenham juízos de valor de carácter não jurídico, fazendo apelo a regras técnicas, científicas, ou juízos de prognose, valorizações subjectivas de situações de facto...

... Nas situações, de conceitos meramente descritivos, dos que contenham conceitos de valor cuja concretização resulte de mera exegese dos textos legais, sem necessidade de recurso a valorações extra legais ou quando tais juízos envolvam valorações especificamente jurídicas, o tribunal haverá de proceder ao controle pleno, designadamente de interpretação/aplicação realizada pela Administração no acto prolatado ao seu abrigo...»⁶.

Efectivamente, há diferença entre discricionariedade e conceitos

⁵ Para este autor estariam excluídas da apreciação pelos tribunais situações muito específicas: (i) actos praticados por órgãos autónomos (v.g. *júris de exames* ou *de avaliação de conhecimentos*), (ii) certas avaliações, operadas sem a autonomia do ponto anterior (v.g. *avaliação de funcionários*), (iii) as hipóteses da chamada discricionariedade técnica, desde que reduzida a limites muito estreitos (v.g. *importância de um monumento*) e (iv) aqueles casos em que se verifica uma conexão particularmente íntima entre o exercício de uma competência discricionária e o seu pressuposto vinculado (v.g., *distúrbios violentos* justificativos das intervenções policiais) – ob. cit., fls. 69 a 75.

⁶ *Ac. do STA de 20/11/2002, Proc. nº 0433/02*. No mesmo sentido, e citando **Marcelo Rebelo de Sousa**, "*Lições de Direito Administrativo, I, 111*", dizendo que "*Apurado que seja um conceito indeterminado, ... a sua interpretação e aplicação não são discricionárias e, por conseguinte, são jurisdicionalmente controláveis*», ver o *Ac. do STA de 17/01/2007, Proc. nº 01068/06*.

indeterminados. Além, a lei permite a escolha de uma solução entre várias possíveis; logo, a discricionariedade revela-se na *vontade do administrador*. Os conceitos indeterminados caracterizam-se por uma indeterminação do seu sentido, para cujo apuramento se supõe uma tarefa de interpretação e de interpretação; logo, a interpretação revela a *vontade legislativa* determinada pelo sistema jurídico em si mesmo.

É assim que para alguns, na utilização dos conceitos jurídicos indeterminados⁷ através da interpretação não existe qualquer poder discricionário e não se permite senão uma *única solução*.

Ou seja, nessa perspectiva, a temática dos conceitos indeterminados, ao envolver uma tarefa de interpretação, não permite senão uma única solução (e que, não tendo sido alcançada pelo administrador, pode ser, sem esforço algum fiscalizada pelo julgador, avaliando se a solução administrativa foi realmente a *única* solução justa que a norma permitia)⁸

E assim, ou se respeita a lei na concretização fáctica aos pressupostos abstractos da norma (*tatbestand*) ou os tribunais podem fazer o seu papel de *controle de legalidade*. Não tendo sido alcançada pelo administrador, pode ser, sem esforço algum, fiscalizada pelo julgador, avaliando se a solução

⁷ “Bons costumes”, “ordem pública”, “interesse colectivo”, “segurança pública”, “bem comum”, “tranquilidade”, “perigo”, “lesão grave”, “maiores vantagens” “boa resolução do assunto”, etc.

⁸ **Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández**, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 4ª ed, 1990, pag. 271, para quem a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais do que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há ou não boa fé; o preço ou é justo ou não o é; ou se violou a proibição ou não se violou: *Tertium non datur*.

administrativa foi realmente a *única* solução justa que a norma permitia⁹. De modo que, essa tarefa implica concluir se o “*edifício ameaça ruína*” ou não, se a pessoa é “*idónea*” ou não, se o edifício tem “*valor monumental*”, se a manifestação representa “*perigo para a ordem ou segurança públicas*”, se a substância é “*tóxica*” ou não. Sim ou não; não há talvez, mais ou menos, nem meios-termos (não se é mais ou menos capaz, mais ou menos criminoso; a situação não é mais ou menos perigosa, mais ou menos inconveniente; não existem conclusões do tipo “assim-assim”).

Por isso é que se defende que a interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados é sempre uma actividade da Administração vinculada à lei, que visa a busca *da (única) solução justa*¹⁰, sob pena de a realização de certos direitos fundamentais ficar dependente do livre critério da autoridade administrativa¹¹

Isto é, o conceito é finito, contendo um núcleo de certeza onde *tertium non datur* (por exemplo, ou há “*urgência*” ou “*insalubridade*”, ou não): certeza positiva, ao lado de um núcleo de certeza negativa. Essa é hoje a posição predominante na Alemanha, onde se reconhece um controle judicial pleno aos conceitos indeterminados.

⁹ **Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández**, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, 2000, pag. 457, para quem a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais do que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há ou não *boa fé*; o preço ou é *justo* ou não o é; ou se violou a *probidade* ou não se violou: *Tertium non datur*.

¹⁰ **António Francisco de Sousa**, *Conceitos Indeterminados no direito Administrativo*, Almedina, 1994, pag. 205.

¹¹ *Autor e ob. cit.* pag. 207.

Não falta, porém, quem pense que o problema dos conceitos indeterminados não é resolúvel pela busca da única solução, mas da *melhor solução*, cuja valoração cabe apenas ao administrador. Tal controle de mérito é privativo da Administração¹².

Para outros, porém, entre aqueles núcleos de certeza há, por vezes, lugar para um espaço de valoração subjectiva, zonas cinzentas onde flutuam incertezas e onde o poder judiciário não pode actuar, por esse ser já um campo do domínio do discricionário. Estaremos, aí, não segundo uma “única solução” possível (se assim fosse, o judiciário poderia fazer controle), mas perante a possibilidade de mais do que uma solução, caso em que o administrador formula um juízo subjectivo na procura da “melhor solução” face à finalidade legal.

Também não se pode esquecer, por outro lado, que a doutrina da solução única não consegue dar resposta a todas as situações, nomeadamente aquelas complexas que importem a intervenção de elementos subjectivos (valorações¹³), prognoses, apreciações técnicas e até actividades de

¹² Na doutrina brasileira, por exemplo, é o caso do autor **José dos Santos Carvalho Filho**, em *O Controle Judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados*: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/783251/DLFE-46989.pdf/Revista54Dout_rina_pg_109_a_120.pdf.

¹³ Decisões sobre exames escolares ou similares; deliberações de natureza valorativa proferidas por comissões independentes constituídas por peritos ou representantes de interesses, designadamente de qualificação de escritos como perigosos para a juventude; decisões respeitantes a factores específicos relevantes para o conceito jurídico indeterminado, em especial sobre matéria político-administrativa: apud, **José Manuel Sérvulo Correia**, in *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, pag. 126/127.

planificação e políticas¹⁴. **Wolf**, citado por **Sérvulo Correia**, dizia que quando a subsunção de uma situação de facto num conceito indeterminado não é factível através de um raciocínio discursivo, mas somente através de um juízo de avaliação, ou quando a lei remete para parâmetros extra-jurídicos incertos e em especial para uma *estimativa de desenvolvimentos futuros*, o tribunal deve respeitar os «limites de tolerância» e não substituir a sua avaliação à da Administração¹⁵. Serão casos em que o administrador deve agir sem sujeição a revisibilidade jurisdicional: o juiz não pode substituir-se ao administrador, salvo casos raros de erro grosseiro.

Destaquemos o caso da *prognose*. E o que é a *prognose*?

A *prognose*, nas palavras de **António Francisco de Sousa**, é a antecipação intelectual do futuro, é a afirmação sobre acontecimentos futuros; não um juízo de subsunção¹⁶, mas um juízo de probabilidade ou de previsão¹⁷.

Ora, é precisamente, por dizer respeito a situações fácticas futuras que ao presente são chamadas pela via de uma antecipação ou de um juízo hipotético, que esta *prognose* envolve riscos. Por tal motivo, a tarefa do

¹⁴ A actividade planificadora referente ao ordenamento do território, à rede de estradas, de infra-estruturas hospitalares, de protecção do ambiente, etc fazem ao mesmo tempo da política da Administração, não podendo ficar sujeita ao controlo do tribunal, salvo casos limitados (**António F. de Sousa**, *ob. cit.*, pag. 213/216).

¹⁵ *Ob. cit.*, pag. 125.

¹⁶ Concordamos que, embora esta tarefa diga respeito à fase da subsunção (tal como o defende **Sérvulo Correia**, *ob. cit.*, pag. 119), ela não é uma subsunção enquanto aplicação dos factos ao direito da norma, uma vez que tais factos ainda não se produziram.

¹⁷ *Ob. cit.*, pag. 115.

tribunal apresenta-se a í vastamente difícil.

O exemplo alemão trazido por **Sérvulo Correia** é elucidativo: ao abrigo de determinada norma, a recusa de uma licença de instalação de um estabelecimento hoteleiro quando os factos justificam a suposição de que o hoteleiro não merece a «confiança» (conceito indeterminado) necessária para o desempenho de tal actividade. O conceito “confiança” precisa de ser interpretado e essa tarefa pode ser levada a cabo pelo Judiciário. Mas o *“juízo, perante os pressupostos de facto, sobre se o requerente merece ou não a necessária confiança é um juízo de prognose, visto que envolve uma apreciação hipotética conduta futura do requerente no desempenho da actividade pretendida”*¹⁸.

Ora, a prognose afasta-se de padrões de racionalidade e tudo o que não é racional, tudo o que escapa a modelos de probabilidade, deixa de estar sob a mira jurídica do controlo judicial.

Como pode o tribunal dizer que uma manifestação – não autorizada pela Administração com fundamento no “*perigo para a ordem pública*” – não oferece esse perigo? Com que critérios ou com que fundamentos minimamente radicados numa base factual e objectiva pode o tribunal contrariar a Administração no juízo por ela feito?¹⁹

¹⁸ *Ob. cit.*, pag. 119.

¹⁹ Ao fazê-lo num caso concreto na Alemanha, deu-se mal o tribunal quando foi confrontado com graves desordens e distúrbios na sequência da manifestação que tinha autorizado depois da recusa da Administração (exemplo extraído de **António Fran** Francisco de Sousa, *ob. cit.*, pag. 215).

E como pode o tribunal desdizer a Administração ao cancelar a licença de uso e porte de arma (art. 31º do Regulamento de Armas e Munições, anexo ao DL nº 77/99/M, de 8/11) com fundamento em “*razões de mera segurança e ordem públicas*”, se na decisão administrativa estão contidos pressupostos de verificação futura? Com que base pode o tribunal simplesmente aniquilar a apreciação feita pela Administração sobre o comportamento vindouro do indivíduo?

Evidentemente, sempre se pode dizer que a Administração não tem elementos seguros para crer que a suposta actividade futura se vai produzir desta ou daquela forma (não se trata de conferir poderes premonitórios ao administrador). Mas, se os não tem ela, também a não tem o juiz. E é por isso que este não pode ser mais intrusivo do que a própria Administração.

São razões tão simples como estas que têm levado a considerar que o Judiciário não pode intrometer-se na vida da Administração sempre que ela decide em bases prognósticas. Quando esta assim actua, fá-lo em plena consciência da responsabilidade pelas suas consequências (políticas, sociais, económicas) e as mesmas responsabilidades não podem ser assacadas aos tribunais, que apenas julgam segundo os ditames do direito.

A verdade é que, por outro lado, o acolhimento de que os critérios prognósticos não são revisíveis pelo Judiciário apresenta riscos, na medida em que pode abrir a porta a decisões administrativas arbitrárias, fora de qualquer censura externa.

É por essa razão que na Alemanha de hoje se vem negando a existência

dessa *margem de livre apreciação* como princípio geral, nomeadamente em certas matérias que compreendem manifestamente uma *prognose* sobre problemáticos perigos futuros – como é o caso de centrais nucleares – ou uma avaliação de futuros desenvolvimentos sociais, como sucede com a valoração da aptidão e da necessidade de construção de determinadas estradas, por exemplo²⁰. Esta ideia vem também ilustrada por **Maria Ângela Marques Del Claro** ao referir que a “*doutrina da margem de apreciação*” é *negada hoje na Alemanha, como princípio geral, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, mantida somente para campos restritos e a título excepcional*”²¹.

*

Olhemos para o caso em apreço.

Não podemos esquecer que o “*perigo...para a segurança e ordem públicas*” deve ser um “*perigo efectivo*”. Tudo isto nos remete, por conseguinte, para duas questões: uma, saber o que deve preencher o conceito indeterminado “*perigo para a segurança e ordem públicas*”; outra, como proceder para a concretização da *efectividade do perigo*.

²⁰ Exemplos citados por **Sérvulo Correia**, *ob. cit.*, pag. 127.

²¹ In *O Direito Administrativo e a Doutrina dos Conceitos Jurídicos Indeterminados*, na Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 40, nº0, (2004), em: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=conceitos%20indeterminados%20maria%20C3%A2ngela%20marques%20del%20claro&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Ffojs.c3sl.ufpr.br%2Ffojs2%2Findex.php%2Fdireito%2Farticle%2Fdownload%2F1741%2F1440&ei=85tzULjtILCRiQf_woHABA&usg=AFQjCNHLHa97-jU5DklpcY0fbyT5SWFj_Q

Portanto, sempre que a Administração quiser declarar a *interdição de entrada* a um indivíduo com base na referida alínea 2), do n.º 2, do art. 4.º da Lei 4/2003, está vinculada a interpretar e valorar os conceitos vagos e indeterminados a que nos temos vindo a referir.

Ou seja, é grande a planície da discricionariedade de que a Administração dispõe para agir neste plano (no sentido de poder interditar ou não interditar). Mas, como já acima dissemos, optando por interditar com base naquele motivo, já a situação foge ao conceito de verdadeira discricionariedade ou de um poder discricionário puro, ficando o terreno encurtado a um campo de acção muito mais estrito. Em tal hipótese, a lei não deposita no órgão administrativo uma total liberdade de escolha de comportamentos administrativos ou de soluções juridicamente indiferentes, todas elas igualmente idóneas para a satisfação do interesse público, e por isso insindicáveis pelo Tribunal. Ao contrário, a lei estabeleceu determinados pressupostos de vinculação que, uma vez verificados, permitirão agir no sentido permitido pela norma: a interdição de entrada.

É verdade que esses pressupostos de vinculação ao mesmo tempo contêm uma forte indeterminação, pois as fórmulas “perigo efectivo” e “perigo para a ordem e segurança pública” não estão densificadas normativamente e antes carecem de um preenchimento casuístico perante um quadro factual futuro transponível para a actualidade através de um fundado juízo de antecipação.

Ora, o emprego de tais fórmulas, a que não é estranho o tipo legal de acto administrativo a praticar, implica a entrega ao órgão decisório da possibilidade de usar de juízos de prognose, de matriz predominantemente

técnico-valorativa²². Tal prognose traduz-se na verificação de factos moldados numa ocorrência futura - factos e situações esses ligados à pessoa concretamente visada - que possam preencher a hipótese típica que a lei quer precisamente controlar ou impedir, como já vimos.

Mas sendo assim, a Administração está melhor colocada, através dos órgãos próprios, nomeadamente os de polícia e de segurança, do que os tribunais para fazer tal avaliação.

Ora, por isso mesmo, apesar de a disciplina normativa em apreço exprimir vinculação e não discricionariedade, ela abre a via para uma certa margem de livre apreciação administrativa que escapa ao controle jurisdicional, sob pena de se cair naquilo a que se chama “dupla administração”. Por isso se diz que só os erros manifestos, grosseiros ou palmares ou só os critérios e juízos ostensivamente desacertados e visivelmente ofensivos da lógica e do bom senso que traduzam manifestações de pura arbitrariedade são passíveis de censura por parte do tribunal em casos destes²³. Isto é, apesar de não haver entrave à interpretação dos conceitos pelo Judiciário, não se pode dizer que eles apenas permitem uma só interpretação (e, portanto, uma *única solução*) e que ao intérprete-juiz seja fácil identificar se a situação fáctica estaria ou não abrangida pelo conceito. Saber se uma conduta pode vir futuramente a preencher o conceito implica um juízo que deve ficar subtraído ao papel do julgador, porque pode haver mais do que uma solução justa (a *melhor*

²² M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo, II*, 1988, p. 495; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, pag. 171 e 478.

²³ Sobre o assunto, ver **Azevedo Moreira**, ob. cit. e ainda **Miguel Nogueira de Brito**, *Sobre a Discricionariedade Técnica*, in separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, 1994.

solução) dentro da zona de incerteza que ele comporta²⁴. O controle jurisdicional, em casos destes, só pode ser exercido quando o acto administrativo de concretização do conceito “ultrapassar os limites da tolerância, aceitabilidade, ofendendo o consenso geral” e for “absurda e irrazoável”²⁵

*

Tentemos, mesmo assim, ver em que medida aqueles aspectos vinculados terão sido ou não razoavelmente respeitados, o mesmo é dizer, se tais aspectos foram, ou não, grosseira e imperdoavelmente desrespeitados. Interpretemos.

Segurança pública não deve confundir-se com *segurança nacional*. Esta tem por pressuposto algo muito vasto que implique uma situação em que a própria soberania do Estado Chinês e a integridade do território da RAEM estão ameaçados por actividade externa (pense-se na actividade terrorista, os vários tráficos, nomeadamente de armas, droga, e até de pessoas, cujo combate exige por vezes acção conjugada das forças de armadas e das forças e serviços de segurança), embora também abarque a segurança interna das populações e da coisa pública. Há, aliás, neste aspecto sempre alguma confusão conceptual e nem sempre os conceitos são levados à norma com um sentido muito definido.

²⁴ **Garcia de Enterria-Tomás-Ramon Fernandez**, *Curso de Derecho Administrativo*, Clvitas, 4ªed., , vol. I, pag.275;

²⁵ **José dos Santos Carvalho Filho**, em “*O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados*”, in http://r.j.gov.br/c/document_library/get_file?.

O conceito de “segurança pública” faz parte, de certo modo, - embora, numa dimensão mais restrita - do corpo da ideia perpassada pelo âmago do conceito de “segurança nacional”, ainda que com este se não confunda. Quer dizer, ele contém a noção de segurança das populações, segurança das pessoas em geral que se acham com direito ao respeito pela sua integridade física e pela salvaguarda dos seus bens.

A “ordem pública” surge, neste contexto, como algo muito próximo da segurança pública e dos objectivos a ela associados. Trata-se de uma locução que tem por fundamento definitivo um interesse fundamental da sociedade, portanto um interesse geral, que se pode manifestar pela importância na prevenção dos danos sociais à tranquilidade (manutenção da ordem na rua, nos lugares públicos, etc.), da segurança (prevenção de acidentes, defesa contra catástrofes, prevenção de crimes, etc.), salubridade (águas, saneamentos, etc.). Segundo o **Prof. Jorge Miranda**, “ordem pública” é o “*conjunto das condições externas necessárias ao regular funcionamento das instituições e ao pleno exercício dos direitos das pessoas*” e que, segundo o mesmo autor, aparece conexas com a segurança interna²⁶⁻²⁷.

A “ordem pública” que a polícia funcionalmente tem por fim assegurar, caracteriza-se em regra por três vectores:

²⁶ *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira da Cultura.*

²⁷ O ac. do STA de 06/04/1992, Proc. nº 029379 definiu a ordem pública como sendo “o conjunto de condições que permitem o desenvolvimento da vida social com tranquilidade e disciplina, de modo que cada indivíduo possa desenvolver a sua actividade sem terror ou receio”.

- “a) Pelo seu carácter principalmente material, posto que se trata de evitar desordens visíveis;
- b) Pelo seu carácter público, já que a polícia não tutela matérias do foro privado nem o próprio domicílio pessoal, salvo na medida em que as actividades que aí se desenrolem tenham reflexos no exterior (regulamentação do barulho causado por aparelhagens sonoras, higiene de imóveis);
- c) Pelo seu carácter limitado, são três os itens tradicionais da ordem pública: *tranquilidade* (manutenção da ordem na rua, nos lugares públicos, luta contra o ruído); *segurança* (prevenção de acidentes e flagelos, humanos ou naturais); *salubridade* (salvaguarda da higiene pública)”²⁸⁻²⁹

O Código Penal aborda a temática dos crimes contra a *ordem* e a *tranquilidade públicas* nos arts. 282º a 296º e a Lei Básica refere-se somente à “ordem pública” como sendo uma das atribuições da responsabilidade do Governo da RAEM (art. 14º).

²⁸ Parecer da PGR n.º 9/96-A/Complementar, de 2 de Dezembro de 1998 — *Diário da República*, II Série, n.º 1, de 3 de Janeiro de 2000; também Parecer P001622003, de 18-12-2003).

²⁹ Sobre o conceito de *ordem pública* ver, ainda, **JORGE MIRANDA**, entrada “*Ordem pública*”, in *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura*, Edição Século XXI, volume 21, Editorial Verbo, Lisboa/S. Paulo, pág. 901; **ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA**, “*Função constitucional da Polícia*”, *Revista do Ministério Público*, Ano 24, Jul/Set 2003, n.º 95, pág. 25-30; **PIETRO VIRGA**, *La Potestà di Polizia*, Giuffrè Editore, Milano, 1954, pág. 32-35; e **ALDO M. SANDULLI**, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 10.ª edição, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1969, pág. 582.

Ora, se tomarmos em consideração a “segurança” e “ordem públicas” na referida acepção, não podemos de um modo liminar e peremptório, censurar a Administração quando assim actua, sempre que tem pela frente um criminoso. Efectivamente, se um não residente comete um crime, e se por ele vem a ser definitivamente condenado em pena de prisão (mesmo que a não cumpra), o desvalor que a acção ilícita representa para a sociedade – e que através dos tribunais o condenou – à partida, é motivo aparentemente suficiente para recusar a sua entrada na RAEM. É por isso que as duas leis citadas (Lei 6/2004 e 4/2003) nisto estão em sintonia quando uma para outra remete (ver art. 12º, nº3, Lei 6/2004).

Simplesmente, nem tudo está resolvido com esta maneira tão simples de encarar o problema. Dito por outras palavras, concedemos que a prática de um ilícito criminal pelo qual alguém vem a ser punido, pode representar algum perigo para a sociedade. Nesta lógica, até faz sentido afastar a ideia de que alguém é muito ou pouco criminoso, porque a noção que evolui do vocábulo não se compraz com nenhuma régua ou medidor. Depois de cometido um crime, o seu autor em caso nenhum será visto como *meio cumpridor das leis* ou *meio criminoso*. Será criminoso, simplesmente. É, aliás, nesse plano que o perigo pode advir. Mas esse perigo (repare-se a lei não se refere a “*ofensa*” para a segurança ou para a ordem pública e, em vez disso, fala em “*perigo*” para a segurança ou para a ordem pública) tanto pode ser longínquo, afastado, ou então mais próximo, actual, sério e real. Por isso a concretização obriga a ir cada vez mais fundo.

Na verdade, a norma em apreço (nº3, do cit. art. 12º, da Lei nº 6/2004), é

exigente e restritiva. Ela afirma: Não basta que o perigo que o condenado represente para a sociedade da RAEM seja abstracto, potencial ou meramente possível. É evidente que o facto só é considerado crime quando a sociedade reclama a sua punição. A sociedade é dinâmica nesse sentido e é por tal motivo que a cada passo novos ilícitos são introduzidos nos instrumentos de previsão ou tipificação criminais. De alguma maneira, quando o legislador reflecte a vontade do povo, prevendo a punição de um facto, subjacente a essa previsão está sempre a protecção de um bem ou interesse público.

Todavia, a subsunção perfeita dos factos à norma carece da verificação de um *perigo* que deva ser *efectivo* para a *segurança e ordem públicas*. Ora, semanticamente, todo o perigo que não é *efectivo* deixa, a bem dizer, de ser perigo, porque não existe ou porque não é real. Por isso pensamos que a utilização pelo legislador do vocábulo “efectivo” não pode ter sido tão ingénua ou negligente. Foi intencional e estamos certos de que quis emprestar-lhe um sentido de seriedade, de algo real, senão mesmo de gravidade.

Tem, pois, que ser um *perigo real*, isto é, um perigo sustentado numa tal ostensiva situação que implique ou demande uma atenção especial ao indivíduo condenado, em função do tipo de crime, em função das consequências, em função da personalidade do delinquente.

Dito de outra maneira, se para o legislador bastasse a *condenação em pena privativa de liberdade* (condição-causa), não teria ele sentido a necessidade

de a essa condição de base fazer acrescer a existência de um *perigo para a ordem e segurança públicas* (1ª condição-fundamento), pressupondo-o *efectivo* (2ª condição-fundamento).

Ou seja, deixa de bastar para o efeito a condenação em pena privativa de liberdade e nem mesmo a existência de perigo para a segurança e ordem públicas são já suficientes para o legislador. É preciso que este perigo seja concomitantemente concreto, sério, real, senão mesmo grave, portanto, “efectivo”.

Por tal motivo, haverá que prestar atenção ao tipo de ilícito em causa, aos valores protegidos no tipo, à dosimetria concreta da pena, ao seu cumprimento para a partir daí se avançar para um juízo de prognose a propósito do futuro.

Para o administrador fazer aplicação perfeita da lei, deve preencher cada uma das condições através do recurso aos factos e deles extrair a necessária integração subsuntiva. Isto porque, tendo o criador da lei estabelecido uma tal imposição, o seu aplicador não pode simplesmente atender à condição base como se isso fosse suficiente para automaticamente extrair dela as condições-fundamento.

*

E o que temos diante nós no caso *sub judice*?

Depara-se-nos um indivíduo que, perante outrem, e fazendo-se passar por intermediário, “alegou arditosamente, com intenção de enriquecimento

ilegítimo, que (para aquele) tinha constituído para o ofendido um advogado”, para o representar numa acção respeitante à compra e venda de uma fracção imobiliária, fazendo-se pagar de uma importância (Mop\$ 35.000,00) que alegadamente seria para pagar ao advogado, que nunca chegou a contactar, sequer. Apropriou-se indevida e ilicitamente de um determinado em valor em dinheiro servindo-se de um estratagema mentiroso, causando prejuízo ao ofendido.

Por estes factos, veio a ser punido pela prática de um *crime de burla* (art. 211º do CP). Porém, o colectivo julgador teve em consideração expressa o disposto no art. 65º do CP, relevando a circunstância de ele ser delinquente primário e de ter devolvido ao queixoso as importâncias de que se tinha apropriado. Ponderou também a personalidade do arguido, o seu comportamento anterior e as circunstâncias deste e concluiu que a *simples censura do facto e que a ameaça da prisão realizariam adequada e suficientemente as finalidades da punição*. Razão que o levou a *suspender a execução da pena* por um período de 2 anos, sob a condição de pagar ao Governo da RAEM a importância de Mop\$ 50.000,00 “para recuperar as influências exercidas pelas suas condutas criminosas ao Território”, o que ele satisfaz.

Foi, portanto, um “*crime contra o património em geral*” (Título II, Capítulo III, do CP) e não “contra a paz e a humanidade” (Título III, do CP), nem sequer “contra a vida em sociedade”(Título IV, do CP), muito menos “contra o Território” (Título V, do CP). Isto é, a afectação do *bem protegido na norma* por aquela conduta ilícita não entra necessariamente

em rota de colisão com a segurança e ordem públicas protegidas no art. 12º,nº3, da Lei nº 6/2004. Por outras palavras, a violação do primeiro bem protegido pela lei penal não envolve a dizer que os valores tutelados pela lei administrativa estejam também e automaticamente profanados.

Ora, o crime de **burla** “*apresenta-se como a forma evoluída de captação do alheio em que o agente se serve do erro e do engano para que incauteladamente a vítima se deixe espoliar, sendo seus: (i) intenção do agente de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo; (ii) por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou; (iii) determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outrem, prejuízo patrimonial.(...).* Os elementos que preenchem e informam a tipicidade do crime de **burla** são, pois, o uso de erro ou engano sobre os factos, astuciosamente provocados para determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou a terceiro, prejuízo patrimonial, com intenção de obter para o agente ou para terceiro um enriquecimento ilegítimo”³⁰.

Ou seja, a burla tem por pressuposto o desrespeito pelo valor patrimonial de um ofendido, enquanto a “segurança” e “ordem públicas” são valores muito mais vastos e transversais ao interesse público da sociedade vista como um conjunto indeterminado de pessoas. São inconfundíveis os objectivos, segundo cremos.

Poderíamos dizer, enfim, que a luz dos elementos disponíveis iluminaria o tribunal impedindo-o de cair na teia em que o administrador teria

³⁰ Ac. STJ, de 8/11/2007, Proc. nº 07P3296.

porventura caído na concretização dos pressupostos fácticos previstos abstractamente na norma. Isto é, não seria feroz absurdo se o tribunal pudesse aqui dizer, munido daqueles elementos, que não antecipava com o mesmo vigor um comportamento futuro por parte do condenado que o fizesse representar um perigo efectivo para a ordem e segurança públicas. Admitimos isso, sim.

Acontece que a jurisprudência da RAEM, designadamente do TUI, chamada a pronunciar-se sobre casos idênticos e a coberto dos juízos prognósticos, optou por seguir a via da *plúrima solução possível*, em vez da *única solução possível*, permitindo assim ao administrador agir com certa margem de liberdade na escolha da *melhor e mais adequada* solução ao interesse em presença.

Ora, rumando por esse trilho já aberto pela jurisprudência local, não se pode dizer liminarmente que a avaliação feita pela Administração esteja absurdamente incorrecta. Na verdade, ao fundar a interdição nesse perigo efectivo para a segurança e ordem públicas, o que se verifica é que a Administração elaborou um juízo de prognose sobre uma actividade e comportamento futuros desse indivíduo, sobre uma evolução futura de um processo social, sobre a perigosidade de uma situação futura³¹.

Como se diz no aresto do TUI acabado de citar, os conceitos de perigo para a ordem pública ou segurança pública são passíveis de interpretação, sendo nesse sentido objecto de sindicância pelo tribunal. Todavia, o juízo

³¹ Cit. Ac. do TUI, de 3/05/2000, Proc. nº 9/2000. Igualmente, Ac. de 27/04/2000, Proc. nº 6/2000.

perante os pressupostos de facto, sobre se o interessado constitui um perigo para a segurança e ordem públicas de Macau já envolve aquela prognose sobre a conduta futura daquele. Interpretada a norma, conclui-se que a intenção do legislador é a de conceder, entre os aspectos vinculados de certeza, uma zona “cinzenta” de incerteza e de livre apreciação ao administrador, cujo juízo de mérito não pode ser escrutinado pelos tribunais, salvo erro grosseiro e manifesto.

Ora, porque não descortinamos nenhum erro tosco e manifesto por banda da actuação do administrador, fica afastada a censura jurisdicional à aplicação da interdição.

*

Da violação do princípio da proporcionalidade

O recorrente invocou também a violação do princípio em epígrafe.

O art. 5º, nº2, do CPA estatui que *«as decisões da Administração que colidam com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afectar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objectivos a realizar»*.

Sobre este princípio, lucubrou o TUI, no seu aresto de 9/05/2012, Proc. nº 13/2012:

“Como refere VITALINO CANAS³², o princípio da proporcionalidade só poderá aplicar-se na apreciação de comportamentos em que o autor goze de uma certa margem de escolha. A doutrina tem dissecado o princípio em três subprincípios, da idoneidade, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito, ou de equilíbrio. A avaliação da idoneidade de uma medida é meramente empírica, podendo sintetizar-se na seguinte pergunta: a medida em causa é capaz de conduzir ao objectivo que se visa?

Aceitando-se que uma medida é idónea, passa a verificar-se se é necessária.

O centro das preocupações desloca-se para a ideia de comparação. Enquanto na máxima da idoneidade se procurava a certificação de uma relação causal entre um acto de um certo tipo e um resultado que se pretende atingir, na máxima da necessidade a operação central é a comparação entre uma medida idónea e outras medidas também idóneas. O objectivo da comparação será a escolha da medida menos lesiva.

«A aferição da proporcionalidade, em sentido estrito, põe em confronto os bens, interesses ou valores perseguidos com o acto restritivo ou limitativo, e os bens, interesses ou valores sacrificados por esse acto. Pretende-se saber, à luz de parâmetros materiais ou axiológicos, se o sacrifício é aceitável, tolerável. Para alguns, esta operação assemelha-se externamente à análise económica dos custos/benefícios de uma decisão. Se o custo (leia-se o sacrifício de certos bens, interesses ou valores) está numa proporção aceitável com o benefício (leia-se a satisfação de certos bens, interesses ou valores) então a medida é proporcional em sentido estrito»³³⁻³⁴

(...)

³² VITALINO CANAS, *Princípio da Proporcionalidade*, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, vol VI, Lisboa, 1994, p. 616

³³ VITALINO CANAS, ob. cit., p. 628.

³⁴ Sobre o emprego no princípio da proporcionalidade da contabilização custos-benefícios (ou vantagens) pelo Conselho de Estado francês, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, ob. cit., p. 75, que enumera, a p. 114 e segs. da mesma obra, os elementos do princípio em termos semelhantes aos traçados acima.

DAVID DUARTE³⁵, referindo-se à proporcionalidade em sentido estrito, «que engloba a técnica do erro manifesto de apreciação, técnica jurisdicional francesa que compreende, em termos avaliativos, para além do erro na qualificação dos factos, a utilização de um critério decisório proporcional que se revela numa decisão desequilibrada entre o contexto e a finalidade. O erro manifesto de apreciação, na vertente de controlo da adequação da decisão aos factos ... é, como meio de controlo do conteúdo da decisão, um dos degraus mais elevados da intervenção do juiz na discricionariedade administrativa. E, por isso, só é utilizável na medida da evidência comum da desproporção».

Nas mesmas águas navega MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA³⁶ defendendo que «em face da fluidez dos princípios (da proporcionalidade, da igualdade, da justiça), só são justificáveis as decisões que, de um modo intolerável, os violem³⁷» (o sublinhado é nosso)»

E terminou o referido acórdão:

“Ao Tribunal não compete dizer se o período de interdição de entrada fixado ao recorrente foi ou não proporcional à gravidade, perigosidade ou censurabilidade dos actos que a determinam, se tal período foi o que o Tribunal teria aplicado se a lei lhe cometesse tal atribuição. Essa é uma avaliação que cabe exclusivamente à Administração. O papel do Tribunal é outro, é o de concluir se houve erro manifesto ou total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários. E não nos parece que assim tenha sido”.

³⁵ DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, 1996, p. 323.

³⁶ “*Da Justiça Administrativa em Portugal, Sua Origem e Evolução*”, Lisboa, 1994, pag. 642

³⁷ No mesmo sentido, M. ESTEVES DE OLIVEIRA, ob. cit., pag. 256 e 257 e J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos*, Livraria Almedina, 1991, pag. 137.

A respeito de situação idêntica, também o TSI se pronunciou dizendo:

“A ideia central deste princípio projecta-se em três dimensões injuntivas: 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 (...).O que já não acontece na fixação do prazo da interdição de entrada.

Neste último, a Administração goza do amplo poder discricionário e só está sujeito ao controlo judicial nos casos de erro grosseiro manifesto ou total desrazoabilidade do exercício”³⁸.

Vejamos o caso dos autos.

Conforme o estipula o nº4, do art. 12º da Lei nº 6/2004, “*o período de interdição de entrada deve ser proporcional à gravidade, perigosidade ou censurabilidade dos actos que a determinam*”.

Ora bem. O crime de burla cometido, apesar de integrado no capítulo dos crimes contra o património em geral – fugindo, pois, a um quadro que atente contra a ordem pública, contra a tranquilidade social, contra um ambiente de paz e de segurança pública – não deixa de nos expor perante um indivíduo que, pelo menos uma vez, aparentou estar dotado de uma personalidade moldada por defeitos de ganância e de obtenção rápida de

³⁸ Ac. TSI, de 7/12/2011, Proc. nº 346/2012. Ver ainda Ac. deste TSI de 31/03/2011, Proc. nº 209/2007 e de 24/05/2005, Proc. nº 234/2003(N).

dinheiro fácil, servindo-se de artimanhas de engano e de ludíbrio de terceiros incautos.

Na presença de uma tal personalidade, concedemos que a Administração não possa ficar indiferente e, pelo contrário, deva ficar de sobreaviso, admitindo-se, assim, que o afastamento do território do autor do ilícito por um período de 4 anos pode ser duplamente útil: em primeiro lugar, à consciencialização por parte do recorrente do erro que cometeu, fazendo-o repensar a sua vida futura em conformidade com as regras de convivência social; em segundo lugar, ao sistema interno de protecção e de garantia de um tecido social liberto de células anacrónicas e indesejáveis.

Neste sentido, apesar de estarem realizados os objectivos da justiça com a condenação do recorrente, aceita-se, por outro lado, que possam não estar totalmente assegurados com aquela condenação - em pena cuja execução fora suspensa, recorde-se - os objectivos administrativos ínsitos nos mecanismos legais que prevêem a interdição.

Para dizer, em suma, que não é totalmente descabido, absurdo, desrazoável e desproporcional que o período de interdição possa ser no caso presente de 4 anos. Pelo menos a aplicação de um tão longo período não parece ser ostensiva e manifestamente errada.

Assim sendo, deve improceder o vício.

*

Quanto à (in)segurança jurídica que para o recorrente resulta da

circunstância de a lei não estabelecer uma moldura temporal abstracta entre um mínimo e um máximo do período de interdição de entrada, o que permite à Administração fixar interdições vitalícias, essa é uma questão de política legislativa que não nos cabe sindicar, sendo certo, por outro lado, que só uma flagrante inconstitucionalidade ou ofensa à lei básica, o que não vislumbramos, daria azo a recusa de inaplicabilidade da norma em causa (art. 12º, nº4, da Lei nº 6/2004).

IV- Decidindo

Face ao exposto, acordam em julgar improcedente o recurso contencioso, confirmando o acto contenciosamente impugnado.

Custas pelo recorrente com taxa de justiça em 4 UC.

TSI, 18 / 10 / 2012

José Cândido de Pinho

Lai Kin Hong

Choi Mou Pan

Estive presente: Mai Man Ieng