Processo nº 645/2015

Data do Acórdão: 27OUT2016

Assuntos:

Falta da fundamentação

Perigo efectivo para a segurança pública e ordem pública

Antecedentes criminais

Conceitos indeterminados

Interdição de entrada

Princípio da proporcionalidade e de adequação

SUMÁRIO

1. O acto administrativo considera-se fundamentado quando o administrado, colocado na posição de um destinatário normal – o *bonus pater familiae* de que fala o artº 480º/2 do Código Civil – possa ficar a conhecer as razões factuais e jurídicas que estão na sua génese, de modo a permitir-lhe optar, de forma esclarecida, entre a aceitação do acto ou o accionamento dos meios legais de reacção, e de molde a que, nesta última circunstância, o tribunal possa também exercer o efectivo controle da legalidade do acto, aferindo o seu acerto jurídico em face da sua fundamentação contextual.
2. A expressão “perigo efectivo para a segurança pública e ordem pública” utilizada no artº 12º/3 da Lei nº 6/2004 é um conceito indeterminado.
3. Não há erro grosseiro e manifesto, portanto jurisdicionalmente insindicável, a actuação de a Administração consistente na interdição de entrada de um não residente, criminalmente

condenado na pena de prisão pela prática do crime de emprego ilegal, com fundamento de que a sua conduta representa o auxílio à permanência de forma ilegal de sujeitos sobre os quais não é possível exercer um controlo efectivo da sua actividade na RAEM.

O relator

Lai Kin Hong

Processo nº 645/2015

I

Acordam na Secção Cível e Administrativa do Tribunal de Segunda Instância da RAEM

A, devidamente identificado nos autos, vem recorrer da decisão do Secretário para a Segurança que, em sede de recurso hierárquico necessário, manteve a decisão da 2ª Comandante substituta da PSP que lhe determinou a interdição da entrada na RAEM por três anos, concluindo e pedindo:

- a) Em meados de Março do corrente ano, o ora Recorrente foi notificado, através do seu mandatário judicial que, após da audiência escrita, o Exm.º Senhor Subdirector substituto de CPSP decidiu aplicar-lhe uma medida de interdição de entrada na RAEM por um período de três (3) anos com base nos termos do n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 6/2004 - *cfr. a notificação n.º: 103851/CISM/2015P de 06/03/2015, junto com os autos do Proc. n.º: Pº 53XXXX, cujo teor se considera totalmente reproduzido;*
- b) Em 15 de Abril de 2015, o ora Recorrente recorreu hierarquicamente da decisão, alegando a **ilegalidade** da medida de interdição de entrada, uma vez que a decisão não se encontra devidamente fundamentada, mormente no que diz respeito à existência da de perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas da RAEM;
- c) No dia 8 de Junho de 2015, o mandatário judicial do ora Recorrente foi notificado por carta registada, com referência n.º MIG108463/CISN/2015P, datada em 01/06/2015, a decisão do Exm.º Senhor Secretário para a Segurança a qual indeferiu o pedido de revogação da medida de interdição, aplicada ao ora Recorrente, e tendo o Exm.º Senhor Secretário para a Segurança confirmado a

decisão do Exm.º Senhor Subdirector substituto de CPSP - *cfr. a notificação n.º: 108463/CISM/2015P de 01/06/2015, junto com os autos do Proc. n.º: Pº53XXXX, cujo teor se considera totalmente reproduzido;*

- d) Considera o ora Recorrente que a decisão de aplicação da medida de interdição de entrada na RAEM não se encontra devidamente fundamentada, por não tendo a Administração especificado, mesmo de forma sucinta, qual o perigo efectivo e como poderá pôr em causa a segurança ou/e a ordem pública da RAEM;
- e) Apenas, no duto despacho do Exm.º Senhor Secretário para a Segurança tinha referido que a conduta do ora Recorrente "*pode ser levada à perigosidade*";
- f) Mas, continuamos a ficar despercebidos qual será esta perigosidade, bem como a dúvida da sua existência, uma vez que o Exm.º Senhor Secretário para a Segurança utilizou a expressão "*pode ser*";
- g) A expressão "pode" tem como significado "ter faculdade de" ou "ter ocasião de ou possibilidade de";
- h) Portanto, para que a medida de interdição seja aplicada devidamente é necessário especificar qual o perigo efectivo está em causa;
- i) Sendo, portanto, esta, a falta de fundamentação, o objecto do presente recurso contencioso;
- j) Todo o cerne da questão do presente recurso contencioso, consiste em saber se a decisão da medida de interdição de entrada na RAEM aplicada ao ora Recorrente, se se encontra ou não devidamente fundamentada, ou seja, consiste em saber se a fundamentação, assim, apresentada pela Administração seria ou não suficiente para justificar a aplicação da medida e de interdição de entrada ao ora Recorrente;
- k) A medida de interdição de entrada ora impugnada tem como base legal no n.º 3 do artigo 12.º da Lei 6/2004, segundo o qual: "*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.";

- l) E para que a sua aplicação seja legalmente admissível seria indispensável verificar cumulativamente dois pressupostos essenciais, sendo o primeiro a verificação de uma das situações previstas nas alíneas 2) e 3) do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 4/2003; e o segundo diz respeito à verificação da existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas da RAEM;
- m) Deve salientar que, embora a verificação do segundo pressuposto depende a do primeiro, todavia, **não** se significa que a verificação do primeiro pressuposto **automaticamente** se verifica o segundo;
- n) Sendo pressupostos essenciais para efeitos de aplicação da medida de interdição de entrada na RAEM, devem ser apreciados e analisados separadamente;
- o) Quanto ao primeiro pressuposto não temos dúvidas a cerca da sua verificação, uma vez que ora Recorrente tinha sido condenado, pelo Tribunal Judicial de Base da RAEM, no processo-crime n.º CR3-14-0173-PSM, na pena de cinco (5) meses de prisão, suspendendo a sua execução por um período de 2 anos;
- p) Quanto ao segundo pressuposto. A Administração considerou que o segundo pressuposto encontrava-se verificado, por ter entendido que a conduta do ora Recorrente "pode ser levada à perigosidade";
- q) Se a Administração assim entender, é necessário especificar ao ora Recorrente, para que este tenha o conhecimento, qual será o perigo efectivo que está em causa e o mesmo será efectivo e como esse perigo poderá pôr em causa à segurança ou à ordem pública da RAEM;
- r) Deve ainda esclarecer de forma concreta se este alegado perigo (caso existisse) diz respeito à segurança da RAEM ou à ordem pública da RAEM, uma vez que sobre esta questão nada ficou definido na decisão;

- s) O ora Recorrente tem direito de saber qual era o "perigo efectivo" alegado pela Administração;
- t) Não basta alegar que o ora Recorrente tinha sido condenado em pena de privativa de liberdade pela prática do crime de "emprego" e que a sua conduta pode levar à perigosidade seja suficiente para justificar que constitui um perigo efectivo para a segurança ou ordem pública da RAEM, na medida em que a conduta do ora Recorrente não constitui necessariamente um perigo efectivo, pelo que, seria indispensável que a Administração se venha a provar a sua existência;
- u) Seria indispensável, na medida em que a própria Lei **exige** que a aplicação da medida de interdição de entrada por motivos de condenação em pena de privativa de liberdade **deve fundar-se** na existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem pública;
- v) Assim sendo, **o ónus da prova** respeitante à existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem pública da RAEM, cabe à própria Administração;
- w) Salvo a melhor opinião e sempre com o devido respeito, a falta de especificação sobre a existência do alegado "perigo efectivo", ficamos com dúvidas se a Administração tinha interpretado erradamente a norma prevista no n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 6/2004, julgando que esta condenação constituirá necessária ou automaticamente um perigo efectivo quer para a segurança, quer para a ordem pública da RAEM, e por isso conclui-se que não havia necessidade de se especificar ao ora Recorrente, ou tinha exercido o seu poder discricionário de uma forma excessiva, ou ainda julgando que o ónus da prova da não verificação da existência desse perigo efectivo cabe ao próprio Recorrente;
- x) Conforme acima exposto, considera o ora Recorrente que existe uma insuficiência de fundamentação na decisão adoptada pela Administração na aplicação da medida de interdição de entrada ao ora Recorrente, o que equivale à **falta de fundamentação**, conforme dispõe o n.º 2 do artigo 115.º do Código do Procedimento

Administrativo;

- y) E a consequência mais importante e relevante é a **invalidade do acto**;
- z) E considera que a insuficiência da fundamentação constitui um vício de forma que determina a anulabilidade do acto;
- aa) Pelo que se requer que seja revogado a decisão da aplicação da medida de interdição de entrada na RAEM ao ora Recorrente por falta de fundamentação (ou por insuficiência da fundamentação).

IV. **PEDIDO**

Nos termos e nos demais de direito, deve o presente recurso ser julgado **procedente** por provada e em consequência, **ser revogado a decisão de aplicação da medida de interdição de entrada na RAEM ao ora Recorrente**, a qual confirmado pelo Exm.º Senhor Secretário para Segurança, por insuficiência de fundamentação.

Citado, veio o Secretário para a Segurança contestar pugnando pela improcedência do recurso.

Não havendo lugar à produção de provas, foram o recorrente e a entidade recorrida notificados para apresentar alegações facultativas.

Não foram apresentadas as alegações facultativas.

Em sede de vista final, o Dignº Magistrado do Ministério Público opinou no seu douto parecer pugnando pelo não provimento do presente recurso.

Colhidos os vistos, cumpre conhecer.

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

O processo é o próprio e inexistem nulidades e questões prévias que obstam ao conhecimento do mérito do presente recurso.

Os sujeitos processuais gozam de personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade.

De acordo com os elementos existentes nos autos, é tida por assente a seguinte matéria de facto com relevância à decisão do presente recurso:

- O recorrente A, residente permanente de Hong Kong, é titular do Título de Identificação de Trabalhador não Residente, válido até 30JUN2015;
- Por sentença transitada em julgado em 22SET2014, proferida pelo Juízo Criminal do TJB, o recorrente foi condenado, pela prática de um crime de emprego ilegal, previsto e punido pelo artº 16º/1 da Lei nº 6/2004, na pena de prisão de cinco meses, suspensa por dois anos;
- Na sequência da condenação penal, foi desencadeado o procedimento administrativo pela PSP com vista à eventual aplicação da medida de interdição de entrada;
- Em 12SET2014, foi-lhe cancelada a autorização de permanência a título de trabalhador não residente;
- Cumprido o contraditório, por despacho datado de 18FEV2015 da 2ª Comandante Substituta da PSP, foi determinada a interdição do recorrente de entrada na RAEM por três anos;

- Inconformado com o despacho que lhe determinou a interdição, o recorrente interpôs recurso hierárquico necessário para o Secretário para a Segurança;
- Em sede do recurso hierárquico necessário, por despacho datado de 30ABR2015 do Secretário para a Segurança, foi julgado improcedente o recurso hierárquico necessário e mantida a interdição de entrada por três anos, nos termos seguintes:

DESPACHO N.º 31/SS/2015

Assunto: Recurso hierárquico necessário - Proc. n.º MIG. 16928/2014/C.I. e 3094/2014/C.I. - Recorrente: A.

A interpôs recurso hierárquico necessário no qual requer a revogação da medida de interdição de entrada na RAEM que lhe foi aplicada pelo período de 3 anos, por considerar que não se encontra provada a verificação do pressuposto material de existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas da RAEM.

O recorrente foi condenado a pena de prisão de 5 meses, suspensa pelo período de 2 anos, pelo crime previsto no n.º 1 do artigo 16.º da Lei n.º 6/2004.

A consciência colectiva da sociedade repugna este tipo de crime, quer pela tutela do bem jurídico relativo ao direito ao emprego por parte dos trabalhadores que aqui se encontram legalmente, quer pela perigosidade que representa o auxílio à permanência de forma ilegal de sujeitos sobre os quais não é possível exercer um controlo efectivo da sua actividade na RAEM, cujo comportamento pode ser de elevada perigosidade.

Existe um perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas com a permanência do recorrente na RAEM, com fundamento no n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 6/2004.

Mantenho a medida de interdição de entrada na RAEM ao ora recorrente pelo período de 3 anos.

Notifique o recorrente do teor do presente despacho, nos termos do artigo 70.º do Código do Procedimento Administrativo e, bem assim, de que do mesmo pode recorrer contenciosamente para o Tribunal de Segunda Instância.

Gabinete do Secretário para a Segurança, aos 30 de Abril de 2015.

O Secretário para a Segurança

XXX

- Notificado do despacho mediante ofício da PSP datado de 01JUN2015 e inconformado com o mesmo, o recorrente interpôs o presente recurso contencioso mediante o requerimento que deu entrada na Secretaria do TSI em 06JUL2015.

Antes de mais, é de salientar a doutrina do saudoso PROFESSOR JOSÉ ALBERTO DOS REIS de que *“quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão”* (in *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO*, Volume V – Artigos 658.º a 720.º (Reimpressão), Coimbra Editora, 1984, pág. 143).

Conforme resulta do disposto nos artºs 563º/2, 567º e 589º/3 do CPC, *ex vi* do artº 1º do CPAC, são as conclusões do recurso que delimitam o seu objecto, salvas as questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras e as que sejam de

conhecimento oficioso.

Apesar de recorrente ter denominado o vício por falta de fundamentação, analisada a motivação do recurso no seu todo, verificamos que, no fundo, o recorrente quer assacar ao acto recorrido o vício de erro de direito, que consiste na alegada insuficiência da motivação para justificar a aplicação a ele da medida de interdição.

É portanto esta única questão de direito que constitui o objecto da nossa apreciação:

Então vejamos.

Para o recorrente, se pretender aplicar a medida de interdição pelos motivos constantes do artigo 4º/2-2) e 3) da Lei n.º 4/2003, a Administração deverá fundamentá-la na circunstância de a permanência do interditando na RAEM é gerador do perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas da RAEM.

O recorrente não põe em crise o juízo sobre a verificação *in casu* dos pressupostos, previstos no artº 4º/2 da Lei nº 4/2003, tendo limitado a questionar a verificação do tal perigo efectivo.

In casu, como a entidade recorrida se limitou a dizer quer a sua conduta pode ser levada à perigosidade, não tendo especificado ao seu destinatário qual será o perigo que está em causa e como esse perigo poderá pôr em causa à segurança ou à ordem pública da RAEM, o recorrente entende que o acto recorrido padece da insuficiência da fundamentação, geradora da anulabilidade.

Como se sabe, o acto administrativo considera-se fundamentado quando o administrado, colocado na posição de um destinatário normal – o *bonus pater familiae* de que fala o artº 480º/2 do Código

Civil – possa ficar a conhecer as razões factuais e jurídicas que estão na sua génese, de modo a permitir-lhe optar, de forma esclarecida, entre a aceitação do acto ou o accionamento dos meios legais de reacção, e de molde a que, nesta última circunstância, o tribunal possa também exercer o efectivo controle da legalidade do acto, aferindo o seu acerto jurídico em face da sua fundamentação contextual.

Tal como vimos no despacho recorrido, integralmente reproduzido na matéria de facto assente, foi com base na condenação penal pelo prática de um crime de emprego ilegal que a Administração formulou o juízo da prognose que lhe habilitou a determinar a interdição de entrada.

Na esteira desse entendimento, não nos parece que o recorrente não ficou a conhecer as razões de facto e de direito em que se apoiou a decisão recorrida, pois basta uma leitura simples do teor do despacho recorrido, salta à vista de que foi por necessidade de tutela do bem jurídico relativo ao direito ao emprego por parte do trabalhadores que se encontram legalmente na RAEM e por perigosidade que represente o auxílio à permanência de forma ilegal de sujeitos sobre os quais não é possível exercer um controlo efectivo da sua actividade na RAEM, cujo comportamento pode ser de elevada perigosidade, que a entidade recorrida concluiu pela existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem pública da RAEM e determinou a interdição nos termos consentidos pelo disposto no artº 12º/3 da Lei nº 6/2004.

Bem ou mal formulados estes juízos, a entidade recorrida fundamentou efectivamente a decisão recorrida de modo a que o seu destinatário pudesse compreender o seu sentido.

E para nós, o que no fundo pretendia fazer o recorrente é apenas questionar a verificação, *in casu*, do perigo efectivo para a

segurança ou ordem pública da RAEM, e não a falta ou insuficiência da fundamentação.

A propósito da interdição de entrada com fundamento na existência do perigo efectivo para a segurança ou ordem pública, nos termos permitidos pelo disposto no artº 12º/3 da Lei nº 6/2004, este TSI já chegou a pronunciar-se no seu Acórdão brilhantemente elaborado e deliberado em 18OUT2012, no processo nº 127/2012, nos termos seguintes:

A interdição baseou-se no art. 12º, nºs 2, 3 e 4 da Lei nº 4/2006, embora com reporte ao fundamento da alínea 2), do nº2, do art. 4º da Lei n.º 4/2003.

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

Primeiro, o art. 12º, nºs 2, 3 e 4 da Lei nº 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.º2 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.º1 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, nº2, 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 nº3 do art. 12º da Lei nº 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 nº2 do art. 4º da Lei nº 4/2003. Mesmo dando de barato que a *alínea 3)* desse nº2 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 nº3 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.

art. 12º 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 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 interditada 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. nº 34/2007).

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

É seguro que, face ao artigo 12º, nº2, 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 nº2 do art. 4º da Lei nº 4/2003 – isto é, mesmo perante um caso concreto em que alguém tenha sido condenado em pena privativa de liberdade (alínea 2), do nº2, 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. 12.º: “*A interdição de entrada pelos motivos constantes das alíneas 2) e 3) do n.º2 do artigo 4.º da Lei n.º4/2003 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, 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

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.

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 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,*

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. n.º 6/2000, 3/05/2000, Proc. n.º 9/2000,

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

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.

realizada pela Administração no acto prolatado ao seu abrigo...»⁶.

Efectivamente, há diferença entre discricionariedade e conceitos 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 administrativa foi

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.

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 vio9lou a probidade ou não se violou: *Tertium non datur*.

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.

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.

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.

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*:

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 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

http://download.rj.gov.br/documentos/10112/783251/DLFE-46989.pdf/Revista54Doutrina_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.

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.

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 tribunal apresenta-se aí 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*”

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.

¹⁸ *Ob. cit.*, pag. 119.

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

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.

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).

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 excepcional²¹.

*

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*.

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.

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, n.º 0, (2004), em: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=conceitos%20indeterminados%20maria%20%C3%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

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.

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

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 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

*

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.

²⁴ **Garcia de Enterría-Tomás-Ramon Fernandez**, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 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?.

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.

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 definitório 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:

- “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).

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”.

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) nisso 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 evolua 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.

Na esteira desse entendimento doutrinário, cremos que a prognose formulada pela entidade recorrida, com base na conduta anterior do recorrente que lhe originou a condenação penal, no sentido de que a permanência do recorrente na RAEM conduz ao efectivo perigo para a segurança ou ordem pública da RAEM, uma vez que o emprego ilegal não só ofende o bem jurídico que consiste no direito ao emprego dos residentes da RAEM e daqueles que tiverem sido legalmente autorizados para trabalhar na RAEM, como também enfraquece, senão neutraliza o esforço e o controlo, por parte das autoridades competentes para a manutenção da segurança pública e ordem pública, daqueles que aqui se encontram a permanecer, por falta de elementos para saber a que título todos os não residentes permanecem em Macau.

Ao formular o juízo sobre a existência do perigo efectivo, a Administração está a actuar dentro da área de livre apreciação concedida por lei à Administração e a decidir uma matéria que escapa ao controlo jurisdicional desde que não haja erro grosseiro e manifesto.

É de improceder portanto o recurso.

Em conclusão:

4. O acto administrativo considera-se fundamentado quando o administrado, colocado na posição de um destinatário normal – o *bonus pater familiae* de que fala o artº 480º/2 do Código Civil – possa ficar a conhecer as razões factuais e jurídicas que estão na sua génese, de modo a permitir-lhe optar, de forma esclarecida, entre a aceitação do acto ou o accionamento dos meios legais de reacção, e de molde a que, nesta última circunstância, o tribunal possa também exercer o efectivo controle da legalidade do acto, aferindo o seu acerto jurídico em face da sua fundamentação contextual.
5. A expressão “perigo efectivo para a segurança pública e ordem pública” utilizada no artº 12º/3 da Lei nº 6/2004 é um conceito indeterminado.
6. Não há erro grosseiro e manifesto, portanto jurisdicionalmente insindicável, a actuação de a Administração consistente na interdição de entrada de um não residente, criminalmente condenado na pena de prisão pela prática do crime de emprego ilegal, com fundamento de que a sua conduta representa o auxílio à permanência de forma ilegal de sujeitos sobre os quais não é possível exercer um controlo efectivo da sua actividade na RAEM.

Resta decidir.

III

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam em conferência julgar improcedente o recurso.

Custas pelo recorrente, com taxa de justiça fixada em 6 UC.

Registe e notifique.

RAEM, 27OUT2016

Lai Kin Hong
João A. G. Gil de Oliveira
Ho Wai Neng

Fui presente

*

Mai Man Ieng