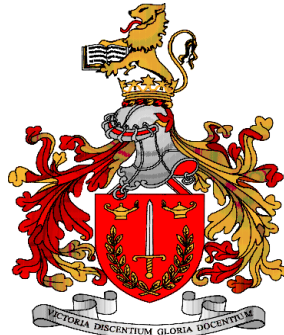


1 INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



7
8
9
10 FÁBIO MANUEL DE NOGUEIRA CAMELO

11
12
13
14
15
16
17 **JURIDICIDADE E MARGEM DE LIVRE DECISÃO POLICIAL:**
18 **UMA CONCILIAÇÃO (IM)POSSÍVEL?**

19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37 **Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente,**
38 **Intendente da PSP**

39
40
41
42
43 LISBOA, 24 DE ABRIL DE 2015



Fábio Manuel de Nogueira Camelo

**JURIDICIDADE E MARGEM DE LIVRE DECISÃO POLICIAL:
UMA CONCILIAÇÃO (IM)POSSÍVEL?**

Dissertação apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna com vista à obtenção do grau de Mestre em Ciências Policiais, elaborada sob a orientação do Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, Intendente da PSP.



Estabelecimento de Ensino: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

Autor: Fábio Manuel de Nogueira Camelo

Título da obra: Juridicidade e Margem de Livre Decisão Policial: uma conciliação (im)possível?

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, Intendente da PSP

Local de edição: Lisboa

Data de edição: 24 de abril de 2015



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32

Aos meus pais pela força incondicional ao longo desta fase tão importante, aos meus irmãos pela energia e alegria que me proporcionaram nos momentos mais difíceis e aos meus avós pelos valores que me transmitiram ao longo destes anos

1 **Agradecimentos**

2

3 Finda mais uma etapa de tão importância e iniciando-se uma carreira profissional,
4 tão aliciante, como é a de um Oficial de Polícia, gostava de dedicar as minhas próximas
5 palavras às pessoas que, de forma direta e indireta, contribuíram para a realização desta
6 humilde dissertação de mestrado em ciências policiais e, conseqüentemente, para o
7 sucesso destes cinco anos de formação.

8 Em primeiro lugar, gostava de agradecer aos meus pais, irmãos e avós pela força
9 incondicional que me deram nos momentos mais complicados, quer no decorrer desta
10 dissertação, quer no início do meu curso.

11 Em segundo lugar, deixo um agradecimento especial ao Professor Doutor Manuel
12 Monteiro Guedes Valente, Intendente da PSP, pela excelente orientação ao longo destes
13 sete meses.

14 Em terceiro lugar, gostaria de agradecer à Chefe Ana Robalo e ao meu primo
15 Miguel Camelo pelo apoio e disponibilidade que demonstraram para esclarecer qualquer
16 dúvida que ia surgindo no decorrer da dissertação.

17 Em quarto lugar, gostava de deixar umas palavras de apreço e de estima para as
18 minhas primas que acompanharam de perto estes cinco anos árduos e trabalhosos no
19 Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

20 Em quinto lugar, gostava de deixar um agradecimento aos meus camaradas
21 Bruno Ratinho, Rui Ferraz e Ana Carvalho pelo trabalho académico realizado no 4.º ano
22 sobre as entregas controladas de estupefacientes, que, em parte, influenciaram a escolha
23 do tema desta dissertação.

24 Em último lugar, mas não menos importante, gostaria de agradecer aos meus
25 colegas e amigos do 27.º CFOP pelos momentos que passamos ao longo de cinco anos
26 no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

27 A todos, o meu muito obrigado pelos contributos!

1 “Hoje, as leis não podem ser a figuração abstracta, até ao milímetro, do que irá ser cada
2 um dos actos administrativos, que apenas lhe acrescentam tempo, lugar e destinatários
3 concretos; não podem ser leis-acto-administrativo-feito-nas-nuvens, à espera de que o
4 administrador as puxe à Terra. Nestes novos domínios, o papel da lei é o de ser um
5 instrumento director e ordenador duma decisão que cabe ao 2.º poder”.

6

7

Rogério Ehrhardt Soares¹

¹ Soares, R. E. (1994, dezembro). Administração Pública e controlo judicial. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3845, p. 226.

1 **Resumo**

2

3 Os tempos em que os cidadãos eram desprovidos de quaisquer direitos, liberdades e
4 garantias fazem parte da história e eram regidos pelo poder do rei que concentrava em si
5 todos os poderes. Com o Estado liberal surgem os primeiros resquícios do princípio da
6 legalidade, hoje conhecido também como princípio da juridicidade com o intuito de
7 delimitar o poder do monarca, em que à época a sua palavra era lei (*A Deo rex, a rege*
8 *lex*).

9 A obediência cega e absoluta à lei e ao Direito, quer pela Administração, quer pelo
10 cidadão não se coaduna com a concepção do homem fraco propenso a errar. Ao
11 legislador, por um lado, é-lhe impossível regular todas as atividades, desde logo pela sua
12 imprevisibilidade. Por outro lado, cabe, também, ao legislador emanar normas gerais e
13 abstratas e não de forma pormenorizada e concreta, dotadas de imperatividade e
14 coercibilidade.

15 O intérprete e aplicador da lei, ou seja, e *in casu* a Autoridade Policial torna-se
16 complicada quando se defronta com atividades não reguladas pelo Direito, ou reguladas
17 deficitariamente deixando uma margem de decisão ou quando os conceitos previstos nas
18 normas jurídicas são imprecisos. Face a estas situações poderá a Autoridade de Polícia
19 Administrativa recorrer à margem de livre decisão policial num Estado de direito e
20 democrático que se funda na legalidade democrática e se subordina à Constituição?

21

22 Palavras-Chave: Polícia, Juridicidade, Margem de Livre Decisão, Discricionariedade e
23 Margem de Livre Apreciação.

24

1 **Abstract**

2

3 There goes the time where the citizens had no rights, freedoms or guarantees, and were
4 ruled by a king which held all powers. With the liberal State appear the first signs of the
5 beginning of lawfulness, today known has the principle of jurisdiction, with the intention of
6 limiting the monarch's power, at a time where his word was the law (*A Deo rex, a rege*
7 *lex*).

8 The blind and absolute obedience to the law, either by the Administration or by the citizen
9 who does not conform to the conception of the weak man, prone to mistakes. It is
10 impossible for the legislator to regulate all activities, due to their inherent unpredictability.
11 Furthermore, it is also the legislator's duty to produce general and abstract norms, and not
12 in a detailed and concrete way, provided with imperative and coercivity.

13 Given this, the authority of the one who applies the law, the Police, becomes complex
14 when it is confronted with situations that are either not regulated, are regulated in an
15 inadequate way, creating a decision gap, or when the concepts laid down on the juridical
16 norms are imprecise. In order to face these situations, can the Administrative Police
17 Authority resort to the police's decision leeway in a democratic rule of law, based on
18 democratic legality and subordinated to the Constitution?

19

20 Keys words: Police, Jurisdiction, Decision Leeway, Discretion and Appreciation Leeway.

1	Índice	
2		
3	<i>Agradecimentos</i>	<i>iv</i>
4	<i>Resumo</i>	<i>vi</i>
5	<i>Abstract</i>	<i>vii</i>
6	<i>Lista de Anexos</i>	<i>xi</i>
7	<i>Lista de Figuras</i>	<i>xi</i>
8	<i>Lista de Quadros</i>	<i>xi</i>
9	<i>Lista de Siglas</i>	<i>xii</i>
10	INTRODUÇÃO	1
11	<i>Apresentação e Justificação do Tema</i>	<i>1</i>
12	<i>Problemática da Investigação</i>	<i>1</i>
13	<i>Objetivos do Estudo</i>	<i>2</i>
14	<i>Método</i>	<i>3</i>
15	CAPÍTULO I	5
16	POLÍCIA, ATIVIDADE DE POLÍCIA E PODERES DE POLÍCIA	5
17	<i>1.1. Introdução Capitular</i>	<i>5</i>
18	<i>1.2. A Polícia na Constituição da República Portuguesa</i>	<i>5</i>
19	1.2.1. Do n.º 1 do Artigo 272.º da CRP.....	<i>7</i>
20	1.2.2. Do n.º 2 do Artigo 272.º da CRP.....	<i>10</i>
21	1.2.3. Do n.º 3 do Artigo 272.º da CRP.....	<i>11</i>
22	1.2.4. Do n.º 4 do Artigo 272.º da CRP	<i>11</i>
23	<i>1.3. Pluralidade dos sentidos de Polícia</i>	<i>12</i>
24	<i>1.4. Caracterização da atividade de polícia e princípios enformadores</i>	<i>17</i>
25	1.4.1. Da ordem e segurança públicas	<i>17</i>
26	1.4.2. Do perigo.....	<i>20</i>
27	(a) perigo concreto vs. perigo abstrato	<i>21</i>
28	(b) perigo objetivo vs. perigo subjetivo.....	<i>22</i>
29	(c) perigo putativo, perigo aparente e suspeita de perigo	<i>22</i>
30	1.4.3. Da prevenção e da repressão	<i>22</i>
31	1.4.4. Da classificação e do controlo	<i>25</i>
32	1.4.5. Princípios enformadores da atividade de polícia.....	<i>26</i>
33	1.4.5.1. Princípio da Prossecução do Interesse Público	<i>26</i>
34	1.4.5.2. Princípio da Igualdade e da Imparcialidade	<i>28</i>
35	1.4.5.3. Princípio da Proporcionalidade	<i>28</i>
36	1.4.5.4. Princípio da Justiça.....	<i>29</i>

1	1.4.5.5. Princípio da Boa-fé	30
2	1.4.5.6. Princípio da Lealdade	30
3	1.5. <i>Poderes de Polícia</i>	30
4	1.5.1. Formas de exercício dos poderes de polícia.....	31
5	1.6. <i>Síntese Capitular</i>	32
6	CAPÍTULO II	33
7	JURIDICIDADE E MARGEM DE LIVRE DECISÃO ADMINISTRATIVA:	
8	ENQUADRAMENTO CONCETUAL	33
9	2.1. <i>Introdução Capitular</i>	33
10	2.2. <i>Do Princípio da Juridicidade</i>	34
11	2.2.1. Da Legalidade à Juridicidade: evolução histórica	34
12	2.2.2. Conteúdo e Objeto do Princípio da Juridicidade	36
13	(a) Conteúdo	36
14	(b) Objeto	37
15	2.2.3. Modalidades do Princípio da Juridicidade.....	38
16	2.2.3.1. Preferência de lei: conteúdo, fundamento e problemas	38
17	(a) Conteúdo	38
18	(b) Fundamento e Problemas	39
19	2.2.3.2. A reserva de lei: fundamento e densificação normativa	41
20	(a) Fundamento	41
21	(b) Densificação Normativa	42
22	2.2.4. Princípio da Juridicidade e os Direitos, Liberdades e Garantias: a reserva de	
23	lei restritiva	43
24	2.3. <i>Da Margem de Livre Decisão Administrativa</i>	45
25	2.3.1. Da Discricionariedade	46
26	2.3.1.1. Controlo da atividade administrativa: caso dos atos administrativos	
27	discionários.....	49
28	2.3.2. Da Margem de Livre Apreciação Administrativa	51
29	2.3.2.1. Controlo da atividade administrativa: o caso dos conceitos legais	
30	indeterminados.....	54
31	2.3.3. Limites à Margem de Livre Decisão Administrativa.....	55
32	2.4. <i>Síntese Capitular</i>	57
33	CAPÍTULO III	59
34	A MARGEM DE LIVRE DECISÃO NA ATUAÇÃO POLICIAL – UMA REALIDADE	
35	INEVITÁVEL(?).....	59

1	3.1. <i>Introdução Capitular</i>	59
2	3.2. <i>Grau de vinculação da Autoridade Policial à lei e ao Direito</i>	60
3	3.2.1. Tese Clássica.....	60
4	3.2.2. Tese Mista Tradicional	61
5	3.2.3. Tese Mista Reelaborada.....	61
6	3.2.4. Tese Negatória da Discricionariedade	62
7	3.3. <i>A Polícia Administrativa e a Margem de Livre Decisão Policial no Estado de</i>	
8	<i>direito</i>	63
9	3.3.1. Arbitrariedade, Discricionariedade e Princípio da Oportunidade	63
10	(a) Arbitrariedade.....	63
11	(b) Discricionariedade.....	63
12	(c) Princípio da Oportunidade	64
13	3.3.2. A Polícia Administrativa e a Margem de Livre Decisão Policial no Estado de	
14	direito – tomada de posição	67
15	3.3.3. As Medidas de Polícia	71
16	3.4. <i>Síntese Capitular</i>	73
17	CONCLUSÃO	75
18	BIBLIOGRAFIA.....	78
19	<i>Referências Bibliográficas</i>	78
20	<i>Legislação</i>	82
21	<i>Jurisprudência consultada</i>	83
22	<i>Sítios da Internet</i>	84
23	ANEXOS.....	85
24		
25		

1	Lista de Anexos	
2		
3	Anexo 1: Tridimensionalidade funcional do conceito de Polícia	85
4	Anexo 2: O sentido funcional de polícia segundo JOÃO RAPOSO.....	87
5	Anexo 3: O hexágono da trilogia da prevenção criminal e a tridimensionalidade funcional	
6	da Polícia.....	88
7	Anexo 4: Visão metódica do procedimento jurídico-constitucional de restrição de direitos	
8	89
9		
10		
11	Lista de Figuras	
12		
13	Figura 1: Sentido Funcional de Polícia na perspectiva de MANUEL VALENTE.....	85
14	Figura 2: Representação topológica da hexagonia da prevenção e a tridimensionalidade	
15	funcional de Polícia na perspectiva de MANUEL VALENTE.....	88
16		
17		
18	Lista de Quadros	
19		
20	Quadro 1: Tridimensionalidade do sentido material ou funcional de Polícia e conceito de	
21	medidas de polícia segundo MANUEL VALENTE	86
22	Quadro 2: Sentido funcional de polícia na perspectiva de JOÃO RAPOSO.....	87
23	Quadro 3: Visão metódica do procedimento jurídico-constitucional de restrição de direitos	
24	89
25		
26		
27		

- 1 **Lista de Siglas**
- 2
- 3 AR – Assembleia da República
- 4 CC – Código Civil
- 5 CCP – Código dos Contratos Públicos
- 6 CP – Código Penal
- 7 CPA – Código de Procedimento Administrativo
- 8 CPP – Código de Processo Penal
- 9 CPTA – Código de Procedimento dos Tribunais Administrativos
- 10 CRP – Constituição da República Portuguesa
- 11 DLG's – Direitos, Liberdades e Garantias
- 12 DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem
- 13 FS's – Forças de Segurança
- 14 GNR – Guarda Nacional Republicana
- 15 JIC – Juiz de Instrução Criminal
- 16 LOPSP – Lei Orgânica da Polícia de Segurança Pública
- 17 LOSTA – Lei de Organização do Supremo Tribunal Administrativo
- 18 LSI – Lei de Segurança Interna
- 19 MP – Ministério Público
- 20 OPC's – Órgãos de Polícia Criminal
- 21 PGR – Procuradoria-Geral da República
- 22 PNLVERAZ – Programa Nacional de Luta e Vigilância Epidemiológica da Raiva Animal e
- 23 Outras Zoonoses
- 24 PSP – Polícia de Segurança Pública
- 25 RGCO – Regulamento Geral das Contraordenações
- 26 RGR – Regulamento Geral do Ruído
- 27 SICAFE – Sistema de Identificação e Registo de Caninos e Felinos
- 28 STA – Supremo Tribunal Administrativo
- 29 TC – Tribunal Constitucional
- 30 TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte
- 31 TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul
- 32 TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

INTRODUÇÃO

Apresentação e Justificação do Tema

Em tempos distantes, a atuação policial caracterizava-se por ser iminentemente arbitrária. O seu regime estava “subtraído à lei e [era] regido pelas vicissitudes e circunstâncias do bem comum e da segurança pública”². Vivíamos, portanto, num Estado onde a proteção jurídica dos direitos pessoais, bem como as vias judiciais para a proteção desses mesmos direitos era inexistente. Também, à época não vigorava o princípio da separação dos poderes legislativo, executivo e judicial, estando estes centrados na figura do rei.

Contudo, com o culminar da Revolução Francesa, com a qual se inscreveram os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, começou-se a verificar uma tendência para limitar o poder de polícia, “submetendo-o ao Direito definido nas declarações dos direitos do homem”³. Desta feita, o “«Estado de polícia» [tendia] a ceder a uma nova forma donde o arbitrário [era] proscrito, o «Estado jurídico» ou de «Direito»”⁴.

Com a afirmação do Estado de direito material social e democrático, surge uma das maiores questões do Direito Administrativo: a sobrevivência (ou não) da margem de livre decisão administrativa, e em caso afirmativo, a sua conciliação dessa liberdade atribuída à Administração com a observância do princípio basilar do Estado de direito, o princípio da juridicidade.

Problemática da Investigação

Face ao exposto, com a presente dissertação realizada na área das ciências policiais e na área das ciências jurídicas e intitulada de *Juridicidade e Margem de Livre Decisão Policial: uma conciliação (im)possível?*, pretende-se averiguar no Estado de direito e democrático a aceitação da margem de livre decisão, quer na Administração Pública, em geral, quer na polícia de natureza administrativa, em especial, tendo em conta a subordinação destes organismos ao princípio da juridicidade.

² Caetano, M. (1996). *Manual de Direito Administrativo* (6.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, p.1147.

³ Caetano, M. (1996). *Manual...*, (6.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, p.1147.

⁴ Caetano, M. (1996). *Manual...*, (6.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, p.1147.

1 Do exposto resulta o cerne (ou a problemática) do nosso trabalho de investigação:
2 Estando a Polícia subordinada ao princípio da vinculação funcional, conforme
3 artigo 272.º da CRP e ao princípio da juridicidade segundo artigos 266.º e 272.º,
4 n.º 1 e 2 da CRP e artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)
5 será (in)admissível à Polícia, enquanto polícia administrativa recorrer à margem
6 de livre decisão nas suas atuações?

7 Definida a questão de partida que vai nortear toda a nossa investigação, cabe-nos
8 agora delinear algumas questões derivadas que nos vão ajudar a dar resposta ao objeto
9 de estudo (problemática) definido, que entre as quais destacamos:

- 10 • Perante conceitos (legais) indeterminados pode a polícia administrativa recorrer à
11 margem de livre apreciação?
- 12 • Poderá a polícia administrativa recorrer à margem de livre decisão no decorrer da
13 sua atuação?
- 14 • Qual o grau de vinculação da Autoridade Policial à lei e ao Direito?
- 15 • Sendo uma das características das medidas de polícia administrativa o princípio
16 da tipicidade legal, haverá alguma margem de livre decisão na sua aplicação?

18 **Objetivos do Estudo**

19
20 Definida a questão de partida e as conseqüentes perguntas derivadas, é nosso
21 intuito, ao longo do trabalho de investigação estudar a aceitação entre o conceito de
22 margem de livre decisão policial e o princípio da juridicidade, e, por conseqüência, o grau
23 de vinculação da Autoridade Policial à lei e ao Direito.

24 Além deste objetivo geral, propomo-nos ainda a cumprir os seguintes objetivos
25 operacionais:

- 26 ➤ analisar a evolução do conceito de Polícia;
- 27 ➤ identificar os princípios a que a Polícia está submetida;
- 28 ➤ explicar o significado de margem de livre decisão, discricionariedade e
29 margem de livre apreciação;
- 30 ➤ analisar a evolução e conteúdo do princípio da juridicidade;
- 31 ➤ compreender o conteúdo do princípio da oportunidade;
- 32 ➤ compreender o grau de vinculação da Autoridade Policial à lei e ao Direito;
- 33 ➤ analisar a aceitação da margem de livre decisão policial na aplicação das
34 medidas de polícia administrativa.

35

1 Método

2

3 No que concerne ao método, a presente dissertação compreende uma
4 componente eminentemente teórica, de pendor descritivo, onde será pretendido “estudar,
5 compreender e explicar a situação actual do objecto de investigação”⁵, sendo a atitude
6 crítica e permanente de revisão do conhecimento científico um propósito a alcançar⁶.

7 Por forma a trilharmos os caminhos para atingir os objetivos identificados,
8 recorreremos ao método exegético, na medida em que procuramos “encontrar uma solução
9 em resultado da interpretação das normas jurídicas”⁷, ao método dialético, onde
10 confrontamos as teses de vários autores, para que possamos adotar a nossa posição,
11 fundamentando-a, e ao método hermenêutico, também ele interpretativo, por forma a
12 compreender os diversos textos e artigos científicos.

13 Em suma, “a investigação científica [...] há-de fazer-se por meio de três
14 dimensões: interpretativa, sistemática e crítica. Nenhuma se exclui entre si; cada uma,
15 pelo contrário, enlaça e depende das outras”⁸.

16 Quanto à estrutura da nossa dissertação, esta apresenta uma estrutura clássica,
17 compreendendo a introdução, o desenvolvimento e a conclusão, sendo que o busilis do
18 nosso trabalho se encontra explanado ao longo do desenvolvimento. Para o efeito,
19 apresentamos 3 Capítulos, todos eles interligados, de modo a dar sentido ao trabalho
20 desenvolvido.

21 Num primeiro momento, procuramos definir o instituto jurídico da Polícia,
22 enquadrando-a na CRP e analisando a evolução do conceito até aos nossos dias. Cabe-
23 nos, ainda neste momento, caracterizar a atividade de polícia administrativa enunciando
24 os seus princípios enformadores e analisar a expressão de «poderes de polícia». Desta
25 feita, cumpre-nos, também e, sobretudo, analisar os conceitos atinentes à atividade de
26 polícia para que os leitores menos familiarizados nesta temática possam entender de
27 forma profícua a nossa posição expressa no último Capítulo.

28 No segundo momento, cabe-nos refletir sobre os conceitos de legalidade e/ou
29 juridicidade, margem de livre decisão, discricionariedade e margem de livre apreciação.
30 Explicamos a relação destes conceitos na atividade administrativa em geral e abordamos,
31 ainda, a questão do controlo da atividade administrativa, pois, como havemos de ver
32 caberá às Autoridades Policiais, em primeira instância, e aos Tribunais, em última

⁵Carmo, H. & Ferreira, M. M. (2009). *Metodologia de Investigação – Guia para Auto-aprendizagem* (2.ª ed.). Lisboa: Universidade Aberta, p. 231.

⁶ Cfr. Santo, P. E. (2010). *Introdução à Metodologia das Ciências Sociais – Génese, Fundamentos e Problemas* (1.ª ed.). Lisboa: Edições Sílabo.

⁷ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia: novos paradigmas de segurança e liberdade*. Coimbra: Almedina, p. 21.

⁸ Silva, G. M. (2012). *Introdução ao Estudo do Direito* (4.ª ed.). Lisboa: Universidade Católica, p. 19.

1 instância, se pronunciarem sobre a legalidade dos atos administrativos e à Administração
2 Pública sobre o mérito desses mesmos atos, sob pena de colocarmos em causa o
3 princípio da separação dos poderes protegido constitucionalmente no artigo 2.º da CRP –
4 “A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania
5 popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e
6 na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na **separação e**
7 **interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica,**
8 **social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa**”^{9 10}.

9 Ponto obrigatório de análise é a questão dos limites da margem de livre decisão
10 administrativa. Os tempos, em que a discricionariedade livre de lei – que era mais
11 arbitrariedade – era admissível, integra a história, mas não raros são os casos que se
12 discute e debate uma atuação policial discricionária livre de lei. Um Estado de direito e
13 democrático, que se funda na legalidade democrática e se subordina à Constituição¹¹,
14 afasta (ou deve afastar) toda a discricionariedade livre de lei. A discricionariedade, como
15 iremos ver ao longo do segundo Capítulo, apenas é admissível quando a lei o admita e
16 dentro dos limites desta, sob pena de estarmos a praticar atos ilegais.

17 No terceiro momento, cabe-nos responder à nossa questão de partida,
18 procurando perceber se é ou não admissível aos agentes de autoridade gozarem de
19 certa margem de livre decisão, e se sim, em que medida esta margem é aceite.
20 Abordamos algumas teorizações sobre a questão do grau de vinculação da Autoridade
21 Policial à lei e ao Direito e, por fim, apresentamos a nossa posição, fundamentando-a.
22 Para o efeito, analisamos ainda, e neste Capítulo, a aceitação (ou não) da margem de
23 livre decisão nas medidas de polícia administrativa, que se caracterizam, entre outros
24 princípios, pelo princípio da tipicidade legal.

⁹ Negrito nosso.

¹⁰ Cfr. artigo 2.º da CRP.

¹¹ Ver artigo 3.º, n.º 2 da CRP.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29

CAPÍTULO I

POLÍCIA, ATIVIDADE DE POLÍCIA E PODERES DE POLÍCIA

1.1. Introdução Capitular

Nos últimos anos temos assistido a “momentos de mudança e de assunção definitiva da democracia como exercício efectivo e diário de direitos e liberdades fundamentais pessoais consagrados na nossa Constituição democrática de 1976”¹². Resultado disso é a atual sistematização constitucional da Polícia e a sua respetiva função “como uma das tarefas de garantia da soberania”¹³.

Desta feita, e neste primeiro Capítulo, cumpre-nos abordar de forma sumária o instituto jurídico da Polícia, abordando essencialmente 4 aspetos fundamentais: o conceito constitucional de Polícia, a polissemia do vocábulo em análise, a caracterização da atividade de polícia e seus princípios enformadores, e o significado da expressão «poderes de polícia».

1.2. A Polícia na Constituição da República Portuguesa

A constitucionalização da missão da Polícia, como nos esclarece MANUEL VALENTE pode ser vista de diversas formas e prismas, sendo que “a sua integração sistemática no Título da Administração Pública pode limitar a dimensão e extensibilidade da [...] subordinação da Polícia à axiologia constitucional regente do Estado”¹⁴. Este é o perigo com que nos podemos debater, se não atendermos a norma jurídico-constitucional “como um labor legítimo no quadro normativo e sociológico”^{15 16}.

¹² Valente, M. M. G. (2012). Os Desafios Emergentes de uma Polícia de um Estado de direito e democrático. *Politeia*, 9, p. 256.

¹³ Valente, M. M. G. (2012). Os Desafios Emergentes..., p. 256.

¹⁴ Valente, M. M. G. (2012). Os Desafios Emergentes..., p. 256.

¹⁵ Valente, M. M. G. (2012). Os Desafios Emergentes..., p. 256.

¹⁶ Segundo MANUEL VALENTE, nos dias de hoje, impõe-se à Polícia, por um lado, que atue “sempre que a legalidade democrática, a segurança interna e os direitos dos cidadãos estejam a ser lesados ou colocados em perigo de lesão por condutas humanas individuais ou coletivas, incluindo o próprio Estado”, mas por outro lado, impõe-se a esta, que seja “o rosto da marca constitucional plasmada nos princípios gerais da nossa democracia, desde logo devem ser a marca da legitimidade sociológica – vontade do povo que se desenvolve para a vontade do cidadão [...] – e a materialização do primado de um *Estado de direitos humanos*, que

1 De facto, o artigo 272.º da CRP enquadra-se sistematicamente no Título IX
2 referente à Administração Pública, o que nos poderia levar a dizer, que este artigo
3 apenas faz referência à polícia administrativa. No entanto, a fim de melhor entendermos a
4 norma jurídica, não devemos ficar por uma simples interpretação sistemática. É
5 necessário fazermos também uma interpretação lógica¹⁷ recorrendo ao elemento racional
6 ou teleológico – “fim visado pelo legislador ao fazer a lei, na razão de ser da lei (*ratio*
7 *legis*)”¹⁸ – e ao elemento histórico¹⁹ – normalmente utilizado para reforçar “o elemento
8 racional ou [para preencher] a sua ausência”²⁰. Impõe-se, como defende MANUEL
9 VALENTE²¹, uma interpretação que respeite e promova a *ratio iuris*.

10 Corroborando a ideia de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, os princípios
11 previstos no artigo 272.º da CRP são “princípios gerais aplicáveis a todos os tipos de
12 polícia”²², de forma a abranger: (a) a *polícia administrativa* em sentido restrito; (b) a polícia
13 de segurança [ou polícia administrativa geral]; [e,] (c) a *polícia judiciária*²³. No nosso
14 entender, e seguindo a linha de pensamento de MANUEL VALENTE²⁴, o artigo 272.º da
15 CRP além de enquadrar o plano jurídico-administrativo (polícia administrativa geral e
16 especial) e o plano jurídico-criminal (polícia judiciária), enquadra também, a polícia de
17 ordem e tranquilidade pública.

18 Esta constitui, assim, a primeira conclusão que podemos retirar da análise do
19 artigo 272.º da CRP, a que MANUEL VALENTE²⁵ define de tridimensionalidade funcional
20 que densifica o quadro orgânico e formal de cada Polícia²⁶.

encontra na liberdade, na justiça e na solidariedade os valores inabaláveis e inalienáveis de uma democracia assente no pilar do respeito da dignidade da pessoa humana”. Cfr. Valente, M. M. G. (2012). Os Desafios Emergentes..., pp. 256-257.

¹⁷ Quanto à temática da interpretação e integração das leis aconselhamos a leitura de Silva, G. M. (2012). *Introdução ao Estudo...*, pp. 246-272 e Telles, I. G. (2010). *Introdução ao Estudo de Direito* (11.ª ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora, pp. 235-273.

¹⁸ Silva, G. M. (2012). *Introdução ao Estudo...*, p. 261.

¹⁹ Cfr. nos esclarece INOCÊNCIO GALVÃO TELLES o Direito que hoje nos regula tem atrás de si um longuíssimo passado. O legislador, no entender do autor apenas se limita a reproduzir preceitos anteriores ou aperfeiçoá-los em si ou na sua coordenação. Quando interpretamos uma lei devemos sempre atender ao contexto político em que a mesma foi “construída” e devemos também atender à evolução da mesma lei ao longo dos tempos.

²⁰ Silva, G. M. (2012). *Introdução ao Estudo...*, p. 262.

²¹ Cfr. Valente, M. M. G. (2015). *Prova Penal. Estado democrático de direito*. Lisboa: Letras e conceitos, lda.

²² No que se refere aos vários sentidos da palavra «Polícia» abordaremos com mais afinco no ponto 1.3. do presente Capítulo (pp. 12-17).

²³ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (3.ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora, p. 955.

²⁴ Cfr. Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia: Prevenção Criminal e Acção Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

²⁵ Cfr. Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*

²⁶ Ver Anexo I, Figura 1.

1 **1.2.1. Do n.º 1 do Artigo 272.º da CRP**

2
3 Analisando o n.º 1 do mesmo artigo, podemos também aferir que o conceito de
4 Polícia apresenta-se tendencialmente funcional e teleológico, pois “acentua a forma de
5 acção ou actividade da Administração destinada à defesa da legalidade democrática, da
6 segurança interna e dos direitos dos cidadãos”²⁷, constituindo estes fins, todos os
7 “interesses gerais, protegidos por lei, que possam ser sujeitos a um risco de dano por
8 condutas individuais cuja perigosidade seja controlável através do exercício de
9 competências administrativas”²⁸. Porém, apesar desta conceção ampla, a atividade de
10 polícia, como nos ensina VALENTE DIAS “só poderá desenvolver-se quando existam
11 tarefas de polícia, devendo, por isso, subordinar-se ao princípio da vinculação funcional,
12 enunciado [também] no artigo 272.º, n.º 1”²⁹.

13 Além do conceito funcional ou teleológico evidenciado no artigo em análise,
14 podemos ainda afirmar, pelo facto de a Polícia se inserir no âmbito da Administração
15 Pública, a existência de um conceito orgânico de Polícia, isto é, “o conjunto de órgãos e
16 institutos encarregados da actividade de polícia”³⁰.

17 Outro aspeto relevante que o n.º 1, do artigo 272.º da CRP, suscita prende-se com
18 o facto de sabermos quais são os órgãos do Estado, titulares da função de Polícia, visto
19 que a Constituição limita-se apenas “a consagrar a competência geral do Governo para a
20 defesa da legalidade democrática”³¹ – artigo 199.º, alínea f) da CRP³². Contudo, a função
21 da Polícia é uma função da Administração, o que nos leva a concluir, que não será
22 apenas o Governo, o titular da função de fiscalização da Polícia, mas também os órgãos
23 das regiões autónomas e os órgãos do poder local – cfr. artigo 227.º, n.º1, alínea g) da
24 CRP.³³

25 No que diz ainda respeito ao n.º 1, do artigo 272.º da CRP, importa, por último,
26 dissecar os fins constitucionais de Polícia: defender a legalidade democrática, garantir a
27 segurança interna e os direitos dos cidadãos³⁴.

28 O conceito de legalidade democrática manifesta-se em outros artigos da
29 Constituição, nomeadamente, nos artigos 3.º, n.º 2, 199.º, alínea f), 202.º, n.º 2 e 219.º,

²⁷ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 955.

²⁸ Correia, S. (1994). Polícia. In Fernandes, J. *Dicionário Jurídico da Administração Pública* (Vol. VI, pp. 393-408). Lisboa, p. 402.

²⁹ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 42.

³⁰ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 955.

³¹ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 955.

³² Artigo 199.º da CRP: Compete ao governo, no exercício de funções administrativas: (...) f) Defender a legalidade democrática;

³³ Cfr. nos elucida GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, às regiões autónomas e às autarquias locais impõe-se duas exigências fundamentais: exclusivo âmbito territorial regional ou municipal e respeito das competências próprias das autoridades do Estado.

³⁴ Sobre este ponto não é nosso intento escapelizar cada um dos fins constitucionais de Polícia, mas tão só elencá-los e abordá-los de forma genérica.

1 n.º 1. Mas, nem por isso, apresenta contornos bem definidos. Em primeiro lugar, a
2 distinção feita entre “defesa da legalidade democrática e garantia da segurança interna
3 mostra que a primeira não coincide com a função tradicional de defesa da «ordem
4 pública»”³⁵, onde incluímos a defesa da tranquilidade, da segurança e da salubridade.
5 Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “o sentido mais consentâneo com o texto
6 global do preceito estará, porventura, ligado à ideia de garantia de respeito e
7 cumprimento das leis em geral, naquilo que concerne à vida da colectividade”³⁶. Desta
8 feita, o artigo 272.º, n.º 1 da CRP quando elenca a defesa da legalidade democrática
9 como uma função de Polícia, significa, citando MANUEL VALENTE, que a Polícia, uma das
10 faces da autoridade do Estado está “submetida à lei em geral, de acordo com o princípio
11 da legalidade ou, mais amplamente, o princípio da juridicidade”³⁷, o que equivale a dizer
12 que às Polícias “de um *Estado de direito material social democrático* [cabe] defender,
13 respeitar e promover a assumpção concreta da ordem jurídica *legítima, válida, vigente e*
14 *efectiva*”³⁸.

15 Quanto ao conceito de segurança interna encontramos plasmado no artigo 1.º, n.º
16 1 da Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto, (Lei de Segurança Interna) como “a actividade
17 desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas,
18 proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o
19 normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos,
20 liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade
21 democrática”³⁹. Como nos ensina AZEREDO LOPES, o conceito de segurança interna
22 elencado na LSI “encontra-se obsoleto e necessita de ser alterado para que se adegue
23 ao que, hoje, se sente quanto à formação das forças de segurança, encontrando-se estas
24 dotadas de uma competência a anos-luz da que estávamos habituados a ver”⁴⁰. Por outro
25 lado, MANUEL VALENTE entende que a segurança interna não deve apenas ser vista como
26 uma atividade/tarefa desenvolvida pelo Estado, como decorre da LSI. O autor defende
27 que o conceito de segurança interna é *poliédrico*⁴¹ não se esgotando no conceito
28 aprovado em 1987, que aprovou a primeira LSI. Nos dias de hoje, segundo MANUEL
29 VALENTE, a segurança interna deve ser vista como “um bem essencial ao
30 desenvolvimento harmonioso da sociedade, uma necessidade real e cognitiva colectiva e

³⁵ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 955.

³⁶ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 955.

³⁷ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral do Direito Policial* (4.ª ed.). Lisboa: Almedina, p. 147.

³⁸ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 147.

³⁹ Cfr. artigo 1.º, n.º 1 da Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto (Lei de Segurança Interna).

⁴⁰ Lopes, A. in Valente, M. M. G. (2013). *Segurança - Um Tópico Jurídico em Reconstrução* (1.ª ed.). Lisboa: Âncora editora, p. 106.

⁴¹ Cfr. Valente, M. M. G. (2013). *Segurança - Um Tópico...*

1 individual de uma sociedade política e jurídica organizada que representa a natureza de
2 Estado [...], atribuição de todos os entes [...] e função primordial adstrita à Polícia”⁴².

3 Quanto à defesa dos direitos dos cidadãos, o legislador constituinte no artigo
4 272.º, n.º 1 da CRP “não limitou os direitos que a Polícia deve defender e garantir, nem
5 estratificou os destinatários dessa defesa e garantia”⁴³. Assim, pretende-se da Polícia que
6 defenda todos os direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como todos os
7 outros direitos que esta integra por via do artigo 16.º, n.º 2 da CRP⁴⁴. Como escreve
8 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, é função da Polícia “a obrigação de protecção
9 pública dos direitos fundamentais, devendo esta ser articulada com o direito à
10 segurança”⁴⁵ previsto no artigo 27.º, n.º 1 da CRP, dos cidadãos contra agressões de
11 terceiros e até do próprio Estado. No entender destes autores, os direitos dos cidadãos
12 são ao mesmo tempo um limite da atividade de polícia e um dos fins da função de
13 Polícia.

14 A CRP no artigo 9.º, alínea b) consagra ainda a defesa e garantia dos direitos dos
15 cidadãos como uma das tarefas fundamentais do Estado. Na ótica de GOMES CANOTILHO
16 e VITAL MOREIRA, “a Constituição torna claro que as liberdades fundamentais e o Estado
17 de Direito não implicam apenas o seu respeito pelo Estado, mas que constituem também
18 um encargo dele, no sentido de os garantir e de os fazer observar por todos”⁴⁶.
19 Acrescentam ainda, que “não basta uma atitude passiva de sujeição, sendo também
20 necessário uma postura *activa* para os fazer valer como elemento objectivo da
21 sociedade”⁴⁷.

22 No mesmo artigo, o legislador constituinte enumerou também como tarefa
23 fundamental do Estado, concretizada em várias tarefas específicas: o aumento do bem-
24 estar e da qualidade de vida do povo, a igualdade real entre os portugueses, a efetivação
25 dos direitos fundamentais de carácter económico, social e cultural, a transformação e
26 modernização das estruturas económicas⁴⁸. Como defendem os autores, “trata-se, em

⁴² Valente, M. M. G. (2013). *Segurança - Um Tópico...*, p. 150.

⁴³ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 158.

⁴⁴ Quanto a este ponto, é de salientar, que a primeira parte da CRP intitulada de «Direitos e Deveres Fundamentais» “não esgota [...] a matéria e nem sequer a enumeração dos direitos fundamentais”. Miranda, J. (1998). *Manual de Direito Constitucional* (2.ª ed., Vol. IV). Coimbra: Coimbra Editora, p. 128. Em primeiro lugar, como nos ensina JORGE MIRANDA, é porque “os preceitos dispersos na parte II, na parte III e nas disposições finais e transitórias, em conexão com outras matérias, preveem outros direitos ou relevam mais ou menos directamente para o exercício dos direitos ali contemplados”. Miranda, J. (1998). *Manual de Direito...* (2.ª ed., Vol. IV). Coimbra: Coimbra Editora, p. 129. A segunda razão prende-se com o artigo 16.º, n.º 2 da CRP que manda “interpretar e integrar os preceitos constitucionais e legais respeitantes aos direitos fundamentais da DUDH, procedendo à sua recepção formal como conjunto de princípios gerais de Direito internacional elevados a princípios de Direito constitucional português”. Miranda, J. (1998). *Manual de Direito...* (2.ª ed., Vol. IV). Coimbra: Coimbra Editora, p. 129.

⁴⁵ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, pp. 955-956.

⁴⁶ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 93.

⁴⁷ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 93.

⁴⁸ Cfr. Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*

1 resumo, de realizar a democracia económica, social e cultural, a que alude o art. 2º⁴⁹ da
2 CRP.

3 4 **1.2.2. Do n.º 2 do Artigo 272.º da CRP**

5
6 Quanto ao n.º 2, do artigo 272.º da CRP preveem-se “dois importantes princípios
7 materiais relativamente às medidas de polícia”^{50 51}. Por um lado, devem ser as previstas
8 na lei – princípio da legalidade⁵² –, por outro, quando aplicadas devem “obedecer aos
9 requisitos da necessidade, da exigibilidade [subsidiariedade e indispensabilidade] e da
10 proporcionalidade [*stricto sensu*]⁵³ – princípio da proporcionalidade *lacto sensu*.

11 O primeiro princípio, como nos elucida GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA
12 “significa que os actos de polícia, além de terem um fundamento necessário na lei,
13 devem ser medidas ou procedimentos individualizados e com conteúdo suficientemente
14 definido na lei, independentemente da natureza das medidas”⁵⁴ (e. g. regulamentos
15 gerais emanados pelas Autoridades Policiais, medidas de coerção, operações de
16 vigilância, decisões concretas e particulares, como são as autorizações e as licenças
17 concedidas).

18 Já o segundo princípio, significa que “o emprego de medidas de polícia deve ser
19 sempre justificado pela estrita necessidade e que não devem nunca utilizar-se medidas
20 gravosas quando medidas mais brandas seriam suficientes para cumprir a tarefa”⁵⁵.

⁴⁹ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 93.

⁵⁰ Quanto ao conceito de medidas de polícia aconselhamos a leitura de: Raposo, J. (2005). *Autoridade e Discricionariedade: a conciliação impossível?*, (Lição Inaugural do Ano Lectivo 2005/2006). Lisboa: Publicações do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, p. 3. Canas, V. (2012). Os limites gerais da actividade de polícia. In Gouveia, J. (Coord.). *Estudos de Direito e Segurança* (Vol. II, pp. 449-469). Coimbra: Almedina, pp. 450-456 e Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, pp. 68-69. Na nossa dissertação desenvolvemos também o conceito de medidas de polícia no ponto 1.3. (pp. 12-17) e 3.3.3. (pp. 71-73). Ver, também, Anexo I, Quadro 1.

⁵¹ Filho, A. G. (2003). Poder de Polícia e a limitação da liberdade física individual. In Miranda, J. (Regente). *Estudos de Direito de Polícia: Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002* (Vol. II, pp. 7-96). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 24.

⁵² No n.º 2, do artigo 272.º da CRP identificam-se de forma clara dois corolários do princípio da legalidade. Em primeiro lugar, a tipicidade, pois, como ensina GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA as medidas de polícia devem ser procedimentos individualizados e com conteúdo suficiente definido na lei. Em segundo lugar, a irretroatividade da lei, que por força do disposto no artigo 12.º do CC, o princípio geral, quando a lei nada diz, é o de que a lei só se dispõe para o futuro correspondendo, desta forma, “à essência da lei, enquanto reguladora de condutas humanas, e que por isso não as pode regular antes da sua entrada em vigor”. Cfr. Silva, G. M. (2012). *Introdução ao Estudo...*, p. 169. Quanto a este corolário, a Constituição não proíbe a retroatividade da lei, pois como nos esclarece GERMANO MARQUES DA SILVA é na “perspectiva dinâmica da vida social e no pressuposto de que o Direito novo é melhor Direito do que o antigo que é admitida a aplicação retroativa das leis, salvo em casos excepcionais relativos ao Direito Penal” – artigo 29.º da CRP. Cfr. Silva, G. M. (2012). *Introdução ao Estudo...*, p. 169.

⁵³ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 43.

⁵⁴ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 956.

⁵⁵ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 956.

1 **1.2.3. Do n.º 3 do Artigo 272.º da CRP**

2
3 Quanto ao n.º 3 do artigo em análise, este faz referência à prevenção dos crimes
4 como função da Polícia. Na ótica de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, é nesta função
5 que podemos enquadrar a vigilância e a prevenção criminal [*stricto sensu*], sendo que na
6 vigilância⁵⁶ “procura-se impedir que sejam transgredidas as limitações impostas pelas
7 normas e actos das autoridades para defesa da segurança interna, da legalidade
8 democrática e direitos dos cidadãos”⁵⁷ e na prevenção dos crimes procura-se adotar
9 medidas adequadas para fazer face a certas infrações de natureza criminal, não podendo
10 recorrer a procedimentos limitativos de direitos fundamentais, à exceção dos previstos na
11 CRP. Segundo os autores GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, estas “serão apenas
12 medidas de protecção de pessoas e bens, vigilância de indivíduos e locais suspeitos”⁵⁸ e
13 nunca medidas limitativas de DLG’s.

14 Outro aspeto que podemos elencar no n.º 3 prende-se com as regras gerais sobre
15 Polícia, conceito pouco objetivo onde suscita alguma margem de apreciação. Quanto a
16 este vocábulo podemos extrair: os princípios materiais e constitucionais de polícia (estes
17 últimos previstos no artigo 266.º da CRP conjugados com os princípios gerais do Estado
18 – artigos 1.º, 2.º, 3.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 12.º, 13.º, 16.º e 18.º da CRP – e os princípios
19 regentes de efetividade dos DLG’s – artigos 24.º e ss. da CRP); a subordinação ao
20 princípio da vinculação funcional; as regras muito estritas quanto ao uso da arma de
21 fogo⁵⁹; e, por último, a sujeição ao princípio da responsabilidade do Estado elencado no
22 artigo 22.º da CRP⁶⁰.

23
24 **1.2.4. Do n.º 4 do Artigo 272.º da CRP**

25
26 Resta-nos analisar, com brevidade, o n.º 4, do artigo 272.º da CRP que apenas
27 prevê uma parte da polícia, denominadas por FS’s ou polícia de segurança, que vêm

⁵⁶ Segundo MANUEL VALENTE, a função de vigilância consigna mesmo a principal função da Polícia: “prevenir quaisquer lesões ou perigos de lesão da ordem e tranquilidade públicas, administrativas e criminais, praticadas directa ou indirectamente pelo ser humano ou emergentes de erros de acção e omissão do ser humano”. Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 152. Quanto à função de vigilância desenvolvemos com mais afinco no ponto 1.4.3. (p. 23).

⁵⁷ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 956.

⁵⁸ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, pp. 956-957.

⁵⁹ Porque interfere diretamente com direitos tão essenciais como o direito à vida e à integridade [física], pessoal, não pode deixar de ser enquadrado juridicamente com o cuidado que o uso da força, nomeadamente contra pessoas, sempre justifica. Cfr. Nunes, H. (2003). O recurso a armas de fogo como forma de coacção administrativa. In Miranda, J. (Regente). *Estudos de Direito de Polícia: Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002* (Vol. II, pp. 97-157). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

⁶⁰ Artigo 22.º da CRP: O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

1 previstas no artigo 25.º da LSI (Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto) e nas demais Leis
2 Orgânicas, como é o caso da PSP – artigo 1.º, n.º 1 da LOPSP (Lei n.º 53/2007, de 31 de
3 agosto). “No disposto em comento, sobressaem-se dois princípios que importam em duas
4 regras distintas: o princípio da reserva de lei⁶¹ para a organização das FS's e o princípio
5 da unidade de organização destas para todo o território nacional”⁶².

7 **1.3. Pluralidade dos sentidos de Polícia**

9 O conceito de Polícia não se oferece fácil, porque o vocábulo em causa apresenta
10 uma série de significados. Esta “pluralidade resulta, antes de mais, da diversidade do
11 conceito de polícia nos direitos continentais de regime administrativo [onde existe um
12 Direito Administrativo de origem Napoleónica, onde a polícia acaba por ser encarada
13 como um dos modos típicos da atividade administrativa] e nos direitos anglo-saxónicos
14 [onde a polícia se caracteriza por ser um sistema altamente descentralizado de forças de
15 manutenção da ordem, tendo cada uma delas autoridade independente]”⁶³.

16 Esta pluralidade deve-se, também, ao facto de haver necessidade de distinguir um
17 conceito material, de um conceito institucional ou orgânico e de um conceito formal de
18 polícia.

19 No que toca ao *sentido material de polícia*, este é concebido como “a actividade
20 da Administração Pública que consiste na emissão de regulamentos e na prática de actos
21 administrativos e materiais que controlam condutas perigosas dos particulares com o fim
22 de evitar que estas venham ou continuem a lesar bens sociais cuja defesa preventiva
23 através de actos de autoridade seja consentida pela Ordem Jurídica”⁶⁴. Para JOÃO
24 RAPOSO, numa conceção mais jurídico-operativa, entende-se por polícia em sentido
25 material “os actos jurídicos e as operações materiais⁶⁵ desenvolvidas por certas
26 autoridades administrativas – as autoridades policiais – e respectivos agentes de
27 execução, com vista a prevenir a ocorrência de situações socialmente danosas, em
28 resultado de condutas humanas imprevidentes ou ilícitas”⁶⁶. Contudo, como ensina

⁶¹ Dizer que as FS's se subordinam ao princípio da reserva de lei, significa dizer que cabe à Lei estabelecer o regime destas. Este facto é corroborado também pela Constituição ao estabelecer a competência exclusiva nesta matéria à AR, conforme artigo 164.º, alínea u) da CRP.

⁶² Filho, A. G. (2003). Poder de Polícia..., (Vol. II, pp. 7-96). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 26.

⁶³ Brito, M. N. (2013). Direito de Polícia. In Otero, P., & Gonçalves P. (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo Especial* (Vol. I, pp. 281-456). Coimbra: Almedina, p. 281.

⁶⁴ Correia, S. (1994). Polícia. In Fernandes, J. *Dicionário...*, (Vol. VI, pp. 393-408). Lisboa, p. 393.

⁶⁵ Quanto aos conceitos de atos jurídicos e operações materiais o autor na sua obra esclarece a sua diferenciação. Ver Raposo, J. (2006). *Direito...*, p. 27. Para esta temática ver também Correia, S. (1994). Polícia. In Fernandes, J. *Dicionário...*, (Vol. VI, pp. 393-408). Lisboa, pp. 394-395.

⁶⁶ Raposo, J. (2006). *Direito...*, pp. 26-27.

1 MANUEL VALENTE⁶⁷, estes conceitos de polícia em sentido material devem ser mais
2 abrangentes tendo por base o quadro jurídico-constitucional emergido da CRP de 1976.
3 Assim, no entender de PAULO CAVACO, a polícia em sentido material deve ser concebida
4 como uma atividade administrativa especial⁶⁸ destinada aos fins constitucionais previstos
5 no n.º 1, do artigo 272.º da CRP.

6 No âmbito desta concetualização, MANUEL VALENTE⁶⁹ defende que o sentido
7 funcional de polícia pode sintetizar-se em três quadrantes diferentes de acordo com o
8 desenho constitucional nos n.º 1 e 2, do artigo 272.º da CRP⁷⁰.

9 O primeiro quadrante, denominado de **polícia de ordem e tranquilidade pública**,
10 encontra-se “dentro da função de garantia de segurança interna consagrada no n.º 1 do
11 art. 272.º da CRP”⁷¹, à qual encabeça as “designadas **medidas puras de polícia**, que
12 são ordenadas pela Autoridade de Polícia e/ou promovidas pelos Agentes de Polícia que
13 estão subordinados àquela Autoridade, que exercem uma função de comando e/ou
14 direção”⁷². Estas medidas, conforme decorre dos artigos 26.º e 28.º da LSI podem ser
15 “**medidas (gerais) de polícia**”⁷³ – identificação de pessoas suspeitas, interdição
16 temporária de acesso e circulação, evacuação ou abandono temporários, etc. – ou
17 “**medidas especiais de polícia**”⁷⁴ – revistas e buscas para detetar armas, apreensão
18 temporária de armas, encerramento temporário de paióis, etc.

19 O segundo quadrante prende-se com a chamada “**polícia de natureza**
20 **administrativa**”⁷⁵ que tem como competência a prática de medidas preventivas
21 administrativas ou medidas cautelares de polícia administrativa, sendo elas, por exemplo,
22 “todas as diligências desenvolvidas pela polícia, investida de natureza de autoridade
23 policial ou agente policial, no âmbito do ilícito de ordenação social”⁷⁶ (medidas cautelares
24 administrativas sancionatórias).

25 No terceiro quadrante, encontramos a polícia de natureza judiciária que pode
26 aplicar, por iniciativa própria, – artigo 55.º, n.º 2 e artigos 249.º e ss. do CPP – as

⁶⁷ Cfr. Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*

⁶⁸ O autor PAULO CAVACO considera “a actividade administrativa especial pelo facto de estarmos perante uma actuação de autoridade, pressupondo o exercício de um poder condicionante de actividades alheias, garantido pela coacção”. Cavaco, P. In Caetano, M. (1996). *Manual...*, (6.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, p. 1151.

⁶⁹ Cfr. Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*

⁷⁰ Neste ponto optamos por não apresentar os dois quadrantes de JOÃO RAPOSO na obra *Direito Policial I*, por considerarmos a sua conceção redutora face à CRP. Consideramos a concetualização de MANUEL VALENTE mais adequada ao quadro jurídico-constitucional em vigor. Contudo, apresentamos no Anexo II, Quadro 2, a conceção de JOÃO RAPOSO para que o leitor perceba de forma mais clara o nosso entendimento quanto a esta matéria e a razão da negação da conceção da mesma.

⁷¹ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 68.

⁷² Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 68.

⁷³ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 68.

⁷⁴ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 68.

⁷⁵ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 69.

⁷⁶ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 69.

1 chamadas medidas cautelares e de polícia previstas na legislação processual em vigor⁷⁷
2 ⁷⁸.

3 Quanto ao *sentido orgânico* ou *institucional de polícia* podemos concebê-lo “como
4 todo o serviço administrativo que, nos termos da lei, tenha como tarefa exclusiva ou
5 predominante o exercício de uma actividade policial”⁷⁹. Para JOÃO RAPOSO, a polícia em
6 sentido orgânico diz respeito às “corporações ou corpos integrados no aparelho
7 administrativo público (designadamente estadual) que têm por missão prevenir a
8 ocorrência ou a propagação de situações lesivas dos interesses e valores essenciais da
9 vida em sociedade, se necessário através da força”^{80 81}. É certo, que em todos os
10 ordenamentos jurídicos existem serviços administrativos em que a sua função passa pela
11 prevenção da perigosidade social, à qual denominamos de serviços de polícia.

12 Nestes serviços, é comum distinguir-se entre os meios humanos as autoridades
13 policiais e os agentes de execução. Na esteira de JOÃO RAPOSO, as Autoridades de
14 Polícia “têm natureza jurídica de órgãos administrativos dispendo [...] de competência
15 decisória externa”⁸². No fundo, estas Autoridades, conforme decorre do artigo 26.º da LSI
16 correspondem aos funcionários superiores dos serviços policiais elencados na Lei
17 Orgânica de cada serviço – p. e. , artigo 10.º da LOPSP. Quanto aos agentes de
18 execução, estes correspondem “ao pessoal com funções policiais, a quem cabe
19 coadjuvar as autoridades de polícia no exercício da sua actividade”⁸³.

20 Além do sentido orgânico ou institucional e do sentido material ou funcional,
21 alguns autores ainda consideram o *sentido formal de polícia* que corresponde aos
22 “poderes desenvolvidos pela polícia, em sentido funcional e orgânico”⁸⁴, não apenas no
23 exercício de polícia administrativa mas, também, no exercício da polícia judiciária e de
24 ordem e tranquilidade pública.

⁷⁷ Cfr. Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*

⁷⁸ Quanto a este ponto ver Anexo I, Quadro 1.

⁷⁹ Correia, S. (1994). Polícia. In Fernandes, J. *Dicionário...*, (Vol. VI). Lisboa, p. 406.

⁸⁰ Raposo, J. (2006). *Direito Policial I*. Coimbra: Almedina, p. 25.

⁸¹ Neste ponto, JOÃO RAPOSO alerta para a necessidade de se distinguir os serviços de polícia de autoridades de polícia. Enquanto os primeiros “dependem sempre de uma autoridade de polícia e podem conter nas suas estruturas hierárquicas várias outras autoridades de polícia de grau sucessivamente menor”, as segundas, correspondem aos “órgãos das pessoas colectivas públicas com competência para emanar regulamentos em matéria de polícia e ou para determinar a aplicação de medidas de polícia”. Raposo, J. in Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 72. Quanto a esta matéria aconselhamos ainda a leitura de Brito, M. N. (2013). *Direito de Polícia...*, (Vol. I, pp. 281-456). Coimbra: Almedina, p. 313-315; Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, pp. 65-74; Clemente, P. (1998). *Da Polícia de Ordem Pública*. Lisboa: Edição do Governo Civil de Lisboa, pp. 31 e seguintes; Castro, C. S. (2003). *A questão das polícias municipais*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 293 e seguintes.

⁸² Raposo, J. (2006). *Direito...*, p. 35.

⁸³ Raposo, J. (2006). *Direito...*, p. 35.

⁸⁴ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 76.

1 Por último, a pluralidade do conceito de Polícia está também associada ao fator
2 tempo. Hoje, o significado de Polícia apresenta-se radicalmente diferente do que lhe era
3 dado até ao século XIX⁸⁵.

4 Nesses tempos, o conceito de Polícia tinha um conteúdo muito semelhante ao
5 conceito de «Administração Pública». À época significava toda a ação do Príncipe dirigida
6 a promover o bem-estar e a comodidade dos vassalhos⁸⁶. Esta fase, conhecida por Estado
7 de polícia, “o *jus polítiae* compreendia uma série de normas postas pelo Príncipe⁸⁷ e que
8 se colocava fora do alcance dos tribunais⁸⁸. Desta forma, podemos concluir que o regime
9 de polícia apareceu como um processo eminentemente discricionário, “subtraído à lei e
10 regido pelas vicissitudes e circunstâncias do bem comum e da segurança pública”⁸⁹.

11 Contudo, com a Revolução Francesa, proclamando os valores de igualdade,
12 fraternidade e liberdade, começam a surgir as primeiras tendências para limitar o poder
13 de polícia, tendendo “a ceder a uma nova forma donde o arbitrário é proscrito, o «Estado
14 jurídico» ou «de Direito»”⁹⁰. Assim, “a nova ideia de polícia surge ligada à de ordem
15 pública, deixando de fora toda a actividade administrativa associada à prossecução de
16 outros interesses públicos, fossem eles de carácter económico, social ou outros”⁹¹. Há
17 também, nesta época, uma necessidade de normatizar a polícia elencando o seu
18 objeto, função e finalidade, como nos aparece no Código dos Delitos e das Penas, em
19 França promulgado a 3 do Brumário do ano IV: “A polícia é instituída para manter a
20 ordem pública, a liberdade, a propriedade, a segurança individual. O seu carácter
21 principal é a vigilância. A sociedade em massa é o seu objecto”⁹².

22 Hoje em dia, à Polícia é-lhe atribuído, vários significados dependendo do contexto
23 em que esta é utilizada. Quando falamos em Polícia podemos querer dizer agente de
24 autoridade (indivíduo que desenvolve funções de segurança, ostentando sinais exteriores
25 que o identificam como tal); quando usada no feminino podemos referir às
26 corporações que desenvolvem atividades de segurança – PSP e GNR –, e podemos

⁸⁵ Recuando um pouco mais no tempo, podemos ainda referir que a palavra Polícia é originária do grego *politeia* e significava todas as atividades da cidade-estado. Já na Idade Média, ao longo do período feudal, “o príncipe era detentor de um poder conhecido como *jus polítiae* e que designava tudo o que era necessário à boa ordem da sociedade civil sob autoridade do Estado, em contraposição à boa ordem moral e religiosa, da competência exclusiva da autoridade eclesiástica”. Cretella, J. J. (1986). *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 578.

⁸⁶ Cfr. nos refere Caetano, M. (1996). *Manual...*, (6.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, p. 1145.

⁸⁷ No Príncipe estavam concentrados todos os poderes (supremo administrador e supremo juiz exercendo, assim, tanto a função administrativa como a função judicial), não havendo separação de poderes, nem Estado de direito.

⁸⁸ Lorentz, A. M. (2001). Limites ao Poder de Polícia. In Miranda, J. (Regente). *Estudos de Direito de Polícia: Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002* (Vol. I, pp. 419-492). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 425.

⁸⁹ Lorentz, A. M. (2001). Limites ao Poder de Polícia..., (Vol. I, pp. 419-492). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 425.

⁹⁰ Caetano, M. (1996). *Manual...*, (6.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, p. 1147.

⁹¹ Caupers, J. (2013). *Introdução...*, p. 201.

⁹² Caetano, M. (1996). *Manual...*, (6.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, p. 1148.

1 também nos referir a atividade desenvolvida com o fim de garantir a tranquilidade e a
2 segurança públicas. Outras vezes, esta serve ainda para designar certos atos de polícia,
3 como é o caso das medidas de polícia.

4 Vários autores também deram o seu contributo para a definição deste conceito na
5 qual destacamos MARCELLO CAETANO que concebia a Polícia como “o modo de actuar da
6 autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais
7 susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam,
8 ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir”⁹³.

9 Porém, na linha de MANUEL VALENTE, a conceção de Polícia, nos dias de hoje, não
10 se esgota neste quadro de MARCELLO CAETANO, desde logo pelo facto de que não são só
11 as atividades individuais capazes de fazer perigar interesses gerais, mas as pessoas
12 coletivas também são capazes de lesar esses bens jurídicos – artigo 11.º n.º 2, e artigo
13 279.º do CP. Um outro aspeto, que no nosso entender já se encontra desatualizado na
14 definição de MARCELLO CAETANO prende-se com os interesses gerais. A polícia num
15 Estado contemporâneo “procura evitar que condutas de pessoas singulares e/ou
16 colectivas possam afectar interesses gerais ou colectivos e interesses singulares e
17 individuais [e. g. vida, integridade física, reserva da intimidade da vida privada, entre
18 outros]”⁹⁴. Por último, quanto à definição de MARCELLO CAETANO resta-nos, ainda, indo ao
19 encontro da ideia de MANUEL VALENTE, esclarecer que a “actividade jurídico-
20 administrativa e jurídico-criminal de uma polícia pós-moderna se deve basear em primeira
21 linha na prevenção do perigo – que antecede a prevenção do risco e do dano”⁹⁵. Como
22 ainda refere o autor, “à polícia hodierna cabe-lhe evitar que o perigo possa surgir e gerar
23 risco e o posterior dano social”^{96 97}.

24 Apresentados os aspetos que, no nosso entender, já se encontram desatualizados
25 na definição de MARCELLO CAETANO face à evolução do conceito de Polícia, importa
26 apresentar, uma conceção da mesma mais ampla de acordo com a nossa Constituição
27 de 1976. Assim, segundo MANUEL VALENTE, num sentido amplo, a Polícia é a “actividade
28 de natureza executiva [...], dotada de natureza judiciária no quadro de coadjuvação e de
29 prossecução de actos próprios no âmbito da legislação processual penal [artigo 55.º do
30 CPP] – cuja função jurídico-constitucional se manifesta na concreção da defesa da
31 legalidade democrática, da garantia da segurança interna e da defesa e garantia dos
32 direitos do cidadão e da prevenção criminal, quer por vigilância, quer por prevenção
33 criminal *stricto sensu*, podendo para cumprimento daquelas funções fazer uso da força –

⁹³ Caetano, M. (1996). *Manual...*, (6.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, p. 1150.

⁹⁴ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 53.

⁹⁵ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 53.

⁹⁶ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 53.

⁹⁷ Ver Anexo III.

1 coacção – dentro dos limites do estritamente necessário e no respeito pelo Direito e pela
2 pessoa humana”⁹⁸.

3 Face ao exposto, podemos concluir que “a Polícia do Século XXI [já] não é o
4 braço do senhor, nem as mãos da organização da cidade – *politeia* –, nem as mãos e
5 braços do rei ou do imperador, nem o instrumento mecanizado de opressão política –
6 típica dos estados autoritários, totalitários [...]. A Polícia do século XXI é o braço e os
7 olhos de salvaguarda dos cidadãos mesmo contra o poder político instituído que actua
8 com a violação da Constituição e da legalidade democrática”⁹⁹.

9

10 **1.4. Caracterização da atividade de polícia e princípios enformadores**

11

12 A atividade de polícia corresponde, concetualmente, ao poder concedido a certos
13 serviços públicos com o intuito de aplicar a lei e contribuir para o cumprimento de
14 decisões das demais Autoridades de Polícia e impedir que os cidadãos abusem dos seus
15 direitos em detrimento dos direitos e liberdades de terceiros, com o propósito de garantir
16 a convivência democrática, à luz do princípio da juridicidade¹⁰⁰.

17 Desta feita, cumpre-nos neste ponto, analisar a atividade de polícia¹⁰¹
18 caracterizando-a. Para o efeito, abordamos os conceitos de ordem e segurança públicas,
19 enquanto fins predominantes da Polícia e analisamos os vocábulos de *perigo*, *prevenção*
20 e *repressão*, sendo o segundo o fundamento de toda a atividade de polícia. Por fim, é
21 nosso intuito classificar a atividade de polícia e refletir um pouco sobre o seu controlo.

22

23 **1.4.1. Da ordem e segurança públicas**

24

25 A ordem e segurança públicas são conceitos que apesar de aparecerem com
26 frequência no nosso ordenamento jurídico – artigo 1.º, n.º 1 da LSI; artigo 30.º da LSI;

⁹⁸ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 106.

⁹⁹ Valente, M. M. G. (2014). *Ciências Policiais: Ensaio*. Lisboa: Universidade Católica, p. 72.

¹⁰⁰ Cfr. Policía Nacional (2008). *Poder, Función y actividad de policía*. Consultado em www.policia.edu.co/documentos/ascensos/tematicas_ascenso_pt_2013/cartilla%20No%205%20PODER,%20FUNCION%20Y%20ACTIVIDAD%20DE%20POLICIA.pdf. Neste sentido elencamos também o autor BORJA Y BORJA “La policía es la parte o aspecto de la administración preventiva que consiste en el conjunto de actos por los cuales el Estado procura las condiciones de convivencia social que se cumplen con el deber generalísimo, común y elemental que ella implica”. Borja y Borja (1985). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Argentina: Depalma, p. 203.

¹⁰¹ A atividade de polícia pode-se individualizar da atividade administrativa em geral nos seus contornos mais proeminentes em seis grandes traços: o primeiro prende-se com o seu carácter unilateral; o segundo quanto à existência de discricionariedade [ainda que técnica e tática]; o terceiro quanto ao uso de meios coercivos; o quarto na urgência e no estado de necessidade, que fazem parte do quotidiano da polícia ao contrário do resto da administração; o quinto refere-se à autotutela administrativa, que surge como a faculdade que a Administração possui de poder executar forçosamente as suas decisões; e, por último prende-se com a aplicação das sanções administrativas. Por forma, a abordar esta matéria com mais detalhe aconselhamos a leitura de Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, pp. 86-90.

1 artigo 3.º, n.º 2, alínea *b*) da LOPSP; artigo 4.º da LOPSP; artigo 13.º, n.º 1 da LOPSP –,
2 não estão bem definidos concetualmente¹⁰².

3 Vários são os autores (RUI PEREIRA, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, MANUEL
4 VALENTE, LUCIANO ALFONSO) que tentam delimitar estes dois conceitos. Para alguns, a
5 ordem e segurança públicas são a ausência de desordem, para outros a ordem e
6 segurança públicas são “um conjunto de requisitos pré-jurídicos, sem os quais não seria
7 possível assegurar o funcionamento das instituições e a defesa dos direitos, liberdades e
8 garantias”¹⁰³. Apesar de a Constituição referir que os fins da Polícia passam pela defesa
9 da legalidade democrática e da segurança interna e dos cidadãos, muitas, são ainda as
10 leis ordinárias que se referem à expressão ordem e segurança públicas para delimitar as
11 funções da mesma. Porém, apesar desta matéria ser um tema nuclear do Direito de
12 Polícia, a sua definição, como supra mencionado, não é fácil. Contudo, é importante que
13 as funções, competências e os limites da polícia sejam bem delineados para que o seu
14 desempenho seja bom e profícuo.

15 LUCIANO ALFONSO, de um modo geral, define ordem e segurança públicas como
16 uma “situação de normalidade em que se mantém e vive um Estado e em que se
17 desenrolam as diversas actividades, individuais e colectivas, sem que se produzam
18 perturbações”¹⁰⁴. A partir desta definição podemos concluir que existe uma coincidência
19 com o conceito de ordem jurídica, podendo assim afirmar, que a ordem e segurança
20 públicas são, ao mesmo tempo, uma exigência da ordem jurídica [...] e uma
21 consequência de tal ordem [...] ¹⁰⁵.

22 Apesar de alguns autores analisarem estes dois conceitos, como se fosse um só,
23 existem outros que distinguem a ordem da segurança pública.

24 A segurança, “pressuposto e cláusula essencial do contrato social”¹⁰⁶, “obrigação
25 primordial do Estado integrante na política geral do país”¹⁰⁷, “direito fundamental no
26 sentido da Constituição, beneficiando da força jurídica conferida aos direitos

¹⁰² Estes 2 conceitos, mesmo em diversos ordenamentos jurídicos, apresentam significados diversos. Em França, o fim de ordem pública decompõe-se numa trilogia tradicional: segurança pública, tranquilidade pública e salubridade. Porém, existem diversos autores que consideram um quarto elemento que faz parte da ordem pública, a moralidade pública. Cfr. Chapus, R. (1992). *Droit Administratif Général* (6.ª ed., Vol. I). Paris, pp. 511-546. No Direito alemão por segurança pública (*öffentliche Sicherheit*) entende-se a integridade da vida, da saúde, da honra, da liberdade e dos bens dos cidadãos e também a integridade da Ordem Jurídica objetivamente considerada e das instituições públicas. Cfr. Correia, S. (1994). *Polícia*. In Fernandes, J. *Dicionário...*, (Vol. VI, pp. 393-408). Lisboa, pp. 396-399.

¹⁰³ Oliveira, J. F. in Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 79.

¹⁰⁴ Alfonso, L. P. (2008). *Seguridad Pública y Policía Administrativa de Seguridad: Problemas de Siempre y de Ahora Para el Deslinde, la Decantación y la Eficacia de Una Responsabilidad Nuclear del Estado Administrativo*. Valencia, p. 52.

¹⁰⁵ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 80.

¹⁰⁶ Pereira, R. (2012). A segurança na Constituição. In Gouveia, J. B. (Coord.). *Estudos de Direito e Segurança* (Vol. II, pp. 409-421). Coimbra: Almedina, p. 419.

¹⁰⁷ Pereira, R. (2012). A segurança na Constituição..., p. 419.

1 fundamentais”¹⁰⁸ – artigo 18.º da CRP –, e “factor relevante de coesão social e de
2 desenvolvimento económico do país”¹⁰⁹, no fundo é a qualidade do que é seguro, e
3 seguro é o que se encontra livre de perigo^{110 111}.

4 A segurança pública, antes de mais, “protege a própria existência do Estado e a
5 capacidade de funcionamento das suas instituições”¹¹². Nesta expressão, podemos
6 englobar a defesa dos símbolos nacionais, a defesa das cerimónias de Estado e a defesa
7 da paz pública¹¹³.

8 Compete às forças policiais, num primeiro momento, “manter livre de perigo os
9 bens cuja salvaguarda a lei lhe confiou”¹¹⁴ e, num segundo momento, compete a defesa
10 da ordem jurídica, ou, como consagra a Constituição, a defesa da legalidade
11 democrática. Quanto a este último ponto – a defesa da ordem jurídica – podemos incluir
12 nesta expressão a defesa dos princípios e das normas jurídicas, de qualquer valor
13 hierárquico e a defesa das decisões da Administração, desde que estas não sejam nulas
14 ou inexistentes. Como ensina FRANCISCO DE SOUSA, “toda e qualquer violação da norma
15 jurídica ou de decisão da Administração representa por si só uma perturbação da
16 segurança pública”¹¹⁵, competindo às forças policiais a prevenção dessas violações ou no
17 caso de já terem ocorrido, impedir que os danos se alastrem, minimizando-os.

¹⁰⁸ Pereira, R. (2012). A segurança na Constituição..., p. 419.

¹⁰⁹ Pereira, R. (2012). A segurança na Constituição..., p. 419.

¹¹⁰ Segundo CAETANO QUIAR, a segurança pública “diz respeito a todas as actividades ou acções levadas a cabo pelo Estado, ainda que não de modo exclusivo, tendentes a evitar o sentimento de intranquilidade, de insegurança e de perigo percebido pelos cidadãos, prevenir a comissão de ilícitos e assegurar o exercício e desfrute dos direitos fundamentais dos cidadãos, em especial os relativos à vida, à liberdade, à integridade pessoal, ao bom nome e à reputação de cada cidadão e outros consagrados na lei magna”. Cfr. Quiar, C. (2014). *Do Direito à Segurança Pública: Acções Securitárias vs. Eficácia Judicial* (Dissertação de Mestrado). Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, p. 48.

¹¹¹ Sobre o conceito de segurança (interna) MANUEL VALENTE na sua obra *Segurança – Um Tópico Jurídico em Reconstrução* apresenta alguns contributos para a reconstrução do conceito. Segundo o autor, a segurança não deve ser entendida de uma forma tão redutora, como consta na LSI, como já vimos, para o conceito de segurança (interna). Isto é, a segurança como um valor e uma necessidade individual e coletiva de sobrevivência humana, não deve ser reduzida a uma atividade, mesmo que o legislador encontre no elemento atividade a personificação de bem vital e garantia dos demais bens vitais humanos. Como nos ensina MANUEL VALENTE, a reconstrução deste conceito deve assentar numa topologia poliédrica, em que a par dos fatores estratégico-policiais, devemos invocar “os fatores económicos, políticos e jurídicos”, assim como o fator espacial que se encontra em mutação constante (a evolução da tipologia de Estado fronteira, “herdado de Vestefália e assumido de forma rígida e em blocos fronteira na guerra fria” para uma afirmação de Estado fronteiras, “legado da Carta das Nações Unidas e do Tratado de Roma e dos tratados modificadores e integradores da União Europeia). Cfr. Valente, M. M. G. (2013). *Segurança – Um Tópico Jurídico...*, pp. 123-124. Na linha de pensamento de MANUEL VALENTE, a segurança deve ser reconfigurada “como uma topologia dotada de elevada extensibilidade conceptual, de plurifuncionalidade e plurinormatividade numa ordem jurídica supranacional como vértice congregador da intervenção estadual e supra-estadual na reafirmação dos direitos humanos”. Cfr. Valente, M. M. G. (2013). *Segurança – Um Tópico Jurídico...*, p. 134.

¹¹² Sousa, A. F. (2002). A polícia como garante da ordem e segurança públicas. *Revista do Ministério Público*, 90, p. 81.

¹¹³ De referir que a proteção do Estado não é apenas da responsabilidade das forças policiais, apesar do seu dever de defender a ordem jurídica. Cabe também às forças armadas e aos serviços de informação a defesa do Estado e das suas instituições, garantindo o bom funcionamento das mesmas.

¹¹⁴ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 80.

¹¹⁵ Sousa, A. F. (2002). A polícia como garante..., p. 81.

1 A defesa dos bens individuais dos cidadãos também fazem parte da segurança
2 pública. Porém, e neste ponto, é preciso distinguir o bem individual que é protegido por
3 uma norma de Direito Público, daquele que é protegido por uma norma de Direito
4 Privado. Assim, para os bens individuais tutelados pelo Direito Público, compete às
5 polícias a prevenção dos perigos, enquanto nos segundos “a polícia deverá limitar-se à
6 sua segurança provisória”^{116 117}.

7 Compete, também, às forças policiais no domínio da segurança pública a defesa
8 dos direitos fundamentais e a autoexposição ao perigo. Quanto a este último ponto,
9 FRANCISCO DE SOUSA distingue o perigo policialmente permitido e o perigo que se situa
10 além do limite. Quanto ao primeiro, a lei “prevê normas de segurança que deverão ser
11 observadas e cuja fiscalização compete à Administração Pública”¹¹⁸. Exemplos do
12 segundo perigo, que a lei proíbe expressamente, é o caso do investigador que faz
13 experiências no seu próprio corpo e o do cidadão que consome drogas.

14 Impregando FRANCISCO DE SOUSA, podemos afirmar que “bem diferente da
15 intervenção para a salvaguarda da segurança pública é a intervenção para a salvaguarda
16 da ordem pública”¹¹⁹. Esta apresenta um âmbito bem mais reduzido em relação à
17 segurança pública. Da ordem pública fazem parte um conjunto de normas não jurídicas,
18 “mas éticas, sociais, morais e estéticas, que são consideradas, em cada momento,
19 indispensáveis ao funcionamento harmonioso e pacífico da sociedade”^{120 121}.

20 21 **1.4.2. Do perigo**

22
23 Aliado ao conceito de atividade de polícia está sempre o conceito de perigo. Este,
24 segundo MIGUEL BRITO “consiste na situação ou conduta que lese ou possa vir a lesar,
25 num período de tempo determinado, pelo decurso normal dos acontecimentos e com
26 probabilidade suficiente”¹²². Ou seja, pode-se dizer que o perigo é um estado anterior ao
27 provável dano, “entendendo-se este como a diminuição não insignificante da integridade
28 dos bens jurídicos individuais ou colectivos protegidos”¹²³. Desta definição resulta a ideia

¹¹⁶ Sousa, A. F. (2002). A polícia como garante..., p. 82.

¹¹⁷ Cfr. Sousa, A. F. (2002). A polícia como garante..., p. 82, a Polícia pode intervir na defesa de direitos privados sempre que se verifiquem três pressupostos: existência de um pedido ou de um consentimento do titular do direito; impossibilidade de o cidadão poder recorrer em tempo útil aos Tribunais; e, o exercício do direito em causa estar comprometido ou substancialmente dificultado.

¹¹⁸ Sousa, A. F. (2002). A polícia como garante..., p. 84.

¹¹⁹ Sousa, A. F. (2002). A polícia como garante..., p. 86.

¹²⁰ Sousa, A. F. *in* Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 81.

¹²¹ FRANCISCO DE SOUSA acrescenta ainda que uma norma estética ou ética para fazer parte da ordem pública necessita de cumprir 4 requisitos: a norma não deve estar escrita, apesar de vigente na sociedade; a norma deve ser conhecida pela maioria onde vigora; deve fazer parte do *standard* mínimo inalienável local; e, deve ser compatível com os princípios do Estado de direito.

¹²² Brito, M. N. (2013). *Direito de Polícia...*, (Vol. I, pp. 281-456). Coimbra: Almedina, pp. 357-358.

¹²³ Benfer, J. *in* Castro, C. S. (2003). *A questão...*, p. 67.

1 de que o conceito de perigo depende da noção de probabilidade, sendo esta “o critério
2 para se saber se existe um perigo, isto é, para se determinar se uma situação ou
3 comportamento poderão gerar um dano”¹²⁴. Sendo o conceito de probabilidade um
4 conceito normativo e subjetivo, este não assenta na verificação objetiva de uma relação
5 de causalidade¹²⁵. No mesmo sentido, elencamos MANUEL VALENTE, que indo ao
6 encontro da ideia de FIGUEIREDO DIAS, considera o perigo como “o pensamento lógico da
7 possibilidade ou potencialidade de verificação, segundo as regras da experiência, de um
8 determinado acontecimento futuro”¹²⁶. Contudo, sob pena do bem segurança se sobrepor
9 a quaisquer direitos ou liberdades individuais, não basta à Polícia comprovar, como nos
10 ensina MANUEL VALENTE, “uma mera probabilidade ou mera possibilidade de ocorrência
11 de factos criminais ou de perigo para a ordem e tranquilidade pública”¹²⁷. Deve-se
12 procurar uma probabilidade ou possibilidade qualificada, que reside, no entender do
13 autor, “num perigo de tal modo elevado que implique e admita a aplicação de uma
14 medida de polícia em nome de um interesse público preponderante”¹²⁸. Assim, conforme
15 ensina MANUEL VALENTE, a prevenção do perigo com a aplicação de uma medida de
16 polícia restritiva de direitos e liberdades (até garantias) fundamentais pessoais terá de
17 residir na **ideia de defender e garantir um interesse preponderante**¹²⁹.

19 **(a) perigo concreto vs. perigo abstrato**

20
21 Quando falamos em perigo, é comum distinguir-se perigo concreto de perigo
22 abstrato. O primeiro “é o que ocorre num caso concreto e individual”¹³⁰, enquanto o
23 segundo consubstancia uma conduta perigosa em geral. Vejamos o seguinte exemplo: o
24 depósito de combustível para aquecimento, que não foi objeto de tratamento de corrosão
25 montado numa residência de uma determinada pessoa constitui um perigo concreto,
26 enquanto vários depósitos de combustíveis destinados ao aquecimento de habitações
27 sem tratamento corresponde a um perigo abstrato. No fundo, “o perigo abstracto
28 corresponde a uma situação possível de acordo com a experiência geral de vida ou o
29 conhecimento de peritos; se a situação se torna real temos um perigo concreto”¹³¹.

¹²⁴ Castro, C. S. (2003). *A questão...*, p. 68.

¹²⁵ Cfr. Brito, M. N. (2013). *Direito de Polícia...*, (Vol. I, pp. 281-456). Coimbra: Almedina.

¹²⁶ Dias, F. in Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 316.

¹²⁷ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 317.

¹²⁸ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 317.

¹²⁹ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 318.

¹³⁰ Brito, M. N. (2013). *Direito de Polícia...*, (Vol. I, pp. 281-456). Coimbra: Almedina, p. 361.

¹³¹ Brito, M. N. (2013). *Direito de Polícia...*, (Vol. I, pp. 281-456). Coimbra: Almedina, p. 361.

1 **(b) perigo objetivo vs. perigo subjetivo**

2
3 Quanto ao conceito de perigo, podemos ainda classificá-lo em objetivo e subjetivo.
4 O primeiro pressupõe “uma situação ou conduta como facto objetivo e efectivo, a que
5 corresponde uma proposição empiricamente comprovada”¹³². O segundo, “cada vez mais
6 dominante, consagra que é defensável a actuação da polícia que encara uma situação ou
7 conduta como lesando ou podendo vir a lesar, segundo juízos de probabilidade, dos
8 próprios agentes, com a diligência, prudência e sagacidade de um agente típico, um bem
9 jurídico protegido”¹³³.

10
11 **(c) perigo putativo, perigo aparente e suspeita de perigo**

12
13 Podemos, ainda, classificar o perigo de putativo que é caracterizado “pela
14 circunstância de a polícia ter subjectivamente por provável a ocorrência de um dano, sem
15 que esta aceitação tenha um suficiente apoio na situação de facto”¹³⁴, o perigo de
16 aparente, caracterizado por faltar objetivamente aptidão para um dano e a suspeita de
17 perigo, que ocorre quando a “autoridade administrativa [...] está consciente de uma
18 determinada insegurança ou incerteza no diagnóstico da situação de facto ou no
19 prognóstico do seu curso causal, tornando-se assim mais difícil a sua decisão sobre a
20 probabilidade da ocorrência de um dano”¹³⁵.

21
22 **1.4.3. Da prevenção e da repressão**

23
24 O conceito de prevenção é o fundamento de toda a atividade de polícia, e este
25 pode exercer-se em diversos momentos: antes de o dano ocorrer, durante a ocorrência
26 do dano, adotando medidas que impeçam o alastramento dos danos e depois de o dano
27 ocorrer, através da aplicação de sanções¹³⁶.

28 A esta trilogia temporal, podemos associar uma outra trilogia, à qual MANUEL
29 VALENTE designa por trilogia funcional de prevenção onde inclui a função de vigilância, a
30 função de prevenção criminal *stricto sensu* e a função de restabelecimento da paz
31 jurídica e social¹³⁷.

¹³² Brito, M. N. (2013). *Direito de Polícia...*, (Vol. I, pp. 281-456). Coimbra: Almedina, p. 362.

¹³³ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 85

¹³⁴ Brito, M. N. (2013). *Direito de Polícia...*, (Vol. I, pp. 281-456). Coimbra: Almedina, p. 364.

¹³⁵ Brito, M. N. (2013). *Direito de Polícia...*, (Vol. I, pp. 281-456). Coimbra: Almedina, p. 364.

¹³⁶ Quanto a esta matéria, em sede de Direito Penal aconselhamos a leitura de FIGUEIREDO DIAS quanto aos fins das penas: Dias, J. F. (2004). *Direito Penal: Parte Geral* (2.ª ed., Tomo I). Coimbra: Coimbra Editora, pp. 43-85.

¹³⁷ Cfr. Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*

1 A **função de vigilância**, como ensina MANUEL VALENTE, consiste “em evitar que
2 se infrinjam os limites estipulados pelas normas jurídicas e pelos actos legítimos e legais
3 emitidos das autoridades destinados a defender e a garantir a segurança interna, a
4 legalidade democrática e os direitos dos cidadãos”¹³⁸. Esta, para o autor, constitui a
5 função primordial da Polícia e a razão de ser desta, implicando dois dos quadrantes que
6 estudamos na tridimensionalidade (funcional) da polícia: *a polícia de ordem e*
7 *tranquilidade pública e a polícia de natureza administrativa*.

8 Assim, nesta fase, cabe à Polícia, como ensina MANUEL VALENTE, por um lado,
9 impedir a produção de lesões, a que MARCELLO CAETANO denomina de «danos», e, por
10 outro, implica “a organização de informação atinente para preparar a Polícia para intervir
11 em caso de lesões efectivas com o menor grau de afectação e restrição de direitos e
12 liberdades fundamentais de todos os cidadãos”¹³⁹.

13 Dentro desta função, MANUEL VALENTE distingue dois momentos: *a prevenção do*
14 *perigo*, onde reina o primeiro quadrante – polícia de ordem e tranquilidade pública –, e *a*
15 *prevenção de lesão (risco da lesão) do bem jurídico*, que já nos reporta ao segundo
16 quadrante da tridimensionalidade da polícia – polícia de natureza administrativa.
17 Enquanto no primeiro momento ainda não estamos perante um perigo, cabe pois, à
18 Polícia “obter e recolher informação operacional que lhe permita deter um quadro
19 organizativo de conhecimentos teóricos e práticos que possam criar um *modus operandi*
20 eficiente e eficaz na reacção a uma futura ameaça concreta”¹⁴⁰. Já no segundo momento,
21 onde se encontra a polícia de natureza administrativa, esta já assume a existência de um
22 perigo, mas que ainda é policialmente permitido. É o caso dos toureiros, dos caçadores e
23 dos pugilistas. Nesta fase, cabe à Polícia a fiscalização destas atividades que envolvem,
24 apesar de permitido, um perigo, e no incumprimento da lei aplicar as medidas preventivas
25 administrativas e as medidas cautelares administrativas¹⁴¹.

26 A **função de prevenção criminal *strictu sensu***, como ensina MANUEL VALENTE
27 “consiste em adoptar «medidas adequadas para certas infracções de natureza criminal»,
28 que visam a protecção de pessoas e bens, a vigilância de indivíduos e locais suspeitos,
29 por meio da aplicação de *medidas cautelares e de polícia*, sem que se restrinja ou limite
30 desproporcionadamente ou com o abuso do excesso o exercício dos direitos, liberdades
31 e garantias”¹⁴². Nesta função, como se pode depreender, estamos já na dimensão da

¹³⁸ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 308.

¹³⁹ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 308.

¹⁴⁰ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 313.

¹⁴¹ Quanto a este ponto, importa referir, que é neste quadrante da tridimensionalidade funcional da polícia e, em consequência nesta segunda fase da função de vigilância que se desenvolvem os nossos 2 Capítulos que se seguem.

¹⁴² Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 310.

1 polícia de natureza judiciária, onde existe já um perigo policialmente não permitido, que
2 pode vir a lesar um bem jurídico.

3 Segundo MANUEL VALENTE, esta função compreende, também, duas fases: *a*
4 *prevenção reativa à lesão do bem jurídico* e *a prevenção dos efeitos negativos colaterais*
5 *da lesão do bem jurídico*.

6 Quanto à primeira fase, o autor considera esta o cordão umbilical entre a
7 prevenção criminal em sentido originário – isto é, a prevenção criminal associada apenas
8 ao Direito Penal – e a prevenção criminal *lacto sensu*, cabendo à Polícia enquanto OPC
9 reagir ao crime e atuar “reprimindo, *quantum necessarium*, a lesão do bem jurídico
10 tutelado criminalmente”¹⁴³ e cuidar “dos elementos motivadores da decisão da acção
11 penal por parte do MP que fará a ignição da repressão criminal pelo tribunal”¹⁴⁴.

12 Quanto à segunda fase, como afirma MANUEL VALENTE, os fins imediatos já não
13 são processuais, mas sim “*humanitários e sociais*”¹⁴⁵. Cabe nesta fase à Polícia,
14 “promover todas as diligências no sentido de facilitar a intervenção médica, de
15 acompanhamento e orientação e informação dos direitos”¹⁴⁶ da vítima de um crime. Nesta
16 fase, o autor acrescenta, ainda, que as medidas cautelares e de polícia desenvolvem-se
17 já num plano mediato e detêm natureza preventiva por prevenirem efeitos colaterais
18 negativos¹⁴⁷.

19 A **função de restabelecimento da paz jurídica e social**, para o autor, “é o
20 culminar da prevenção criminal na sua globalidade face ao fracasso da prevenção
21 criminal da função de vigilância e só é alcançável quando a responsabilização do agente
22 do crime se rege pelos valores, princípios e axiomas e regras de um Estado servido por
23 uma Polícia e um MP subordinados à ordem jurídica material vigente e dignificante da
24 pessoa humana”¹⁴⁸.

25 Nesta função, o autor divide, também em dois momentos: *a prevenção geral e*
26 *especial*, sendo esta, para MANUEL VALENTE “o estádio mais complexo e mais árduo da
27 acção de prevenção ampla por ser nele que se manifesta a repressão criminal do tribunal
28 e por ser nele que o sistema de justiça penal se apresenta à comunidade como garante
29 efectivo dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos”¹⁴⁹ e *a prevenção científica*,
30 que corresponde “ao estudo e análise do facto para posterior melhoramento da

¹⁴³ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 323.

¹⁴⁴ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 323.

¹⁴⁵ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 323.

¹⁴⁶ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 323.

¹⁴⁷ Cfr. Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*

¹⁴⁸ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 312.

¹⁴⁹ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 324.

1 intervenção social, económica, educacional, urbanística, habitacional, política¹⁵⁰ e no
2 nosso entender até policial na dimensão da polícia de ordem e tranquilidade públicas¹⁵¹.

3 4 **1.4.4. Da classificação e do controlo**

5
6 A atividade de polícia, na linha de PEDRO LOMBA e da tipologia de LUÍS MORELL
7 OCANA, pode classificar-se em medidas ampliativas, medidas limitativas, regulamentos de
8 polícia, medidas de controlo e medidas de polícia de reação.

9 As primeiras, também conhecidas por autorizações de polícia, habilitam um
10 particular a exercer uma situação jurídica ativa (e. g. exercício de atividade de segurança
11 privada e uso e porte de arma).

12 As medidas limitativas referem-se a “direitos, liberdades e garantias que controlam
13 actividades susceptíveis de gerar perigos de dano para o interesse público”¹⁵².

14 Por sua vez, os regulamentos de polícia, função esta secundária, por se
15 encontrarem subordinados à lei, podem “fundar-se em regras de comportamento não
16 estritamente jurídicas, provenientes de saber e técnicas não jurídicas”¹⁵³.

17 Quanto às medidas de controlo, estas preveem que as forças policiais possam
18 controlar/gerir o perigo decorrente das atividades dos particulares.

19 As medidas de reação são caracterizadas pela sua falta de procedimentos e são
20 “impostas pela urgência e pela necessidade pública, cujo controlo jurídico é realizado a
21 *posteriori*, sobretudo através do princípio da proporcionalidade”¹⁵⁴.

22 Em matéria de controlo, a atividade administrativa, onde incluímos a atividade de
23 polícia, está sujeita a vários tipos de controlo, entre os quais destacamos: o controlo de
24 legalidade, onde se visa determinar se a Polícia respeita ou não a lei; o controlo de
25 mérito, que avalia “a qualidade da actividade dos serviços independentemente da sua
26 legalidade”¹⁵⁵, isto é, avalia o bem fundado das decisões da Administração,
27 independentemente da sua legalidade; o controlo jurisdicional que é feito pelos diversos
28 Tribunais; e o controlo administrativo realizado pela Administração Pública.

29 Nesta matéria, podemos ainda referir as garantias administrativas petitorias –
30 direito de petição, direito de representação, direito de oposição administrativa... – e, as

¹⁵⁰ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 325.

¹⁵¹ Ao longo deste ponto desenvolvemos a trilogia da prevenção criminal, elencando as duas fases que constituem cada função. Assim, concomitantemente, desenvolvemos também aquilo que MANUEL VALENTE designa por *hexágono da trilogia da prevenção criminal*. Cfr. Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...* Para melhor compreensão deste ponto ver Anexo III.

¹⁵² Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 90.

¹⁵³ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 91.

¹⁵⁴ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 91.

¹⁵⁵ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 92.

1 garantias impugnatórias – reclamação, recurso hierárquico próprio e impróprio e o
2 recurso tutelar¹⁵⁶.

3 4 **1.4.5. Princípios enformadores da atividade de polícia**¹⁵⁷

5
6 A multiplicidade proteiforme das atividades individuais não permite que a lei
7 preveja todas as situações, na qual a Polícia é interveniente. Os princípios, enquanto
8 fonte de Direito Policial, assumem grande relevância nestas ausências de lei, devendo as
9 Autoridades Policiais nas suas atuações pautar-se, quer pelos princípios constitucionais,
10 quer pelos princípios da Administração Pública.

11 No presente Capítulo, apenas vamos, de leve, enunciar os princípios relacionados
12 com a atividade de polícia e não os que se relacionam com a sua organização¹⁵⁸. Neste
13 ponto, não abordamos também os princípios da juridicidade e da oportunidade, que serão
14 oportunamente analisados no Capítulo 2 e 3 da nossa dissertação com mais detalhe¹⁵⁹.

15 16 1.4.5.1. Princípio da Prossecução do Interesse Público

17
18 O princípio da prossecução do interesse público vem elencado no texto
19 fundamental no artigo 266.º, n.º 1 e no CPA no artigo 4.º, contudo apresentam-se de
20 forma diversa. Enquanto na CRP, a prossecução do interesse público refere-se a uma
21 norma sobre os fins ou interesses por que a Administração pauta a sua atuação, no CPA,
22 a prossecução do interesse público aparece como uma norma de competência.

23 A sua ligação à atuação da Administração Pública traz consigo duas referências
24 de relevo: a prossecução do interesse público é uma manifestação “da sujeição da
25 Administração em relação à lei, na medida em que não se concebe que existam
26 interesses sociais qualificáveis como públicos, [...] que não tenham sido elegidos, como
27 tais, pelo legislador ou sob sua habilitação”¹⁶⁰; e, a prossecução do interesse público
28 significa, também, que em toda a atividade administrativa deve ser valorizado
29 juridicamente “uma dimensão teleológica, finalística, seja para a invalidar juridicamente

¹⁵⁶ Nesta matéria aconselhamos a leitura de Caupers, J. (2013). *Introdução...*, pp. 240 e ss.

¹⁵⁷ Neste ponto não é nosso intuito esmiuçar os princípios elencados. É nosso objetivo apenas dar uma visão geral de cada um.

¹⁵⁸ Sobre esta matéria, aconselhamos a leitura de Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, pp. 63-66 e Raposo, J. (2006). *Direito...*, pp. 41-43.

¹⁵⁹ Aquando da abordagem do conceito constitucional de Polícia fizemos referência aos corolários do princípio da legalidade (tipicidade e irretroactividade da lei), motivo pelo qual não serão abordados no presente ponto.

¹⁶⁰ Amorim, J., Gonçalves, P. & Oliveira, M. (2010). *Código de Procedimento Administrativo – Comentado* (2.ª ed.). Coimbra: Almedina, p. 97.

1 [...] , seja para “condenar” aquele que, actuando como Administração, se decidiu [...] com
2 **intuitos diversos da prossecução do interesse público**¹⁶¹ .

3 Quanto à atuação da polícia, podemos afirmar que a prossecução do interesse
4 público tem “materialidade na tridimensionalidade funcional de polícia”¹⁶² já abordada no
5 ponto 1.3. da dissertação – polícia de natureza judiciária, polícia de natureza
6 administrativa e polícia de ordem e tranquilidade públicas.

7 Quanto à dimensão funcional judiciária, a realização da justiça e a descoberta da
8 verdade material, duas finalidades do Direito Processual Penal, acarretam um interesse
9 público geral, pois por “detrás da imposição de uma pena está uma finalidade de
10 prevenção geral de integração e, portanto, uma exigência de verdade e de justiça na
11 aplicação da sanção”¹⁶³. Como ensina MANUEL VALENTE, “o interesse público do
12 restabelecimento da paz jurídica posta em causa pela ocorrência de uma conduta
13 tipificada como crime abraça não só o arguido, [...] como também a comunidade jurídica
14 que reforça a sua fidelidade aos bens jurídico-penais, apesar do crime”¹⁶⁴.

15 Quanto à dimensão funcional administrativa, “trazemos por exemplo à colação a
16 fiscalização dos proprietários dos canídeos que circulam na via pública sem licença, que
17 é uma medida administrativa que tem ou deve ter efeitos na defesa dos direitos e
18 interesses da comunidade em geral, mas também do próprio proprietário no sentido de
19 sanar a irregularidade em que se encontra”^{165 166}.

20 No que cumpre à dimensão funcional de ordem e tranquilidade públicas, cabe às
21 forças policiais promover a “segurança pública como um bem supra-individual e, por isso,
22 de interesse público”¹⁶⁷. No entanto, quando a Polícia tem como único critério para a sua
23 atuação a prossecução do interesse – casos em que a atuação não está vinculadamente
24 fixada na própria lei –, não pode esta agir a tudo o custo para defender o interesse
25 público. A atuação deve respeitar os direitos e interesses legalmente protegidos por lei.
26 Desta forma, “o respeito destes é um limite da actividade policial”¹⁶⁸.

27 Em suma, como nos esclarece MANUEL VALENTE, nas várias dimensões de
28 Polícia, o interesse público “apresenta-se como fundamento, com finalidade e como limite
29 da actividade de polícia tendo por base a conciliação do mesmo com a prossecução dos
30 direitos fundamentais do cidadão”¹⁶⁹.

¹⁶¹ Amorim, J., Gonçalves, P. & Oliveira, M. (2010). *Código de Procedimento...*, p. 97.

¹⁶² Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 212.

¹⁶³ Dias, J. F. in Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 212.

¹⁶⁴ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 213.

¹⁶⁵ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 213.

¹⁶⁶ Quanto à legislação sobre canídeos *vide* Decreto-Lei n.º 313/2003, de 17 de dezembro alterado pela Lei n.º 49/2007, de 31 de agosto; Decreto-Lei n.º 314/2003, de 17 de dezembro; e, Portaria n.º 421/2004, de 24 de abril.

¹⁶⁷ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 213.

¹⁶⁸ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 62.

¹⁶⁹ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 214.

1
2 1.4.5.2. Princípio da Igualdade e da Imparcialidade
3

4 A atuação da polícia deve subordinar-se ao princípio da igualdade, elemento
5 estruturante do constitucionalismo moderno e ao princípio da imparcialidade. O princípio
6 da igualdade tem consagração constitucional no artigo 13.º da CRP e como “princípio
7 estruturante de *Estado de direito democrático e social*, impõe não só a vivência de uma
8 igualdade na interpretação e aplicação do Direito [...], como a garantia de igualdade dos
9 cidadãos na participação da vida política da comunidade [...], e, ainda, as eliminações
10 das desigualdades fácticas de modo a que se concretize uma igualdade de facto ou
11 material económica, social e cultural”¹⁷⁰. No fundo, este princípio, como nos elucida
12 MANUEL VALENTE proíbe à Polícia quaisquer discriminações intoleráveis, isto é,
13 “tratamento desigual do que deve ser igual e tratamento igual do que deve ser
14 desigual”¹⁷¹. Por outro lado, este princípio, como ensina MARCELO REBELO DE SOUSA¹⁷²,
15 vincula a Polícia a uma obrigação de diferenciação, isto é, tratar desigual o que deve ser
16 desigual e tratar igual o que deve ser igual.

17 O princípio da imparcialidade, que se relaciona com o princípio da igualdade,
18 embora não deva ser confundido, respeita essencialmente ao relacionamento da
19 Administração com os particulares. Desta relação podemos elencar dois aspetos
20 fundamentais: no conflito entre o interesse público e os interesses particulares, a Polícia,
21 integrante na Administração Pública, deve “proceder com isenção na determinação da
22 prevalência do interesse público, de modo a não sacrificar desnecessária e
23 desproporcionadamente os interesses particulares”¹⁷³; a Polícia, diante de vários
24 cidadãos deve tratar de modo igual os interesses dos cidadãos “através de um critério
25 uniforme de prossecução do interesse público”¹⁷⁴.

26
27 1.4.5.3. Princípio da Proporcionalidade
28

29 O princípio da proporcionalidade tem consagração constitucional no artigo 266.º,
30 n.º 2 e no artigo 18.º, n.º 2 da CRP e tem previsão legal no artigo 7.º do CPA. Este aplica-
31 se, em geral a todas as medidas da Administração Pública. No entanto, em certos
32 domínios do Direito Administrativo “aplica-se com tanta frequência, que bem podemos

¹⁷⁰ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 418.

¹⁷¹ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 234.

¹⁷² Cfr. Sousa, M. R. (1999). *Lições de Direito Administrativo* (Vol. I). Lisboa: Lex.

¹⁷³ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 925.

¹⁷⁴ Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 925.

1 dizer que está em permanente aplicação, como é o caso, por exemplo, da acção das
2 forças de ordem e de segurança”¹⁷⁵.

3 O princípio da proporcionalidade pode dividir-se em 3 subprincípios: princípio da
4 adequação, princípio da exigibilidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

5 O princípio da adequação exige que as medidas restritivas legalmente previstas
6 se revelem “como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei,
7 salvaguardando-se outros direitos ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos”¹⁷⁶.

8 O princípio da necessidade e da exigibilidade prevê que as medidas restritivas
9 previstas da lei devam ser “necessárias [...] [e] exigíveis na medida em que essas
10 medidas nunca [devam] transpor as exigências dos fins de prossecução do interesse a
11 tutelar”¹⁷⁷. Sendo a subsidiariedade, princípio e “filho legítimo” do princípio da
12 necessidade e da exigibilidade¹⁷⁸, como nos ensina MANUEL VALENTE, cabe-nos neste
13 ponto referi-lo, ainda que, de forma leve. A subsidiariedade, “sinónimo do critério de
14 necessidade e de intervenção mínima do Direito Penal”¹⁷⁹, na atividade de polícia deve
15 verificar-se desde logo nas medidas cautelares de polícia, nas medidas
16 administrativas¹⁸⁰, bem como nas medidas puras ou originárias.

17 A proporcionalidade em sentido estrito exige “uma ponderação (ou pesagem)
18 entre o interesse público a salvaguardar através da medida policial e o dano que ela
19 previsivelmente causará”¹⁸¹.

20 Deste princípio, podemos concluir que a Autoridade Policial não pode a qualquer
21 custo atingir os seus objetivos, deve haver, sim, uma relação de custos-benefícios.

22

23 1.4.5.4. Princípio da Justiça

24

25 O princípio da justiça, elencado no n.º 2 do artigo 266.º da CRP e no artigo 8.º do
26 CPA, não se refere à conceção subjetiva da Autoridade Policial na sua atuação, sob pena
27 da invalidade do ato, mas refere-se a critérios e valores de justiça plasmados no
28 ordenamento jurídico. Como nos refere GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “o princípio
29 da justiça aponta para a necessidade de a Administração pautar a sua actividade por

¹⁷⁵ Sousa, A. F. (1998). Actuação Policial e Princípio da Proporcionalidade. *Revista do Ministério Público*, 76, p. 41.

¹⁷⁶ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 198.

¹⁷⁷ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 198.

¹⁷⁸ Quanto ao princípio da indispensabilidade decidimos não abordá-lo por se relacionar mais com o âmbito processual penal. Contudo, como defende MANUEL VALENTE, o princípio da indispensabilidade é também ele filho legítimo do princípio da necessidade e exigibilidade. Cfr. Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*

¹⁷⁹ Feldens, L. in Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 204.

¹⁸⁰ Se o agente policial x ao avisar o proprietário do veículo, que tem um alarme ligado à mais de 20 minutos, conseguir desligar o alarme, e consequentemente restabelecer o sossego e a tranquilidade pública, o agente x não deve ordenar a remoção da viatura de acordo com o artigo 23.º, n.º 2 do RGR.

¹⁸¹ Sousa, A. F. (1998). Actuação Policial..., p. 48.

1 critérios materiais ou de valor, constitucionalmente plasmados, como, por exemplo, o
2 princípio da dignidade humana (art. 1.º), o princípio da efectividade dos direitos
3 fundamentais (art. 2.º), sem esquecer o princípio da igualdade e da proporcionalidade”¹⁸².

4 5 1.4.5.5. Princípio da Boa-fé

6
7 O princípio da boa-fé tem consagração constitucional no artigo 266.º, n.º 2 da
8 CRP. Este princípio impõe “que a conduta da polícia se funda em valores básicos do
9 ordenamento jurídico, determinando, nomeadamente, à polícia o dever jurídico-funcional
10 de adoptar comportamentos consequentes e não contraditórios”¹⁸³. No fundo, este
11 princípio apresenta-se como “um instrumento garantístico das expectativas e da
12 confiança dos particulares geradas a partir de comportamentos”¹⁸⁴.

13 14 1.4.5.6. Princípio da Lealdade

15
16 Um Estado de direito e democrático, como é o nosso, exige às forças policiais que
17 atuem nas mais diversas ocorrências respeitando sempre a dignidade da pessoa
18 humana. À Polícia, não cabe só a defesa da segurança interna, como vimos no primeiro
19 ponto do Capítulo, mas também a defesa da legalidade democrática e o respeito e
20 garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. As forças policiais, para alcançar estes
21 fins, devem atender ao princípio da lealdade procedendo “legalmente – seguindo critérios
22 de objectividade, de acordo com os preceitos constitucionais que enformam a actuação
23 da polícia – e, fundamentalmente, [a sua] actuação [deve ser] regida e orientada por
24 princípios deontológicos que, de alguma forma, integram os princípios jurídicos, mais não
25 seja para iluminar o intérprete na busca do espírito da lei, princípio reitor da interpretação
26 jurídica”¹⁸⁵.

27 28 **1.5. Poderes de Polícia**

29
30 A atividade administrativa de polícia assume um trato especial relativo a toda a
31 atividade administrativa desempenhada pelo resto da Administração Pública, pelo facto
32 de a primeira se caracterizar pela especial conexão entre a prossecução do interesse
33 público e a limitação de DLG’s. Estas entidades, que desempenham tais atividades e que
34 são intituladas de Autoridades Policiais, são titulares dos chamados «poderes de polícia».

¹⁸² Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 925.

¹⁸³ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 61.

¹⁸⁴ Pinheiro, A. & Fernandes, M. in Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 198.

¹⁸⁵ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 227.

1 Os poderes de polícia, na esteira de JOÃO RAPOSO, correspondem a “poderes
2 especiais com vista a assegurar um estado de ordem e tranquilidade pública e o normal
3 exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos, poderes esses que, em certas
4 circunstâncias, compreendem a coacção directa (isto é, o emprego da força física) contra
5 os prevaricadores”¹⁸⁶. Quanto a estes poderes ressaltam, desde logo, 3 características
6 que os individualizam, sendo elas: a unilateralidade, pois os poderes de polícia são
7 insuscetíveis de negociação; a ausência de procedimentos, pois com frequência, devido
8 à urgência do seu exercício, “não é possível assegurar a mencionada audiência prévia
9 dos interessados ou, até, as exigências constitucionais e legais de fundamentação das
10 decisões administrativas”¹⁸⁷; e, a “insusceptibilidade de concessão dos poderes de
11 polícia”¹⁸⁸ aos particulares.

12

13 **1.5.1. Formas de exercício dos poderes de polícia**

14

15 Os poderes de polícia, nos termos da lei geral, podem ser exercidos através da
16 função de vigilância, da função regulamentar e de atos de polícia.

17 A primeira apresenta, na essência, 2 objetivos macro: “impedir, pelo próprio
18 conhecimento da presença dos agentes policiais, a produção dos danos, e a organização
19 de uma informação completa que permita actuar prontamente no caso de se verificar
20 perturbação que o justifique”¹⁸⁹. Da forma como este tipo de atividade é efetuado
21 podemos destringi-la em 2 grandes tipos: a vigilância geral e a vigilância especial.

22 A primeira, como ensina MARCELLO CAETANO, “traduz-se na observação constante
23 da conduta dos indivíduos nos lugares públicos e de todas as actividades que nestes
24 decorrem”¹⁹⁰. Já a segunda “é a que segue o desenrolar de certa forma de actividade ou
25 o que se passa em certos locais podendo ainda exercer-se especialmente sobre certos
26 indivíduos”¹⁹¹.

27 Quanto aos regulamentos de polícia, estes representam um subtipo das diversas
28 classificações possíveis dos regulamentos. De acordo com PAULO CAVACO, os
29 regulamentos de polícia são caracterizados por impor “limitações à liberdade individual
30 com vista a evitar que, em consequência da conduta perigosa dos indivíduos, se
31 produzam danos sociais”¹⁹².

¹⁸⁶ Raposo, J. in Caupers, J. (2013). *Introdução...*, p. 206.

¹⁸⁷ Caupers, J. (2013). *Introdução...*, p. 207.

¹⁸⁸ Caupers, J. (2013). *Introdução...*, p. 207.

¹⁸⁹ Caetano, M. (2010). *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, p. 275.

¹⁹⁰ Caetano, M. (2010). *Princípios Fundamentais...*, p. 278.

¹⁹¹ Caetano, M. (2010). *Princípios Fundamentais...*, p. 278.

¹⁹² Cavaco, P. (2003). *A Polícia no Direito Português, Hoje*. Consultado em www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/pcavacopolicia.doc.

1 Resta-nos falar dos atos de polícia, que se subdividem em atos jurídicos e atos
2 materiais, sendo os primeiros, normalmente de natureza administrativa e emanados pelos
3 órgãos e agentes com competência para o efeito, e os segundos, caracterizados pelo
4 emprego da coerção constituem as operações ou atividades de técnica policial, que, em
5 si mesmas, não produzem nem alteram a ordem jurídica – o patrulhamento de uma
6 localidade constitui um destes atos, por exemplo. VALENTE DIAS considera que “todos
7 estes actos – genéricos ou concretos – quando pertençam exclusivamente ao
8 desempenho de funções policiais e possuam um conteúdo ou objectivo padronizado, dá-
9 se habitualmente a designação de medidas de polícia”¹⁹³.

10 Contudo, além das chamadas medidas de polícia, são também atos de polícia as
11 licenças e autorizações. Neste ponto, importa clarificar estes 2 conceitos, porque, não
12 raras vezes, são alvo de confusão. Enquanto o ato de licenciar consiste “em libertar uma
13 actividade que, sendo em geral vedada, só com permissão pode ser exercida”¹⁹⁴, o ato de
14 autorizar reporta-se à “permissão do exercício de um direito ou actividade que em
15 princípio é livre, mas que está condicionado a não causar prejuízo à ordem, à moralidade,
16 à saúde pública”¹⁹⁵.

17

18 **1.6. Síntese Capitular**

19

20 O vocábulo «Polícia» é complexo devido à sua mutação constante ao longo dos
21 tempos e ao longo dos Estados. É certo que uma Polícia de um Estado totalitário é bem
22 diferente da Polícia de um Estado material social democrático. É comum, até se dizer,
23 mostra-me a Polícia que tens e eu dir-te-ei o tipo de Estado em que vives.

24 A atividade de polícia é, também, de difícil aceção. Esta apresenta uma dimensão
25 tão variada e vasta que é de todo impossível normativizar toda a atividade que a polícia
26 desempenha. Mas, esta deve ir sempre ao encontro, num primeiro momento, aos
27 princípios constitucionais e, num segundo momento, aos princípios da Administração
28 Pública e deve exercer-se através da vigilância, de regulamentos e de atos de polícia.

¹⁹³ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 76.

¹⁹⁴ Caetano, M. (2010). *Princípios fundamentais...*, p. 279.

¹⁹⁵ Caetano, M. (2010). *Princípios fundamentais...*, p. 279.

1 Desta feita, importa neste Capítulo abordar concetualmente o princípio da
2 juridicidade¹⁹⁹ e a margem de livre decisão administrativa.

3 4 **2.2. Do Princípio da Juridicidade**

5
6 O princípio da juridicidade no Estado de direito democrático e social apresenta 2
7 grandes funções: assegurar o primado do poder legislativo sobre o poder executivo e
8 garantir os direitos e interesses dos particulares, que o próprio Estado não pode deixar de
9 respeitar e proteger. Mas, nem sempre este princípio assumiu estas 2 funções de forma
10 clara como podemos comprovar a seguir.

11 12 **2.2.1. Da Legalidade à Juridicidade: evolução histórica**

13
14 Antes da Revolução Francesa, como já referido aquando da abordagem do
15 conceito «Polícia», vivíamos num Estado onde o poder do monarca era absoluto, não
16 estando subordinado à lei nem aos direitos subjetivos dos cidadãos, traduzindo-se assim,
17 numa situação de arbítrio. Contudo, “em inícios do século XIX, com as Revoluções
18 Liberais e a instituição do Estado de Direito de Legalidade Formal”²⁰⁰ surge o princípio da
19 legalidade da Administração, a par do Direito Administrativo, com o intuito de contrariar “a
20 imprevisibilidade decorrente de um sistema em que o monarca, detentor do poder
21 absoluto, tem a prerrogativa de derogar o direito comum”²⁰¹, subordinando os poderes
22 públicos à lei, “aprovada pelas assembleias representativas e, portanto, expressão da
23 vontade popular”²⁰². No fundo, nesta conceção do princípio da legalidade, ainda
24 embrionária, a lei aparece como um limite da ação administrativa, isto é, a Administração
25 Pública não podia praticar quaisquer atos que contrariassem as normas legais. Esta
26 constitui, assim, a primeira configuração do princípio da legalidade que aparece com uma
27 formulação negativa, que nos dias de hoje é conhecida também pelo princípio do primado
28 da lei.

¹⁹⁹ Na nossa dissertação adotamos o vocábulo legalidade aquando da evolução histórica. Contudo, na nova formulação do princípio, que corresponde à conceção do Estado de direito democrático e social utilizamos a terminologia juridicidade. Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “o princípio da legalidade aponta para um princípio de âmbito mais abrangente: o princípio da juridicidade da administração, pois todo o direito serve de fundamento e é pressuposto da actividade da Administração”. Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República...*, p. 923. Corroborando a ideia de MARIA DOS ANJOS MAIA FERNANDES, consideramos que o princípio da juridicidade “representa e descreve actualmente de modo mais exacto a ligação entre a Administração e o Direito do que o tradicional princípio da legalidade”. Fernandes, D. M. (2011). *Princípio da legalidade e discricionariedade administrativa*. (Dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, pp. 24-25.

²⁰⁰ Costa, A. A. (2012). *A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. Coimbra: Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 2.

²⁰¹ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais* (3.ª ed., Tomo I). Lisboa: D. Quixote, p. 160.

²⁰² Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 160.

1 O princípio da legalidade “tem desde a sua origem dois fundamentos, que
2 sobrevivem até hoje: um fundamento *garantístico*, na medida em que visa assegurar que
3 a actuação administrativa não ocorre em termos imprevisíveis para os cidadãos; e um
4 fundamento *democrático*, na medida em que visa assegurar que a actuação
5 administrativa não ocorre à margem da legitimidade democrática, designadamente com
6 base num título de legitimidade próprio do executivo (embora, como se sabe, por força do
7 sufrágio não universal, a democracia do Estado liberal fosse apenas formal)”²⁰³.

8 O princípio da legalidade não aparece neste Estado no seu esplendor, pois a
9 Administração Pública, à época, “[estava] às ordens do soberano, [dependia]
10 hierarquicamente dele, e por isso [podia] fazer tudo aquilo que ele lhe ordenar, excepto o
11 que [era] proibido através de lei votada no Parlamento”²⁰⁴. Há, assim, 2 grandes poderes
12 do Estado autónomos: por um lado, o Poder Executivo, “encabeçado pelo rei e seus
13 ministros”²⁰⁵ com uma legitimidade hereditária, e, por outro, o Parlamento, possuindo
14 “uma legitimidade democrática, decorrente do voto popular”²⁰⁶. Em suma, nesta época
15 estávamos perante uma ideia de monarquia limitada, que caracterizou este Estado,
16 desde o seu início.

17 Mais tarde, o Estado de direito liberal deu origem a 3 regimes divergentes, na qual
18 o princípio da legalidade assumiu também conotação diferente.

19 No regime autoritário de direita, a noção de Estado de direito deu lugar à noção de
20 Estado de legalidade, onde todos os atos praticados pela Administração Pública
21 deveriam de se basear na lei. Esta lei, ao contrário do Estado ulterior, não exprimia a
22 vontade popular, pois esta passou a ser “qualquer norma geral e abstracta decretada
23 pelo Poder, inclusive pelo Poder Executivo”²⁰⁷. Neste regime, o princípio da legalidade
24 aparece-nos como um meio de proteger o Estado, pois este visava essencialmente
25 “garantir o Estado e os interesses objectivos da Administração pública”²⁰⁸, e só a título
26 secundário os interesses dos particulares. Por fim, este princípio aparece-nos ainda como
27 limite de toda ação administrativa, mas apenas como limite relativo e já não absoluto.

28 Outro regime, a que o Estado de direito liberal deu origem foi ao regime
29 comunista. Este manteve à semelhança do ulterior, a subordinação da Administração
30 Pública à lei, mas com uma ligeira diferença, pois os socialistas entendiam que deveria
31 ser o partido único a interpretar e a aplicar a lei. Ou seja, “as leis deveriam ser
32 interpretadas e aplicadas de acordo com as directivas e instruções formuladas pelo

²⁰³ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 160.

²⁰⁴ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo* (2.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, p. 53.

²⁰⁵ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 53.

²⁰⁶ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 53.

²⁰⁷ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 54.

²⁰⁸ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 54.

1 partido, com vista à construção do socialismo²⁰⁹. E foi desta ideologia que surgiu a noção
2 de legalidade socialista caracterizada pela sua interpretação ser “vivificada e norteadas
3 pelo objectivo da construção do socialismo²¹⁰ e não pela interpretação puramente
4 jurídica das leis em vigor. Nesta perspectiva, o princípio da legalidade deixou de ser um
5 limite da ação administrativa, mas um instrumento dessa mesma ação como nos refere
6 FREITAS DO AMARAL, ou melhor, “um instrumento do poder administrativo ao serviço dos
7 fins de natureza política consagrados na Constituição do respectivo país e definidos,
8 momento a momento, pelo partido único²¹¹”.

9 Resta-nos, com brevidade, refletir sobre o último regime chamado de democrático
10 de tipo ocidental, onde vigora o Estado social de direito, como é o nosso. O princípio da
11 legalidade neste regime, apesar de se aproximar à formulação do Estado liberal, este
12 apresenta algumas transformações entre as quais destacamos: a subordinação da
13 Administração Pública ao Direito e não apenas à Lei²¹²; a garantia da juridicidade da ação
14 administrativa passa assegurar simultaneamente o respeito das normas aplicáveis, quer
15 no interesse da Administração, quer no interesse dos cidadãos, e, por fim, este princípio
16 não se apresenta apenas com uma formulação negativa, mas também com uma positiva,
17 significando que a Administração apenas “pode agir com fundamento na lei e dentro dos
18 limites por ela impostos²¹³, ao contrário dos diferentes ramos do Direito, onde o Homem
19 pode fazer tudo menos o que a lei lhe proíbe.

21 **2.2.2. Conteúdo e Objeto do Princípio da Juridicidade**

23 **(a) Conteúdo**

25 Uma das transformações do princípio da juridicidade aquando da passagem do
26 Estado liberal para o Estado social de direito foi a subordinação da Administração não à
27 Lei em sentido formal²¹⁴, mas ao Direito²¹⁵. Assim, como nos refere MARIA DOS ANJOS
28 MAIA FERNANDES na sua dissertação de mestrado, “a Administração Pública passa a
29 subordinar-se à Constituição, aos tratados internacionais, às leis ordinárias, aos

²⁰⁹ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 55.

²¹⁰ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 55.

²¹¹ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 55.

²¹² Veja-se Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, pp. 184-185.

²¹³ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 55.

²¹⁴ Conforme nos elucida GERMANO MARQUES DA SILVA, a lei em sentido material “é a declaração de uma ou mais normas jurídicas pela autoridade competente”. Silva, G. M. (2012). *Introdução ao Estudo...*, p. 105. Já a Lei em sentido formal (Lei) “é o diploma emanado do órgão legislativo por excelência [Assembleia da República], quer nesse diploma se contenham verdadeiras normas jurídicas, quer comandos individuais concretos”. Silva, G. M. (2012). *Introdução ao Estudo...*, p. 105.

²¹⁵ Para a compreensão desta dimensão de legalidade democrática, assente no Direito, veja-se o estudo sobre o princípio da constitucionalidade e de legalidade vinculantes de toda a atividade de polícia em Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, pp. 185 e ss.

1 regulamentos, aos direitos resultantes do contrato administrativo e de Direito Privado, aos
2 actos constitutivos de direitos²¹⁶ e aos princípios gerais de Direito que regulam a
3 actividade administrativa²¹⁷. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS
4 incluem ainda o Direito Internacional, o Direito Comunitário e o “costume interno, de nível
5 constitucional, legal ou regulamentar, para quem aceite a sua relevância²¹⁸ na expressão
6 «Direito». PACHECO DE AMORIM, PEDRO GONÇALVES e ESTEVES DE OLIVEIRA, no Código do
7 Procedimento Administrativo Comentado, acrescentam ainda que a palavra «Direito» leva
8 a uma outra implicação: “a da vinculação da Administração a uma **ideia justa (ou**
9 **jurídica) da lei**, não para olhar de forma puramente mecanicista e formalista, mas como
10 um crivo jurídico para a sua interpretação e aplicação, em consonância com os valores
11 de justiça inerentes ao ordenamento jurídico, *maxime* ao Constitucional²¹⁹. A tudo isto
12 Hauriou chamou de *bloc légal* (bloco de legalidade). Desta forma, “a violação, por parte
13 da Administração pública, de qualquer [norma ou actos anteriormente referidos] implica a
14 violação da legalidade (*hoc sensu*) e constitui, por conseguinte, ilegalidade²²⁰.”

15 16 **(b) Objeto**

17
18 Impõe-se que, de forma breve, se apure o objeto do princípio da juridicidade. De
19 acordo com FREITAS DO AMARAL, todos os tipos de comportamento da Administração
20 estão subordinados ao princípio da juridicidade, na qual destacamos: o regulamento, o
21 contrato de Direito Privado, o contrato administrativo, o ato administrativo e os simples
22 factos jurídicos²²¹. Resulta, assim, que todas estas formas de ação administrativa devem
23 subordinar-se à lei e ao Direito sob pena de se gerar ilegalidade, com as consequências
24 jurídicas daí decorrentes, como a ilicitude, invalidade, responsabilidade civil, entre outras.

²¹⁶ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS discordam desta inclusão de atos não normativos no bloco da legalidade afirmando “que tais actos não se impõem *qua tale* enquanto parâmetros de conformidade jurídica da actividade administrativa, como se prova pela possibilidade legal de modificação do seu conteúdo ou mesmo destruição dos seus efeitos mediante outros actos jurídicos da administração [por exemplo, a revogação, em certas circunstâncias, de actos administrativos constitutivos de direitos e a modificação ou resolução unilateral de contractos administrativos: artigo [169.º, n.º 4 do CPA] e 302.º, alíneas c) e e) do CCP.” Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 164.

²¹⁷ Fernandes, D. M. (2011). *Princípio da legalidade e discricionariedade...*, p. 22.

²¹⁸ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 163.

²¹⁹ Amorim, J., Gonçalves, P. & Oliveira, M. (2010). *Código de Procedimento...*, p. 91.

²²⁰ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 58.

²²¹ Cfr. Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*

1 **2.2.3. Modalidades do Princípio da Juridicidade**

2
3 O princípio da juridicidade submete a Administração Pública à Constituição e ao
4 Direito (artigo 3.º, n.º 2 da CRP), como já vimos, e “ao controlo dos tribunais
5 administrativos, os quais [...] têm por função fiscalizar a correcta interpretação e aplicação
6 da lei ao caso concreto”²²².

7 No que concerne a este princípio em análise, podemos identificar 2 componentes,
8 para alguns autores subprincípios ou até mesmo modalidades: a preferência (primado,
9 precedência, prevalência ou primazia) de lei (ou legalidade-limite), que surgiu desde logo
10 no Estado liberal, e a reserva de lei (ou legalidade-fundamento) que surge nesta nova
11 conceção do princípio.

12 No que diz respeito a estas 2 modalidades destacamos o conteúdo, fundamento e
13 problemas da preferência de lei de forma sumária e o fundamento e a densificação
14 normativa da reserva de lei.

15
16 2.2.3.1. Preferência de lei: conteúdo, fundamento e problemas

17
18 **(a) Conteúdo**

19
20 Da análise do artigo 3.º, n.º 1 do CPA e do artigo 266.º, n.º 2 da CRP, que
21 enunciam o princípio em estudo, deve-se entender, desde logo o seu sentido proibitivo ou
22 negativo, isto é, deve entender-se que “são proscritas actuações administrativas que
23 contrariem a lei”²²³.

24 Como já o dissemos, a lei deve ser entendida como uma das fontes de Direito.
25 Mas a lei deixou de constituir a única fonte, passando como elucida Haurior ao *bloc légal*.
26 Desta feita, “a preferência de lei passou a ser entendida como preferência da ordem
27 jurídica globalmente considerada”²²⁴.

28 Este subprincípio, ao contrário da reserva de lei²²⁵, é claro quanto ao seu âmbito
29 de aplicação²²⁶. A preferência de lei, como nos elucida ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA,

²²² Sousa, A. F. (1998, maio/junho). Princípio da Legalidade da Administração. *Polícia Portuguesa*, 111, p. 22.

²²³ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 163.

²²⁴ Fernandes, D. M. (2011). *Princípio da legalidade e discricionariedade...*, p. 23.

²²⁵ Sobre a reserva de lei ver ponto 2.2.3.2. (p. 41).

²²⁶ Quanto ao âmbito de aplicação da reserva de lei, várias são as teses que defendem a sua aplicabilidade na Administração Prestacional (Constitutiva ou Prestadora de Serviços). Uma tese minoritária, tanto em Portugal (SÉRVULO CORREIA e PAULO OTERO) como na Alemanha (WOLF) defende a restrição da reserva de lei à Administração Agressiva, não fazendo sentido para estes autores invocar o seu fundamento garantístico quando o que está em causa é a atribuição de vantagens/benefícios aos cidadãos. Uma segunda tese, oriunda de uma orientação formulada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, denominada de teoria da essencialidade ou *Wesentlichkeitstheorie* defende que “no Estado social, a reserva de lei deveria ser alargada à actividade administrativa em todos aqueles âmbitos que, acompanhando as modificações políticas, económicas, sociais e culturais ocorridas, passaram entretanto a ser considerados como essenciais

1 “aplica-se, ilimitada e incondicionalmente, a todo o tipo de actividade administrativa”²²⁷.
2 Significa que tanto a Administração Agressiva como a Administração Prestacional ou
3 Constitutiva estão subordinadas a este subprincípio.

4
5 **(b) Fundamento e Problemas**

6
7 O surgimento de outras fontes de Direito além da Lei, trouxe consequências, no
8 que toca ao seu fundamento, não permitindo “que se mantenha intocado o fundamento
9 essencialmente democrático da preferência de lei liberal, que assegurava exclusivamente
10 a prevalência da vontade do legislador representativo sobre a legitimidade monárquica do
11 executivo”²²⁸. Com a inserção dos regulamentos administrativos no bloco da legalidade
12 passou-se também a assegurar “a intangibilidade de determinados actos da própria
13 administração”²²⁹.

14 Contudo, “embora atenuado, o fundamento democrático da preferência de lei
15 liberal não se dissolveu por completo, quando se trata de impor a observância, pela
16 administração, de actos normativos por ela mesmo”²³⁰.

17 O alargamento dos parâmetros da actividade administrativa, além de alterar o
18 fundamento da precedência de lei, trouxe outros problemas, sendo o de maior relevo o
19 seguinte: que conduta deve adotar a Administração Pública, quando estamos perante
20 normas conflituantes no interior do bloco da legalidade?

para a colectividade”. Cfr. Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 172. A última e terceira tese, sendo esta maioritária (FREITAS DO AMARAL, JORGE MIRANDA, GOMES CANOTILHO, JESCH) defende a necessidade de uma reserva total de lei. Como nos elucida FREITAS DO AMARAL, na Administração Constitutiva podem ocorrer violações dos direitos dos particulares, ou dos seus interesses legalmente protegidos, por parte da Administração Pública. Como elucida ainda FREITAS DO AMARAL, ilustrando alguns exemplos, “a Administração pode interpretar mal a lei e violar um direito subjectivo de natureza económico-social de um particular [...] pode privar alguém de direitos já adquiridos”. Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, pp. 66-67. O autor refere ainda que a Administração Constitutiva deve possuir critérios seletivos para atribuição de subsídios, médias de fomento, entre outros, dentro das limitações financeiras que sempre existirão. Desta forma, “quem selecciona uns afasta outros, e aqueles que forem preteridos têm de poder socorrer-se da lei para defender os seus direitos”. Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 67.

Através da análise de alguns acórdãos, podemos também aferir que a jurisprudência portuguesa é unânime na afirmação de uma precedência total de lei. A título de exemplo vejamos: Acórdão do STA de 26 de janeiro de 2000 (Processo n.º 37739) “[...] incumbe a Administração de fundamentar a legalidade da sua actuação, não no sentido da legalidade substantiva dos actos concretamente praticados [...], mas no sentido da legalidade do tipo de actuação empreendida [...], independentemente da legalidade intrínseca deste, ou dito de outro modo, dos pressupostos legais da sua actuação”; Acórdão do STA de 30 de abril de 2003 (Processo n.º 47777) “do direito de opção pelo serviço activo que lhes é reconhecido no acórdão do Tribunal Constitucional em que foi declarada a inconstitucionalidade da norma referida, não podia a Administração reconhecer tal direito, pois o princípio da legalidade [...], a que está sujeita a generalidade da actuação da Administração, inclusivamente quando constitutiva, tem um conteúdo positivo, que se traduz em esta só poder fazer o que lhe é permitido pela Constituição, pela lei e por actos a que estas reconhecem força vinculativa”. Quanto a esta matéria aconselhamos ainda a leitura de Soares, R. E. (1981). Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 57, 169-190.

²²⁷ Sousa, A. F. (1998, Maio/Junho). Princípio da Legalidade..., p. 23.

²²⁸ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 164.

²²⁹ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 164.

²³⁰ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 164.

1 A esta questão a maioria da doutrina portuguesa, onde destacamos VIEIRA DE
2 ANDRADE²³¹, MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, RUI MEDEIROS²³² e
3 MANUEL VALENTE²³³, “propende para a aceitação de uma competência de desaplicação
4 limitada [...] de leis inconstitucionais pela administração, em situações identificadas,
5 segundo critérios muito diversos”²³⁴.

6 Contudo, apesar de minoritária a tese de total rejeição da competência de
7 desaplicação, por exemplo, o Acórdão do TC n.º 304/85 (Processo n.º 29/85) vai de
8 encontro a esta, afirmando mesmo: “Ao exercer a sua competência, a Administração
9 aplica directamente a Constituição ou actua através de lei intermédia. Nesta segunda
10 alternativa, à Administração é proibido desobedecer à lei por inconstitucionalidade, desde
11 logo, porque tal controlo cabe unicamente aos tribunais, difusamente, e ao Tribunal
12 Constitucional, centralizadamente (artigos [223.º] e 277.º a 283.º da Constituição). Esta
13 mesma interpretação é destilável do artigo 266.º, n.º 2 da CRP que, ao estipular que os
14 órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei,
15 significadamente impõe a adstrição da Administração à Lei Fundamental, quando ela se
16 lhe refere imediatamente, e à lei quando esta se lhe coloca como parâmetro de referência
17 entre a própria Constituição e a sua actividade regulamentar”²³⁵.

18 Em suma, é nosso entender, que o conflito entre normas que integram o bloco de
19 legalidade, por revelar uma colisão entre diversos princípios constitucionais, deve haver
20 nesta temática, como afirma ASSUNÇÃO ESTEVES, uma “concordância prática entre os
21 valores em jogo, ou seja, uma harmonização entre o princípio da legalidade da actividade
22 da Administração e o princípio da constitucionalidade, entre o princípio da separação de
23 poderes e o princípio da tutela efectiva dos direitos dos cidadãos”²³⁶ mediante cada caso
24 concreto. Como ensina MANUEL VALENTE, sempre que seja suscitada a
25 inconstitucionalidade ou que “alguém responsável da polícia tenha dúvidas sérias da
26 constitucionalidade da mesma, a polícia, deve obediência ao princípio da
27 Constitucionalidade, isto é, não deve aplicar a norma sob pena de ofender direitos,

²³¹ Neste sentido “BACHOF, VIEIRA DE ANDRADE admite que não é possível amarrar a Administração a uma obediência cega à lei [...] sob pena da Administração se resumir a um poder nulo. Desta feita, VIEIRA DE ANDRADE considera que se deve admitir uma desaplicação de uma norma infraconstitucional por estar ferida de inconstitucionalidade material sempre que estejam em causa direitos, liberdades e garantias fundamentais [...]”. Cfr. Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 190.

²³² Este autor “defende que o princípio da subordinação da Administração à Constituição aponta, (...), para o reconhecimento de uma competência administrativa de fiscalização da constitucionalidade das leis e, mais concretamente, para a admissibilidade de um poder administrativo de rejeição das leis inconstitucionais [...]”. Cfr. Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 191.

²³³ MANUEL VALENTE na sua 1.ª edição da obra *Teoria Geral do Direito Policial* já vinha defendendo esta perspectiva. Cfr. Valente, M. M. G. (2005). *Teoria Geral do Direito Policial* (Tomo I). Coimbra: Almedina, pp. 87-88.

²³⁴ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 166.

²³⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 304/85, de 24 de abril.

²³⁶ Assunção Esteves *in* Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 190.

1 liberdades e garantias do cidadão e provocar um mal maior do que se não tivesse
2 aplicado a norma (presumidamente) inconstitucional²³⁷.

3 4 2.2.3.2. A reserva de lei: fundamento e densificação normativa

5 6 (a) Fundamento

7
8 Uma das transformações do princípio da juridicidade tem a ver com o facto deste
9 não se apresentar em exclusivo numa formulação negativa, e passar também a ter uma
10 formulação positiva, dizendo assim o que a Administração deve ou pode fazer, e não
11 apenas aquilo que lhe é interdito. Como nos refere ROGÉRIO SOARES “o direito não é
12 agora como um limite externo à actividade administrativa, mas como a única forma
13 possível de manifestação dessa actividade²³⁸. Assim, de “mero limite externo, a lei
14 transforma-se em pressuposto, fundamento e critério de toda a actividade
15 administrativa²³⁹.

16 A reserva de lei (ou legalidade-fundamento) torna-se mais exigente do que o
17 primado da lei, pois enquanto o último subprincípio apenas proíbe, o primeiro exige que a
18 atuação administrativa assente numa base legal.

19 No que concerne ao seu fundamento, podemos afirmar, de acordo com ANTÓNIO
20 FRANCISCO DE SOUSA que esta modalidade “resulta directamente do princípio do Estado
21 de direito, consagrado na Constituição²⁴⁰. Contudo, este subprincípio resulta também
22 dos princípios constitucionais da democracia parlamentar (fundamento democrático) e da
23 defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos (fundamento garantístico)²⁴¹.

24 O princípio democrático “exige que seja o parlamento, enquanto órgão eleito pelo
25 povo e assim directa e democraticamente legitimado, a tomar as decisões mais
26 importantes para o bem comum, especialmente as normas mais relevantes para o
27 cidadão²⁴². Deste modo, a legitimidade democrática espalhou-se por todos os poderes
28 públicos, na qual se inclui o poder executivo “pelo que o princípio da legalidade
29 [juridicidade] não pode mais ser entendido como mecanismo ordenador de repartição dos
30 espaços de relevância de duas diferentes esferas de legitimidade de poder²⁴³. Na esteira

²³⁷ Valente, M. M. G. (2005). *Teoria Geral...*, (Tomo I). Coimbra: Almedina, p. 88.

²³⁸ Soares, R. G. E. (1955). *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Atlântida, p. 83.

²³⁹ Fernandes, D. M. (2011). *Princípio da legalidade e discricionariedade...*, p. 24.

²⁴⁰ Sousa, A. F. (1998, maio/junho). Princípio da legalidade..., p. 23.

²⁴¹ Estes 2 fundamentos, como já o dissemos na dissertação vêm já desde o Estado liberal. No Estado de direito estes fundamentos até crescem a sua validade. Quanto ao fundamento democrático, não podemos entendê-lo como este era entendido no Estado liberal. Neste, “a legitimidade democrática era restrita aos órgãos representativos do povo, prevalecendo a legitimidade monárquica na esfera do Executivo”. Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 168.

²⁴² Sousa, A. F. (1998, maio/junho). Princípio da legalidade..., p. 23.

²⁴³ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 168.

1 deste autor, podemos assim concluir que no direito português a reserva de lei exprime
2 “uma preferência pela decisão normativa dotada de legitimidade democrática
3 representativa directa ou imediata, que se encontra precisamente nos actos formalmente
4 legislativos”²⁴⁴.

5 Estudado o fundamento da reserva de lei, podemos concluir que esta, ao contrário
6 do primado da lei, apresenta uma face jurídico-fundamental na qual o seu campo de
7 aplicação está confinado às ingerências da Administração Pública na «liberdade e
8 propriedade» do cidadão, e uma face jurídico-orgânica que atende “a uma preocupação
9 de distribuição constitucional das funções entre o legislador e o Executivo”²⁴⁵.

10 Desta forma, na ação policial, a reserva de lei, na sua face jurídico-fundamental
11 deve ser entendida, antes de mais, como “reserva de ingerência, ou seja, é necessária
12 uma autorização da lei (do Direito) para que possa haver uma ingerência nos direitos e
13 liberdades do cidadão”²⁴⁶.

14

15 **(b) Densificação Normativa**

16

17 A reserva de lei como acabamos de ver, consiste numa prévia habilitação legal de
18 forma a legitimar a atuação administrativa. Contudo, esta não pode esgotar-se na mera
19 precedência de lei, sob pena de esvaziar-se o fundamento democrático²⁴⁷ e o
20 fundamento garantístico²⁴⁸. Assim, a reserva de lei, além da precedência de lei, exige
21 também uma determinada densidade, isto é, “um determinado grau de especificação e
22 pormenorização, quer dos pressupostos, quer dos meios, de tal actuação”²⁴⁹.

23 Todavia, esta densificação normativa, não se rege por critérios objetivos e o seu
24 grau de densidade depende de diversos fatores, de entre os quais destacamos: a
25 “incidência da actuação administrativa habilitada na esfera social”²⁵⁰, isto é, a densidade
26 normativa será maior quanto maior for a agressão aos DLG’s, e será menor, quando
27 estamos no ramo da Administração Prestacional; e, o “grau de legitimidade democrática
28 da administração normativamente habilitada”²⁵¹, ou seja, haverá menor densidade

²⁴⁴ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 168.

²⁴⁵ Sousa, A. F. (2013). Juridicidade da Ação Policial. *Revista do Ministério Público*, 135, p. 24.

²⁴⁶ Sousa, A. F. (2013). Juridicidade da Ação Policial..., p. 25.

²⁴⁷ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS este esvaziamento ocorria, na medida em que “remeteria integralmente para a administração a definição dos critérios e meios da sua actuação”. Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 176.

²⁴⁸ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS este esvaziamento decorre de inviabilizar “a possibilidade de antecipação, com um mínimo grau de segurança, da actuação administrativa por parte dos seus destinatários”. Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 176.

²⁴⁹ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 176.

²⁵⁰ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 177.

²⁵¹ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 177.

1 quando “a administração habilitada está especialmente legitimada do ponto de vista
2 democrático-representativo”²⁵².

3 Tendo por base o grau de densificação normativa, as normas podem ser
4 classificadas de fechadas, quando densifica “totalmente os pressupostos e os meios de
5 actuação administrativa”²⁵³ ou abertas, quando a norma apenas densifica parcialmente.
6 Enquanto a primeira estabelece “a vinculação da administração a uma conduta, activa ou
7 omissiva, totalmente predeterminada”²⁵⁴, a segunda confere certa margem de livre
8 decisão, além de predeterminar alguns aspetos da conduta administrativa.

9 10 **2.2.4. Princípio da Juridicidade e os Direitos, Liberdades e Garantias: a** 11 **reserva de lei restritiva**²⁵⁵

12
13 Antes de falarmos em restrição de direitos fundamentais é crucial conhecermos o
14 âmbito de protecção das normas constitucionais. Desta feita, como nos elucida GOMES
15 CANOTILHO, a primeira tarefa metódica passa por analisar a estrutura das normas
16 constitucionais garantidora de direitos, determinando para o efeito os bens jurídicos
17 protegidos e a extensão da sua protecção, e verificar se os mesmos “sofrem de qualquer
18 restrição imediatamente estabelecida pela própria Constituição – *restrição constitucional*
19 *expressa* – ou se a constituição *autoriza* a lei a restringir esse âmbito de protecção –
20 *reserva de lei restritiva*”²⁵⁶.

21 Delimitado o âmbito de protecção da norma (ou em alemão *Schutzbereich*), cumpre
22 posteriormente “*averiguar o tipo, natureza e finalidades da medida legal restritiva*”²⁵⁷
23 constituindo esta, a segunda tarefa metódica. Quanto a esta, é importante realçar que
24 existe uma “**restrição legal de direitos fundamentais** quando o âmbito de protecção de
25 um direito fundado numa norma constitucional é directo ou indirectamente limitado
26 através da lei”²⁵⁸.

27 Ideia também ela importante, quando falamos de restrição de direitos
28 fundamentais, é a análise dos tipos de restrições eventualmente existentes. No direito
29 português identificam-se 3 restrições possíveis para os direitos fundamentais, sendo 2
30 delas expressamente autorizadas pela Constituição, quer directamente (restrições
31 constitucionais directas), quer por meio de lei (limites ou restrições estabelecidas por lei) e

²⁵² Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 177.

²⁵³ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 178.

²⁵⁴ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 178.

²⁵⁵ Sobre a visão metódica do procedimento jurídico-constitucional de restrição de direitos ver Anexo IV.

²⁵⁶ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.ª reimp.). Coimbra: Almedina, p. 1275.

²⁵⁷ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 1276.

²⁵⁸ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 1276.

1 outra concebida pela doutrina, à qual se dá o nome de restrições não expressamente
2 autorizadas pela Constituição.

3 No que concerne ao primeiro tipo, as restrições encontram-se “positivadas pelas
4 próprias normas constitucionais garantidora de direitos”²⁵⁹, veja-se o artigo 45.º, n.º 1 da
5 CRP²⁶⁰, que restringe o direito de reunião proibindo manifestações violentas e armadas.

6 Quanto o segundo tipo de restrição, este permite que os direitos fundamentais
7 sejam restringidos por lei, “quando os preceitos garantidores de DLG’s admitem, de forma
8 expressa, a possibilidade de restrições destes através da lei”²⁶¹ – artigo 18.º, n.º 2 da
9 CRP, que “determina que as restrições de DLG’s têm que estar expressamente previstas
10 na lei”²⁶² e artigo 34.º, n.º 4 da CRP que “admite restrições a estabelecer por lei com
11 fundamento em exigências de processo criminal relativamente à inviolabilidade de
12 correspondência e telecomunicações”^{263 264}.

13 Nesta segunda tipologia de restrições aos DLG’s as normas constitucionais são
14 simultaneamente normas garantidoras de direitos, visto reconhecerem um determinado
15 direito²⁶⁵ e normas de autorização de restrições desses mesmos direitos, pois estas
16 autorizam “o legislador a estabelecer limites ao âmbito de protecção constitucionalmente
17 garantido”²⁶⁶.

18 Impõe-se que, se saiba se a Lei da AR, ou o Decreto-Lei do Governo
19 expressamente autorizado pode delegar parcialmente ou total a regulamentação das
20 restrições em entidades estaduais ou em administrações autónomas. Face ao exposto,
21 na ótica de GOMES CANOTILHO, devem-se observar as seguintes regras nos diplomas
22 legais emitidos pela AR e pelo Governo: “só a lei da AR pode ter a iniciativa de
23 estabelecer limites aos DLG’s com base na autorização constitucional expressa de
24 restrição”²⁶⁷; a Lei da AR pode apenas limitar-se a autorizar o Governo a legislar sobre a
25 forma de Decreto-Lei as matérias relacionadas com a restrição de DLG’s, devendo
26 sempre definir conforme artigo 165.º, n.º 2 da CRP o seu *objeto, sentido, extensão e*
27 *duração* da autorização; por fim, em qualquer das hipóteses acima referidas é apenas a

²⁵⁹ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 1276.

²⁶⁰ Quanto ao âmbito de protecção e restrições ao direito expresso no artigo 45.º da CRP – Direito de Manifestação – aconselhamos a leitura de Correia, S. (2006). *O Direito de Manifestação: âmbito de Protecção e Restrições*. Coimbra: Almedina, pp. 31-85.

²⁶¹ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 1276.

²⁶² Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 169.

²⁶³ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 1277.

²⁶⁴ Como nos elucidam os autores MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, em matéria de restrições de direitos fundamentais estabelecidas por lei, o conceito de bloco de legalidade já não tem uma aplicação plena, pois esta é uma matéria da reserva de lei (relativa) da AR – ver artigo 165.º, n.º 1, alínea b) da CRP. O Governo nesta matéria pode também emitir diplomas legais sob a forma de Decreto-Lei, desde que autorizado pela Assembleia da República, conforme artigo 165.º, n.º 1, alínea b) da CRP.

²⁶⁵ Cfr. artigo 34.º, n.º 4, 1.ª parte: “É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, telecomunicações e nos demais meios de comunicação (...)”.

²⁶⁶ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 1278.

²⁶⁷ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 1278.

1 estes atos “que compete estabelecer uma regulamentação suficientemente *determinada*
2 e *densa*, incidente sobre os aspectos *essenciais* das restrições, ficando excluída a
3 possibilidade de regulamentos independentes ou autónomos”²⁶⁸.

4 Por fim, resta-nos analisar a terceira restrição de DLG’s (restrições não
5 expressamente autorizadas pela Constituição ou limites iminentes). Como o nome nos
6 elucida, estamos perante “restrições ao conteúdo juridicamente garantido de um direito
7 sem qualquer autorização constitucional expressa”²⁶⁹ ²⁷⁰. Apesar de em sede de
8 legitimidade constitucional e no plano de modelação concreta do âmbito de proteção e do
9 conteúdo juridicamente garantido estarmos perante um dos casos mais complexos, não
10 podemos deixar de concordar da existência de mediações restritivas²⁷¹. No entanto, como
11 nos ensina GOMES CANOTILHO estas restrições devem assentar em alguns pontos: os
12 direitos sem restrições, como é o caso do artigo 45.º, n.º 2 da CRP não se podem
13 considerar direitos irrestritos; os limites devem estar sujeitos aos limites da ordem
14 jurídico-constitucional; e, os limites podem/devem ser conformados pelo legislador,
15 obedecendo aos princípios das leis restritivas, já enumerados²⁷².

17 **2.3. Da Margem de Livre Decisão Administrativa**

18
19 A Administração, como já vimos, subordina-se à Constituição e ao Direito,
20 aquando da abordagem do princípio da juridicidade. Porém, como nos elucidam
21 EDUARDO ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, a lei nem sempre regula da mesma
22 forma os atos a praticar pela Administração, sendo que umas vezes o legislador
23 concretiza tudo até ao pormenor e outras vezes confere à Administração uma margem de
24 livre decisão administrativa²⁷³. Esta, segundo MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ
25 SALGADO DE MATOS, consiste “num espaço de liberdade da actuação administrativa

²⁶⁸ Sobre este último aspeto aconselhamos a leitura do Acórdão do TC n.º 74/84 (Processo n.º 72/83), de 10 de julho, na qual se declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma do artigo 2.º da Postura Municipal de Vila do Conde por violação dos artigos 37.º, n.º 1 e 2, artigo 18.º, n.º 2 e 3 e artigo 167.º, alínea c) da CRP e do Acórdão do TC n.º 248/86 (Processo n.º 160/85), de 16 de julho, na qual declarou inconstitucional com força obrigatória geral, o artigo 3.º com referência ao n.º 1, do artigo 1.º da Postura sobre Propaganda e/ou Pendurada por violação dos artigos 18.º, n.º 2 e 3, 37.º, n.º 1 e 2 e artigo 168.º, n.º 1, alínea b) da CRP.

²⁶⁹ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 450.

²⁷⁰ Quanto a esta matéria é de realçar Novais, J. R. (2010). *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra editora.

²⁷¹ Veja-se o artigo 45.º, n.º 2 da CRP que prevê o direito de manifestação. Embora constitucionalmente não estejam consagradas quaisquer restrições diretas ou por meio de lei, é compreensível a proibição de manifestações violentas e com armas de acordo com o Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto com as alterações introduzidas pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro.

²⁷² Cfr. Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria...*

²⁷³ Enterría, E. G. & Fernández, T. R. (1989). *Curso de Derecho Administrativo* (5.ª ed., Vol. I). Madrid: Civitas Editorial, pp. 451-452.

1 conferido por lei e limitado pelo bloco da legalidade²⁷⁴ e comporta 2 grandes formas: a
2 discricionariedade e a margem de livre apreciação.

3 A margem de livre decisão administrativa, no Estado de direito social e
4 democrático assenta essencialmente em 2 fundamentos, sendo um de base jurídica e
5 outro de base política²⁷⁵. Ao contrário do que acontecia no Estado liberal, “em que a
6 administração pública gozava de um amplo espaço de liberdade à margem da lei”²⁷⁶ –
7 discricionariedade livre de lei –, no Estado de direito a base jurídica da margem de livre
8 decisão é a lei, isto é, esta margem encontra-se sempre sujeita à reserva de lei – p. e. ,
9 artigo 124.º, n.º 1 do CPA. Quanto às razões políticas da existência da margem de livre
10 decisão podemos destacar duas: em primeiro lugar, “o poder legislativo exerce-se
11 paradigmaticamente, através de actos gerais e abstractos; está, portanto, em regra,
12 distante dos casos concretos e o futuro que visa disciplinar não pode senão
13 limitadamente ser antecipado”²⁷⁷; e, em segundo lugar, “seria indesejável a emissão
14 apenas de normas fechadas, que retirassem à administração qualquer liberdade de
15 adaptação a especificidades dos casos concretos, mediante a qual seja possível uma
16 melhor prossecução do interesse público”²⁷⁸.

17 18 **2.3.1. Da Discricionariedade**

19
20 A discricionariedade deve, num primeiro momento, ser entendida “como uma
21 função jurídica, uma competência exercida de forma racional e de encontro com o
22 interesse público. Fruto do dever de boa administração a que a Administração Pública
23 está obrigada”²⁷⁹, o poder discricionário deve ser visto como parte integrante do mesmo.

24 De uma forma genérica, podemos entender a discricionariedade como um “*potere*
25 *di scelta affidato dal legislatore all’amministrazione*”²⁸⁰, ou seja, como um poder de
26 escolha que o legislador confere à Administração²⁸¹. Porém, esta liberdade de escolha
27 não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei, pois como nos refere JOSÉ FILHO,

²⁷⁴ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 183.

²⁷⁵ Além destes 2 fundamentos aqui apresentados, é também nosso entendimento que num plano prático seria impossível e mesmo inconveniente que a lei regulasse todos os aspetos de forma minuciosa. Na maioria dos casos, o legislador reconhece que não lhe é possível prever todas as circunstâncias antecipadamente. Seguindo também a linha de pensamento de HARTMUT MAURER o poder discricionário visa assegurar o tratamento equitativo dos casos individuais. Cfr. Maurer, H. (1998). *Droit Administratif Allemand*. Paris: LGDJ.

²⁷⁶ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, pp. 183-184.

²⁷⁷ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 184.

²⁷⁸ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 184.

²⁷⁹ Fortes, A. (2002). *A Discricionariedade e o Princípio da Oportunidade* (Tese de Licenciatura). Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Lisboa, p. 8.

²⁸⁰ Falcon, G. (2005). *Lezioni di Diritto Amministrativo* (Vol. I). L’attività, p. 49.

²⁸¹ Sobre o conceito de discricionariedade aconselhamos a leitura de Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, pp. 187 e ss. e de Amaral, D. F. (2014). *Teoria Geral...*, pp. 95 e ss.

1 aqui a Administração comete arbitrariedade²⁸², conduta esta “ilegítima e susceptível de
2 controle de legalidade”^{283 284}.

3 Em suma, como nos elucida FREITAS DO AMARAL, na discricionariedade, “a lei não
4 dá ao órgão administrativo competente liberdade para escolher qualquer solução que
5 respeite a competência e o fim legal, antes o obriga a procurar a melhor solução que
6 satisfaça o interesse público de acordo com os princípios jurídicos que condicionam ou
7 orientam a sua actuação”²⁸⁵, isto é, numa decisão discricionária, a escolha deve ser
8 sempre parametrizada, ou seja, balizada por certos limites²⁸⁶.

9 Face ao exposto, cabe-nos agora analisar quais os aspetos que a
10 discricionariedade pode abranger, em virtude de haver elementos que serão sempre
11 vinculados, como é o caso da competência e o fim do ato administrativo a praticar²⁸⁷.

12 Como nos refere FREITAS DO AMARAL, não existe atos administrativos totalmente
13 vinculados, nem atos totalmente discricionários, o que existe é uma combinação, em
14 doses variadas, entre o exercício de poderes discricionários e de poderes vinculados²⁸⁸.
15 Aliás, como nos ensinam FERNANDA OLIVEIRA e JOSÉ DIAS, “a atividade administrativa é
16 um *continuum* entre vinculação e discricionariedade”²⁸⁹.

17 No que concerne aos aspetos que podem ser alvo de poderes discricionários
18 destacamos os seguintes: *o momento da prática do facto* – à Administração, por vezes,
19 cabe-lhe decidir qual o melhor momento para aplicação do ato administrativo; embora
20 muitas vezes vinculado, à Administração pode também caber o *ónus de decisão de*
21 *praticar ou não* um determinado ato administrativo, a que SÉRVULO CORREIA chama de

²⁸² O poder discricionário, nos dias de hoje, não é mais um poder inato à semelhança do que se passava no Estado de polícia (poder derivado da legitimidade monárquica do Rei absoluto, ou do direito divino dos reis). Atualmente, o poder discricionário é um poder derivado da lei, só existindo quando a lei o conferir e na medida em que a lei o configurar. Segundo FREITAS DO AMARAL, o poder discricionário “só pode ser exercido para o fim com que a lei o confere, e deve ser exercido de acordo com certos princípios jurídicos de actuação”. Cfr. Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 98. Outro aspeto relevante aquando do uso de poderes discricionários prende-se com a tendência para discriminar os seus destinatários. “A maioria dos estudos anglo-saxónicos sobre [esta] matéria identificam três grandes grupos-alvo de discriminação sistemática por parte da polícia – os jovens, as minorias étnicas e estratos sociais economicamente desfavorecidos”. Cfr. Leitão, J. (2007). *Discricionariedade Policial*. In Silva, G. M. & Valente, M. M. G. (Regente). *Estudos de Homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro* (pp. 569-604). Coimbra: Almedina. Segundo REINER este facto deve-se ao universo onde a Polícia tem de atuar, que se caracteriza por uma sociedade hierarquizada e dividida o qual já mais possibilitará que a ação da polícia seja harmoniosa e regular. Cfr. Reiner, R. (1992). *Politics of Police* (2.^a ed.). London: Harvester Wheatsheaf.

²⁸³ Filho, J. S. C. (2005). *Manual de Direito Administrativo* (13.^a ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 33.

²⁸⁴ No mesmo sentido ÂNGELA LORENTZ diferencia discricionariedade de arbitrariedade, sendo a primeira uma “liberdade de ação dentro dos limites legais”, e a segunda, uma “ação contrária ou excedente da lei”. Cfr. Lorentz, A. M. (2003). *Limites ao Poder de Polícia...*, (Vol. I, pp. 419-492). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 445.

²⁸⁵ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, pp. 91-92.

²⁸⁶ Cfr. Caupers, J. (2013). *Introdução...*, p. 84.

²⁸⁷ Neste sentido, é comum dizer-se que a atividade administrativa está sempre colocada perante fins heterónomos.

²⁸⁸ Cfr. Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*

²⁸⁹ Oliveira, F. & Dias, J. (2015). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo* (4.^a ed.). Coimbra: Almedina, p. 124.

1 discricionariedade de decisão na sua obra *Legalidade e Autonomia Contratual nos*
2 *Contratos Administrativos*²⁹⁰ e MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS
3 denominam de discricionariedade de ação²⁹¹; a *determinação dos factos e interesses*
4 *relevantes para a decisão*, segundo FREITAS DO AMARAL é, também, um aspeto abrangido
5 pela discricionariedade – continuando na linha de pensamento do autor, “este aspeto
6 aparece cada vez mais associado aos novos campos de intervenção social e económica
7 em que “as normas jurídicas apresentam uma estrutura *porosa*, [isto é], o legislador não
8 define ou programa abstractamente (por impossibilidade de o fazer) os pressupostos (os
9 índices da existência de um interesse público) de que depende a actuação
10 administrativa”²⁹².

11 Desta feita, a hipótese legal tem de ser concretizada em cada caso concreto; cabe
12 também, por vezes à Administração, a *determinação do conteúdo concreto da opção*, isto
13 é, pode a Administração escolher entre duas ou mais possibilidades de atuação
14 predefinidas na lei – discricionariedade de escolha para estes autores²⁹³ e
15 discricionariedade optativa segundo FREITAS DO AMARAL –, ou pode a administração,
16 dentro dos limites jurídicos aplicáveis, definir o conteúdo completo do ato, a que SÉRVULO
17 CORREIA na sua obra *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*
18 designa de discricionariedade criativa²⁹⁴. Além destes aspetos e continuando na linha de
19 pensamento de FREITAS DO AMARAL, também a *forma a adotar para o ato*, as
20 *formalidades* a observar na preparação ou na prática do mesmo, a *fundamentação ou*
21 *não da decisão*²⁹⁵, e a *faculdade de opor*, ou não, condições, modos, ou outras cláusulas
22 acessórias aos atos administrativos são todos eles aspetos abrangidos pela
23 discricionariedade.

24 Contudo, se atentarmos bem estes aspetos que podem ser alvo de
25 discricionariedade, rapidamente nos apercebemos que estamos, maioritariamente,
26 perante uma discricionariedade técnica (p. e. , determinação dos factos e interesses
27 relevantes para a decisão) e tática (p. e. , momento da prática do facto).

²⁹⁰ Para SÉRVULO CORREIA a discricionariedade de decisão corresponde à “decisão sobre se determinados efeitos preditos pela norma serão ou não produzidos no caso concreto”, por parte do órgão titular deste poder. Cfr. Correia, S. (2013). *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, p. 479.

²⁹¹ Como exemplo desta “modalidade” de discricionariedade apresentamos o artigo 171.º, n.º 1 do CPA, que diz que o autor da revogação pode, no próprio ato, atribuir-lhe efeito retroativo.

²⁹² Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 103.

²⁹³ Ilustramos como exemplo desta “modalidade” de discricionariedade o artigo 122.º n.º 1 do CPA, na qual o órgão instrutor decide, em cada caso, se a audiência dos interessados é escrita ou oral.

²⁹⁴ Quanto a este aspeto, ilustramos o artigo 177.º, n.º 3 e o artigo 181.º do CPA, como exemplo, na qual em caso de execução para prestação de facto fungível, a Administração notifica o obrigado para que proceda à prática do ato devido, fixando um prazo razoável para o seu cumprimento.

²⁹⁵ Embora predominantemente seja exigido à Administração o dever de fundamentação dos atos administrativos aplicados, existem alguns casos em que este dever não é obrigatório, como é o caso do artigo 152.º, n.º 2 do CPA – Salvo disposição da lei em contrário, não carecem de ser fundamentados os atos de homologação de deliberações tomadas por júris, bem como as ordens dadas pelos superiores hierárquicos aos seus subalternos em matéria de serviço e com a forma legal.

1 Quando falamos em discricionariedade técnica, conforme nos esclarece o
2 Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (Processo n.º 1459/06), falamos de uma
3 “atividade administrativa traduzida em juízos técnicos de existência, juízos técnicos
4 valorativos ou juízos técnicos de probabilidade, pelos quais a lei confere à Administração”
5 um poder de valoração técnica, que, “não implicando ponderação comparativa de
6 interesses secundários, envolve valoração de factos e circunstâncias de carácter
7 técnico”²⁹⁶.

8 Quando falamos em discricionariedade tática, como nos ensina BULLINGER e
9 STARCK, é comum associá-la à Polícia. Esta modalidade de discricionariedade, segundo
10 os autores, legitima a Administração a decidir sobre circunstâncias concretas alteráveis,
11 para tomar medidas de forma rápida e eficaz²⁹⁷.

12 Estes dois “tipos” de discricionariedade, no fundo, não alteram a ordem jurídica. O
13 que pode alterar são os efeitos jurídicos, quanto ao «quando», ao «como» e ao «se» de
14 uma intervenção.

15 16 2.3.1.1. Controlo da atividade administrativa: caso dos atos administrativos 17 discricionários

18
19 No primeiro Capítulo quando caracterizamos a atividade de polícia abordamos de
20 forma sumária as diferentes modalidades de controlo, definindo-as conceitualmente. No
21 entanto, importa perceber como se relacionam estes controlos da atividade
22 administrativa, e, conseqüentemente, da atividade de polícia. Segundo FREITAS DO
23 AMARAL, o controlo da legalidade tanto pode ser feito pelos Tribunais, como pela própria
24 Administração, cabendo a última palavra aos Tribunais, enquanto o controlo de mérito só
25 pode ser feito, no nosso país, pela Administração.

26 O controlo do exercício dos poderes discricionários, levanta, na atualidade,
27 questões complexas, e por vezes até controversas. Em primeiro lugar, é crucial
28 percebermos o que entendemos por mérito de um ato administrativo.

29 Outrora, era usual dizer-se que o mérito do ato administrativo compreendia a ideia
30 de justiça e conveniência²⁹⁸, sendo a primeira “a adequação desse acto à necessária
31 harmonia entre o interesse público específico que ele deve prosseguir, e os direitos
32 subjectivos e os interesses legalmente protegidos dos particulares eventualmente
33 afectados pelo acto”²⁹⁹ e a segunda “a adequação desse acto ao interesse público

²⁹⁶ Correia, S. in Acórdão do TCAS, Processo n.º 1459/06, de 16 de março de 2006.

²⁹⁷ Bullinger & Starck in Freitas, J. (2013). *Discricionariedade Administrativa: o Controle de Prioridades Constitucionais*. Consultado em: www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/5131/2691

²⁹⁸ Cfr. artigo 21.º da LOSTA.

²⁹⁹ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 109.

1 específico que justifica a sua prática ou a necessária harmonia entre tal interesse e os
2 demais interesses públicos eventualmente afectados pelo acto³⁰⁰. Como se depreende
3 do artigo 266.º, n.º 2 da CRP, a justiça passou a fazer parte da legalidade e não do
4 mérito, quando esta é proclamada como princípio geral de Direito, assim como algumas
5 diretrizes da conveniência passaram para o plano da legalidade, pois hoje, a
6 proporcionalidade e a adequação são também princípios gerais de Direito e a sua
7 violação constitui ilegalidade.

8 Face ao exposto, coloca-se a questão de se saber como estes controlos incidem
9 sobre o exercício de poderes discricionários.

10 Quando estamos perante poderes vinculados, tanto a Administração como os
11 Tribunais podem exercer o seu controlo visto estarmos no plano da legalidade, isto é,
12 nestes casos pretende-se avaliar se a atividade administrativa cumpriu ou não os
13 pressupostos constantes em lei. É o caso da competência e do fim do ato administrativo,
14 aspetos estes, que, como já dissemos, são sempre vinculados.

15 Contudo, quando estamos perante poderes discricionários que foram usados de
16 modo inconveniente já estamos no plano do mérito, podendo apenas a Administração
17 Pública controlar³⁰¹ – artigos 71.º, n.º 2 e 95.º, n.º 3 do CPTA. Posto isto, resta saber com
18 que fundamento pode um ato discricionário ser “atacado”.

19 Como ensina FREITAS DO AMARAL, é aceite “pacificamente que os actos
20 discricionários são sempre também em certa medida praticados no uso de poderes
21 vinculados³⁰², podendo ser atacados contenciosamente com fundamento em qualquer
22 dos vícios do ato administrativo³⁰³. Em bom rigor, não existe um controlo jurisdicional do
23 exercício de poderes discricionários, o que há é um “controlo administrativo de mérito
24 sobre o *bom ou mau uso do poder discricionário*”³⁰⁴ e um “controlo jurisdicional de
25 legalidade sobre o *acatamento ou não das prescrições legais* que condicionam o
26 exercício de poderes administrativos *que, para além desses aspectos vinculados, sejam*
27 *poderes discricionários*”³⁰⁵. Por outras palavras, e citando MARIA SYLVIA ZANELLA DI
28 PIETRO, “o ato vinculado é analisado apenas sob o aspeto da legalidade e o ato
29 discricionário deve ser analisado sob o aspeto da legalidade e do mérito: o primeiro diz

³⁰⁰ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 109.

³⁰¹ O acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte vai de encontro a esta ideia concluindo que “estando em causa uma actuação da Administração no âmbito de poderes discricionários, na qual assumem especial relevância critérios de oportunidade, está o tribunal vedado de intervir sob pena de invadir o espaço próprio da discricionariedade administrativa”. Cfr. Acórdão do TCAN de 28 de setembro de 2006, Processo n.º 121/04.0 BEPRT.

³⁰² Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 113.

³⁰³ A incompetência do órgão, o vício da forma do ato ou dos procedimentos, a violação da lei e os defeitos da vontade, como por exemplo, o erro de facto são todos aspetos que viciam o ato administrativo podendo o ato ser atacado contenciosamente.

³⁰⁴ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 114.

³⁰⁵ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 114.

1 respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e
2 conveniência diante do interesse público a atingir”³⁰⁶.

3 Em suma, a única forma eficaz de controlar o exercício de poderes discricionários
4 passa por aumentar o número de vinculações legais, isto é, “de aspectos vinculados, no
5 exercício de poderes administrativos”³⁰⁷, e não é se não o sentido da evolução legislativa
6 e jurisprudencial do nosso país. Vejamos, corroborando a ideia de FREITAS DO AMARAL,
7 os seguintes progressos na redução do poder discricionário: admissibilidade do erro de
8 facto como fundamento da ação de impugnação; imposição legal da obrigação de
9 fundamentar os atos administrativos; e, sujeição do exercício de poderes administrativos
10 aos princípios gerais de Direito^{308 309}.

11

12 **2.3.2. Da Margem de Livre Avaliação Administrativa**

13

14 Como escreve REGINA HELENA COSTA, “a relação entre o Direito e a linguagem é
15 de vinculação essencial: não existe o Direito sem a linguagem, da mesma maneira que
16 não existe pensamento fora da linguagem”³¹⁰. Contudo, a linguagem do Direito é uma
17 linguagem natural abrangendo termos imprecisos e equívocos.

18 Termo ou conceito, segundo a autora corresponde ao último elemento lógico
19 daqueles em que se decompõe a argumentação, e tal como a linguagem, também os
20 conceitos jurídicos “se diferenciam dos demais conceitos em razão da natureza peculiar
21 do seu objeto”³¹¹. Como escreve EROS GRAU, “o “objeto” do conceito jurídico não existe
22 “em si”; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe
23 “para mim”, de tal modo, que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo
24 jurídico, quando a este “para mim”, por força de convenção normativa, corresponde um –
25 seja-me permitida a expressão – “para nós”³¹².

³⁰⁶ Di Pietro, M. S. Z. (2001). *Direito Administrativo* (13.ª ed.). São Paulo: Atlas, p. 201.

³⁰⁷ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 115.

³⁰⁸ Cfr. Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*

³⁰⁹ Indo ao encontro da ideia de FREITAS DO AMARAL, GERMANA DE OLIVEIRA MORAES na sua obra *Controle Jurisdicional da Administração Pública* afirmou que a “discricionariedade administrativa nunca deixou (...) de ser vista, por alguns, tradicionalmente como barreira para a sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, estigma que ainda acompanha inclusive em modernas compreensões teóricas da categoria. (...) Observa-se não obstante, nos dias de hoje, a consagração doutrinária da admissibilidade de uma esfera de “discricionariedade justificável”, graças ao reconhecimento dos princípios jurídicos como fonte normativa”. Cfr. Moraes, G. O. (2004). *Controle Jurisdicional da Administração Pública* (2.ª ed.). São Paulo: Dialética, pp. 33-34.

³¹⁰ Costa, R. H. (1989). *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Consultado em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ReginaHC.pdf

³¹¹ Costa, R. H. (1989). *Conceitos jurídicos indeterminados...*

³¹² Grau E. in Costa, R. H. (1989). *Conceitos jurídicos indeterminados...*

1 Contrária à tese defendida por EROS GRAU, no Direito, os conceitos jurídicos são
2 geralmente indeterminados³¹³, ainda que não pareça. Contudo, o grau de determinação
3 não é sempre o mesmo. Por vezes, alguns conceitos reúnem um consenso com relativa
4 facilidade como é o caso da palavra «mesa», outras vezes, esse mesmo consenso já é
5 mais difícil de obter, como é o caso do vocábulo «coisa» e, ainda outras vezes, este
6 consenso é quase difícil de obter, “já que a sua interpretação ocorre sempre, ou quase
7 sempre, associada a uma perspectiva necessariamente pessoal, moldada de acordo com
8 padrões morais, sociais, culturais”³¹⁴, entre outros, como é o caso das palavras
9 «adequação» e «perturbação da ordem pública».

10 De entre os conceitos jurídicos indeterminados³¹⁵, a doutrina dominante faz
11 distinção entre conceitos descritivos, conceitos normativos em sentido estrito e de valor e
12 conceitos discricionários.

13 Na esteira de ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “os conceitos descritivos são
14 aqueles que referem descritivamente objectos reais ou objectos que de certa forma
15 participam da realidade, isto é, que são fundamentalmente perceptíveis ou
16 percepcionáveis pelos sentidos, tais como «homem», «morte», «escuridão»³¹⁶, etc. Já os
17 conceitos normativos em sentido estrito são “aqueles que visam dados que não são
18 simplesmente perceptíveis ou percepcionáveis pelos sentidos, mas que só em conexão
19 com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis”³¹⁷, como é o caso
20 do conceito «roubo». Por outro lado, os conceitos normativos de valor ou, como
21 denomina AFONSO QUEIRÓ, conceitos elásticos são “aqueles que, simultaneamente com
22 uma conexão com o mundo das normas, contêm uma valoração”³¹⁸, como é o caso dos
23 vocábulos «indigno» ou «imoral». Por último, destacamos os conceitos discricionários. A
24 sua aceitação, desde logo, não é unânime, havendo várias teorizações que defendam
25 que não existe “discrção administrativa aquando da interpretação e aplicação dos
26 chamados conceitos jurídicos indeterminados”³¹⁹. Contudo, para uma importante parte da

³¹³ JOÃO BAPTISTA MACHADO na sua obra *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* define estes conceitos como a “parte movediça e absorvente do ordenamento jurídico, enquanto servem para ajustar e fazer evoluir a lei no sentido de a levar ao encontro das mudanças e das particularidades das situações da vida”. Cfr. Machado, J. B. (1991). *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina, p. 113.

³¹⁴ Sousa, A. F. (1994). *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, p. 23.

³¹⁵ Na dissertação de mestrado utilizamos este termo de conceito jurídico indeterminado apesar de não concordarmos com ele na sua plenitude por considerarmos a expressão demasiado restritiva, pois podem estar aqui em causa tipos e não conceitos.

³¹⁶ Sousa, A. F. (1994). *Conceitos Indeterminados...*, pp. 25-26.

³¹⁷ Sousa, A. F. (1994). *Conceitos Indeterminados...*, p. 27.

³¹⁸ Sousa, A. F. (1994). *Conceitos Indeterminados...*, p. 27.

³¹⁹ Pereira, F. H. U. (2007). *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa*. Consultado em: www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/743/923.

1 doutrina, os conceitos discricionários são “aqueles que se caracterizam pela «autonomia
2 da valoração pessoal»”³²⁰.

3 É certo que a utilização de quaisquer conceitos indeterminados nas previsões das
4 normas legais³²¹ não “tem sempre como consequência a criação de uma margem de livre
5 apreciação administrativa: se assim fosse, a actividade da administração seria controlada
6 pelos Tribunais apenas numa extensão exígua, o que se afigura incompatível com as
7 exigências do Estado de direito”³²². Mas, é evidente que, em determinados casos, pode
8 existir mais do que uma opção ou, pelo menos, haver dúvidas de qual é essa solução³²³.
9 Nestes casos é justificável a existência de margem de livre apreciação.³²⁴ Mas saber se
10 um determinado conceito jurídico indeterminado padece de gozar de uma certa margem
11 de livre apreciação constitui uma tarefa árdua.

12 BACHOF, que elencou este conceito pela primeira vez, não deu uma resposta
13 conclusiva.

14 Já WOLF, aquando da explicação deste conceito, concluiu que a “margem de livre
15 apreciação existe quando a utilização de conceitos indeterminados pela lei exige, da
16 parte da administração uma avaliação dos factos, particularmente em termos de
17 prognose”³²⁵, ao que chamou de «prerrogativa de avaliação».

18 ULE também contribuiu nesta matéria em particular com a sua teoria da
19 defensabilidade afirmando que aos Tribunais era impedido o controlo da atividade da
20 administração quando, em situações de dúvida, esta tenha adotado decisões
21 favoráveis³²⁶.

³²⁰ Sousa, A. F. (1994). *Conceitos indeterminados...*, p. 28.

³²¹ Cfr. nos refere JOSÉ FILHO o conceito jurídico indeterminado situa-se frequentemente na previsão da norma, “porque a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido”. Já a discricionariedade, como nos elucida o autor, esta aloja-se na estatuição da norma, “visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos”. Cfr. Filho, J. S. C. (2005). *Manual de Direito Administrativo...*, p. 35.

³²² Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, pp. 190-191.

³²³ Cfr. Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 191.

³²⁴ A doutrina quanto a este ponto, como o dissemos atrás não é unânime. Existem determinados autores que não consideram a atribuição de poderes discricionários nos conceitos jurídicos indeterminados. Cfr. Pereira, F. H. U. (2007). *Conceitos jurídicos indeterminados...*, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA afirma que a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração constituem, portanto, uma atividade estritamente vinculada à lei. Admitir qualquer margem de apreciação a favor da Administração significaria alargar o campo da discricionariedade ao *Tatbestand* legal e com isso se estaria a aplicar um grave golpe nas garantias do cidadão que o Estado de direito não admite. Cfr. Sousa, A. F. (1994). *Conceitos indeterminados...*, p. 18. A favor da nossa posição destacamos Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, pp. 190 e segs. Queiró, A. (1976). *Lições de Direito Administrativo I*. Coimbra: Almedina, pp. 585 e segs: “a utilização de conceitos subjectivos significa, em princípio, a atribuição de um poder discricionário”. Para WALTER SCHMIDT os conceitos indeterminados de prognose atribuem uma liberdade de decisão condicionada pela imprecisão dos enunciados linguísticos. Cfr. Schmidt, W. (1982). *Einführung in die Probleme des verwaltungsrechts*. München, p. 65. Defensor do nosso ponto de vista é, também, PETER HÄBERLE que admite que alguns conceitos indeterminados atribuem poderes discricionários. Cfr. Häberle, P. (1970). *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, p. 595. Por fim, destacamos ADAMOVICH-FUNK que defende que a aplicação de um conceito indeterminado pode corresponder ao exercício de um poder discricionário. Cfr. Adamovich-Funk. (1980). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Munique, p. 96.

³²⁵ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 191.

³²⁶ Cfr. Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*

1 JESCH, sobre esta matéria da margem de livre apreciação, também deu o seu
2 contributo distinguindo “em todos os conceitos indeterminados um cerne (*Begriffskern*) de
3 determinação e uma auréola (*Begriffshof*) de indeterminação”³²⁷, sendo que os conceitos
4 dominados pela auréola eram passíveis de uma margem de livre apreciação por parte da
5 Administração.

6 Destacamos, ainda, a teoria de SCHMIDT que, em muito, influenciou a doutrina
7 portuguesa e que “considera que a generalidade dos conceitos indeterminados suscita
8 apenas dificuldades linguísticas, susceptíveis de resolução em abstracto através de
9 raciocínios lógico-dedutivos que terminariam com a subsunção da situação de facto à
10 previsão normativa”³²⁸. A estes conceitos SCHMIDT denominou por conceitos
11 classificatórios. Para o autor, a margem de livre apreciação não decorria destes conceitos
12 mas sim dos conceitos tipológicos, marcados por uma abertura à facticidade.

13 Em suma, concretizando a ideia de MARCELO REBELO DE SOUSA e de ANDRÉ
14 SALGADO DE MATOS, saber se os conceitos indeterminados dão origem a uma margem de
15 livre apreciação assenta essencialmente em 2 aspetos: a margem de livre apreciação só
16 existe “quando decorre dos limites impostos à função legislativa pela impossibilidade ou
17 inconveniência da definição exaustiva antecipada dos pressupostos normativos do
18 exercício da competência”³²⁹; e, o recurso à margem de livre apreciação deve ser
19 precedido de uma ponderação entre o princípio da separação de poderes e os direitos
20 fundamentais, sendo que o segundo prevalecerá sempre sobre o primeiro.

21 22 2.3.2.1. Controlo da atividade administrativa: o caso dos conceitos legais 23 indeterminados³³⁰

24
25 A questão de saber se podemos recorrer a poderes discricionários na
26 interpretação e aplicação de conceitos indeterminados é fulcral, pois em matéria de
27 controlo dos atos praticados pela Administração é necessário perceber se esse controlo é
28 apenas feito por esta, ou se a última palavra cabe aos Tribunais Administrativos. Na ótica
29 de FREITAS DO AMARAL³³¹, e no nosso entender bem, como já vimos a defender neste
30 Capítulo, é crucial distinguir várias situações na qual o controlo é também diverso.

³²⁷ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 191.

³²⁸ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 192.

³²⁹ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 192.

³³⁰ Sobre esta matéria aconselhamos a leitura atenta da obra: Correia, S. (2008). Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Secção) de 17.1.2007, P. 1068/06. *Cadernos de Justiça Administrativa*, 70, 32-57.

³³¹ Cfr. Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*

1 No caso dos “conceitos indeterminados cuja concretização envolve apenas
2 operações de interpretação da lei e de subsunção”³³², a lei não prevê qualquer autonomia
3 à vontade do órgão decisor, estando assim a Administração vinculada à vontade do
4 legislador. Estamos, como é de fácil percepção no plano da legalidade, sendo este
5 controlo feito em última instância pelos Tribunais competentes.

6 Como já dissemos neste Capítulo, existem conceitos cuja concretização depende
7 de uma valoração por parte do órgão decisor. Dentro deste “tipo” de conceitos devemos
8 distinguir ainda os que para a sua concretização dependem de uma valoração objetiva e
9 aqueles em que o legislador remete para a Administração “a competência de fazer um
10 juízo baseado na sua experiência e nas suas convicções, que não é determinado, mas
11 apenas enquadrado por critérios jurídicos”³³³. Desta feita, no primeiro caso, em termos de
12 controlo judicial, no que concerne aos conceitos indeterminados que a sua concretização
13 dependa de uma valoração objetiva ainda é concebível a fiscalização judicial da atividade
14 administrativa. Contudo, no segundo caso, porque “se exige uma tensão criadora do
15 direito do caso concreto”, os Tribunais devem apenas limitar-se a verificar “se a *solução*
16 *encontrada* [pela Administração] *obedeceu às exigências externas postas pela ordem*
17 *jurídica* ao exercício de poderes discricionários”³³⁴, enquanto à Administração cabe “a
18 *autoria* dos atos e a inerente *responsabilidade* pela prossecução do interesse público
19 legalmente definido”³³⁵. Deste modo, nesta zona de discricionariedade há uma repartição
20 de competências entre a Administração e o Juiz, que se pode entender como uma
21 distribuição de tarefas.

23 **2.3.3. Limites à Margem de Livre Decisão Administrativa**

24
25 Nas palavras de JOÃO CAUPERS, quando a Administração goza de uma margem
26 de livre decisão, a sua escolha deve ser parametrizada, ou seja, balizada por certos
27 limites. Importa, neste ponto, definir os limites a que a Administração se deve submeter,
28 sob pena de o ato administrativo se considerar inválido (nulo ou anulável)³³⁶.

29 Desta feita, a margem de livre decisão administrativa pode ser limitada
30 juridicamente através de limites legais ou através da autovinculação.

31 Quanto aos limites legais estes resultam da própria lei. Desde logo, uma decisão
32 discricionária deve respeitar a dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1.º da
33 CRP, sendo esta “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta na

³³² Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 119.

³³³ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 122.

³³⁴ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 125.

³³⁵ Oliveira, F. & Dias, J. (2015). *Noções Fundamentais...*, p. 137.

³³⁶ Sobre a invalidade do ato administrativo aconselhamos a leitura de Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, pp. 419-462.

1 autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a
2 pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo
3 invulnerável de todo estatuto jurídico, que deve assegurar que somente
4 excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais³³⁷.
5 O respeito pelos DLG's consubstancia, também, um verdadeiro limite ao poder
6 discricionário. Como já vimos na abordagem do princípio da juridicidade, nenhuma
7 restrição de direitos pode deixar de se fundar na Constituição, conforme artigo 18.º, n.º 2
8 da CRP. Neste sentido se pronunciou o Acórdão do TC n.º 244/85, de 22 de novembro,
9 quando afirma que “sempre haverá, de todo o modo, de entender-se a cláusula do artigo
10 18.º, n.º 2, em termos que permitam a restrição legislativa dos direitos quando ela seja
11 clara e manifestamente consentida pela Constituição³³⁸. O acórdão acrescenta ainda,
12 citando VIEIRA DE ANDRADE, que o que se “pretende é excluir uma relativização absoluta
13 dos direitos fundamentais e consagrar o princípio da excepcionalidade da restrição³³⁹.
14 Mas não menos importante, dentro dos limites legais, consideramos, também, os
15 princípios constitucionais e os princípios da Administração Pública como verdadeiros
16 limites aos poderes discricionários da administração.

17 Além dos limites legais, como já enumeramos, a autovinculação é também um
18 limite à margem de livre decisão administrativa. Desta forma, a Administração pode atuar
19 de maneira diferente quando goza desta margem de livre decisão: por um lado, pode
20 exercer o poder “caso a caso, adoptando em cada um a solução que lhe parecer mais
21 ajustada ao interesse público³⁴⁰, ou, portanto, pode a administração “elaborar normas
22 genéricas em que enuncie os critérios a que ela própria obedecerá na apreciação de
23 cada caso futuro³⁴¹.

24 A autovinculação, à primeira vista apresenta certas vantagens como “minorar a
25 incerteza, imprevisibilidade e insegurança, bem como a potencialidade de introdução de
26 desigualdades³⁴². Contudo, é passível de se apresentar alguns argumentos contrários à
27 admissibilidade jurídica da autovinculação, pois de certa forma, põe em causa o princípio
28 da juridicidade, na dimensão da preferência de lei. Ou seja, “ao envolver a renúncia ao
29 exercício individual e concreto da discricionariedade, a autovinculação violaria a lei que
30 atribuiu determinado poder à administração³⁴³. Além de por em causa o princípio da
31 juridicidade, a autovinculação põe em causa também o princípio da igualdade “ao
32 petrificar, através de critérios gerais e abstractos, aquilo que a lei queria que fosse

³³⁷ Lorentz, A. M. (2003). *Limites ao Poder de Polícia...*, (Vol. I, pp. 419-492). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 450.

³³⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 244/85, de 22 de novembro.

³³⁹ Andrade, V. *in* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 244/85, de 22 de novembro.

³⁴⁰ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 105.

³⁴¹ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 105.

³⁴² Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 198.

³⁴³ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 198.

1 ponderado no caso concreto, [podendo mesmo conduzir] àquilo que a lei quis evitar com
2 a criação de poderes discricionários, ou seja, tratamento igual de situações que deveriam
3 ter um tratamento diferente”³⁴⁴.

4 Esta autovinculação só se pode conciliar com estes princípios desde que se
5 estabeleçam alguns limites: os critérios resultantes da autovinculação não devem ser
6 imutáveis, implicando mesmo que possam ser revistos. Isto é, deve ser possível a
7 autodesvinculação da Administração, quando o considere razoável³⁴⁵. A Administração
8 não se encontra impedida de tomar uma decisão contrária àquilo que se vinculou desde
9 que fundamente a mudança de critério.

10 A possibilidade de autovinculação da Administração não pode, por outro lado, ser
11 ilimitada, pois esta não pode desrespeitar o artigo 112.º, n.º 5 da CRP, ou seja, “o
12 instrumento normativo através do qual se autovincula não pode cumulativamente ter
13 eficácia externa e interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos
14 preceitos legais que conferem”³⁴⁶ a margem de livre decisão. Porém, “a doutrina e a
15 jurisprudência têm entendido que a Administração, embora tivesse nos termos da lei um
16 poder discricionário, decidiu autovincular-se, e a autovinculação a que ela se submeteu
17 obriga-a”³⁴⁷, apesar desta não ser absoluta conforme supra mencionado e de acordo com
18 o artigo 152.º, n.º 1, alínea d) do CPA.

19 Concluímos, por conseguinte, que a autovinculação acaba por não ser um limite
20 absoluto à margem de livre decisão administrativa, visto que, mediante fundamentação, a
21 Administração pode alterar os critérios a que previamente se autovinculou.

22

23 2.4. Síntese Capitular

24

25 Num Estado de direito democrático e social a Administração Pública deve
26 subordinar-se ao *bloc legal* (bloco da legalidade). Contrariamente ao sucedido no Estado
27 liberal, a lei além de constituir um limite à Administração é também agora o próprio
28 fundamento da atuação administrativa, pelo que esta apenas deve praticar atos que a lei
29 preveja. Contudo, a lei nem sempre prevê todas as situações e em certas normas, como
30 comprovamos ao longo do Capítulo atribui certo grau de discricionariedade, atribuindo à
31 Administração alguma margem de livre decisão. Outras vezes, a própria lei prevê as
32 situações, mas os conceitos usados nem sempre são precisos. Muito embora, alguns
33 sejam resolvidos através da técnica de interpretação das leis, não raras vezes, esta
34 interpretação não é suficiente exigindo uma valoração por parte do órgão decisor. Nestes

³⁴⁴ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 198.

³⁴⁵ Neste sentido apresentamos o Acórdão do STA de 26 de setembro de 2001, Processo n.º 44200.

³⁴⁶ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 107.

³⁴⁷ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, pp. 105-106.

1 casos extremos, admitimos também alguma margem de livre apreciação por parte da
2 Administração, podendo, assim, exercer poderes discricionários. Contudo, estes poderes
3 devem respeitar sempre os princípios constitucionais e os princípios da Administração
4 Pública, bem como os Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos assim como a
5 dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1.º da Lei Fundamental.
6

3.2. Grau de vinculação da Autoridade Policial à lei e ao Direito

Num Estado de direito e democrático, a atuação das forças policiais, enquanto parte integrante da Administração Pública, subordina-se à lei e visa os fins por ela estabelecidos. Como nos refere ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “não há polícia sem lei ou à margem da lei e do Direito”³⁵⁰.

Se princípio fulcral existe para a atuação das forças de segurança, este é o princípio da juridicidade, o qual tem no seu núcleo, como já estudamos, 2 ideias fundamentais: o primado de lei e a reserva de lei. Contudo, e neste domínio, colocam-se algumas questões no que concerne ao grau de vinculação da Autoridade Policial à lei e ao Direito, à qual a Doutrina não possui uma resposta unânime. Com vista a alcançarmos as diversas perspetivas de vários autores, apresentamos de seguida as 4 teses mais dominantes, sendo elas a tese clássica, a tese mista tradicional, a tese mista reelaborada e a tese negatória da discricionariedade.

3.2.1. Tese Clássica

Os apoiantes da tese clássica defendem, de um modo geral, que “a autoridade policial goza de uma ampla liberdade de actuação para poder reagir atempada e adequadamente às circunstâncias permanentemente mutáveis com que se defronta no dia-a-dia”³⁵¹. Este entendimento é o que resulta da seguinte passagem de MARCELLO CAETANO, na sua obra *Manual de Direito Administrativo*: “Nunca foi possível, porém, cingir completamente a polícia na legalidade, reduzi-la a mera actividade executora das leis nos precisos termos por esta regulados. Embora no Direito moderno os poderes de polícia, como todas as formas de competência, tenham de ser conferidos por lei, o facto de as autoridades que os exercem estarem permanentemente em face das manifestações multimodas das condutas individuais e da vida social, em tantos casos imprevisíveis senão na forma pelo menos quanto ao lugar, tempo e modo de produção, força a deixar-lhes sempre certa margem de liberdade de actuação. Sem essa discricionariedade perder-se-ia muitas vezes a oportunidade de intervir e não se alcançaria a utilidade da intervenção. A polícia, ficou, pois, sempre a ser um sector só parcialmente controlado pela lei”³⁵².

³⁵⁰ Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito* (Tese de Doutoramento). Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto, p. 263.

³⁵¹ Sousa, A. F. (2009). Discricionariedade na actuação policial. In Valente, M. M. G. (Coord.). *Reuniões e Manifestações na actuação policial* (pp. 215-232). Coimbra: Almedina, p. 216.

³⁵² Caetano, M. (1996). *Manual...*, (6.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, p. 1148.

1 Ora este entendimento, que continua a ser sufragado por uma significativa parte
2 da Doutrina, nos dias de hoje, parece-nos, de impossível sustentação face à Constituição
3 atual. Conforme nos elucida ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “toda a discricionariedade é
4 sempre produto da lei e deve ser sempre exercida nos limites da lei e do direito”³⁵³ só
5 podendo “ser exercida para a realização da justiça no caso concreto”³⁵⁴.

6 7 **3.2.2. Tese Mista Tradicional**

8
9 Quanto aos apoiantes da teoria mista tradicional, sustentada por uma boa parte
10 da doutrina, defendem que a “actuação das forças policiais é, em princípio livre quando
11 previne o perigo e vinculada quando persegue o crime”³⁵⁵, prevalecendo assim na
12 primeira o princípio da oportunidade e na segunda o princípio da juridicidade. MERKL, um
13 dos adeptos desta teoria, afirma que a aplicação do princípio da juridicidade à atuação
14 policial, enquanto polícia administrativa é especial, por se atribuir à polícia poderes
15 amplos e adequados, “dando lugar a uma maior liberdade do órgão dentro dos
16 parâmetros da lei, o que é uma conveniência de política jurídica sugerida pelo próprio fim
17 da polícia”³⁵⁶.

18 Já no domínio processual-penal, para esta construção doutrinária, o princípio da
19 juridicidade é dominante, cabendo às forças policiais comunicar a notícia de um crime ao
20 MP no mais curto prazo – artigo 248.º, n.º 1 do CPP –, e praticar os atos cautelares
21 necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, conforme artigo 249.º, n.º 1 do
22 CPP. No fundo, e em sede processual-penal, à Polícia cabe sempre o dever de “intervir
23 sempre que tenha (ou haja a suspeita de ter) sido praticado um crime”³⁵⁷.

24 Segundo esta construção doutrinária, as exceções ao princípio da juridicidade, e
25 bem, “limitar-se-iam a permitir ao MP, e não à polícia, desistir da acção penal”³⁵⁸. Mas,
26 em nenhuma parte do Código Processual Penal, nem mesmo a doutrina portuguesa
27 reconhece um poder discricionário no exercício da ação penal ao MP, conforme podemos
28 ver no artigo 52.º, n.º 2, alínea a) do CPP.

29 30 **3.2.3. Tese Mista Reelaborada**

31
32 Quanto aos apoiantes da terceira tese enunciada (defendida pela maior parte da
33 doutrina ligada à atividade policial), vem acrescentar que mesmo no domínio processual-

³⁵³ Sousa, A. F. (2009). Discricionariedade na actuação policial..., p. 218.

³⁵⁴ Sousa, A. F. (2009). Discricionariedade na actuação policial..., p. 218.

³⁵⁵ Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito...*, p. 264.

³⁵⁶ Merkl, A. (1934) in Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito...*, p. 264.

³⁵⁷ Sousa, A. F. (2009). Discricionariedade na actuação policial..., p. 218.

³⁵⁸ Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito...*, p. 265.

1 penal em certos casos é admissível a aplicação do princípio da oportunidade, em
2 detrimento do princípio da juridicidade.

3 Segundo os adeptos desta teorização, “o pragmatismo da actuação policial exige
4 amplos poderes de ingerência e a necessária flexibilidade da actuação policial,
5 especialmente em certos domínios, como o da criminalidade organizada”³⁵⁹.

6 Em suma, esta teoria defende que “para poderem combater eficazmente certas
7 formas especialmente perigosas de criminalidade, as forças de segurança são
8 frequentemente forçadas a relegar para segundo plano aspectos fundamentais da
9 juridicidade”³⁶⁰. O exemplo da criminalidade organizada revela que, para ser eficaz, a
10 actuação policial deve obedecer a uma estratégia, montada segundo um determinado
11 plano, flexível e de execução continuada, de forma a permitir chegar ao cérebro
12 operacional dessas organizações.

13

14 **3.2.4. Tese Negatória da Discricionariedade**

15

16 Por último, e de forma sumária, apresentamos a tese negatória da
17 discricionariedade. Para os defensores desta teorização o “poder discricionário a favor
18 das forças de segurança, mesmo no combate à criminalidade, pode conduzir a um poder
19 policial todo-poderoso, de limites incontroláveis, incompatível com os princípios do
20 Estado de direito”³⁶¹. Ainda para os defensores desta teoria, os excessos das forças de
21 segurança em domínios pouco claros, são frequentes³⁶² sendo que, “o reconhecimento
22 de um tal poder privilegia o pragmatismo em detrimento da salvaguarda de um equilíbrio
23 entre um poder policial limitado pelo princípio de Estado de direito e a garantia de
24 segurança jurídica dos cidadãos”³⁶³. No fundo, esta tese nega a discricionariedade, quer
25 no âmbito da modalidade de polícia de natureza administrativa, quer no âmbito da
26 modalidade de polícia de natureza judiciária.

27

³⁵⁹ Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito...*, p. 265.

³⁶⁰ Sousa, A. F. (2009). *Discricionariedade na actuação policial...*, p. 219.

³⁶¹ Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito...*, p. 265.

³⁶² No domínio processual-penal, segundo MANUEL VALENTE, a realização da justiça e a descoberta da verdade material, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e o restabelecimento da paz jurídica constituem as finalidades diretas do processo penal. Cfr. Valente, M. M. G. (2010). *Processo Penal* (3.ª ed., Tomo I). Coimbra: Almedina. Como nos elucida FIGUEIREDO DIAS, é impossível uma integral harmonização das finalidades em torno ou nas generalidades dos concretos problemas do processo penal. Deste modo, em caso de conflito, existem finalidades mais comprimidas em detrimento de outras face ao caso concreto e ao bem jurídico a tutelar. Contudo, deve-se a atribuir a cada uma das finalidades do processo penal a máxima eficácia possível. Cfr. Dias, J. F. (1988). *Direito Processual Penal*. Coimbra. O que ocorre quando, os domínios de atuação das forças policiais são poucos claros é uma grande compressão na finalidade da proteção dos direitos fundamentais das pessoas, em detrimento da realização da justiça e da verdade material, que num Estado de direito democrático é censurável, como pudemos observar aquando do estudo da metódica da restrição dos direitos, liberdades e garantias no Capítulo 2.

³⁶³ Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito...*, p. 265.

3.3. A Polícia Administrativa e a Margem de Livre Decisão Policial no Estado de direito

Definido o instituto jurídico da Polícia, abordados os conceitos de juridicidade e margem de livre decisão administrativa e explicadas as diversas construções doutrinárias quanto ao grau de vinculação das forças policiais ao princípio da juridicidade, é hora de apresentarmos a nossa posição quanto à conciliação do princípio da juridicidade e a margem de livre decisão policial no Estado de direito. Contudo, e antes de o fazermos, é de todo conveniente abordar de forma sistemática e clara, o nosso entendimento quanto ao sentido dos conceitos de arbitrariedade, discricionariedade e princípio da oportunidade.

3.3.1. Arbitrariedade, Discricionariedade e Princípio da Oportunidade

Com o surgimento do Estado de direito, surgiu uma das maiores questões do Direito Administrativo: a sobrevivência ou não da discricionariedade, e em caso afirmativo a conciliação dessa liberdade atribuída à Administração, e, por consequência, à Polícia, com a observância do princípio da juridicidade³⁶⁴.

(a) Arbitrariedade

Podemos afirmar que estamos perante uma ação arbitrária quando um determinado agente atua fora dos limites legais efetivamente conferidos pela lei. Como também nos refere JOSÉ LEITÃO “fora desses limites existem apenas ações ou omissões discriminatórias, carácter este dado pela impossibilidade de não poderem ser justificadas racionalmente pelo autor do acto, nem pelas regras legais, nem pelos supervisores hierárquicos ou funcionais, ou até mesmo pelos destinatários da acção”³⁶⁵.

Mas, e como temos vindo a demonstrar ao longo deste trabalho, esta ideia é inconcebível no Estado de direito e democrático, na qual tem como ideal a garantia da dignidade da pessoa humana, conforme decorre do artigo 1.º da CRP.

(b) Discricionariedade

A discricionariedade “antes vista como o resquício da arbitrariedade do monarca, que deveria, por qualquer meio ser eliminada, passou a ser considerada modernamente,

³⁶⁴ Cfr. Costa, R. H. (1989). *Conceitos jurídicos indeterminados...*

³⁶⁵ Leitão, J. (2007). *Discricionariedade Policial...*, Coimbra: Almedina, p. 574.

1 como uma verdadeira necessidade, apta a habilitar a Administração Pública a melhor
2 cumprir a sua finalidade”³⁶⁶.

3 A discricionariedade é, hoje, entendida como “uma *concessão legislativa* à
4 Administração de um *poder próprio* na decisão de casos concretos (ou seja, um poder
5 que lhe é concedido para que a Administração encontre aquela que *considere ser a*
6 *melhor solução* para o caso em concreto que, obviamente, só pode ser uma)”³⁶⁷.

7 Como nos elucida, também, CELSO ANTÓNIO BANDEIRA DE MELLO, a
8 discricionariedade consiste na “margem de liberdade conferida por lei ao administrador a
9 fim de que este cumpra com o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma
10 jurídica diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar
11 satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”³⁶⁸.

12 Face à definição apresentada pelo autor, podemos retirar 3 grandes pressupostos:
13 a discricionariedade consiste numa certa liberdade de escolha, mesmo que seja apenas
14 teoricamente; esta liberdade deve ser conferida por lei; e, “ao administrador cabe exercer
15 a sua apreciação subjetiva”³⁶⁹ indo de encontro à vontade legal, tendo sempre em vista a
16 salvaguarda do interesse público e a garantia dos DLG’s dos cidadãos.

17 Como temos vindo já a defender, quando falamos de discricionariedade [ainda
18 que técnica e tática] na Administração Pública em geral, e agora na Polícia, em especial,
19 assumimos desde logo que esta possui sempre uma conformação normativa, ou seja, um
20 reduto legalmente inultrapassável. Por outras palavras, só há discricionariedade quando
21 a lei a confere, devendo ser limitada pelos demais princípios gerais do Direito e pelos
22 Direitos, Liberdades e Garantias³⁷⁰.

23 Clarificados os conceitos de arbitrariedade e discricionariedade resta-nos, por fim,
24 aproximarmo-nos do conceito de oportunidade, que tem vindo a ganhar cada vez mais
25 aceitação nas legislações da Europa Ocidental.

27 **(c) Princípio da Oportunidade**

28
29 Sendo um dos defensores desta aceitação, MANUEL VALENTE, na sua obra *Teoria*
30 *Geral do Direito Policial*, afirma que “a obediência cega e absoluta ao princípio da

³⁶⁶ Cfr. Costa, R. H. (1989). *Conceitos jurídicos indeterminados...*

³⁶⁷ Oliveira, F. & Dias, J. (2015). *Noções fundamentais...*, p. 125.

³⁶⁸ Mello, C. A. B. (1987). *Elementos do Direito Administrativo* (1.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 63.

³⁶⁹ Cfr. Costa, R. H. (1989). *Conceitos jurídicos indeterminados...*

³⁷⁰ Daí que alguns autores ao invés de adotarem o conceito de discricionariedade, optam por chamar discricionariedade funcional, conforme ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, e discricionariedade vinculada, conforme CARLOS TEIXEIRA.

1 legalidade ou ao princípio *dura lex, sed lex* não se coaduna com a concepção do Homem
2 fraco e naturalmente propenso a errar³⁷¹.

3 Apesar de não se encontrar expresso formalmente em qualquer diploma legal,
4 este princípio, é, atualmente, aceite pela maioria da doutrina e da jurisprudência, em sede
5 processual-penal³⁷². Contudo, embora haja pequenos contributos de alguns autores, a
6 doutrina e a jurisprudência não definem o seu conteúdo de modo claro e sistemático.

7 Para MANUEL VALENTE, este princípio retira-se da “consagração de uma legalidade
8 aberta capaz de aceitar soluções alternativas que permitam a realização dos fins do
9 direito punitivo que, como afirma COSTA ANDRADE, deve ser um direito virado para as
10 coisas humanas, para este mundo”³⁷³. No mesmo sentido, TERESA ARMENTA DEU defende
11 que o tratamento do princípio da oportunidade é feito por referência ao princípio da
12 juridicidade³⁷⁴. Prova disso foi a Revisão Constitucional portuguesa de 1997 que alterou
13 “o pilar de subordinação da ação penal, deixando assim, esta de estar subordinada ao
14 princípio da legalidade e passar a ser orientada por este”³⁷⁵ – artigo 219.º, n.º 1 da CRP.

15 Em sede processual-penal, de acordo com CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, o princípio
16 da oportunidade pode ser formulado segundo várias conceções: numa noção ampla ou
17 institucional, o princípio da oportunidade “reconduz-se a todos os modos de
18 implementação de vias de resolução de litígios, na disponibilidade das mais diversas
19 entidades”³⁷⁶; numa noção intermédia e horizontal, este princípio “traduz-se na devolução
20 do litígio às partes para sua composição (mediada ou não), num plano ainda informal”³⁷⁷;
21 e, numa noção restrita e vertical, o princípio da oportunidade “diz respeito às formas
22 procedimentais e processuais, expeditas e simplificadas, de resolução da litigiosidade,
23 por iniciativa do Ministério Público – a) enquanto *dominus* da acção penal (cuja
24 discricionariedade pode abranger a averiguação e iniciação de inquéritos, a promoção
25 investigatória e o destino dos processos) e, conseqüentemente, regulador do próprio *ius*

³⁷¹ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 216.

³⁷² Ver Acórdão do TRC de 1 de junho de 2011, Processo n.º 159/10.9 GBPMS.C1: “O instituto da suspensão provisória do processo é uma demonstração no processo penal do princípio da oportunidade efectuado pelo Magistrado titular do inquérito”; Acórdão do TC n.º 7/87, de 9 de janeiro: “O artigo 281.º consagra, porém, uma inovação nesta matéria, estabelecendo o princípio da oportunidade do exercício da acção penal pelo Ministério Público relativamente à pequena criminalidade, atribuindo-lhe o poder de suspender o processo, quando se verificarem conjuntamente certas condições (as constantes do proémio do n.º 1 e das alíneas a) a e) do mesmo número), mediante a imposição - pelo próprio Ministério Público - de injunções e regras de conduta (as definidas nas alíneas a) e i) do n.º 2).”; Acórdão do TC 393/89, de 18 de maio: “Diversamente, ali onde vigora o princípio da oportunidade, o Ministério Público, por razões de conveniência de qualquer ordem, *v. g.*, política (*raison d'État*), pode não exercer a acção penal, apesar de se acharem verificados os respectivos pressupostos [cfr., sobre estes pontos, EDUARDO CORREIA [Processo Criminal, Coimbra, 1956 (lições policopiadas), pp. 218 e segs.); JORGE FIGUEIREDO DIAS (Direito Processual Penal, I, Coimbra, 1981, pp. 125 e segs.); e CAVALEIRO DE FERREIRA (Curso de Processo Penal, I, Lisboa, 1959, pp. 44 e segs.).”

³⁷³ Valente, M. M. G. (2010). *Processo Penal...*, p. 221.

³⁷⁴ Cfr. Deu, T. A. (1991). *Criminalidad de Bagatela y Principio da Oportunidad: Alemania y Espanha*. Barcelona: PPU.

³⁷⁵ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, p. 218.

³⁷⁶ Teixeira, C. A. (2006). *Princípio da Oportunidade: Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Almedina, pp. 17-18.

³⁷⁷ Teixeira, C. A. (2006). *Princípio da Oportunidade: Manifestações...*, p. 18.

1 *puniendi*, ou, – b) em grau menor (e razoável), pelo encaminhamento para as vias
2 processuais disponíveis em alternativa à dedução de acusação³⁷⁸.

3 Em detrimento destas conceções, a oportunidade, numa perspetiva das entidades
4 que a podem exercer pode refletir-se em vários níveis, sendo eles o da intervenção
5 político-legal³⁷⁹, o da intervenção político-administrativa do Governo³⁸⁰, o da intervenção
6 de um organismo específico ou intermédio³⁸¹, ou o da intervenção do titular da ação penal
7 onde se centram os debates do exercício de oportunidade.

8 Se, em matéria processual penal, vários são os autores que debatem a
9 admissibilidade do princípio da oportunidade, no Direito Administrativo, esta matéria tem
10 pouca afirmação, devido à utilização das expressões «discricionariedade quanto ao se»
11 «discricionariedade de ação» e «discricionariedade de decisão», que no nosso entender,
12 no fundo coincidem com o princípio da oportunidade no plano processual-penal.

13 Para ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, a discricionariedade quanto ao «se» consiste
14 na decisão livre de a polícia intervir ou não numa determinada situação. Contudo, como
15 defende o autor, esta discricionariedade não admite a inatividade e a falta de reação –
16 *Untätigkeit und Reaktionslosigkeit*³⁸². Esta oportunidade de escolha entre intervir ou não
17 intervir “destina-se apenas a permitir à autoridade policial que, em caso de colisão com
18 outros bens ou tarefas, possa dar prioridade ao mais importante e mais urgente e relegar
19 para segundo plano o que é secundário e pode esperar³⁸³. Ou, em última instância, pode
20 destinar-se aos casos em que, “noutros locais e simultaneamente, haja necessidade da
21 intervenção [da Polícia] para a salvaguarda de bens de idêntico valor e que correm

³⁷⁸ Teixeira, C. A. (2006). *Princípio da Oportunidade: Manifestações...*, p. 18.

³⁷⁹ Para CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA a adoção de uma lógica de oportunidade no estabelecimento de um programa criminal final há-de orientar-se numa primeira linha sobre a seletividade do objeto processual, numa segunda linha há-de direccionar-se para a adoção de uma maior diversidade de meios processuais e simplificação dos já existentes, numa terceira linha há-de reconduzir-se à contenção da colonização do sistema por certo tipo de infrações, promovendo uma mais apertada exigência de requisitos de procedibilidade, e numa quarta linha há-de dirigir-se especificadamente para soluções de celeridade, prevendo-se a possibilidade legal de aceleração do processo. Cfr. Teixeira, C. A. (2006). *Princípio da Oportunidade: Manifestações...*

³⁸⁰ Que passa pela implementação de medidas administrativas que procurem “impor prioridades de tratamento de certas matérias penais ou de uma estratégia de investigação criminal capaz de responder à celeridade processual que se deseja”. Cfr. Gonçalves, F., Alves, M. J. & Valente, M. M. G. (2001). *Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador Os Princípios do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, p. 167.

³⁸¹ Que, segundo CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA passa pela criação de um órgão especialmente para o efeito (Conselho Judiciário) que estabeleça a ponte entre o desígnio político e o tratamento efetivo da criminalidade.

³⁸² Quando as normas jurídico-policiais além de prosseguirem um interesse público, garantirem a proteção de diversos direitos ou interesses subjetivos dos cidadãos, resulta para estes um direito à intervenção. Cfr. escreve ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, o direito à intervenção não deve ser confundido com o dever de intervenção, pois entre estas duas expressões situa-se a possibilidade circunstancial da intervenção. Desta forma, o cidadão, para o autor só tem direito à intervenção policial quando se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos: a) existência de um perigo para um seu direito ou interesse legalmente protegido; b) dever (obrigação) de intervenção da força policial; c) e, ausência de justificação de não intervenção.

³⁸³ Sousa, A. F. (2009). *Discricionariedade na actuação policial...*, p. 221.

1 idêntico perigo³⁸⁴. No fundo, esta acaba por ser a grande essência e fundamento do
2 princípio da oportunidade em sede processual-penal, como acabamos de ver³⁸⁵.

3 Assim, podemos aferir (num plano de ordem jurídica), apesar da inexistência de
4 forma clara do conteúdo do princípio da oportunidade, que este acaba por corresponder à
5 discricionariedade quanto ao «se», ou seja, à livre escolha entre intervir ou não numa
6 determinada situação, dando primazia às situações onde possam estar em causa bens
7 jurídicos de maior relevo, como é o caso do direito à vida, à integridade física, à liberdade
8 e à segurança.

9 Clarificados os conceitos, estamos em condições de anunciar a nossa humilde
10 posição no que concerne à admissibilidade no Estado de direito, da margem de livre
11 decisão policial, na modalidade de polícia administrativa. Para o efeito, e de forma a
12 sustentar a posição adotada por nós elencamos o exemplo da aplicação das medidas de
13 polícia.

14 15 **3.3.2. A Polícia Administrativa e a Margem de Livre Decisão Policial no** 16 **Estado de direito – tomada de posição**

17
18 Contrariamente à Lei do Procedimento Administrativo Alemão,
19 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) que prevê expressamente no seu artigo 40.º que se a
20 autoridade administrativa está autorizada a ter certa liberdade, esta deve exercer o seu
21 poder discricionário em conformidade com o objetivo dessa autorização e em
22 conformidade com os limites legais³⁸⁶, o nosso CPA nada diz de modo expresse e
23 inequívoco quanto ao uso dos poderes discricionários.

24 Como estudamos no Capítulo ulterior, a lei nem sempre regula da mesma forma
25 os atos a praticar pela Administração, concretizando por vezes tudo até ao pormenor, e,
26 não raras vezes conferindo à Administração uma margem de livre decisão. Citando
27 FREITAS DO AMARAL, podemos até concluir que o poder discricionário da Administração
28 “não constitui de forma nenhuma, uma exceção ao princípio da legalidade, mas – bem
29 diferentemente – um modo especial de configuração da legalidade administrativa”³⁸⁷.

30 A atividade de polícia, apesar de estar inserida na Administração conforme
31 decorre da CRP, apresenta diversas particularidades, que a tornam única, sendo uma

³⁸⁴ Sousa, A. F. (2009). Discricionariedade na actuação policial..., p. 230.

³⁸⁵ Quer em sede Processual-penal, quer em sede do Direito Administrativo, entendemos que, às Polícias, num plano de ordem jurídica, o princípio da oportunidade apenas se aplica nestes casos acabados de enunciar.

³⁸⁶ Artigo 40.º da *Verwaltungsverfahrensgesetz*: *Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.*

³⁸⁷ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo...*, p. 63.

1 delas o uso de meios coercivos³⁸⁸. Como vivemos “num Estado que exige o princípio
2 fundamental, a dignidade da pessoa humana, que contempla os direitos à vida, à
3 integridade física e psíquica, à liberdade e à segurança, que impõe a reserva de lei
4 restritiva, o carácter restritivo das restrições e o respeito pelo conteúdo essencial dos
5 direitos, liberdades e garantias, a utilização da violência física deve encontrar o seu
6 fundamento na Constituição”³⁸⁹.

7 Sendo a atividade de polícia uma atividade caracterizada pela dicotomia
8 proteção/restricção de DLG’s, esta deve ser regulada de forma pormenorizada, deixando
9 **uma menor margem de livre decisão policial quanto maior for a agressão aos**
10 **DLG’s dos cidadãos**. Por outras palavras, e como já o dissemos no Capítulo anterior,
11 equivale dizer, que nestas matérias onde são restringidos DLG’s, além da precedência de
12 lei, a reserva de lei exige também uma densificação normativa, isto é, um determinado
13 grau de pormenorização. Assim, este grau será tanto maior, quanto maior for a lesão dos
14 DLG’s dos cidadãos e será menor quanto menor for a ingerência da forças policiais
15 nesses mesmos direitos.

16 Contudo, apesar da exigência de um grau de densificação normativa consoante
17 as matérias que a lei vise regular, tanto na Administração Pública em geral, como na
18 Polícia em especial, é nosso entendimento que **a margem de livre decisão policial é**
19 **compaginável num Estado de direito com o princípio da juridicidade**. Neste campo
20 da margem de livre decisão que a lei atribui ao intérprete e ao aplicador da lei, deve-se
21 ter as seguintes cautelas quanto aos aspetos que se seguem: em primeiro lugar, não se
22 pode presumir a discricionariedade, esta tem de resultar da vontade expressa da lei³⁹⁰;
23 em segundo, devemos ter em atenção que a discricionariedade raramente resulta de
24 conceitos e expressões³⁹¹; e, por último, em certos casos a existência de
25 discricionariedade acaba por ser meramente ilusória, pois apesar de num plano teórico a
26 lei conceder uma liberdade de atuação às forças policiais, na prática, algumas dessas
27 ações acabam por se transformar numa única opção possível. Isto é, “da incidência das
28 vinculações legais e dos limites imanentes da margem de livre decisão pode resultar,
29 para um determinado caso concreto, que passe a existir apenas uma decisão
30 juridicamente admissível”³⁹², ao que chamamos de redução a zero da margem de livre

³⁸⁸ Cfr. Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*

³⁸⁹ Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia...*, p. 88.

³⁹⁰ Cfr. Sousa, A. F. (2009). Discricionariedade na actuação policial...

³⁹¹ Sobre este aspeto, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA tem outro entendimento, pois considera que a “discricionariedade nunca resulta de conceitos e expressões *per se*, mas da lei e do direito”. Cfr. Sousa, A. F. (2009). Discricionariedade na actuação policial..., p. 231.

³⁹² Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral...*, p. 204.

1 decisão, ou redução da margem de livre decisão a “um”, se considerarmos que resta
2 ainda uma possibilidade de decisão³⁹³.

3 Por forma a clarificar este último aspeto apresentamos de seguida, o exemplo
4 dado por ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, que nos parece bastante elucidativo: “A
5 autoridade policial poderá aplicar algemas ao detido quando este represente um perigo
6 para ele próprio, para a autoridade ou para terceiro, ou quando se verifiquem indícios
7 concretos de que poderá tentar a fuga”³⁹⁴. No caso apresentado pelo autor, podemos
8 concluir que a atribuição da margem de livre decisão reside na avaliação adequada da
9 situação por parte do agente que aplica a lei. Porém, nesta avaliação que o agente
10 policial faz, deve ter em conta que a aplicação das algemas constitui um constrangimento
11 relevante na dignidade humana da pessoa detida, pelo que a sua aplicação deve ser
12 devidamente justificada. Isto é, devem-se verificar os requisitos constantes na segunda
13 parte da norma. Por outro lado, caso se verifique um dos pressupostos da norma
14 apresentada, ao agente cabe um dever de algemar o indivíduo, sob pena de estar a
15 negar um dos seus deveres funcionais. Desta feita, o agente passa a estar vinculado a
16 aplicar as algemas. De acordo com o autor supra citado, podemos concluir que a margem
17 de livre decisão se converteu num mero poder de avaliar correta e adequadamente a
18 situação em causa, sendo que essa avaliação deve ir de encontro às regras e princípios
19 conhecidos e ensinados nos cursos de formação policial, pelo que se pode afirmar que a
20 avaliação acaba por resultar numa operação vinculada³⁹⁵.

21 Por último, resta-nos abordar a existência (ou não) da margem de livre decisão na
22 questão da criminalidade organizada, no âmbito da modalidade de polícia judiciária.

23 Como vimos atrás, a teoria mista reelaborada defende a existência da margem de
24 livre decisão na modalidade de polícia judiciária, no que diz respeito à criminalidade
25 organizada, tendo em vista a tornar a atuação policial mais eficaz, desmantelando
26 consequentemente a organização, ao invés de proceder à detenção de um único
27 indivíduo.

28 Quanto a este tópico, assume para nós algum desconforto a aceitação da margem
29 de livre decisão na criminalidade organizada. Sabemos que a sua extinção é de todo
30 impossível devido “às manifestações multímodas das condutas individuais e da vida

³⁹³ O CPTA no artigo 71.º, n.º 2 reconhece expressamente esta possibilidade de redução a zero da margem de livre decisão, quando estabelece que ao Tribunal cabe determinar os termos do seu exercício quando a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível. Artigo 71.º n.º 2, do CPTA: “Quando a emissão do acto pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o Tribunal não pode determinar o conteúdo do acto a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do acto devido”.

³⁹⁴ Sousa, A. F. (2009). Discricionariedade na actuação policial..., p. 232.

³⁹⁵ Cfr. Sousa, A. F. (2009). Discricionariedade na actuação policial...

1 social³⁹⁶, como escreve MARCELLO CAETANO, mas é de todo conveniente que se adotem
2 mecanismos que diminuam essa margem de livre decisão. Um exemplo destes
3 mecanismos foi a aprovação da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto que aprova a *cooperação*
4 *judiciária internacional em matéria penal*.

5 No que concerne às entregas controladas ou vigiadas de estupefacientes o
6 preceituado no artigo 160.º-A, n.º 1, permite que seja autorizado caso a caso, pelo MP,
7 perante o pedido de um ou mais Estados estrangeiros, nomeadamente se previsto em
8 instrumento convencional, a não atuação dos OPC's, no âmbito de investigações
9 criminais transfronteiriças relativas a infrações que admitam extradição, com a finalidade
10 de proporcionar, em colaboração com o Estado ou Estados estrangeiros, a identificação e
11 responsabilização criminal do maior número de agentes da infração. O seu n.º 2 estatui
12 que o direito de agir e a direção e controlo das operações de investigação criminal
13 conduzidas no âmbito do número anterior cabem às autoridades portuguesas, sem
14 prejuízo da devida colaboração com as autoridades estrangeiras competentes. A
15 autorização concedida nos termos do n.º 1 não prejudica o exercício da ação penal pelos
16 factos aos quais a lei portuguesa é aplicável e só é concedida quando: seja assegurado
17 pelas autoridades estrangeiras competentes que a sua legislação prevê as sanções
18 penais adequadas contra os agentes e que a ação penal será exercida; seja garantida
19 pelas autoridades estrangeiras competentes a segurança de substâncias ou bens em
20 causa contra riscos de fuga ou extravio; as autoridades estrangeiras competentes se
21 comprometam a comunicar, com urgência, informação pormenorizada sobre os
22 resultados da operação e os pormenores da ação desenvolvida por cada um dos agentes
23 da prática das infrações, especialmente dos que agiram em Portugal.

24 A presente lei, estabelece ainda, que concedida a autorização mencionada
25 anteriormente, os OPC's podem intervir se as margens de segurança tiverem diminuído
26 sensivelmente ou se se verificar qualquer circunstância que dificulte a futura detenção
27 dos agentes ou apreensão de substâncias ou bens.

28 Desta feita, a presente lei, no nosso entender diminui a margem de livre decisão
29 aos OPC's, mantendo a flexibilidade de atuação das forças policiais por forma a
30 conseguir interceptar o maior número de indivíduos. A própria lei acaba por atribuir ao MP
31 a capacidade de decidir ou não pela intervenção dos OPC's, o que equivale dizer por
32 outras palavras, que esta lei consubstancia uma verdadeira manifestação do princípio da
33 oportunidade ao nível do titular da ação penal (quadro de ordem jurídica). Contudo, esta
34 lei, por forma a garantir a flexibilidade das forças policiais, num quadro operativo-material,
35 os OPC's/APC's, gozam de uma oportunidade operativa (quando detêm um mandado

³⁹⁶ Caetano, M. (1996). *Manual...*, (6.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, p. 1148.

1 nas mãos, as forças policiais podem definir o momento mais oportuno) e de uma
2 oportunidade jurídico-criminal (depois da atuação as forças policiais decidem se basta só
3 o auto ou se detém os suspeitos).

4 5 **3.3.3. As Medidas de Polícia**

6
7 Como nos ensina MANUEL VALENTE, as medidas de polícia “são o conteúdo
8 material da acção de polícia preventiva de lesões a bens jurídicos, designados por
9 MARCELLO CAETANO de «danos», e indicam a existência de um perigo (mínimo, abstrato e
10 concreto) de se converter em lesão efectiva”^{397 398}.

11 Por que as medidas de polícia interferem diretamente com DLG’s, o legislador foi
12 mais longe em relação à generalidade dos atos de polícia. Além do princípio da
13 juridicidade, o legislador quis assegurar “que estas fossem sempre, e só, moldadas por
14 acto do poder legislativo do Estado, visto que a este cabe, em exclusivo, zelar pelo
15 interesse público da segurança interna”³⁹⁹ e reforçar a ideia do princípio da
16 proporcionalidade, também ele já inscrito nos artigos 266.º, n.º 2, 272.º, n.º 2 e 18.º, n.º 2
17 da CRP.

18 O facto de a CRP consagrar a tipicidade legal das medidas de polícia⁴⁰⁰ parece
19 repelir em absoluto a margem de livre decisão nesta matéria. Porém, segundo JOÃO
20 RAPOSO, não o é assim. PEDRO LOMBA vai mais longe afirmando que “as medidas de
21 polícia são encaradas como o «campo clássico da discricionariedade administrativa»,
22 concebida como um poder «inato, imanente ao exercício da função administrativa»”⁴⁰¹.

23 Para JOÃO RAPOSO, a tipicidade legal das medidas de polícia administrativa
24 consiste na “criação pelo Estado-legislador, e só por ele, das medidas de polícia
25 admitidas no nosso ordenamento jurídico e a definição também por ele e apenas por ele,
26 do respectivo conteúdo”⁴⁰². PEDRO LOMBA, no seu artigo *Sobre a Teoria das Medidas de*
27 *Polícia Administrativa*, acrescenta ainda que “a tipicidade legal exprime a ideia de que as
28 medidas de polícia devem configurar, de forma individualizada, o conteúdo, a duração, os

³⁹⁷ Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, p. 301.

³⁹⁸ Sobre esta matéria ver o ponto 1.3. (pp. 12-13) e Anexo I, Quadro 2.

³⁹⁹ Raposo, J. (2005). *Autoridade e Discricionariedade...*, pp. 7-8.

⁴⁰⁰ Sobre o princípio da tipicidade legal das medidas de polícia ver Acórdão do TC n.º 479/94, de 7 de julho: “O princípio da tipicidade legal impõe que os actos de polícia além de terem um fundamento legal, devem traduzir-se em procedimentos individualizados e com conteúdo suficientemente definido na lei seja qual for a sua natureza: quer sejam regulamentos gerais emanados das autoridades de polícia, decisões concretas e particulares, medidas de coerção ou operações de vigilância, todas as medidas de polícia estão sujeitas ao princípio da precedência da lei e da tipicidade legal”.

⁴⁰¹ Lomba, P. (2003). *Sobre a Teoria das Medidas de Polícia Administrativa*. In Miranda, J. (Regente). *Estudos de Direito de Polícia* (Vol. I, pp. 177-232). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 213.

⁴⁰² Raposo, J. (2005). *Autoridade e Discricionariedade...*, p. 13.

1 fins e os limites de cada actuação de polícia⁴⁰³. No fundo, o autor entende estarmos
2 perante uma tipicidade descritiva e delimitadora, considerando que “fora da tipicidade das
3 medidas de polícia, só a urgência ou a necessidade pública poderão justificar a actuação
4 policial⁴⁰⁴, aquilo a que MANUEL VALENTE⁴⁰⁵ chama de Estado de necessidade
5 justificante.

6 Sobre este princípio elencamos ainda FELIPE ALMEIDA que entende a tipicidade
7 legal das medidas de polícia como um corolário do princípio da legalidade. Para o autor,
8 o princípio da tipicidade legal das medidas de polícia implica que para a validade e
9 legitimidade desses atos da polícia administrativa, além destes deverem ter um
10 fundamento necessário na lei, devem estas medidas ou procedimentos serem
11 individualizados e com conteúdo suficientemente definido na lei, independentemente da
12 natureza dessas medidas⁴⁰⁶.

13 Contudo, como afirma JOÃO RAPOSO, este princípio atinente às medidas de
14 polícia, não inibe de forma absoluta a liberdade das autoridades “quanto à avaliação, *in*
15 *concreto*, das circunstâncias que justificam ou, ao invés, dispensam a tomada de certa
16 medida de polícia⁴⁰⁷, nem “a ponderação do momento mais propício para o executar⁴⁰⁸,
17 uma vez decidida a adoção de determinada medida. Para o autor, existe ainda uma
18 liberdade para as autoridades no que concerne à fixação da respetiva duração da medida
19 de polícia e na opção quanto aos meios e modo de atuação com vista à respetiva
20 execução.

21 Corroborando, assim, a ideia de JOÃO RAPOSO, o princípio da tipicidade legal das
22 medidas de polícia, embora constitua um limite importante não suprime a margem de livre
23 decisão por completo, até porque, como vimos não existem atos administrativos
24 totalmente vinculados nem atos administrativos totalmente discricionários.

25 No campo da margem de livre decisão, o autor PEDRO LOMBA realça ainda o
26 conceito de perigo, por este ser um conceito jurídico aberto (conceito legal relativamente
27 indeterminado), de modo a que cabe a cada agente administrativo concretizar a hipótese
28 legal. Como explica o autor, sendo a atividade de polícia administrativa na sua essência
29 preventiva, às medidas de polícia estão associadas o exercício de prognose do perigo, ou
30 seja, “de uma antecipação dos efeitos danosos ou potencialmente danosos de uma
31 conduta particular⁴⁰⁹. O autor, sobre esta matéria, termina, e a nosso ver bem, afirmando

⁴⁰³ Lomba, P. (2003). Sobre a Teoria das Medidas de Polícia..., p. 203.

⁴⁰⁴ Lomba, P. (2003). Sobre a Teoria das Medidas de Polícia..., p. 203.

⁴⁰⁵ Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*

⁴⁰⁶ Almeida, F. T. S. (2003). Princípios Delimitadores da Polícia Administrativa numa perspectiva Luso-Brasileira. In Miranda, J. (Regente). *Estudos de Direito de Polícia* (Vol. I, pp. 233-359). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 326.

⁴⁰⁷ Raposo, J. (2005). *Autoridade e Discricionariedade...*, p. 13.

⁴⁰⁸ Raposo, J. (2005). *Autoridade e Discricionariedade...*, p. 13.

⁴⁰⁹ Lomba, P. (2003). Sobre a Teoria das Medidas de Polícia..., p. 214.

1 que às entidades de polícia “cabe verificar a existência da situação de perigo ou do facto
2 jurídico, proceder à sua qualificação jurídica, integrando a necessidade da sua
3 intervenção; cabe-lhes também escolher a intervenção mais adequada, de acordo com os
4 princípios da congruência, oportunidade e proporcionalidade”^{410 411}. Contudo, e esta
5 parece-nos ser a parte mais importante, quando o autor acaba por referir que estamos
6 perante uma discricionariedade optativa⁴¹² e não uma discricionariedade de decisão, em
7 virtude de não haver uma decisão juridicamente possível em prol da abstenção, e que, na
8 realidade, esta discricionariedade optativa se reduz a zero, quando se gera a
9 obrigatoriedade de intervenção por estarem em risco bens como a vida, a saúde, a
10 liberdade, entre outros.

11

12 **3.4. Síntese Capitular**

13

14 A Polícia na modalidade de polícia administrativa goza de uma margem de livre
15 decisão como a Administração Pública em geral. Contudo, esta deve ser sempre balizada
16 pelos princípios gerais do Direito, que em alguns casos concretos acabam mesmo por a
17 transformar numa conduta vinculada, conforme foi possível demonstrar no exemplo
18 apresentado.

19 Na modalidade de polícia judiciária, no que concerne à criminalidade organizada,
20 não negamos a margem de livre decisão, contudo esta deve ser reduzida ao mínimo e
21 em última instância este poder de oportunidade deve ser atribuído ao MP, titular da ação
22 penal, e não aos corpos policiais, num quadro de ordem jurídica. A Lei nº 144/99, de 31
23 de agosto, é um mecanismo claro da redução dessa margem de livre decisão concedida
24 aos elementos policiais mantendo sem prejudicar a eficácia do serviço policial. A
25 autorização da intervenção das polícias nas entregas controladas ou vigiadas de
26 estupefacientes é da responsabilidade do MP, que analisará caso a caso. Concluímos,
27 desta forma, que a lei demonstra uma clara manifestação do princípio da oportunidade ao
28 titular da ação penal, num quadro de ordem jurídica e aos OPC's num quadro operativo-
29 material.

30 Vimos que, apesar de estar associado às medidas de polícia, o princípio da
31 tipicidade legal, não é inibidor de uma margem de livre decisão, ainda que se
32 consubstancie apenas às Polícias uma discricionariedade optativa, que, em certos casos,
33 pode até se reduzir a zero, quando se gera a obrigatoriedade de intervenção por estarem

⁴¹⁰ Lomba, P. (2003). Sobre a Teoria das Medidas de Polícia..., p. 214.

⁴¹¹ No nosso entendimento além destes princípios deve a intervenção ser escolhida atendendo aos princípios da igualdade e da imparcialidade.

⁴¹² Entenda-se por discricionariedade optativa a escolha de uma solução de entre as várias condutas de actuação que a lei fixa à Administração.

1 em causa bens jurídicos relevantes como é a vida, a integridade e a liberdade dos
2 cidadãos.

3

4

5

6

1
2
3 **CONCLUSÃO**
4
5

6 Proposume-nos aferir a aceitação da margem de livre decisão policial num Estado
7 de direito e democrático fundado na legalidade democrática e subordinado à Constituição
8 e ao Direito.

9 Para o efeito, no primeiro Capítulo abordamos o conceito de Polícia bem como a
10 sua evolução e o conceito de atividade de polícia caracterizando-o. No segundo Capítulo,
11 clarificamos os conceitos de juridicidade, margem de livre apreciação, discricionariedade
12 e margem de livre decisão. No terceiro Capítulo abordamos a questão da aceitação ou
13 não da margem de livre decisão policial num Estado de direito que se funda na legalidade
14 democrática recorrendo para o efeito a 4 grandes teorizações doutrinárias. Apresentamos,
15 ainda, no terceiro Capítulo a nossa posição, fundamentando-a e analisamos esta
16 admissibilidade na aplicação das medidas de polícia administrativa.

17 Apesar da Constituição enquadrar a Polícia na Administração Pública esta
18 representa pequenas particularidades que diferenciam uma da outra. A constante
19 dicotomia proteção – restrição de DLG's e o uso de meios coercivos de acordo com as
20 disposições legais são alguns dos aspetos diferenciadores. A aceitação da
21 discricionariedade e da margem de livre apreciação na atividade de polícia administrativa
22 é evidente, desde que esta também se funda na lei e o seu uso vá de encontro aos
23 limites por esta imposto. Concordando com FREITAS DO AMARAL, não só é admissível este
24 recurso à margem de livre decisão, como também nem se quer configura uma exceção
25 ao princípio da juridicidade, mas sim um modo especial de configuração da legalidade
26 democrática. Como defendemos ao longo do trabalho, dependendo das matérias, o grau
27 de pormenorização, isto é, a densificação normativa, pode ser maior ou menor, sendo
28 consequentemente a margem de livre decisão menor ou maior. Como vimos, o recurso à
29 arma de fogo, por restringir DLG's, como o direito à vida e à integridade física a
30 densificação normativa terá de ser elevada, sendo a margem de livre decisão quase
31 inexistente.

32 Embora seja compaginável a margem de livre decisão policial na atividade de
33 polícia administrativa, devemos atender a alguns aspetos, os quais destacamos: a
34 discricionariedade não se deve presumir, mas deve resultar da vontade expressa da lei; a
35 discricionariedade raramente resulta da interpretação de conceitos e expressões; e, por
36 fim, a discricionariedade em alguns casos pode ser meramente ilusória, pois apesar de

1 num plano teórico a lei conceder uma liberdade de atuação às forças policiais, na prática,
2 algumas dessas ações acabam por se transformar numa vinculação (redução a zero da
3 margem de livre decisão policial ou redução a “um” da margem de livre decisão policial).

4 Aliada a esta aceitação da margem de livre decisão policial na atividade de polícia
5 administrativa surge uma questão complexa no ramo do Direito Administrativo: a
6 questão do controlo dos poderes discricionários. Se os poderes vinculados são
7 controlados quer pela Administração, quer pelos Tribunais, o mesmo já não acontece
8 quando estamos no plano do mérito, ou seja, no plano dos poderes discricionários, que
9 apenas podem ser controlados pela Administração sob pena de violarmos o princípio da
10 separação de poderes. Este facto levou-nos a questionar como poderia um ato
11 discricionário ser atacado.

12 A esta questão, FREITAS DO AMARAL respondeu dizendo ser aceite pacificamente
13 que os atos discricionários são, em certa medida, praticados no uso de poderes
14 vinculados, podendo este ser atacado com fundamento em qualquer dos vícios do ato
15 administrativo.

16 Vem já sendo apontada pela evolução legislativa e jurisprudencial uma alternativa
17 para acautelar este problema de elevada complexidade que passa por aumentar o
18 número de vinculações legais, ou seja, de aspetos vinculados, no exercício de poderes
19 administrativos. A admissibilidade do erro de facto como fundamento da ação de
20 impugnação, a imposição legal da obrigação de fundamentar os atos administrativos, e a
21 sujeição do exercício de poderes administrativos aos princípios gerais de direito são
22 prova deste número de aumento de vinculações legais, que dirimem a questão do
23 controlo dos poderes discricionários.

24 Quanto à margem de livre apreciação concluímos que nem todos os conceitos
25 (legais) indeterminados conferem esta margem de apreciação ou valoração por parte da
26 Autoridade Policial. Existem conceitos que apenas envolvem operações de interpretação
27 da lei e de subsunção, pelo que, nestes, não se prevê qualquer autonomia à vontade da
28 Autoridade Policial. Estamos, portanto, no plano da legalidade, pelo que o controlo destes
29 atos cabe, em primeira instância, à Administração Pública e, em última instância, aos
30 Tribunais.

31 Existem outros conceitos cuja concretização dos mesmos depende de uma
32 valoração por parte da Autoridade Policial. Mas, mesmo dentro deste tipo de conceitos,
33 podemos ainda distinguir os que para a sua concretização dependem de uma valoração
34 objetiva e aqueles em que o legislador remete para a Administração a competência de
35 fazer um juízo baseado na sua experiência e na sua convicção, que não é determinado,
36 mas apenas enquadrado por critérios jurídicos. Quanto ao primeiro caso ainda estamos
37 no plano da legalidade sendo concebível a fiscalização judicial da atividade administrativa

1 em última instância. Já no segundo caso, porque se exige uma tensão criadora do direito
2 do caso concreto, os Tribunais devem apenas limitar-se a verificar se a solução
3 encontrada pela Autoridade Policial obedeceu às exigências externas postas pela ordem
4 jurídica ao exercício de poderes discricionários, enquanto à Administração cabe a autoria
5 dos atos e a inerente responsabilidade pela prossecução do interesse público legalmente
6 definido. Nesta zona de discricionariedade, estamos perante uma repartição de
7 competências entre a Administração e o Juíz.

8 Por fim e sendo uma das perguntas derivadas, a aceitabilidade ou não da margem
9 de livre decisão policial na aplicação das medidas de polícia cabe-nos tecer algumas
10 considerações sobre o assunto.

11 Apesar da CRP consagrar o princípio da tipicidade legal das medidas de polícia,
12 não repela em nada a margem de livre decisão da Autoridade Policial. Este princípio não
13 inibe de forma alguma a avaliação, *in concreto*, das circunstâncias que justificam ou, ao
14 invés, dispensam a tomada de certa medida de polícia, nem a ponderação do momento
15 mais propício para o executar, uma vez decidida a adoção de determinada medida, nem
16 a fixação da duração da respetiva medida de polícia, nem a opção quanto aos meios e
17 modo de atuação.

18 Como defende PEDRO LOMBA, e a nosso ver bem, nestes campos estamos
19 apenas perante uma discricionariedade optativa e não uma discricionariedade de
20 decisão, em virtude de não haver uma decisão juridicamente possível em prol da
21 abstenção, e que na realidade esta discricionariedade poderá se reduzir a zero, quando
22 se gera a obrigatoriedade de intervenção por estarem em risco bens como a vida, a
23 saúde e a liberdade.

24 Tecidas as nossas considerações finais acerca da presente dissertação mestrado
25 resta-nos por fim elencar as condicionantes da realização da mesma e as propostas de
26 estudo para o futuro. Quanto ao primeiro ponto consideramos o tempo e a escassa
27 bibliografia no âmbito policial sobre a margem de livre decisão as principais
28 condicionantes para a realização desta dissertação de mestrado. Quanto ao segundo
29 ponto propomos, como futuro trabalho académico, estudar a aceitação do princípio da
30 oportunidade na modalidade de polícia judiciária e as manifestações deste princípio no
31 CPP atualmente em vigor à luz da Constituição de 1976.

32
33
34
35

BIBLIOGRAFIA

Referências Bibliográficas

- Adamovich-Funk. (1980). *Allgemeines Verwaltungsnrecht*. Munique.
- Alfonso, L. P. (2008). *Seguridad Pública y Policía Administrativa de Seguridad: Problemas de Siempre y de Ahora Para el Deslinde, la Decantación y la Eficacia de Una Responsabilidad Nuclear del Estado Administrativo*. Valencia.
- Almeida, F. T. S. (2003). Princípios Delimitadores da Polícia Administrativa numa perspectiva Luso-Brasileira. In Miranda, J. (Regente). *Estudos de Direito de Polícia* (Vol. I, pp. 233-359). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo* (2.^a ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Amorim, J., Gonçalves, P. & Oliveira, M. (2010). *Código de Procedimento Administrativo – Comentado* (2.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- Borja y Borja (1985). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Argentina: Depalma.
- Brito, M. N. (2013). Direito de Polícia. In Otero, P., & Gonçalves, P. (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo Especial* (Vol. I, pp. 281-456). Coimbra: Almedina.
- Caetano, M. (1996). *Manual de Direito Administrativo* (6.^a ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Caetano, M. (2010). *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina.
- Canas, V. (2012). Os limites gerais da actividade de polícia. In Gouveia, J. (Coord.). *Estudos de Direito e Segurança* (Vol. II, pp. 449-469). Coimbra: Almedina.
- Canotilho, J. J. & Moreira, V. (1993). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (3.^a ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.^a reimp.). Coimbra: Almedina.
- Carmo, H. & Ferreira, M. M. (2009). *Metodologia de Investigação – Guia para Auto-aprendizagem* (2.^a ed.). Lisboa: Universidade Aberta.
- Castro, C. S. (2003). *A questão das polícias municipais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Caupers, J. (2013). *Introdução ao Direito Administrativo* (11.^a ed.). Lisboa: Âncora Editora.
- Chapus, R. (1992). *Droit Administratif Général* (6.^a ed., Vol. I). Paris.

- 1 Clemente, P. (1998). *Da Polícia de Ordem Pública*. Lisboa: Edição do Governo Civil de
2 Lisboa.
- 3 Correia, S. (1994). Polícia. *In* Fernandes, J. *Dicionário Jurídico da Administração Pública*
4 (Vol. VI, pp. 393-408). Lisboa.
- 5 Correia, S. (2006). *O Direito de Manifestação: Âmbito de Protecção e Restrições*.
6 Coimbra: Almedina.
- 7 Correia, S. (2008). Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional –
8 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Secção) de 17.1.2007, P.
9 1068/06. *Cadernos de Justiça Administrativa*, 70, 32-57.
- 10 Correia, S. (2013). *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*.
11 Coimbra: Almedina.
- 12 Costa, A. A. (2012). *A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade*
13 *administrativa*. Coimbra: Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da
14 Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- 15 Cretella, J. J. (1986). *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- 16 Deu, T. A. (1991). *Criminalidad de Bagatela y Principio da Oportunidad: Alemania y*
17 *Espanha*. Barcelona: PPU.
- 18 Di Pietro, M. S. Z. (2001). *Direito Administrativo* (13.ª ed.). São Paulo: Atlas.
- 19 Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia: novos paradigmas de segurança e*
20 *liberdade*. Coimbra: Almedina.
- 21 Dias, J. F. (1988). *Direito Processual Penal*. Coimbra.
- 22 Dias, J. F. (2004). *Direito Penal: Parte Geral* (2.ª ed., Tomo I). Coimbra: Coimbra Editora.
- 23 Enterría, E. G. & Fernández, T. R. (1989). *Curso de Derecho Administrativo* (5.ª ed., Vol.
24 I). Madrid: Civitas Editorial.
- 25 Falcon, G. (2005). *Lezioni di Diritto Amministrativo* (Vol. I). Roma: L'attività.
- 26 Fernandes, D. M. (2011). *Princípio da legalidade e discricionariedade administrativa*.
27 (Dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto.
- 28 Filho, A. G. (2003). Poder de Polícia e a limitação da liberdade física individual. *In*
29 Miranda, J. (Regente). *Estudos de Direito de Polícia: Seminário de Direito*
30 *Administrativo de 2001/2002* (Vol. II, pp. 7-96). Lisboa: Associação Académica da
31 Faculdade de Direito de Lisboa.
- 32 Filho, J. S. C. (2005). *Manual de Direito Administrativo* (13.ª ed.). Rio de Janeiro: Lumen
33 Juris.
- 34 Fortes, A. (2002). A Discricionariedade e o Princípio da Oportunidade (Tese de
35 Licenciatura). Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Lisboa.
- 36 Gonçalves, F., Alves, M. J. & Valente, M. M. G. (2001). *Lei e Crime – O Agente Infiltrado*
37 *Versus o Agente Provocador Os Princípios do Processo Penal*. Coimbra: Almedina.

- 1 Häberle, P. (1970). *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*.
- 2 Leitão, J. (2007). Discricionariedade Policial. In Silva, G. M. & Valente, M. M. G.
3 (Regente). *Estudos de Homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves*
4 *Ribeiro* (pp. 569-604). Coimbra: Almedina.
- 5 Lomba, P. (2003). Sobre a Teoria das Medidas de Polícia Administrativa. In Miranda, J.
6 (Regente). *Estudos de Direito de Polícia* (Vol. I, pp. 177-232). Lisboa: Associação
7 Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- 8 Lorentz, A. M. (2003). Limites ao Poder de Polícia. In Miranda, J. (Regente). *Estudos de*
9 *Direito de Polícia* (Vol. I, pp. 419-492). Lisboa: Associação Académica da
10 Faculdade de Direito de Lisboa.
- 11 Machado, J. B. (1991). *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra:
12 Almedina.
- 13 Maurer, H. (1998). *Droit Administratif Allemand*. Paris: LGDJ.
- 14 Mello, C. A. B. (1987). *Elementos do Direito Administrativo* (1.^a ed.). São Paulo: Revista
15 dos Tribunais.
- 16 Merkl, A. (2004). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Granada: Comares.
- 17 Miranda, J. (1998). *Manual de Direito Constitucional* (2.^a ed., Vol. IV). Coimbra: Coimbra
18 Editora.
- 19 Moraes, G. O. (2004). *Controle Jurisdicional da Administração Pública* (2.^a ed.). São
20 Paulo: Dialética.
- 21 Novais, J. R. (2010). *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente*
22 *Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra editora.
- 23 Nunes, H. (2003). O recurso a armas de fogo como forma de coacção administrativa. In
24 Miranda, J. (Regente). *Estudos de Direito de Polícia: Seminário de Direito*
25 *Administrativo de 2001/2002* (Vol. II, pp. 97-157). Lisboa: Associação Académica da
26 Faculdade de Direito de Lisboa.
- 27 Oliveira, F. & Dias, J. (2015). *Noções Fundamentais de Direito Administrativo* (4.^a ed.).
28 Coimbra: Almedina.
- 29 Pereira, A. & Poupa, C. (2012). *Como escrever uma tese monografia ou livro científico*
30 *usando o word* (5.^a ed.). Lisboa: Edições Sílabo.
- 31 Pereira, R. (2012). A segurança na Constituição. In Gouveia, J. B. (Coord.). *Estudos de*
32 *Direito e Segurança* (Vol. II, pp. 409-421). Coimbra: Almedina.
- 33 Queiró, A. (1976). *Lições de Direito Administrativo I*. Coimbra: Almedina.
- 34 Quiar, C. (2014). *Do Direito à Segurança Pública: Acções Securitárias vs. Eficácia*
35 *Judicial* (Dissertação de Mestrado). Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa.

- 1 Raposo, J. (2005). *Autoridade e Discricionariedade: a conciliação impossível?*, (Lição
2 Inaugural do Ano Lectivo 2005/2006). Lisboa: Publicações do Instituto Superior de
3 Ciências Policiais e Segurança Interna.
- 4 Raposo, J. (2006). *Direito Policial I*. ICPOL. Coimbra: Almedina.
- 5 Reiner, R. (1992). *Politics of Police* (2.^a ed.). London: Harvester Wheatsheaf.
- 6 Santo, P. E. (2010). *Introdução à Metodologia das Ciências Sociais – Génese,
7 Fundamentos e Problemas* (1.^a ed.). Lisboa: Edições Sílabo.
- 8 Schmidt, W. (1982). *Einführung in die Probleme des verwaltungsrechts*. München.
- 9 Silva, G. M. (2012). *Introdução ao Estudo do Direito* (4.^a ed.). Lisboa: Universidade
10 Católica.
- 11 Soares, R. E. (1994, dezembro). Administração Pública e controlo judicial. *Revista de
12 Legislação e Jurisprudência*, 3845, 226-233.
- 13 Soares, R. G. E. (1955). *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Atlântida.
- 14 Soares, R. G. E. (1981). Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva. *Boletim da
15 Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 57, 169-190.
- 16 Sousa, A. F. (1994). *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra:
17 Almedina.
- 18 Sousa, A. F. (1998). Actuação Policial e Princípio da Proporcionalidade. *Revista do
19 Ministério Público*, 76, 41-50.
- 20 Sousa, A. F. (1998, maio/junho). Princípio da Legalidade da Administração. *Polícia
21 Portuguesa*, 111, 22-28.
- 22 Sousa, A. F. (2002). A polícia como garante da ordem e segurança públicas. *Revista do
23 Ministério Público*, 90, 79-89.
- 24 Sousa, A. F. (2003). Prevenção e repressão como função da Polícia e do Ministério
25 Público. *Revista do Ministério Público*, 94, 49-73.
- 26 Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito* (Tese de Doutoramento). Faculdade
27 de Direito da Universidade do Porto. Porto.
- 28 Sousa, A. F. (2009). Discricionariedade na actuação policial. In Valente, M. M. G.
29 (coord.). *Reuniões e Manifestações na actuação policial* (pp. 215-232). Coimbra:
30 Almedina.
- 31 Sousa, A. F. (2013). Juridicidade da Ação Policial. *Revista do Ministério Público*, 135, 23-
32 36.
- 33 Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios
34 fundamentais* (3.^a ed., Tomo I). Lisboa: D. Quixote.
- 35 Sousa, M. R. (1999). *Lições de Direito Administrativo* (Vol. I). Lisboa: Lex.
- 36 Teixeira, C. A. (2006). *Princípio da Oportunidade: Manifestações em sede processual
37 penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Almedina.

- 1 Telles I. G. (2010). *Introdução ao Estudo de Direito* (11.^a ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra
2 Editora.
- 3 Valente, M. M. G. (2005). *Teoria Geral do Direito Policial* (Tomo I). Coimbra: Almedina.
- 4 Valente, M. M. G. (2010). *Processo Penal* (3.^a ed., Tomo I). Coimbra: Almedina.
- 5 Valente, M. M. G. (2012). Os Desafios Emergentes de uma Polícia de um Estado de
6 direito e democrático. *Politeia*, 9, 255-272.
- 7 Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia: Prevenção Criminal e Acção*
8 *Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa:
9 Universidade Católica Portuguesa.
- 10 Valente, M. M. G. (2013). *Segurança – Um Tópico Jurídico em Reconstrução* (1.^o ed.).
11 Lisboa: Âncora editora.
- 12 Valente, M. M. G. (2014). *Ciências Policiais: Ensaio*. Lisboa: Universidade Católica.
- 13 Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral do Direito Policial* (4.^a ed.). Lisboa: Almedina.
- 14 Valente, M. M. G. (2015). *Prova Penal. Estado democrático de direito*. Lisboa: Letras e
15 conceitos, lda.
- 16

17 **Legislação**

- 18
- 19 Constituição da República Portuguesa
- 20 Declaração Universal dos Direitos do Homem
- 21 Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949.
- 22 Lei do Procedimento Administrativo Alemão, de 1976.
- 23 Código Civil
- 24 Código de Procedimento nos Tribunais Administrativos
- 25 Código de Processo Penal
- 26 Código do Procedimento Administrativo
- 27 Código dos Contractos Públicos
- 28 Código Penal
- 29 Lei n.º 406/74, de 29 de agosto, com as alterações da Lei Orgânica 1/2011, de 30 de
30 novembro
- 31 Lei n.º 144/99, de 31 de agosto (Lei que aprova a cooperação judiciária internacional em
32 matéria penal)
- 33 Lei n.º 53/2007, de 31 de agosto (Lei Orgânica da Polícia de Segurança Pública)
- 34 Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto (Lei de Segurança Interna)
- 35 Decreto-Lei n.º 40768, de 8 de setembro de 1956 (Regula o funcionamento do Supremo
36 Tribunal Administrativo)

- 1 Decreto-Lei n.º 313/2003, de 17 de dezembro (Aprova o Sistema de Identificação e
2 Registo de Caninos e Felinos (SICAFE))
3 Decreto-Lei n.º 314/2003, de 17 de dezembro (Aprova o Programa Nacional de Luta e
4 Vigilância Epidemiológica da Raiva Animal e Outras Zoonoses (PNLVERAZ) e estabelece
5 as regras relativas à posse e detenção, comércio, exposições e entrada em território
6 nacional de animais suscetíveis à raiva)
7 Decreto-Lei n.º 9/2007, de 17 de janeiro (Lei que aprova o Regulamento Geral do Ruído)
8 Portaria n.º 421/2004, de 24 de abril (Aprova o Regulamento de Registo, Classificação e
9 Licenciamento de Cães e Gatos)

10

11 **Jurisprudência consultada**

12

- 13 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 74/84, de 10 de julho
14 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 304/85, de 24 de abril
15 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 244/85, de 22 de novembro
16 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 248/86, de 16 de julho
17 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, de 9 de janeiro
18 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 393/89, de 18 de maio
19 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 479/94, de 7 de julho
20 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29 de abril de 1993, Processo n.º 24606
21 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de janeiro de 2000, Processo n.º
22 37739
23 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de setembro de 2001, Processo n.º
24 44200
25 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30 de abril de 2003, Processo n.º 47777
26 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de janeiro de 2007, Processo n.º
27 1068
28 Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 28 de setembro de 2006, Processo
29 n.º 121/04.0 BEPRT
30 Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 16 de março de 2006, Processo n.º
31 1459/06
32 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 1 de junho de 2011, Processo n.º
33 159/10.9 GBPMS.C1
34 Parecer Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 162/2003, de 18 de dezembro

35

1 **Sítios da Internet**

2

3 Bullinger & Starck in Freitas, J. (2013). *Discricionariedade Administrativa: o Controle de*
4 *Prioridades Constitucionais*. Consultado em [www6.univali.br/seer/index.php/nej/](http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/5131/2691)
5 [article/download/5131/2691](http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/5131/2691).

6 Cavaco, P. (2003). *A Polícia no Direito Português, Hoje*. Consultado em
7 www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/pcavacopolicia.doc.

8 Costa, R. H. (1989). *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade*
9 *administrativa*. Consultado em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ReginaHC.pdf.

10 Pereira, F. H. U. (2007). *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade*
11 *administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa*. Consultado em:
12 www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/743/923.

13 Policía Nacional (2008). *Poder, Función y actividad de policía*. Consultado em
14 [www.policia.edu.co/documentos/ascensos/tematicas_ascenso_pt_2013/cartilla%20](http://www.policia.edu.co/documentos/ascensos/tematicas_ascenso_pt_2013/cartilla%20No%205%20PODER,%20FUNCION%20Y%20ACTIVIDAD%20DE%20POLICIA.pdf)
15 [No%205%20PODER,%20FUNCION%20Y%20ACTIVIDAD%20DE%20POLI](http://www.policia.edu.co/documentos/ascensos/tematicas_ascenso_pt_2013/cartilla%20No%205%20PODER,%20FUNCION%20Y%20ACTIVIDAD%20DE%20POLICIA.pdf)
16 [CIA.pdf](http://www.policia.edu.co/documentos/ascensos/tematicas_ascenso_pt_2013/cartilla%20No%205%20PODER,%20FUNCION%20Y%20ACTIVIDAD%20DE%20POLICIA.pdf).

17

ANEXOS

Anexo 1: Tridimensionalidade funcional do conceito de Polícia



Figura 1: Sentido Funcional de Polícia na perspectiva de MANUEL VALENTE

Nota: Figura adaptada da obra: Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, pp. 68-69

Quadro 1: Tridimensionalidade do sentido material ou funcional de Polícia e conceito de medidas de polícia segundo MANUEL VALENTE

Medidas de índole policial ou Medidas de Polícia	Polícia de Ordem e Tranquilidade Pública ou Forças de Segurança	Medidas puras	Autoridade de Polícia e Agente de Polícia
	Polícia de natureza administrativa	Medidas preventivas administrativas	Autoridades Policiais e Agentes Policiais
		Medidas cautelares administrativas	
Polícia de natureza judiciária	Medidas cautelares e de polícia	Autoridade de Polícia Criminal e Órgãos de Polícia Criminal	

Nota: Figura adaptada da obra: Valente, M. M. G. (2014). *Teoria Geral...*, pp. 68-69.

Anexo 2: O sentido funcional de polícia segundo JOÃO RAPOSO

Quadro 2: Sentido funcional de polícia na perspetiva de JOÃO RAPOSO

<p><u>Polícia</u> <u>Administrativa</u> <u>em sentido</u> <u>amplo</u></p>	<p><i>Polícia administrativa em sentido estrito</i></p>	<p><u>Polícia administrativa geral</u> (garante a segurança de pessoas e bens, a ordem pública e os direitos dos cidadãos)</p>
		<p><u>Polícia administrativa especial</u> (Assegura a proteção de outros interesses públicos específicos definidos por lei)</p>
	<p><i>Polícia judiciária</i> (prevenção dos crimes e a investigação daqueles que, não obstante, foram cometidos, com vista à repressão da criminalidade)</p>	

Nota: Figura adaptada da obra: Raposo, J. (2006). *Direito Policial I...*, pp. 26-31.

Anexo 3: O hexágono da trilogia da prevenção criminal e a tridimensionalidade funcional da Polícia

- a – Função de vigilância (antes da ocorrência do dano)
 - b – Função de prevenção criminal *stricto sensu* (durante a ocorrência do dano)
 - c – Função de restabelecimento da paz jurídica e social (após a ocorrência do dano)
- tp – tempo de prevenção
tr – tempo de reação

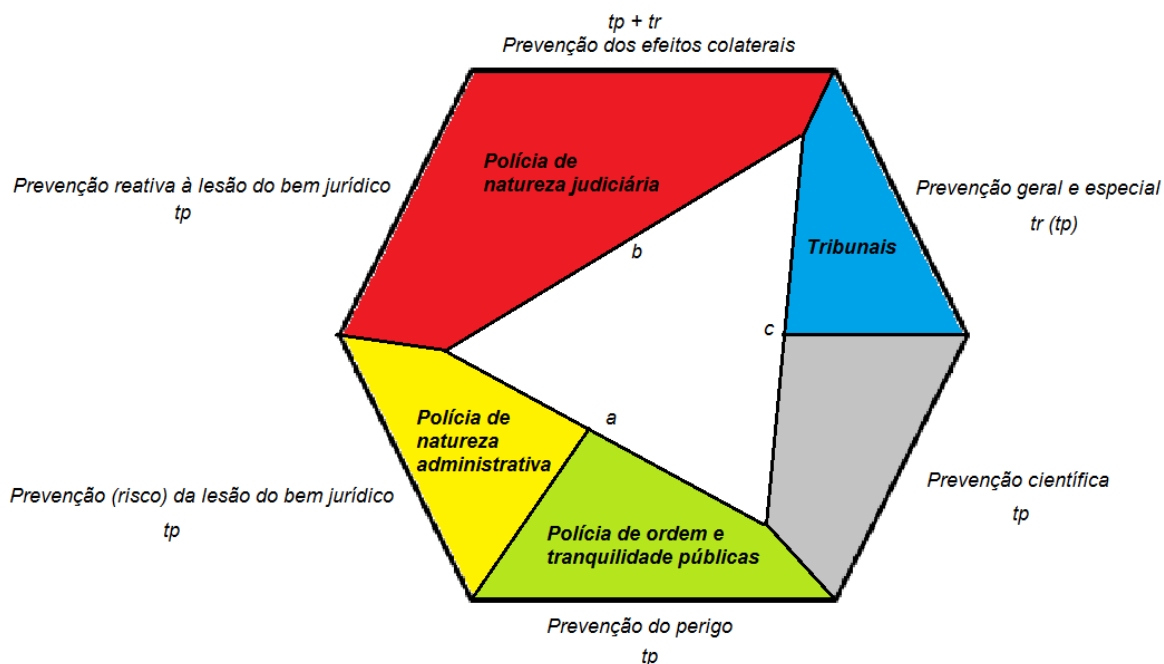


Figura 2: Representação topológica da hexagonia da prevenção e a tridimensionalidade funcional de Polícia na perspectiva de MANUEL VALENTE

Nota: Figura adaptada da obra: Valente, M. M. G. (2013). *Do Ministério Público e da Polícia...*, pp. 307-328.

Anexo 4: Visão metódica do procedimento jurídico-constitucional de restrição de direitos

Quadro 3: Visão metódica do procedimento jurídico-constitucional de restrição de direitos

1. ^a Instância	2. ^a Instância	3. ^a Instância
Delimitação do âmbito normativo	Restrição ou limitação	Requisitos da lei restritiva (limites dos limites)
<p>1.^o Delimitação do âmbito normativo e do âmbito garantido pelas normas constitucionais.</p> <p>2.^o Conteúdo: protecção actual contra actos lesivos das entidades públicas.</p> <p>3.^o Natureza da pretensão: defesa contra actos lesivos das entidades públicas.</p> <p>4.^o Questão: foi efectivamente agredido o âmbito de protecção através de uma intervenção dos poderes públicos?</p> <p>5.^o Caracterização do «acto de agressão»: trata-se, na realidade, de um acto restritivo de direitos, liberdades e garantias.</p> <p>6.^o Articulação do âmbito de protecção e acto restritivo: o âmbito de protecção foi restringido por um acto de entidades públicas?</p> <p>7.^o Trata-se de uma restrição constitucional ou inconstitucional?</p>	<p>1.^o Individualização e determinação dos limites pelas normas da Constituição.</p> <p>2.^o Finalidade dos limites estabelecidos pela Constituição: limitação do âmbito de protecção de um «direito» a fim de se garantirem outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.</p> <p>3.^o Tipos: de que limites se trata? a) limites <i>directamente</i> estabelecidos pela <i>Constituição</i>? b) limites estabelecidos por <i>lei</i> mediante autorização expressa da Constituição? c) limites não expressamente autorizados?</p> <p>4.^o Problemas: demonstração da existência de uma autêntica restrição do âmbito de protecção através da própria Constituição ou da lei.</p> <p>5.^o Limites da restrição: os limites estabelecidos por lei observam os requisitos constitucionais das leis restritivas?</p>	<p>1.^o Quais são esses requisitos (limites) estabelecidos pela Constituição relativamente às leis restritivas?</p> <p>2.^o Função: através de limites às leis restritivas visa-se evitar a aniquilação dos direitos por via da lei e garantir uma concordância prática entre direitos e bens constitucionalmente protegidos.</p> <p>3.^o Problema: observou a lei restritiva os limites ou requisitos estabelecidos na Constituição para essas leis? (proporcionalidade, não retroactividade, abstracção, ressalva do núcleo essencial?)</p>

Nota: Quadro retirado da obra: Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 1284.