

A Admissibilidade da Margem de Livre Decisão Policial na Proteção *versus* Restrição de Direitos Liberdades Fundamentais

FÁBIO CAMELO

Subcomissário da PSP e Mestre em Ciências Policiais

Resumo: *A Deo Rex, a rege lex* – O Rei vem de Deus, a Lei vem do Rei. Outrora, tudo se resumia a esta expressão. Aos cidadãos não lhe eram providos quaisquer direitos, liberdades e garantias e o poder concentrava-se todo no Rei, inexistindo assim o princípio da separação de poderes. Com o Estado liberal, surgem os primeiros resquícios do princípio da legalidade com o intuito de delimitar o poder do monarca. Hoje, subordinados ao princípio da juridicidade surge a questão de saber se é (in)admissível a margem de livre decisão policial na proteção *versus* restrição de Direitos e Liberdades Fundamentais. Porém, antes de respondermos devemos refletir sobre outra questão: Será que a obediência cega e absoluta à lei e ao Direito, quer pela Administração, quer pelo cidadão se coaduna com a concepção do Homem fraco propenso a errar? Não. Por um lado, ao legislador, é-lhe impossível regular todas as atividades, desde logo pela sua imprevisibilidade. Por outro lado, cabe, também, ao legislador emanar normas gerais e abstratas e não de forma pormenorizada e concreta dotadas de imperatividade e coercibilidade. Face a estas situações, até onde a Autoridade Policial, *in casu*, pode gozar de uma certa margem de livre decisão? Estaremos apenas perante uma discricionariedade optativa ou uma discricionariedade de decisão? A discricionariedade não se resumirá a zero na maioria dos casos? Ou a Autoridade Policial apenas goza de uma discricionariedade técnica e/ou tática?

Palavras-chave: Polícia, Margem de Livre Decisão Policial, Discrecionariedade, Margem de Livre apreciação, Direitos e Liberdades Fundamentais

Abstract: A Deo Rex, a rege lex – Regal powers come from God, while legal powers derive from the king. Once, it all came down to this expression. Citizens were not provided of any rights, freedoms and guarantees and the power was all concentrated in the King, so the principle of separation of powers was lacking. With the liberal state, the first remnants of the principle of legality emerge in order to restrict the power of the monarch. Nowadays, subordinate to the principle of legality come up the question of whether it is (un)admissible the margin of police free decision in protection versus the restriction of Rights and Fundamental Freedoms. However, before answering that question we must consider another one: Will the absolute and blind obedience to the legislations and law, either by Governance or by the common citizen is consistent with the allowance of the weak man willing to make mistakes? No. On the one hand, to legislator, it is impossible regulate all activities, immediately by its unpredictability. On the other hand, it is also the role of legislator to issue general and abstract norms and not in detail and concretely way provided with imperativeness and coercivity. Given these situations, until where the Police Authority, in casu, may enjoy a degree of free choice? Are we just facing an optative discretion or decision discretion? The discretion does not summarize down to zero in most cases? Or the Police Authority only enjoys a technical and/or tactical discretion?

Keywords: Police, Margin of police free decision, Discretion, Appreciation Leeway, Rights and Fundamental Freedoms

Exma. Sra. Inspectora Geral da Administração Interna, Juíza Desembargadora Maria Blasco,

Exmo. Sr. Professor Doutor e Intendente da PSP Manuel Valente,

Exmos. Srs. Oficiais, Chefes e Agentes,

Exmos. Srs. Professores,

Caros alunos,

Caros amigos e colegas,

Minhas senhoras e meus senhores,

Os tempos, em que a discrecionariedade livre de lei, ou melhor, arbitrariedade era admissível, e donde a proteção jurídica dos direitos e liberdades fundamentais pessoais dos cidadãos era inexistente, integra a história, mas não raros são os casos que ainda se discute e debate

uma atuação policial discricionária livre de lei. Um Estado de direito e democrático, que se funda na legalidade democrática e se subordina à Constituição afasta ou deveria afastar toda a discricionariedade livre de lei.

No que cumpre ao tema, que aqui apresento hoje, a admissibilidade da margem de livre decisão na proteção/restrrição de direitos e liberdades fundamentais, não constitui um tema inovador. Vários são os autores que refletem sobre o conceito de discricionariedade, de margem de livre decisão, arbitrariedade e de margem de livre apreciação na Administração Pública em geral. Contudo, já poucos são os autores, que associam estes conceitos à Administração Pública em especial, isto é, à Polícia.

Para que se compreenda na sua plenitude o tema que aqui exponho hoje, dividi esta apresentação em cinco momentos. Num primeiro momento será abordado o conceito de Polícia, ainda que de forma sucinta. Por conseguinte será abordada a questão das restrições aos Direitos, Liberdades e Garantias no ordenamento jurídico português, constituindo assim o segundo momento desta exposição. Num terceiro momento será explanada a questão da margem da livre decisão na Administração Pública em geral, passando posteriormente para a atividade policial em particular, o que perfaz o nosso quarto momento. Num quinto momento e para ultimar será abordada a questão das medidas de polícia e a admissibilidade da margem de livre decisão nas mesmas.

No que concerne ao primeiro tópico, como é sabido, a palavra Polícia é abrangente e complexa. Desde logo, o nosso texto fundamental no artigo 272.º elenca no seu n.º 1 as funções da Polícia, bem como elenca o princípio da tipicidade e da proporcionalidade no que toca às medidas de polícia, no seu n.º 2. Já no n.º 3, o legislador constitucional faz referência à prevenção dos crimes como função da Polícia. Por fim, o n.º 4 do mesmo artigo refere-se apenas às Forças de Segurança, previstas no artigo 25.º da Lei de Segurança Interna e nas demais Leis Orgânicas, destacando dois importantes princípios quanto a estas: o princípio da reserva de lei e o princípio da unidade de organização para todo o território nacional.

Na doutrina, vários são os autores que se debruçam sobre o conceito de Polícia. Desde logo, podemos definir Polícia em três sentidos: a polícia em sentido material, a polícia em sentido orgânico e a polícia em sentido formal, sendo certo que para a temática de hoje, apenas é de relevar o sentido material de polícia. Para João Raposo, a polícia em sentido material, numa perspetiva jurídico-operativa, corresponde a um conjunto de “atos jurídicos e operações materiais desenvolvidas por

certas autoridades administrativas – as autoridades policiais – e respetivos agentes de execução, com vista a prevenir a ocorrência de situações socialmente danosas, em resultado de condutas humanas imprevidentes ou ilícitas”¹.

Indo ao encontro de Manuel Valente, e atendendo ao quadro jurídico-constitucional emergido da CRP de 1976, a polícia em sentido material, deve ser mais abrangente, devendo ser concebida como uma atividade administrativa especial destinada aos fins constitucionais previstos no n.º 1 do artigo 272.º da CRP².

No âmbito desta concetualização, Manuel Valente sintetiza o conceito funcional de polícia em três grandes quadrantes: a polícia de ordem e tranquilidade públicas, a polícia de natureza administrativa e a polícia de natureza judiciária, sendo certo que para a nossa exposição, quando falarmos em polícia, nos iremos referir sempre à polícia de natureza administrativa. De forma sucinta, esta polícia de natureza administrativa tem como competência a prática de medidas preventivas administrativas ou medidas cautelares de polícia, sendo elas, por exemplo, “todas as diligências desenvolvidas pela polícia investida de natureza de autoridade policial ou agente policial, no âmbito do ilícito de ordenação social”³ (medidas cautelares administrativas sancionatórias). Quanto ao primeiro e ao terceiro quadrante, apesar de se revelarem pouco importantes para o tema que aqui hoje exponho, é de todo pertinente, de forma sucinta, deprendermos o conteúdo dos mesmos. Assim, o primeiro quadrante, denominado de polícia de ordem e tranquilidade públicas, “encontra-se dentro da função de garantia de segurança interna consagrada no n.º 1 do artigo 272.º da CRP”⁴, à qual encabeça, citando Manuel Valente, “as designadas medidas puras de polícia que são ordenadas pela Autoridade de Polícia e/ou promovidas pelos Agentes de Polícia que estão subordinados àquela Autoridade, que exercem uma função de comando e/ou direção”⁵. Quanto ao terceiro quadrante, denominado de polícia de natureza judiciária, esta tem competência para aplicar, por iniciativa

¹ Raposo, J. (2006). *Direito Policial I*. ICPOL: Coimbra: Almedina, pp. 26-27.

² Cfr. Valente, M.M.G. (2014). *Teoria Geral do Direito Policial* (4.ª ed.). Lisboa: Almedina.

³ Valente, M.M.G. (2014). *Teoria Geral do Direito Policial* (4.ª ed.). Lisboa: Almedina, p. 69.

⁴ Valente, M.M.G. (2014). *Teoria Geral do Direito Policial* (4.ª ed.). Lisboa: Almedina, p. 68.

⁵ Valente, M.M.G. (2014). *Teoria Geral do Direito Policial* (4.ª ed.). Lisboa: Almedina, p. 68.

própria, como podemos observar nos artigos 55.º n.º 2 e 249.º e seguintes do Código do Processo Penal as chamadas medidas cautelares e de polícia.

Elencado já, o quadrante em que nos iremos situar, quadrante da polícia de natureza administrativa, importa agora, abordarmos a questão da restrição de direitos, liberdades e garantias, à luz do direito português, passando assim para o segundo momento da exposição.

Conforme nos elucida Gomes Canotilho na sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* podemos identificar três restrições possíveis para os direitos fundamentais, sendo duas delas expressamente autorizadas pela Constituição, quer diretamente, quer por meio de lei, e outra concebida pela doutrina. Quanto à primeira restrição, denominada de restrições constitucionais diretas “encontram-se positivadas pelas próprias normas constitucionais garantidora de direitos”⁶, veja-se o artigo 45.º n.º 1 da CRP, que restringe o direito de reunião proibindo manifestações violentas e armadas. Quanto à segunda restrição, limites ou restrições estabelecidas por lei, permite que os direitos fundamentais sejam restringidos por lei, “quando os preceitos garantidores de Direitos, Liberdades e Garantias admitem, de forma expressa a possibilidade de restrições destes através da lei”⁷ – vide artigo 18.º n.º 2 da CRP. Nesta segunda tipologia de restrições aos DLG’s as normas constitucionais são simultaneamente normas garantidoras de direitos e normas de autorização de restrições desses mesmos direitos, pois estas autorizam o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido⁸. Quanto à terceira restrição, designada de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição ou limites imanentes, como o nome nos elucida, estamos perante “restrições ao conteúdo juridicamente garantido de um direito sem qualquer autorização constitucional expressa”⁹. Apesar de em sede de legitimidade constitucional e no plano de modelação concreta do âmbito de proteção e do conteúdo juridicamente garantido estarmos perante um dos casos mais complexos, não podemos deixar de concordar da existência de mediações restritivas. No

⁶ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.ª reimp.). Coimbra: Almedina, p. 1276.

⁷ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.ª reimp.). Coimbra: Almedina, p. 1276.

⁸ Cfr. Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.ª reimp.). Coimbra: Almedina.

⁹ Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.ª reimp.). Coimbra: Almedina, p. 450.

entanto, e conforme nos elucidava Gomes Canotilho estas restrições devem assentar em alguns pontos: os direitos sem restrições, como é o caso do artigo 45.º n.º2 da CRP não se podem considerar direitos irrestritos; os limites devem ser sujeitos aos limites da ordem jurídico-constitucional; e, os limites podem/devem ser conformados pelo legislador, obedecendo aos princípios das leis restritivas¹⁰.

Explanação, ainda de que forma breve, a questão das restrições possíveis aos Direitos, Liberdades e Garantias no ordenamento jurídico português, cumpre-nos agora debruçarmo-nos sobre o terceiro momento da exposição – a margem de livre decisão na Administração Pública em geral.

Num Estado de direito e democrático, a Administração Pública em geral subordina-se à Constituição e ao Direito, como se depreende de um dos princípios basilares: o princípio da juridicidade que enforma em si duas grandes modalidades: a preferência de lei e a reserva de lei. Quer com isto dizer que a Administração nas suas diversas atuações além de não poder praticar qualquer ato que contrarie a lei, apenas poderá agir quando assente numa base legal. Conforme nos esclarece Rogério Soares e passando a citá-lo, “o direito não é agora como um limite externo à atividade administrativa, mas como a única forma possível de manifestação dessa atividade”¹¹. Assim, “de mero limite externo, a lei transforma-se em pressuposto, fundamento e critério de toda a atividade administrativa”¹².

Porém, como é sabido, a lei nem sempre regula da mesma forma os atos a praticar pela administração, sendo que uma vez o legislador concretiza tudo até ao pormenor e outras vezes confere à Administração uma margem de livre decisão, que segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, consiste “num espaço de liberdade da atuação administrativa conferido por lei e limitado pelo bloco da legalidade”¹³. Dentro da margem de livre decisão, podemos destacar duas grandes formas: a discricionariedade e a margem de livre apreciação.

¹⁰ Cfr. Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.ª reimp.). Coimbra: Almedina.

¹¹ Soares, R. G. E. (1955). *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Atlântida, p. 83.

¹² Fernandes, D. M. (2011). *Princípio da legalidade e discricionariedade administrativa*. (Dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, p. 24.

¹³ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais* (3.ª ed., Tomo I). Lisboa: D. Quixote, p. 183.

Quanto à discricionariedade podemos entendê-la como um poder de escolha que o legislador confere à Administração. Sendo certo que essa liberdade de escolha não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei, sob pena de entrarmos no campo da arbitrariedade e não da discricionariedade. Como refere Freitas do Amaral e bem, “na discricionariedade a lei não dá ao órgão administrativo competente liberdade para escolher qualquer solução que respeite a competência e o fim legal, antes o obriga a procurar a melhor solução que satisfaça o interesse público de acordo com os princípios jurídicos que condicionam ou orientam a sua atuação”¹⁴, isto é, numa decisão discricionária, a escolha deve ser sempre parametrizada, ou seja, balizada por certos limites. Em virtude de existir alguns aspetos que serão sempre vinculados, independentemente da margem de livre decisão conferida pelo legislador como é o caso da competência e o fim do ato administrativo a praticar, cumpre-nos apurar quais os aspetos que podem ser alvo de poderes discricionários. Desde logo destaca-se o momento da prática do facto. Às vezes, à Administração cabe-lhe decidir qual o melhor momento para aplicação do ato administrativo. O ónus de decisão de praticar ou não um determinado ato administrativo, a que Sêrvulo Correia chama de discricionariedade de decisão na sua obra *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, e a determinação dos factos e interesses relevantes para a decisão podem também ser alvo de poderes discricionários. Um outro aspeto a considerar é a determinação do conteúdo concreto da opção, a que Freitas do Amaral diz estarmos perante uma discricionariedade optativa. Além dos aspetos já elencados e seguindo o pensamento de Freitas do Amaral, a forma a adotar para o ato, as formalidades a observar na preparação ou na prática do mesmo, a fundamentação ou não da decisão, e a faculdade de opor, ou não condições, modos ou outras cláusulas acessórias aos atos administrativos são todos eles aspetos abrangidos pela discricionariedade¹⁵. Contudo, se atentarmos bem estes aspetos que podem ser alvo de poderes discricionários, rapidamente nos apercebemos que estamos maioritariamente perante uma discricionariedade técnica e tática. Quando falamos em discricionariedade técnica, conforme nos esclarece o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul Processo n.º 1459/06, falamos de uma atividade administrativa traduzida em juízos

¹⁴ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo* (2.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, pp. 91-92.

¹⁵ Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo* (2.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.

técnicos de existência, juízos técnicos valorativos ou juízos técnicos de probabilidade, pelos quais a lei confere à Administração um poder de valoração técnica, que, não implicando ponderação comparativa de interesses secundários, envolve valoração de factos e circunstâncias de carácter técnico¹⁶. Já quando falamos em discricionariedade tática, como nos ensina Bullinger e Starck, é comum associá-la à Polícia. Esta modalidade de discricionariedade segundo os autores legitima a Administração a decidir sobre circunstâncias concretas alteráveis, para tomar medidas de forma rápida e eficaz¹⁷. No fundo estes dois tipos de discricionariedade, a técnica e a tática, em nada alteram a ordem jurídica, mas tão simplesmente poderão alterar os efeitos jurídicos quanto ao «quando», ao «como» e ao «se» de uma intervenção.

Outros são os casos em que a lei prevê as situações, mas utiliza não raras vezes conceitos imprecisos. Muito embora, “alguns sejam resolvidos através da técnica de interpretação das leis, para outros conceitos esta interpretação é insuficiente exigindo também uma valoração por parte do órgão decisor”¹⁸. Nestes casos extremos, admitimos também alguma margem de livre apreciação por parte da Administração, podendo assim, exercer poderes discricionários. Depreende-se deste ponto, que “a utilização de quaisquer conceitos indeterminados nas previsões das normas legais não tem como sempre consequência a criação de uma margem de livre apreciação, pois se assim fosse, a atividade da Administração seria controlada pelos Tribunais apenas numa extensão exígua, o que se afigura incompatível com as exigências do Estado de direito”¹⁹. Mas, saber se um conceito jurídico indeterminado padece ou não de gozar de uma certa margem de livre apreciação não se lhe afigura fácil. Vários foram os autores que abordaram esta temática, como por exemplo Bachof, Wolf e Ule.

Concretizando a ideia de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos importa reter dois grandes aspetos: a margem de livre aprecia-

¹⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 16 de março de 2006, Processo n.º 1459/06.

¹⁷ Cfr. 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.

¹⁸ Camelo, F. M. N. (2015). *Juridicidade e Margem de Livre Decisão Policial: uma conciliação (im)possível?* (Dissertação de mestrado). Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, p. 57.

¹⁹ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais* (3.ª ed., Tomo I). Lisboa: D. Quixote, pp. 190-191.

ção só existe “quando decorre dos limites impostos à função legislativa pela impossibilidade ou inconveniência da definição exaustiva antecipada dos pressupostos normativos do exercício da competência”²⁰; e, o recurso à margem de livre apreciação deve ser precedido de uma ponderação entre o princípio da separação de poderes e os direitos fundamentais, sendo que o segundo prevalecerá sempre sobre o primeiro.

Abordada já, de forma sumária, a questão da margem de livre decisão na Administração Pública em geral, é tempo de refletir sobre o quarto momento a que nos propusemos.

Para a atividade policial em concreto, o tema da margem de livre decisão está longe de ser um tema consensual. Como é sabido a Polícia apesar de estar inserida na Administração, conforme decorre da CRP, apresenta diversas particularidades que a tornam única, como o uso de meios coercivos²¹ e a dicotomia constante proteção/restricção de direitos e liberdades fundamentais. Na doutrina podemos encontrar 4 construções teóricas quanto ao grau de vinculação da Autoridade Policial à lei e ao Direito, sendo elas: a tese clássica, a tese mista tradicional, a tese mista reelaborada e a tese negatória da discricionariedade.

Os apoiantes da tese clássica defendem, de um modo geral que “a autoridade policial goza de uma ampla liberdade de atuação para poder reagir atempada e adequadamente às circunstâncias permanentemente mutáveis com que se defronta no dia-a-dia”²². Ora este entendimento, que continua a ser sufragado por uma significativa parte da Doutrina, nos dias de hoje, parece-nos, de impossível sustentação face à Constituição atual. Conforme nos ensina António Francisco de Sousa, “toda a discricionariedade é sempre produto de lei e deve ser exercida nos limites da lei e do direito só podendo ser exercida para a realização da justiça no caso concreto”²³.

Quanto aos apoiantes da tese mista tradicional, sustentada por uma boa parte da doutrina, defendem que a atuação das forças policiais é, “em

²⁰ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais* (3.ª ed., Tomo I). Lisboa: D. Quixote, p. 192.

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

²² 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.

²³ 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. 218.

princípio livre quando previne um perigo e vinculada quando prossegue o crime”²⁴, prevalecendo assim na primeira o princípio da oportunidade e na segunda o princípio da juridicidade.

No que toca aos apoiantes da tese mista reelaborada, “acrescentam que mesmo no domínio processual-penal em certos casos é admissível a aplicação do princípio da oportunidade, em detrimento do princípio da juridicidade”²⁵. Segundo os adeptos desta teoria, “o pragmatismo da atuação policial exige amplos poderes de ingerência e a necessária flexibilidade da atuação policial, especialmente em certos domínios, como o da criminalidade organizada”²⁶. Em suma, esta teoria defende que para poderem combater eficazmente certas formas especialmente perigosas de criminalidade, as forças de segurança são frequentemente forçadas a relegar para segundo plano aspetos fundamentais da juridicidade.

Quanto aos defensores da tese negatória da discricionariedade, defendem que “o poder discricionário a favor das forças de segurança, mesmo no combate à criminalidade, pode conduzir a um poder policial todo-poderoso, de limites incontroláveis, incompatível com os princípios do Estado de direito”²⁷. Ainda para os adeptos desta teoria, os excessos das forças de segurança em domínios poucos claros são frequentes “sendo que o reconhecimento de um tal poder privilegia o pragmatismo em detrimento da salvaguarda de um equilíbrio entre um poder policial limitado pelo princípio do Estado de direito e a garantia de segurança jurídica dos cidadãos”²⁸.

Analisadas as 4 construções doutrinárias existentes e estudada a margem de livre decisão na Administração Pública em geral, e atendendo às particularidades próprias da atividade de polícia, somos levados a aceitar a margem de livre decisão policial num Estado de direito. Porém, defendemos que a atividade de polícia deve ser regulada de forma mais ou menos pormenorizada, consoante a agressão/restricção aos Direitos e

²⁴ Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito* (Tese de Doutoramento). Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto, p. 264.

²⁵ Camelo, F. M. N. (2015). *Juridicidade e Margem de Livre Decisão Policial: uma conciliação (im)possível?* (Dissertação de mestrado). Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, pp. 61-62.

²⁶ Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito* (Tese de Doutoramento). Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto, p. 265.

²⁷ Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito* (Tese de Doutoramento). Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto, p. 265.

²⁸ Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito* (Tese de Doutoramento). Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto, p. 265.

Liberdades Fundamentais seja maior ou menor. Não quer com isto dizer que descuramos por completo a margem de livre decisão policial. No entanto, esta margem deve ser mínima devendo-se ainda ter atenção às seguintes cautelas: em primeiro lugar, não se pode presumir a discricionariedade, esta tem de resultar da vontade expressa da lei; em segundo, devemos ter em atenção que a discricionariedade raramente resulta de conceitos e expressões; e, por último, em certos casos a existência de discricionariedade acaba por ser meramente ilusória, pois apesar de num plano teórico a lei conceder uma liberdade de atuação às forças policiais, na prática, algumas dessas ações acabam por se transformar numa única opção possível²⁹. Isto é, “da incidência das vinculações legais e dos limites iminentes da margem de livre decisão pode resultar, para um determinado caso concreto, que passe a existir apenas uma decisão juridicamente admissível”³⁰, ao que chamamos de redução a zero da margem de livre decisão, ou redução da margem de livre decisão a um, se considerarmos que resta ainda uma possibilidade de decisão.

Por forma a clarificarmos este último aspeto vejamos o seguinte exemplo dado por António Francisco de Sousa. A autoridade policial pode aplicar algemas ao detido quando este represente um perigo para ele próprio, para a autoridade ou para terceiro, ou quando se verifiquem indícios concretos de que poderá tentar a fuga. No caso apresentado, podemos concluir que a atribuição da margem de livre decisão reside na avaliação adequada da situação por parte do agente que aplica a lei. Porém, nesta avaliação que o agente policial faz, deve ter em conta que a aplicação das algemas constitui um constrangimento relevante na dignidade humana da pessoa detido, pelo que a sua aplicação deve ser devidamente justificada. Isto é, devem-se verificar os requisitos constantes na segunda parte da norma. Por outro lado, caso se verifique um dos pressupostos da norma apresentada, ao agente cabe um dever de algemar o indivíduo, sob pena de estar a negar um dos seus deveres funcionais. Desta feita, o agente passa a estar vinculado a aplicar algemas. Assim, podemos concluir que a margem de livre decisão se converteu num mero poder de avaliar correta e adequadamente a situação em causa, sendo que essa avaliação deve ir de encontro às regras e princípios conhecidos

²⁹ Cfr. 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.

³⁰ Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais* (3.ª ed., Tomo I). Lisboa: D. Quixote, p. 204.

e ensinados nos cursos de formação policial, pelo que se pode afirmar que a avaliação acaba por resultar numa operação vinculada³¹.

Abordados os quatro pontos a que nos propusemos inicialmente, resta-nos analisar o último momento que versa sobre a margem de livre decisão policial nas medidas de polícia.

Primeiramente, é fundamental, sabermos qual o significado de medidas de polícia. Indo ao encontro de Manuel Valente as medidas de polícia são “o conteúdo material da ação de polícia preventiva de lesões a bens jurídicos, designados por Marcello Caetano de «danos», e indicam a existência de um perigo de se converter em lesão efetiva”³². Conforme é perceptível pela definição dada por Manuel Valente, as medidas de polícia interferem diretamente com os DLG’s, razão pela qual, o legislador foi mais longe em relação à generalidade dos atos de polícia. Não bastando o princípio da juridicidade, o legislador quis assegurar que estas fossem sempre, e só, moldadas por ato do poder legislativo do Estado, “visto que a este cabe, em exclusivo, zelar pelo interesse público da segurança interna”³³. Diferentemente dos restantes atos de polícia, o legislador reforça ainda a ideia do princípio da proporcionalidade, também ele já inscrito nos artigos 266.º n.º 2, 272.º n.º 2 e 18.º n.º 2 da CRP. O legislador constitucional, no artigo 272.º n.º 2 da CRP foi ainda mais longe, elencando um dos corolários do princípio da juridicidade, associando-o às medidas de polícia – princípio da tipicidade legal das medidas de polícia, o que parece repelir em absoluto a margem de livre decisão nas medidas de polícia.

Porém, segundo João Raposo, não o é assim. Pedro Lomba vai mais longe afirmando que “as medidas de polícia são encaradas como o «campo clássico da discricionariedade administrativa», concebida como um poder «inato, imanente ao exercício da função administrativa»”³⁴. Para João Raposo, a tipicidade legal das medidas de polícia administrativa

³¹ Cfr. Camelo, F. M. N. in 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.

³² 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, p. 301.

³³ Raposo, J. (2005). *Autoridade e Discricionariedade: a conciliação impossível?*, (Lição inaugural do Ano Letivo 2005/2006). Lisboa: Publicações do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, pp. 7-8.

³⁴ 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.

consiste na “criação pelo Estado-legislador, e só por ele, das medidas de polícia admitidas no nosso ordenamento jurídico e a definição também por ele e apenas por ele, do respectivo conteúdo”³⁵. Pedro Lomba, no seu artigo Sobre a Teoria das Medidas de Polícia Administrativa, acrescenta ainda que “a tipicidade legal exprime a ideia de que as medidas de polícia devem configurar, de forma individualizada, o conteúdo, a duração, os fins e os limites de cada atuação de polícia”³⁶. No fundo, estamos perante uma tipicidade descritiva e delimitadora, considerando que fora da tipicidade das medidas de polícia, só a urgência ou a necessidade pública poderão justificar a atuação policial, aquilo a que Manuel Valente denomina de Estado de necessidade justificante.

Contudo, como afirma João Raposo, este princípio atinente às medidas de polícia, não inibe de forma absoluta a liberdade das autoridades “quanto à avaliação, in concreto, das circunstâncias que justificam ou, ao invés, dispensam a tomada de certa medida de polícia, nem a ponderação do momento mais propício para o executar, uma vez decidida a adoção de determinada medida”³⁷. Para o autor, existe ainda uma liberdade para as autoridades no que concerne à fixação da respetiva duração da medida de polícia e na opção quanto aos meios e modo de atuação com vista à respetiva execução. Corroborando, assim, a ideia de João Raposo, o princípio da tipicidade legal das medidas de polícia, embora constitua um limite importante não suprime a margem de livre decisão por completo.

No campo da margem de livre decisão, Pedro Lomba coloca ainda a questão do conceito de perigo. Este por ser um conceito jurídico aberto cabe a que cada agente administrativo concretize a hipótese legal. Sendo a atividade de polícia administrativa na sua essência preventiva, às medidas de polícia está associado o exercício de prognose do perigo (antecipação dos efeitos danosos ou potencialmente danosos). Sobre esta matéria, Pedro Lomba termina, e a nosso ver bem, afirmando que às entidades de polícia “cabe verificar a existência da situação de perigo ou do facto jurídico, proceder à sua qualificação jurídica, integrando a

³⁵ Raposo, J. (2005). *Autoridade e Discricionariedade: a conciliação impossível?*, (Lição inaugural do Ano Letivo 2005/2006). Lisboa: Publicações do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, p. 13.

³⁶ 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. 203.

³⁷ Raposo, J. (2005). *Autoridade e Discricionariedade: a conciliação impossível?*, (Lição inaugural do Ano Letivo 2005/2006). Lisboa: Publicações do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, p. 13.

necessidade da sua intervenção; cabe-lhes também escolher a intervenção mais adequada, de acordo com os princípios da congruência, oportunidade e proporcionalidade”³⁸.

Assim, e de acordo com Pedro Lomba, nestas situações “estamos perante uma discricionariedade optativa e não uma discricionariedade de decisão, em virtude de não haver uma decisão juridicamente possível em prol da abstenção, e que, na realidade, esta discricionariedade optativa se reduz a zero, quando se gera a obrigatoriedade de intervenção por estarem em risco bens como a vida, a saúde, a liberdade, entre outros”³⁹.

Por fim, resta-nos elencar duas ideias finais que podemos extrair da exposição aqui apresentada, deixando posteriormente para reflexão uma frase de Rogério Ehrardt Soares.

A primeira ideia a reter prende-se com o facto de polícia na modalidade de polícia administrativa gozar de uma margem de livre decisão como a Administração Pública em geral. Contudo, esta deve ser sempre balizada pelos princípios gerais do Direito, que em alguns casos concretos acabam mesmo por a transformar numa conduta vinculada.

A segunda ideia a reter prende-se com a admissibilidade da margem de livre decisão nas medidas de polícia. Como podemos ver apesar de estar associado às medidas de polícia, o princípio da tipicidade legal, não é inibidor de uma margem de livre decisão, ainda que se consubstancie apenas às Polícias uma discricionariedade optativa, que, em certos casos, pode até se reduzir a zero, quando se gera a obrigatoriedade de intervenção por estarem em causa bens jurídicos relevantes como é a vida, a integridade e a liberdade dos cidadãos.

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

ROGÉRIO EHRARDT SOARES.

³⁸ 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. 214.

³⁹ Camelo, F. M. N. (2015). *Juridicidade e Margem de Livre Decisão Policial: uma conciliação (im)possível?* (Dissertação de mestrado). Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, p. 73.

Bibliografia consultada

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 16 de março de 2006, Processo n.º 1459/06.
- Amaral, D. F. (2014). *Curso de Direito Administrativo* (2.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Bullinger & Starck in Freitas, J. (2013). *Discrecionariedade Administrativa: o Controle de Prioridades Constitucionais*. Consultado em www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/5131/2691.
- Camelo, F. M. N. (2015). *Juridicidade e Margem de Livre Decisão Policial: uma conciliação (im)possível?* (Dissertação de mestrado). Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa.
- Canotilho, J. J. (2014). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.ª reimp.). Coimbra: Almedina.
- Dias, H. V. (2012). *Metamorfoses da Polícia: novos paradigmas de segurança e liberdade*. Coimbra: Almedina.
- Fernandes, D. M. (2011). *Princípio da legalidade e discrecionariedade administrativa*. (Dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto.
- 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.
- Raposo, J. (2005). *Autoridade e Discrecionariedade: a conciliação impossível?*, (Lição inaugural do Ano Letivo 2005/2006). Lisboa: Publicações do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna-
- Raposo, J. (2006). *Direito Policial I.ICPOL*: Coimbra: Almedina.
- Soares, R. G. E. (1955). *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Atlântida.
- Sousa, A. F. (2008). *A Polícia no Estado de Direito* (Tese de Doutoramento). Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto.
- Sousa, A. F. (2009). Discrecionariedade na actuação policial. In Valente, M. M. G. (Coord.). *Reuniões e Manifestações na actuação policial* (pp. 215-232). Coimbra: Almedina.
- Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2013). *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais* (3.ª ed., Tomo I). Lisboa: D. Quixote.
- 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.
- Valente, M.M.G. (2014). *Teoria Geral do Direito Policial* (4.ª ed.). Lisboa: Almedina.