

A AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DA RAEM

João António Valente Torrão
Juiz Conselheiro Jubilado, Supremo Tribunal Administrativo, Portugal

Resumo: No presente trabalho propomo-nos tecer algumas considerações sobre o direito de audiência dos interessados no procedimento administrativo da RAEM, recorrendo também, como não podia deixar de ser, ao sistema jurídico português e ao direito comparado. Na parte final faremos também referência ao direito de audiência prévia no procedimento tributário de Portugal e da RAEM.

Palavras-chave: Direito de audiência prévia; interessados; formas da audiência; dispensa; inexistência; violação do direito; consequências da violação; meios de reacção à violação do direito.

1. A consagração do direito de audiência dos interessados como princípio geral do procedimento administrativo

1.1. O direito de audiência prévia¹ dos administrados, anteriormente à decisão do

1 Tanto o actual CPAM- artº 93º – como o anterior – artº 89º (aprovado pelo Decreto-Lei nº 35/94/M, de 18 de Julho), referem “*audiência de interessados*”. No entanto, como esta audiência é anterior à decisão final, julgamos adequada a expressão “*audiência prévia*” a qual, aliás, foi adoptada pelo novo CPA de Portugal (v. o artº 121º com a epígrafe - Direito de audiência prévia). Costuma também usar-se a expressão “*audição prévia*” para referir este direito.

órgão administrativo competente, foi pela primeira vez consagrado com âmbito genérico no Código do Procedimento Administrativo Português, aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro, o qual entrou em vigor seis meses após a sua publicação (v. o artº 2º deste diploma)^{2 3}.

Com efeito, no nº 1 do artº 100º do referido Código ficou estabelecido que “*Concluída a instrução, e salvo o disposto no artigo 103º, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta*”.

Nos quatro artigos seguintes estabeleciam-se normas procedimentais destinadas a dar concretização a esse direito, bem como a indicar os casos em que o mesmo direito não era admitido ou podia ser dispensado.

Porém, já anteriormente à entrada em vigor daquele diploma era possível encontrar manifestação deste princípio em normas especiais^{4 5}.

1.2. Assim, e desde logo, tem sido apontado como manifestação deste direito, o direito de defesa do arguido em processo disciplinar previsto nos artºs. 59º a 64º do

2 Repare-se que, já nessa altura, outros países dispunham há muito de um CPA. Assim, por exemplo, Alemanha - Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) de of May 25th 1976, Suécia - The 1986 Procedure Administrative Act e Suíça - Federal Act on Administrative Procedure (Administrative Procedure Act, APA) of 20 December 1968.

3 “*Um dos primeiros reconhecimentos formais do direito a ser ouvido foi feito no dia 15 de Março de 1962, pelo então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, quando enunciou numa declaração ao Congresso norte-americano quatro direitos fundamentais do consumidor: direito à segurança, direito à informação, direito de escolha e direito a ser ouvido*”. António Francisco de Sousa - CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 287.

4 “*A audiência dos interessados não era um instituto desconhecido do Direito Administrativo Português anterior ao CPA, que com esta ou outras designações a previu em muitos diplomas. Porém, só com a entrada em vigor do CPA o mesmo foi positivado como princípio geral do Direito Administrativo (cfr: artº 8º deste Código e infra as Secções B e C; V. também Freitas do Amaral - Novo Código do Procedimento Administrativo, pág. 26) - Pedro Machete - A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo, Universidade Católica Editora, pág. 283 e nota de rodapé 579.*

5 Este direito não está legislado no ordenamento jurídico da União Europeia. Conforme salienta Carla Vicente - A Audiência dos Interessados nos (s) Procedimento (s) Administrativo (s) Comunitário (s), disponível na Internet, “*não existe uma regra escrita em direito comunitário que garanta, em termos gerais, a audiência prévia dos interessados no (s) procedimento (s) administrativo (s) comunitário (s). Os TT reconhecem expressamente a necessidade de se respeitar esta formalidade no âmbito dos auxílios de estado e existe legislação de direito comunitário derivado que prevê a realização da audiência prévia, em determinadas circunstâncias, mas não o faz senão sectorial e parcialmente. A protecção dos direitos procedimentais dos particulares no direito comunitário, decorre essencialmente do labor jurisprudencial do juiz comunitário ao fazer face a situações não previstas nas regras escritas, ao descobrir novas potencialidades de aplicação das já existentes e ao generalizar as soluções consagradas em legislação sectorial*”.

Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro^{6 7 8}.

Apontam-se também como exemplo deste direito, a reclamação prevista no art.º 289º do Regulamento dos Serviços Hidráulicos de 1892, segundo a qual os proprietários de terrenos limítrofes de terrenos pantanosos ou inundados podiam reclamar contra as listas e cadastros que continham os nomes dos proprietários beneficiados e a extensão que lhes cabia limpar ou conservar.

Do mesmo modo, em matéria de servidões militares, a Lei n.º 2078, de 11 de Julho de 1955, determinava no seu art.º 4º que, no caso de constituição ou alteração de servidões militares e com vista a reduzir os prejuízos dos particulares, o respectivo despacho do Ministro da Defesa devia ser comunicado à Câmara Municipal do Concelho a que pertencesse a zona sujeita, devendo esta dar posterior publicidade ao despacho para que os interessados pudessem, dentro de 20 dias, representar o que houvessem por conveniente.

O Decreto-Lei n.º 181/70, de 28 de Abril, veio determinar no seu art.º 1º que sempre que a constituição de uma servidão administrativa exigisse a prática de um acto da Administração, deveria este ser precedido de aviso público e ser facultada audiência aos interessados, devendo este processo ser também observado nos casos de ampliação da zona sujeita a servidão e naqueles em que esta se torne mais onerosa. Conforme referido no preâmbulo desse diploma generalizou-se, assim, o sistema já estabelecido para as servidões militares e aeronáuticas, com algumas alterações⁹.

1.3. O Código do Procedimento Administrativo português não teve aplicação em Macau que, à época, gozava já de poder legislativo e executivo próprio, consagrado

-
- 6 Direito este também já previsto anteriormente nos arts 57º a 62º do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 191-D/97, de 25 de Junho, que então regulava a mesma matéria.
- 7 De acordo com o art.º 42º, n.º 1 do mesmo Estatuto era mesmo considerada insuprível a nulidade resultante da falta de audiência do arguido em artigos de acusação nos quais as infracções sejam suficientemente individualizadas e referidas aos correspondentes preceitos legais, bem como a que resulte de omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade (de sentido idêntico era já também o art.º 40º, n.º 1 do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 191-D/97, de 25 de Junho).
- 8 Cabe aqui notar também que já o Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, estabelecia o mesmo direito, considerando-se insuprível a nulidade resultante da falta de audiência do arguido em artigos de acusação, nos quais as infracções fossem suficientemente individualizadas e referidas aos preceitos legais infringidos, bem como a que resultasse de omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade, sendo ainda equiparada a essa nulidade a falta de audiência, na fase de defesa, das testemunhas indicadas pelo arguido (art.º 298º, n.ºs 1 e 2).
- 9 Para outros exemplos de legislação anterior àquele Código v. Pedro Machete - A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo, Universidade Católica Editora, págs. 291/300.

no Estatuto Orgânico de Macau, aprovado pela Lei n.º 1/76, de 17 de Fevereiro^{10 11}.

Deste modo, foi o legislador de Macau que, no uso da sua competência legislativa própria, veio aprovar, através do Decreto-Lei n.º 35/94/M, de 18 de Julho, um Código do Procedimento Administrativo.

No Preâmbulo daquele diploma, justificou-se assim, a referida publicação:

“A crescente existência, em vários países, de leis reguladoras do procedimento administrativo reflecte a necessidade de assegurar ao cidadão mecanismos tutelares alternativos aos resultantes do recurso aos tribunais.

Na verdade, cada vez mais se revela indispensável permitir a participação dos particulares desde logo e também no processo administrativo, nomeadamente na fase da tomada de decisões que lhes digam respeito, como forma acrescida de salvaguardar e fazer exercer os seus direitos.

A fim de prosseguir tal objectivo, o presente Código do Procedimento Administrativo pretende, essencialmente:

-Disciplinar a organização e o funcionamento da Administração Pública, racionalizando a actividade dos serviços;

-Regular a formação da vontade da Administração, respeitando os direitos e interesses legítimos dos administrados;

-Permitir a participação dos interessados na formação das decisões que lhes digam directamente respeito e assegurar-lhes informação útil e atempada;

-Evitar a burocratização e aproximar os serviços públicos das populações;

-Salvaguardar, em geral, a transparência da acção administrativa e o respeito pelos direitos dos cidadãos.

Assim, com a aplicação deste Código torna-se possível conferir maior rapidez e rigor às várias etapas do processo administrativo e, sobretudo, aproximar os cidadãos da Administração, associando-os à actuação desta sempre que estejam em causa os direitos e os deveres dos administrados.

A complexidade e diversidade das soluções que ora se preconizam, bem como as inovações introduzidas, aconselham o diferimento da entrada em vigor do presente diploma, de modo a facilitar o seu conhecimento pelos interessados”.

10 Os seus art.ºs 5º e 6º, estabeleciam, respectivamente, o seguinte: “A função legislativa será exercida pela Assembleia Legislativa e pelo Governador” e “A função executiva será exercida pelo Governador, coadjuvado por Secretários-Adjuntos”.

11 A nível da Organização Judiciária, porém, só com a publicação da Lei n.º 112/91, de 9 de Setembro de 1991, que aprovou a Lei de Bases da Organização Judiciária, se começou a delinear a respectiva autonomia relativamente a Portugal.

O artº 3º do DL nº 35/94/M, no entanto, logo dispunha que “O código do Procedimento Administrativo será revisto no prazo de dois anos a contar da data da sua entrada em vigor,12 devendo ser recolhidos os elementos úteis resultantes da sua aplicação para introdução das alterações que se mostrem necessárias”.

E, assim, o Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de Outubro de 1999, veio aprovar um novo Código do Procedimento Administrativo para entrar em vigor 30 dias após a publicação (v. o artº 4º daquele diploma).

1.4. De acordo com o Preâmbulo do referido Decreto-Lei n.º 57/99/M, e relativamente ao Código anteriormente vigente, foram aperfeiçoadas e clarificadas algumas normas, bem como introduzidas significativas inovações, passando a ficar consagrado o princípio da boa-fé na actuação da Administração Pública no seu relacionamento com os administrados. Foi, igualmente, ampliando o conceito de legitimidade, impondo à Administração outros deveres quanto à informação a prestar aos interessados e também se introduziram alterações no respeitante ao regime de invalidade dos contratos administrativos e de nulidade dos actos que ofendam casos julgados.

A matéria relativa ao direito de audiência dos interessados (audiência prévia), ficou prevista nos artºs 93º a 98º¹³. A eles nos referiremos em pormenor mais adiante.

2. Regime jurídico do direito de audiência dos interessados no procedimento administrativo da RAEM

2.1. O conceito de “interessados” para efeitos do exercício deste direito

O artº 93º, nº 1 do CPAM estabelece que os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final (salvo nos casos previstos nos artºs 96º e 97º), devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta¹⁴.

12 Que ocorreu em 1 de Março de 1995 (v. o artº 5º do referido DL 35/94/M).

13 No entanto, este direito está já consagrado no artº 10º do mesmo diploma, do seguinte teor: “*Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objecto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes disserem respeito, designadamente através da respectiva audiência, nos termos deste Código*”.

14 Esta fase do procedimento nada tem a ver com o disposto no artº 88º, nº 2 segundo o qual, quando seja necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados, são estes notificados para o fazerem, por escrito ou oralmente, no prazo e condições que forem fixados. Assim, embora o órgão instrutor possa, em qualquer altura solicitar a colaboração do interessado, a fase da audiência só tem lugar no momento referido neste artigo, não podendo ser substituída por qualquer outra diligência, nomeadamente no

Assim sendo, a questão que logo se nos coloca é a de saber o que deve entender-se por “interessados”.

Ora, se o direito é exercido no procedimento administrativo, hão-de considerar-se interessados aqueles a quem a lei confere legitimidade no procedimento, havendo, por isso que recorrer ao disposto nos art^{os} 54^o e 55^o.

Destes artigos resulta que são interessados no procedimento:

a) os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos lesados pela actuação administrativa, quer se trate de pessoa singulares ou coletivas;

b) as associações que tenham por fim a defesa desses interesses;

c) no caso da protecção de *interesses difusos*, são ainda interessados:

1) Os cidadãos a quem a actuação administrativa provoque ou possa previsivelmente provocar prejuízos relevantes em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o património cultural, o ambiente, o ordenamento do território e a qualidade de vida;

2) Os residentes na circunscrição em que se localize algum bem do domínio público afectado pela acção da Administração.

3) As associações dedicadas à defesa de tais interesses¹⁵.

Os interessados gozam, desde logo, do direito de iniciar o procedimento (art^o 57^o), mediante requerimento escrito¹⁶ do qual conste:

a) A designação do órgão administrativo a que se dirige;

b) A identificação do requerente, pela indicação do nome, estado, profissão e residência;

c) A exposição dos factos em que se baseia o pedido e, quando tal seja possível ao requerente, os respectivos fundamentos de direito;

d) A indicação do pedido, em termos claros e precisos;¹⁷

e) A data e a assinatura do requerente, ou de outrem, a seu rogo, se o mesmo não souber ou não puder assinar (art^o 76^o, n^o 1).

Podem suceder que, por força do pedido, se verifique que há pessoas ou entidades

âmbito daquele art^o 88^o. Também art^o 88^o, n^o 2 prevê situação distinta da regulada nos art^{os} 93^o a 98^o, ao estabelecer que “Quando o órgão administrativo entenda que qualquer das questões enunciadas no número anterior é susceptível de obstar ao conhecimento do objecto do procedimento, o interessado deve ser informado sobre o sentido previsível da decisão e seus fundamentos e pode pronunciar-se sobre a questão no prazo de dez dias”.

15 De notar, no entanto, que a capacidade de intervenção no procedimento, salvo disposição especial, tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos segundo a lei civil, a qual é também aplicável ao suprimento da incapacidade (art^o 53^o, n^o 2).

16 Salvo nos casos em que a lei admite o pedido verbal.

17 “Em cada requerimento não pode ser formulado mais de um pedido, salvo se se tratar de pedidos alternativos ou subsidiários” (art^o 76^o, n^o 2).

que podem vir a ser prejudicadas com a eventual decisão favorável.

Também no caso de o procedimento ser da iniciativa da Administração pode haver pessoas ou entidades prejudicadas com o procedimento.

Neste último caso, determina o artº 58º, nº 1 que “O começo do procedimento por iniciativa da Administração é comunicado às pessoas cujos direitos ou interesses legalmente protegidos possam ser lesados pelos actos a praticar no procedimento e que possam ser desde logo nominalmente identificadas”.¹⁸

Ora, parece-nos que este artigo deve também ser aplicado quando o procedimento for da iniciativa do interessado directo.

E, assim, ao lado dos interessados “directos” termos também no procedimento interessados “indirectos” (que são os que podem vir a ser prejudicados com uma decisão favorável ao requerente do procedimento ou com a decisão final, se a iniciativa for da Administração) a que o artº 39º do CPACM, no âmbito do recurso contencioso, chama “contra-interessados”.

O conceito de interessados, em nosso entender, abrange também os contra-interessados que deverão também ser ouvidos antes da decisão final, se forem conhecidos e tiveram intervenção pessoal no procedimento^{19 20 21}.

De notar que, tal como resulta da 1ª parte do nº 1 do artº 58º, os interessados tanto podem ser os que iniciam o procedimento, como aqueles que nele tiverem

18 Salvo nos casos nos casos em que a lei dispense a comunicação e naqueles em que a mesma possa prejudicar a natureza secreta ou confidencial da matéria, como tal classificada nos termos legais, ou a oportuna adopção das providências a que o procedimento se destina (artº 58º, nº 2).

19 Neste sentido V. Luiz Cabral de Moncada - ob. citada, pág. 429 segundo o qual a audiência prévia é um direito dos interessados no procedimento e característica da posição procedimental destes. Por interessados, todavia, não podem ser aqui entendidos todos e quaisquer sujeitos da relação jurídica procedimental mas apenas os que nele intervieram pessoalmente, só estes devendo ser ouvidos. Ir mais longe deve ficar ao critério discricionário da Administração.

20 “A obrigação de ouvir os interessados abrange também os denominados contra-interessados (cfr. *Silvio Lessona*, in “*La giustizia amministrativa*”, pág. 61), ou seja, aqueles que eventualmente se põem contra o deferimento de uma determinada pretensão deduzida pelo interessado. Trata-se de uma audição que reverte em favor do interesse público, na exacta medida em que ao procedimento será carregada uma visão dos factos eventualmente contrapostos à do interessado formando, hipoteticamente, e elementos pertinentes à formação de uma correcta e adequada vontade por parte do órgão ou agente competente para a decisão final (cfr. *Giannini*, “*La giustizia amministrativa*”, pág. 52)” - Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 279.

21 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 525 “O direito de audiência deve ser facultado aos diversos interessados obrigatórios na decisão, mesmo àqueles que, tendo podido já intervir no procedimento, não o fizeram. Pelo contrário, os interessados facultativos ou secundários, nomeadamente não tendo intervindo no procedimento, só são ouvidos se a Administração o tiver por conveniente”.

intervenção posteriormente^{22 23}.

2.2. O conceito de “interessados” no direito comparado

O conceito de “interessados” acabado de referir e consagrado no CPAM não difere muito do usado no direito comparado, podendo ser mais ou menos pormenorizadamente especificado, mas abrangendo, no essencial, aqueles que possam vir a ser afectados nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos pela decisão que possa vir a ser tomada no procedimento.

Assim, por exemplo, o actual Código do Procedimento Administrativo português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, refere-se a esta matéria nos art.ºs 67.º e 68.º, do seguinte teor:

“Artigo 67.º

Capacidade procedimental dos particulares

1 — Os particulares têm o direito de intervir pessoalmente no procedimento administrativo ou de nele se fazer representar ou assistir através de mandatário.

2 — A capacidade de intervenção no procedimento, salvo disposição especial, tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos segundo a lei civil, a qual é também aplicável ao suprimento da incapacidade.

Artigo 68.º

Legitimidade procedimental

1 — Têm legitimidade para iniciar o procedimento ou para nele se constituírem como interessados os titulares de direitos, interesses legalmente protegidos, deveres, encargos, ónus ou sujeições no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, bem como as associações, para defender interesses coletivos ou proceder à defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados que caibam no âmbito dos respetivos fins.

2 — Têm, também, legitimidade para a proteção de interesses difusos perante ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos

22 “Quem se constitui como interessado no procedimento fá-lo em nome de direitos e interesses que podem ser concorrentes com os que lá defende quem tomou a iniciativa dele, surgindo na qualidade de contra-interessados, mas podem ser também complementares e até comuns”. - Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 270.

23 Para um estudo mais aprofundado do conceito de “interessados” v., entre outros, Mário Esteves de Oliveira e outro - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Vol. I, Almedina, Coimbra 1993, págs. 323 e segs.

relevantes não individualizados em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural:

- a) Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português;*
- b) As associações e fundações representativas de tais interesses;*
- c) As autarquias locais, em relação à proteção de tais interesses nas áreas das respetivas circunscrições.*

3 – Têm, ainda, legitimidade para assegurar a defesa de bens do Estado, das regiões autónomas e de autarquias locais afetados por ação ou omissão da Administração, os residentes na circunscrição em que se localize ou tenha localizado o bem defendido.

4 – Têm igualmente legitimidade os órgãos que exerçam funções administrativas quando as pessoas coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões”.

Em Espanha, o artº 4º da Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, considera “*interesados en el procedimiento administrativo:*

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.*
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”.

Já do direito brasileiro, o artº 9º da Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, estabelece que são legitimados como interessados no processo administrativo:

“I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos”.

A lei italiana - Legge 241/90 Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi – estabelece no seu artº 9 que:

“1. Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento”.

A Secção 11 do Administrative Procedure Act (434/2003) da Finlândia – considera “Party” dispõe que:

“A person has standing as a party to an administrative matter where his/her rights, interests or obligations are affected by the matter”.

O artº 6º do Federal Act on Administrative Procedure (Administrative Procedure Act, APA)1 of 20 December 1968 (Status as of 1 January 2015)- SUIÇA, considera também:

“Parties are persons whose rights or obligations are intended to be affected by the ruling and other persons, organisations or authorities who have a legal remedy against the ruling”.

A Section 13 do Administrative Procedure Act Alemão (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) de 25 de Maio de 1976 (com alterações posteriores) considera “Participants”

- 1. Those making and opposing an application,*
- 2. Those to whom the authority intends to direct or has directed the administrative act,*
- 3. Those with whom the authority intends to conclude or has concluded an agreement under public law,*
- 4. Those who have been involved in the procedure by the authority under paragraph 2.*

(2) The authority may ex officio or upon request involve as participants those whose legal interests may be affected by the result of proceedings. Where such result has a legal effect for a third party, the latter may upon request be involved in the proceedings as a participant. If the authority is aware of such third

parties, it shall inform them that proceedings have commenced. (3) A person who is to be heard, but is not a participant within the sense of paragraph 1, does not thereby become a participant.

O artº 20º do Administrative Procedure Act de Taiwan estabelece que *“the term “party “ used in this Act denotes the following persons:*

- 1. An applicant and the adverse party to an application;*
- 2. A person subject to the administrative disposition rendered by an administrative authority;*
- 3. The opposite party to an administrative contract signed with an administrative authority;*
- 4. A person for whom administrative guidance is employed;*
- 5. A person filing a petition with an administrative authority; and*
- 6. Any other person intervening into administrative procedures under this Act.*

Finalmente²⁴ a SEC. 2. do ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT dos Estados Unidos da América, referindo-se aos conceitos de “PERSON AND PARTY” no seu procedimento administrativo, refere o seguinte:

“Person” includes individuals, partner-ships, corporations, associations, or public or private organizations of any character other than agencies. “Party” includes any person or agency named or admitted as a party, or properly seeking and entitled as of right to be admitted as a party, in any agency proceeding; but nothing herein shall be construed to prevent an agency from admitting any person or agency as a party for limited purposes”.

2.3. Tramitação deste “sub-procedimento”:

2.3.1. Momento e formas de realização da audiência de interessados

O exercício do direito de audiência dos interessados corresponde a um sub-procedimento do procedimento administrativo e tem lugar após concluída a instrução²⁵ e antes de ser proferida a decisão final (artº 93º, nº 1 do CPAM).

24 Muitos outros exemplos poderiam ser aqui referidos, mas os indicados são já suficientes para se ter uma ideia do conceito de “interessado” no procedimento administrativo.

25 O actual CPA português aboliu a expressão “concluída a instrução”, mantendo-se, no entanto, a obrigatoriedade da audiência antes de proferida a decisão final. Parece-nos mais correcta esta formulação pois, se o interessado requerer diligências, não se pode dizer que a instrução está encerrada. E, assim, esta só pode efectivamente ser encerrada após a audiência, a que se segue a decisão final.

Significa isto que qualquer intervenção que o interessado seja chamado a realizar, ou por sua iniciativa ou por iniciativa do órgão instrutor (por exemplo, prestação de informação ou apresentação de provas ao abrigo do artº 88º, nº 2 ou pronúncia sobre qualquer questão do procedimento) é distinta do exercício do direito que nos ocupa²⁶.

Assim, a falta da realização desta audiência no momento aqui referido pode conduzir à violação do referido direito com a consequente anulação da posterior decisão²⁷.

A audiência pode ter lugar oralmente ou por escrito, decidindo o órgão instrutor, em cada caso, se esta é escrita ou oral. Não existe, portanto, obrigação legal de o órgão instrutor seguir a forma escrita ou oral, situando-se a opção no âmbito do exercício de poderes discricionários e não podendo ser impugnada contenciosamente. Naturalmente que o órgão instrutor adoptará a forma que julgar mais adequada aos fins e celeridade do procedimento, tendo em conta o interesse público e também o dos interessados no procedimento^{28 29 30}.

No entanto, concorda-se aqui com Lino Ribeiro e José Cândido Pinho³¹

26 V. nota de rodapé nº 13 supra.

27 Sobre as consequências da violação deste direito – saber se determina a nulidade ou a simples anulabilidade do acto administrativo subsequente – a doutrina divide-se. Sobre esta questão nos pronunciaremos mais adiante.

28 “*A decisão de ouvir o interessado por forma escrita ou oral depende exclusivamente do instrutor que deverá ponderar o que será mais conveniente para a celeridade do procedimento atendendo à natureza da questão sendo esta decisão discricionária*” – Freitas do Amaral e outros – Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª edição, 2003, pág. 189.

29 O exercício do direito por qualquer das formas, no entanto, e de acordo com o nº 3 do artº 93º, suspende a contagem dos prazos em todos os procedimentos administrativos. “*Os prazos procedimentais que ficam suspensos não são, em rigor, todos mas apenas aqueles cujo cumprimento está pré-ordenado à obtenção da decisão final, designadamente o prazo geral para a tomada da decisão final, não necessariamente os prazos intercalares próprios das diligências instrumentais daquela*” - Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 430.

30 Será que a escolha da forma da audiência tem de ser fundamentada? Parece-nos que o órgão instrutor deverá fundamentar resumidamente os motivos da escolha, embora pareça não resultar da lei tal obrigatoriedade. No sentido da não obrigatoriedade dessa fundamentação v. Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Vol. I, pág. 526. Por sua vez, Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 432, refere que “*Da notificação consta a decisão que este órgão tomou, no exercício dos seus poderes discricionários, sobre a forma oral ou escrita da audiência. Esta decisão não é impugnável pois os interessados são convocados para dizerem, sem restrições, o que se lhes oferecer sobre o projecto da decisão que lhes será comunicado e não sobre a forma escrita ou oral da audiência*”.

31 Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau –

quando escrevem: “No entanto, o órgão deve procurar satisfazer na medida do possível e da conveniência, o desejo do interessado. Se este manifestar intenção de se defender por escrito, não será boa prática ir contra essa intencionalidade ordenando uma audiência oral e vice-versa. Julgamos mesmo que a palavra escrita (em resposta) oferece um maior leque de garantias de defesa e de exposição dos pontos de vista do respondente, na medida em que lhe é permitido uma narração mais tranquila e abundante das questões em controvérsia, quer no domínio fáctico, quer no plano jurídico”³².

2.3.2. A audiência escrita

1. Optando o órgão instrutor pela realização da audiência escrita, são notificados os interessados para, em prazo não inferior a dez dias, dizerem o que se lhes oferecer (artº 94º, nº.1)

De acordo com o artº 72º, nº 1, do CPAM, as notificações devem ser feitas pessoalmente ou por ofício, telegrama, telex, telefax, ou por telefone, consoante as possibilidades e as conveniências. No caso concreto, uma vez que a notificação deverá ser acompanhada dos elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, indicando também as horas e o local onde o processo pode ser consultado (nº 2 do artº 94º),³³ a notificação deverá ser efectuada pessoalmente³⁴

SAFP, pág. 489.

32 Também neste último sentido e que merece a nossa concordância, refere António Francisco de Sousa – CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 291/292 refere o seguinte: “O legislador deixou a opção por uma “audiência” escrita ou oral na discricionariedade da autoridade administrativa no pressuposto de que, na perspectiva das garantias dos interessados, tal opção seria indiferente. No entanto, este pressuposto está errado no que se refere a determinadas situações que, pela sua urgência, complexidade ou especificidade, aconselhariam uma “audiência” oral, sendo certo que a “audiência” escrita é aquela que maior segurança oferece, pelo que deveria sempre manter-se como a solução-regra”.

Esta ideia parece estar também presente na “Section 14 - The 1986 Administrative Procedure Act “da Suécia, onde se refere o seguinte: “Any applicant, appellant or other party who wants to make an oral statement in a matter concerning the exercise of public power in relation to someone shall be afforded an opportunity to do so, provided that due progress of the work so permits. Otherwise, the authority decides whether the procedure will be oral. The authority should pay regard particularly to the fact that oral procedure may enable the person to cope with the matter”.

33 O artº 122º, nº 3 do actual Código de Procedimento Administrativo Português, dando relevância aos novos meios tecnológicos determina também que, no caso de haver sítio na Internet da entidade em causa onde o processo possa ser consultado, a notificação deve incluir a indicação do mesmo para efeitos de o processo poder também ser consultado pelos interessados pela via eletrónica.

34 No entanto, quando a notificação pessoal se revelar impossível ou ainda se os interessados a notificar forem desconhecidos ou em número tal que inviabilize essas formas de notificação, é feita notificação

2. Questão que aqui se coloca é a de saber se devem ser notificados para o exercício deste direito apenas os interessados que intervieram no procedimento ou quaisquer outros que, tendo legitimidade para nele intervir, ali não tiveram qualquer intervenção.

Na verdade, de acordo com o artº 58º, nº 2 do CPAM o começo do procedimento por iniciativa da Administração é comunicado às pessoas cujos direitos ou interesses legalmente protegidos possam ser lesados pelos actos a praticar no procedimento e que possam ser desde logo nominalmente identificadas. Por outro lado, deve adoptar-se o mesmo procedimento quando a iniciativa possa ser de particulares. De qualquer modo, também nada impede que qualquer interessado, desde que demonstre a sua legitimidade, possa intervir por sua iniciativa no procedimento.

Ora, pode suceder que estes interessados, apesar de terem conhecimento do procedimento, acabem por não ter qualquer intervenção no mesmo. Será que deverão ser notificados para o exercício do direito de audiência?

Inclinamo-nos no sentido afirmativo já que, embora esses interessados não tenham tido anterior intervenção no procedimento, podem desejar fazê-lo nesta fase em que a instrução está feita ou em que podem ser requeridas novas diligências. Por outro lado, podem agora desejar formular alegações no sentido da defesa da posição da Administração se a decisão favorável afectar direitos ou

editais, afixando-se editais nos locais de estilo e publicando-se anúncios em dois dos jornais mais lidos do Território, um em língua portuguesa, outro em língua chinesa (artº 72º, nº 2 do CPAM).

35 Quando o número de interessados a ouvir seja de tal forma elevado que a audiência se torne impraticável, deve proceder-se a consulta pública, quando possível, pela forma mais adequada (artº 92º, alínea c) do CPAM). Neste sentido se determina também no artº 124º, nº 1, alínea d) do CPA português.

Já o artº 11º a) do Federal Act on Administrative Procedure (Administrative Procedure Act, APA) of 20 December 1968 (Status as of 1 January 2015) da Suíça, estabelece que, sendo o número de interessados superior a 20, o órgão instrutor pode determinar que os mesmos constituam um ou mais representantes. No caso de essa representação não ter lugar em prazo razoável o órgão instrutor pode nomear um ou mais representantes dos interessados.

Por sua vez, o parágrafo 44º a (1) do Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG (General Administrative Procedure Act 1991 – AVG) austríaco determina que, sendo o número de interessados superior a cem, o órgão instrutor deve proceder a notificação edital, devendo o edital conter determinadas menções referidas no nº 2.

Também o Administrative Procedure Act de Taiwan de 30.12.2015, determina no seu artº 27º que, existindo elevado número de interessados no procedimento, estes devem eleger de entre eles, de um a cinco representantes que intervirão em seu nome no procedimento; no caso de não

interesses seus legalmente protegidos³⁷.

3. De acordo com o n° 2 do art° 94° a notificação deverá ser acompanhada dos elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos *os aspectos relevantes* para a decisão, nas matérias de facto e de direito, mas já o n° 1 do anterior art° 93° dizia também que os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta.

Estas duas normas suscitam também algumas questões, nomeadamente as de saber se devem ser notificadas todas as peças que constituem o processo e se é exigível que a administração elabore projecto de decisão a notificar aos interessados.

Relativamente à 1ª questão, resulta do teor literal da norma que não é exigível a notificação integral de todas as peças apresentadas no decurso do procedimento. Na verdade, quando o legislador assim o deseja costuma utilizar a expressão “*comunicação integral do conteúdo do processo*”³⁸.

Por outro lado, como referem Santos Botelho e outros,³⁹ esta solução representa vantagens para a Administração na medida em que em muitos casos, esta remessa seria onerosa para a Administração, e, por outro lado, acaba por

ter lugar essa eleição, pode o órgão instrutor designar um ou mais repre - sentantes que passarão intervir no procedimento em representação de todos os interessados.

36 Em matéria de notificação para o exercício deste direito, o Administrative Procedure Act de Taiwan, na redação de 30.12.2015, é mais pormenorizado, estabelecendo o seu art° 55° o seguinte: “*Before holding a hearing, the administrative authority shall serve upon the party and any other known affected person a written notice, giving therein the following details, and shall cause the notice to be published if necessary: 1. Subject matter of and grounds for the hearing; 2. Name or trade name and the domicile or residence, office or business location of the party; 3. Date and location of the hearing; 4. Basic procedure of the hearing; 5. That the party may appoint an agent; 6. The rights to which the party is entitled under article 61 hereof; 7. Date and location of preliminary hearing, if any, intended to be held; 8. The manner in which failure to appear before the hearing will be dealt with; and 9. The name of the authority holding the hearing*”. Pormenorizado é também em matéria desta notificação o Administrative Procedure Act (Act. N°. 88° of 1993) do Japão - v. o seu art° 15°.

37 V. sobre esta questão as referências doutrinárias constantes das notas de rodapé n°s 18 e 19 supra.

38 No art° 55°, n° 1 do CPACM, para referir a remessa de todo o processo ao tribunal, o legislador diz o seguinte: “*1. Com a contestação, ou dentro do respectivo prazo, a entidade recorrida é obrigada a remeter ao tribunal o original do processo administrativo e todos os demais documentos relativos à matéria do recurso para ficarem apensos aos autos como processo instrutor*”.

39 Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 403.

beneficiar os particulares que poderiam ficar a braços com um grande número de papéis de difícil decifração, não lhes sendo fácil distinguir quais os elementos relevantes⁴⁰.

Deste modo, a remessa com a notificação apenas dos elementos considerados relevantes pela Administração para decisão, em matéria de facto e de direito, facilita a resposta dos interessados, sendo certo que o que não pode é haver lugar a omissão de elementos relevantes para a decisão⁴¹.

De qualquer forma, os interessados podem consultar o processo na forma integral, já que uma das informações que a notificação também deve conter é a da indicação das horas e do local onde o processo pode ser consultado⁴².

Relativamente à 2ª questão cabe dizer o seguinte:

O artº 94º, nº 2, determina que “*A notificação fornece os elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, indicando também as horas e o local onde o processo pode ser consultado*”⁴³.

Perante preceito literalmente idêntico do CPA português, foi discutida na doutrina a questão de saber se o órgão administrativo deveria ou estava obrigado a elaborar e comunicar projecto de decisão, a fim de os interessados sobre ele se pronunciarem.

Assim, por exemplo, Freitas do Amaral e outros defendiam que a Administração Pública teria de elaborar um projecto de decisão comunicando-o ao interessado para sobre ele se pronunciar^{44 45}.

40 Sobre estes elementos relevantes dizem Freitas do Amaral e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, pág. 192: “*Os aspectos relevantes para a decisão que a Administração tenciona tomar têm de ser indicados com clareza sob pena de a formalidade essencial da audiência do interessado não se verificar: por isso a posição da Administração tem de ser fundamentada*”.

41 Sobre a questão v. ainda Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado, Fundação Macau –SAFP, págs. 491/492.

42 Este direito, aliás, está expressamente consagrado no artº 64º, nº 1, do seguinte teor: “*Os interessados têm o direito de consultar o processo que não contenha documentos classificados, ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica*”.

43 Sobre o conteúdo da notificação e elementos que a devem acompanhar v. Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, págs. 432/433 e Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau – SAFP, págs.490/492.

44 Código do Procedimento Administrativo, 2ª edição, págs. 162/163.

45 De notar, no entanto, que na 4ª edição -2003 desta obra, os mesmos autores terão abandonado este entendimento ao escreverem que “*Concluída a instrução, o órgão instrutor (ou na sua falta o órgão competente para a decisão final) informa o interessado do sentido provável da decisão, e respectivas razões*”, não fazendo referência a qualquer projecto de decisão.

Por sua vez, Santos Botelho e outros⁴⁶, Mário Esteves de Oliveira e outros,⁴⁷ e Pedro Machete⁴⁸, pronunciavam-se no sentido de a Administração não estar obrigada a elaborar projecto de decisão destinado a ser comunicado aos interessados. Isto porque, o legislador apenas referia a necessidade de informar os interessados sobre o sentido provável da decisão e de lhe fornecer os elementos necessários para que fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito. Se fosse intenção do legislador exigir aquele projecto tê-lo ia dito, certamente.

Também Lino Ribeiro e José Cândido Pinho⁴⁹, comentando o artº 89º do anterior CPAM (equivalente ao artº 93º do actual CPAM) referem que em nenhum ponto do código se comete ao órgão instrutor o ónus de elaboração de projecto de decisão e sua comunicação aos interessados. Por outro lado, isso violaria os mais sãos e modernos princípios orientadores da actividade administrativa transparente.

Sobre esta questão, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 27/09/2011 - Processo nº 61/11.7YFLSB, e no sentido da não exigência de projecto de decisão, ficou escrito o seguinte:

“O direito de audiência consubstancia-se, pois, no direito do interessado a conhecer, previamente à decisão, o sentido provável desta, e a poder expor sobre ele o seu ponto de vista, direito que tem apoio no nº 5 do art. 267º da Constituição (que estabelece o direito de “participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito”).

Para poder exercer o seu direito, o interessado deverá ser notificado dos “elementos de facto e de direito relevantes para a decisão”, pois sem esses elementos seria impossível ao interessado apresentar os seus argumentos.

Tal não significa, porém, que a administração tenha de comunicar ao interessado a fundamentação de facto e de direito do sentido provável da decisão, como a recorrente pretende. No fundo, a sua pretensão é a de ter acesso ao projecto de decisão, para lhe opor as suas razões.

Mas tal pretensão excede manifestamente o teor e o sentido da lei, que

46 Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 382.

47 “Por nós, entendemos que não, que o órgão instrutor não tem que fazer opções oficiais (que até podiam ser diversas das da instância decisória) sobre a decisão para que os factos apurados e as normas tidas como aplicáveis apontam - sem embargo, naturalmente, de esse “projecto” poder estar aí implícito” - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 528.

48 A audiência dos interessados no procedimento administrativo, Universidade Católica Editora, págs. págs. 496-501.

49 Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau - SAFF, pág. 485.

somente quis evitar a prolação de “decisões-surpresa” para o interessado, atribuindo-lhe o direito de se pronunciar, previamente à decisão, sobre o sentido que a Administração considera provável (e que aliás não vincula a própria Administração). Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código de Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª ed., pp. 455 e 458. O conhecimento do sentido provável da decisão constitui já um notável reforço das garantias dos administrados, permitindo-lhes intervir antes da decisão, de forma a poder influenciá-la. Porém, o conhecimento (e o direito de impugnação) da fundamentação da decisão a proferir envolveria uma verdadeira intromissão do interessado no próprio processo de decisão, o que descaracterizaria o poder decisório da Administração e excederia as garantias constitucionais (o já citado art. 267, nº 5, da Constituição).”

No entanto, o legislador português viria a seguir o entendimento da necessidade do projecto e sua comunicação aos interessados ao estabelecer expressamente no artº 122º, nº 2 do actual CPA que “A notificação fornece o projeto de decisão e demais elementos necessários para que os interessados possam conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, em matéria de facto e de direito, indicando também as horas e o local onde o processo pode ser consultado”⁵⁰.

Pela nossa parte, e relativamente ao direito da RAEM, acompanhamos os que entendem não exigir a lei (artºs 93º e 94º do CPAM) a elaboração de projecto de decisão. A lei é bem clara, omitindo tal referência e mencionando claramente o que deve ser comunicado aos interessados: o sentido provável da decisão (bastando dizer que é intenção da Administração indeferir a pretensão do interessados ou interessados) e os elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão.

4. Notificados nos termos e para os efeitos do disposto no artº 94º, os interessados podem tomar duas opções:

- Ou se conformam com o sentido da decisão que lhes foi comunicada e que, em princípio, é no sentido do indeferimento da sua pretensão, ou no sentido do deferimento parcial ou condicionado, pois, se fosse em sentido totalmente

50 Aliás, e no âmbito do procedimento tributário, o artº 60º, nºs 4 e 5 da Lei Geral Tributária Portuguesa, aprovada pelo Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de Dezembro havia também já estabelecido o seguinte: “4- O direito de audição deve ser exercido no prazo a fixar pela administração tributária em carta registada a enviar para esse efeito para o domicílio fiscal do contribuinte.

5- Em qualquer das circunstâncias referidas no n.º 1, para efeitos do exercício do direito de audição, deve a administração tributária comunicar ao sujeito passivo o projeto da decisão e sua fundamentação”.

favorável, não haveria necessidade da realização da audiência (v. a alínea b) do artº 97º); neste caso, existindo apenas um interessado (ou vários, mas nenhum desejando exercer o seu direito) segue-se a decisão final sem mais diligências.

- Ou se pronunciam sobre as questões que constituem objecto do procedimento produzindo as respectivas alegações, podendo também requerer diligências complementares e juntar documentos, tendo em vista inverter o sentido da decisão.

Conforme salienta Carla Vicente⁵¹ “O direito a ser ouvido tem uma dimensão funcional que se traduz na contribuição do particular para o apuramento dos factos relevantes mas tem também uma dimensão garantística. Na primeira valoriza-se o facto de os particulares carregarem para o procedimento as informações necessárias à decisão com vista à sua instrução completa, através de um procedimento dialogante, favorecendo-se igualmente a legitimação das decisões. Na última concretiza-se a participação dos interessados enquanto indivíduos portadores de interesses próprios que importa salvaguardar no procedimento, permitindo-lhes que transmitam o seu ponto de vista sobre o caso em apreço, de modo a não os reduzir a meros objectos da actividade administrativa.

Em qualquer das suas dimensões trata-se de um meio de que os particulares dispõem para desde logo controlar e influenciar a actividade da Administração comunitária numa fase em que a decisão ainda não está tomada.”

Igualmente Agustin Gordillo,⁵² salienta que o direito a ser ouvido pressupõe:

- a) A publicidade do procedimento, manifestada na possibilidade de o interessado em causa conhecer o expediente administrativo.
- b) A oportunidade de exprimir as suas razões antes de ser praticado o acto final.
- c) A consideração por parte da Administração de tais razões.
- d) Obrigação de decidir expressamente as petições.
- e) Obrigação de fundamentar as decisões analisando os pontos propostos pelos interessados.
- f) Direito ao patrocínio judiciário.
- g) Direito a oferecer e a produzir prova.
- h) Direito a que toda a prova pertinentemente oferecida venha a ser produzida.
- i) Que tal produção de prova seja efectuada antes da decisão final.

51 “A Audiência dos Interessados no (s) Procedimento (s) Administrativo (s) Comunitário (s) in <http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/8384audiencia.pdf>.

52 Introducion al derecho administrativo; Teoria general del derecho administrativo, págs. 679 e 682, (citado “in” Santos Botelho e outros, ob. cit. pág. 379).

j) Direito a controlar a produção de prova”.

Desejando então o interessado exercer o seu direito, poderá fazê-lo no prazo que lhe for fixado e pelo órgão instrutor e que nunca será inferior a 10 dias, contados a partir da data da notificação e de acordo com os artºs 74º e 75º, devendo ser tidos em conta na respectiva fixação a complexidade do procedimento, a sua urgência e o interesse público, por exemplo.

Os interessados podem pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento (artº 94º, nº 5), ou seja sobre tudo o que se passou e averiguou ou devia ter passado e averiguado e sobre tudo o que deve ser tomado em conta na decisão final, desde que se trate de questão do seu interesse, não podendo, portanto, o órgão instrutor cingi-los a determinadas questões⁵³.

Se algum dos interessados suscitar questões novas ou no decurso das diligências requeridas por algum deles surgirem questões que possam determinar inversão da decisão comunicada, deverão os interessados ser de novo ouvidos^{54 55}.

5. Estabelece o artº 94º, nº 2, como acima referido, que os interessados podem pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos⁵⁶.

A questão que aqui se coloca é a de saber se o órgão instrutor está obrigado a deferir as diligências requeridas ou se pode não as realizar (ou não aceitar os

53 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra, 1993, Vol. I, pág. 527.

54 Neste sentido v. Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 529, Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 409, Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 440 e Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau – SAFF, págs. 486/487.

55 Neste sentido v. também o Parecer do Conselho Consultivo da PGR de Portugal, de 01/27/2000-P000641999, no qual se escreveu: “*No caso de a intervenção do interessado ou a realização de novas diligências de prova, produzirem uma modificação dos elementos preexistentes no procedimento, deve ter lugar nova audição do órgão consultivo se a novidade dos elementos for substancialmente relevante*”.

56 No que se refere a diligências complementares (quer a audição tenha lugar pela forma escrita, quer pela forma oral), o legislador da RAEM omitiu um artigo dedicado a essa matéria (tanto na versão inicial do CPA, como na que foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de Outubro de 1999) e que constava do artº 104º (hoje 125º) do CPA Português. Parece-nos que seria desejável a inclusão desse artigo a seguir ao artº 97º, de modo a vincar melhor o direito do interessado. Sobre esta fase v. Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, págs. 537/538.

documentos) por entender que as mesmas são irrelevantes para a decisão.

Concordamos aqui com a doutrina que considera que tais diligências poderão ser indeferidas, ficando essa decisão na discricionariedade do órgão instrutor⁵⁷.

Na verdade, se é certo que, de acordo com o artº 59º os órgãos administrativos, mesmo que o procedimento seja instaurado por iniciativa dos interessados, podem proceder às diligências que considerem convenientes para a instrução, ainda que sobre matérias não mencionadas nos requerimentos ou nas respostas dos interessados, também é certo que o artº 60º lhes impõe o dever de providenciar pelo rápido e eficaz andamento do procedimento, quer recusando e evitando tudo o que for impertinente ou dilatatório⁵⁸. Sendo assim, se o órgão instrutor entender que um documento junto ou uma diligência requerida não relevam para a decisão, pode recusar a realização da diligência ou a junção do documento⁵⁹.

6. Ao contrário do que sucede no caso da audiência oral em que, como veremos, a mesma pode ser adiada verificando-se o disposto no artº 95º, nº 3, o artº 94º nada refere sobre a possibilidade da concessão de novo prazo para o efeito.

Sobre esta questão Mário Esteves de Oliveira e outros⁶⁰ escreveram o seguinte: “*Não se adoptou para a audiência escrita a possibilidade de adiamento*

57 Neste aspecto particular, Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau - SAFP, pág. 492 referem que “*estas diligências e os documentos apresentados não-de ter a marca da pertinência podendo o órgão instrutor recusar fundamentadamente umas e outras, a coberto do artº 57º - actual artº 60º*”. No mesmo sentido v. António Francisco de Sousa - CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 294, Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 440 e Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, págs. 529 e 540, referindo estes últimos que estamos aqui perante uma questão de “*liberdade probatória*” sujeita ao regime próprio aplicável a estas matérias.

58 Trata-se, ao fim e ao cabo, de um princípio também vigente em processo civil, estabelecendo o artº 6º, nº 1 do respectivo Código que “*Incumbe ao juiz, sem prejuízo do ónus da iniciativa das partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, ordenando as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório*”. No âmbito do processo administrativo, o artº 65º, nº 2. do CPACM diz também que “*O juiz ou o relator devem limitar a produção de prova aos factos que considerem relevantes para a decisão da causa e sejam susceptíveis de prova pelos meios requeridos*”.

59 Neste sentido o artº 38º -2º da Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999 que regula o processo administrativo na Administração Pública Federal, estabelece também que podem ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

60 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 528.

da data marcada, que se estabeleceu em relação à audiência oral, no nº3 do artº 102º. Mas deve valer o mesmo princípio e anotações que aí propomos”.

À primeira vista esta questão parece não ter razão de ser.

Na verdade, a audiência oral constitui um acto localizado no tempo em que, se o interessado não puder comparecer, fica comprometido o seu direito. Por isso, é justo e razoável que, em caso de falta fundamentada seja marcada outra data com para o mesmo fim. No caso da audiência escrita, o interessado tem um prazo maior ou menor para preparar a sua resposta, pelo que não faria sentido qualquer outro prazo, para além do inicialmente fixado.

No entanto, a questão não é despicienda, já que o interessado pode ter estado impossibilitado de preparar a sua resposta no prazo que lhe foi concedido. Ora, se for apresentada justificação aceitável – por exemplo justo impedimento -, parece que nada impede que seja concedido novo prazo para o exercício do direito, sob pena de desigualdade relativamente à audiência oral em que se admite o adiamento da diligência em casos justificados.

2.3.3. A audiência oral

1. Tendo o órgão instrutor optado pela realização de audiência oral, o interessado ou interessados são convocados para comparência em dia e local designado, com uma antecipação de, pelo menos, oito dias.

Temos aqui uma situação paralela à da audiência escrita que é a da concessão de prazo para a preparação da audiência por parte do interessado.

Assim, enquanto na audiência escrita é concedido um prazo não inferior a 10 dias contados da notificação, na audiência oral a diligência deve ser marcada de modo a que o interessado, a partir da notificação, possa dispor no mínimo de oito dias para preparação da audiência.

A convocação pode ser efectuada pelas formas previstas nos nºs 1 e 2 do artº 72º (pessoalmente ou por ofício, telegrama, telex, telefax, ou por telefone, consoante as possibilidades e as conveniências ou ainda, se qualquer das referidas formas de notificação pessoal se revelar impossível ou ainda se os interessados a notificar forem desconhecidos ou em número tal que inviabilize essas formas de notificação, é feita notificação edital, afixando-se editais nos locais de estilo e publicando-se anúncios em dois dos jornais mais lidos do Território, um em língua portuguesa, outro em língua chinesa)⁶¹.

61 O actual Código do Procedimento Administrativo Português permite também a notificação por correio eletrónico ou notificação eletrónica automaticamente gerada por sistema incorporado em sítio eletrónico pertencente ao serviço do órgão competente ou ao balcão único eletrónico, por edital, quando seja esta a forma de notificação prescrita por lei ou regulamento ou quando os notificandos forem incertos ou de paradeiro desconhecido e por anúncio, quando os notificandos

No entanto, embora o artº 95º o não refira, também neste caso aos interessados tem de ser dado a conhecer o sentido provável da decisão (artº 93º, nº 1) devendo a notificação ser acompanhada dos elementos necessários para que fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito e indicando-se também as horas e o local onde o processo pode ser consultado (nº 2 do artº 94º)⁶². Deste modo, ainda que se adopte uma forma de notificação como, por exemplo, o telefone ou telefax, sempre necessário é enviar também os documentos referidos em separado, pelo que melhor é adoptar uma forma de notificação que permita a remessa em simultâneo da notificação e demais elementos.

2. Notificada a data da realização da audiência, tal como determina o nº 1 do artº 95º, esta não pode ser adiada por falta de comparência dos interessados, salvo se for apresentada justificação da falta até ao momento fixado para a audiência (nº 3). Deste modo, se o interessado souber já antecipadamente da sua impossibilidade de comparência na data designada, deve justificar a falta e pedir o adiamento da diligência. Se o motivo justificativo da falta ocorrer no dia da diligência deve ser a mesma ser justificada até ao momento da realização desta.

Questão que se coloca é a de saber se esta disposição é imperativa não admitindo em qualquer caso justificação da falta em momento posterior ao da data designada para a audiência.

Freitas do Amaral e outros⁶³ referem sobre esta matéria que, neste caso, a Administração não está impedida de fixar nova data para a audiência. No entanto, apresentada antes ou posteriormente, a justificação para a falta tem de ser razoável e ponderada atendendo à possibilidade de o interessado exercer o direito de participação sem prejuízo da celeridade do procedimento.

No mesmo sentido se pronunciam Lino Ribeiro e José Cândido Pinho⁶⁴ quando escrevem que pode ocorrer motivo de força maior – por exemplo doença súbita do interessado ou familiar próximo no dia da diligência e impossibilidade de comunicação ao órgão instrutor – que justifique a marcação de nova data para

forem em número superior a 50 (artº 112º, nº 1, alíneas c), d) e e)).

62 Neste sentido também Mário Esteves de Oliveira e outro - Ob. Citada., pág 531 quando escrevem: *“A convocação dos interessados para a audiência oral - por notificação, é óbvio, quando são conhecidos e identificados - está sujeita, embora o artigo não o explicita, aos requisitos referidos no nº 2 do art-º 101º -.”* equivalente ao nº 2 do artº 94 do CPAM. Neste sentido v. também Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau –SAFP, pág. 494.

63 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, 4ª edição, 2003, pág. 193.

64 Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau –SAFP, pág. 496.

a audiência⁶⁵.

Concordamos com este entendimento, sob pena de o direito não poder exercido^{66 67}.

3. Do artº 95º nada resulta relativamente à tramitação da audiência oral, limitando-se os nºs 2 e 4, respectivamente, a referir que nela podem⁶⁸ ser apreciadas todas as questões com interesse para a decisão, nas matérias de facto e de direito e que da mesma é lavrada acta, da qual consta o extracto das alegações feitas pelos interessados.

Verifica-se, assim, que ao contrário do que sucede noutros sistemas jurídicos,⁶⁹ a audiência oral não está regulamentada, talvez porque o legislador

65 Um outro exemplo de justificação posterior aceitável para o adiamento seria o caso de o interessado ter tido um acidente no momento em que se dirigia para a audiência, não podendo a falta ser apresentada, por exemplo, por aquele ter sido conduzido ao hospital.

66 Ainda sobre esta questão António Francisco de Sousa - CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 292, diz-nos também o seguinte: *“Em certas circunstâncias de urgência e de força maior será de admitir que o interessado não possa justificar a sua ausência até ao momento de realização da audiência, suscitando-se então a questão de saber se, mesmo contra a lei, pode ou deve ser marcada nova audiência. A resposta a esta questão passará sempre por uma atenta análise da situação em concreto, da relevância dos bens em perigo, devendo imperar a justiça e/ou a equidade da solução. Será o caso, por exemplo, de um pai que no momento em que se deve dirigir para a audiência tem de prestar socorro a um seu filho gravemente acidentado. Repugnaria não admitir a possibilidade de nova audiência em tal situação e noutras idênticas”*.

67 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 531, referem, no entanto, que a falta de comparência dos interessados regularmente convocados só obriga a adiar a audiência, quando o respectivo interessado apresentar, antes da mesma se realizar (ou logo a seguir à cessação do evento impeditivo, se este se verificar in itinere), justificação da respectiva falta - como resulta do nº 3 deste artº^{102º}. Noutras circunstâncias, o adiamento depende da decisão livre do órgão instrutor; ou, então, de decisão sua subordinada à do órgão decisório.

68 Sobre estes termo *“podem”* diz António Francisco de Sousa - CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág.292 *“O artº 102.º, n.º 2, do CPA, determina que na audiência “podem” ser apreciadas todas as questões com interesse para a decisão, nas matérias de facto e de direito. Trata-se de uma redacção infeliz, que formalmente atribui um poder discricionário que verdadeiramente não existe. Como regra geral, o “podem” deve ser substituído por “devem”, porque assim o exigem o interesse público de uma decisão final correcta e justa, e as garantias do interessado. Com o devido respeito, o termo está bem utilizado. Na verdade, na audiência só são ouvidos os interessados e são eles que estabelecem o que querem tratar. Logo, não existe aqui nenhum dever de apreciação de todas as questões com interesse para a decisão, cabendo a escolha das questões aos interessados. O órgão não tem aqui intervenção, tal como resulta do nº 4 do artº 95º (equivalente ao nº 2 do artº 102º do CPA português) onde se diz que da acta, deve constar o extracto das alegações feitas pelos interessados. Ora, sendo a acta o registo do que se passa na diligência, se o órgão também tivesse intervenção relevante, também tal deveria constar da acta.*

69 Por exemplo, o Administrative Procedure Act de Taiwan, na redacção de 30.12.2015, regula esta

entendeu que, atenta a sua natureza, essa regulamentação não se justificaria⁷⁰.

Assim, “*não há um ritualismo definido que importe observar na audiência oral. O mais comum é que o órgão dê a palavra ao interessado para se pronunciar sobre as questões com interesse para a decisão. E como aquele está já de posse de todos os elementos que repute de interessantes essa é a ocasião para sustentar a sua tese*”,⁷¹ podendo, eventualmente, discordar da matéria de facto ou contrapor diferente solução jurídica.

O órgão instrutor, por sua vez, tem um papel meramente passivo, independente e de condução da diligência, matéria que pode ser relevante quando sejam muitos os interessados, sendo, nesses casos, necessário estabelecer a ordem de audiência e, eventualmente intervir se a exposição estiver a afastar-se da matéria relevante para a decisão. Pode também ser necessária a suspensão da audiência e a sua continuação noutra dia, o que também aquele terá de decidir.

Em nosso entender, e relativamente à matéria da decisão, o órgão instrutor apenas poderá fazer esclarecimentos suscitados pelos interessados ao abrigo do artº 9º, nº 1, alínea a).

Ao contrário do que sucede no regime da Suiça⁷² em que se permite e encorajam as partes no sentido de acordo sobre o conteúdo da decisão, nomeando-se mesmo como mediadora uma entidade independente, e suspendendo-se o procedimento para tentativa de acordo, nem no artº 95º nem no artº 94º, nem qualquer outra norma do CPAM está prevista situação semelhante⁷³.

matéria com muito pormenor nos seus artºs 54º a 66º, dizendo como se inicia a diligência, quais os direitos dos interessados, os poderes do órgão administrativo, etc. Do mesmo modo, os artºs 19º a 25º do Administrative Procedure Act (Act. Nº. 88º of 1993) do Japão, regulam esta matéria, estabelecendo quem a ela preside, seus poderes, direitos dos interessados, possibilidade de adiamento e suspensão da audiência, consequências da falta injustificada de alguns interessados, conclusão da audição, etc.

70 E, efectivamente, essa audiência é completamente distinta dos casos de Taiwan e Japão, em que os interessados podem produzir provas, colocar questões às entidades administrativas, às testemunhas e aos demais interessados e tendo também a entidade administrativa uma posição activa na direcção da audiência (ao contrário do que sucede na RAEM e também em Portugal cujo regime é idêntico, mesmo no novo CPA).

71 Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau – SAEP, págs. 494.

72 V. artº 33 b do Federal Act on Administrative Procedure (Administrative Procedure Act, APA) of 20 December 1968 (Status as of 1 January 2015)

73 O artº 57º do CPA de Portugal prevê acordos endoprocedimentais, estabelecendo o seguinte:
 “1— *No âmbito da discricionariiedade procedimental, o órgão competente para a decisão final e os interessados podem, por escrito, acordar termos do procedimento.*
 2— *Os acordos referidos no número anterior têm efeito vinculativo e o seu objeto pode, designadamente, consistir na organização de audiências orais para exercício do contraditório*

4. Não resulta do artº 95º, mas tem de entender-se, até por uma questão de igualdade com os interessados ouvidos por escrito, que os interessados ouvidos oralmente podem também, tal como aqueles, juntar documentos e requerer diligências complementares⁷⁴ 75.

Por outro lado, e embora a audiência seja realizada presencialmente⁷⁶ e o interessado se expresse oralmente, o mesmo pode juntar alegações escritas na audiência.

Estas alegações, todavia, e de acordo com a parte final do nº 4 do artº 95, podem também ser juntas depois da audiência.

Comentando o artº 102º, nº 4 do CPA português (anterior ao actualmente em vigor), equivalente àquele nº 4 do artº 95º, dizem Mário Esteves de Oliveira e outros⁷⁷ dizem-nos o seguinte: “*A faculdade de o interessado apresentar alegações escritas posteriormente à realização da audiência justifica-se por se poder chegar à conclusão que não ficaram convenientemente esclarecidos os pontos de vista expendidos na audiência oral mas é uma faculdade que parece um corpo estranho no sistema da lei, nomeadamente, transformando a audiência oral numa audiência escrita que, ainda por cima, é consentida para além do prazo legal, sem necessidade de justificativo e à revelia da decisão do órgão instrutor*”.

entre os interessados que pretendam uma certa decisão e aqueles que se lhe oponham.

3— *Durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os interessados também podem celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento.*”

74 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 532, Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 403, António Francisco de Sousa – CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 292., Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau – SAFP, pág. 495 e Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 435.

75 Como já acima referimos, apesar desta faculdade, o legislador de Macau, ao contrário do CPA de Portugal, não consagra nesta parte do direito de audiência qualquer artigo relativamente a diligências complementares, à semelhança do que acontecia com o artº 104º (actual artº 125º) do CPA português, do seguinte teor: “*Após a audiência, podem ser efectuadas, oficiosamente ou a pedido dos interessados, as diligências complementares que se mostrem convenientes.*” Este direito resulta da aplicação do nº 3 do artº 94º, aplicável à audiência escrita e nos termos do qual “*Na resposta, os interessados podem pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos*”.

76 Artº 123º, nº 1 do CPA português permite também a realização desta audiência por teleconferência, quando tal se justifique e existindo os meios necessários para o efeito.

77 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 532.

É a informalidade a comandar em absoluto esta fase do procedimento, se a Administração *optar pela audiência oral. O que, ou significa um favor legislativo desta forma de audiência ou, então, deve essa informalidade considerar-se também aplicável à audiência escrita, por não se verem razões para distinguir nesta parte, pelo menos em geral, entre uma e outra*”.

Com o devido respeito, a junção de alegações depois da audiência, não pode ser arbitrária, pelo que discordamos do afirmado por estes autores na parte final transcrita.

Na verdade, se é certo que como referem os mesmos autores⁷⁸ que “É bom que se tenha *previsto expressamente a existência de uma fase posterior à audiência dos interessados, pois esta pode ter trazido ao procedimento factos, questões e provas que nele não tivessem sido ainda (adequadamente) consideradas pelo instrutor para efeitos do artº101º, nº2 e 102º, nº1*, das duas uma: ou estamos apenas perante meras alegações, ou perante requerimento de diligências complementares.

Ora, se o interessado pretende ainda e apenas juntar alegações escritas após a audiência, sem requerer novas diligências, pode fazê-lo, mas tem de manifestar essa intenção perante o órgão instrutor que, para o efeito, lhe deve conceder prazo, ou tem de considerar-se o prazo supletivo legal (no caso 15 dias após a audiência (artº 73º, nº 2 do CPAM).

Diferente é o caso de ele requerer diligências suplementares⁷⁹.

Neste caso, não há razão para alegações escritas após a audiência, pois após a realização das diligências requeridas ou outras realizadas oficiosamente, haverá lugar a nova audiência, a qual até poderá revestir a forma escrita⁸⁰.

78 Ob. Citada pág. 537.

79 Como bem refere Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 435, o fim da audiência não encerra a possibilidade de o interessado juntar elementos novos ao processo, nem de a Administração lhe juntar oficiosamente outros elementos. Porém, isto implica que na audiência tenham sido requeridas diligências complementares, o que não sucede se apenas houver lugar a alegações escritas. Quando muito, admitimos que nessas alegações – apresentadas depois da audiência mas sujeitas a prazo, conforme acima referido – possam ser apresentados novos factos que o órgão instrutor julgue relevantes e deseje investigar.

80 Parece assim, não fazer sentido a afirmação daqueles autores segundo a qual aquela faculdade “*Parece um corpo estranho no sistema da lei, nomeadamente, transformando a audiência oral numa audiência escrita que, ainda por cima, é consentida para além do prazo legal, sem necessidade de justificativo e à revelia da decisão do órgão instrutor*”, já que estas alegações terão de ser apresentadas em prazo fixado ou no prazo legal e só se não tiverem sido requeridas diligências complementares.

2.4. A inexistência da audiência⁸¹

Logo na parte inicial do artº 93º, ao referir “ *Salvo o disposto nos artigos 96.º e 97.º*” o legislador deixou claro que poderiam existir casos em que a audiência não teria lugar.

Tais casos estão previstos nos citados artigos, consagrando-se, no primeiro, os de inadmissibilidade legal e no segundo os de dispensa por opção do órgão instrutor.⁸²

Os casos de inexistência são distintos do de dispensa, na medida em que no primeiro caso é o próprio legislador a determinar que não haverá audiência, enquanto no segundo pode ou não ter lugar, gozando a Administração de discricionariedade nesta matéria. No dizer de Mário Esteves de Oliveira e outros,⁸³ ocorre no primeiro caso uma dispensa legal da audiência, enquanto no segundo tem lugar uma dispensa administrativa.

Começemos então por apreciar os casos referidos no artº 96º.

1. Desde logo, o legislador não permite a realização da audiência quando a decisão seja urgente. No entanto, como referem Mário Esteves de Oliveira e outros⁸⁴ as excepções ao direito de audiência admitidas neste nº 1 só valem como regra geral, na medida em que há procedimentos (os sancionatórios de natureza disciplinar ou outros) em que não pode ser dispensada a audiência.

Por outro lado, por muito mediata que se julgue ser a ligação do direito geral de audiência às garantias fundamentais, deve entender-se que, como concretização ou afirmação de um valor constitucional, ele só pode ser negado, mesmo em processos menos melindrosos do que os disciplinares, quando não haja outras

81 “*As causas de inexistência de audiência dos interessados, a que se refere o n.º 1 do artigo 103º do CPA, são objectivas e relevam do exercício de um poder administrativo estritamente vinculado quanto aos respectivos pressupostos, mesmo quando envolva um juízo de previsão sobre a utilidade do procedimento ou o preenchimento de um conceito indeterminado (alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 103º)*” - v. o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de Portugal de 14/02/2002 - P001422001.

82 Não se compreende muito bem a razão da existência de dois artigos sobre esta matéria que representam apenas a transcrição “*ipsis verbis*” do artº 92º do anterior CPAM e quando nada acrescentam a este. Por outro lado, a epígrafe “inexistência de audiência” não é correcta, tal como não era no CPA português, uma vez que o que está em causa é a inadmissibilidade legal da mesma. Pelo que melhor ficaria na epígrafe “*Inadmissibilidade legal*”. Já o texto está correcto ao afirmar que “*não há lugar audiência*”, nos casos enunciados e porque a lei o não permite. O actual CPA português, não contém hoje casos de inadmissibilidade legal de audiência, mas apenas dispensa por iniciativa do órgão instrutor, estando, no entanto, sujeita a controlo contencioso esta opção (artº 124º).

83 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 535.

84 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 533.

medidas (provisórias) que permitam à Administração precaver-se contra as razões de urgência ou contra a potencial inutilidade ou impossibilidade da decisão⁸⁵.

De qualquer forma, a questão que logo se suscita é o que seja uma decisão urgente.

Aqui a urgência nada tem a ver com a celeridade do procedimento⁸⁶ a qual visa, designadamente, a prontidão e eficácia da acção administrativa, nem com a intenção de a Administração pretender pôr termo rápido ao mesmo.

O que aqui está em causa é a urgência na satisfação da necessidade pública que com a decisão a tomar no procedimento se pretende alcançar. (Por ex. encerramento de estabelecimento industrial ditado pela gravidade da situação em termos de saúde pública e ambiental – questão reportada no Acórdão do STA de 29.10.1997 – Processo nº 031308 ou demolição imediata de prédio em ruínas por representar perigo para os transeuntes).

Sobre essa decisão urgente, no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 13.10.2004 – Processo: 01218/02 (Pleno da SCA) ficou escrito que a situação de urgência que justifica a não audiência dos interessados, nos termos da alínea a), do nº 1, do artº. 103º do C.P.A. tem natureza excepcional, só ocorrendo quando haja de prosseguir determinada finalidade pública em que o factor tempo se apresente como elemento determinante e constitutivo e seja impossível cumprir-la através da observância dos procedimentos normais.

Essa urgência, porém, terá de resultar objectivamente da própria decisão e deverá estar ligada a imperativos indeclináveis, só ela habilitando a Administração

85 Talvez por isso, o novo CPA português não consagre hoje a dispensa legal da audiência, podendo esta ser sempre realizada, embora essa possibilidade fique ao critério da Administração, o qual, naturalmente pode ser sindicado contenciosamente (v. o artº 124º do actual CPA português). Pronunciando-se sobre esta questão diz-nos Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 436, o seguinte: “Agora a audiência existe sempre, salvo nos casos em que a lei dá à Administração o poder discricionário de a dispensar. Daqui resulta que a omissão da audiência é sempre violação de uma formalidade essencial do acto, a não ser que tenha sido dispensada mediante uma decisão administrativa que deve ser obviamente fundamentada e notificada e está sujeita a impugnação graciosa e contenciosa. A obrigação de audiência existe sempre. Pode é ser dispensada mas o título adequado para tal dispensa é sempre um acto administrativo de dispensa sujeito ao regime geral que lhe cabe”.

86 “E também não são razões ligadas com a necessidade de cumprimento do prazo legal de conclusão do processo ou com a necessidade de prevenir o aparecimento de actos tácitos - pelo menos, nos casos em que tais efeitos têm contra-interessados -, que podem ser invocadas para justificar o preenchimento do pressuposto da urgência da decisão. Para prevenir ou remediar essas situações, a Administração dispõe, com efeito, de poderes situados no âmbito do princípio da informalidade e da celeridade, mas não pode, obviamente, sacrificar posições e direitos procedimentais dos interessados, com o cariz deste”. Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 534.

a praticar um determinado acto sem audiência do interessado⁸⁷.

Também ficou escrito no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 13.12.2001 – Processo: 041533 (Pleno da Secção do CA) que a inexistência da audiência prévia do interessado por urgência da decisão pressupõe que a decisão seja objectivamente urgente, o que resultará da natureza da própria decisão, e que o órgão da Administração que a vai proferir, sem audiência do interessado, justifique essa urgência.

Por outras palavras ainda o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Subsecção do CA), de 06/12/1997 – Processo: 041616 diz-nos que a urgência deverá ser concebida como uma noção circunstancial, com base em factos concretos, que legitimem o abandono de um procedimento “normal”, para se adoptar um procedimento “*excepcional*” e onde o factor tempo se apresenta como elemento determinante e constitutivo. A decisão que a Administração entenda dever tomar, sobre a dispensa da audiência deverá ser devidamente fundamentada, mediante a identificação do específico interesse público a prosseguir com a decisão, tido por incompatível com a observância do princípio da audiência.

Como salientam Santos Botelho e outros⁸⁸ o termo “*urgente*” veicula um conceito indeterminado que tem de ser preenchido com referência a valores e depois de devidamente ponderadas as circunstâncias de cada caso.

Desde modo, embora não seja possível afastar elementos de valoração subjectiva, traduzida na apreciação das condicionantes de cada caso, a decisão que a Administração entenda dever tomar terá de ser devidamente fundamentada mediante a clara enunciação do específico interesse público a prosseguir com a decisão e tido por incompatível com a observância da audiência do interessado.

E, assim, na fundamentação relativa aos casos de decisão urgente devem ser indicados os factos que revelam essa urgência e também aqueles impedem a realização da audiência no prazo mínimo da lei – bem como a eventual ponderação da sua substituição por outras medidas provisórias.

Em conclusão “*A urgência da decisão é, portanto, aferida em relação à situação objectiva, real, que a decisão procedimental se destina a regular; não em relação à urgência procedimental, que esta não justifica (em regra, pelo menos) a preterição de formalidades essenciais do procedimento.*

Por todas estas vertentes, que são legalmente vinculadas, o juízo sobre a

87 Sobre casos de urgência para efeito de não realização da audiência v. os Acórdãos do STA (2ª Subsecção do CA), de 06.04.02 – Processo nº 135/02 e de 22.1.02 – Processo nº 45155.

88 Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 406.

urgência da decisão pode ser objecto de fiscalização contenciosa”⁸⁹ 90.

2. Outro fundamento para a não realização da audiência é o de “*razoavelmente se prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade da decisão*”⁹¹ 92 93.

Também nestes casos o órgão instrutor goza de discricionariedade na apreciação dos factos susceptíveis de integração no conceito de “*razoável previsão do comprometimento da execução ou utilidade da decisão*”.

Assim, cabe-lhe verificar se existem factos comprometedores dessa utilidade ou possibilidade execução, caso em que não terá lugar a audiência. Na dúvida, deverá esta ter lugar, recorrendo a Administração, se necessário e em vez da negação do direito, a medidas provisórias de acordo com o artº 83º.

89 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 535.

90 Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos – Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, pág. 129, consideram que só haverá urgência para este efeito se a decisão final tiver que ser tomada em prazo incompatível com a duração mínima da audiência dos interessados, que é de oito dias (artº. 102º, 1 CPA).

91 Com este fundamento o artº 58º, nº 2 determina também que não há lugar à comunicação do início do procedimento quando a mesma possa prejudicar a natureza secreta ou confidencial da matéria, como tal classificada nos termos legais, ou a oportuna adopção das providências a que o procedimento se destina.

92 O Acórdão do TSI da RAEM, de 24/04/2003 - Processo nº 30/2001 (no mesmo sentido v. os Acórdãos do mesmo Tribunal, de 24/04/2003 - Processo nº 41/2001 e de 24/04/2003 - Processo nº 107/2001), considerou não ser aplicável o direito de audiência no caso do art.º 14.º, n.º 2, al. b), do Decreto-Lei n.º 55/95/M, de 31 de Outubro, o qual consagra uma medida de polícia, já que visa intervir no exercício de actividades individuais susceptíveis de fazerem perigar interesses gerais que se prendem mais concretamente com a manutenção da ordem pública e segurança de Macau, que podem ser postos em perigo com a entrada e permanência de não residentes. Assim, não há lugar à audiência do particular visado, sob pena de se frustrar os fins que presidem à adopção da medida e a utilidade da mesma (cfr. o art.º 96.º, al. b), do Código do Procedimento Administrativo), restando, pois, ao visado, se assim entender, exercer o seu contraditório subsequente através de meios impugnatórios quer administrativos quer contenciosos legalmente admissíveis, nem há lugar à comunicação ao visado do começo do respectivo procedimento administrativo (por força do n.º 2 do art.º 58.º do mesmo Código), por essa comunicação poder prejudicar a oportuna adopção da providência de interdição de entrada, dada a natureza e o alcance desta como uma medida de polícia.

93 “*A declaração de inexistência do direito de audição, nos termos previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 103º do CPA, exige, segundo um juízo de prognose, que o cumprimento da formalidade implique, com grande probabilidade, a própria inutilização do procedimento - por não poder ser concluído em tempo útil -, ou a impossibilidade de executar a decisão - por não possuir já qualquer efeito prático*”- v. o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de Portugal de 14/02/2002 - P001422001.

O despacho a reconhecer a inexistência da audiência tem de ser fundamentado e mencionar os factos concretos nos quais a Administração se baseia para assim decidir, invocando qual o prejuízo resultante da realização da audiência, sob pena de vício de procedimento por falta de audiência.

3. O terceiro caso em que a lei prevê em que não haverá lugar à audiência é o de o número de interessados a ouvir ser de tal forma elevado que a audiência se torne impraticável. Nestes casos, no entanto, deve proceder-se a consulta pública, quando possível, pela forma mais adequada^{94 95}.

Ora, também aqui a Administração tem uma tarefa complexa de fundamentação, já que é difícil saber quando é que a audiência é impraticável, por existência de elevado número de interessados.

É que, por um lado, esta norma não estabelece qualquer valor quantitativo que permita concluir quando é que estamos perante número de interessados é elevado; ⁹⁶ por outro, mesmo sendo muitos os interessados, também não se diz quando é que a audiência é impraticável.

No entanto, parece que a lei está aqui a pensar nos designados “actos de massas” em que ocorre a intervenção de um grande número de interessados no procedimento. Caberá nestes casos à Administração verificar da impossibilidade ou da grande dificuldade em conceder o direito de audiência nos moldes regulados no CPA, procedendo antes a uma consulta pública.

Na ponderação deste fundamento da não realização da audiência, e de

94 Esta norma, equivalente ao artº 124º, nº 1, alínea d) do actual CPA português, suscitou a Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 438, o seguinte comentário: “*O mesmo se diga da consulta pública substitutiva da audiência a ser levada a cabo apenas quando possível, pela forma mais adequada. Esta norma, que constava do anterior código e devia ter sido eliminada, a ser interpretada à letra, arrisca-se a um claro veridicto de inconstitucionalidade pois estamos perante um direito fundamental cujo exercício não pode ficar dependente de tão ampla e irrestrita discricionariedade*”.

95 A propósito da expressão “*quando possível*”, que constava também da alínea c) do n.º 1 do artigo 103º do CPA português (actual artº 124º, nº 1, alínea d), que mantém a mesma expressão), João Caupers - Introdução ao Direito Administrativo, 9ª edição, pág.168, refere o seguinte: “*Não conseguimos imaginar em que situações a consulta pública, sucedânea de uma inviável audiência dos interessados, é, ela própria, impossível*”.

96 O artº 3º do Decreto-Lei nº 215/95, de 22 de Agosto estabelecia, no entanto, o seguinte: “*No procedimento de concurso regulado pelo Decreto-Lei n.º 498/88, de 30 de Dezembro, não há lugar à audiência dos interessados, regulada pelos artigos 100.º a 105.º do Código do Procedimento Administrativo, no caso de o número de candidatos ser superior a 20*”. Na data da sua publicação, porém, o artº 103º, nº 1 do CPA português não continha qualquer norma idêntica à do artº 96º, nº 1, alínea c) do CPAM, tendo essa alínea c) sido apenas aditada pelo Decreto -Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro.

acordo com a jurisprudência do STA, a Administração deverá ter em conta, nomeadamente, razões de morosidade, de custo razoável em meios humanos e materiais e de agravamento complexo do procedimento decisório, em face da interdependência e multiplicidade das questões que possam ser levantadas por um número elevado de candidatos⁹⁷.

A praticabilidade da audiência, legalmente aferida pelo «número de interessados» a ouvir, reporta-se ao procedimento singular que esteja em causa, pois só essas características dele permitirão dizer se a formalidade é, ou não, de observância obrigatória⁹⁸.

Optando o órgão instrutor pela consulta pública, esta deverá, por analogia com o referido no artº108º para a apreciação pública dos regulamentos, ser anunciada no Boletim Oficial de Macau⁹⁹.

2.5. A dispensa da audiência

A dispensa (administrativa) da audiência consta do artº 97º, que a prevê nos seguintes casos:

- a) Se os interessados já se tiverem pronunciado no procedimento sobre as questões que importem à decisão e sobre as provas produzidas;
- b) Se os elementos constantes do procedimento conduzirem a uma decisão favorável aos interessados.

Ao contrário da dispensa legal que a lei designa por “inexistência da audiência” (artº 96º) e em que a mesma não tem lugar porque a lei assim o estipula, na dispensa administrativa, o termo “pode” permite a dispensa, mas também a não impõe, cabendo no prudente critério do instrutor decidir se devem ou não ser ouvidos os interessados. Se entender que ocorrem as situações previstas no

97 Sobre esta questão v. os Acórdãos do STA, 1ª Subsecção, de 03.11.2010 - Processo: 0363/09 e de 11.07.02 - Processo: 0201/02.

98 Neste sentido v. o Acórdão do STA, de 21.05.2008, 1ª Subsecção - Processo 054/08.

99 Sobre esta dispensa de audiência legal v. o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de Portugal de 14/02/2002 - P001422001 no qual se refere que “*A impraticabilidade da audiência dos interessados nos procedimentos de massa, a que se refere a alínea c) do n.º 1 do artigo 103º do CPA, não resulta de um mero princípio de economia processual, mas antes da efectiva impossibilidade de o órgão instrutor reconsiderar individualmente a situação relativa de cada um dos opositores, caso se venha a cumprir a formalidade, pelo que não é de excluir que a mesma entidade, por identidade de razão, e com base no segmento final da mesma disposição, venha a prescindir também da consulta pública. O conceito indeterminado constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 103º do CPA (número elevado de interessados), sendo meramente descritivo, é susceptível de controlo judicial, dado que a sua subsunção à situação de facto não carece de operações de valoração extra-legal*”.

preceito pode dispensar a audiência.

Esta norma, no entanto, suscita na doutrina e na jurisprudência algumas questões. Começemos por analisar o 1º caso.

1. Desde logo, o fundamento para esta dispensa ou a da referida na alínea b), é a inutilidade que resultaria da diligência. Com efeito, se o interessado já se pronunciou sobre as questões que interessam à decisão e às provas produzidas, a audiência seria acto inútil, pois que aquele iria certamente repetir a sua anterior argumentação.

Isto implica que o órgão instrutor tem de verificar qual a intervenção que o interessado teve no procedimento, nomeadamente se a sua pronúncia focou todas as questões jurídicas e apreciou as provas consideradas relevantes para a decisão final, antes de decidir pela dispensa^{100 101}.

Um dos casos em que a doutrina portuguesa divergia sobre a dispensa da audiência era o da audiência antes do acto de adjudicação nos procedimentos de escolha dos co-contratantes da Administração Pública.

Assim, Mário Esteves de Oliveira e outros¹⁰² entendiam ser de dispensar a audiência no procedimento de concurso de adjudicação, até porque este é um dos casos em que convém reduzir ao mínimo o contacto entre os concorrentes e a entidade instrutora.

Já Santos Botelho e outros¹⁰³, bem como José Maria Ferreira de Almeida¹⁰⁴ e Bernardo Diniz de Ayala¹⁰⁵, se inclinavam em sentido contrário, o mesmo

100 “No caso de a entidade recorrida nada dizer no procedimento sobre os pressupostos da dispensa da audiência, como é exigência legal para a aplicação da referida norma, e se verifica que os interessados não foram ouvidos, há incumprimento do dever que impende sobre a Administração e ofensa do artigo 100º do CPA”.- Acórdão do STA (Pleno da Secção do CA), de 19.06.2001 - Processo: 039128. V. também o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Subsecção do CA), de 04/07/2005 – Processo nº 01339/03.

101 Como se escreveu no Acórdão do tribunal de Segunda Instância da RAEM, de 15.03.2012-Processo nº 189/2011 “Uma mera possibilidade da inutilidade da audiência do interessado não justifica a sua não realização, tem de haver uma certeza concreta na medida em que a audição nada vai afectar a decisão a tomar”.

102 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, págs. 523/524.

103 Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 407.

104 Dicionário Jurídico da Administração Pública”, Vol. VI, págs. 486/487.

105 “A Tutela Contenciosa dos Particulares em Procedimentos de Formação de Contratos da Administração Pública - Cadernos de Justiça Administrativa”, nº 14, págs. 3 e segs.

sucedendo com Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos¹⁰⁶ que escrevem o seguinte: “*A decisão final do procedimento é a adjudicação e não a exclusão de um concorrente ou de uma proposta, mas a decisão de exclusão compromete a continuação do interessado no procedimento; assim sendo, tem que ser precedida de audiência dos interessados, sob pena de violação do art.º 267.º, 5.º CRP*”. Portanto, estes autores vão mais longe, entendendo que o direito de audiência, nestes casos, deve mesmo ter lugar antes da decisão final, estando em causa acto lesivo.

2. O 2º caso de possibilidade de dispensa administrativa da audiência tem lugar quando os elementos do procedimento conduzirem a uma decisão favorável ao interessado.

Isto suscita algumas questões sendo uma delas, desde logo, a de saber o que deve entender-se por uma “decisão favorável ao interessado”.

Comentando preceito equivalente do anterior CPA Português (artº 103º, nº 2, alínea b)), diz António Francisco de Sousa¹⁰⁷ “*O legislador terá partido de um conceito irreal de “decisão favorável aos interessados”. Este tipo de decisões não existe ou são casos raros. Normalmente, o que designamos por “decisões favoráveis aos interessados” são apenas decisões que não são essencialmente lesivas para os interessados. Geralmente, a decisão é apenas mais ou menos favorável para o cidadão.*”¹⁰⁸ *A Administração é elevada, pelo artº 103.º, n.º 2, alínea. b), do CPA, à posição de juiz dos interesses do cidadão, sem sequer o ter ouvido, por sua decisão discricionária”.*

Efectivamente, a decisão tanto pode ser totalmente favorável, como totalmente desfavorável, podendo ainda existir decisão parcialmente favorável ou condicionada¹⁰⁹.

Portanto, a dificuldade está em saber o que visa o preceito.

Ora, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesas defendiam que só a decisão totalmente favorável constituía fundamento para a dispensa¹¹⁰.

106 Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, pág. 133.

107 CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 293.

108 Não nos aprece que assim seja. Se um interessado pede o licenciamento de um estabelecimento e o mesmo lhe é concedido tal como foi pedido, não vemos como é que se pode afirmar que a decisão não lhe é totalmente favorável, não chocando, portanto, pois seria pura perda de tempo, que o mesmo não seja ouvido antes da decisão.

109 Encontramos um caso de decisão condicionada no Acórdão do STA (1ª Subsecção do CA), de 04.07.2005 - Processo nº 01339/03 (deferimento de pedido de loteamento sob diversas condições, designadamente a cedência gratuita de parcelas de terreno).

110 Neste sentido v, por exemplo, os Acórdãos do STA (1ª Subsecção do CA), de 04.07.2005 - Processo nº 01339/03 e de 17.01.02-Processo nº 46482, e do Pleno da SCA, de 19.06.01 (Pleno)-

O legislador português veio dar razão a este entendimento uma vez que no artº 124º, nº 1, alínea f) do actual CPA veio consagrar que “*O responsável pela direcção do procedimento pode não proceder à audiência dos interessados quando:*

f) Os elementos constantes do procedimento conduzirem a uma decisão inteiramente favorável aos interessados”.

3. A dispensa administrativa coloca ainda outras questões a que de imediato nos referiremos.

Por um lado, sendo vários os interessados, pode suceder que alguns tenham de ser ouvidos. E, pode até suceder que existam interessados com interesses contraditórios o que significa que, se estes suscitarem questões novas ou apresentarem novos factos ou requererem diligências, terão depois, os que não foram antes ouvidos por se verificar o requisito da dispensa, de ser notificados para o exercício da audiência.

O mesmo sucederá, no caso de a decisão ser favorável a alguns interessados e desfavorável a outros.

Se aqueles que exerceram o direito suscitarem questões novas ou apresentarem novos factos ou requererem diligências, terão os outros, aos quais a decisão seria favorável, de ser ouvidos.

Outra questão tem a ver com a discordância que o órgão decisor possa ter com a do sentido da decisão do instrutor e que levou este a dispensar a audiência, por entender que a decisão do procedimento deveria ser totalmente favorável ao interessado. Na verdade, o órgão decisor pode entender que a decisão a proferir pode ser a do indeferimento total da pretensão, do indeferimento parcial, ou deferimento condicionado. Nestes casos, deverá o interessado ser notificado para o exercício da audiência, sendo-lhe comunicado o sentido provável desta decisão.

A dispensa administrativa (tal como a legal), e como já acima se referiu, depende da verificação dos requisitos enunciados nos artºs 96º e 97º.

O órgão instrutor deverá ter o particular cuidado de fundamentar a decisão de dispensa, sob pena de se considerar violado o direito de audiência, com a consequente anulação da decisão que vier a ser proferida e de todos os actos subsequentes¹¹¹.

Mas será que esta dispensa tem de ser notificada aos interessados com a

Processo nº 39128.

Na doutrina v., por exemplo, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos – Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, pág. 129, Santos Botelho e outros – Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 407, Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 536.

111 Naturalmente que, no caso de dispensa por decisão favorável ao interessado, a fundamentação será quase desnecessária, bastando a mera referência ao facto de a decisão ser favorável, o que tornaria a diligência inútil e dilatória.

respectiva fundamentação, ou deve a mesma constar apenas da decisão final do procedimento?

Luiz Cabral de Moncada¹¹² parece entender que a dispensa terá de ser notificada ao interessado, embora depois a fundamentação tenha de constar da decisão final.

Com o devido respeito, entendemos que a lei não impõe notificação autónoma da dispensa da audiência, nem ela faria sentido, uma vez que o interessado não pode reagir contra ela, quer por via administrativa, quer contenciosa, porque não estamos perante acto destacável do procedimento. E também não faria sentido notificar a dispensa sem a respectiva fundamentação, pelo que a mesma seria um acto inútil.

Deste modo, quando for notificado da decisão final, o interessado verá se a decisão de dispensa está legalmente fundamentada, caso em que a impugnará com a decisão final.

Lino Ribeiro e José Cândido Pinho¹¹³ referem que a tanto a inexistência, como a dispensa de audiência, se aplicam indistintamente às hipóteses de audiência escrita ou oral, devendo a fundamentação de tal dispensa ser notificada aos interessados. Ora, com o devido respeito, nesta matéria não há que distinguir entre audiência escrita ou oral, pois cabendo ao instrutor a escolha da forma, esta escolha só tem lugar, havendo audiência. Sendo ela dispensada, a mesma nem é escrita, nem oral, é inexistente.

Finalmente, diremos que estas normas não são aplicáveis em procedimentos especiais em que o direito de audiência seja regulado de forma mais favorável aos interessados, como é o caso dos procedimentos disciplinares ou sancionatórios de infracções administrativas.

Com efeito, no primeiro caso, esse exercício está regulamentado nos art's 329º e segs. do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, constituindo nulidade insuprível a falta de audiência do arguido em artigos de acusação, nos quais as infracções sejam suficientemente individualizadas e referidas aos preceitos legais infringidos, bem como a omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade e também a falta de audiência, na fase de defesa, das testemunhas indicadas pelo arguido (artº 298º, n.ºs 1 e 2 do ETAPM).¹¹⁴

No segundo caso, o Decreto-Lei n.º 52/99/M, de 4 de Outubro de 1999, que

112 Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 438. Este autor refere o seguinte: “*A fundamentação da dispensa faz-se na decisão final, como diz o n.º 2, e não na decisão que o notifica da dispensa, por razões de simplicidade procedimental e informalidade*”.

113 Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau – SAFF, pág. 500.

114 Para estudo mais desenvolvido sobre esta questão Luísa Neto – O direito à audiência no procedimento disciplinar - Anotação ao Acórdão. do STA de 11.12.1996 – Processo n.º. 029 875, “in” Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 8, págs. 8/12.

veio definir o regime geral das infracções administrativas e o respectivo procedimento, estabelece também no seu artº 11º, nº 2 que “*Sob pena de nulidade da decisão sancionatória, são assegurados ao infractor os direitos de audiência e de defesa*”.

2.6. Outros casos em que não é admissível ou pode ser dispensada a audiência

Apesar do disposto nos artºs 96º e 97º, podem configurar-se outras situações em que não tem lugar ou pode ser dispensada a audiência e que a doutrina e jurisprudência salientam.

1. Desde logo, temos os casos em que o interessado apresenta um requerimento que a Administração logo indefere, sem que tenha havido instrução,^{115 116} por desnecessária, nomeadamente por a questão ser meramente de direito ou o interessado ter feito acompanhar o requerimento dos elementos de facto necessários à decisão^{117 118}.

Compreende-se este entendimento na medida em que a posição do

115 “*O conceito de “instrução” para efeitos do disposto no artº. 100º, nº. 1 do CPA, integra toda a actividade administrativa destinada a captar os factos e interesses relevantes para a decisão final, nela se incluindo informações, pareceres, apresentação ou produção de provas, realização de diligências, vistorias, exames e avaliações necessárias à prolação de tal decisão*”. – Acórdão do STA (Pleno da Secção de CA), de 21.05.1998 – Processo nº 040692. Em sentido idêntico v. ainda os Acórdão do Pleno da mesma Secção, de 17.12.1997 – Processo nº 036001, de 05.05.2001 – Processo nº 041247 e de 17.05.2001 - Processo nº 040860.

116 “*Não há instrução, e portanto, a obrigatoriedade de cumprimento do art. 100º do CPA, se o parecer, informação ou proposta que precederam o acto impugnado formarem com este um todo funcional, carecendo essa actividade preliminar de dimensão instrutória, e resumindo-se ela ao enunciado de uma solução que o autor do acto poderia, por si só e sem mais, aplicar ao requerimento em apreço*”. - Acórdão do STA (3ª Subsecção do CA), de 20.11.2002- Processo nº 047678.

117 “*Não é violado o direito de audiência referido no nº. 1 do artº. 108º do Código do Procedimento Administrativo, quando a decisão final, embora tomada com prévia audiência do interessado, não tenha sido precedida de instrução, baseando-se apenas no requerimento provas e parecer com aquele juntos, o que equivale à situação prevista no artº. 103º, nº. 2 alínea a) do Código do Procedimento Administrativo*”. - Acórdão do STA (2ª Subsecção do CA), de 16.02.94 - Processo: 032033. Em sentido idêntico v. ainda os Acórdãos do mesmo Tribunal (2ª Subsecção do CA) de 28.03.1995 - Processo: 036804 e de 15.02.1996 (1ª Subsecção do CA) - Processo nº 033612 (este acórdão, todavia, seria revogado pelo Acórdão do Pleno da mesma Secção de 18.02.1998, por se ter entendido a necessidade de existência de instrução).

118 Sobre esta matéria v. os Acórdãos do Tribunal de Segunda Instância da RAEM, de 26.11.2015-Processo nº436/2013, de 06.12.2012 - Processo nº 163/2012, de 28.06.2012 – Processo nº 458/2011 e de 24.05.2012 - Processo nº 545/2011.

interessado ficou logo definida no seu requerimento e é sobre ele que tem de incidir a decisão, uma vez que nenhuma diligência foi realizada que permitisse posição diversa da apresentada no requerimento. Deste modo, a situação é equiparável à de audiência anterior sobre todos os aspectos relevantes para a decisão (artº 97º, alínea a)).

Este entendimento, no entanto, é rejeitado por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos,¹¹⁹ com fundamento em que o artº. 267.º, nº 5 da CRP não permite tal restrição à participação dos interessados na formação das decisões que lhes digam respeito. Por outro lado, ainda que nesses casos não seja discernível uma fase procedimental instrutória *a se* traduzida em actos materiais ou imateriais com projecção externa, qualquer acto administrativo implica pelo menos uma actividade mínima de averiguação dos seus pressupostos de facto e de direito (ou seja, uma instrução em sentido funcional), ainda que consistente em puras operações intelectivas do autor do acto; do ponto de vista das funções objectivas e subjectivas da audiência dos interessados nada justifica *a priori* a sua exclusão nestes casos.

Pela nossa parte, concordamos inteiramente com a tese do STA. Na verdade, o direito de audiência nestes casos iria reconduzir-se a uma mera reafirmação de pontos de vista já anteriormente expressos, uma vez que não existem elementos novos de facto ou de direito¹²⁰.

2. Como regra, também não há lugar à audiência prévia nos procedimentos de 2º grau.

Sobre esta matéria, Freitas do Amaral¹²¹ diz-nos que os procedimentos decisórios podem ser de 1º grau ou de 2º grau, conforme visem preparar a prática de um acto primário¹²² ou de um acto secundário. Assim, por exemplo, todos procedimentos de reclamação ou de recurso hierárquico ou tutelar são

119 Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos – Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, pág.127.

120 No entanto, se a entidade decisora apreciar na decisão final uma questão de direito sobre a qual o interessado não se tenha pronunciado, parece que deverá ter lugar a audiência. Para melhor estudo desta questão v. Diogo Leite de Campos e outros - Lei Geral Tributária, Anotada e Comentada, 4ª edição, págs. 504/505. Estes autores discordam, assim, do entendimento do STA segundo a qual só haverá lugar à audiência se tiver havido instrução.

121 Direito Administrativo, Vol. III (Lições 1989), pág. 188.

122 São “*actos primários*” aqueles que versam pela primeira vez sobre uma determinada situação da vida, como, por exemplo, a nomeação de um funcionário ou a expropriação de um terreno privado. Por sua vez, constituem “*actos secundários*” aqueles que versam sobre um acto primário anteriormente praticado, como por exemplo, a revogação de uma acto anterior ou a sua suspensão - Freitas do Amaral - Direito Administrativo, Vol. III (Lições 1989), pág. 125/126.

procedimentos decisórios de 2º grau.

Então, nos procedimentos de 2º grau em que existe apenas uma reapreciação da decisão já tomada no procedimento de 1º grau, não são aplicáveis, por regra, as normas relativas ao direito de audiência.

Na verdade, como se escreveu no Acórdão do STA (2ª Subsecção do CA), de 09.06.1998 - Processo nº 039004 “ *Nos procedimentos de 2º grau só haverá lugar a audiência do interessado quando o acto secundário se baseie em matéria de facto nova que não conste do procedimento do 1º grau e a decisão for desfavorável ao particular*”.

Isto porque, como também se observa no Acórdão de 15.10.1998 (1ª Subsecção) - Processo nº 36508 “ *O princípio da participação dos administrados na formação das decisões, designadamente através da sua audiência prévia, nos termos dos artºs 8º e 100º do CPA, é um princípio geral do procedimento decisório comum ou de 1º grau, mas não é um trâmite próprio dos procedimentos impugnatórios ou de 2º grau, nos quais a audição dos administrados se reconduz aos contra-interessados (artº.171º do CPA), e não aos peticionantes do procedimento*”.

O que ficou escrito aplica-se relativamente aos procedimentos decisórios de 2º grau na RAEM. Com efeito estes procedimentos têm regras próprias (v. artºs 145º a 165º), sendo certo que não existe qualquer norma remissiva para os preceitos relativos ao direito de audiência.

Por outro lado, os prazos normais para o exercício da reclamação e do recurso são relativamente curtos (15 dias para a reclamação - artº 152º e 30 dias para o recurso - artº 162º), o que permite concluir que também pela fixação desses prazos o legislador pretendeu afastar o direito de audição nestes procedimentos¹²³.

Ressalva-se aqui o caso previsto no artº 162º, nº 2, em que o prazo de recurso é elevado até ao máximo de noventa dias quando haja lugar à realização de nova instrução ou de diligências complementares. Ora, havendo lugar a nova instrução ou diligências complementares, aplicando a doutrina dos acórdãos referidos, tem de haver lugar ao direito de audiência, salvo se a decisão for favorável ao interessado e não existirem contra-interessados prejudicados com a nova decisão¹²⁴.

123 Em Portugal, porém, a nível do direito tributário, o direito de audiência (designado por direito de audição) é também obrigatório nos procedimentos de 2º grau, tal como resulta do disposto no artº 60º, nº 1, alínea b) da Lei Geral Tributária, do seguinte teor: “*1- A participação dos contribuintes na formação das decisões que lhes digam respeito pode efetuar-se, sempre que a lei não prescrever em sentido diverso, por qualquer das seguintes formas: b) Direito de audição antes do indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações, recursos ou petições*”.

124 A violação do direito de audiência em procedimento de 2º grau, porém, não projecta efeitos anulatórios sobre o acto primário, antes conduzindo à anulação da decisão proferida no

3. O CPAM, de acordo com o seu artº 2º, aplica-se a todos os órgãos da Administração Pública que, no desempenho da actividade administrativa de gestão pública, estabeleçam relações com os particulares, bem como aos actos em matéria administrativa praticados pelos órgãos do Território que, embora não integrados na Administração Pública, desenvolvam funções materialmente administrativas. Deste modo, também as normas relativas ao direito de audiência dos interessados são aplicáveis a todos os procedimentos administrativos, incluindo aos especiais.

Todavia, quando o direito de audiência estiver também regulado em processos especiais, serão as normas ali previstas as aplicáveis se oferecerem aos interessados maiores garantias, não se aplicando, por isso, as normas dos artºs 94º a 97º do CPAM. É o caso já acima referido do procedimento em matéria disciplinar, em que nesta matéria são aplicáveis as normas do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro^{125 126 127}.

2.7. Consequências da preterição do direito de audiência

1. A violação do direito de audiência pode resultar de vários comportamentos do órgão instrutor ou da própria entidade decisora.

Assim, e desde logo, haverá violação do referido direito se os interessados (ou alguns deles) não forem notificados para o respectivo exercício, sem ocorrência de fundamento para dispensa legal de dispensa ou administrativa¹²⁸.

procedimento de 2º grau (Acórdão do STA – SCT- de 15.10.2008 - Processo nº 542/08). Em sentido idêntico v. o Acórdão de 16.06.04 - Processo nº 01877/03. Embora reportados a direito tributário, estes arestos têm inteira aplicação em matéria administrativa “*stricto sensu*”.

125 “*Tendo o processo disciplinar norma própria, o artº. 59 do E.D., sobre a audiência do arguido, não se justifica a repetição de tal audiência quando ela já foi realizada e em condições de maior garantia para o recorrente. Por isso, o próprio C.P.A. dispensa tal audiência quando os interessados já se tiverem pronunciado no procedimento*”. - Acórdão do STA (2ª Subsecção do STA), de 19/04/1994- Processo nº 032074.

126 Neste sentido se escreveu também no Acórdão do Tribunal de Última Instância da RAEM, de 13/09/2006 – Processo nº 22/2006, segundo o qual “*O direito de audiência do interessado a que se refere o artigo 93.º, n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo, e que tem lugar concluída a instrução e antes de ser tomada a decisão final, não se aplica no processo disciplinar*”. Em idêntico sentido v. o Acórdão do Tribunal de Segunda Instância da RAEM, de 17.11.2005-Processo nº 323/2004.

127 Sobre esta questão v. também Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, págs. 404/405 e Pedro Machete - A audiência dos interessados no procedimento administrativo, Universidade Católica Editora, págs. 324 e 326.

128 A não realização da audiência, só por si, não constitui violação do direito, já que os interessados



Ocorrerá também essa violação se o órgão instrutor invocar a existência de causa legal para a não realização da audiência, não fundamentando essa causa ou fazendo-o insuficientemente ou sem que essa causa ocorra efectivamente. Por exemplo, o órgão instrutor entende não ter lugar a audiência porque se está a esgotar o prazo para a decisão, quando a urgência não é de natureza procedimental, mas objectiva, tendo a ver com a urgência das necessidades que a decisão visa satisfazer (por exemplo, encerramento de um estabelecimento por razões urgentes de saúde pública). Ou quando invoca prejuízo pela realização da audiência, quando tal motivo não ocorre, ou pelo menos não ocorre relativamente a alguns interessados que deveriam, por isso ser ouvidos.

Ou ainda, no caso de dispensa administrativa, quando invocada a desnecessidade da audiência por os interessados se terem pronunciado sobre todas as questões relevantes, se verificar que, afinal, havia questões relevantes sobre as quais eles, ou alguns deles, ainda não se tinham pronunciado. Ou ainda quando seja dispensada a audiência, mas a decisão tenha sido apenas parcialmente favorável ou condicionada.

Poderá ainda apontar-se a violação do direito quando um interessado não notificado que tenha conhecimento do procedimento e legitimidade para nele intervir, se apresente a pretender exercer esse direito, sendo-lhe o mesmo recusado¹²⁹.

Mas, mesmo tendo tido lugar a audiência, deve considerar-se violado o respectivo direito se o interessado requereu a junção de documentos ou a realização de diligências que seriam úteis para a decisão e que foram recusadas.

E, do mesmo modo, assim acontecerá se o interessado invocou factos ou argumentação jurídica para a decisão que não foram nestes apreciados. Isto porque, conforme acertadamente referem Mário Esteves de Oliveira e outros¹³⁰ *“O direito de audiência é também, sob pena de se lhe retirar grande parte do seu significado prático, o direito a ver ponderadas na decisão final as razões, a “causa de pedir”, suscitadas por cada interessado e contra-interessado. Nem*

podem ser notificados e nada requerer. A violação consiste sim, em não ser dada oportunidade para o exercício do direito. Se o interessado nada disser, e não houver outros interessados, passa-se à fase da decisão. Neste sentido o artº 82º, nº 3 da Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de Espanha, dispõe expressamente que *“Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite”*.

129 No sentido de que os interessados não notificados que souberem da existência de um prazo de audiência podem ir ao procedimento exercer o seu direito v. Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 529.

130 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 520.

que seja para as repudiar”.

2. Verificando-se então a violação do direito, cabe apreciar quais as consequências jurídicas dessa violação, já que dúvidas não restam de que estamos perante um vício de natureza procedimental traduzido na omissão de uma formalidade essencial do mesmo.

A doutrina não é unânime sobre esta matéria, entendendo alguns autores que estamos perante uma nulidade, outros perante acto meramente anulável, o que é relevante, uma vez que sendo o acto nulo não está sujeito a prazo e é de conhecimento oficioso, enquanto que, se for meramente anulável, depende da sua invocação e esta está sujeita a prazo (v. os artºs 123º a 125º do CPAM). Assim, aqueles autores que entendem o direito de audiência como direito análogo aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, a sanção correspondente a essa invalidade seria a da nulidade do acto administrativo praticado com ofensa do direito de audição de acordo com o disposto no CPA (artºs 122º e 124º do CPAM)¹³¹.

Já para outros autores, estando embora em causa um direito reconhecido constitucionalmente, não se pode concluir que estamos perante direito análogo aos direitos fundamentais. Deste modo, a violação da lei por preterição de formalidade essencial conduz apenas à verificação do vício da anulabilidade, com as consequências referidas no CPA (v. artºs 122º e 124º do CPAM)¹³².

131 Defendendo este ponto de vista v. Sérvulo Correia - O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento, “in” *Cadernos de Ciência de Legislação*, nºs 9/10, Janeiro-Junho de 1994, pp. 156-157; Vasco Pereira da Silva - Em Busca do Acto Administrativo Perdido, 1996, pp. 426 e segs.; Marcelo Rebelo de Sousa - Regime do Acto Administrativo, in *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, p. 45; Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos – *Direito Administrativo Geral*, Vol. III, D. Quixote, págs. 130 e 163 e David Duarte - Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório, 1996, pp. 143 e segs. Defendendo a nulidade V. também Luiz Cabral de Moncada - *Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado*, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág.425/426. Este autor, no entanto, admite que *“o regime da nulidade que cabe à preterição da audiência prévia será especial, como que a meio caminho entre o tradicional regime da nulidade que não admite a sanção do acto administrativo e o regime mais suave da anulabilidade na medida em que casos existirão em que, apesar da omissão da audiência prévia, o interessado foi suficientemente ouvido durante o procedimento. Nestes casos deve admitir-se que a omissão da audiência possa ser sanada pela demonstração, cujo ónus caberá à Administração, da participação adequada do interessado no desenvolvimento do procedimento”.*

132 Defendendo este ponto de vista v. Freitas do Amaral - Fases do procedimento decisório de 1.º grau, “in” *Direito e Justiça*, Vol. VI, 1992, p. 32; Pedro Machete - *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Universidade Católica Editora, 1995, pp. 511 e segs. e *O direito de ser ouvido no âmbito de nos procedimentos especiais - Comentário ao Acórdão do*

Poderemos ainda encontrar uma outra corrente que defende que em certos casos especiais a preterição da audiência gera nulidade. Assim sucederá, por exemplo, com os processos disciplinares ou com as decisões que condenem em multas administrativas^{133 134}.

3. A nível da jurisprudência existe unanimidade no sentido de que a preterição do direito de audiência, em regra, determina a anulabilidade do acto.

Assim, no Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 594/2008, de 26 de Janeiro (Diário da República n.º 17/2009, Série II de 2009-01-26), ficou escrito o seguinte:

“A audição do interessado tem, assim, a natureza de princípio constitucional cuja efectivação como regra se impõe que seja adoptada pelo legislador ordinário, não podendo a sua dispensa deixar de estar sujeita aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, ínsitos no princípio do Estado de direito democrático (cf. artigo 2.º da CRP). Nesta perspectiva, o direito de audição corresponde a uma formalidade essencial do procedimento administrativo, funcionalizado para a formação das decisões e deliberações administrativas, com a participação dos interessados. Mas, atribuir-se ao direito de audição, na conformação do

Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) de 30.10.1996, P. 38 064, “in” “Cadernos de Justiça Administrativa”, CJA, n.º 2, pág.45/52; Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo, Anotado, Comentado, Jurisprudência, 3.ª edição actualizada e aumentada, pág.352, Maria Lídia Carvalho Soares, - Código do Procedimento Administrativo ao Cidadão, pág.108 e Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau - SAFF, pág.489.

133 Neste sentido v. Luísa Neto - O direito à audiência no procedimento Disciplinar – Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1ª Secção) de 11.12.1996, Processo n.º 29.875 “in” “Cadernos de Justiça Administrativa”, n.º 8, a pág. 8/12; Pedro Machete - O direito de ser ouvido no âmbito de nos procedimentos especiais - Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) de 30.10.1996, P. 38 064, “in” “Cadernos de Justiça Administrativa”, CJA, n.º 2, pág.45/52 e Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 512/522. Estes últimos autores propugnam mesmo que nos casos em que existe uma garantia constitucional para o procedimento, esta deverá ser extensível a todos os procedimentos sancionatórios, como por exemplo a aplicação de multas a concessionários e demais relações de poder que comportem a aplicação de sanções. O mesmo para sanções aplicadas por ordens, associações e Câmaras profissionais.

134 O Tribunal de Última Instância da RAEM exprimiu também esta posição, nomeadamente no seu Acórdão de 18.07.2001- Processo n.º 8/2001, classificando como nulidade a preterição da audiência em procedimento disciplinar. Por outro lado, considerou inaplicáveis nestes procedimentos disciplinares, as disposições do CPAM e matéria do direito de audiência - neste sentido v. os Acórdãos de 13.11.2013 - Processo n.º 23/2013 e de 13.09.2006 - Processo n.º 39/2004.

procedimento a que o legislador ordinário se encontra obrigado, uma função essencial, e, até, quando previsto, a natureza de uma formalidade essencial, não consequência, necessariamente, que o preceito constitucional o tenha como elemento essencial do acto, até, porque o acto é evento posterior do procedimento a que respeita a audição, ou, sequer, que o mesmo artigo obrigue o legislador ordinário a atribuir-lhe tal natureza cuja falta haja de ser sancionada com a nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do CPA, em vez de o ser, apenas, mediante a sanção regra que o legislador ordinário adoptou para sancionar a ilegalidade dos actos administrativos - a anulabilidade (artigo 135.º do CPA).

O que vem de dizer-se não impede que, em certos casos, se reconheça ao direito de participação, sob a forma de direito de audição, uma natureza especial tal que demande que a sua violação seja sancionada com o estigma da nulidade própria da afectação do núcleo essencial dos direitos fundamentais (cf. artigo 133.º, n.º 2, alínea d), do CPA).

Será o caso do direito de audiência e de defesa, nos procedimentos contra-ordenacionais e quaisquer processos sancionatórios (artigo 32.º, n.º 10, da CRP) e nos processos disciplinares (artigo 269.º, n.º 3, da CRP).

Mas, aqui, a configuração como verdadeiro direito subjectivo fundamental não se funda, directamente, no referido artigo 267.º, n.º 5, da Constituição, mas em outros preceitos constitucionais, prendendo-se, directamente, não com o interesse da participação dos interessados na formação das decisões ou deliberações administrativas, no processamento da actividade administrativa, compaginante da melhor realização do interesse público e dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, mas com a fixação das condições, necessárias e indispensáveis, à garantia ou à realização “dos direitos fundamentais”, impondo-se, então, como um postulado da dignidade da pessoa humana ou por um direito fundamental material em que ela se concretize (cf. José Carlos Vieira de Andrade, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, 1991, pp. 197 e segs.)

Temos, assim, de concluir que o sancionamento da falta do direito de audição, a que se refere o artigo 100.º do Código de Procedimento Administrativo, com a anulabilidade, nos termos do artigo 135.º, do mesmo código, não viola o disposto no artigo 267.º, n.º 5, da Constituição, nem qualquer outra norma ou princípio constitucional.

Em sentido idêntico e uniforme se tem também pronunciado o STA de Portugal (quer na Secção de Contencioso Administrativo, quer na Secção de Contencioso Tributário), tendo ficado escrito o seguinte no Acórdão de 11.09/2008 (1ª Subsecção do CA) - Processo nº 0112/07:

“Na verdade, a jurisprudência deste STA sempre considerou que a inobservância da audiência de interessados, quando exigível, ou seja, fora dos casos previstos no art. 103º do CPA, constitui um vício formal gerador de anulabilidade do acto (cfr., a título exemplificativo, o Ac. de 03.12.94 – A.D. 403, pág. 781).

E esta orientação jurisprudencial assenta na ideia de que esta formalidade não incorpora um direito fundamental de participação, mas apenas um princípio estruturante do processamento da actividade administrativa, pelo que a sua inobservância não constitui ofensa ao conteúdo essencial de um direito fundamental, tal como se prevê no citado art.133º, nº 2, al. d) do CPA, gerando, assim, a anulabilidade do acto e não a sua nulidade”^{135 136}.

E, do mesmo modo, o Tribunal de Última Instância da RAEM, tem também entendido que a preterição de tal direito constitui preterição de formalidade essencial geradora de anulabilidade, salvo nos casos de procedimentos disciplinares em que tal vício assume a forma da nulidade^{137 138}.

E bem se compreende que assim seja, pois se trata de omissão de uma formalidade prevista em lei ordinária, pelo que nem sequer seria defensável considerar aqui o direito de audiência como direito análogo aos direitos fundamentais consagrados na Lei Básica da RAEM, como defendem os autores acima referidos relativamente à Constituição Portuguesa.

Na verdade, a preterição só poderia considerar-se nulidade se estivessemos perante acto que ofendesse o conteúdo essencial de um direito fundamental (artº 122º, nº 2, alínea d) do CPAM). Ora, de acordo com o Acórdão do TUI de 16/11/2005 - Processo nº 22/2005:

“II – Os direitos previstos no Capítulo III da Lei Básica e aqueles que os complementem, previstos noutras locais da Lei Básica, devem ser considerados direitos fundamentais, para os efeitos previstos na alínea d) do n.º 2 do art.º 122.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

III – Os atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental, sancionados com nulidade pela alínea d) do n.º 2 do art. 122.º do CPA, são aqueles atos que afetem decisivamente, de maneira desproporcionada, o núcleo essencial de um direito fundamental”.

Deste modo, não estando aquele direito de audiência incluído no catálogo dos

135 Em sentido idêntico v. também, entre muitos outros, os Acórdãos de 12.07.05 (2ª Subsecção) - Processo nº 01586/03 , de 11/04/2015 (1ª Secção do CA)- Processo nº 0724/15 e de 17.05-05 (2ª Subsecção do CA)-Processo nº 0691/02.

136 Neste sentido v. também o Parecer do Conselho Consultivo da PGR de Portugal de 06/30/2005 -P000662005.

137 No sentido de que o direito de audiência constitui uma formalidade essencial do procedimento que não pode ser afastada, salvo nos casos previsto nos artºs 96º e 97º do CPAM, v. os Acórdãos do Tribunal de Última Instância da RAEM, de 25/07/2012- Processo nº 50/2012 e de 22/05/2013-Processo nº 28/2013. V. também o Acórdão de 18.07.2001-Processo nº 8/2001 no qual se configura a preterição como nulidade no procedimento disciplinar.

138 Neste sentido v. também os Acórdãos do Tribunal de Segunda Instância da RAEM, de 27.06.2013 - Processo nº 643/2012 , de 10.11.2011 – Processo nº 770/2010.

Direitos e deveres fundamentais dos residentes da Lei Básica, não pode ser considerado um direito fundamental cuja violação se enquadre na citada norma.

4. A questão que, finalmente, se coloca nesta matéria é a de saber se, perante a referida preterição do direito de audiência, o acto tem de ser sempre anulado, ou por outras palavras e como a doutrina e a jurisprudência designam a questão, se pode haver lugar ao proveitamento do acto. Nesta matéria, o recente Acórdão do TUI da RAEM, de 22.06.2016 - Processo nº 20/06, afirmando entendimento já anteriormente seguido pelo mesmo Tribunal (e por grande parte da doutrina e da Jurisprudência portuguesas) veio dizer o seguinte:

“Sempre que, no exercício de poderes vinculados por parte da Administração, o tribunal conclua, através de um juízo de prognose póstuma, que a decisão administrativa tomada era a única concretamente possível, a falta de audiência do interessado, prevista no artigo 93.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, degrada-se em formalidade não essencial do procedimento administrativo”¹³⁹.

Este entendimento está claramente fundamentado no Acórdão do STA de Portugal (1ª Secção), de 11/04/2015 - Processo: 0724/15, onde se escreveu o seguinte: “Com efeito, o direito de participação dos interessados mostra-se constitucionalmente estatuído, mas tal não impede que o mesmo não venha a produzir efeitos invalidantes, se se demonstrar que o novo acto a proferir o venha a se r com o mesmo conteúdo, designadamente quando estamos no âmbito do exercício de poderes vinculados.

Ora, quer a doutrina, quer a jurisprudência têm vindo a acolher o princípio do aproveitamento do acto, princípio este que assenta no entendimento de que não se justifica a anulação de um acto administrativo que foi praticado no exercício de poderes vinculados e está de acordo com os pressupostos fixados na lei –, nos termos do qual se admite que a falta de audiência dos interessados, quando obrigatória, possa não conduzir à anulação do acto final do procedimento.

Essa omissão nem sempre conduzirá à anulação, «designadamente não a justificando nos casos em que se apure no processo contencioso que, se ela tivesse sido realizada, o interessado não teria possibilidade de apresentar elementos novos nem deixou de pronunciar-se sobre questões relevantes para determinar o conteúdo da decisão final, ou acabou por ter oportunidade de pronunciar-se, em procedimento de segundo grau (reclamação graciosa ou recurso hierárquico), sobre questões sobre as quais foi indevidamente omitida a audiência no procedimento de primeiro grau» (Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa, *Lei Geral Tributária Anotada e Comentada*, Encontro da Escrita, 4ª edição, anotação 15 ao art. 60º, págs.

139 Em sentido idêntico v. os Acórdãos do mesmo Tribunal, de 25.07.2012 - Processo nº 48/2012 e de 25.04.2012 – Processo nº 11/2012 e do Tribunal de Segunda Instância da RAEM, de 19.03.2015- processo nº 818/2013 e de 07.07.2011- Processo nº 801/2009.

515 e segs).

E assim se tem formado uma consistente jurisprudência no sentido de que os vícios de forma não impõem, necessariamente, a anulação do acto a que respeitam, e que as formalidades procedimentais essenciais se podem degradar em não essenciais se, apesar delas, foi dada, em concreto, satisfação aos interesses que a lei tinha em vista ao prevê-las. Consequentemente, e tendo em conta que a audiência prévia dos interessados não é um mero rito procedimental, a formalidade em causa (essencial) só se podia degradar em não essencial (não invalidante da decisão) se essa audiência não tivesse a mínima probabilidade de influenciar a decisão tomada, e se se impusesse, por isso, o aproveitamento do acto”¹⁴⁰.

A nível da doutrina, este entendimento, no entanto, suscita críticas. Assim, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos,¹⁴¹ dizem o seguinte: “Mas esta orientação é altamente discutível: primeiro, porque a garantia constitucional da participação dos interessados na formação das decisões que lhes digam respeito não se resume à instrução procedimental; segundo, porque, em ordem a concluir pelo carácter não viciado do acto em causa, o tribunal vai na prática ter que reinstaurar o procedimento administrativo em substituição da administração, violando o princípio da separação de poderes; terceiro, porque para atingir o mesmo desiderato o tribunal vai ter que averiguar da existência de vícios que não foram alegados pelas partes (na medida em que estes constituem obstáculos à salvaguarda do acto), violando assim o princípio do dispositivo”.^{142 143}

140 Em sentido idêntico, entre muitos outros, v. os Acórdãos do STA de 03/03/2004 - Processo nº 1240/02, de 10/11/2010 – Processo nº 671/10, de 11/05/2011- Processo nº 833/10, de 29.01.2009-Processo nº 0651/09, de 05.02.2004 (1ª Subsecção do CA)-Processo nº 01944/03 (1ª Subsecção do CA) e de 23.05.2006 (Pleno da SCA)–Processo nº 01618/2002.

141 Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, págs.129/130.

142 Para melhor estudo desta matéria v. ainda Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, págs. 383/386; António Francisco de Sousa - CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, págs. 288, 354 e 401; Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, págs. 525/526; Ana Celeste Carvalho - Os vários caminhos da jurisprudência administrativa na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo “in” Estudos de Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, págs. 9-44; Pedro Machete - Os limites do aproveitamento do acto administrativo, “in” Cadernos de Justiça Administrativa nº 101, Set./Out. 2013, pp. 64-67; Natália Torquete Moura - Reflexões sobre o princípio do aproveitamento do ato administrativo procedimentalmente viciado “in” O Direito 145º (2013), I-II, págs. 207-250; Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, págs. 582/584 e 425/426 e Inês Ramalho - O princípio do aproveitamento do acto administrativo “in” <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1004-2427.pdf>.

143 O artº 163º, nº 5 do actual CPA português, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de Janeiro, consagra hoje expressamente o aproveitamento do acto administrativo anulável, nos seguintes

Pela nossa parte e tal como já entendíamos no STA, continuamos a defender que, nos casos em que mesmo, realizando-se a audiência, a decisão não pudesse ser outra, a sua falta não deve conduzir à anulação da decisão pois que isso representaria pura perda de tempo, já que a Administração teria de proferir decisão idêntica só que em fase mais tardia, sem benefício nem para o interessado, nem para o interesse público. Este entendimento aplica-se também ao ordenamento jurídico da RAEM, sendo ele adoptado pelos seus Tribunais Superiores, como se referiu acima.

2.8. Meios de reacção à preterição do direito de audiência ou impedimento do seu exercício

Em nosso entender, o interessado só com a notificação da decisão final se pode aperceber da violação do direito de audiência.

Como já se referiu, esta violação pode resultar da omissão pura e simples da notificação para o seu exercício, mas pode resultar também da deficiente ou errada fundamentação para a sua dispensa ou ainda da falta de apreciação na decisão das suas alegações. Não existindo obrigação de notificação separada da dispensa de audiência, só após a notificação da decisão final o interessado pode verificar se a eventual dispensa preencheu ou não os requisitos legais.

No caso de entender ter ocorrido violação do seu direito, o interessado pode reagir pela via administrativa ou pela via judicial.

Assim, pode reclamar ao abrigo do disposto nos artºs 148º e segs. do CPAM. No caso de indeferimento da reclamação pode haver lugar a recurso hierárquico ao abrigo dos artºs 153º e segs. do CPA.

Todavia, o interessado pode recorrer judicialmente da decisão final desfavorável e invocar a violação do referido direito (artºs 20º e segs. do CPAC).

termos:

“5 — Não se produz o efeito anulatório quando:

- a) O conteúdo do ato anulável não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível;*
- b) O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via;*
- c) Se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo”.*

2.9. O exercício do direito de audiência nos regulamentos administrativos

Como é sabido, os regulamentos administrativos são decisões dos órgãos da administração pública que, ao abrigo de normas de direito público, visam produzir efeitos jurídicos em situações gerais e abstractas, nisso se distinguindo dos actos administrativos, os quais constituem “*decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta*” (artº 110º do CPAM)¹⁴⁴.

Esses regulamentos podem classificar-se de acordo com vários critérios, nomeadamente critério da dependência face à lei, critério do objecto e projecção da eficácia do regulamento.

Deste modo, temos regulamentos complementares ou de execução, regulamentos independentes ou autónomos, regulamentos de funcionamento, regulamentos de polícia, regulamentos internos e regulamentos externos¹⁴⁵.

O CPAM, à semelhança do que sucedia com o anterior CPA de Portugal, não define regulamento mas a ele se refere nos artºs 105º a 109º, como adiante veremos¹⁴⁶.

Também relativamente aos regulamentos administrativos a lei prevê e incentiva a participação dos cidadãos na sua formação.

A) No sistema jurídico de Portugal

1. No CPA aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro, esta matéria estava regulada nos artºs 115º a 118º dos quais resultava, em resumo, o seguinte:

– Os interessados podiam apresentar aos órgãos competentes petições em que solicitassem a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos, as quais deviam ser fundamentadas, sem o que a Administração não tomaria conhecimento delas, devendo ser informados do destino dado às suas petições,

144 O artº 148º do actual CPA de Portugal define actos administrativos como “as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”.

145 Sobre esta matéria, entre outros, V. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos - Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, págs.238 e segs. e João Caupers – Introdução ao Direito Administrativo, 9ª edição, Âncora editora, págs. 225 e segs.

146 O artº 135º do actual CPA de Portugal define regulamentos administrativos como sendo “as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos”.

bem como dos fundamentos da posição tomada em relação a elas.

– Tratando-se de regulamento impondo deveres, sujeições ou encargos, e quando a isso se não opusessem razões de interesse público, as quais seriam sempre fundamentadas, o órgão com competência regulamentar devia ouvir, em regra, sobre o respetivo projeto, nos termos definidos em legislação própria, as entidades representativas dos interesses afetados, caso existissem.

– Quando a natureza da matéria o permitisse, o órgão competente devia, em regra, nos termos a definir na legislação referida no artigo anterior, submeter a apreciação pública, para recolha de sugestões, o projecto de regulamento, o qual seria, para o efeito, publicado na 2ª série do *Diário da República* ou no jornal oficial da entidade em causa, podendo os interessados formular por escrito as suas sugestões.

Temos assim que, embora não estando em causa um interesse individual e concreto, se permite também aos cidadãos a participação na elaboração dos regulamentos administrativos.

2.O novo CPA, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de Janeiro, veio regulamentar a mesma matéria nos seus artºs 97º a 101º, dos quais destacamos, por mais inovadores, os artºs 100º e 101º, do seguinte teor:

“Artigo 100.º

Audiência dos interessados

1 – Tratando-se de regulamento que contenha disposições que afetem de modo direto e imediato direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o responsável pela direção do procedimento submete o projeto de regulamento por prazo razoável, mas não inferior a 30 dias, a audiência dos interessados que como tal se tenham constituído no procedimento.

2 – A audiência dos interessados pode ser escrita ou oral e processa-se, salvo quanto aos prazos, nos termos dos artigos 122.º e 123.º

3 – O responsável pela direção do procedimento pode não proceder à audiência quando:

- a) A emissão do regulamento seja urgente;
- b) Seja razoavelmente de prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade do regulamento;
- c) O número de interessados seja de tal forma elevado que a audiência se torne incompatível, devendo nesse caso proceder -se a consulta pública;
- d) Os interessados já se tenham pronunciado no procedimento sobre as questões que importam à decisão.

4 – Nas situações previstas no número anterior, a decisão final deve indicar os fundamentos da não realização da audiência.

5 – A realização da audiência suspende a contagem dos prazos do procedimento administrativo.

Artigo 101.º

Consulta pública

1 – No caso previsto na alínea *c*) do n.º 3 do artigo anterior ou quando a natureza da matéria o justifique, o órgão competente deve submeter o projeto de regulamento a consulta pública, para recolha de sugestões, procedendo, para o efeito, à sua publicação na 2.ª série do *Diário da República* ou na publicação oficial da entidade pública, e na Internet, no sítio institucional da entidade em causa, com a visibilidade adequada à sua compreensão.

2 – Os interessados devem dirigir, por escrito, as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, no prazo de 30 dias, a contar da data da publicação do projeto de regulamento.

3 – No preâmbulo do regulamento, é feita menção de que o respetivo projeto foi objeto de consulta pública, quando tenha sido o caso.”

B) No sistema jurídico da RAEM

O CPAM regula esta matéria nos seus artºs 105º a 108º, como referimos acima e em moldes semelhantes aos do CPA de Portugal anteriormente vigente.

Deste modo, os interessados podem apresentar aos órgãos competentes pedidos em que solicitem a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos, todo o projecto de regulamento é acompanhado de uma exposição de motivos, da qual consta obrigatoriamente a indicação das normas legais e regulamentares vigentes sobre a matéria, bem como dos estudos, pareceres, informações e demais elementos que tenham servido de base à sua elaboração e quando a natureza da matéria o permitir, o órgão competente deve, em regra, submeter a apreciação pública, para recolha de sugestões, o projecto de regulamento, o qual é, para o efeito, publicado no Boletim Oficial de Macau.

Os interessados devem dirigir por escrito as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, dentro do prazo de trinta dias contados da data da publicação do projecto de regulamento, mencionando-se no preâmbulo do regulamento que o respetivo projecto foi objecto de apreciação pública, quando tenha sido o caso.

2.10. O direito de audiência no direito tributário

A) No sistema jurídico de Portugal¹⁴⁷

1. Até à entrada em vigor da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de Dezembro, não existia no direito tributário português qualquer norma de âmbito genérico consagrando o direito de audiência prévia.

Seria esta Lei a consagrar no seu artº 60º este direito, nos seguintes termos¹⁴⁸:

“1 - A participação dos contribuintes na formação das decisões que lhes digam respeito pode efectuar-se,¹⁴⁹ sempre que a lei não prescrever em sentido diverso, por qualquer das seguintes formas:

- a) Direito de audição antes da liquidação;
- b) Direito de audição antes do indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações, recursos ou petições;
- c) Direito de audição antes da revogação de qualquer benefício ou acto administrativo em matéria fiscal;
- d) Direito de audição antes da decisão de aplicação de métodos indirectos;
- e) Direito de audição antes da conclusão do relatório da inspecção tributária.

147 Sobre esta matéria, entre outros, José Luís Saldanha Sanches - *Audição - Participação - Fundamentação: a co-responsabilização do sujeito passivo na decisão tributária, em colaboração com João Taborda da Gama, Estudos em Homenagem ao Doutor José Xavier de Basto*, Coimbra: Coimbra, 2006, 217-304, Diogo Leite de Campos e outros - *Lei Geral Tributária - Anotada e Comentada*, 4ª edição, 2012, págs. 501/529, Felipe de Castro Santos – *Algumas Notas Soltas Acerca do Direito de Audição Prévia do Contribuinte no Procedimento Tributário - Faculdade de Direito da Universidade do Porto “in” Internet*, Lima Guerreiro - *Lei Geral Tributária Anotada – Editora Rei dos Livros*, págs. 275/281, Daniel Martins Geraldo Taborda - *O direito de audição no procedimento tributário – Fiscalidade n.º 25 Janeiro/Março 2006*, Pedro Machete - *A Audição Prévia do Contribuinte “in” Problemas Fundamentais Direito Tributário*, Lisboa 1999, págs. 229/335, Casalta Nabais - *Direito Fiscal 5ª edição*, págs. 371/372, Jorge Lopes de Sousa – *CPPT Anotado e Comentado*, 6ª edição 2011, Vol. I, págs. 424/448, Lúcio Pimentel Lourenço - *O Conceito de Contribuinte Tributário*, Livros do Brasil 2010, págs. 219/220 e 223/224 e João Torão - *Código de Procedimento e de Processo Tributário - Anotado e Comentado, Edição Digital*, Fevereiro de 2016, págs. 437 e segs.

148 Redacção originária.

149 A expressão “*pode efectuar-se*” refere-se às formas seguidamente indicadas no artigo pelas quais a audição pode realizada e não a qualquer faculdade de a Administração Tributária poder ou não permitir o exercício de tal direito. É que, como veremos, o direito de participação dos contribuintes pode ter lugar por outras formas, que não apenas as referidas neste artigo.

2 - É dispensada a audição no caso de a liquidação se efectuar com base na declaração do contribuinte ou a decisão do pedido, reclamação, recurso ou petição lhe for favorável.

3 - O direito de audição deve ser exercido no prazo a fixar pela administração tributária em carta registada a enviar para esse efeito para o domicílio fiscal do contribuinte.

4 - Em qualquer das circunstâncias referidas no n.º 1, para efeitos do exercício do direito de audição, deve a administração tributária comunicar ao sujeito passivo o projecto da decisão e sua fundamentação.

5 - O prazo do exercício oralmente ou por escrito do direito de audição, não pode ser inferior a 8 nem superior a 15 dias.

6 - Os elementos novos suscitados na audição dos contribuintes são tidos obrigatoriamente em conta na fundamentação da decisão”.

No entanto, a jurisprudência veio entendendo que, em matéria tributária, era também aplicável o disposto sobre a mesma matéria no CPA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, uma vez que a Administração Tributária se enquadrava no seu âmbito de aplicação (art.º 2.º)¹⁵⁰.

Assim, no Acórdão do STA, de 11.10. 2010 - Processo n.º 0671/10, ficou escrito, para além do mais, o seguinte:

“A questão que constituiu, assim, o objecto do presente recurso é, pois, a de se saber se, antes da entrada em vigor da LGT, que ocorreu em 1/1/1999 (artigo 6.º do DL 398/98, de 17 de Dezembro), era, ou não, exigível tal notificação e, em caso afirmativo, se concretizou, de alguma forma, o direito de participação da interessada no procedimento em causa.

Vejamos.

A Constituição da República Portuguesa, no n.º 4 do artigo 267.º da CRP (na redacção de 1989, a que corresponde o n.º 5 do mesmo artigo nas redacções posteriores), exige que o processamento da actividade administrativa assegure a participação dos cidadãos na formação das decisões e deliberações que lhes disserem respeito.

Nesta norma constitucional não se concretiza, porém, a forma como deve ser assegurada tal participação.

Quando a impugnante, ora recorrida, foi notificada das liquidações adicionais aqui impugnadas, em 1998, estavam em vigor o CPT e o CPA.

O artigo 100.º do CPA é uma concretização desse direito de

150 Neste sentido, entre outros, v. os Acórdãos do STA, de 30.10.2002 - Processo n.º 0780/02, de 10.11.10 - Processo n.º 0671/10, de 25.01.2000 - Processo n.º 021244, de 30.11.2005 - Processo n.º 0622/05 e de 11.02.2005 - Processo n.º 0518/05.

participação, estabelecendo que, concluída a instrução, e salvo o disposto no artigo 103.º, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta.

Como se afirma no acórdão deste STA de 11/1/2006, proferido no recurso n.º 584/05, «No entanto, a C.R.P. não exige que o direito de participação que assegura seja concretizado precisamente através de uma comunicação prévia do sentido provável da decisão final, sendo a fórmula constitucional compatível com outras formas de participação dos particulares nos procedimentos administrativos, desde que possibilitem a estes influenciar o sentido da decisão final.

O C.P.T. enunciou, na alínea c) do art. 19.º, o direito de audição como uma das garantias dos contribuintes, ao lado dos direitos de reclamação, impugnação e oposição.

Na concretização destes direitos, efectuada no art. 23.º, faz-se referência ao direito de audição apenas relativamente ao processo contra-ordenacional – alínea e) – concretizando-se a forma do exercício desse direito através de uma notificação para exercício do direito de defesa (arts.199.º e 200.º do C.P.T.).

No entanto, esta referência expressa ao direito de audição para estes processos e não também para os procedimentos de liquidação dos tributos não significa que o C.P.T. e as leis tributárias não assegurassem, através de outras vias, o direito de participação dos cidadãos na formação das decisões.

Na verdade, nos casos em que o processo de liquidação se inicia com base nas declarações dos contribuintes, o que é regra (art. 76.º, n.ºs 1 e 2, do C.P.T.), essa participação é assegurada imediatamente, não havendo necessidade de qualquer outra intervenção daqueles no procedimento, se a liquidação se vier a efectuar com base nos dados que constam dessas declarações.

Por outro lado, nos casos em que a administração tributária faz alterações ao teor das declarações, são, na maior parte dos casos, asseguradas formas de participação dos cidadãos no procedimento tributário, através da notificação das correcções efectuadas, que conferem aos contribuintes a possibilidade de requererem a revisão ou impugnam administrativamente tais actos, podendo manifestar aí as suas posições, antes de ser praticado o acto final do procedimento, que é o que concretiza a liquidação do tributo (arts. 84.º do C.P.T., art. 67.º do C.I.R.S. e arts. 53.º, 54.º e 112.º do C.I.R.C., entre outras normas) – neste sentido, pode ver-se o acórdão deste Supremo Tribunal Administrativo de 29-11-2000, proferido no recurso n.º 25214).

Para além disso, o C.P.A., publicado após a entrada em vigor do

C.P.T., estabelece, no seu art. 2.º, n.º 5, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro, que as suas normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, entendimento este que já era defensável à face da redacção inicial – neste sentido, pode ver-se Freitas do Amaral, João Caupers, João Martins Claro, João Raposo, Pedro Siza Vieira e Vasco Pereira da Silva, em Código do Procedimento Administrativo Anotado, 1.ª edição, pág. 30).

Uma dessas normas que concretizam preceitos constitucionais, é o art.º 100.º do C.P.A., pelo que ele terá passado a ser potencialmente aplicável no procedimento tributário.

No entanto, a jurisprudência uniforme deste Supremo Tribunal Administrativo, concretizada em vários arestos da Secção do Contencioso Administrativo, tem sido no sentido de que as suas normas só são aplicáveis quando não há normas procedimentais especiais sobre as matérias nelas reguladas – neste sentido, podem ver-se os seguintes acórdãos da Secção do Contencioso Administrativo, relativos à prevalência das normas que asseguram o direito de audição do arguido em procedimento disciplinar sobre o regime previsto no C.P.A. de 28-9-95, proferido no recurso n.º 33172, publicado em Apêndice ao Diário da República de 27-1-98, página 7069; de 1-4-98, proferido no recurso n.º 41646; de 17-3-99, proferido no recurso n.º 41560; de 5-4-2000, proferido no recurso n.º 38210).

Assim, conclui-se que, após a entrada em vigor do C.P.A. e até à vigência da L.G.T. (que contém normas especiais sobre a matéria no seu art. 60.º), a participação dos interessados no procedimento tributário não podia deixar de ser assegurada, seja através de formas especiais, seja nos termos do C.P.A., sem prejuízo dos casos de dispensa ou inexistência deste direito previstos no seu art. 103.º e do próprio condicionalismo em que o art. 100.º prevê tal direito de audiência.»

No caso em apreço, não existia norma que se estabelecesse um regime especial de participação do contribuinte na formação da decisão.

Na verdade, as correcções determinadas pela administração tributária derivaram de inexactidões e omissões constatadas através de exame dos elementos da sua escrita, situação esta enquadrável nos artigos 16.º e 99.º do CIRC.

Nestas situações, não se previa na legislação vigente em 1998 qualquer intervenção do contribuinte entre o momento em que eram apurados os elementos necessários para efectuar a liquidação e o momento da concretização desta, estabelecendo-se apenas no artigo 19.º, alínea b) do CPT, entre as garantias dos contribuintes, a obrigatoriedade da notificação de todos os actos praticados em matéria tributária que afectassem os seus

direitos e interesses.

Por isso, não havendo um regime especial de exercício do direito de audiência, seria necessário assegurá-lo nos termos do artigo 100.º do C.P.A.

Não tendo sido assegurado o exercício do direito de audiência, as liquidações impugnadas enfermam de vício procedimental, por violação deste artigo 100.º, que é susceptível de ter reflexos na decisão final.

Alega a recorrente que tal participação se operou, contudo, desde logo através do procedimento inspectivo, na reclamação graciosa e agora também na impugnação judicial.

Mas o facto de terem sido ouvidos, no decurso do processo inspectivo, o técnico de contas da impugnante, o seu director financeiro e os responsáveis pelo sector de pessoal e por uma das secções de produção, e a impugnante ter tido a possibilidade de reclamar graciosamente e poder impugnar judicialmente as liquidações, não torna não essencial o vício de violação daquele direito.

Na verdade, como se acentua no aresto do STA de 11/1/2006, supra citado e aqui seguido, «o direito que é concedido pelo no n.º 5 do art. 267.º da C.R.P. e está concretizado nos arts. 100.º e seguintes do C.P.A., é um direito de participação na formação da decisão e não um direito de impugnar, administrativa ou judicialmente, decisões já elaboradas.

Trata-se, assim, de um direito cumulável com o direito de impugnação de actos lesivos, pelo que o facto de este existir não retira operância àquele vício procedimental.»

2. Existindo então regulamentação específica do direito de audiência prévia no direito tributário, são as normas deste regime as aplicáveis e não as do CPA

2.1. O citado artº 60º tem actualmente a seguinte redacção:

“1 - A participação dos contribuintes na formação das decisões que lhes digam respeito pode efetuar-se, sempre que a lei não prescrever em sentido diverso, por qualquer das seguintes formas: *(De acordo com o n.º 2 do art.º 13º da Lei n.º 16-A/2002 de 31 de maio, o disposto no n.º 1 do presente artigo tem carácter interpretativo):*

- a) Direito de audição antes da liquidação;
- b) Direito de audição antes do indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações, recursos ou petições;
- c) Direito de audição antes da revogação de qualquer benefício ou ato administrativo em matéria fiscal;
- d) Direito de audição antes da decisão de aplicação de métodos

indiretos, quando não haja lugar a relatório de inspeção; *(Redação dada pela Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2005 –v. o seu artº 79º. A nova redação da alínea desta alínea, tem natureza interpretativa, de acordo com o nº 2 do artº 40º da Lei nº 55-B/2004, de 30 de Dezembro.)*

e) Direito de audição antes da conclusão do relatório da inspeção tributária.

2 - É dispensada a audição:

a) No caso de a liquidação se efetuar com base na declaração do contribuinte ou a decisão do pedido, reclamação, recurso ou petição lhe seja favorável;

b) No caso de a liquidação se efetuar oficiosamente, com base em valores objetivos previstos na lei, desde que o contribuinte tenha sido notificado para apresentação da declaração em falta, sem que o tenha feito. *(Este número tem redação dada pelo artº 89º da Lei nº 53-A/2006, de 29 de Dezembro que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2007 – v. o seu artº 142º)*

3 - Tendo o contribuinte sido anteriormente ouvido em qualquer das fases do procedimento a que se referem as alíneas b) a e) do n.º 1, é dispensada a sua audição antes da liquidação, salvo em caso de invocação de factos novos sobre os quais se não tenha pronunciado. *(Este número foi aditado pelo artº 13º da Lei nº 16-A/2002, de 31 de maio que entrou em vigor em 5 de junho seguinte).*

4 - O direito de audição deve ser exercido no prazo a fixar pela administração tributária em carta registada a enviar para esse efeito para o domicílio fiscal do contribuinte. *(Anterior nº 3)*

5 - Em qualquer das circunstâncias referidas no n.º 1, para efeitos do exercício do direito de audição, deve a administração tributária comunicar ao sujeito passivo o projeto da decisão e sua fundamentação. *(Anterior nº 4)*

6 - O prazo do exercício oralmente ou por escrito do direito de audição é de 15 dias, podendo a administração tributária alargar este prazo até o máximo de 25 dias em função da complexidade da matéria. *(Este número tem redação dada pelo artº 220º da Lei nº 66-B/2012, de 31 de Dezembro, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 21013 – v. o seu artº 265º)- anterior nº 5*

7 - Os elementos novos suscitados na audição dos contribuintes são tidos obrigatoriamente em conta na fundamentação da decisão. *(Anterior nº 6).*

2.2. Este direito, embora integrando-se no direito de participação é específico, não se bastando com a mera colaboração com a administração tributária na prestação de informações ou de entrega de documentos e tem

o seu momento próprio que é após a realização da instrução¹⁵¹ e antes de proferida a decisão final do procedimento¹⁵².

No exercício deste direito o interessado pode pronunciar-se sobre todas as questões com interesse para a decisão, em matéria de facto e de direito, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos, tal como resluta do n.º 2 do art.º 121.º do CPA, aqui subsidiariamente aplicável (art.º 2.º, alínea c) da LGT).

De acordo com o n.º 1, o direito de audição, salvo se existir norma em contrário,¹⁵³ pode efetuar-se¹⁵⁴:

151 Pode, no entanto, por força da participação do interessado, que pode oferecer novas provas, ser a instrução complementada, após o que se procederá a nova audição.

152 Pela sua síntese e oportunidade, transcrevemos do Acórdão do STA, de 23.05.2012 - Processo n.º 0489/12 a seguinte passagem, elucidativa do direito de audiência prévia no procedimento tributário: *“Como se sabe, o direito à audiência que o artigo 60.º da Lei Geral Tributária consagra sob a epígrafe de “princípio da participação” constitui uma concretização do direito de participação dos cidadãos na formação das decisões proferidas em procedimentos tributários que lhes digam respeito, garantido pelo artigo 267.º n.º 5 da Constituição da República, e que visa assegurar-lhes uma tutela preventiva contra lesões dos seus direitos ou interesses legítimos, razão pela qual deve ser assegurado o exercício desse direito antes, designadamente, do “indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações, recursos ou petições”. Trata-se, em suma, do direito que assiste aos contribuintes interessados de serem ouvidos num determinado procedimento tributário, antes de ser proferida a decisão, com vista a garantir a observância de princípios que regem a actividade procedimental no plano da relação jurídica tributária e que impõem a participação e a transparência procedimental, pilares fundamentais de um Estado de direito.*

Deste modo, sempre que se esteja na presença de um procedimento tributário há que permitir a participação dos cidadãos nas decisões que lhes digam respeito, de modo a que possam contribuir para um cabal esclarecimento dos factos e para uma mais adequada e justa decisão, sob pena de preterição de uma formalidade legal conducente à anulabilidade da decisão (a menos que seja manifesto que a decisão só podia, em abstracto, ter o conteúdo que teve em concreto, sabido que os vícios de forma não impõem, necessariamente, a anulação do acto, pois as formalidades procedimentais essenciais degradam-se em não essenciais se, apesar delas, foi dada satisfação aos interesses que a lei tinha em vista ao prevê-las).”

153 Casos a que nos referiremos adiante e que podem resultar de disposição expressa ou até indirectamente pela fixação de prazo para a decisão que inviabilize o direito de audição.

154 É de salientar aqui a diferente redação do art.º 121.º, n.º 1 do CPA, segundo o qual *“Sem prejuízo do disposto no artigo 124.º, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta”* e a deste artigo que refere apenas que *“a participação dos contribuintes pode efetuar-se”*. Esta diferente redação, uma vez que o direito de audição constitui um direito constitucionalmente reconhecido (art.º 267.º, n.º 5 da CRP) e tem de se exercido nos casos previstos na lei, significa apenas que o direito poderá ser exercido pelas formas indicadas quando a forma de participação estipulada na lei não for outra, como adiante veremos, e não que ele pode ou ter lugar de acordo com a vontade discricionária da Administração Tributária

- a) Antes da liquidação.
- b) Antes do indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações, recursos ou petições.
- c) Antes da revogação de qualquer benefício ou ato administrativo em matéria fiscal.
- d) Antes da decisão de aplicação de métodos indiretos, quando não haja lugar a relatório de inspeção. *(Redação dada pela Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2005 – v. o seu artº 79º. A nova redação da alínea desta alínea tem natureza interpretativa, de acordo com o nº 2 do artº 40º da Lei nº 55-B/2004, de 30 de Dezembro.)*
- e) Antes da conclusão do relatório da inspeção tributária.

2.3. No entanto, este artigo permite a dispensa da audição:

- a) No caso de a liquidação se efetuar com base na declaração do contribuinte ou a decisão do pedido, reclamação, recurso ou petição lhe seja favorável;
- b) No caso de a liquidação se efetuar oficiosamente, com base em valores objetivos previstos na lei, desde que o contribuinte tenha sido notificado para apresentação da declaração em falta, sem que o tenha feito.
- c) Tendo o contribuinte sido anteriormente ouvido em qualquer das fases do procedimento a que se referem as alíneas b) a e) do n.º 1, é dispensada a sua audição antes da liquidação, salvo em caso de invocação de factos novos sobre os quais se não tenha pronunciado^{155 156}.

Relativamente aos casos referidos na alínea a) supra, compreende-se que, se a liquidação se efetuar com base na declaração do contribuinte, havendo apenas que aplicar a lei aos factos, de nada adiantaria a audição, pois não se vê o que poderia o contribuinte acrescentar sobre a matéria. Já no caso de dispensa com fundamento em decisão favorável, a questão não é tão líquida, havendo que apurar o que se entende por decisão favorável. Na verdade, a decisão pode ser só parcialmente favorável. Assim, se o interessado reclamar de um acto de liquidação e se pretender dar-se-lhe razão só em parte, tem de ser ouvido antes da decisão. Do mesmo modo, se apenas for parcialmente deferido um pedido de isenção, quando era pedida isenção na

155 Estes casos de dispensa de audiência correspondem ao que dispõe o artº 124º do CPA. No entanto, embora a audiência possa ser dispensada nestes casos, nada impede que a entidade competente a possa determinar.

156 Tem também sido considerado motivo de dispensa a urgência da decisão, quando o prazo legal desta seja inferior ao fixado para o exercício do direito de audição. Neste sentido, entre outros, v. os Acórdãos do STA (2ª Secção), de 23.05.2010-Processo nº 0489/2012 e de 09.05.2012 - Processo nº 0446/2012.

totalidade.

Também se compreende a dispensa referida na alínea b) supra. Com efeito, de acordo com o artº 89º da LGT:

“1. A aplicação de métodos indiretos com fundamentos em a matéria tributável ser significativamente inferior à que resultaria da aplicação de indicadores objetivos de atividade de base técnico-científica só pode efetuar-se, para efeitos da alínea c) do artigo 87.º, em caso de o sujeito passivo não apresentar na declaração em que a liquidação se baseia razões justificativas desse afastamento, desde que tenham decorrido mais de três anos sobre o início da sua atividade.

2. Os indicadores objetivos de base técnico-científica referidos no número anterior são definidos anualmente, nos termos da lei, pelo Ministro das Finanças, após audição das associações empresariais e profissionais, e podem consistir em margens de lucro ou rentabilidade que, tendo em conta a localização e dimensão da atividade, sejam manifestamente inferiores às normais do exercício da atividade e possam, por isso, constituir fatores distorsivos da concorrência”.

Ora, se o contribuinte foi notificado para apresentação da declaração em falta, sem que o tenha feito, a autoridade tributária e aduaneira fica legalmente vinculada à aplicação dos indicadores objetivos, pelo que a audição de nada adiantaria¹⁵⁷.

Quanto aos casos referidos na alínea c) supra, também faz sentido não haver lugar a audição se é de presumir que a mesma nada adiantaria, pois o interessado teve oportunidade de se pronunciar anteriormente e não existe “duplo direito de audição”.

Diferentemente se passa, no entanto, se a autoridade tributária e aduaneira invocar novos factos, ou mesmo nova fundamentação jurídica. Nestes casos, o interessado tem de ser novamente ouvido para se pronunciar sobre a matéria nova.

2.4. O direito de audiência pode ser exercido oralmente¹⁵⁸ ou por

157 Estes indicadores, porém, nunca chegaram a ser publicados e o legislador terá desistido da sua aplicação, naturalmente pela complexidade da sua fixação, tal como resulta da redação dada ao artº 45º nº 2 da pela Lei nº 82 - E/2014, de 31.12, que aboliu a expressão “ou de utilização de métodos indiretos por motivo da aplicação à situação tributária do sujeito passivo dos indicadores objetivos da atividade previstos na presente lei”. O mesmo sucedeu com a nova redação dada aos artºs artº 31º do CIRS (Lei nº 82-E/2014, de 31.12) e 86º-B do Código IRC (aditado pelo artº 3º da Lei nº 2/2014, de 16 de Janeiro), que passaram a prever coeficientes diversos dos indicadores objectivos da actividade.

158 Caso em que da audiência é lavrada ata da qual consta o extrato das alegações feitas pelo

escrito, constituindo essa opção ato discricionário da autoridade tributária e aduaneira. Em cada caso, a AT deverá verificar qual a melhor forma desse exercício, sendo certo que a forma escrita assegura melhores garantias aos interessados.

Terminada a instrução, a entidade competente escolherá a forma de exercício do direito e notificará o interessado do projecto de decisão e respectiva fundamentação, por carta registada a enviar para esse efeito para o seu domicílio fiscal para o exercer em prazo a fixar entre 15 a 25 dias, dependendo da complexidade da matéria (n.ºs 4 e 6).

E, tal como sucede no procedimento administrativo e já atrás ficou referido, o interessado pode apresentar novos factos, requerer diligências e alegar.

Quando assim suceder, a Administração tributária tem de se pronunciar sobre os novos factos e, em caso de diligências, realizadas elas, haverá lugar a nova audição sobre o projecto que vier a ser adoptado.

3. Para além deste preceito geral sobre direito de audiência prévia, outras normas tributárias a ele se referem consagrando regime diverso, quer dispensando a audiência, quer consagrando prazo mais alargado para o exercício do direito, quer estabelecendo forma diversa de participação dos interessados.

3.1. Assim, por exemplo, o n.º 7 do art.º 95.º-C do CPPT, relativamente ao procedimento de correção de erros da administração tributária estabelece expressamente que “*O indeferimento do pedido não está sujeito a audição prévia*”.¹⁵⁹

Do mesmo modo, o n.º 5 art.º 63.º- B da LGT (Acesso a informações e documentos bancários), estabelece expressamente que “*Os atos praticados ao abrigo da competência definida no n.º 1 são suscetíveis de recurso judicial com efeito meramente devolutivo e, sem prejuízo do disposto no n.º 13, os atos previstos no n.º 2 dependem da audição prévia do familiar ou terceiro e são suscetíveis de recurso judicial com efeito suspensivo, por parte destes*”¹⁶⁰.

interessado, podendo este juntar alegações escritas, durante a diligência ou posteriormente (art.º 123.º, n.º 4 do CPA). Aliás, também o art.º 45.º, n.º 3 do CPPT determina que “*No caso de audiência oral, as declarações do contribuinte serão reduzidas a termo*”.

159 Já o art.º 68.º, n.º 13 da LGT estabelece que “*Antes da prestação da informação vinculativa e quando o entender conveniente, a administração tributária procede à audição do requerente, ficando suspensos os prazos previstos nos n.ºs 2 e 4*”.

160 Estabelecendo o n.º 13 que “*Nos casos abrangidos pela alínea h) do n.º 1, não há lugar a notificação dos interessados nem a audição prévia do familiar ou terceiro quando o pedido*

E o artº 63º nº 7, alínea do mesmo diploma, exige que nos casos de acesso direto com audição prévia obrigatória do sujeito passivo ou de familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte, a notificação das instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades, para efeitos de permitirem o acesso a elementos cobertos pelo sigilo a que estejam vinculados quando a administração tributária exija fundamentadamente a sua derrogação, deve ser também acompanhada de cópia da notificação dirigida para o efeito de assegurar a referida audição prévia.

Por sua vez, o artº 63º, nº 5 do CPPT determina que *“O direito de audição prévia é exercido no prazo de 30 dias a contar da notificação do projeto de aplicação da disposição antiabuso ao contribuinte”*¹⁶¹.

Também o facto de a lei conceder prazo para a decisão inferior ao mínimo previsto para o exercício do direito de audiência tem sido interpretado no sentido de ser dispensado o exercício daquele direito, atenta a urgência da decisão.

Assim, no Acórdão do STA, de 23.05.2012 - Processo nº 0489/12, ficou escrito, para além do mais, o seguinte: *“No caso vertente, o curtíssimo prazo concedido à administração tributária para a decisão do pedido,¹⁶² conjugado com a obrigatoriedade de o executado apresentar imediatamente toda a prova*

de informações tenha carácter urgente ou essa audição ou notificação possa prejudicar as investigações em curso no Estado ou jurisdição requerente das informações e tal seja expressamente solicitado por este Estado ou jurisdição”.

161 Estabelecendo, assim, prazo mais alargado do que o nº 6 do artº 60º da LGT determina.

162 No caso concreto estava em causa a prestação de garantia, estabelecendo o nº 4 do artº 170º do CPPT que *“O pedido de dispensa de garantia será resolvido no prazo de 10 dias após a sua apresentação”*, enquanto, como vimos, o prazo mínimo previsto no artº 60º da LGT para o direito de audiência é de 15 dias. Temos dúvidas sobre este entendimento e, por isso, fundamentámos no STA casos idênticos invocando pura e simplesmente a inadmissibilidade legal do exercício de tal direito da execução fiscal. Neste sentido v. a nossa declaração de voto aposta no Acórdão no STA, de 09.05.2012 - Processo nº 0446/12.

A admitir-se tal direito, o mesmo não pode ser afastado com a argumentação invocada, tendo aqui aplicação o entendimento de Mário Esteves de Oliveira e outros, já atrás referido segundo o qual *“E também não são razões ligadas com a necessidade de cumprimento do prazo legal de conclusão do processo ou com a necessidade de prevenir o aparecimento de actos tácitos - pelo menos, nos casos em que tais efeitos têm contra-interessados -, que podem ser invocadas para justificar o preenchimento do pressuposto da urgência da decisão. Para prevenir ou remediar essas situações, a Administração dispõe, com efeito, de poderes situados no âmbito do princípio da informalidade e da celeridade, mas não pode, obviamente, sacrificar posições e direitos procedimentais dos interessados, com o cariz deste”*.- Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 534.

no requerimento onde formula a sua pretensão, denuncia objectivamente o carácter urgente deste procedimento tributário, onde o tempo constitui um elemento determinante na finalidade pública que se visa prosseguir, de obviar ao sumiço de bens que possam garantir o pagamento integral da dívida exequenda, assim se justificando a não observância da formalidade prescrita no artigo 60.º da LGT, ao abrigo do disposto na alínea a), do n.º 1, do artigo 103.º do CPA, face à aplicação subsidiária das normas do CPA ao procedimento tributário”.^{163 164}

3.2. Estando em causa neste direito a participação do interessado em decisão que lhe diz respeito, e antes de esta ser proferida, assim se distinguindo de outros direitos como o de reclamação, recurso hierárquico ou impugnação judicial em que a decisão foi já proferida e estes meios visam a alteração daquela decisão, como se escreveu no Acórdão do STA, de 11.10.2010 - Processo n.º 0671/10, já acima parcialmente transcrito, essa forma de participação pode ser diversa da prevista no transcrito art.º 60.º.

Com efeito, ali ficou escrito, para além do mais, o seguinte: “*Como se afirma no acórdão deste STA de 11/1/2006, proferido no recurso n.º 584/05, «No entanto, a C.R.P. não exige que o direito de participação que assegura seja concretizado precisamente através de uma comunicação prévia do sentido provável da decisão final, sendo a fórmula constitucional compatível com outras formas de participação dos particulares nos procedimentos administrativos, desde que possibilitem a estes influenciar o sentido da decisão final.*

O C.P.T. enunciou, na alínea c) do art. 19.º, o direito de audição como uma das garantias dos contribuintes, ao lado dos direitos de reclamação, impugnação e oposição.

Na concretização destes direitos, efectuada no art. 23.º, faz-se referência ao direito de audição apenas relativamente ao processo contraordenacional – alínea e) – concretizando-se a forma do exercício desse direito através de uma notificação para exercício do direito de defesa (arts. 199.º e 200.º do C.P.T.).

No entanto, esta referência expressa ao direito de audição para estes processos e não também para os procedimentos de liquidação dos tributos

163 Este entendimento ficou também expresso, entre outros, nos Acórdãos do mesmo tribunal e Secção, de 09.05.2012 - Processo n.º 0446/12 no qual discordámos da fundamentação, conforme declaração de voto aí aposta.

164 No sentido da admissibilidade do exercício do direito de audiência em situação semelhante v., porém, o Acórdão do mesmo Tribunal e Secção de 14.12.2011 - Processo n.º 01072/11.

não significa que o C.P.T. e as leis tributárias não assegurassem, através de outras vias, o direito de participação dos cidadãos na formação das decisões”.

E, no Acórdão do Pleno da mesma Secção daquele Tribunal, de 24.03.2010 - Processo n.º 01055/2009, ficou também escrito, para além do mais, o seguinte: “*A Constituição da República Portuguesa impõe, no seu artigo 267.º, n.º 5, que o processamento da actividade administrativa assegure “a participação dos cidadãos na formação das decisões e deliberações que lhes disserem respeito”.*

Ora, o dito artigo 60.º da Lei Geral Tributária veio regular especialmente o exercício do direito de audição no procedimento tributário, ocorrendo tal exercício, todavia e apenas, “sempre que a lei não prescrever em sentido diverso”, ou seja, “estará afastada a aplicação do regime deste artigo quando a lei estabelece uma forma especial de participação dos interessados na formação das decisões que lhe dizem respeito”.

E, como resulta do transcrito artigo 4.º, o contribuinte tem intervenção no procedimento da fixação da matéria colectável, directamente por si, ou através de um seu representante, na comissão de avaliação – pelo que não se vislumbra neste entendimento da lei a violação de alguma norma ou princípio constitucional, mormente do supra aludido princípio constitucional da participação dos cidadãos nas decisões administrativas.

Cf. tudo o que vem de ser dito, quase textualmente, no acórdão do Pleno desta Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 19.11.2008, proferido no recurso n.º 837/07, o qual, por sua vez segue de perto o acórdão, que cita, também do Pleno desta Secção, de 14-7-2008, proferido no recurso n.º 616/07”.

Desta doutrina resulta então que, em direito tributário, a concretização do direito de participação tem lugar não só pela forma prevista no artº 60º transcrito, como por outras formas previstas na lei. E, estando prevista em lei especial outra forma, não há que cumprir o disposto nesta norma. Deste modo, podemos também considerar como participação - com dispensa do cumprimento deste artº 60º - a participação do contribuinte ou representante seu no procedimento de avaliação a que se refere o artº 91º da LGT, bem como a participação do mesmo, também por si ou por perito por si designado, nos procedimentos de segunda avaliação cadastral de prédios rústicos (artº 74º, nº 1 do CIMI), e de segunda avaliação de prédios urbanos (artº 76º, nº 2 do CIMI)¹⁶⁵ ou ainda no procedimento de avaliação a que se refere o artº

165 De notar que também o artº 14º, nº 1 do CIMT determina que “*Quando houver de proceder-se à avaliação de bens imóveis, à discriminação ou à destrinça de valores patrimoniais tributários de prédios já inscritos na matriz, todas as diligências, procedimentos e critérios de avaliação*

4º do Regulamento da Contribuição Especial aprovado pelo Decreto-Lei nº 43/98, de 3 de Março.

A razão para a não observância nestes casos do disposto no artº 60º está expressa no Acórdão do STA, de 19.05.2011 - Processo nº 01053/09, nos seguintes termos:¹⁶⁶ “*Como se vê, à face do regime previsto neste artigo, o contribuinte tem intervenção no procedimento de fixação da matéria colectável através da participação, por si ou seu representante, na comissão de avaliação.*”

Por outro lado, uma vez determinada a matéria colectável, constituída pela diferença de valores referida no art. 2.º, o cálculo da Contribuição Especial é efectuado através da aplicação da taxa adequada prevista no art. 10º, não havendo possibilidade legal de ser utilizado como valor da matéria colectável qualquer outro valor.

Nestas condições, como bem se constata no acórdão recorrido, a intervenção do contribuinte antes da liquidação seria completamente inócua, pois dela nunca poderia resultar a alteração da matéria colectável.

Designadamente a ponderação dos elementos atinentes à avaliação que refere a Recorrente terá de ser efectuada no âmbito da avaliação, em que são ponderáveis, além dos factores especialmente indicados, «quaisquer outros elementos susceptíveis de influírem no valor dos prédios [alínea g) do n.º 2 do art.6.º].

Neste contexto, prevendo-se uma forma de intervenção do contribuinte na formação da decisão através da participação na comissão de avaliação e não havendo qualquer utilidade em admitir uma nova intervenção antes da liquidação, por não poder ser alterado o valor sobre que deve incidir a taxa, é de concluir que a única forma de participação dos interessados na formação da decisão que se prevê é a que é assegurada ao contribuinte na comissão de avaliação, pois vigora no procedimento tributário um princípio geral de proibição de prática de actos inúteis, que aflora no n.º 1 do art. 57.º da LGT.

4. Para terminar esta parte, diremos ainda que o referido artº 60º não é aplicável em matéria sancionatória, na medida em que o Regime Geral das

serão os estabelecidos no CIMI”, pelo que também nestes casos não será de aplicar o artº 60º da LGT.

166 Embora, em concreto, o acórdão se refira a avaliação para efeitos da contribuição especial a que se refere o Decreto-Lei nº 43/98, de 3 de Março, esta doutrina é transponível para todos os casos de avaliação que indicámos, em que o contribuinte está presente por si ou por representante e em que o resultado serve de base à liquidação sem possibilidade de alteração, cabendo depois ao interessado o direito de impugnar a liquidação apurada com base nessa avaliação.

Infracções Tributárias, aprovado pela Lei nº 15/2001, de 5 de Junho, consagra regime próprio de participação permitindo a apresentação da defesa pelo interessado que pode requerer diligências, apresentar provas e invocar a seu favor o que julgar por conveniente (v. artºs 70º a 72º do referido diploma).

Por sua vez, apesar de não estarmos perante procedimento administrativo, tal artigo aplica-se antes de ser decretada a reversão contra o responsável subsidiário, tal como resulta do artº 23º, nº4 da LGT¹⁶⁷.

B) No sistema jurídico da RAEM

1. No sistema jurídico da RAEM não existe ainda hoje qualquer norma geral consagrando o direito de audiência prévia no direito tributário.

Por isso, temos de entender que desde a entrada em vigor do Código do Procedimento Administrativo de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei nº 35/94/M, de 18 de Julho, se aplicam subsidiariamente as normas previstas no CPA.

Na verdade, o artº 2º, nº 1 daquele diploma (CPAM) dispunha expressamente que as suas disposições eram aplicáveis a todos os órgãos da Administração Pública que, no desempenho da actividade de gestão pública, estabelecessem relações com os particulares, sendo certo que a Administração Tributária se enquadra na Administração Pública.

O novo CPAM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de Outubro, contém também no seu artº 2º normas relevantes nesta matéria, nomeadamente os nºs 1 e 4 a 6, respectivamente do seguinte teor:

167 Em nosso entendimento, será este o único caso em que tal será legalmente admissível em execução fiscal. No entanto, o STA, com o argumento de que estamos perante “*actos materialmente administrativos*” tem admitido também a sua aplicação nos casos de pedidos de pagamento em prestações e de dação em pagamento (para além de o ter também já admitido no caso de dispensa de garantia, como acima referido - Acórdão de 14.12.2011-Processo: 01072/11). Neste sentido, por exemplo, os Acórdãos de 10.04.2013 - Processo: 0441/13 e de 15.04.2009 - Processo nº 0130/09.

Tivemos ocasião de discordar desta doutrina, quer na declaração de voto acima referida, quer em Acórdãos do STA em que fomos Relator (v., por exemplo, os Acórdãos de 30.11.2011-Processo nº 0983/11 e de 09.12.2002-Processo nº 0864/12). É que o processo de execução fiscal - para além de não ter natureza de procedimento administrativo, mas natureza judicial - é um processo célere que não se compadece com demoras, tendo em vista a cobrança de receitas necessárias para a satisfação do interesse público. Daí que só em casos especialmente previstos na lei, como é o caso da reversão, possa admitir-se o direito de audiência prévia.

Se justificamos a concessão do direito com fundamento na natureza de acto administrativo da decisão, então há que retirar daí todas as consequências e admitir quanto a tal decisão, por exemplo, reclamação administrativa ou recurso hierárquico. É que o argumento não pode servir para justificar um direito e negar outros.

“1. As disposições deste Código aplicam-se a todos os órgãos da Administração Pública que, no desempenho da actividade administrativa de gestão pública, estabeleçam relações com os particulares, bem como aos actos em matéria administrativa praticados pelos órgãos do Território que, embora não integrados na Administração Pública, desenvolvam funções materialmente administrativas.

4. Os princípios gerais da actividade administrativa definidos no presente Código são aplicáveis a toda a actuação da Administração, ainda que meramente técnica ou de gestão privada.

5. As disposições deste Código relativas à organização e à actividade administrativas são aplicáveis a todas as actuações da Administração no domínio da gestão pública.

6. As disposições do presente Código são ainda supletivamente aplicáveis a procedimentos especiais, desde que não envolvam diminuição das garantias dos particulares.”

Temos então que, em procedimento tributário, se aplicam as normas do CPAM, nomeadamente, as relativas ao direito de audiência prévia e quando estiver em causa decisão em matéria tributária susceptível de afectar direitos ou interesses legalmente protegidos do contribuinte.

2. Todavia, existem no ordenamento jurídico tributário da RAEM formas de participação dos interessados que se aproximam do direito de audiência prévia e, por isso, dispensam o uso da forma prevista nos artºs 93º a 97º do CPAM, tal como nos casos de avaliação referidos na parte relativa ao sistema jurídico de Portugal.

Assim, por exemplo, no artº 43º, nº 2 do Regulamento do Imposto Complementar de Rendimentos prevê-se que o rendimento colectável apurado estará patente, nos prazos referidos no artigo 44.º, ao exame do respectivo contribuinte.

O contribuinte pode reclamar daquela fixação e tal reclamação tem efeito suspensivo (nº 3 do artº 44º).

Sendo certo que o contribuinte não tem intervenção na Comissão que aprecia a reclamação, a verdade é que ele tem direito a ver apreciada a sua argumentação antes da decisão definitiva, o que assegura a sua participação na formação da decisão.

Deste modo, mesmo em caso de indeferimento, não é de aplicar o CPAM, uma vez que, ainda que o contribuinte viesse a ser ouvido novamente, o valor fixado não poderia ser alterado pela Administração Tributária.

Situação semelhante ocorre com o imposto profissional, cujo artº 79º do Regulamento de Imposto Profissional permite também a impugnação da

fixação da matéria colectável com efeito suspensivo (nº 7). Ora, também neste caso o interessado (que pode ser um contribuinte ou a própria RAEM) pode apresentar elementos que podem levar à alteração da matéria fixada. Se a reclamação for indeferida segue-se a liquidação, não havendo lugar a audiência prévia, uma vez que aquela tem de ser efectuada com base na matéria fixada e a audição do interessado nada adiantaria¹⁶⁸.

Outro caso paradigmático está previsto no artº 48º do Regulamento da Contribuição Predial Urbana relativamente ao pedido de segunda avaliação de prédios urbanos.

Com efeito, ali se estabelece que o contribuinte que não se conformar com o resultado da avaliação, pode requerer, mediante modelo M/6, no prazo de 10 dias contados da notificação, segunda avaliação, expondo os fundamentos do pedido e indicando o nome e a morada do seu louvado. Neste caso, o próprio contribuinte exerce a sua participação através de perito por si designado, assim colaborando na formação da decisão – avaliação que vai servir de base à liquidação.

3. Tal como sucede no sistema jurídico de Portugal, também o direito de audiência regulado no CPAM, não se aplica às infracções tributárias, uma vez que é assegurado ao infractor o direito de defesa, permitindo-se-lhe contestar a infracção imputada, apresentar provas, requerer diligências, etc¹⁶⁹.

No âmbito da execução fiscal, continuam a aplicar-se na RAEM as normas (excepto as incompatíveis com legislação, entretanto, produzida sobre a mesma matéria) do Código das Execuções Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 38.088, publicado no Boletim Oficial de Macau Nº 1, de 6 de Janeiro de 1951.

O respectivo artº 295º estabelece o seguinte: “*Em todas as dívidas que não possam ser cobradas dos originários devedores ou dos seus herdeiros por absoluta falta de bens demonstrada no processo por auto de diligência e haja pessoas solidária ou subsidiariamente responsáveis nos termos deste Código ou dos regulamentos aplicáveis, contra essas pessoas reverterão as execuções*”¹⁷⁰.

No entanto, ao contrário do que sucede no actual regime português, em

168 O interessado terá de exercer os seus direitos através de recurso hierárquico ou de impugnação judicial, onde poderá invocar vícios do acto de liquidação ou outras ilegalidades.

169 “*Sob pena de nulidade da decisão sancionatória, são assegurados ao infractor os direitos de audiência e de defesa*” - nº 2 do artº 11º do Decreto-Lei n.º 52/99/M, de 4 de Outubro.

170 Sobre essa responsabilidade solidária ou subsidiária v. os artºs 296º a 304º do mesmo Código.

que a reversão depende de despacho devidamente fundamentado do órgão da execução fiscal que a decreta, precedido da audiência prévia do interessado (artº 23º, nº 4 da LGT), o CEF determina no parágrafo único do mesmo artigo que *“Para os efeitos deste artigo o escrivão informará no processo quais sejam os responsáveis e a importância por que o forem, quando haja mais do que um, e fará concluso o processo ao juiz, que mandará citar os responsáveis e seguir contra eles os mais termos da execução”*¹⁷¹.

Como acima referimos, o processo de execução fiscal não tem natureza de procedimento administrativo, pelo que não são aplicáveis aqui as normas deste, constantes do CPAM, nomeadamente as relativas ao direito de audiência prévia. Deste modo, e na falta de norma expressa determinando a realização de audiência prévia no processo de execução fiscal, esta não é legalmente admissível. Resta ao revertido a defesa através da oposição à execução a que se referem os artºs 164º e segs. do mesmo diploma, podendo invocar, nomeadamente, que não é responsável solidário ou subsidiário ou que o executado originário possui bens penhoráveis.

3. As consultas sobre políticas públicas na RAEM

Embora não corresponda exactamente ao direito de audiência a que nos temos vindo a reportar, assume também relevo em Macau a legislação relativa a consultas sobre políticas públicas, cuja matéria se encontra regulada no Despacho do Chefe do Executivo nº 224/2011, de 05.08.2011. Com efeito, apesar de aqui não estarmos perante procedimento administrativo, a consulta pode ter também relevância em matéria administrativa já que, de acordo com o ponto 1.1.2 daquele Despacho *“O objectivo das Normas é regulamentar a consulta de políticas públicas, criar um bom ambiente de consulta, promover a participação do público e auscultar plenamente as suas opiniões, de forma a contribuir para uma boa governação”*. Assim

171 O artº 155º, nº 3 do Código de Procedimento e de Processo de Portugal contém um regime semelhante, e em que é dispensada a audiência dos interessados, quando o executado tenha falecido e tenha havido partilhas. Com efeito, estabelece tal norma o seguinte:

“3. Para efeito dos números anteriores, quando quem realizar a citação verificar que o executado faleceu prestará informação em que declare:

a) No caso de ter havido partilhas, os herdeiros e as suas quotas hereditárias;
b) Não tendo havido partilhas, os herdeiros, caso sejam conhecidos, e se está pendente inventário.
4. No caso da alínea a) do número anterior será mandado citar cada um dos herdeiros para pagar o que proporcionalmente lhe competir na dívida exequenda e, no da alínea b), citar-se-á, respetivamente, consoante esteja ou não a correr inventário, a cabeça de casal ou qualquer dos herdeiros para pagar; toda a dívida sob cominação de penhora em quaisquer bens de herança, fazendo-se a citação dos herdeiros incertos por editais”.

estas consultas apresentam maior abrangência permitindo a participação dos residentes no procedimento legislativo e não apenas na formação de decisões que directa e individualmente lhes digam respeito.