

O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COM BASE NO SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS

Jiang Yi Wa (Eva)

Assistente, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Introdução

O Direito Administrativo é constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o funcionamento da Administração Pública, bem como as relações por ela estabelecidas com outros sujeitos de direito no exercício da actividade administrativa de gestão pública¹. Tratando-se de assuntos de gestão pública em que se movem os interesses públicos cujos titulares são o público em geral, isto é, os particulares administrados, a concretização de uma administração que funcione da melhor forma possível carece de uma participação dos cidadãos nas actividades administrativas procedimentais² que também tenha que ser a melhor possível.

A teoria clássica do Direito Administrativo tem na sua base a ideia de dualismo em que existe uma certa contraposição quer entre o Estado e a comunidade, por um lado, quer entre a Administração e os particulares enquanto cidadãos, por outro. Neste sentido e no que toca à relação entre os administradores e os administrados, o que mais importa é assegurar o poder de controlo *negativo* dos primeiros sobre os segundos, sendo esta uma tarefa que incumbe à Administração

1 Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, Vol. I, 2ª ed., 1994, p.130.

2 A sua realização afecta sempre, directa ou indirectamente, os destinatários da Administração Pública.

Pública. O controlo no sentido negativo é um tipo de controlo cujo objectivo passa por prevenir e evitar o desrespeito ou a violação de direitos possuídos e constitucionalmente concedidos e protegidos pelos cidadãos, v.g., o direito de propriedade e o direito à liberdade. A Administração Pública limita-se, assim, a fazer a defesa de possíveis violações desses direitos.

Tradicionalmente, no domínio do Direito Administrativo, a relação jurídica reflecte-se numa relação de supremacia da Administração sobre os particulares que sejam os destinatários directos dos seus actos. Hoje em dia, na actual sociedade moderna, cruzam-se os diferentes interesses cuja legitimidade deriva directamente dos direitos fundamentais de cada um como cidadão. Frequentemente esses interesses encontram-se intimamente interligados. Decorre que, se é certo que um acto administrativo altera a esfera jurídica do seu destinatário directo e daí resultam as mais diversas consequências, não é menos certo que outros sujeitos não destinatários directos desse mesmo acto administrativo possam também ser afectados na sua esfera jurídica, directa ou indirectamente. Desta forma, podemos falar, na vertente do Direito Administrativo, numa relação jurídica não só dualista ou bilateral, mas sim tripartida ou até mesmo pluralista ou plurilateral.

Com isso, verifica-se que há uma modificação na investigação e nos estudos na área de Direito Administrativo, nomeadamente no controlo ou fiscalização jurídica da actividade da Administração Pública, em que o acento tónico deixa de ficar isoladamente na parte legislativa e judicial. Assim, atribui-se cada vez mais atenção e importância ao próprio procedimento que leva à prática de actos administrativos. A pretensão é a seguinte: através da fiscalização e da optimização do procedimento administrativo, forma-se uma relação positiva e simbiótica entre a Administração Pública, o destinatário do acto administrativo, sujeitos cujo interesse é directamente influenciado pelo mesmo acto, e os demais sujeitos cujos interesses possam também ser afectados por aquele. A procura de uma maior e melhor realização do interesse público, do bem-estar de todos os cidadãos e de toda a comunidade traduz-se no benefício directo de todos os sujeitos supra referidos.

É do conhecimento geral que, quer no sistema da *Common Law*, quer no sistema do Estado de Direito, motivado directamente pela procura de satisfazer melhor o interesse público, o direito de participação dos cidadãos tem adquirido uma relevância crescente ao seu efeito de democratização, de reforço da legitimidade e de correcção e eficácia dos actos administrativos. Tendo um valor jurídico constitucionalmente registado no campo da Administração Pública, o princípio da participação torna-se inevitavelmente um dos princípios instrumentais cuja dimensão procedimental define a sua importância em todos os procedimentos administrativos. O princípio da participação, tendo a concretização na audiência dos interessados, visa assegurar a participação dos mesmos na formação das decisões ou deliberações que lhes digam respeito, daí que o direito da audiência

dos interessados no procedimento administrativo seja uma das mais evidentes manifestações do modelo da Administração aberta, que vem alterar profundamente a tramitação do procedimento administrativo, pois, anteriormente ao CPA o direito de audiência dos interessados só se verificava, em princípio, nos procedimentos sancionatórios, nomeadamente no processo disciplinar³.

Na Lei Fundamental, apesar de não constar no “catálogo” do n.º 2 do artigo 266.º, podemos encontrar a matriz do princípio da participação administrativa no n.º 5 do artigo 267.º: “*o processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito*”⁴; ao mesmo tempo, é notável a sua existência e relevância na legislação ordinária, entre os outros, encontramos, como por exemplo, o artigo 8.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), através do qual os órgãos da Administração Pública ficam obrigados a *assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objecto a defesa dos seus interesses legítimos, na formação das decisões que lhes disserem respeito*; na subsecção IV do mesmo código (artigo 100.º a 105.º), com um destaque maior, prevêem-se várias normas jurídicas mais concretas acerca do princípio da participação, nomeadamente no que toca à *audiência dos interessados*.

O objectivo do nosso trabalho é o de, neste contexto, fazer uma aproximação

-
- 3 O esquema típico do funcionamento da Administração Pública portuguesa era este: requerimento do particular, instrução pelos serviços, decisão pelo órgão competente; depois da instrução e antes da decisão não se convocava o particular para o ouvir sobre a matéria. Agora, por aplicação da participação procedimental, o esquema passa a ser outro: requerimento do particular ou iniciativa da Administração, instrução pelos serviços, audiência dos interessados e decisão final. Cfr. FREITAS DO AMARAL, in *O novo Código do Procedimento Administrativo, Seminário*, Fundação Calouste Gulbenkian, 18 e 19 de Março de 1992, p. 33.
- 4 O Presidente da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, Rui Machete, sobre a proposta do PSD relativa à redacção do n.º 4 do artigo 267.º da CRP (o actual n.º 5), salientou que interpreta esse n.º 4 da Lei Fundamental de “uma forma que é a de dar a latitude suficiente no sentido de que é evidente que há alguns actos nos quais a intervenção dos administrados será muito diferente de outros. Não tem sentido em todos os casos em que haja uma referência ou, como destinatário, um administrado, exigir um tipo de participação intensiva como apreço pressupor uma certa leitura do n.º 4 do artigo 267.º”. “Há, inclusivamente, muitos actos claramente processuais antes do acto final em que a participação não poderia ser”. “As razões verdadeiramente importantes para a participação dos interessados são o facto de se dar garantias de defesa ao administrado, pois este pode, ainda antes de a decisão ser tomada, explicitar o seu ponto de vista e explicar à Administração que ela parte de matéria de facto que é errado ou que, por exemplo, não considerou determinados factos que deveriam ser objecto de ponderação por sua parte”. O autor admite a importância da questão de assegurar o princípio da participação no procedimento administrativo, “mas não pode ser uma aplicação cega e terá de ser norteada pelo princípio superior da salvaguarda dos interesses legítimos e dos direitos subjectivos dos cidadãos”.

ao instituto do princípio da participação, perspectivando a audiência dos interessados como o culminar de toda a actividade administrativa procedimental em que não pode estar ausente o direito de participação dos particulares.

Parte I

O Direito de Participação na Generalidade

1 – Noção de participação. Classificação

1.1 – Sentido da expressão “participação”

O problema da participação é tão antigo quanto à concepção de poder político e de organização política, tendo incidência em várias dimensões – ideológica, política e jurídica. A sua amplitude determina a inexistência duma compreensão unívoca do conceito ou de uma noção unitária.

Segundo BAPTISTA MACHADO, a participação significa “*a intensificação da intervenção dos indivíduos e dos grupos no processo de decisão de assuntos de interesse público*”⁵. Assim, na globalidade da variedade dos sentidos, participar é tomar parte e intervir num procedimento decisório, noção ampla que abrange toda e qualquer relação de intervenção no exercício de poderes.

Por outro lado, procurando alcançar uma maior operatividade, a participação *stricto sensu* é algo que não se limita a estar apenas presente num processo de decisão⁶. Neste sentido, a participação é acompanhada por um determinado interesse, particular ou público, cuja realização ou protecção será efectuada neste mesmo processo decisório de elementos exteriores à organização competencial institucionalizada. Por via dos meios de participação, o agir público reformula-se, tendo uma abertura democrática cada vez mais ajustada aos diversos interesses sociais. Desta forma, chega-se a uma decisão aproximadamente universal por trás da qual está no fundo o resultado da modificação da máquina estadual e do seu modo de actuação.

5 Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Participação e Descentralização; Democratização e Neutralidade na Constituição de 76*, Coimbra, 1982, p. 115.

6 Vemos que, na noção *stricto sensu* da participação, reside não só a intervenção procedimental de órgãos decisórios onde estão presentes os titulares representantes de interesses específicos e distintos, mas também a influência não-decisória daqueles órgãos onde o interesse que vale no procedimento é o interesse do sujeito em que se inserem. Daí vem a ideia de ser a representação nesta participação uma “participação substituída”. De facto, a intervenção no exercício de poderes que tem lugar num sistema representativo não é uma intervenção directa, mas sim uma intervenção cujo intermédio são os representantes investidos num mandato para exprimir de forma autónoma, transmitindo obrigatoriamente a vontade da base de apoio.



Dentro da participação *stricto sensu*, é passível de se distinguir a participação política⁷ e a participação administrativa⁸. Os critérios desta distinção coincidem com os da distinção material das diferentes funções estaduais. Sem prejuízo de uma teoria geral da participação, à função política e legislativa correspondem os mecanismos participatórios próprios e à função administrativa instrumentos de participação correlativos à sua materialidade específica⁹.

1.2 – A participação administrativa

No sistema jurídico do Estado de Direito, as formas de democracia participativa no direito administrativo oferecem uma modalidade mais segura de controlo político do executivo por parte dos particulares, ou administrados (em especial dos destinatários de actos da Administração Pública). Mais do que isso, trata-se aqui duma verdadeira participação no exercício do poder executivo, onde é permitido levar ao procedimento administrativo os mais diversos interesses que doutro modo não seriam devidamente ponderados. Neste sentido, a participação e os mecanismos legais da sua concretização são o resultado duma corrente moderna da reformulação dos quadros da democracia representativa clássica. Com este princípio da participação, a Administração Pública, que tinha tradicionalmente uma imagem unilateral, autoritária e fechada, complementa a sua transformação contemporânea, actualizando-se com as novas exigências funcionais.

Naturalmente, a participação administrativa identifica-se aqui com uma participação decorrente no âmbito da função administrativa. Na realidade, todos os aspectos do direito administrativo podem ser considerados do ponto de vista da participação, desde a acção popular ao contrato, da situação jurídica do funcionário à relação entre a Administração e o Parlamento. Mas a exigência de operatividade da noção da participação obriga-nos a limitar este termo jurídico apenas a alguns aspectos da Administração Pública. Com isso, e tendo em consideração o critério de questionar a relação entre público e privado com a proveniência da implantação da ideologia participativa, temos três tipos diferentes de participação administrativa: a participação interna, a participação externa e a participação inter-subjectiva.

A participação interna, como o próprio nome indica, é uma participação

7 Onde se dividam, mais concretamente, dentro da mesma categoria da participação política, a participação social, a participação económica e a participação cultural.

8 Apesar de tudo, é sempre notável um significado político em qualquer tipo de participação. V. ANTÓNIO DE ARAÚJO, “o Código do Procedimento Administrativo e a Participação dos Administrados”, in Revista do Ministério Público, nº 53, 1993.

9 Cfr. DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação, e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra, Almedina, 1996, p. 113.



que se circunscreve ao interior da organização administrativa. Portanto, ela decorre dentro dos órgãos da Administração Pública através da intervenção dos seus funcionários em fases da formação de decisões internas ou na integração na composição de órgãos de gestão, com vista a defender os seus próprios interesses. Nota-se que, no âmbito desta participação, os trabalhadores e funcionários da Administração Pública intervêm, não propriamente ao nível do exercício directo da função administrativa que os órgãos estaduais desempenham, mas sim, ao nível da componente humana, de um aparelho administrativo, que desempenha uma função de democratização da gestão de serviços.

A *participação inter-subjectiva* é, de certa maneira, um tipo de participação inserida na categoria da participação externa, pois, está em causa aqui uma participação entre diversos órgãos administrativos e pessoas colectivas públicas, isto é, uma participação pública inter-orgânica onde se inserem os interesses da comunidade, que se modificam procedimentalmente por via da acção do órgão da pessoa colectiva que os personifica¹⁰.

Na vertente da *participação externa*, destaca-se uma intervenção individual ou colectiva, de grupos sociais exteriores à organização administrativa nas actividades e decisões da Administração Pública. O núcleo central da participação no procedimento administrativo que vamos tratar refere-se a este tipo de participação.

1.3 – A participação no procedimento administrativo

Na CRP está prevista uma estrutura de Administração, tanto no sentido subjectivo como no sentido objectivo, dominada pelo princípio da participação dos interessados. O princípio da participação é visto como um princípio de manifestação do modelo da Administração aberta e da ideia do “*arquivo aberto*”¹¹. Trata-se aqui duma participação condicionante da qual depende a determinação e obtenção do suporte informativo da decisão final da Administração Pública. Portanto, é uma participação procedimental nos exercícios de poderes que correspondem directamente à função administrativa¹².

O entendimento do procedimento administrativo, com base do artigo 1º do CPA, é “*a sucessão ordenada de actos e formalidades tendentes à formação*

10 Cfr. DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação, e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa com parâmetro decisório*. Coimbra, Almedina, 1996, p. 116.

11 Ideia prevista tanto no nº 2 do artigo 268º, CRP como também no artigo 65º do CPA.

12 “É mesmo em matéria de procedimento administrativo que o princípio da participação tem o seu campo de aplicação preferido”. Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 123.



e manifestação da vontade da Administração Pública ou à sua execução". Verifica-se assim uma multiplicidade de actos e formalidades administrativos no procedimento administrativo cuja intenção é de chegar à produção de uma decisão final. Procedimento administrativo este que pode ser dividido em quatro fases e cujos diferentes momentos justificam a pertinência do objectivo da participação em causa.

São fases de impulso inicial, de instrução, de decisão e de integração de eficácia. O *impulso inicial* é a fase onde se inicia um procedimento administrativo, ou através da iniciativa de quem tem a competência decisória, ou através da invocação de um órgão doutra entidade pública, ou ainda, através da solicitação dum particular (normalmente através de um requerimento) com intenção de que seja tomada uma decisão sobre uma certa pretensão sua.

A participação, que se incorpora na fase inicial do procedimento administrativo é, no fundo, uma espécie de antecipação, particularmente justificada do caudal participatório que se manifesta na instrução. A *instrução* define-se como uma segunda fase decisiva do procedimento administrativo, que inclui a participação propriamente dita. Nesta fase, serão colhidas todas as manifestações de factores e interesses dos particulares, isto é, dos destinatários do acto administrativo e sujeitos do procedimento administrativo, cujos interesses conduzirão à tomada de uma determinada decisão final. Todavia, esta fase de instrução contém duas sub-fases, que são respectivamente: a *instrução stricto sensu*, onde estão presentes todas as manifestações de participação com o objectivo de introduzir factos, a comprová-los e a avaliá-los; outra sub-fase é a chamada *audiência de interessados*¹³, caracterizando-se como uma canalização de informação sem os pesos acoplados ao seu tratamento e elaboração¹⁴. Entretanto, a audiência dos interessados tem o único objectivo de realizar a audição dos interessados, ao passo que, na instrução *stricto sensu*, as informações têm uma maior abrangência, que envolve todos os factos e interesses que foram entregues até aí.

Posteriormente, apresentam-se as fases de *decisão* e de *integração de eficácia*, onde, todavia, o princípio da participação não é a regra. A regra geral é o procedimento administrativo acabar na audiência dos interessados, quanto à participação.

Como diz DAVID DUARTE, “apesar de o elenco das formas de participação procedimental apontar para uma permanência procedimental da participação,

13 Há quem diga que é uma fase de saneamento do procedimento administrativo. Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, cit., p. 453.

14 Cfr. DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 123.

*onde se desdobram as diversas categorias da participação ao longo do procedimento administrativo, é a audiência dos interessados, pela sua projecção sobre a totalidade do objecto do procedimento, que simboliza o núcleo central da participação exterior dos interessados procedimentais*¹⁵.

Tendo em conta o especial peso do procedimento administrativo, abordaremos, mais adiante, este tema de *audiência dos interessados*, procurando, adicionalmente, dar uma ideia geral sobre este instituto jurídico.

2 – A função da participação pública e a sua relevância

2.1 – O contexto das novas tendências da Administração Pública

Tendo por base a ideia de soberania popular e o princípio da separação de poderes, há muito que está estabelecida uma separação material entre as diversas funções estaduais: a função legislativa, a função jurisdicional, a função administrativa, e a função política¹⁶. A função administrativa corresponde a uma actividade pública subordinada à lei que, não se destinando primariamente à resolução de questões de direito, se caracteriza por uma intenção “técnico-social”, visando a criação de condições concretas de realização do ideal de Paz e de Justiça, definidos pelos órgãos político-legislativos¹⁷. A Administração encontra-se subordinada a um conjunto de regras, como diz o n.º 2 do artigo 266.º da CRP: “*Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé.*” A mesma ideia é ainda mais clara no artigo 3.º do CPA, estabelecendo no seu n.º. 1 que “*os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito(...)*”. De certa forma, podemos dizer que ela actua dentro duma moldura imposta pela lei e pelo Direito e que qualquer actuação, à revelia destes, constituirá uma violação ao princípio da legalidade.

Actualmente, a finalidade da Administração Pública é a da prossecução do interesse público e a da protecção dos direitos ou interesses legalmente concedidos aos cidadãos. Para isso, exige-se uma esfera relativamente livre da administração, ideia traduzida essencialmente no seu poder discricionário. Este ramo do direito público movimenta-se hoje no âmbito de uma relação tripolar Lei-Administração-Juiz, em que à primeira incumbe a definição dos fins ou

15 Cf. DAVID DUARTE, *Procedimento, participação e fundamentação...* cit., p. 486.

16 É a quarta função do Estado, ao lado das outras três clássicas, devido ao surgimento dos actos praticados pelos órgãos supremos estaduais que não se subsumem em nenhuma das outras funções

17 Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Sumários de Direito Administrativo*, Faculdade de Direito de Universidade de Coimbra, ano lectivo 2005/06, policopiado, p.14.



interesses públicos a prosseguir e das competências dos órgãos administrativos, à segunda a prossecução em concreto do interesse público e ao terceiro o controlo da juridicidade da actuação administrativa¹⁸.

Contudo, nota-se que essa distinção é, actualmente, algo difusa, especialmente perante as novas circunstâncias em que se atribui a competência legislativa a órgãos com competências administrativas. Um exemplo disso é o Governo, órgão máximo da Administração pública, que também exerce actualmente a função legislativa através da elaboração e aprovação de decretos-leis. Ainda que a função legislativa seja tendencialmente geral e abstracta e a administrativa individual e concreta (tendo em conta a distinção feita através das suas características típicas), verifica-se que a Administração também pode emitir regulamentos, que são normas jurídicas gerais e abstractas, assumindo nalguns casos uma grande autonomia perante a lei. Este facto constitui uma prova da expansão da competência da Administração Pública.

De facto, nos nossos dias, para a Administração Pública poder funcionar melhor, em benefício de toda a sociedade, há uma tendência em aumentar o poder discricionário da Administração, e, em alguns casos especiais a Administração Pública pode mesmo tomar a sua decisão ou exercer a sua função sem ter que se basear na lei no sentido geral, mas apenas nas regras jurídicas emitidas por ela própria. A função tradicional que o Direito Administrativo tem para fiscalizar e controlar a sua própria competência está a ser cada vez mais diminuída, devido à tendência supra referida. Claro que isso não significa a irrelevância dessa função, mas apenas o recurso a um novo regime de controlo e estimulação duma boa administração, optimizada em conformidade com as novas realidades. É precisamente neste contexto que a participação dos cidadãos, como um sistema procedimental para garantir a realização da democracia administrativa, vem ganhando cada vez mais relevância.

2.2 – As funções da participação no procedimento administrativo

Do que se trata, neste âmbito, é de estudar as vantagens que se reconhecem como inerentes à intervenção dos particulares no procedimento administrativo.

Num procedimento administrativo, em que estão cruzados os interesses mais variáveis, os titulares desses interesses pretendem, naturalmente, ver neste âmbito da dialéctica procedimental uma decisão final favorável à sua posição. Numa perspectiva da legitimação da titularidade da actuação por parte da Administração Pública, cujo órgão superior é o Governo, centro de legitimação e detentor, por si, de uma legitimidade político-administrativa meramente

18 Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS/FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 24.

indirecta e devido à ideia da separação de poderes, verifica-se uma inexistência de legitimidade própria da Administração Pública. Daí o interesse em falar aqui na função de *legitimação do poder político*, que a participação no procedimento administrativo desempenha, como um meio complementar de legitimidade. O modelo de Administração Aberta vem permitir um diálogo num nível mais profundo entre os vários sujeitos no procedimento administrativo, o que acaba por ser uma via de materializar a legitimidade procedimental e decisória. Portanto, a função de legitimação da participação realiza-se com base em vários mecanismos participatórios através dos quais, num processo de formulação de decisões, se procura chegar a maior aproximação e harmonização possíveis entre as diferentes vozes, atingindo assim os objectivos de consenso e de aceitabilidade da decisão final. Como tal, a participação no procedimento administrativo torna-se um meio complementar de reequilíbrio dos défices originários da legitimidade administrativa, *na medida em que por ela se obriga, como forma de outorga de consentimento ao exercício do poder, a que a acção seja desenvolvida através de uma justificação permanente*^{19_20}.

Na realidade, as funções mais essenciais da participação residem no domínio logístico do procedimento administrativo e na vida da decisão final dos órgãos administrativos, de forma que acaba por haver uma partilha de responsabilidade pela decisão tanto do decisor como dos destinatários da decisão através da participação procedimental. Temos, então, uma outra função da participação que é a de *compensação*. Isto é, uma realização antecipada da solução de conflitos não só consegue reduzir as divergências entre a Administração e o administrado, diminuindo a necessidade de recurso aos meios contenciosos, mas também é útil para fornecer um efeito regulador na resolução de problemas policéntricos, estabelecendo uma composição das parcelas recíprocas dos interessados. Visto isto, o espírito do princípio da participação preenche os requisitos de valores básicos como os do Estado de Direito, do princípio democrático e do princípio do Estado social²¹. Portanto, há aqui uma optimização realizável da Administração

19 Cfr. DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação...*, cit., p. 487.

20 No exemplo da participação pública nos procedimentos autorizativos ambientais. O acento tónico deve estar, mais uma vez, na necessidade de uma participação esclarecida e tendencialmente objectiva, que coloque o interesse geral acima dos interesses particulares, grupais ou regionais. A participação surge como uma concretização do princípio do Estado de Direito Democrático e Ambiental, e constitui uma forma de legitimação e credibilização das decisões administrativas. Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Coimbra Editora.

21 Na óptica de DAVID DUARTE, a função compensatória da participação procedimental realiza-se principalmente em três domínios incorporando três ideias gerais: o domínio de realização do princípio democrático, onde se faz aproximar mais dos particulares ao processo de decisão, e

Pública através desta plurifuncionalidade do princípio da participação, que acaba por representar, neste âmbito, as funções de *protecção jurídica*, de *fornecimento de informações*²² e de *realização do bem comum*²³.

2.3 – Suportes instrumentais da participação

O princípio da participação, como uma das garantias de combate contra a Administração burocrática e fechada, não consegue atingir os seus objectivos isoladamente, sendo necessária a sua implantação numa base de diversos suportes instrumentais. Estes devem ser vistos como mecanismos de auxiliares de valorização da participação, dos quais depende a eficácia e a substancialidade da participação procedimental. Neste contexto, a publicidade do objecto procedimental, as medidas instrutórias e o direito à informação administrativa são os principais mecanismos que nos oferecem uma optimização procedimental.

Na fase inicial do procedimento administrativo, é necessário promover uma comunicação com o fim de dar a conhecer a iniciativa da Administração dum determinado procedimento. Trata-se duma exteriorização do procedimento administrativo, um ponto de partida para a dialéctica entre os sujeitos procedimentais que vai decorrer ao longo do procedimento. Nos termos do Código do Procedimento Administrativo, estabelece-se que deve ser dado o conhecimento do procedimento aos interessados, mas apenas àquelas cujos direitos ou interesses legalmente protegidos que possam ser prejudicados pelos actos a praticar no procedimento (nº 1 do artigo 55º). Procura-se assim uma materialização do procedimento, o que faculta uma participação efectivamente com mais operatividade. Com a publicização do objecto procedimental, os

que os particulares consigam obter informações necessárias na actuação duma Administração Pública com mais abertura e transparência; o domínio do princípio do Estado de Direito, através do qual os particulares obtêm uma protecção maximizada, o que só é possível contando com uma previsibilidade pelo particular do conteúdo da decisão administrativa e a possibilidade de intervenção e defesa em tempo útil; e o domínio do princípio de Estado social, onde a realização da participação oferece uma garantia de bem comum de toda a comunidade, pois, com uma participação dum grau mais aprofundado, aumenta-se o sentido de auto-responsabilização dos indivíduos participantes, bem como o melhoramento da sua autodeterminação e emancipação social, tudo isso como um efeito social reflexo.

- 22 Esta função concretiza-se tanto na audiência como na participação instrutória, na medida em que são introduzidos os factos e interesses dos indivíduos participantes.
- 23 Por outro lado, é também notável uma função de prevenção de expectativas decisórias que se insere no princípio da participação, pois, com a participação no procedimento administrativo, atenua-se ou até mesmo diminui-se o impacto social da decisão administrativa, visto que é com uma orientação provisória/preparatória onde se estabelecem vários diálogos entre vários sujeitos é que vai ser tomada uma decisão final, dando origem assim uma forma de amortecimento com projecção colectiva.

sujeitos particulares acabam por conseguir avaliar a sua possibilidade de intervir no procedimento e a susceptibilidade de obtenção de informação procedimental.

Mas este dever de comunicação do início do procedimento aos interessados, previsto no CPA, abrange apenas os procedimentos officiosos. Nos procedimentos de iniciativa particular, onde existem igualmente ameaças de que possam ser lesados os direitos ou interesses legalmente protegidos, é o próprio requerimento, a proposta ou o pedido, dos particulares, que vem estabelecer uma relação jurídica entre eles e a Administração Pública. Julgamos que mesmo nos casos em que o procedimento se inicie por um acto particular (por exemplo, nos processos urbanísticos) deve também ser cumprido o dever de comunicação previsto no CPA, pois, neste contexto, outros indivíduos, diferentes das pessoas a quem cabe a iniciativa legal (e. g., pessoas destinatárias da decisão) virão necessariamente intervir no mesmo processo em que possam vir a obter a legitimidade de defender os seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Por outro lado, o bom andamento dum procedimento administrativo dependerá também dum conjunto de meios instrutórios, os quais permitem aos particulares interessados a possibilidade de procurar defender juridicamente os seus interesses duma maneira mais adequada e coerente. Além disso, os meios instrutórios, previstos nos artigos 86º e seguintes do CPA, acabam por trazer ao procedimento o material dos particulares que possam ser importantes para a ponderação do caso, aumentando assim a efectividade da participação e sucessivamente a operatividade do procedimento²⁴.

Embora o direito à informação dos particulares face à Administração tivesse sido reconhecido logo a partir da versão inicial da Constituição de 1976 e configurado como direito fundamental do administrado de natureza análoga aos “*direitos, liberdades e garantias*” enunciados nos artigos 17º e 18º da CRP, a sua transposição para a lei ordinária só teve lugar através do CPA e da Lei nº 65/93, de 26 de Agosto²⁵.

A base é o artigo 268º da CRP, que consagra no nº 1 o direito fundamental à informação dos interessados directos num procedimento administrativo e no nº 2 o princípio do arquivo aberto. Estes dois planos do direito à informação

24 Contudo, o princípio do inquisitório, previsto no artigo 56º do CPA, um dos princípios dominadores do procedimento administrativo faz com que seja a Administração Pública quem chefia todo o processo de aquisição do material de ponderação.

25 Com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 8/95, de 29 de Março, e 94/99, de 17 de Julho (LADA), esta lei acaba por garantir o direito à informação na vertente não-procedimental por partes dos “cidadãos”, ou pela generalidade dos administrados não abrangidos pelo direito à informação procedimental consagrado nos artigos 61º a 64º do CPA, o que significa que tal direito se apresenta, no aspecto subjectivo, com uma abrangência ou amplitude maior que o direito a que se alude nesses preceitos do CPA. V. Ac. do TCA, de 7.6.2001, p. 5461.



(procedimental e não procedimental) foram respeitados aquando da sua incorporação no CPA, tratando do primeiro os artigos 61º a 64º e do segundo o artigo 65º.

De certa maneira, o direito à informação procedimental é o instrumento mais significativo para uma optimização do procedimento administrativo, pois, é através dele que se estabelece directamente uma relação participante entre os vários sujeitos procedimentais, e é também dele que depende a efectividade da participação dos indivíduos participantes no procedimento.

Porém, nem o CPA nem outra lei ordinária chegaram a regular a forma de efectivação jurisdicional do direito à informação quando tenha como objecto um pedido de informações. O recurso interposto no STA relativamente a esta matéria (Ac. do STA-1ª secção, de 11.3.1997, p. 41 855) faz-nos pensar se é legítimo solicitar os meios contidos no artigo 82º da LPTA²⁶ para efectivar o direito à informação procedimental, quando nele se prevêem somente “*a intimação para facultar a consulta de documentos ou processos*” e a “*intimação para passagem de certidões*”. Não havendo (na vigência da LPTA) uma forma processual especificamente destinada como apropriada ao exercício do direito à informação quando ela revestia a forma ou conteúdo de “pedido de informações” não fornecidas pela entidade requerida, no prazo legalmente previsto no nº 1 do artigo 61º do CPA, tudo indica que se devia lançar mão do processo especial regulado pelos artigos 82º e seguintes da LPTA. Pois, o direito à informação aqui trata-se dum direito instrumental ou procedimental de outro direito fundamental²⁷.

O direito à informação pode ser considerado como um paralelo do princípio do acesso à documentação administrativa, junto com o qual constituem as fórmulas jurídicas de condensação do princípio da transparência administrativa. Ele engloba um número alargado de direitos instrumentais, nomeadamente a consulta do processo, a transcrição de documentos e a passagem de certidões, estando intimamente ligado com o direito de participação em procedimentos administrativos²⁸. Neste âmbito e em conformidade com o preceito do artigo 62º do CPA, entendemos que, ao garantir o direito à consulta do processo e à certificação dos documentos que o integram, prevê “*dois instrumentos mais formais e*

26 Desde a Reforma do Contencioso Administrativo de 2002/03 que a LPTA (Lei de Processo nos Tribunais Administrativos) deixou de vigorar no nosso ordenamento jurídico. No entanto, este caso foi ainda julgado de acordo com essa lei que, nesse momento, era a lei vigente.

27 Do mesmo sentido, o Ac. do STA, da 1ª secção, de 14.1.1997, p. 41 422. Confirmou que o direito a obter uma informação tanto cabe no direito à informação procedimental como no direito de acesso aos arquivos e registos administrativos e o direito à informação procedimental previsto no CPA tem o seu meio para o exercitar previsto nos artigos 82º e seguintes da LPTA.

28 Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Anotação ao Ac. do STA (1ª secção) de 11.3.1997, p. 41 855*, in CJA, nº 5, 1997.

completos de protecção do interesse na informação procedimental". Assim, torna-se desnecessária uma distinção entre o direito à informação procedimental e o direito à consulta de documentos e à obtenção de certidões, por estar sempre em causa o direito fundamental dos administrados à informação, ainda que exercido por formas não exactamente iguais.

Parte II

A Aplicação do Princípio da Participação na Audiência dos Interessados

3 – Ideias gerais sobre a audiência dos interessados no procedimento administrativo

Feita uma classificação básica das formas de participação, restringimos o nosso estudo apenas à participação no procedimento administrativo, onde, apesar de todo o procedimento conter momentos participatórios, é a audiência dos interessados – ao ter projecção sobre a totalidade do objecto do procedimento – que surge como o espaço procedimental principal da participação, que representa a matéria central da participação exterior dos interessados procedimentais. É nesta sub-fase instrutória – após uma investigação instrutória (a sub-fase de instrução propriamente dita) e antes da decisão – onde se desenvolve a audição dos sujeitos envolvidos num procedimento administrativo.

O direito da audiência dos interessados no procedimento administrativo constitui uma concretização legislativa do princípio da participação dos particulares enquanto cidadãos na formação das decisões administrativas que lhes disserem respeito, norma jurídica consagrada na Lei Fundamental, no nº 5 do artigo 267º. É na audiência dos interessados que os interessados vêm ponderadas as suas razões, *a causa de pedir*, numa decisão final, através de “*debates*” entre cada interessado e contra-interessado. A audiência dos interessados destina-se a assegurar o princípio da participação dos interessados nas decisões da Administração que lhes digam respeito nos procedimentos administrativos em que tenha havido instrução e após esta, mas não quando a decisão é proferida em resposta a uma simples pretensão, tipo indeferimento liminar.

O CPA prevê duas formas diferentes de audiência dos interessados, a audiência escrita e a audiência oral (artigos 101º e 102º). É ao órgão instrutor que cabe decidir se a audiência se vai realizar por escrito ou oralmente, não sendo uma decisão necessariamente justificada e fundamentada (é uma decisão inatacável).

3.1 – Quando tem lugar a audiência dos interessados

Como se prevê no nº 1 do artigo 100º do CPA, concluída a instrução, em



obediência ao princípio da participação do cidadão nas decisões administrativas e salvo o disposto no artigo 103º, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final. Dizem-nos os artigos 86º a 98º do CPA que a instrução procedimental é um conjunto de formalidades, informações, pareceres, apresentação ou produção de provas, realização de diligências, exames e avaliações necessárias à prolação do acto²⁹. Com a conclusão da instrução, antes da ocorrência da audiência dos interessados, é exigido um conjunto de formalidades e informações necessárias à marcha do acto administrativo seguida pelo órgão competente para a decisão, do qual depende a efectividade do exercício do direito de participação procedimental dos interessados.

Esta posição é reforçada por vários autores. RUI MACHETE, no Diário da AR, de 7.11.88, II Série, salientou a necessidade do interessado intervir no processo administrativo e na respectiva instrução, afastando a possibilidade de um tipo de participação intensiva dos interessados, que uma certa leitura do nº 5 do artigo 267º da CRP parece pressupor. Mas quando se regula o procedimento administrativo, tendo em conta a importância da questão, “*a Constituição deve ser interpretada de uma maneira hábil, e não de uma forma que crie dificuldades intransponíveis que nenhum valor jurídico justifique*”³⁰. Também FREITAS DO AMARAL, ao comentar o artigo 100º do CPA, considera que o esquema do procedimento administrativo passa agora a ser o seguinte: “*requerimento do particular ou iniciativa da Administração — informação dos serviços — projecto de decisão — audiência do interessado — decisão*”. Para MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e os co-autores do CPA anotado, a ideia passa por interpretar a fase de audiência dos interessados como uma fase de saneamento. Por sua vez, a instrução é tida como uma fase preparatória de recolha dos elementos necessários para que a audiência tenha a base factual para uma avaliação do assunto em causa e que os vários factores, quando ponderados, facilitem uma decisão final. Por último, PEDRO MACHETE confirmou na sua obra que “*se não se verifica o exercício da função administrativo, se a Administração não procede, isto é, não procura averiguar todos os factos cujo conhecimento seja conveniente para a justa e rápida decisão do procedimento, também não se põe o problema de abertura do procedimento aos interessados da sociedade. Assim, não se justifica a previsão de meios de participação, designadamente a*

29 Contudo, não se pode tirar, com base nisso, a conclusão de que a existência da instrução seja uma condição suficiente para a promoção da audiência dos interessados, pois, de acordo com a alínea a) do nº 2 do artigo 103º, do CPA, *a contrario*, a mesma só será devida caso os interessados, na fase anterior da decisão final, ainda não se tenham pronunciado sobre o objecto do procedimento administrativo.

30 V. nota. 3.



audição dos interessados”³¹. Através da instrução, instrumento administrativo previsto nos artigos 86º e seguintes do CPA, fixa-se o interesse público concreto, pois, sem saber de que interesse concreto se discute, não se consegue ponderar a representação que os interessados façam desse mesmo interesse em conjugação com o seu interesse particular.

Estando o princípio da participação procedimental constitucionalmente consagrado, ele obriga o legislador a tomar em consideração a sua importância como um elemento estruturante do procedimento administrativo. Portanto, verificada a existência da instrução procedimental, haverá a audiência dos interessados nos termos dos artigos 100º e seguintes do CPA; caso contrário, se em vez de instrução ocorrer somente a apreciação efectuada por parte do órgão decisor dos factos invocados pelo interessado, dando-se o indeferimento liminar do requerimento, não haverá lugar à audiência dos interessados³².

3.2 – A legitimidade procedimental

Para que a participação procedimental se torne operativa e efectiva, não só precisam de estar preenchidos os requisitos ligados, nomeadamente, à capacidade de gozo e de exercício de direitos do indivíduo participante, mas também da sua legitimidade procedimental, isto é, depende também da titularidade de um interesse legalmente protegido no procedimento, da titularidade de uma determinada pretensão jurídica ligada administrativamente a uma decisão concreta. Adicionalmente o procedimento administrativo não se restringe apenas às partes mas é aberto a todos os interessados, desde que tenham a devida legitimidade. Portanto, a solução do ordenamento jurídico português no que toca à matéria de legitimidade procedimental é em função da titularidade de certas posições jurídicas materiais, em relação à decisão a que o procedimento tende, tendo assim a legitimidade procedimental para iniciar ou intervir num procedimento tendente à prática de um acto ou de um regulamento administrativo “*os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos, (...), bem como as associações sem carácter político ou sindical que tenham por fim a defesa desses interesse*”s (nº 1 do artigo 53º do CPA).

Ao mesmo tempo, o artigo 100º do CPA atribui aos “*interessados*” o direito de serem ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final. Determinadas interpretações sustentam que são interessados num procedimento

31 Cfr. PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados...*, cit., p. 454.

32 Com a inexistência da instrução, não terá lugar a audiência dos interessados, atenta a impossibilidade de eles alterarem ou por qualquer modo influenciarem a decisão da Administração. A jurisprudência portuguesa tem seguido essa orientação, serve-se como um exemplo o Acórdão do STA da 1ª secção, de 20.11.1997, P. 37 141, in AD, 438-749.



administrativo todos os que tenham legitimidade para aí intervir, mas isso não nos parece verdade. De facto, a exigência de legitimidade procedimental visa restringir as categorias dos que podem intervir no procedimento, ao passo que a ideia de *interessados* exterioriza a exigência de legitimidade como um dos pressupostos dela, implicando uma intervenção efectiva com operatividade real no procedimento e não apenas uma mera possibilidade de aí intervir. Como tal, a qualidade de interessados só se compreende e só terá virtualidade operativa e real se for entendida num sentido restritivo em relação à legitimidade. Isto é, para ser interessado num procedimento administrativo, é necessário ter legitimidade procedimental, mas não é esta a condição única, não é suficiente para ser interessado e ter, assim, o direito a todas as posições que a lei reconhece a pessoas titulares dessa qualificação no seio do próprio procedimento.

No que toca à legitimidade procedimental das associações *sem carácter político ou sindical*, prevista no nº 1 do artigo 53º do CPA³³, entendemos aqui que esta deve ser interpretada como uma legitimidade colectiva das associações para iniciar ou intervir no procedimento, na medida em que se trata de interesses ou direitos que legitimam a iniciativa ou intervenção das pessoas individualmente interessadas nos termos da 1ª parte do mesmo número. Posto numa posição de obediência do princípio da imparcialidade, nos casos em que se trata dos interesses próprios de associações, elas aparecem a intervir no procedimento com uma legitimidade colectiva na qualidade de representantes colectivos de interesses individuais. Esta legitimidade colectiva aparece igualmente no nº 3 do mesmo artigo, segundo o qual não é absolutamente necessário invocar um prejuízo singular para “*as associações dedicadas à defesa de tais interesses e para os órgãos autárquicos da respectiva área*” intervirem procedimentalmente ou até na própria iniciativa procedimental, pois é-lhes atribuída uma legitimidade colectiva. Verifica-se, assim, uma subjectivização dos interesses difusos nas entidades jurídicas que representam os titulares desses mesmos interesses.

Por outro lado, é necessário considerar os *interesses difusos*, conceito marcado pela ausência da radicação jurídica subjectiva. A titularidade do interesse difuso resulta da pretensão de todos os membros duma certa colectividade, de dimensão ampla, no qual não se coloca em causa um interesse personalizado que respeita particularmente a um portador ou um titular singular. Um interesse difuso é genericamente tutelado pelo direito, por normas jurídicas. Os indivíduos apenas

33 No entanto, em relação à negação de legitimidade às associações sindicais para iniciar o procedimento e intervir nele, prevista no nº 1 do artigo 53º do CPA, o Acórdão do Tribunal Constitucional, da 2ª Secção, Nº 118/97, declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de tal negação, o que concede legitimidade aos sindicatos para iniciar o procedimento ou intervir nele, “seja em defesa de interesses colectivos, seja em defesa colectiva de interesses individuais dos trabalhadores que representam”, como se lê na decisão do TC.



têm um interesse simples ou no acatamento dessas normas pela Administração. Como é óbvio, tais interesses merecem igualmente protecção jurídica³⁴. Em sede da legitimidade procedimental, face à al. a) do n° 2 do artigo 53° do CPA, um cidadão só tem a legitimidade para iniciar ou intervir num procedimento quando existe um prejuízo ou ameaça do prejuízo concreto em relação a um certo bem fundamental de que esse cidadão é titular, ou um dos seus titulares. Portanto, tem que se verificar uma apropriação individual dos interesses difusos para um particular ter legitimidade procedimental. A legitimidade atribuída para a protecção de interesses difusamente protegidos ao abrigo da al. a) do n° 2 do artigo 53° do CPA não é uma legitimidade difusa³⁵. Por isso, a legitimidade aqui é de cidadãos que são ou possam ser prejudicados em certos bens aí previstos. Diferentemente, a legitimidade para iniciar ou intervir no procedimento na hipótese da al. b) do n° 2 do artigo 53° do CPA já é uma verdadeira legitimidade difusa. Nestes casos, são os interesses ligados à utilização de bens no domínio público afectados à satisfação de necessidades colectivas. Portanto, a legitimidade aqui não depende de o particular invocar um prejuízo sofrido ou a sua ameaça, mas sim de ele residir na circunscrição onde se localize o bem de interesse colectivo em causa.

3.3 – Objecto do direito de participação

Sendo uma concretização do princípio da participação, a audiência dos interessados prevista no CPA corresponde à opção do legislador ordinário de criar uma disciplina procedimental a regular, antes da tomada da decisão final, a forma como os particulares devem apresentar os seus interesses e opiniões sobre o objecto do procedimento. Entretanto, o objecto do procedimento que aqui se refere não deve ser confundido com os juízos de mérito que a administração faz sobre a mesma realidade. Disto decorre a necessidade de distinguir entre o objecto do procedimento sobre o qual os interessados se podem pronunciar, que são as questões relevantes à decisão e sobre as provas produzidas (artigo 103°/2/a), CPA), e a apreciação do próprio objecto por parte da Administração no relatório do instrutor (artigo 105°, CPA). Com efeito, não é sobre a proposta de decisão, contida só no relatório do instrutor e a qual corresponde a uma apreciação ou juízo de mérito sobre o objecto do procedimento administrativo, que os interessados participantes têm o direito de ser ouvidos, mas sim e somente sobre o objecto do procedimento, ou seja, as questões

34 A acção popular é um modo de protecção desses interesses difusos, como prevista no n° 3 do artigo 52° da CRP e mais pormenorizadamente, na Lei de Participação Procedimental e de Acção Popular (Lei n° 83/95, de 31 de Agosto).

35 A legitimidade não tem aqui como causa a lesão dos interesses enquanto bem sem dono, mas a ocorrência de uma lesão efectiva ou potencial. Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, cit., p. 285.



a resolver mediante o exercício concreto da competência administrativa, tal como as pretensões dos particulares à luz das informações apresentadas no procedimento.

4 – Natureza jurídica do direito de audiência dos interessados

O direito de audiência dos interessados no procedimento administrativo é uma concretização legislativa do direito de participação dos cidadãos na formação das decisões administrativas que são relevantes na sua esfera jurídica. Direito esse é consagrado constitucionalmente no nº 5 do artigo 267º da CRP. Tendo carácter procedimental, o princípio da participação é aplicável à generalidade dos procedimentos administrativos. Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “a participação no procedimento pode tornar-se ela mesma num direito constitucionalmente protegido”. Esta afirmação deriva, não estando ausentes os argumentos formais e semânticos de sentido divergente, da essencialidade da tutela procedimental dos bens jurídicos, independentemente da causa da sua preterição, e da valorização dos elementos materiais e axiológicos que estão associados à participação³⁶. Os Autores do *CPA anotado*³⁷ afirmam que as preocupações garantísticas do CPA atingem o seu grau mais elevado com a introdução do princípio da participação na audiência dos interessados. Segundo eles, é a fase da audiência dos interessados que transporta ao procedimento administrativo uma garantia mais substancial que se confere a todos os interessados, cuja exposição de factores e de direitos ou de interesses particulares será tomada em consideração, com o fim de serem ponderadas as razões dos indivíduos participantes na decisão final da Administração. Por outro lado, o princípio da participação serve-se como uma concretização legal do direito constitucionalmente consagrado na participação dos interessados na formação das decisões administrativas, desempenhando uma tarefa de defesa dos particulares no procedimento administrativo.

Existe igualmente uma voz contrária sobre a qualificação como princípio fundamental com assento constitucional do princípio aqui em causa³⁸,

36 Há quem diga que o princípio da participação é um princípio fundamental com consagração constitucional: é o caso de SÉRVULO CORREIA, O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento, in *Legislação, Cadernos de ciência de legislação*, 9/10, Janeiro–Junho, 1994; de VASCO PEREIRA DA SILVA, Em busca do acto administrativo perdido, Coimbra, 1996; de DAVID DUARTE, Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório, Coimbra, 1996; e ainda, de MARCELO REBELO DE SOUSA, No regime do acto administrativo, in *Direito e Justiça*, vol VI, 1992.

37 Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, cit., p. 448.

38 É o caso de FREITAS DO AMARAL, *Fase do procedimento decisório de 1º grau*, in *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, e de PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996.



entendendo que o direito de audiência dos interessados é um direito subjectivo legal-procedimental e, por isso, o princípio da participação não é um princípio fundamental, de protecção constitucional, mas somente um princípio estruturante da “lei especial” sobre o procedimento da actividade administrativa. Segundo PEDRO MACHETE, o nº 5 do artigo 267º da CRP não atribui aos cidadãos um direito fundamental de participação em todo e qualquer procedimento administrativo, mas tão só naqueles em que a participação procedimental seja pré-disposta como o meio necessário à protecção de certos bens fundamentais de administrados³⁹. A CRP, segundo este Autor, limita-se a impor uma disciplina à actuação administrativa no que toca ao nível da participação cujo contributo é visível para o aprofundamento da democratização administrativa. Por exemplo, no âmbito de um procedimento sancionador, e nos demais casos em que o Estado tenha criado um procedimento destinado a prevenir a lesão de determinados bens fundamentais no cumprimento do seu dever de garantir os direitos e liberdades fundamentais, o princípio da participação incorporado na audiência dos interessados serve como um meio jurídico de defesa do bem fundamental em causa, não sendo exigível, para que se produzam as consequências da violação de um direito fundamental, a verificação actual da lesão desse bem: precisamente porque com demora já pode ser tarde demais, ao legislador basta-se a violação das normas da tutela procedimental. A

39 Segundo PEDRO MACHETE, a natureza do preceito contido no artigo 267º, nº 5 da CRP é muito diferente da do que consagra o direito de audiência e defesa, referido no artigo 269º, nº 3, da CRP. Cfr. PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados...*, cit., p. 387. Por outro lado, DAVID DUARTE considera vulnerável a separação entre defesa procedimental e participação procedimental, tendo verificado uma recondução dual que é dirigida a diferentes apoios axiológicos, como o princípio do Estado de direito, no primeiro caso, e o princípio democrático, no segundo. Na opinião do autor, ao contrário da participação procedimental, onde está em causa a posição do particular como membro activo da comunidade ou de círculo de interesses agregados mais reduzidos, mas genéricos ao mesmo tempo, na defesa procedimental o que importa é a participação titulada em direitos subjectivos e interesses legítimos, pois o particular intervém na sua qualidade de portador dum interesse individual. A defesa procedimental pressupõe uma tutela garantística do particular, ao passo que, na participação procedimental, ela está funcionalizada à própria condução da actividade administrativa, no sentido de que a sua tarefa principal é objectiva, portanto, uma oferta de colaboração por parte dos particulares, que defendem um interesse meta-individual, transportando um resqício de interesse público. Contudo, DAVID DUARTE acha que não se justifica a cisão entre os dois preceitos, porque a defesa procedimental e a participação procedimental no sentido estrito não são qualitativamente diferentes, mas comportam os mesmos cambiantes funcionais e axiológicos. É justificável uma noção unívoca de participação procedimental que represente as duas categorias. E precisamente por causa dessa unidade da participação procedimental, confirma-se a consideração unitária da participação como direito fundamental. Pois, esta qualificação deriva da essencialidade da tutela procedimental dos bens, independentemente da causa da sua perturbação eventual, e da valorização dos elementos materiais e axiológicos que estão associados à participação. Cfr. DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação...*, cit., p. 135 e seguintes.



disciplina do CPA no que diz respeito à participação procedimental e à audiência dos interessados visa assegurar, em primeiro lugar, a objectividade e aderência à realidade do procedimento. A audiência dos interessados é o principal instrumento de abertura do procedimento a outros interesses que não apenas os veiculados pela organização administrativa em ordem à aproximação entre a definição concreta do interesse público e o interesse geral. Está aqui em causa a cooperação no esclarecimento dos pressupostos do exercício de competências administrativas e a definição concreta do círculo de interesses a considerar pela Administração em vista de uma democratização crescente da função administrativa, tendo a participação procedimental um carácter funcional, como um complemento necessário da definição da missão administrativa⁴⁰. No mesmo sentido, FREITAS DO AMARAL considera que a participação procedimental, em referência directa à fase de audiência dos interessados, não consubstancia um direito fundamental, na medida em que direitos fundamentais são apenas aqueles inerentes à protecção da dignidade da pessoa, o que não é o caso do princípio da participação, e porque alguns tribunais têm cominado a inexistência da audiência prévia em procedimento disciplinar com a anulabilidade⁴¹. Com isso, não se justifica que o incumprimento de uma situação menos grave (isto é, a falta da audiência dos interessados noutros casos, fora dos do procedimento sancionatório) tenha uma consequência mais gravosa⁴².

Sobre esta questão, vale a pena referir o “*critério de contenção*” proposto por VIEIRA DE ANDRADE, o qual destaca a interpenetração crescente entre preceitos constitucionais e preceitos de legislação ordinária, determinantes na situação *em que de muito poucas normas de eficácia externa, se de algumas, se poderá dizer que, directa ou indirectamente, não servem ou não prejudicam, não promovem ou não restringem um ou outro direito fundamental ou, pelo menos, não facilitam ou não dificultam o respectivo exercício. Por isso, serão inúmeras as normas administrativas de procedimento e de forma relevantes para os direitos fundamentais dos cidadãos. Porém, só aquelas normas que fixarem condições necessárias, indispensáveis à garantia ou à realização desses direitos e, por isso, obrigatórias, poderão legitimamente ser incluídas no âmbito material dos direitos fundamentais. Só quando se poderá dizer que uma determinada forma ou procedimento é directamente, necessariamente ou obrigatoriamente postulada pela dignidade da pessoa humana ou por um direito fundamental material em que ela se concretiza, é que se pode configurar a existência de um direito processual*

40 Cft. PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados...*, cit., p.337 e seguintes.

41 Ao contrário do que tem sido a regra, como veremos

42 Este argumento não nos parece razoável, pois não é a interpretação do tribunal que nos indica como deve ser no domínio do direito, mas somente a qualificação isolada de cada caso concreto.



como direito fundamental autónomo⁴³.

No nosso entender, o que está em causa é a protecção de bens do círculo subjectivo susceptíveis de perturbação, tendo por trás o prejuízo ou ameaça de prejuízo de um interesse legalmente protegido dum indivíduo participante, o qual revele um valor sensível e constitucionalmente garantido, que se relacione com a dignidade das pessoas. Dignidade essa que é susceptível de ser posta em causa com a eventualidade de uma intromissão estadual. A participação procedimental permite assim restabelecer o equilíbrio originário da autonomia possuída pelos particulares que se restringe na convergência de caminhos com a missão administrativa de prossecução do interesse público. Ainda que se trate de interesses difusos, a participação procedimental é uma salvaguarda do meio circunstancial de dignidade de cada um numa determinada colectividade, pois a tutela constitucional aqui atribui também a cada um deles uma protecção dos bens comuns. Portanto, o direito de participação procedimental é um direito fundamental, mas com a especificidade de estar constitucionalmente particularizado numa norma não exequível por si própria. A sua aplicabilidade directa fica apenas dependente do cumprimento de uma imposição legítima concreta, tendo um suporte material mínimo de determinabilidade⁴⁴.

5 – A falta da audiência dos interessados

5.1 – A invalidade do acto administrativo

A invalidade é a sanção que o ordenamento jurídico comina para o acto administrativo praticado ou nascido em desconformidade com os seus princípios e regras, isto é, para o acto administrativo ilegal⁴⁵. A doutrina e a lei distinguem dois tipos fundamentais de invalidade dos actos administrativos: a nulidade e a anulabilidade. No direito administrativo português, a anulabilidade é o tipo de invalidade regra, o que está em harmonia com o sistema de administração executiva e com as ideias de estabilidade das relações jurídicas constituídas à sua base e de autoridade do acto administrativo. A nulidade é um tipo excepcional de invalidade reservada para os vícios mais graves, trazendo, naturalmente, consequências mais radicais. O regime da nulidade implica a improdutividade automática e imediata do acto administrativo, correspondendo a um enfraquecimento da posição da Administração que não pode executar o acto nem pretender que os destinatários

43 Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra, 1991. p. 197 e seguintes.

44 No entanto, nem sempre o STA tem acompanhado a posição seguida por nós, como se vê no acórdão da 1ª secção, de 02.03.90, caso José Manuel Rafael Luís, in AD, 365/60422.

45 Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, cit., p. 637.

lhe obedecem, ao passo que, no regime de anulabilidade, mesmo que seja um acto administrativo anulável, é-lhe assegurada uma eficácia provisória. É preciso ter em conta que, mesmo vista como uma sanção excepcional, a sanção de nulidade de actos administrativos tem alargado imenso o alcance da sua aplicação, não só por se preverem mais situações específicas de nulidade, mas também por se prever a sua verificação através de uma cláusula geral.

No procedimento administrativo, o princípio da participação concretiza-se na audiência dos interessados, dando-lhes a possibilidade de se pronunciarem. Existe, por isso, o incumprimento da formalidade pela Administração se o indivíduo interessado não foi chamado a pronunciar-se na audiência dos interessados ou se foi chamado a pronunciar-se em termos legalmente insuficientes. A falta de audiência dos interessados fora dos casos previstos no artigo 103º do CPA invalida os actos praticados na sua sequência, tornando-os anuláveis por vício de forma, em virtude da desobediência ao princípio da participação no procedimento administrativo. Há, porém, dois casos específicos em que a falta de audiência dos interessados gera a nulidade do acto administrativo: casos de processos disciplinares e casos de processos de contra-ordenação⁴⁶ uma vez que se trata, aqui, de uma garantia atribuída pela própria Constituição, nos artigos 269º, nº 3 e 32º, nº 10.

A necessidade de realizar sempre a audiência dos interessados no processo disciplinar, além de ser assegurada pela Lei Fundamental e pela lei ordinária (o CPA), é ainda garantida pelo nº 4 do artigo 59º do Estatuto Disciplinar do Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local (DL nº 24/84, de 16 de Janeiro). No Acórdão do STA (Pleno da 1ª Secção) de 11.12.1996, P. 29 875, o STA apreciou um caso onde ao arguido, auxiliar técnico de educação dum instituto, foi aplicada uma pena disciplinar de aposentação compulsiva, na sequência de uma agressão à bofetada e com um pau de vassoura, preparada pelo acusado, a dois menores do mesmo instituto. Tal conduta revela claramente o uso abusivo de poder e consubstanciou um grave desinteresse pelo cabal desempenho das funções do agente, sendo certo que ele não só devia conhecer como efectivamente conhecia as regras que em geral lhe eram aplicáveis e em particular o artigo 102º da Lei de Organização Tutelar de Menores (DL nº 314/78, de 27 de Outubro). Esta infracção

46 O princípio da participação (e os respectivos direitos de audiência e defesa) tem que ser assegurado em procedimentos sancionatórios, onde a equivalência aos direitos processuais de tipo criminal é uma conquista antiga do direito administrativo português. A própria jurisprudência dos tribunais administrativos confirma a antiguidade e a generalidade dessa equiparação. Nos procedimentos em que não estava em causa a avaliação de um comportamento ilegítimo como causa justificativa de uma sanção, pode não haver lugar a audiência, consoante a verificação de justificações da inexistência ou a dispensa da audiência dos interessados. No entanto, uma vez verificado o carácter sancionador do procedimento, a audiência será sempre indispensável. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 1947, p. 852.



disciplinar deu origem a uma pena de suspensão por um mês do agente. Sucede que, do novo enquadramento jurídico dos factos feito pela autoridade decidente resultou a aplicação de uma pena mais grave (sanção de aposentação compulsiva) do que a prevista na acusação e não foi dada ao arguido a oportunidade de se defender dessa nova sanção que resultou da apreciação dos mesmos factos à luz de um preceito legal sancionatório mais grave. Ora, este facto veio a gerar a invalidade do acto punitivo, verificando-se então a nulidade da decisão devido à falta de audiência e defesa do arguido em processo disciplinar.

O direito à audiência e defesa, concretização do princípio da participação, em sede disciplinar está expressamente previsto no nº 3 do artigo 269º da CRP, mas não deve ser interpretado meramente no âmbito da actual procedimentalização e do apelo à participação dos interessados no procedimento administrativo. De facto, a tal tutela de ser ouvido na audiência dos interessados, como uma protecção do agente em matéria disciplinar, assegura-se também por via das relações desde sempre reconhecidas entre o direito disciplinar e os direitos penal e processual penal⁴⁷. O fulcro de todo o processo disciplinar consiste na audiência do arguido, estando efectivamente em causa a ideia do princípio do contraditório⁴⁸. O princípio da participação aparece aqui como componente insuprimível do direito de defesa, que mais do que um direito subjectivo legal-procedimental corresponde a um direito fundamental.

No procedimento administrativo, a audiência dos interessados ocorre antes de ser tomada a decisão final, é um trâmite destinado a preparar tal decisão, sendo um momento, por excelência, de garantia da participação dos interessados nas decisões que lhes digam respeito. Verificada a inexistência da audiência dos interessados – a qual, fora dos casos previstos no artigo 103.º do CPA, equivale a uma desobediência do princípio da participação no procedimento administrativo – a decisão final da Administração cuja base é precisamente a audiência dos interessados e será seguramente influenciada pelo vício que resulta do não cumprimento desse trâmite, isto é, uma vez verificado esse vício no procedimento, a decisão final torna-se inválida também. A questão da consequência da preterição indevida da audiência dos interessados prende-se com a natureza do direito de ser ouvido e consiste em saber se a violação deste, fora dos casos de processos disciplinares e casos de processos de contra-ordenação, dá lugar à nulidade da decisão que ponha termo ao procedimento ou apenas à respectiva anulabilidade?

47 No direito processual penal, o direito de audiência importa a faculdade de fazer ouvir tempestivamente uma dada versão dos factos, de modo a evitar o andamento de um processo a que porventura os esclarecimentos prestados poderão pôr termo ou direccionar de modo distinto. Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa, 1981, p. 150.

48 Cfr. MARCELLO CAETANO, *Do poder disciplinar no direito administrativo português*, Coimbra, 1932, p. 179.



Sobre esta questão, quem entenda que o direito de participação na audiência dos interessados é qualificado como um direito fundamental, afirma que a preterição indevida da formalidade da audiência dos interessados é subsumível na al. d), nº 2, do artigo 133º, do CPA, e conseqüentemente, determinante de nulidade⁴⁹; ao invés, para os autores que considerem que se está perante um direito subjectivo legal-procedimental, a respectiva violação é apenas causa de um vício de forma da decisão final, cuja consequência será, em regra, a respectiva anulabilidade, prevista no artigo 135º do CPA⁵⁰.

5.2 – A falta da audiência dos interessados não gera sempre a invalidade: as excepções ao princípio da participação

Pergunta-se: será que a falta da audiência dos interessados gera sempre a invalidade? A desobediência do princípio da participação, sendo um princípio procedimental, é sempre sancionável?

Os direitos fundamentais reconhecidos pelo Tribunal não devem ser entendidos como prerrogativas absolutas, antes devendo ser tomados em consideração com referência à sua função na sociedade. E as restrições ao exercício desses direitos é possível desde que essas restrições tenham por fundamento objectivos de interesse geral prosseguidos pela comunidade e não constituam face a esses objectivos uma intervenção desproporcional e intolerável, susceptível de atentar contra a própria essência desses direitos.

Por isso, apesar de ser verificada e reconhecida a obrigatoriedade de realização da audiência dos interessados no procedimento administrativo, o princípio da participação não é, à semelhança de outros, um princípio absoluto. Muitas vezes é necessário procurar-se uma conformidade efectiva com outros valores juridicamente tutelados, sob a orientação de outros princípios, tais como o princípio da proporcionalidade e o princípio da economia processual, o que pode levar à preterição da formalidade de audiência dos interessados. Para uma Administração Pública moderna, deve evitar-se o excessivo formalismo e a desobediência do princípio da economia processual. Por isso, não valeria a pena repetir o procedimento para se obter a mesma decisão caso, e. g., estivesse em causa apenas a não indicação da base legal da decisão e se fosse possível determinar essa base legal por outro meio.

No artigo 103º do CPA estão previstas situações em que é possível a dispensa ou a inexistência da audiência dos interessados, pois, se é certo que o direito de participação dos cidadãos na formação das decisões administrativas que lhes digam respeito tem de ser norteado pelo princípio superior da salvaguarda

49 V. nota. 25.

50 V. nota. 27.



dos seus direitos ou interesses legítimos na feitura de uma decisão que se deseje correcta, não é menos certo que há casos em que tal exercício não deve constituir um obstáculo à celeridade da actividade administrativa.

*“A mais elementar regra de economia impõe que um acto administrativo não seja anulado só porque violou um preceito legal, quando dessa violação não resultou qualquer lesão efectiva, real, dos interesses ou valores protegidos pelo preceito violado”*⁵¹. Com efeito, a formalidade essencial só se terá degradado em não essencial nos casos em que a participação do interessado não podia, de forma evidente e objectiva, exercer qualquer influência na decisão tomada, não sendo, por isso, invalidante da decisão, o que impõe consequentemente o aproveitamento do acto, já que a audiência dos interessados não é um mero rito procedimental.

Acrescente-se que as causas de legitimar, no ordenamento jurídico comunitário, a não realização da audiência dos interessados são semelhantes às permitidas nos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-Membros⁵². Portanto, no direito comunitário, mesmo quando se reconhece a obrigatoriedade de promover a audiência dos interessados, o princípio da participação não é absoluto e na maior parte das vezes tem que se verificar uma certa concordância e colaboração com os outros princípios comunitários fundamentais, o que pode, como acontece no procedimento administrativo português, levar à preterição daquela formalidade⁵³. Resulta da jurisprudência comunitária que a exigência de ouvir os interessados antes da adopção do acto que lhes diz respeito só se impõe quando a Comissão tencione aplicar uma sanção ou adoptar uma medida susceptível de afectar a situação jurídica daqueles⁵⁴.

5.2.1 – Casos em que se verifica a possibilidade de dispensa da audiência dos interessados

Nas duas alíneas do nº 2 do artigo 103º do CPA fala-se de dispensa da audiência dos interessados em alguns casos específicos, que correspondem ao pressuposto da inutilidade da audiência dos interessados, no juízo de ela não ter nenhum resultado útil ou significativo para a decisão do procedimento. Na situação prevista na al. a) a audiência pode ser dispensada porque os interessados já se pronunciaram no procedimento sobre o que se lhes oferecia (e, portanto,

51 Cfr. PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados...*, cit., p. 525.

52 Cfr. CARLA VICENTE, *A audiência dos interessados no(s) procedimento(s) administrativo(s) comunitário(s)*, in Documentação e Direito Comparado, nºs 83/84, 2000, p. 113 e seguintes.

53 Neste sentido, ver, a título meramente exemplificativo, os seguintes casos: Caso National Panasonic (80), Caso Vereniging (95), Caso Reino da Bélgica/Comissão (90).

54 Contudo, o TJ entende que uma dificuldade de ordem prática não pode, por si só, justificar a violação de um princípio fundamental como o respeito pelos direitos de defesa.

os valores tutelados pela audiência já se encontram acautelados por outra via) e consequentemente não será necessário proceder a uma nova audiência, a qual representaria uma duplicação, com ofensa do princípio da economia processual e da eficácia da actuação administrativa.

Na hipótese da al. b), “*se os elementos constantes do procedimento conduzirem a uma decisão favorável aos interessados*”, poderá também haver dispensa da audiência. Aqui, exige-se que o órgão instrutor tenha já nesta fase do procedimento administrativo uma opção ou plano sobre o sentido da decisão final que irá tomar, daí que seja necessário ser uma decisão completamente favorável à pretensão formulada no requerimento pelo interessado. Aqui a própria decisão potencial condiciona a instrução, o interessado nada poderia acrescentar a não ser informações prejudiciais para si próprio, pois já se sabe que a decisão final não-lhe vai ser desfavorável. O direito de ser ouvido neste caso não terá grande sentido⁵⁵, porque o indivíduo participante só necessita duma garantia de ser defendido se os actos da Administração apontam para uma decisão que lhe seja desfavorável, sendo o princípio da participação um princípio instrumental. Contudo, esta situação não se verifica no caso de a pretensão do particular apenas ser parcialmente provida e no caso em que a decisão deriva dum poder discricionário da Administração cujo conteúdo não seja absolutamente no sentido mais favorável possível para os interessados ou já tenha havido um tratamento mais favorável em casos idênticos mas anteriormente decididos⁵⁶.

O critério da dispensa da audiência dos interessados previsto na al. a) é o da desnecessidade de uma nova audiência dos interessados para a garantia do princípio da participação procedimental na vertente do direito de ser ouvido sobre o objecto do procedimento antes de ser tomada a decisão final. Até os próprios deveres gerais de colaboração dos interessados no procedimento administrativo, previstos no artigo 60º do CPA, apontam exactamente no sentido da dispensa. Um exemplo desta situação pode ser visto no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª secção), de 05.12.1996, p. 33 602, em que as empresas Construtora Abrantina, S.A., e Huarte, S.A., vieram interpor recurso contencioso directo de anulação do despacho do Senhor Ministro da Saúde de 15/11/1993, que adjudicou, sob condição, a empreitada de concepção duma obra pública a outro concorrente, invocando padecer o acto de vício de forma por não terem sido observadas as formalidades do procedimento decisório, designadamente a audição dos interessados, nos termos do artigo 100º do CPA. Citada a autoridade recorrida, veio alegar a desnecessidade de audiência prévia dos interessados dada

55 Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Direitos fundamentais dos administrados*, in Nos dez anos da Constituição, Organização de Jorge de Miranda, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, p. 16.

56 Cfr. Vieira de Andrade, *O dever de fundamentação...*, cit., p. 119.

a especial natureza jurídica do acto.

A imperatividade constitucional da participação dos cidadãos na formação das decisões administrativas que lhe digam respeito, conforme o nº 5 do artigo 267º da CRP, tem a sua concretização na audiência dos interessados, onde se aplica o princípio da participação no procedimento administrativo, previsto nos artigos 100º e seguintes do CPA. Esta disposição jurídica é aplicável a todos os procedimentos administrativos por constituir direito constitucional concretizado, como princípio da organização de acção administrativa: trata-se de normas concebidas como modos de realização do Direito no âmbito do procedimento da actuação administrativa.

Por isso, a falta da audiência dos interessados, fora dos casos previstos no artigo 103º do CPA, invalida os actos posteriores, tornando-os anuláveis por vício de forma.

Mas perante um caso destes, temos de verificar sempre se estamos ou não em face de uma excepção ao dever de audiência, prevista no artigo 103º do CPA. O douto acórdão entende que não houve nenhuma justificação para a dispensa da audiência dos interessados, por isso, julgou o recurso contencioso procedente e anulou o acto recorrido.

No nosso entender, tal decisão deixa-nos algumas dúvidas.

Num caso de concurso público, relativo a empreitadas e fornecimento de obras públicas, como é o nosso caso, os artigos 83º/1 e 86º/3 do DL nº 235/86 asseguram claramente a possibilidade de intervenção dos concorrentes nesse acto público. Portanto, todos os concorrentes tiveram oportunidade de se pronunciar sobre as questões que constituem o objecto do procedimento através da apresentação das respectivas propostas e da possibilidade de intervir no acto público do concurso previsto neste diploma legal. Por isso, na ausência de disposição especial a exigir uma audiência desses concorrentes antes da adjudicação perante a entidade adjudicante, a audiência dos interessados será dispensável com apoio da al. a) do nº 2 do artigo 103º do CPA. Sendo assim, consideramos que não houve carência de fundamentação da dispensa da audiência dos interessados na decisão recorrida, uma vez que não houve extinção, restrição ou afectação do direito de ser ouvido, o qual já foi satisfeito noutras fases desse procedimento de empreitada de obras públicas.

No artigo 8º do CPA, o princípio da participação ganha um peso fundamental na actuação administrativa, tendo a sua concretização neste diploma legal nos artigos 59º e 100º a 103º do CPA. Portanto, reconhecem-se aqui o direito de os interessados se pronunciarem sobre o objecto do procedimento antes da decisão final: as decisões tomadas pelo órgão competente têm de ser previamente submetidas ao trâmite da audiência dos interessados por forma a que aquele órgão não possa tomar uma decisão sobre aquelas questões em relação às quais os



interessados não tenham tido oportunidade de se pronunciarem. No procedimento de concurso público, as condições de contratação resultam das propostas e seus anexos conjugados com o caderno de encargos e com o projecto, sendo através da apresentação das respectivas propostas e da participação no acto público do concurso que cada um dos concorrentes se pronuncia sobre todas e cada uma daquelas questões, com a possibilidade de examinar as propostas dos outros concorrentes. Além disso, o direito de cada concorrente ser ouvido sobre o objecto do procedimento não é satisfeito apenas pela possibilidade de intervenção no acto público do concurso, mas também pela apresentação das propostas respectivas, que relevam como definição das condições em que cada concorrente está disposto a contratar com a Administração Pública. Como tal, o critério fundamental da dispensa da audiência dos interessados previsto no nº 2 do artigo 103º do CPA é a desnecessidade de uma nova audiência dos interessados, uma vez que o direito de ser ouvido já foi assegurado na fase procedimental anterior, o local onde cada um dos concorrentes teve oportunidade de se pronunciar sobre o objecto do procedimento, pois, o processo de selecção é efectuado com base nos documentos oferecidos pelos próprios concorrentes.

DAVID DUARTE está de acordo ao aceitar esta excepção do princípio da participação na audiência dos interessados, visto que está em causa a avaliação de qualidades pessoais ou objectivamente científicas de um candidato, resultante de elementos fornecidos por este, e daí que seja uma decisão inerente a impossibilidade de retirar vantagens da audiência. Acrescenta que tal vale igualmente para o caso de escolha do co-contratante com base em critérios de adjudicação previamente publicitados. Como tal, *“nem na perspectiva contraditória, nem na perspectiva do fornecimento da informação, a audiência dos interessados poderá atingir objectivos que não tenham já sido realizados com a instrução, porque o juízo de apreciação que subjaz à ponderação depende da instrução procedimental de factos e interesses já realizados na subfase de instrução os quais não são decisoriamente susceptíveis de contradição”*⁵⁷. Além disso, sente-se a necessidade de se definir, em sede de concurso, um momento a partir do qual os novos factos e interesses não possam ser considerados por razões de igualdade e imparcialidade, não só entre os concorrentes mas também em respeito aos que potencialmente poderiam ter concorrido.

De regresso ao caso, devemos acrescentar que o tribunal que se pronunciou naquele acórdão apontou dois argumentos contra a não satisfação do direito de audiência dos interessados por via da possibilidade de intervenção dos concorrentes no acto público do concurso, que são: 1) A comissão referida no artigo 81º do DL nº 235/86, de 18 de Agosto, não delibera sobre o acto de adjudicação; 2) É na fase

57 DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação*: cit., p. 125-130.



de adjudicação, após o parecer sobre as propostas admitidas, imediatamente antes da decisão, que deverá concretizar-se o imperativo legal do artigo 100º, nº 1, do CPA. Mas, a comissão em causa é o órgão instrutor para os efeitos do procedimento do concurso público e a regulamentação da audiência dos interessados prevista no CPA não só não impede, como até prevê claramente que a referida audiência seja realizada perante o órgão instrutor (artigos 100º/2, 101º/1, 103º/2, todos do CPA). Pois, não há sinal no CPA a exigir que a audiência dos interessados seja realizada perante o órgão competente para a decisão final. Por outro lado, a lei não prevê nenhum parecer sobre as propostas admitidas. E ainda que tivesse em conta o disposto no artigo 105º do CPA, aplicando-se à comissão prevista no artigo 81º do DL nº 235/86, de 18 de Agosto, é certo que aos interessados não se atribui nem o direito de se pronunciarem sobre o relatório do instrutor do procedimento administrativo aí previsto, nem o direito de conhecerem a sua proposta concreta da decisão final do concurso público.

No âmbito do direito comunitário, o Tribunal de Justiça (TJ) já se pronunciou a este propósito em vários acórdãos. Por exemplo, no Caso Hoffman La Roche (79), em que houve violação do princípio da participação na audiência dos interessados e de defesa, consubstanciada na recusa de facultar determinada documentação para que a empresa pudesse pronunciar-se efectivamente. Esta violação, no ponto de vista do TJ, foi remediada no decurso do processo. Portanto, a não realização da audiência não implica necessariamente a anulação da decisão tomada, desde que os direitos de defesa não fiquem afectados devido a uma regularização tardia, visto que se estabeleceu no TJ um debate contraditório sobre os documentos em falta⁵⁸.

5.2.2 – A inexistência da audiência dos interessados

Em alguns casos, a obrigação de ouvir os interessados antes de tomar uma decisão de medidas cautelares dificilmente conseguirá satisfazer as exigências dessas medidas, devido à natureza das mesmas, que são adoptadas em caso de

58 Não se compreende bem como é que a regularização da preterição de uma determinada formalidade no procedimento administrativo pode ser sanada no processo judicial. Tal significaria que a Comissão poderia violar, no procedimento administrativo, o princípio da participação dos interessados com total impunidade dado que, posteriormente, no decurso do processo judicial e no decurso de um debate contraditório, o juiz fazia suprir a deficiência. Seria assim necessário o recurso ao tribunal. Contudo, nos acórdãos comunitários, verifica-se uma posição contraditória, por ex., no Caso Solvay (95), o TPI negou a possibilidade de legitimar a falta da audiência dos interessados, afirmando o seguinte: *“a violação dos direitos de defesa ocorrida na fase do procedimento administrativo também não pode ser regularizada durante o processo no Tribunal, que se limita a um controlo jurisdicional apenas no âmbito dos fundamentos invocados, e que não pode por conseguinte substituir uma instrução incompleta do processo no âmbito de um procedimento administrativo”*.



urgência. De facto, “quando a decisão seja urgente” (al. a), do nº 1, do artigo 103º, CPA), não há lugar a audiência dos interessados, ficando o princípio da participação limitado por outros princípios fundamentais que se apresentam com mais prioridade no caso concreto. No mesmo sentido, o Regulamento nº 4064/89, do Conselho de 21 de Dezembro pronuncia, no nº 2 do artigo 18º, que *as decisões de prorrogação da suspensão ou de dispensa da suspensão de operações de concentração de empresas podem ser tomadas a título provisório sem dar às pessoas, empresas e associações de empresas interessadas a oportunidade de se pronunciarem previamente, na condição de a Comissão lhes fornecer essa oportunidade o mais rapidamente possível após a tomada da decisão.*

Discute-se muitas vezes a legitimidade da actuação da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE). Nas suas operações de fiscalização às respectivas entidades ou estabelecimentos, muitas vezes, não se verifica a audiência dos interessados, através da qual àqueles se atribui a oportunidade de se defenderem. Isto é, a decisão desta autoridade é tomada e o acto é aplicado de imediato sem ter lugar a audiência dos interessados. Estamos aqui perante uma violação do princípio da participação? No nosso entender, está em causa, como se prevê no CPA, um caso de excepção ao princípio da participação, devido à urgência da decisão dessa autoridade, principalmente nas operações efectuadas pela ASAE relacionadas directamente com a segurança alimentar e económica, valores fundamentais que merecem uma tutela jurídica proporcional e eficaz. Portanto, prevalecem aqui outros princípios fundamentais que carecem duma protecção de carácter urgente⁵⁹. Aqui o factor *tempo* é de tal modo determinante que se torna impossível ou desfavorável o recurso às medidas provisórias referidas no artigo 84º do CPA: de certa maneira verifica-se também uma impossibilidade da audiência dos interessados originada pela urgência. Como se diz no nº 2 do artigo 3º do CPA, “os actos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração”.

Ainda em sede de excepções ao princípio da participação procedimental, na situação referida na al. b) do nº 1 do artigo 103º do CPA, temos uma

59 É de admitir que, uma actuação revestida de carácter urgente, em que se aplica uma sanção fora do processo normal, tirando ao particular qualquer oportunidade de defesa antes da tomada de decisão, é susceptível de causar algumas preocupações e críticas, nomeadamente quanto à questão de lacuna de procedimentos sancionatórios/disciplinares, devido à ideia de poder discricionário da Administração. Como tal, seria desejável uma clarificação legislativa a prever expressamente as regras e limites da conduta da Administração em casos urgentes onde seja necessário abdicar do princípio da participação.



impossibilidade atenuada⁶⁰. Neste caso, é a utilidade da audiência dos interessados que está em causa, quando seja susceptível de causar incompatibilidade com a execução ou a utilidade da decisão que vier a ser tomada em situações concretas.

Por outro lado, quando se apresenta um grande número de interessados para serem ouvidos, nomeadamente em casos de concurso público, nacional ou internacional⁶¹, que torna difícil ou quase impossível a praticabilidade duma audiência dos interessados, a al. c) do n.º 1 do artigo 103.º do CPA oferece a base legislativa de legitimar a não obediência daquela formalidade. O processo de selecção é efectuado com base nos documentos apresentados pelos requerentes ou concorrentes e, em princípio, os candidatos já não serão ouvidos durante o processo de selecção, o que tem necessariamente a ver com as exigências ligadas à avaliação de um grande número de candidatos, e não constitui uma violação do princípio da participação procedimental.

6 – A questão do aproveitamento dos actos inválidos por vícios procedimentais e formais

Vamos ver primeiro um caso na jurisprudência portuguesa, que deu a origem ao Acórdão do STA (Pleno da 1.ª Secção) de 17.12.1997, P. 36 001, em que o Recorrente é o Fausto, médico. O Fausto foi punido em processo disciplinar na pena de suspensão e desta decisão interpôs recurso para o STA. Mais tarde, publicada a Lei da Amnistia n.º 15/94, de 11 de Maio, e não tendo o recorrente requerido, no prazo de 10 dias, a sua não aplicação, facultade prevista no seu artigo 6.º, julgou amnistiada a infracção e declarou extinta a instância de recurso por impossibilidade superveniente da lide.

Invocando o efeito dirimente da amnistia da Lei n.º 15/94, de 11 de Maio, o recorrente solicitou à entidade ora recorrida que praticasse os actos necessários para reconstituir a sua situação jurídica, o que levava a que se procedesse a alguns pagamentos.

Tal pretensão foi indeferida, o que levou o recorrente a impugná-la na 1.ª secção do STA que, através do acórdão recorrido, negou provimento ao recurso, depois de ter concluído pela inexistência dos vícios imputados ao acto.

Inconformado com a decisão do tribunal, o recorrente interpôs para o Pleno o recurso com o fundamento, entre os outros, de que o acórdão recorrido violou o artigo 100.º do CPA ao não anular, com fundamento na inexistência de instrução, o acto contenciosamente impugnado por falta de audiência dos interessados antes

60 Cfr. PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados...*, cit., p. 475.

61 Um exemplo no âmbito da jurisprudência comunitária é o Caso Windpark (98): trata-se de um concurso para apoio financeiro, no qual os concorrentes chegaram ao número de 700.



de ser cometido pela Entidade Recorrida.

O STA confirmou o acórdão recorrido e negou o provimento ao recurso. Pois, para alcançar a sua pretensão, o recorrente deveria ter feito uso da faculdade prevista no artigo 6º da Lei 15/94, no prazo de 10 dias a contar da entrada em vigor da lei, o que o recorrente não fez. A decisão a preferir pela Entidade Recorrida, por mais e melhores esclarecimentos que o recorrente pudesse prestar no exercício do seu direito de audiência, o certo é que, ante o preceituado na Lei 15/94, não teria a mínima possibilidade de influenciar o seu sentido.

É um caso típico do aproveitamento dos actos inválidos por vícios procedimentais e formais.

Na óptica de VIEIRA DE ANDRADE, “*o princípio da economia dos actos públicos exige que não sejam tomadas decisões sem alcance efectivo e que obriguem à adopção de medidas de outro modo desnecessárias*”⁶². Se existe uma *ratio legis* da não audiência dos interessados, que justifica a impossibilidade ou desnecessidade da realização da audiência, isto é, dando à falta da audiência um fundamento de legitimação, essa mesma *ratio legis* poderá levar ao aproveitamento do acto nos casos em que tenha sido proferido após a instrução procedimental sem se ter dado cumprimento ao disposto do nº 1 do artigo 100º do CPA: sempre que através de um juízo de prognose póstuma o tribunal conclua que a decisão tomada era concretamente a única possível e que dessa participação não seria possível tirar utilidade de influenciar ou alterar o sentido da decisão final tomada, não se deve anular o acto por ser irrelevante o vício procedimental⁶³. Daí que, se o tribunal adquirir a convicção de que anulado o acto viciado viria a ser praticado outro acto de conteúdo necessariamente idêntico, seja admissível o aproveitamento do acto viciado. Verifica-se assim uma limitação dos efeitos da invalidade causada pela preterição indevida da audiência dos interessados.

Na jurisprudência comunitária também tem sido verificado o princípio do aproveitamento do acto administrativo no caso de os valores jurídico-materiais que o direito da audiência dos interessados visa proteger, terem sido tutelados noutro momento do procedimento que não necessariamente no fim da instrução. Portanto, só no caso de o particular ter tido oportunidade, ainda que seja noutro momento anterior à decisão final, para expressar o seu ponto de vista e apresentar todos os factos relevantes, o juiz pode deixar de invalidar o acto administrativo,

62 Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação...*, cit., p. 332.

63 Nota-se que a posição dos tribunais portugueses tem sido principalmente orientada por essa ideia de *princípio do aproveitamento do acto administrativo em matéria da audiência dos interessados*, apesar de continuarem a ser ambíguos os termos da articulação da audiência e a possibilidade de limitação dos efeitos da invalidade determinada pela falta da audiência. Cfr. Acórdão do STA (Pleno da 1ª Secção), de 17.12.1997, P. 36 001; Acórdão do STA, de 26.06.97, P.41 627.



sendo os valores jurídico-materiais devidamente respeitados.

Uma nota relativa à actuação da Administração quanto à matéria da audiência dos interessados é a do poder discricionário da Administração Pública. No caso de haver um vício do acto administrativo por falta da audiência dos interessados, mas o princípio do aproveitamento do acto administrativo determinar que seja aproveitado esse acto, devem ficar excluídos da susceptibilidade desse aproveitamento aqueles actos praticados no exercício de poderes discricionários e os actos tomados no exercício de poderes vinculados sempre que seja de admitir como juridicamente possível que a participação dos interessados venha a influenciar a decisão final concreta. Aliás, precisamente pela preocupação da possível influência de um poder discricionário da Administração é que é sempre obrigatória a realização da audiência dos interessados nos procedimentos administrativos sancionatório e disciplinar. Contudo, seria desejável uma clarificação e um aprofundamento da articulação entre a relevância limitada da preterição indevida da audiência dos interessados e o princípio de aproveitamento dos actos administrativos⁶⁴.

64 É de apontar aqui a ideia de VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação...*, cit., p. 307.

