

Fases do procedimento decisório de 1º grau

DIOGO FREITAS DO AMARAL

Coube-me na ordem dos trabalhos fazer, a seguir à intervenção do Sr. Prof. Rogério Soares, uma análise um tanto ou quanto esotérica de um problema técnico, que tem a ver com as fases do procedimento decisório de 1º grau. Antes de entrar nessa matéria, eu gostaria de dizer que tenho muita pena que o ordenamento das intervenções não me permita aprofundar aqui uma concepção global acerca da codificação do procedimento administrativo, que em grande parte é diferente daquela que o Sr. Prof. Rogério Soares acaba de enunciar, aliás com grande brilho.

Para facilitar o debate que depois se seguirá, eu pediria licença à mesa, e em particular ao Sr. Prof. Rogério Soares, para, num intróito à minha intervenção, assinalar apenas dois ou três pontos muito breves relativamente a esta nossa divergência.

Em primeiro lugar, gostaria de recordar um aspecto que ainda não foi focado e que, no nosso país, é importante: é o de que a Constituição em vigor exigia do legislador ordinário a elaboração de uma “lei reguladora do processamento da actividade administrativa” (art. 267º, nº 4). Com ou sem o nome de código, a elaboração dessa lei reguladora do processamento da actividade administrativa era um dever jurídico do legislador: não havia, pois, em bom rigor, liberdade de opção.

Em segundo lugar, devo dizer que, pela minha parte, cada vez estou mais convencido da necessidade de uma *concepção garantística do direito administrativo*, que forneça adequada protecção jurídica aos particulares contra os atropelos, as arbitrariedades, as discriminações, as perseguições políticas, que a Administração Pública constantemente faz em relação aos cidadãos. A experiência que eu pessoalmente tenho do funcionamento da nossa Administração é tão negativa que não posso deixar de aderir a uma concepção garantística. E, por isso, ao contrário do Sr. Prof. Rogério Soares, a minha grande preocupação - como a dos restantes autores deste código, que ontem entrou em vigor - é saber se teremos ido tão longe quanto necessário, se não teremos ficado aquém do indispensável, na protecção acrescida que se impõe conferir aos particulares, face a uma Administração Pública que tanto os agride, que tanto os ofende, que tanto os prejudica, que tanto os maltrata. Vejam que há realmente uma diferença essencial de concepções.

Em terceiro lugar, outra nota que eu gostava de frisar neste intróito é que estou inteiramente de acordo com a tendência moderna para a participação e para uma participação/colaboração, aliás acolhida na Constituição, que logo no artigo 2º aponta para a necessidade do aprofundamento da democracia participativa. Mas penso, salvo o devido respeito, que só com este código e com algumas das soluções que ele estabeleceu - nomeadamente, o princípio da audiência prévia dos interessados - é que finalmente se vai começar a praticar em Portugal essa participação/colaboração entre a Administração e os particulares, que até agora em 99% dos casos era pura e simplesmente negada pela Administração, fechada na sua torre de marfim e orgulhosa dos seus privilégios.

Por último, desejo anda frisar que, pela minha parte - e diferentemente do que foi dito pelo Sr. Prof. Rogério Soares -, estou convencido de que o Código não vai ser um entrave à evolução e ao aperfeiçoamento da doutrina e da jurisprudência administrativas: muito pelo contrário, acho que o Código vai ser uma mola impulsora de grandes progressos teóricos e práticos no aprofundamento do Direito Administrativo.

Fica assim esboçada, apenas em breve apontamento, uma concepção global diferente daquela que o Sr. Prof. Rogério Soares enunciou.

Tradicionalmente, costumo dividir o procedimento decisório de 1º grau em seis fases: as fases inicial, da instrução, da audiência dos

interessados, da preparação da decisão, da decisão, e a fase complementar. Vou percorrê-las aqui convosco.

Em primeiro lugar, temos a *fase inicial*, aquela em que se vai dar início ao procedimento. Esta fase é regulada pelo código a partir do artigo 54º, e sobre ela focarei apenas dois pontos. Por um lado, o código distingue o início oficioso e o início do procedimento por requerimento do particular, e contém uma série de disposições aplicáveis aos requerimentos iniciais com os quais os particulares desencadeiam o procedimento. Por outro lado, o código estabelece algumas disposições aplicáveis nesta fase, quer aos procedimentos de início oficioso, quer aos que são desencadeados por iniciativa particular.

O ponto mais importante e a inovação mais assinalável é, em minha opinião, a criação como figura geral das *medidas provisórias*. Até agora, nós tínhamos exemplos dispersos na legislação portuguesa de medidas provisórias, das quais a mais conhecida e porventura a mais importante é a “suspensão preventiva do arguido” em processo disciplinar. Este código vem adoptar a possibilidade genérica de a Administração aplicar medidas provisórias, em qualquer das fases do procedimento, podendo fazê-lo logo a partir da fase inicial, desde que elas se mostrem necessárias por haver o justo receio de sem elas se produzir lesão grave ou de difícil reparação dos interesses públicos em causa.

Esta figura é criada a vários títulos e, desde logo, desmente a crítica que alguns fazem de que o código veio apenas criar garantias a favor dos particulares e nada fez a favor da Administração: aqui está um exemplo de que não é assim: o equilíbrio que tem de existir entre a situação da Administração e a situação dos particulares, neste ponto como noutros aliás, foi definido de uma forma que reforçou de algum modo os poderes da Administração. Até se poderá dizer que os reforçou excessivamente, porque não tipificou as medidas provisórias que a Administração pública pode tomar; creio que vai ser este um tema que há-de competir à elaboração doutrinária, o de circunscrever quais os tipos de medidas que a Administração pode tomar a título de medidas provisórias no procedimento administrativo. Certamente não poderá tomar aquelas que só podem ser tomadas como sanções aplicadas através de um processo jurisdicional; e certamente, também, é desde já claro que a Administração não poderá nunca ir além do que por analogia se retira do artigo 157º, nº 3, onde a propósito da execução coerciva do acto administrativo se diz que é necessário sempre observar os direitos fundamentais consagrados

na Constituição e o respeito devido à pessoa humana. Decerto outros limites haverá que encontrar para estas medidas provisórias; mas não há dúvida de que se trata de uma inovação importante e que vai necessariamente dar muito que falar.

A segunda fase do procedimento decisório de 1º grau é a *fase da instrução*, onde como o nome indica se procede à recolha das provas que importam à decisão final. A principal inovação que a meu ver o código traz neste ponto é a da criação da figura do *órgão instrutor*: o código diz, aliás, que essa função pode ser desempenhada pelo órgão competente para a decisão, mas prevendo a possibilidade de delegação desse poder, e estabelecendo toda uma série de competências especificamente atribuídas ao órgão instrutor. Tudo leva a crer que a prática se encaminhará no sentido de autonomizar o órgão instrutor nos procedimentos administrativos em geral. Parece-me uma inovação útil e importante, que vai naturalmente ter bastantes consequências.

Sublinharia também que nesta fase a Administração pode convocar o interessado para o ouvir, ao abrigo do artigo 59º, que prevê como princípio geral que em qualquer fase do procedimento podem os órgãos administrativos ordenar a notificação dos interessados para, no prazo que lhes for fixado, se pronunciarem acerca de qualquer questão. Poderá portanto a Administração convocar o interessado ou os interessados na fase da instrução: isso não a dispensa, todavia, de proceder à formalidade da *audiência do interessado* no momento em que a lei a coloca, isto é, depois da instrução. Tal como em processo disciplinar, o facto de a entidade instrutora ouvir o arguido na fase da instrução não a dispensa de proceder, depois, no momento próprio, à audiência do arguido, quando a acusação tiver sido formulada.

A seguir aparece-nos a terceira fase que é a fase da *audiência dos interessados*. Esta é, como decerto já sabem, a grande inovação que o código vem trazer, não por sua iniciativa, mas por imposição constitucional, que os autores do projecto se limitaram a procurar interpretar da melhor maneira. Diz o actual nº 4 do artigo 267º da Constituição que 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”. Resultava, portanto, directamente da Constituição, desde a sua versão inicial de 76, a garantia de que os cidadãos seriam

admitidos a participar na formação das decisões que lhes dissessem respeito.

Esta inovação, como digo de origem constitucional, vai introduzir uma “pequena grande revolução” no funcionamento da nossa Administração Pública. Até agora, ressalvado o caso específico dos processos disciplinares ou, se quiserem, mais genericamente, dos processos sancionadores, o esquema típico de funcionamento da Administração Pública era um esquema *trifásico*: 1ª fase, requerimento do particular; 2ª fase, instrução pelos serviços; 3ª fase, decisão pelo órgão competente. O particular em regra não era ouvido nem era chamado a participar na formação da decisão. Agora, o processo passa a ser *quadrifásico*, e às três fases tradicionais acrescenta-se mais uma: depois da instrução, e antes da decisão final, há que chamar o interessado e ouvi-lo sobre o objecto do procedimento. Assim se passa de uma administração não participada para uma administração participada. Não vou aqui explicar-vos em pormenor o regime da audiência prévia, que consta dos artigos 100º a 103º do código. Vou apenas levantar algumas questões que se me afiguram mais importantes acerca desta matéria.

Primeira questão: o que é que deve ser dado a conhecer ao particular, quando ele é convocado para ser ouvido nesta fase do procedimento? Deve dar-se-lhe a conhecer o “dossier”, o processo tal como se encontra na fase em que foi concluída a instrução, para que ele o leia e sobre o que lá viu diga o que se lhe oferecer? Ou, pelo contrário, deve ir-se mais longe, e deve indicar-se ao particular em que sentido é que a Administração projecta vir a decidir o procedimento? Por outras palavras, deve a Administração limitar-se a mostrar o processo ao particular, sem indicar em que sentido tenciona decidir o caso, ou deve fornecer-lhe um projecto de decisão, devidamente fundamentado, dizendo-lhe como se propõe decidir, e por que razões?

Embora o código não o diga expressamente, eu tenho para mim que é a segunda concepção que está certa, e que a Administração não se pode limitar a mostrar ao particular o processo, mas deve indicar-lhe em que sentido se propõe decidir o procedimento e os fundamentos desse seu projecto de decisão.

É certo que o artigo 101º, nº 2, do código parece dizer menos do que isso, porque declara apenas que “a notificação fornece os elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito”. Ao dizer apenas que a Administração deve fornecer os elementos necessários para

que os interessados fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, parece à primeira vista que o código adoptou a orientação minimalista, ou seja, a Administração chama o particular, dá-lhe a ler o processo, estão lá os elementos relevantes para a decisão, e ele se quiser que comente aquilo que lá viu.

Inclino-me, no entanto, como lhes disse, a pensar que a Administração tem de ir mais longe: tem que apresentar um projecto de decisão devidamente fundamentado. Essencialmente, por duas razões. Em primeiro lugar, porque penso que só se se fizer isto é que a audiência dos interessados, tal como a lei a configura, cumprirá os objectivos que a Constituição tem em vista quando exige que os cidadãos participem na formação das decisões que lhes digam respeito. Só se o particular souber o que é que a Administração projecta fazer relativamente à pretensão que ele apresentou, e por que razões se prepara para lhe indeferir essa pretensão, é que ele pode com utilidade contra-argumentar. Se não for assim, de que elementos dispõe ele para contra-argumentar relativamente à Administração? Muito poucos; podem aliás os elementos que constam do processo não ser elucidativos, ou serem até contraditórios - muitas vezes, os procedimentos administrativos são instruídos pelos serviços de forma a tanto poderem dar para um lado como para o outro, e só o órgão competente para a decisão final tomará a responsabilidade de decidir a favor do interessado ou contra ele.

Segundo argumento: o artigo 103º, nº2, alínea b), do código, diz-nos que "o órgão instrutor pode dispensar a audiência dos interessados (...) se os elementos constantes do procedimento conduzirem a uma decisão favorável aos interessados". O que é que isto quer dizer? Isto quer dizer, em minha opinião, que num momento ainda anterior à audiência do interessado - quando o órgão instrutor se coloca a si mesmo a questão de saber se vai convocar o interessado para o ouvir, ou se vai dispensar a audiência - o órgão instrutor já tem que formular um juízo sobre se os elementos constantes do procedimento conduzem a uma decisão favorável ou desfavorável ao interessado; e, nessa base, se conduzirem a uma decisão favorável, dispensará em regra a audiência prévia; se conduzirem a uma decisão desfavorável, então ouvirá o interessado e convocá-lo-á para a audiência prévia. Daqui eu retiro não só que neste momento os elementos constantes do procedimento já devem permitir concluir se a decisão vai ser favorável ou desfavorável, mas também que o órgão instrutor sabe muito bem, quando convoca o interessado, se o procedimento

conduz a uma decisão favorável ou desfavorável. Ora, não seria conforme ao princípio da boa fé que, sabendo o órgão instrutor que o procedimento conduz a uma decisão desfavorável, e sabendo porquê, não o diga e não informe disso o interessado. Penso, portanto, por estas duas razões, que o que se deve dar a conhecer ao interessado não são apenas os elementos que constam do procedimento, mas um projecto de decisão devidamente fundamentado.

Outro ponto para o qual gostaria de pedir a vossa atenção é este: neste momento do procedimento, em que se efectua a audiência do interessado, pode gerar-se uma divergência entre o órgão encarregado da instrução e o órgão competente para a decisão final. Como se resolvem nesta sede as eventuais divergências entre o órgão instrutor e o órgão competente para a decisão? Há que distinguir hipóteses: se o órgão instrutor ouviu o interessado, é óbvio que o órgão competente para a decisão pode, sem mais problemas, optar livremente entre uma decisão favorável e uma decisão desfavorável ao interessado. Pelo contrário, se o órgão instrutor, por entender que o procedimento apontava para uma decisão favorável, decidiu não ouvir o interessado, quando o procedimento chega às mãos do órgão competente para a decisão, se este pretender tomar uma decisão desfavorável ao interessado, não poderá fazê-lo sem mandar baixar o processo para que o interessado seja ouvido; porque, obviamente, a decisão preliminar do instrutor de não ouvir o interessado não pode obrigar o órgão competente para a decisão a decidir num sentido favorável ao particular, nem pode privar o interessado do seu direito à audiência prévia.

Outra questão que se levanta é a questão de saber se também é necessário cumprir a formalidade da audiência prévia no caso de *procedimentos de massa*, isto é, aqueles que envolvem centenas ou milhares de destinatários ao mesmo tempo. Tenha-se por exemplo em mente que certos concursos para professores no âmbito do Ministério da Educação têm cerca de 30 mil candidatos: pergunta-se, é necessário, para cumprir o código, concluída a instrução e antes da decisão, ouvir individualmente cada um dos 30 mil candidatos? A minha resposta é a do bom senso: é evidente que não, porque nesta, como noutras matérias, deve valer o princípio de que certas formalidades são dispensáveis quando, por envolverem actos de massa, sejam impraticáveis; é impraticável ouvir individualmente, antes da decisão, 30 mil candidatos, ou 3 mil que fossem - e, portanto, é óbvio que por impossibilidade prática se deve entender

aqui (como a doutrina já entende, por exemplo, também a respeito da fundamentação) que certas formalidades são dispensáveis nos actos de massa, justamente pela razão da impraticabilidade.

Um último ponto sobre a audiência prévia é o de saber qual é a consequência jurídica de num procedimento a Administração não ter observado a formalidade da audiência prévia, num caso em que a ela houvesse lugar. Esboçam-se já, no nosso país, duas correntes de opinião a respeito desta matéria. Há quem diga que o direito à audiência prévia, como direito conferido directamente pela Constituição, é um *direito fundamental*, e que por isso a inobservância da audiência prévia é a violação de um direito fundamental, e que como tal deve gerar a nulidade do acto final do procedimento. Pelo contrário, há quem entenda que não se trata de um direito fundamental e que, por conseguinte, a falta de audiência prévia deve gerar apenas a anulabilidade do acto definitivo.

A minha opinião coincide com esta segunda corrente. Por um lado, entendo que o direito à audiência prévia, muito embora seja baseado na Constituição, não corresponde ao conceito basilar de "direito fundamental": para mim, direitos fundamentais são apenas os direitos inerentes à dignidade essencial da pessoa humana. O direito à audiência prévia não corresponde a este conceito. Por outro lado, chamo a atenção para o facto de que, segundo a nossa jurisprudência, a falta de audiência do arguido em processo disciplinar não gera nulidade mas simples anulabilidade; ora, não faria sentido que no caso mais grave de falta de audiência dos cidadãos, que é a falta de audiência do arguido em processo disciplinar, se adoptasse uma sanção menos grave - a da anulabilidade - e que nos outros casos, que apesar de tudo não são tão graves quanto esse, se adoptasse a sanção mais grave da nulidade. Sustento, portanto, que a falta de audiência prévia do interessado no procedimento administrativo é geradora de mera anulabilidade.

A quarta fase é a da *preparação da decisão*: nela se incluem as diligências complementares previstas no artigo 104º, o relatório final do instrutor previsto no artigo 105º, e finalmente a submissão do procedimento a despacho ou o respectivo agendamento para a próxima reunião do órgão colegial que seja competente para tomar a decisão final.

A quinta fase é a da *decisão*, e o que nela se passa confunde-se com o regime jurídico do acto administrativo - que vai ser abordado na intervenção seguinte e que, portanto, não tenho aqui que referir em pormenor.

E, finalmente, a sexta fase a que eu chamo *complementar*, é a fase em que aparecem formalidades posteriores à decisão final do procedimento e incidentes sobre a eficácia do acto praticado. É esta a fase que comporta formalidades como a sujeição a controles internos ou a controles tutelares, a sujeição ao visto do Tribunal de Contas, a publicação e a notificação, etc.

Destacarei apenas um ponto, mais controverso, acerca da *notificação*. O código regula a notificação do acto administrativo no artigo 132º: faz-lhe af uma referência e depois noutras passagens desenvolve a matéria.

Já tenho ouvido sustentar que o artigo 132º, nº 1, tal como está redigido, é inconstitucional, e gostaria de opinar brevemente sobre esta questão. O argumento que se desenvolve é o seguinte: o artigo 132º, referindo-se aos actos constitutivos de deveres ou encargos, determina que “os actos que constituam deveres ou encargos para os particulares, e não estejam sujeitos a publicação, começam a produzir efeitos a partir da sua notificação aos destinatários, ou de outra forma de conhecimento oficial pelos mesmos, ou do começo de execução do acto”. Quer isto dizer que, na regulamentação que foi dada a esta matéria pelo código, os actos constitutivos de deveres ou encargos para os particulares, se estiverem sujeitos a publicação não têm de ser notificados aos seus destinatários, justamente porque estão sujeitos a publicação, e a publicação já assegura plenamente o conhecimento oficial da decisão; se, pelo contrário, não estiverem sujeitos a publicação, são eficazes a partir do momento em que forem notificados, ou então através de um de dois sucedâneos da notificação - uma outra forma de conhecimento oficial do acto pelo seu destinatário, ou o começo de execução do acto, partindo-se do princípio de que, se o destinatário tem conhecimento oficial do acto por outra forma que não a notificação, ou se o acto começou a ser executado e ele sentiu na própria “carne” o começo da execução do acto, pois naturalmente que a notificação já não é indispensável para que o acto comece a produzir os seus efeitos.

Ora bem, há quem entenda que este preceito é inconstitucional, invocando a esse respeito o disposto no nº 3 do artigo 268º da Constituição, que diz o seguinte: “Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei”. Há duas maneiras de interpretar isto: uma é entender que os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, nos termos em que a lei dispuser

acerca dessa matéria; outra forma de interpretar é entender que todos os actos administrativos estão sempre sujeitos a notificação aos interessados, cabendo apenas à lei dizer que forma deve revestir a notificação, mas não podendo a lei dispensar a notificação ou substituí-la por outra forma de conhecimento oficial do acto pelos interessados.

Pela minha parte, inclino-me para a interpretação de que o citado preceito do código não é inconstitucional. Penso que a Constituição quer assegurar que os interessados tenham conhecimento oficial dos actos administrativos que lhes dizem respeito; em princípio, através da notificação; mas ao remeter para a lei ordinária, admito que a lei ordinária possa - onde isso for razoável e onde os objectivos constitucionais não saírem frustrados - substituir a notificação por outra forma. Nomeadamente, não me parece que se deva interpretar a Constituição no sentido de que a publicação não dispensa a notificação dos actos administrativos, pela mesma razão que há pouco invocava em relação aos actos de massa: normalmente os actos que são publicados são os actos que têm centenas ou milhares de destinatários, e em relação a esses seria decerto um encargo demasiado pesado obrigar a Administração a ter de fazer uma notificação individualizada de todos eles aos respectivos destinatários. Parece-me razoável que - como sempre aliás se praticou no nosso país - se continue a aceitar que, nesses casos, a publicação em jornal oficial satisfaz os objectivos tidos em vista pela Constituição. Quanto ao "começo de execução", eu considero que este preceito do código não está em dissonância com o que já dizia o artigo 29º, nº 2, da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos: essa lei afirma, por um lado, a regra geral de que os actos administrativos só são eficazes quando publicados ou quando notificados aos respectivos destinatários, mas admite que o interessado possa interpor recurso contencioso antes da publicação ou da notificação, se tiver sido iniciada a execução do acto administrativo.

E, reparem, o facto de se aceitar que o acto começa a ser eficaz pela circunstância de ter começado a ser executado não é uma diminuição das garantias dos particulares, mas pelo contrário um alargamento dessas garantias: o interessado, que sempre teria a possibilidade de recorrer, uma vez publicado ou notificado o acto, fica além disso com a possibilidade de recorrer mais cedo, se assim o desejar, pelo facto de o acto ter começado a ser executado. Pressupõe-se, naturalmente, que o interessado tenha tido - ou tenha podido ter - conhecimento efectivo do acto através do seu começo de execução. É, portanto um mais, não é um menos; é um

reforço de garantias, não é uma diminuição de garantias. Penso, assim, que não se justifica fulminar com a inconstitucionalidade este preceito do Código do Procedimento Administrativo.