

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 04B2382

Relator: ARAÚJO BARROS

Sessão: 29 Junho 2005

Número: SJ200506290023827

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: CONTENCIOSO.

CONTENCIOSO DA MAGISTRATURA

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA **DELIBERAÇÃO**

LEI APLICÁVEL **CONCURSO** **SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

JÚRI **AVALIAÇÃO** **VIOLAÇÃO DA LEI** **PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

ACESSO **CLASSIFICAÇÃO PROFISSIONAL**

CLASSIFICAÇÃO DE SERVIÇO **FUNDAMENTAÇÃO**

ACTO ADMINISTRATIVO

Sumário

1. Ao recurso contencioso, interposto de uma deliberação do Conselho Superior da Magistratura directamente para o Supremo Tribunal de Justiça, não são aplicáveis as disposições dos artigos 83º, nº 4, e 84º, nº 5, do Código de Processo dos Tribunais Administrativos.
2. Da ausência de oposição ao recurso (que o artigo 174º do EMJ denomina de resposta) bem como da falta de remessa do processo instrutor não advêm para o recorrido quaisquer consequências, em termos de confissão ou de prova.
3. O Código de Processo dos Tribunais Administrativos, no artigo 51º, nº 1, abriu caminho à possibilidade de impugnação contenciosa de actos inseridos num procedimento, desde que susceptíveis de produzirem efeitos jurídicos externos, nomeadamente afectando direitos ou interesses legalmente protegidos, o que implica, além do mais, que não se veja na respectiva falta de

impugnação, ou na continuação do interessado no procedimento, uma aceitação sua desses actos.

4. Em consequência, o interessado não está impedido, em princípio, de impugnar o acto final com base nos vícios que afectam um acto intermédio, salvo quando se trate de um acto de exclusão, visto que, neste caso, o acto, ainda que praticado no decurso do procedimento, representa já decisão final relativamente ao interessado excluído.

5. Depois de publicado o Aviso da abertura do concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, a que alude o nº 1 do art. 51º do EMJ, a publicação de um 2º Aviso em que o Conselho Superior da Magistratura, em aditamento ao primeiro, invocando as situações de aposentação/jubilção, promoções ao Supremo Tribunal de Justiça e renúncias, rectifica o número de concorrentes necessários chamados, estabelecendo ainda novo prazo de 20 dias para a apresentação de candidaturas, traduz a indiscutível revogação do anterior acto de abertura do concurso (acto administrativo válido) nos termos do artigo 140º do Código de Procedimento Administrativo, já que o mesmo não era constitutivo de direitos ou de interesses legalmente protegidos.

6. Em todo o caso, nada impede, não constituindo violação de lei ou dos princípios da igualdade e imparcialidade, que o Aviso a que alude o nº 1 do artigo 51º do EMJ seja, na realidade, constituído por dois Avisos, o segundo complementar do primeiro (e tendente a tornar mais equilibrado o acesso ao STJ, através da recomposição do número de concorrentes inicialmente previsto, já que o primeiro quarto da lista deixara de o ser por força das renúncias e jubilações entretanto operadas) desde que aos interessados seja dado o adequado conhecimento.

7. Para a garantia da igualdade de oportunidades dos concorrentes ao concurso curricular de acesso ao STJ tudo o que possa interessar à selecção, classificação e graduação dos concorrentes tem que estar definido e publicitado em momento anterior ao conhecimento da identidade dos concorrentes, ou, pelo menos, em momento anterior àquele em que o júri tenha possibilidade de acesso aos currículos, ou, quando muito, em momento anterior ao da classificação e graduação.

8. Sem embargo da aplicação constitucional directa dos princípios acima referidos, é de entender que são aplicáveis subsidiariamente ao concurso de acesso ao STJ as normas do regime geral de recrutamento e selecção do pessoal da Administração Pública, constante do Dec.lei nº 204/98, de 11 de Julho (arts. 1º, 3º e 5º) no mínimo por efeito da concretização que àqueles princípios deram os artigos 5º e 6º do CPA.

9. Não ocorre qualquer violação da lei ou dos princípios da igualdade, da imparcialidade e da transparência, quando, no âmbito do concurso curricular

de acesso ao STJ, o Conselho Superior da Magistratura, na fase de ponderação dos factores indicados na lei e (por remissão) no aviso do concurso, opera apenas no sentido de aferir do mérito relativo dos concorrentes e da respectiva graduação em conformidade com o legalmente estatuído.

10. Assim, quer o sistema de classificação, quer o critério de avaliação do júri, com base como se disse na estatuição da lei, em nada ficam prejudicados na sua validade pelo simples facto de não terem sido notificadas aos concorrentes.

11. O concurso curricular de acesso ao STJ constitui um processo administrativo especial regulado fundamentalmente pelo Estatuto dos Magistrados Judiciais, em que não existe contraditório antes de ser proferida a deliberação de graduação.

12. A audição prévia dos interessados, normalmente dispensada em matéria de concursos públicos, apenas serviria para protelar intoleravelmente a deliberação, determinando, na prática, com as reclamações, o comprometimento da deliberação, conduzindo a uma tramitação morosa, susceptível até de bloquear o funcionamento do próprio CSM, pelo que sempre se mostraria dispensada nos termos do artigo 103º, nº 1, do CPA).

13. Em sede de processo curricular de acesso ao STJ, na apreciação do mérito dos magistrados judiciais e sua classificação e graduação, o Conselho Superior da Magistratura, embora actuando genericamente no uso de um poder vinculado à decisão justa, fá-lo, todavia, com ampla margem de discricionariedade no que concerne à aplicação casuística dos critérios ou pressupostos legais.

14. Tal actividade integra-se numa ampla margem de livre apreciação ou prerrogativa de avaliação do Conselho, também por vezes apelidada pela doutrina e pela jurisprudência de discricionariedade técnica - inserida no âmbito da chamada justiça administrativa - no domínio da qual a Administração age e decide sobre a aptidão e as qualidades pessoais (prognoses isoladas), actividade esta, em princípio insindicável pelo tribunal, salvo com referência a aspectos vinculados ou a erro manifesto, crasso ou grosseiro ou com adopção de critérios ostensivamente desajustados.

15. O dever de fundamentação expressa e acessível dos actos administrativos encontra-se constitucionalmente consagrado no nº 3 do artigo 268º da Constituição e, na legislação infra-constitucional, no art. 1º do Dec.lei nº 256-A/77 de 17 de Junho, e actualmente nos arts. 124º e 125º do Código de Processo Administrativo de 1991.

16. A insuficiência de fundamentação, para conduzir a um vício de forma, deve ser manifesta, no sentido de ser tal que fiquem por definir os factos ou considerações que levaram o órgão a agir ou a tomar uma determinada

decisão. Em rigor, só deve entender-se que há vício de forma se e quando a fundamentação for absurda, contraditória ou insuficiente.

17. Os actos administrativos gerais, que têm uma pluralidade de destinatários, como o concurso curricular, admitem uma fundamentação global, ou de conteúdo mais genérico, bastam-se com uma fundamentação que enuncie os critérios descritos no texto legal, acompanhada da apreciação particular de cada um dos candidatos.

Texto Integral

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

"A", Juiz Desembargador, interpôs recurso contencioso de anulação da deliberação de 24 de Março de 2004, do Plenário do Conselho Superior da Magistratura (CSM) que o graduou em 55º lugar entre os concorrentes necessários ao 10º concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça.

Pretende, não apenas a anulação do acto recorrido, como impetra a condenação do Conselho Superior da Magistratura:

- a) a reatar a tramitação do procedimento do 10º concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça a partir da publicação de novo aviso de abertura de concurso;
- b) a considerar potenciais concorrentes necessários apenas os concorrentes que tinham, à data de abertura do concurso a 4 de Novembro e 2003, mais antiguidade do que o Juiz Desembargador B, colocado no 79º lugar da lista de antiguidade;
- c) a considerar concorrentes necessários os que, dentre estes, não renunciaram ao concurso e os que não foram nomeados, depois de 4 de Novembro e ao abrigo da graduação do 9º concurso curricular de acesso, para o Supremo Tribunal de Justiça.

Fundamenta o recurso no teor da petição apresentada, que resume nas alegações finais, concluindo tais alegações nos termos seguintes:

1. A consideração, no presente caso, de um universo de concorrentes necessários superior a 55 juízes desembargadores e a introdução, nesse

universo, de juizes desembargadores colocados para além do 79º lugar da lista de antiguidade (quarto superior dessa lista) com a consequente ordenação, na mesma lista, em lugares anteriores ao meu dos graduados nos 3º, 4º, 9º, 10º, 11º, 19º, 20º, 21º, 33º, 34º, 35º, 36º, 37º, 38º e 39º lugares, viola o disposto no art. 51º, nº 2, do Estatuto dos Magistrados Judiciais, o que implica que o acto recorrido seja anulável, por vício de violação de lei, nos termos do disposto nos artigos 134º e 135º do Código de Procedimento Administrativo.

2. Ao fazer publicar um novo aviso de abertura de concurso e ao conceder novo prazo de 20 dias para a apresentação de candidaturas, o acto recorrido é anulável, por violação do disposto no art. 51º, nº 4, do Estatuto dos Magistrados Judiciais, por vício de violação de lei, nos termos do disposto nos artigos 134º e 135º do Código de Procedimento Administrativo.

3. Ao fazer publicar um novo aviso de abertura de concurso o Conselho Superior da Magistratura revogou um acto constitutivo de direitos ou de interesses legalmente protegidos, o que implica que o acto recorrido, por violação do disposto no art. 140º, nº 1, al. b), do Código de Procedimento Administrativo, é anulável, por vício de violação de lei, nos termos do disposto nos artigos 134º e 135º do mesmo Código.

4. Ao não terem sido divulgados atempadamente o sistema de classificação final e os critérios de ponderação, o acto recorrido violou os princípios da igualdade, da imparcialidade e da justiça, consagrados nos artigos 266º, nº 2, da Constituição, 5º e 6º, do Código de Procedimento Administrativo, bem como o disposto no artigo 5º, nº 2, alínea b), do Dec. lei nº 204/98, de 11 de Julho, aplicável também ao presente concurso como concretização dos supra referidos princípios jurídicos orientadores da actividade administrativa, o que implica que o acto impugnado seja anulável, por vício de violação de lei, sendo, em consequência, anulável, nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º do Código de Procedimento Administrativo.

5. Ao abster-se de indicar expressamente a totalidade dos factores de graduação atendíveis, o Conselho Superior da Magistratura violou o princípio da estabilidade do concurso, que surge como corolário dos princípios, consagrados no artigo 266º, nº 2, da Constituição, da imparcialidade, da igualdade, da justiça e da boa fé, também previstos nos artigos 5º, 6º e 6º-A do Código de Procedimento Administrativo; em consequência, o acto impugnado é inválido, por vício de violação de lei, sendo anulável nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º do Código de Procedimento

Administrativo.

6. Ao não ter sido divulgado o sistema de classificação final e os critérios de ponderação adoptados e oportunamente distribuídos aos membros do Conselho Superior da Magistratura para avaliação das candidaturas, o acto recorrido violou os princípios da igualdade, da imparcialidade e da justiça, consagrados nos artigos 266º, nº 2, da Constituição, 5º e 6º, do Código de Procedimento Administrativo, bem como o disposto no artigo 5º, nº 2, alínea b), do Dec.lei nº 204/98, de 11 de Julho, aplicável também ao presente concurso como concretização dos supra referidos princípios jurídicos orientadores da actividade administrativa, o que implica que o acto impugnado é inválido, por vício de violação de lei, sendo, em consequência, anulável, nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º do Código de Procedimento Administrativo.

7. Por não ter havido, no presente concurso, a audição dos interessados, o acto impugnado é inválido, por vício de forma, por violação do disposto nos artigos 100º e seguintes do Código de Procedimento Administrativo e ainda 267º, nº 5, da Constituição, e, em consequência, anulável nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º, ambos do Código de Procedimento Administrativo.

8. A forma como o Conselho Superior da Magistratura decidiu aplicar o factor de ponderação "anteriores classificações de serviço" para efeitos de graduação de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça é manifestamente desajustado, violando:

- o princípio da proporcionalidade, consagrado nos artigos 5º, do Código de Procedimento Administrativo, e 266º, nº 2, da Constituição, na vertente da adequação à prossecução do fim público a prosseguir (identificação dos concorrentes mais idóneos para o desempenho das funções de juiz do Supremo Tribunal de Justiça);

- o princípio da igualdade, previsto nos artigos 5º do Código de Procedimento Administrativo, e 13º e 266º, nº 2, da Constituição, na medida em que permite o tratamento de forma diferente de situações fácticas substancialmente semelhantes, ao arrepio da proibição do arbítrio na actividade administrativa;

- o princípio da imparcialidade, contido nos artigos 6º do Código de Procedimento Administrativo e 266º, nº 2, da Constituição, uma vez que faz relevar matéria de facto que deveria ser irrelevante para a graduação (quantidade de classificações de serviço de determinado tipo) e desvalorizando matéria de facto que deveria ter sido tida em conta para

efeitos da graduação (período durante o qual o concorrente foi objecto de determinada classificação de serviço),

o que acarreta a invalidade do acto impugnado, por vício de violação de lei, e o torna, em consequência, anulável nos termos do disposto no artigos 135º e 136º do Código de Procedimento Administrativo.

9. A forma como o Conselho Superior da Magistratura decidiu aplicar o factor de ponderação "actividades desenvolvidas (...) no ensino jurídico" para efeitos de graduação de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça é manifestamente desajustado, violando:

- o princípio da proporcionalidade, consagrado nos artigos 5º, do Código de Procedimento Administrativo, e 266º, nº 2, da Constituição, na vertente da adequação à prossecução do fim público a prosseguir, já que não valoriza a maior exigência de qualidade nas actividades relacionadas com o ensino jurídico nem a maior duração do lapso de tempo em que essas funções foram desempenhadas;

- o princípio da igualdade, previsto nos artigos 5º, do Código de Procedimento Administrativo, e 13º e 266º, nº 2, da Constituição, na medida em que permite o tratamento de forma semelhante de situações fácticas substancialmente diferentes, ao arrepio da proibição do arbítrio na actividade administrativa;

- o princípio da imparcialidade, contido nos artigos 6º do Código de Procedimento Administrativo, e 266º, nº 2, da Constituição, uma vez que desvaloriza matéria de facto que deveria ter sido tida em conta para efeitos da graduação (tipo de ensino e período durante o qual o mesmo foi ministrado),

o que implica que o acto impugnado é inválido, por vício de violação de lei, sendo, em consequência, anulável nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º do Código de Procedimento Administrativo.

10. Ao não considerar, relativamente a mim, matéria de facto a que atribuiu relevância para efeitos de graduação - o facto de eu ter participado em jornadas ou colóquios no estrangeiro, estando esse facto comprovado na minha candidatura - e tendo o mesmo facto sido relevado relativamente a outros candidatos, o Conselho Superior da Magistratura violou os princípios da igualdade e da imparcialidade, previstos nos artigos 5º e 6º do Código de Procedimento Administrativo, bem como no artigo 266º, nº 2, da Constituição, o que implica a invalidade do acto recorrido por vício de violação de lei; também o Conselho Superior da Magistratura proferiu, assim, a deliberação

de graduação em erro sobre os pressupostos de facto, vício que igualmente acarreta a invalidade do acto de graduação, o qual é, em consequência, anulável nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º do Código de Procedimento Administrativo.

11. Ao não considerar matéria de facto relevante para efeitos de graduação o facto de eu ter desempenhado as funções de juiz formador "especial", estando esse facto comprovado na minha candidatura, e tendo este facto sido relevado, para efeitos da graduação, como se eu tivesse desempenhado as funções de juiz formador tout court e sem tirar as consequências devidas a nível do preenchimento do critério do apego à função, o Conselho Superior da Magistratura violou os princípios da igualdade (por ter tratado de forma igual o que é substancialmente diferente) e da imparcialidade, previstos nos artigos 5º e 6º do Código de Procedimento Administrativo, bem como no artigo 266º, nº 2, da Constituição, o que implica a invalidade do acto recorrido por vício de violação de lei; igualmente, o Conselho Superior da Magistratura proferiu a deliberação de graduação em erro sobre os pressupostos de facto, vício que também acarreta a invalidade do acto de graduação, o qual é, em consequência, anulável nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º do Código de Procedimento Administrativo.

12. Ao não ter carreado para o processo de graduação elementos que foram expressamente indicados como estando na posse do Conselho Superior da Magistratura, nem, conseqüentemente, ter relevado as informações que constavam destes documentos, o que se retira da parte factual da fundamentação dada ao acto de graduação, o Conselho Superior da Magistratura violou o princípio da imparcialidade, previsto nos artigos 6º do Código de Procedimento Administrativo, bem como no artigo 266º, nº 2, da Constituição, o que implica a invalidade do acto recorrido por vicio de violação de lei; o Conselho Superior da Magistratura proferiu a deliberação de graduação em erro sobre os pressupostos de facto, vício que também acarreta a invalidade do acto de graduação, o qual é, em consequência, anulável nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º do Código de Procedimento Administrativo.

13. Pelas razões competentemente alegadas na petição de recurso e nestas alegações, apresenta-se a fundamentação em causa como manifestamente insuficiente, contraditória e obscura, violando o disposto no artigo 268º, nº 3, da Constituição, bem como no artigo 124º, nºs 1 e 2, do Código de Procedimento Administrativo, sendo certo que, de acordo com este nº 2, a adopção de fundamentos obscuros, contraditórios ou insuficientes equivale a

falta de fundamentação, acarretando a invalidade do acto recorrido, por vício de forma, o que implica que o mesmo seja anulável nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º do Código de Procedimento Administrativo.

14. O vício de forma por falta de fundamentação afecta a totalidade da fundamentação do acto recorrido, isto é, os fundamentos de facto e de direito que sustentam a graduação de todos os concorrentes necessários, porquanto também afecta a determinação da graduação que me foi atribuída.

15. O acto recorrido é inválido, por vício de violação de lei, por violação dos princípios da igualdade, da imparcialidade e da justiça, consagrados nos artigos 266º, nº 2, da Constituição, 5º e 6º do Código de Procedimento Administrativo, e ainda do disposto no artigo 5º, nº 2, alínea b), do Dec.lei nº 204/98, de 11 de Julho, por força da falta de divulgação atempada do sistema de classificação e dos critérios de avaliação que subjazem à fundamentação dada ao acto, o qual é, em consequência, anulável nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º do Código de Procedimento Administrativo.

16. A adopção do sistema de classificação que transparece da fundamentação dada ao acto viola o princípio da estabilidade do concurso, princípio a que já aludimos e que surge como corolário dos princípios da igualdade, da imparcialidade, da justiça e da boa fé, consagrados nos artigos 266º, nº 2, da Constituição, bem como nos artigos 5º, 6º e 6º-A do Código de Procedimento Administrativo, o que implica a invalidade do acto recorrido por vício de violação de lei e, em consequência, a sua anulabilidade nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º do Código de Procedimento Administrativo.

17. Foi violado o disposto no artigo 52º, nº 1, do Estatuto dos Magistrados Judiciais, na medida em que se tem por adquirido que houve factores de graduação cuja consideração é obrigatória que não foram considerados no concurso, o que implica a invalidade do acto recorrido por vício de violação de lei e, em consequência, a sua anulabilidade nos termos do disposto nos artigos 135º e 136º do Código de Procedimento Administrativo.

18. As normas processuais aplicáveis no âmbito dos presentes autos fazem impender sobre o recorrente o dever de peticionar a condenação do Conselho Superior da Magistratura na adopção das condutas que consubstanciem a reposição da legalidade violada, bem como sobre o Supremo Tribunal de Justiça o dever de condenar o Conselho Superior da Magistratura na adopção das condutas que reponham a legalidade violada.

19. Deve concluir-se que a reposição da legalidade violada implica que seja reatado o 10º concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça a partir da publicação de novo aviso de abertura de concurso, considerando-se potenciais concorrentes necessários apenas os juízes desembargadores que tinham, à data de abertura do concurso a 4 de Novembro de 2003, mais antiguidade do que o Juiz Desembargador B, colocado no 79º lugar da lista de antiguidade, e considerando-se concorrentes necessários os que, dentre estes, não renunciaram ao concurso e os que não foram nomeados, depois de 4 de Novembro e ao abrigo da graduação do 9º concurso curricular de acesso, para o Supremo Tribunal de Justiça.

Sustentou, ainda, como questão prévia, que por não ter sido promovida, na contestação apresentada pelo Conselho Superior da Magistratura, a impugnação especificada do alegado na petição de recurso, e por não ter sido remetido aos autos o processo instrutor, se tenha por verificado o disposto nos artigos 83º, n.ºs 4 e 5 Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aplicáveis ao presente processo por força do disposto no artigo 178º do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

Citados os magistrados interessados, apenas o Juiz Desembargador C interveio (fls. 128 a 130) pugnando também, como o recorrente, pela anulação do acto recorrido

O Conselho Superior da Magistratura, que não respondera ao recurso, veio, nas alegações, pugnar pela respectiva improcedência, por entender que decaem todos os fundamentos de anulação invocados pelo recorrente.

O Ex.mo Procurador Geral Adjunto junto deste STJ formulou juízo de concordância consentâneo com a afirmação da legalidade do acto recorrido.

Verificados os pressupostos de validade e de regularidade da instância, colhidos que foram os vistos legais, cumpre decidir.

Começaremos por apreciar a questão prévia suscitada pelo recorrente.

Alude este, nas alegações finais, ao facto de o Conselho Superior da Magistratura, entidade recorrida, não ter apresentado oposição (a que chama "contestação") e não ter remetido a este STJ o processo instrutor do concurso curricular, reclamando de tal facto a extracção de determinados efeitos (fls. 72), invocando o disposto no artigo 83º, n.º 4, do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, nos termos do qual "sem prejuízo do disposto no n.º 5 do artigo 84º, a falta de contestação ou a falta nela de impugnação

especificada não importa a confissão dos factos articulados pelo autor, mas o tribunal aprecia livremente essa conduta para efeitos probatórios".

Ora, o citado artigo 84º, nº 5, que estabelece que "a falta de envio do processo administrativo não obsta ao prosseguimento da causa e determina que os factos alegados pelo autor se considerem provados, se aquela falta tiver tomado a prova impossível ou de considerável dificuldade".

Importa, antes de mais, esclarecer que o Código de Processo os Tribunais Administrativos (1) que, à data da deliberação recorrida já se encontrava em vigor, há-de ter-se como aplicável, na medida em que essa aplicação se justifique, ao presente recurso, porquanto o respectivo artigo 6º, nº 1, apenas determina a sua não aplicação aos processos pendentes na data da sua entrada em vigor.

Tanto mais quanto é certo que, em conformidade com o disposto no artigo 192º, "sem prejuízo do disposto em lei especial, os processos em matéria juridico-administrativa cuja competência seja atribuída a tribunais pertencentes a outra ordem jurisdicional regem-se pelo disposto no presente Código, com as necessárias adaptações".

In casu, estamos na presença de um recurso contencioso interposto de deliberação do Conselho Superior da Magistratura directamente para o Supremo Tribunal de Justiça, a que são expressamente aplicáveis as normas dos artigos 168º a 178º do Estatuto dos Magistrados Judiciais (2): logo, rege-se por lei especial.

E se é certo que as normas que regem os trâmites processuais dos recursos de contencioso administrativo interpostos para o Supremo Tribunal Administrativo são aplicáveis ao regime dos recursos contenciosos interpostos do Conselho Superior da Magistratura (arts. 178º do EMJ e 192º do CPTA) a verdade é que, desde logo, tal aplicação subsidiária só ocorre quando a situação não estiver prevenida no próprio EMJ (o que não é o caso).

Com efeito, a questão da oposição ao recurso está concretamente disciplinada no nos art. 174º, nele assumindo a natureza de "resposta" e não de "contestação", além de que nenhuma consequência, em termos de confissão ou de prova, se extrai da ausência dessa resposta.

Ademais, não existe na parte do CPTA que regulamenta os recursos para o Supremo Tribunal Administrativo norma idêntica à daqueles arts. 83º e 84º, nº

5, que faça decorrer da falta de oposição quaisquer efeitos ou cominações especiais em sede do recurso.

Assim, como bem sustenta o recorrido "a resposta ao recurso constitui uma faculdade de que o CSM fará ou não uso, sem que da opção que for tomada seja legítimo retirar qualquer efeito, muito menos a concordância quanto a factos diversos dos documentados no processo administrativo ou quanto à argumentação jurídica desenvolvida para sustentação da impugnação do acto de graduação de acesso ao STJ".

Por último, e que ainda assim se não entendesse (e note-se que vários são os recursos que aqui pendem com relação à citada deliberação) os factos que relevam para a decisão do recurso estão devidamente documentados nos autos, não estando impossibilitada ou sequer dificultada a respectiva prova, pelo que nunca se justificaria a aplicação ao caso sub judice de qualquer cominação nos termos do nº 4 do artigo 85º do CPTA acima mencionado. (3)

Consequentemente, não assistindo razão ao recorrente, improcede a questão prévia que suscita, porquanto, como se vem de esclarecer, nenhum efeito jurídico especial se pode deduzir da ausência de resposta do recorrido à petição de recurso ou da falta de envio do processo instrutor.

O essencial da factualidade relevante para o conhecimento do recurso (que enunciaremos sem embargo de, oportunamente e sendo necessário, respigar do processo outros factos que se mostrem indispensáveis à discussão e resolução das questões postas) é o seguinte:

- i) - na sessão plenária do Conselho Superior da Magistratura de 7 de Outubro de 2003 foi deliberado declarar aberto o 10º Concurso Curricular de Acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do art. 50º do EMJ, para preenchimento das vagas que vierem a ocorrer no período de dois (2) anos, contados a partir de 12.3.2004";
- ii) - foi ainda deliberado, na mesma sessão plenária, que, "face ao número significativo de renúncias que, habitualmente, se verifica no âmbito dos concursos curriculares de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, seja previamente dado conhecimento, através de ofício circular, aos primeiros cem (100) Juizes Desembargadores da lista de antiguidade, por serem estes os eventuais concorrentes necessários ao 10º Concurso Curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, para, querendo e independentemente do disposto no número 4 do art. 51º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, virem, até ao dia 22 de Outubro de 2003, apresentar a sua declaração de renúncia ao

presente Concurso curricular, não sendo considerados no quadro dos concorrentes necessários que serão chamados, os Juízes Desembargadores que até ao referido dia apresentem as suas renúncias, procedendo-se, na medida das mesmas, à correspondente reorganização da respectiva lista na sessão do Plenário ordinária que se realizará no dia 23 de Outubro de 2003";

iii) - o recorrente era o nº 64 dos referidos primeiros 100 (cem);

iv) - na sessão plenária do Conselho Superior da Magistratura de 23 de Outubro de 2003 foi deliberado que seriam publicados "dois Avisos, traduzindo-se o primeiro na abertura do 10º concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, nos moldes anteriormente descritos, e o segundo, após o decurso do prazo previsto no art. 51º, nº 4, da Lei nº 21/85, de 30 de Julho, na redacção dada pela Lei nº 10/94, de 5 de Maio, na indicação do último concorrente necessário, levando em linha de conta as renúncias, aposentações e promoções ao S.T.J., entretanto, verificadas";

v) - por via do Aviso nº 11670/2003, publicado no Diário da República, II Série, de 4 de Novembro de 2003, foi publicitada a abertura de concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça para preenchimento das vagas que vierem a ocorrer no período de dois anos contados a partir de 12 de Março de 2004;

vi) - por força da publicação do aludido Aviso, começou a correr o prazo de previsto no nº 4 do art. 51º do Estatuto dos Magistrados Judiciais;

vii) - na sessão plenária do Conselho Superior da Magistratura realizada em 25 de Novembro de 2003, "foi deliberado solicitar oportunamente aos Exmos. Presidentes dos Tribunais das Relações o envio da estatística actualizada e discriminada (número de processos transitados do ano anterior, distribuídos, relatados, pendentes e atrasados) referente aos anos de 2002 e 2003 e aos Juízes Desembargadores que são concorrentes necessários ao 10º concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, devendo o ofício que remeter ao Conselho essa estatística ser acompanhado de uma declaração que certifique o prévio conhecimento do teor da mesma por parte dos senhores magistrados judiciais nela visados";

viii) - o recorrente apresentou a sua candidatura, nos termos definidos no Aviso nº 11670/2003, no dia 2 de Dezembro de 2003;

ix) - na sessão plenária do Conselho Superior da Magistratura realizada em 4 de Dezembro de 2003 "foi deliberado determinar a publicação do segundo

Aviso" começando a correr o prazo de 20 dias previsto no n° 4 do art. 51º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, "para a apresentação da declaração de renúncia (...) ou dos respectivos trabalhos por parte dos concorrentes necessários e voluntários agora chamados";

x) - foi também deliberado que a discussão relativa à definição dos critérios de graduação ficaria adiada para um plenário extraordinário, devendo ser distribuída, para tratamento deste assunto, "como mero instrumento de trabalho, a tabela de pontuação dos critérios apresentada nesta sessão pelo vogal Cons. J";

xi) - foi ainda deliberado na sessão plenária de 4 de Dezembro de 2003 que seria distribuído a todos os membros do CSM o último relatório de inspecção do trabalho desenvolvido na 1ª instância relativo a cada um dos candidatos necessários, bem como o relatório de inspecção do trabalho desenvolvido no Tribunal da Relação quando existente, e ainda os mapas estatísticos actualizados;

xii) - no dia 9 de Dezembro de 2003, procedeu-se ao sorteio da distribuição dos trabalhos apresentados pelos concorrentes, pelos Ex.mos Vogais do grupo de trabalho, composto por todos os membros do CSM, "exceptuando o Exmo. Presidente e os Exmos. Vogais Dr. D e Desembargador E";

xiii) - de acordo com o firmado na acta de sorteio, os trabalhos apresentados pelo recorrente foram sorteados ao Exmo. Desembargador F;

xiv) - através do Aviso n° 13490/2003, publicado no Diário da República, II Série, de 18 de Dezembro de 2003, foi publicitado, "em aditamento ao aviso n° 11670/2003 (...) o seguinte: "Atentas as situações de aposentação/jubilacão, promoções ao Supremo Tribunal de Justiça e renúncias, rectifica-se o número de concorrentes necessários chamados", estabelecendo ainda novo prazo de 20 dias para a apresentação de candidaturas;

xv) - em 13 de Janeiro de 2004 foi remetido pelo Ex.mo Juiz Secretário do Conselho Superior da Magistratura ao Ex.mo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Militar o Ofício n° 549, pelo qual era solicitado o envio da estatística actualizada e discriminada (número de processos transitados do ano anterior, distribuídos, relatados, pendentes e atrasados) referente aos anos de 2002 e 2003 respeitantes ao recorrente;

- xvi) - essa informação foi prestada, através de ofício dirigido ao Conselho Superior da Magistratura, fazendo-se, além do mais, menção de que o recorrente não tinha qualquer processo atrasado;
- xvii) - na sessão plenária do Conselho Superior da Magistratura realizada em 14 de Janeiro de 2004 foram aprovados, por maioria, os critérios de graduação no âmbito do concurso;
- xviii) - na sequência da referida deliberação, o Ex.mo Vogal Dr. G proferiu declaração de voto em que referiu que entendia que o Conselho Superior da Magistratura deveria elaborar uma grelha de pontuação para cada um dos critérios legais de graduação, que permitisse uma avaliação mais objectiva do mérito dos concorrentes, e publicitar essa grelha na acta, por forma a que a fundamentação do acto final de graduação se adequasse melhor às exigências do Código de Procedimento Administrativo";
- xix) - no dia 27 de Janeiro de 2004 realizou-se, nos mesmos moldes que haviam sido adoptados para os trabalhos entregues durante o prazo de 20 dias contados da data de publicação do Aviso n° 11670/2003, o segundo sorteio de distribuição de trabalhos, que teve por objecto os trabalhos apresentados durante o prazo de 20 dias contados a partir da data de publicação do Aviso n° 13490/2003;
- xx) - a lista de concorrentes foi tornada pública por publicação no Diário da República, II Série, de 18 de Fevereiro de 2004, da Deliberação (extracto) n° 202/2004, a qual procedeu também à publicação dos critérios a ponderar na graduação dos concorrentes no âmbito do 10° concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça;
- xxi) - através do Ofício n° 2845, datado de 17 de Março de 2004, foi o Vice-Presidente do Tribunal da Relação de Évora convidado a estar presente na sessão extraordinária do Conselho Superior da Magistratura a realizar no dia 23 de Março em virtude de o Ex.mo Presidente daquela Relação se encontrar impedido, constando ainda nesse Ofício menção ao ponto único da ordem de trabalhos - "onde será discutida a graduação dos concorrentes no âmbito do 10° concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça";
- xxii) - na sessão plenária extraordinária do Conselho Superior da Magistratura de 23 de Março de 2004 foi deliberado que os processos que haviam cabido ao Ex.mo Vogal Dr. H fossem, em virtude de doença súbita deste, relatados pelo Ex.mo Vogal Dr. I;

xxiii) - foi ainda, na referida sessão, concedida "a palavra aos Exmos. Presidentes e Vice-Presidentes dos Tribunais da Relação, os quais "no seu uso, prestaram informações e esclarecimentos pertinentes sobre todos os concorrentes necessários";

xxiv) - na mesma sessão plenária extraordinária foi deliberada a graduação dos concorrentes ao 10º concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, tendo o recorrente sido graduado no 55º lugar;

xxv) - da referida acta, no respeitante à parte geral (da deliberação) consta, além do mais: "Na definição do mérito relativo dos concorrentes, foram tidos em conta os factores enunciados nas seis alíneas do nº 1, do art. 52º, do Estatuto dos Magistrados Judiciais, globalmente considerados, desligados de qualquer valorização específica em termos de relação com os demais, nomeadamente: 1) Anteriores classificações de serviço e graduação obtida em concursos de habilitação ou cursos de ingresso em cargos jurídicos; 2) Currículo universitário (nota de licenciatura); 3) Currículo Pós-Universitário (Doutoramento, Mestrado, Pós-Graduação, 6º ano jurídico, etc.); 4) Outros trabalhos científicos e realizados e actividades desenvolvidas no âmbito forense ou no ensino jurídico; 5) Mérito dos trabalhos e outros factores que abonem a idoneidade dos requerentes para o cargo a prover, nomeadamente, trabalhos produzidos no exercício da profissão, as qualidades individuais, a preparação técnica e cultura jurídica, o cuidado posto na investigação da matéria e respectivo enquadramento jurídico, a independência e o bom senso, o apego, dedicação à função e respeito pelos prazos, apuro profissional e moral, bem assim a respectiva imagem na sociedade em que cada um se insere, ausência de antecedentes disciplinares e a experiência profissional. II. Na graduação dos concorrentes necessários foram tidos em atenção o respectivo mérito e, depois, a antiguidade relativa".

xxv) - no que concerne ao recorrente consta da acta dessa deliberação: "Concorre em 64º lugar. É licenciado com 12 valores. No concurso para juiz foi considerado apto. Na 1ª Instância foi inspeccionado quatro vezes, sendo na última delas classificado de Muito Bom, tendo, ainda, sido inspeccionado uma vez como juiz desembargador vindo a obter a classificação de Muito Bom. É juiz da Relação, mas exerce funções, em comissão de serviço, no Supremo Tribunal Militar. A notação de Muito Bom corresponde ao mérito evidenciado na 1ª e 2ª Instâncias. Interveio em diversas Jornadas e Colóquios. Realizou trabalhos científicos, tendo, alguns deles, sido publicados. Foi docente, Juiz

formador e membro do júri das provas de Ingresso no Centro de Estudos Judiciários.

Em qualquer das suas situações profissionais demonstrou uma boa capacidade de trabalho, um bom domínio da técnica jurídica e uma boa ponderação dos interesses em conflito nos casos obre os quais se pronunciou; revelou, ainda, um bom conhecimento das várias correntes doutrinárias e/ou jurisprudenciais que teve de manejar ou de que se socorreu.

Por via disso, revelou um bom nível na qualidade dos trabalhos apresentados.

Tendo estes factores globalmente em consideração, dado o seu currículo, os seus trabalhos e o seu processo individual, cotejando estes elementos, que se dão como reproduzidos, com idênticos elementos dos restantes concorrentes, que aqui também se têm por reproduzidos, e atendendo, ainda, aos critérios da graduação publicados na II Série do Diário da República nº 41, na sequência deliberação do Plenário de 14.01.04, gradua-se em 55º lugar".

xxvi) - a lista da graduação dos concorrentes foi publicada no Diário da República, II Série, de 21 de Abril de 2004, pela Deliberação (extracto) nº 496/2004;

xxvii) - o teor da aludida deliberação foi notificado ao recorrente em 26 de Abril de 2004.

Sintetizando a pretensão recursória do recorrente (são tantos e tão similares os vícios apontados à deliberação) afigura-se-nos que o objecto do recurso se reporta, no essencial, às seguintes questões, de que cumpre conhecer:

I. A admissão a concurso de concorrentes necessários que extravasavam o quarto superior da lista de antiguidade correspondente aos juízes desembargadores, que resultou da publicação de 2º Aviso, bem como a publicação desse 2º Aviso de abertura de concurso, que claramente prejudicou o recorrente, torna a deliberação anulável por vício de violação de lei, nos termos dos arts. 134º e 135º do Código de Procedimento Administrativo (arts. 51º, nºs 2 e 4, do Estatuto dos Magistrados Judiciais e 140º, nº 1, al. b), do CPA).

II. A falta de divulgação atempada do sistema de classificação final e dos critérios de ponderação adoptados na graduação constitui violação dos princípios da igualdade, da imparcialidade e da justiça, conduzindo à invalidade da deliberação por violação da lei (arts. 266º, nº 2, da Constituição, 5º, 6º e 6º-A do CPA e 5º, nº 2, do Dec.lei nº 204/98, de 11 de Julho).

III. A falta de prévia audição dos interessados constitui vício de forma (arts. 100º e seguintes do CPA e 267º, nº 5, da Constituição) que invalida a deliberação.

IV. A incorrecta aplicação pelo CSM dos factores de ponderação e a deficiente análise da matéria de facto conduzem à invalidade da deliberação por violação dos princípios da proporcionalidade, da igualdade e da imparcialidade, e violação da lei nos termos dos arts. 135º e 136º do CPA (arts. 266º, nº 2, da Constituição e 5º, 6º e 13º do CPA).

V. A deliberação recorrida enferma de insuficiência de fundamentação e com fundamentação contraditória e obscura, o que acarreta a sua invalidade, conforme arts. 268º, nº 3, da Constituição, 124º, nºs 1 e 2, 135º e 136º do CPA.

Vejamos a primeira questão equacionada.

Sustenta, quanto a esta questão, o recorrente a ilegal admissão a concurso de concorrentes necessários que se não encontravam, à data da abertura do concurso, no quarto superior da lista de antiguidade correspondente aos juízes desembargadores (que resultou da publicação de 2º Aviso) bem como a publicação deste 2º Aviso de abertura de concurso, que claramente prejudicou o recorrente, já que alguns dos agora admitidos vieram a ser graduados em posição relativa superior.

Contrariando tal pretensão começa o CSM pode defender que o recorrente pôde impugnar a sua actuação até que pelo Plenário fosse elaborada a lista da graduação final e não o fez, situação que neste contexto não pode deixar de representar a sua concordância tácita relativamente à actuação do CSM, com os efeitos previstos no art. 164º, nº 2, do EMJ.

Ou seja, estabilizada, por falta de oposição, a deliberação que admitiu outros candidatos em substituição daqueles que apresentaram declaração de renúncia ou que, por qualquer outra razão, deixaram de pertencer ao quadro de desembargadores, estabilizada ficou a lista que posteriormente viria a ser aprovada e publicada, não podendo agora a sua eventual ilegalidade afectar o resultado final do concurso.

É certo que no regime processual anterior ao CPTA se entendia-se que eram apenas recorríveis os actos que pusessem termo a um procedimento ou a um seu incidente autónomo, incluindo-se entre estes os actos procedimentais - geralmente designados como actos destacáveis - que eram susceptíveis de

afectar os interesses de uma pessoa ou comprometer irremediavelmente em certo sentido, quanto a ela, a decisão a tomar. Era esse o caso do acto de exclusão de um candidato a um concurso de provimento, visto que o candidato excluído ficava desde logo impedido de prestar provas e de se submeter ao processo de graduação, pelo que o interessado teria nessa eventualidade de impugnar o acto que directa e definitivamente o lesava. O mesmo não sucedia, porém, com o acto de admissão ao concurso, que era considerado como um acto meramente preparatório, e cuja prolação não impedia que o vício de ilegalidade que eventualmente o afectasse pudesse ser considerado a final, redundando na eliminação do concorrente que tenha sido ilegalmente aceite.

Todavia, o CPTA alterou significativamente este estado de coisas, na medida em que passou a dispor que "ainda que inseridos num procedimento administrativo, são impugnáveis os actos administrativos com eficácia externa, especialmente aqueles cujo conteúdo seja susceptível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos" (art. 51º, nº 1) e que "salvo quando o acto em causa tenha determinado a exclusão do interessado no procedimento e sem prejuízo do disposto em lei especial, a circunstância de não ter impugnado qualquer acto procedimental não impede o interessado de impugnar o acto final com fundamento em ilegalidades cometidas ao longo do procedimento (art. 51º, nº 3).

Abriu-se, assim, caminho à possibilidade de impugnação contenciosa de actos procedimentais desde que susceptíveis de produzirem efeitos jurídicos externos (art. 51º, nº 1). O acento tónico quanto à impugnabilidade dos actos administrativos é agora colocado na eficácia externa, pelo que desde que um acto, ainda que inserido num procedimento, afecte direitos ou interesses de terceiros, poderá desde logo ser objecto de impugnação contenciosa.

Todavia, por virtude da disposição inovatória do nº 3 desse art. 51º, passou " a impugnação judicial dos actos administrativos procedimentais a ser vista como uma faculdade do interessado, não um ónus seu, pois - mesmo tornando-se inimpugnáveis por força do decurso do prazo de reacção judicial - as suas ilegalidades são sempre invocáveis a final, contra o acto constitutivo (quando, claro, se repercutam negativamente no seu conteúdo ou procedimento) tornando este derivadamente inválido. Quer dizer então que, sem prejuízo da faculdade de impugnação autónoma (e tempestiva) das suas ilegalidades - que é o que os distingue dos meros trâmites ilegais do procedimento - vale hoje, para os actos administrativos com eficácia externa localizados no início ou no seio do procedimento, a mesma solução que sempre valeu para as ilegalidades desses trâmites procedimentais: as respectivas ilegalidades são invocáveis

através da impugnação do acto final. O que implica, além do mais, que não se veja na respectiva falta de impugnação, ou na continuação do interessado no procedimento, uma aceitação sua desses actos". (4)

Em consequência, o interessado não está impedido, em princípio, de impugnar o acto final com base nos vícios que afectam um acto intermédio, salvo quando se trate de um acto de exclusão, visto que, neste caso, o acto, ainda que praticado no decurso do procedimento, representa já decisão final relativamente ao interessado excluído (v. g., a exclusão de um concurso de provimento ou de um concurso de adjudicação de um contrato); ou se esteja perante outro dos demais casos em que a lei imponha especialmente o ónus de impugnação tempestiva de actos procedimentais (v.g., no âmbito do processo disciplinar, relativamente a certas irregularidades processuais).

E de tal decorre a falta de razoabilidade da argumentação do recorrido CSM.

Apreciemos, então, a invocada violação da lei pela deliberação impugnada.

O acesso ao Supremo Tribunal de Justiça - prescreve o art. 50º do EMJ - faz-se mediante concurso curricular aberto a magistrados judiciais e do Ministério Público e outros juristas de mérito, nos termos dos artigos seguintes.

Estabelece, na sequência, e quanto ao procedimento do concurso propriamente dito, o art. 51º que "com a antecedência mínima de noventa dias relativamente à data prevista de abertura de vagas ou nos oito dias posteriores à ocorrência destas, o Conselho Superior da Magistratura, por aviso publicado no Diário da República, declara aberto concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça" (nº 1); "são concorrentes necessários os juízes da Relação que se encontrem no quarto superior da lista de antiguidade não declarem renunciar ao concurso" (nº 2); "os requerimentos, com os documentos que os devam instruir e as declarações de renúncia, são apresentados no prazo de vinte dias, contado da data de publicação do aviso a que se refere o nº 1" (nº 5).

O procedimento do CSM, até à publicação da lista final dos concorrentes necessários ao concurso de acesso ao STJ, pode descrever-se do seguinte modo:

- na sessão plenária de 7 de Outubro de 2003 deliberou declarar aberto o 10º Concurso Curricular de Acesso ao STJ - para preenchimento das vagas que vierem a ocorrer no período de dois (2) anos, contados a partir de 12.3.2004;

- na mesma sessão plenária decidiu que fosse ,dado conhecimento aos primeiros 100 Juízes Desembargadores (nos quais se encontrava o recorrente - era o 64º) para, querendo, virem, até ao dia 22 de Outubro de 2003, apresentar a sua declaração de renúncia ao presente Concurso curricular, não sendo considerados no quadro dos concorrentes necessários que serão chamados, os Juízes Desembargadores que até ao referido dia apresentem as suas renúncias, procedendo-se, na medida das mesmas, à correspondente reorganização da respectiva lista na sessão do Plenário ordinária que se realizará no dia 23 de Outubro de 2003;
- na sessão plenária do Conselho Superior da Magistratura de 23 de Outubro de 2003 foi deliberado que seriam publicados dois Avisos, traduzindo-se o primeiro na abertura do 10º concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, nos moldes anteriormente descritos, e o segundo, após o decurso do prazo previsto no art. 51º, nº 4, da Lei nº 21/85, de 30 de Julho, na redacção dada pela Lei nº 10/94, de 5 de Maio, na indicação do último concorrente necessário, levando em linha de conta as renúncias, aposentações e promoções ao S.T.J., entretanto, verificadas;
- através do Aviso nº 11670/2003, publicado no Diário da República, II Série, de 4 de Novembro de 2003, foi publicitada a abertura de concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça para preenchimento das vagas que vierem a ocorrer no período de dois anos contados a partir de 12 de Março de 2004;
- na sessão plenária do Conselho Superior da Magistratura realizada em 25 de Novembro de 2003, foi deliberado solicitar aos Exmos. Presidentes dos Tribunais das Relações o envio da estatística actualizada e discriminada (número de processos transitados do ano anterior, distribuídos, relatados, pendentes e atrasados) referente aos anos de 2002 e 2003 e aos Juízes Desembargadores que são concorrentes necessários ao 10º concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça;
- o recorrente apresentou a sua candidatura, nos termos definidos no Aviso nº 11670/2003, no dia 2 de Dezembro de 2003;
- na sessão plenária de 4 de Dezembro de 2003 "foi deliberado determinar a publicação do segundo Aviso" começando a correr o prazo de 20 dias previsto no nº 4 do art. 51º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, "para a apresentação da declaração de renúncia (...) ou dos respectivos trabalhos por parte dos concorrentes necessários e voluntários agora chamados, e foi

também deliberado que a discussão relativa à definição dos critérios de graduação ficaria adiada para um plenário extraordinário, devendo ser distribuída, para tratamento deste assunto, "como mero instrumento de trabalho, a tabela de pontuação dos critérios apresentada nesta sessão pelo vogal Cons. J";

- foi ainda nessa sessão decidido que seria distribuído a todos os membros do CSM o último relatório de inspecção do trabalho desenvolvido na 1ª instância relativo a cada um dos candidatos necessários, bem como o relatório de inspecção do trabalho desenvolvido no Tribunal da Relação quando existente, e ainda os mapas estatísticos actualizados;

- em 9 de Dezembro de 2003, procedeu-se ao sorteio da distribuição dos trabalhos apresentados pelos concorrentes, pelos Ex.mos Vogais do grupo de trabalho, composto por todos os membros do CSM, "exceptuando o Exmo. Presidente e os Exmos. Vogais Dr. D e Desembargador E";

- através do Aviso nº 13490/2003, publicado no Diário da República, II Série, de 18 de Dezembro de 2003, foi publicitado, "em aditamento ao aviso nº 11670/2003 (...) o seguinte: "Atentas as situações de aposentação/jubilacção, promoções ao Supremo Tribunal de Justiça e renúncias, rectifica-se o número de concorrentes necessários chamados", estabelecendo ainda novo prazo de 20 dias para a apresentacção de candidaturas;

- na sessão plenária do Conselho Superior da Magistratura de 14 de Janeiro de 2004 foram aprovados, por maioria, os critérios de graduação no âmbito do concurso;

- no dia 27 de Janeiro de 2004 realizou-se, nos mesmos moldes que haviam sido adoptados para os trabalhos entregues durante o prazo de 20 dias contados da data de publicacção do Aviso nº 11670/2003, o segundo sorteio de distribucção de trabalhos, que teve por objecto os trabalhos apresentados durante o prazo de 20 dias contados a partir da data de publicacção do Aviso nº 13490/2003.

No caso vertente o CSM declarou aberto concurso curricular de acesso ao STJ por deliberaçao de 7 de Outubro de 2003, e, posteriormente, em face de situaçoes entretanto ocorridas de aposentacção/jubilacção, de promoções ao Supremo Tribunal de Justiça, bem como de renúncias de candidatos posicionados no quarto superior da lista de antiguidade, rectificou o número de concorrentes necessários a admitir, indicando como o mais moderno deles,

segundo a lista de antiguidade, um juiz desembargador com 30 anos e 19 dias de serviço (deliberação de 23 de Outubro seguinte).

Poderia, resolvendo desde já o problema, ver-se no acto denominado pelo CSM de rectificação a indiscutível revogação do anterior acto de abertura do concurso (acto administrativo válido) nos termos do artigo 140º do Código de Procedimento Administrativo (5), já que o mesmo não era constitutivo de direitos ou de interesses legalmente protegidos.

Não obstante, afigura-se-nos, sem dúvidas de maior, que a actuação procedimental do CSM se não apresenta como violadora de qualquer disposição da lei, nomeadamente das normas do artigo 51º, nºs 1, 2 e 4, do EMJ.

Verdade que o art. 51º do EMJ não fornece, apenas pelo seu conteúdo literal, uma resposta absolutamente clara à questão equacionada.

Em todo o caso, por via de uma interpretação teleológica, parece possível extrair, desde logo, a ilação de que o legislador pretendeu, ao referir-se ao primeiro quarto da lista de desembargadores, ver admitidos ao concurso concorrentes necessários que representem uma parte significativa daqueles que compõem o quadro global, evitando que, por via de renúncias, aposentações ou promoções, o número de candidatos a apreciar e a graduar baixasse de um patamar mínimo. (6)

Nada, pois, impede, a nosso ver, que o Aviso a que alude o nº 1 do art. 51º do EMJ seja, na realidade, constituído por dois Avisos, o segundo complementar do primeiro (e tendente a tornar mais equilibrado o acesso ao STJ, através da recomposição do número de concorrentes inicialmente previsto, já que o primeiro quarto da lista deixara de o ser por força das renúncias e jubilações entretanto operadas) do desde que, como é óbvio - e aqui aconteceu (7)

- aos interessados seja dado o adequado conhecimento.

Encontra, pois, a posição tomada pelo CSM o necessário apoio na letra do nº 1 do art. 51º do EMJ (e no seu espírito) razão por que se não pode considerar ter violado essa disposição legal.

Ademais, nem mesmo se pode considerar ter sido o recorrente (e demais concorrentes inicialmente chamados) prejudicado em qualquer direito previamente constituído.

Desde logo, actos constitutivos de direitos são apenas aqueles que conferem posições de vantagem aos particulares (ainda que não verdadeiros direitos subjectivos) e que, por outro lado, sejam concretamente aptos para fundar uma confiança legítima dos particulares quanto à estabilidade dos seus efeitos. (8)

Ora, no caso dos autos, o facto determinante da abertura do concurso é a existência de vagas ou a previsibilidade da sua ocorrência. Por outro lado, como tudo indica, o Conselho, por razões de conveniência relacionada com a satisfação do interesse público, optou pela complementação do acto inicialmente proferido, de forma a assegurar que o processo de selecção incidisse sobre um número suficientemente amplo de candidatos, que tendencialmente deveria corresponder a um quarto da lista de antiguidade dos juízes da Relação.

Não poderá, todavia, dizer-se que o primeiro Aviso de abertura do concurso tenha sido constitutivo de direitos para o recorrente ou qualquer outros dos candidatos que por ele se encontrassem abrangidos. Com efeito, o acto de admissão ao concurso apenas assegurava ao recorrente que este poderia apresentar-se ao concurso (visto que integrava já nessa altura, em 64º lugar, o quarto superior da lista de antiguidade dos juízes da Relação), mas não lhe conferia qualquer direito a ser nomeado ou a obter uma graduação que lhe garantisse o provimento, a qual sempre estava dependente da avaliação que o Conselho viesse a efectuar.

Doutro passo, o segundo Aviso não retirou ao recorrente o direito a concorrer (precisamente no mesmo lugar) e manteve intactas as suas expectativas de obter uma graduação compatível com a nomeação para o cargo a prover.

Deste modo, a graduação do recorrente em posição relativa inferior à que pretendia (e de que pode resultar não aceder ao Supremo) não é uma consequência do segundo Aviso publicado, antes reflecte o resultado da avaliação ulteriormente feita pelo CSM (não se discute agora a validade dessa avaliação, que vem também suscitada no recurso).

Improcede, assim, neste primeiro aspecto, a pretensão do recorrente.

Invoca, depois, o recorrente, como vício de violação da lei e dos princípios da igualdade, da imparcialidade e da justiça (arts. 266º, nº 2, da Constituição, 5º, 6º e 6º-A do CPA e 5º, nº 2, do Dec.lei nº 204/98, de 11 de Julho) que conduz à

invalidade da deliberação, a falta de divulgação atempada do sistema de classificação final e dos critérios de ponderação adoptados na graduação.

Estabelece o artigo 52º, nº 1, do EMJ, no que respeita à graduação dos concorrentes que esta "se faz segundo o mérito relativo dos concorrentes de cada classe, tomando-se globalmente em conta os seguintes factores: a) anteriores classificações de serviço; b) graduação obtida em concursos de habilitação ou cursos de ingresso em cargos jurídicos; c) currículo universitário e pós-universitário; d) trabalhos científicos realizados; e) actividade desenvolvida no âmbito forense ou no ensino jurídico; f) outros factores que abonem a idoneidade dos requerentes para o cargo a prover".

Na sessão Plenária de 23 de Janeiro de 2004 (fls. 79 a 81) foram debatidos e, a final, definidos, por maioria, os critérios a ponderar na graduação dos concorrentes ...: 1) Anteriores classificações de serviço e graduação obtida em concursos de habilitação ou cursos de ingresso em cargos jurídicos; 2) Currículo Universitário (Nota de licenciatura); 3) Currículo Pós-Universitário (Doutoramento, Mestrado, Pós-Graduação, 6º ano jurídico, etc.); 4) Outros trabalhos científicos e realizados e actividades desenvolvidas no âmbito forense ou no ensino jurídico; 5) Mérito dos trabalhos e outros factores que abonem a idoneidade dos requerentes para o cargo a prover, nomeadamente, trabalhos produzidos no exercício da profissão, as qualidades individuais, a preparação técnica e cultura jurídica, o cuidado posto na investigação da matéria e respectivo enquadramento jurídico, a independência e o bom senso, o apego, dedicação à função e respeito pelos prazos, apuro profissional e moral, bem assim a respectiva imagem na sociedade em que cada um se insere, ausência de antecedentes disciplinares e a experiência profissional".

Antes disso, em 09/12/2003, tinha sido efectuado o sorteio, entre os diversos vogais, dos trabalhos apresentados pelos concorrentes (fls. 75 e 76).

Posteriormente, em 27/01/2004, foi elaborado um 2º sorteio, dos trabalhos apresentados pelos dos restantes concorrentes necessários (fls. 82 e 83), vindo ainda mais tarde, em 23/03/2004, os trabalhos que haviam sido distribuídos ao vogal Dr. H, por virtude de doença deste, a ser entregues, para relato, ao vogal Dr. I (fls. 86).

A propósito dos procedimentos concursais do funcionalismo público, vem sendo entendido como fundamental para a garantia da igualdade de oportunidades dos concorrentes a adopção do princípio da definição e divulgação atempada de métodos de selecção, de um sistema de classificação e de critérios objectivos de avaliação. Tudo o que possa interessar à selecção,

classificação e graduação dos concorrentes tem que estar definido e publicitado em momento anterior ao conhecimento da identidade dos concorrentes, ou, pelo menos, em momento anterior àquele em que o júri tenha possibilidade de acesso aos currículos, ou, quando muito, em momento anterior ao da classificação e graduação, e isto por imposição dos princípios da igualdade, da justiça e da imparcialidade, consagrados, desde logo, no art. 266º, nº 2, da Constituição, como indeclináveis orientadores das funções dos órgãos e agentes da Administração Pública. (9)

Ora, ao contrário do que sustenta o CSM nas suas alegações, sem embargo da aplicação constitucional directa dos princípios acima referidos, princípios que se impõem como sinais insubstituíveis da ideia democrática, que é incompatível com o secretismo dos actos da Administração Pública, é de entender que são aplicáveis subsidiariamente ao concurso de acesso ao STJ as normas do regime geral de recrutamento e selecção do pessoal da Administração Pública, constante do Dec.lei nº 204/98, de 11 de Julho (arts. 1º, 3º e 5º) no mínimo por efeito da concretização que àqueles princípios deram os arts. 5º e 6º do CPA. (10)

Nessa aplicação, e à falta de regulamentação própria, nada obsta a que se tome como referência aquele regime do Dec.lei nº 204/98 em tudo o que não seja incompatível com a natureza específica de um concurso de acesso à mais alta instância do poder judicial.

Não obstante, relativamente ao concurso curricular de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, já o vimos, os critérios de graduação encontram-se fixados no art. 52º, nº 1, do EMJ, não existindo nessa matéria qualquer poder discricionário do CSM, órgão encarregado de efectuar a graduação dos concorrentes.

Sendo certo que o aviso de abertura do concurso que o CSM fez publicar (fls. 70) se limitou, na prática, a remeter para os critérios legais, fazendo apenas antecipada referência a quaisquer dos "trabalhos aludidos nas alíneas d) e e) do artigo 52º" e "à nota sumária relativa aos elementos a que se refere a mesma norma, inclusivamente quanto às motivações da respectiva selecção, sendo dispensada a apresentação dos elementos disponíveis neste Conselho".

Como evidencia a redacção do aviso, a especificação, por remissão, daqueles elementos deixa pouca margem de manobra ao CSM relativamente aos critérios atendíveis e praticamente esgota os elementos que, com relevo, poderiam ser atendidos num concurso curricular destinado a um leque muito

específico de candidatos, na sua grande maioria integrado por desembargadores dos Tribunais da Relação, em regra antecipadamente conhecidos.

E há, evidentemente, que distinguir, neste aspecto, os critérios de ponderação e o sistema de classificação final, que constituem situações diferentes da dos critérios de classificação, e a que deve ser dado, no âmbito da divulgação, diverso tratamento.

O Supremo Tribunal Administrativo definiu já critérios de avaliação como sendo parâmetros auxiliares da classificação, a definir pelo júri. (11)

Não se confundem, segundo o mesmo acórdão, com métodos de selecção, que são o conjunto dos procedimentos destinados a averiguar a aptidão dos candidatos para o desempenho do cargo posto a concurso (avaliação curricular, prova, escrita ou oral de conhecimentos, entrevista), nem com sistemas de classificação, que correspondem ao conjunto das regras que se destinam à valoração ou pontuação dos resultados obtidos com a aplicação dos métodos de selecção (por exemplo, escala de 0 a 20 valores, resultante de determinada média aritmética, simples ou ponderada, dos métodos de selecção).

A fixação dos critérios de classificação - que mais não é do que aquele conjunto de regras destinadas à valoração e pontuação - insere-se nos poderes da denominada discricionariedade técnica e não tem sequer que ser fundamentada.(12)

Sistema de classificação foi, para o mesmo concurso curricular, a tomada em consideração, comparativamente entre todos, do conjunto de factores ali considerados.

E se é certo que vem sendo usual fixar, nos concursos (não que seja legalmente necessário) certos parâmetros que, aplicados, conduzem ao apuramento da classificação e graduação dos concorrentes, trata-se da referência a simples mecanismo de natureza instrumental cuja utilização se pode justificar face às circunstâncias que rodeiam os concursos curriculares em causa: por um lado, o número de elementos que compõem o Plenário do CSM; por outro o grande número de candidatos.

Donde, a elaboração de um qualquer esquema de pontuação deve ser interpretada unicamente como mais um passo tendente a evitar os riscos de

um certo empirismo, levando a que cada um dos elementos do Plenário pondere, de forma sistemática, cada candidato e cada um dos aspectos a considerar.

Todavia, em qualquer dos casos, não está o CSM dispensado do dever de antecipada definição e divulgação do sistema de classificação e dos critérios de ponderação e avaliação dos candidatos, em matéria de concursos curriculares de acesso ao STJ, atentos os princípios de matriz constitucional, acima referidos, que imperam sobre a actividade, genericamente considerada, da Administração Pública.

De todo o modo, atenta a especificidade dos interessados no concurso curricular (especialmente qualificados para atentarem nos objectivos que com a publicitação dos critérios se pretendiam alcançar, sabendo certamente avaliar o interesse de cada elemento na composição e futura avaliação do respectivo curriculum) têm de considerar-se afastados os perigos de falta de imparcialidade e transparência que o recorrente denuncia quanto à tramitação especificamente seguida.

E tem que ter-se como dado assente que, não se tendo afastado o CSM na fase de ponderação dos factores indicados na lei e (por remissão) no aviso do concurso, factores efectivamente conhecidos dos interessados na altura em que concorreram, qualquer operação posterior apenas tendente a aferir do mérito relativo dos concorrentes e da respectiva graduação em conformidade com o legalmente estatuído, não interfere com a normaçoão do concurso nem propicia a quebra da transparência, tanto mais que a deliberação se dirigia a um leque de interessados cuja identidade resulta da mera consulta da lista de antiguidade. (13)

Assim, quer o sistema de classificação, quer o critério de avaliação do júri, com base como se disse na estatuição da lei, em nada ficaram prejudicados na sua validade pelo simples facto de não terem sido notificadas aos concorrentes, que, em boa verdade, com excepção do que se situa no domínio da discricionaridade técnica do órgão, com o Aviso de abertura do concurso os ficaram a conhecer.

Improcede, também, por isso, neste aspecto, a pretensão recursória.

Invoca ainda o recorrente a falta de audiência prévia dos interessados, vício de forma (arts. 100º e seguintes do CPA e 267º, nº 5, da Constituição) que invalida a deliberação.

Não tem, porém, razão.

Encontramo-nos perante um concurso curricular para graduação de candidatos no acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, visando fundamentalmente, com excepção dos casos de juristas de reconhecido mérito, magistrados judiciais e do Ministério Público que já integram os quadros das respectivas magistraturas.

Trata-se, assim, de um processo administrativo especial regulado fundamentalmente pelo Estatuto dos Magistrados Judiciais, em que não existe contraditório antes de ser proferida a deliberação de graduação.

É, na verdade, um concurso curricular documental no qual, uma vez publicado no Diário da República o Aviso de abertura, os interessados dispõem de prazo para aduzirem todos os elementos atinentes à sua instrução, o que coloca todos os concorrentes em pé de igualdade, não se vislumbrando, por isso, que da não realização da aludida diligência possa resultar violação do princípio de igualdade de tratamento relativamente a todos os concorrentes (art. 103º, nº 1, als. b) e c), do CPA).

Doutro passo, a referida audição prévia apenas serviria para protelar intoleravelmente a deliberação. A não adopção de um tal procedimento não conduz à irrazoabilidade, nem à arbitrariedade da interpretação do art. 100º do CPA, tanto quanto é certo que se vem entendendo que a audiência prévia é dispensada não apenas em matéria de concursos públicos, como ainda de procedimentos certificativos, exames ou outros procedimentos concursais, como ocorre com os concursos de natureza curricular que visam a colocação posterior no Supremo Tribunal de Justiça. (14)

Ademais, a realização de tal diligência, com as previsíveis reclamações de um elevado número de concorrentes, determinaria, na prática, o protelamento, indesejável, senão o comprometimento da deliberação, conduziria a uma tramitação morosa, susceptível até de bloquear o funcionamento do próprio CSM.

Donde, sempre se mostraria justificada a dispensa da audiência dos interessados (art. 103º, nº 1, do CPA). (15)

Dispensa que igualmente resultaria do disposto no nº 2, al. a) do referido art. 103º, porque os interessados já se pronunciaram no procedimento sobre as questões que relevam para a decisão. (16);

Improcede, conseqüentemente, também neste aspecto, o recurso interposto.

Mais sustenta o recorrente que o CSM procedeu a incorrecta aplicação dos factores de ponderação e fez uma deficiente análise da matéria de facto, vícios que conduzem à invalidade da deliberação por violação dos princípios da proporcionalidade, da igualdade e da imparcialidade, e violação dos artigos 266º, nº 2, da Constituição e 5º, 6º e 13º do CPA).

É certo que "se face à matéria de facto dada como demonstrada bem como do processo não constarem todos os elementos de facto considerados indispensáveis para decisão do objecto do recurso - no que respeita à legalidade ou ilegalidade do despacho contenciosamente impugnado, impõe-se a anulação da decisão proferida para ampliação da matéria de facto quanto aos pontos considerados insuficientes". (17)

Só que todos os factos necessários à decisão proferida se encontram nos autos e, além do mais, não se verifica qualquer insuficiência da matéria de facto, a qual, directamente ou através de remissão, foi no seu todo tida na devida conta pelo CSM quando aprovou a deliberação impugnada.

Na verdade, todos os elementos que, com respeito ao recorrente, integravam os factores a que se reporta o art. 52º do EMJ, susceptíveis de interferir na avaliação do seu mérito pessoal, foram devidamente analisados, embora globalmente, como permite aquela norma, em ordem a aferir do mérito através do perfil global do candidato em resultado da conjugação dos diversos aspectos relevantes e no confronto com os demais candidatos.

Deste modo, todos os elementos atinentes ao recorrente foram devida e oportunamente ponderados pelos membros do CSM que intervieram na deliberação e que, assim, tiveram a oportunidade de avaliar e de reflectir na classificação respectiva a maior ou menor valia dos factos apurados.

Sempre se diga, no entanto, e quanto à análise crítica das provas produzidas e sua subsunção aos critérios legais, com a finalidade de atingir a decisão final, que sem poder questionar-se a exigência do respeito pelos princípios da legalidade, imparcialidade, objectividade, proporcionalidade e da justiça, que devem pautar a conduta da Administração na perspectiva da satisfação do interesse público e da garantia dos direitos dos administrados, o Conselho Superior da Magistratura detém, neste domínio, uma certa margem de discricionariedade e de livre apreciação, designadamente quando o recurso a "conceitos jurídicos indeterminados não pressuponha uma ruptura face ao

que, pelo lastro legislativo e jurisprudencial antecedente, possa com segurança ser entendido como sendo a sua densificação normativa determinada". (18)

Ora, ao avaliar, classificar e graduar os concorrentes do concurso curricular de acesso ao STJ, o Conselho Superior da Magistratura, sem deixar de agir no uso de um poder vinculado, goza, todavia, de larga margem de discricionariedade e de liberdade na apreciação da prova que lhe é fornecida, não podendo subtrair-se à utilização dos mesmos critérios e dos mesmos factores de ponderação para todos os juízes. (19)

Actua, por isso, no uso de um poder vinculado à decisão justa (princípio da justiça), fazendo-o, no entanto, com ampla margem de discricionariedade no que tange à aplicação casuística dos critérios ou pressupostos legais.

Tal actividade integra-se, com efeito, numa ampla margem de livre apreciação ou prerrogativa de avaliação do Conselho, esta também por vezes apelidada pela doutrina e pela jurisprudência de discricionariedade técnica - inserida no âmbito da chamada justiça administrativa - no domínio da qual a Administração age e decide sobre a aptidão e as qualidades pessoais (prognoses isoladas), actividade esta, em princípio insindicável pelo tribunal, salvo com referência a aspectos vinculados ou a erro manifesto, crasso ou grosseiro ou com adopção de critérios ostensivamente desajustados.

É a hipótese típica das decisões administrativas que, não sendo discricionárias tout court (posto que o órgão administrativo se encontra sempre vinculado à escolha da melhor e mais justa solução), contêm um elevado grau de complexidade ou tecnicidade que só órgãos especialmente vocacionados e legitimados para protagonizar a prossecução do subjacente interesse público podem emitir ou adoptar, e que assim, as mais das vezes, são subtraídas ao poder censório desta instância contenciosa, contendendo, como contendem, com uma análise comparativa do mérito ou demérito do universo dos magistrados judiciais sujeitos à tutela classificativa do Conselho Superior da Magistratura, constituindo uma vertente inacessível ao tribunal de recurso, ressalvados os seus aspectos estritamente vinculados, a não ser em hipóteses muito contadas, onde seja patente e visível a existência de uma desconformidade grosseira. (20)

E o órgão decisor move-se, portanto, no domínio da chamada "justiça administrativa", na qual "a Administração Pública, no desempenho da função administrativa, é chamada a proferir decisões essencialmente baseadas em

critérios de justiça material (suum cuique tribuere), que todavia se não confundem com os da justiça clássica e próprios da função jurisdicional". (21)

Torna-se pois impossível a censura pelo Supremo dos critérios quantitativos ou qualitativos relativos ao mérito, em termos relativos, dos concorrentes ao concurso curricular de acesso ao STJ, utilizados pela entidade recorrida (Conselho Superior da Magistratura) até porque nada indicia que tais critérios se perfilhem como flagrante ou ostensivamente desajustados ou como violadores do princípio da justiça, da imparcialidade e da proporcionalidade consagrados nos arts. 266º, nº 2, da CRP e 5º e 6º do CPA91, este aprovado pelo Dec.lei 442/91 de 15 de Novembro).

Todavia, a deliberação em causa não deixou, em boa verdade, de ponderar, na sua globalidade, os diversos factores contemplados no art. 52º, nº 1, do EMJ.

Com efeito, as apreciações subjectivas nela operadas por reporte aos elementos factuais constantes do processo curricular que, por remissão, se deram por adquiridos, foram expressa e previamente reconduzidos aos normativos aplicáveis.

Sendo que não ocorre violação da lei, designadamente quando, como in casu sucede, conste da acta que na graduação foram tidos em conta os factores enunciados no art. 52º do EMJ, porquanto o CSM, na apreciação de tais factores, goza de certa margem de apreciação, a chamada discricionariedade técnica. (22)

Não merece, pois, a deliberação recorrida, ainda neste aspecto, qualquer censura, pelo que improcede a pretensão deduzida pelo recorrente.

Por último, no entender do recorrente, a deliberação recorrida padece de insuficiência de fundamentação e fundamentação contraditória e obscura, o que acarreta a sua invalidade, conforme arts. 268º, nº 3, da Constituição, 124º, nºs 1 e 2, 135º e 136º do CPA.

É, antes de mais, evidente, que "a existência dos amplos espaços de controlo limitado pelos tribunais não dispensa a declaração das razões da decisão, a qual também interessa para assegurar a reflexão decisória, o conhecimento dos interessados, a transparência e o auto-controle". (23)

O dever de fundamentação expressa e acessível dos actos administrativos encontra-se constitucionalmente consagrado no nº 3 do art. 268º da Constituição e, na legislação infra-constitucional, no art. 1º do Dec.lei nº 256-

A/77 de 17 de Junho, e actualmente nos arts. 124º e 125º do Código de Processo Administrativo de 1991.

Dispõe, de facto, o mencionado art. 125º que "a fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituirão neste caso parte integrante do respectivo acto".

A exigência de fundamentação dos actos administrativos prossegue dois objectivos essenciais: um, de natureza endoprocessual - permitir aos interessados o conhecimento dos reais fundamentos de facto e de direito que determinaram a entidade decidente a emitir a estatuição autoritária pela forma concreta como o fez, em ordem a possibilitar aos administrados uma opção consciente entre a aceitação da legalidade do acto e a justificação da interposição de um recurso contencioso; outro, de feição extraprocessual determinado pelos princípios da legalidade, da justiça e da imparcialidade que deve reger toda a actuação jurídico-administrativa, como informadores de um processo lógico, coerente e sensato que culmine num exame sério e imparcial dos factos e das disposições legais aplicáveis em cada situação concreta.

Como assim, os actos administrativos devem apresentar-se formalmente como disposições conclusivas/lógicas de premissas correctamente desenvolvidas, de molde a permitir aos respectivos destinatários, tomando por referência o destinatário concreto, pressuposto (pela ordem jurídica) ser cidadão diligente e cumpridor da lei - e, através da respectiva fundamentação expressa - a reconstituição do itinerário cognoscitivo e valorativo percorrido pela entidade emitente ao decidir como decidiu. (24)

Ora, o que importa verificar é se esta fundamentação se mostra cumprida e é possível, consultando o teor da deliberação em causa, considerá-la clara, congruente e suficiente.

Por isso que, segundo a melhor doutrina, a fundamentação deve ser congruente, apresentando um discurso lógico e sensato, sendo que em sede de impugnação contenciosa "uma fundamentação clara, ainda que não seja indiscutível, nem sequer convincente, satisfaz o dever legal e não provoca qualquer vício de forma do assim fundamentado"; em contrapartida, "a insuficiência de fundamentação, para conduzir a um vício de forma, deve ser manifesta, no sentido de ser tal que fiquem por definir os factos ou considerações que levaram o órgão a agir ou a tomar uma determinada

decisão. Em rigor, deve entender-se que há vício de forma se e quando a fundamentação for absurda, contraditória ou insuficiente". (25)

E, neste âmbito, constatado o conteúdo da deliberação impugnada, parece que nela se encontram todos os requisitos de fundamentação necessários: aí se explicitam os factores de ponderação pertinentes e com suficiente exaustividade, o mérito, absoluto e relativo do recorrente, nos seus diversos aspectos, tudo através de um raciocínio cuja lógica, coerência e clarividência não oferecem quaisquer dúvidas.

Nela se inclui a alusão às classificações obtidas tanto na primeira instância como na Relação, às funções que o recorrente exerceu no Supremo Tribunal Militar, à intervenção em colóquios, à realização de trabalhos científicos ou ao exercício de funções na área de formação de magistrados, a par da referência feita ao seu curriculum, no confronto com os curricula dos restantes candidatos;

Cumpriu-se, assim, na deliberação impugnada o dever de fundamentação, aliás na medida, com o alcance e extensão que vêm sendo definidos como suficientes pelo Supremo Tribunal de Justiça, segundo o qual, por exemplo, "os actos administrativos gerais, que têm uma pluralidade de destinatários, como o concurso curricular, admitem uma fundamentação global, ou de conteúdo mais genérico" (26)

, ou ainda que "a deliberação do CSM que procede à graduação para o STJ basta-se com uma fundamentação genérica que explique a formação dos subconjuntos e enuncie critérios descritos no texto legal, acompanhada da apreciação particular de cada um dos candidatos". (27)

De tal modo que se justifica a "admissibilidade de um conteúdo mais genérico e padronizado, dentro dos limites da suficiência normal" desde que sejam exteriorizados os "factos principais a que atendeu na aplicação dos padrões utilizados para complementar a hipótese normativa". (28)

Donde, " as actas de reunião do júri (a concurso de recrutamento e selecção de pessoal)... devem conter, ainda que de forma sucinta, as razões justificativas da graduação alcançada, de modo a permitir aos candidatos avaliar o acerto da justeza da classificação proposta". (29)

Em suma, "os actos de conteúdo classificativo dos júris dos concursos devem considerar-se suficientemente fundamentados desde que das actas respectivas constem, directamente ou por remissão inequívoca para outros documentos do

procedimento de concurso, os elementos, os factores, parâmetros e critérios na base dos quais o júri procedeu à ponderação determinante do resultado concreto a que chegou". (30)

Acresce que, perante o teor da deliberação impugnada, qualquer destinatário medianamente avisado, desde logo ficaria ciente dos respectivos motivos ou razões e habilitado a impugná-lo eficazmente através dos meios legais de reacção ao seu dispor. Tal teor possui, de resto, densidade fundamentadora bastante para que os demais objectivos essenciais do dever de fundamentação, supra-expostos, se tenham que dar por plenamente satisfeitos.

Não enferma, por tais razões, a deliberação contenciosamente impugnada do vício de forma (falta, insuficiência ou contradição da fundamentação) que lhe vem imputado pelo recorrente.

Pelo que, em consequência, também neste último aspecto, improcede o recurso.

Pelo exposto, decide-se:

a) - julgar improcedente o recurso contencioso interposto pelo Juiz Desembargador A;

b) - condenar o recorrente nas custas, com taxa de justiça que se fixa em 3 Ucs.

Lisboa, 29 de Junho de 2005

Araújo Barros,

Reis Figueira (vencido, conforme declaração que junto).

Fernandes Cadilha (votou a solução sem embargo de considerar que o sistema padronizado de fundamentação adoptado pela entidade recorrida, em situações particularizadas, poderá ser insuficiente).

Pereira Madeira (acompanhando a declaração de voto do Exm^o Conselheiro Fernandes Cadilha).

Silva Salazar,

Antunes Grancho,

Duarte Soares.

Declaração de voto.

Nas palavras que se seguem ressalva-se sempre o muito apreço e respeito que se tem pela profundidade de estudo e reflexão demonstrados no acórdão. E, claro, não se formula nenhum juízo sobre o mérito do Recorrente.

Concordo perfeitamente em que o CSM tem uma certa margem de discricionariedade na apreciação do mérito, absoluto e relativo, dos candidatos ao concurso de acesso ao STJ.

É o que se chama "discricionariedade técnica" no âmbito da justiça administrativa, e, num sentido mais amplo, "soberania dos júris".

Dirirjo apenas no seguinte.

Entendo que, no caso concreto, o CSM não fundamentou de forma suficiente a decisão tomada quanto à graduação do aqui Recorrente no confronto com os demais concorrentes. É o que passo a justificar.

A fundamentação dos actos administrativos deve ser expressa e acessível (CRP, art.º 268, n.º3); deve ser acessível, no sentido de inteligível para um destinatário normal e razoável; deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão (CPA, art. 125, n.º 1); sendo que equivale a falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto (CPA, art.º 125, n.º 2).

A finalidade do dever de fundamentação é dupla: por um lado, permitir aos interessados o conhecimento dos reais fundamentos de facto e de direito da decisão tomada, de modo a poderem conformar-se com ela ou a dela poderem recorrer; por outro lado, assegurar a realização dos princípios de legalidade, imparcialidade, proporcionalidade e justiça, que também são perseguidos pela Administração.

Para tanto, a fundamentação deve ser clara, congruente e suficiente (Vieira de Andrade, "O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos", em BFD de Coimbra, suplemento XXXVII, ano 1992, pp. 232 a 239, e Gomes Canotilho e Vital Moreira, "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição, 1993, 936, para onde em geral se remete).

Ora, no caso concreto, entendo que tal fundamentação não foi clara, no sentido de transparente, pois adoptou "modelos de fundamentação" que, por obscuridade e insuficiência, não esclarecem suficientemente a motivação do acto (art. 125, n.º 2 do CPA), não permitindo por isso aos interessados "reconstituir o itinerário cognoscitivo e valorativo" percorrido pelo CSM ao

decidir como decidiu a graduação de cada em relação aos demais candidatos. Por isso, a fundamentação foi insuficiente.

[Tem-se inclusive posto em destaque que os princípios da transparência e da imparcialidade exigem que a acta em que o júri estabelece o sistema classificativo, com indicação dos factores a atender e o processo de avaliação, seja levada ao conhecimento dos candidatos antes do acto de classificação e graduação, devendo mesmo constar, não de acta posterior do júri, mas do próprio aviso de abertura do concurso (STA, 27/05/99, no recurso 031962)].

No presente caso houve, de facto - e para além dos factores de ponderação do mérito, consignados na lei (art. 52, n.º 1 do EMJ), - toda uma zona de menor claridade na fundamentação, mas que se revelou da maior importância na graduação que veio a ser feita: a forma como foi avaliado o mérito relativo dos candidatos necessários, dentro de cada um dos quatro factores de ponderação adoptados.

Conforme acta n.º9/2004, da reunião do CSM de 24/03/04, o CSM, depois de enunciar os critérios legais (art.º 52, n.º 1 do EMJ), adoptou um sistema de classificação estruturado na base de quatro factores de ponderação, que correspondem a outras tantas qualidades profissionais: capacidade de trabalho, domínio da técnica jurídica, ponderação dos interesses em conflito, conhecimento das correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

Factores que depois, na graduação feita, adjectivou, eventualmente reforçando com advérbios de modo. Assim:

a) alguns dos candidatos (os que viriam a ser graduados de 1.º a 4.º lugar), são avaliados com os adjectivos de "excelente capacidade de trabalho", "total e absoluto domínio da técnica jurídica", "perfeita ponderação dos interesses em conflito", "completo conhecimento das várias correntes", pelo que evidenciaram um "nível excepcionalmente elevado":

b) outros (os que viriam a ser graduados de 5.º a 11.º lugar), são avaliados com os adjectivos de "superior capacidade de trabalho", "excelente domínio de técnica jurídica", "perfeita ponderação dos interesses em conflito", "completo conhecimento das várias correntes", por isso revelando um "nível muitíssimo elevado";

c) outros (os que viriam a ser graduados de 12.º a 39.º lugar), são avaliados com os adjectivos de "muito boa capacidade de trabalho", "francamente bom domínio da técnica jurídica", "boa ponderação dos interesses em conflito", "francamente bom conhecimento das várias correntes", pelo que evidenciou um "nível francamente bom";

d) outros (os que viriam a ser graduados de 40.º a 64.º lugar), são avaliados

com os adjectivos de "boa capacidade de trabalho", "bom domínio da técnica jurídica", "boa ponderação dos interesses em conflito", "bom conhecimento das várias correntes", por isso revelando um "bom nível":

e) outros, finalmente (os que viriam a ser graduados de 65º a 75º lugar), são avaliados sem adjectivos, como com "capacidade de trabalho", "domínio da técnica jurídica", "ponderação dos interesses em conflito", "conhecimento de várias correntes", por isso (agora um adjectivo) revelando "satisfatório nível".

Percebe-se bem que os candidatos necessários de nível excepcionalmente elevado tenham ficado num primeiro grupo, que os candidatos de nível muitíssimo elevado tenham ficado num segundo grupo, que os candidatos de nível francamente bom tenham ficado num terceiro grupo, que os candidatos de bom nível tenham ficado num quarto grupo, e que os candidatos de nível satisfatório tenham ficado no último grupo.

O que não se percebe é por que [*e respectivamente para os itens capacidade de trabalho, domínio da técnica jurídica, ponderação dos interesses em conflito, conhecimento das correntes doutrinárias ou jurisprudenciais*], a prestação de uns é apodada de "excelente", "total e absoluta", "perfeita", "completa", a de outros de "superior", "excelente", "perfeito", "completo", a de outros de "muito boa", "muito bom", "muito boa", "muito bom", a de outros de "muito boa", "francamente bom", "boa", "francamente bom", a de outros de "boa", "bom", "boa", "bom", e a de outros, finalmente, sem adjectivação dos itens em causa e apenas na avaliação final: "nível satisfatório".

Percebe-se, em face das avaliações feitas, que os concorrentes tenham sido graduados como o foram.

Mas não se percebe por que foram avaliados ou classificados, dentro de cada um dos quatro itens em referência, da forma como o foram.

Neste aspecto, a fundamentação mostra-se impenetrável nas suas razões ou motivações.

É aqui que, a meu ver, falha a fundamentação.

Neste ponto recordam-se os considerandos exarados no acórdão deste STJ, de 25/09/03 (recurso 2375/02, em que foi Relator o Exmo. Conselheiro Quirino Duarte Soares): "uma deliberação que (...) se serve de uma fórmula padrão universal, a par de um elenco predefinido de adjectivos, a introduzir naquela consoante os diversos níveis de mérito, não atinge o grau mínimo do *concreto esclarecimento da motivação que se impõe*".

É o que me parece ocorrer aqui.

Fundamentação acessível (art. 268, nº3 da CRP) é aquela que é clara, no sentido de inteligível, sem ambiguidade ou obscuridade, tendo em conta um

destinatário normal e razoável, que, aqui, são Juízes da Relação no quarto superior da lista de antiguidade - portanto, em princípio, com um nível de mérito não muito diferenciado entre si. Decerto que, primeiro, há que seleccionar os itens a ponderar e que definir os critérios de valorização de cada um deles, e só depois que fazer a graduação dos candidatos em função desses itens e critérios. A não se proceder assim, o resultado é este: em última análise, não se percebe o que em concreto leva a que um candidato seja incluído num grupo e não noutro. Com a consequente dificuldade dos candidatos em aceitarem a graduação feita e igual dificuldade em recorrerem dela. Que é uma das razões da obrigatoriedade de fundamentação.

Reconhece-se que é difícil motivar de forma completa, indiscutível e definitiva uma graduação deste género. Talvez por isso tivesse sido preferível utilizar as tabelas de pontuação dos critérios ou grelhas de pontuação dos critérios legais de avaliação do mérito, de que se fala em algumas reuniões do CSM (como as de 04/12/03 e de 14/01/04), mas que, pelos vistos, não foram adoptadas, pelo menos nesta graduação.

Fundamentada como o foi a graduação feita, mostra-se a fundamentação obscura e insuficiente nos seus parâmetros. E, por essa via, a fundamentação feita equivale a falta de fundamentação, nos termos do art. 125, n.º 2 do CPA (DL 442/91, de 15 de Novembro).

Nestes termos, anularia a deliberação impugnada.

Lisboa, 29 de Julho de 2005

Reis Figueira

(1) Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 12 de Fevereiro, e com início de vigência em 1 de Janeiro de 2004 (art. 7.º).

(2) Aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho, alterado ao abrigo da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 80/88, de 7 de Julho, pelo Dec.lei n.º 342/88, de 28 de Setembro, e pelas Leis n.º 2/90, de 20 de Janeiro, n.º 10/94, de 5 de Maio, n.º 44/96, de 3 de Setembro, n.º 81/98, de 3 de Dezembro e n.º 143/99, de 31 de Agosto.

(3) Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, "Código de Processo nos Tribunais Administrativos", vol. I, Coimbra, 2004, pags. 497 e

498.

(4) Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, obra e volume citados, pag. 349.

(5) Aprovado pelo Dec.lei nº 442/91, de 15 de Novembro.

(6) Apenas como exemplo negativo de diferente interpretação - e sem qualquer intenção personalizadora - poderia, em caso de grande número de renúncias e jubilações/aposentações, dar-se o caso de não chegar a haver concurso (se todos os concorrentes fossem afastados) ou de se permitir o acesso ao STJ de concorrentes sem a capacidade necessária a desempenhar funções no nosso mais alto tribunal, verdadeiro repositório da ciência e técnica jurídicas.

(7) O chamamento de novos concorrentes foi fruto de deliberação do Plenário do CSM devidamente publicitada no DR, II S, de 18/12/2003, sendo de todos os demais candidatos, que já tinham concorrido.

(8) Cfr. Freitas do Amaral, "Curso de Direito Administrativo", vol. II; Coimbra, 2001, pag. 442 e seguintes, onde se apresenta uma síntese das posições doutrinárias sobre tal conceito.

(9) Cfr. Acs. STA de 27/05/99, no Recurso 31962 (relator António Samagaio); de 30/04/03, no Recurso 32377 (relator Cruz Rodrigues); e de 14/04/2005, no Recurso 429/03 (relator Adérito Santos).

(10) Ac. STJ de 25/09/2003, no Proc. 2375/02 da 7ª secção (relator Quirino Soares).

(11) Ac. STA de 30/11/95 (in Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, ano XXXV, nº. 418, pág. 1114).

(12) Ac. STA de 01/04/2003, no Recurso 42197 (relator Alberto Augusto Oliveira).

(13) Cfr. Ac. STA de 28/07/2004, no Proc. 742/04 (relator J. Simões de Oliveira).

(14) Mário Esteves de Oliveira, "Código do Procedimento Administrativo", 2ª edição, Coimbra, 1998, pag. 452, citando aliás em seu apoio Pedro Machete, "A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo", pags.479 e 480, e David Duarte, "Procedimentalização, Participação e Fundamentação" pag.130.

(15) Cfr. no sentido desta declaração os Acs. STJ de 25/09/91, no Proc. 079608, da 4ª secção (relator Sousa Macedo); de 03/05/01, no Proc. 682/98, da 1ª secção (relator Lopes Pinto); e de 05/07/01, no Proc. 1669/00, da 7ª secção relator (Nascimento Costa), assim como os votos exarados no já mencionado Ac. STJ de 25/09/2003 pelos Ex.mos Conselheiros Abílio Vasconcelos e Vítor Mesquita.

(16) Como se entendeu no Ac. TC de 10/07/2002, in DR, II S, de 8 de Maio, " a audiência prévia só tem sido considerada exigível constitucionalmente no que se refere a actos de natureza sancionatória ou substancialmente equiparáveis".

(17) Ac. STA de 27/10/2004, no Proc. 856/02 (relator Edmundo Moscoso).

(18) Assim se entendeu no Ac. STJ de 08/07/2003, no Proc. 385/01 da 2ª secção (relator Ferreira de Almeida) que vimos seguindo de muito perto. No mesmo sentido, cfr. Ac. TC nº 285/92, in DR I S-A, de 17/08/92, pag. 3875; e Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, in BMJ nº 363, pag. 51.

(19) Cfr. Ac. STJ de 19/03/92, no Proc. 121/00 da 2ª secção.

(20) Cfr. Ac. STA de 27/11/97, in AD nº 439, pag 891; e Ac. STJ de 11/10/01, no Proc 507/01 da 2ª secção.

(21) Freitas do Amaral, in "Direito Administrativo", vol. II, Lisboa, 1988, pags 180 a 188.

(22) Ac. do STJ, de 30-6-99, CJSTJ, Ano VII, 3, pag. 5 (relator Manuel Pereira).

(23) José Carlos Vieira de Andrade, in "O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos", Coimbra, 1992, pag. 269.

(24) Acs. STA de 04/03/87, in AD, nº 319, pag. 849; e de 27/05/99 (Pleno) in AD nº 455, pag. 1430.

(25) Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, "O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos", Coimbra, 1992, pags. 232 a 239.

(26) Ac. STJ, d e 05/07/2001, no Proc. (relator Nascimento Costa).

(27) Ac. STJ, de 06/12/2001, no Proc. nº 1930/00, da 2ª secção (relator Moutinho de Almeida).

(28) Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, "O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos", Coimbra, 1992, pag. 156 e 259.

(29) Paulo Veiga e Moura, "Função Pública", vol. I, Coimbra, 1999, pag. 163.

(30) Ac. STA, de 28/06/94, in "Jurisprudência Administrativa Escolhida", Fernando Cadilha, pag. 545.