

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



PARECERES VINCULATIVOS

-

**CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA ADMISSIBILIDADE DA
IMPUGNAÇÃO DOS PARECERES OBRIGATÓRIOS E
VINCULATIVOS**

Ana Cláudia dos Santos Mendez

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

2013

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



PARECERES VINCULATIVOS

-

**CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA ADMISSIBILIDADE DA
IMPUGNAÇÃO DOS PARECERES OBRIGATÓRIOS E
VINCULATIVOS**

Ana Cláudia dos Santos Mendez

**DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO PROFESSOR DOUTOR
DAVID DUARTE**

2013

ABREVIATURAS

AAFDL	– Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
CJA	– Cadernos de Justiça Administrativa
CPA	– Código do Procedimento Administrativo
CPTA	– Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	– Constituição da República Portuguesa
ETAF	– Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
V.O	– Vinculativos e Obrigatórios

MODO DE CITAR

Todas as referências bibliográficas feitas no texto são citadas indicando-se o autor, título da edição, editora, ano e, na maioria das vezes, a página.

As publicações periódicas serão feitas através da utilização de siglas, seguindo-se da indicação da numeração da publicação, do mês, do ano e da página.

As transcrições de textos de língua estrangeira serão feitas através da sua tradução para língua portuguesa, cuja responsabilidade cabe à autora. Não serão traduzidos algumas expressões temáticas e os textos em língua inglesa e alemã que melhor permitam aprender o sentido da língua anglo-saxónica que serve de tema ao presente trabalho.

Este trabalho é escrito sob o novo acordo ortográfico.

ÍNDICE

Resumo.....	6	
Abstract	7	
Delimitação do Objeto.....	8	
PARTE I		
PARECERES VINCULATIVOS E OBRIGATÓRIOS NA FASE PROCEDIMENTAL CONSULTIVA DA ADMINISTRAÇÃO		10
1.º Capítulo – Considerações Introdutórias	10	
§1.º Do conceito de decisão	10	
§2.º Exclusões de âmbito	13	
2.º Capítulo – Objetivos e sentido do procedimento administrativo consultivo	15	
§1.º Do procedimento consultivo: sentido e âmbito de aplicação do CPA	15	
1.1 Quadro geral dos instrumentos de atuação consultiva à disposição da Administração	16	
1.2. Atos instrumentais e preparatórios	18	
1.2.1. Classificação	20	
1.2.2. Pareceres	23	
1.2.3. Facultativos ou obrigatórios.....	25	
1.2.4. Vinculativos, não vinculativos ou conformes.....	28	
§2.º Da relação entre a entidade consultiva (que emite os pareceres obrigatórios e vinculativos) e a Administração	32	
§3.º Pareceres no Direito Comparado	33	
§4.º Figuras Afins	37	
3.º Capítulo – Considerações sobre o parecer vinculativo – notas sobre o seu conteúdo, natureza e relevância no procedimento administrativo	40	
§1.º Função e Natureza dos Pareceres Obrigatórios e Vinculativos e seu conteúdo.....	40	
1.1. Das consequências na falta do parecer vinculativo e obrigatório aquando da exigência legal	45	
§2.º A instrução do procedimento: pareceres vinculativos e prévia audiência dos interessados	46	
2.1. Os Modelos Jurídico-Positivos da audiência dos interessados no Direito Comparado: enquadramento procedimental	51	
a) O sistema norte americano (Federal Administrative Procedure Act. 1946).....	51	
b) O sistema espanhol (Ley de procedimiento administrativo, 1958)	53	
c) O sistema alemão (Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976).....	54	

d) O sistema italiano (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo – legge 7 agosto 1990 n. 241, 1990).....	55
e) O sistema francês (o artigo 8.º do Decreto Lei de 28 de novembro de 1983).....	55
2.2. Da notificação para a audiência dos interessados	55
2.3. Da consequência da preterição de audiência dos interessados fora dos casos de inexistência e dispensa legalmente previstos	57
§3.º Relevância da notificação da decisão do parecer vinculativo para uma reação contenciosa	58
§4.º Do silêncio da entidade competente para emitir o parecer	63
§5.º Aposição entre a fase consultiva e a fase decisória - do caráter para-decisório do parecer obrigatório e vinculativo - condicionamento da decisão final	63
PARTE II	65
PARA UM CONTENCIOSO DOS PARECERES VINCULATIVOS E OBRIGATÓRIOS	65
§1.º Do paralelismo entre o parecer vinculativo obrigatório e o ato administrativo	65
§2.º Da acionabilidade jurisdicional – o princípio Constitucional da tutela jurisdicional efetiva	69
2.1. Meios jurisdicionais: ação de impugnação ou condenação à prática do ato Devido?.....	74
§3.º Ação de impugnação: ato (administrativo) vs ato final	76
3.1 Da possibilidade de recorrer à ação de impugnação	78
3.2. (In)definitividade dos pareceres vinculativos obrigatórios	83
3.3. Relativos a um caso individual e concreto	85
3.4. Destinados a produzir efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos	86
3.5. Da legitimidade	92
3.6. Dos contra-interessados	95
3.7. Dos prazos	97
§4. Da condenação à prática do parecer devido	98
4.1. Da legitimidade	98
4.2. Dos prazos de propositura da ação	99
§5.º Jurisprudência em torno da questão	99
CONCLUSÕES	102
BIBLIOGRAFIA	104

RESUMO

A nossa dissertação teve como ponto de partida a definição de decisão para efeitos de, analogicamente, equiparar a natureza dos atos administrativos decisórios à natureza de atos intermédios mas também decisórios, e nessa qualidade, capazes de produzir os mesmos efeitos que os atos finais de um procedimento, sendo portanto passíveis de impugnação.

Aproveitou-se esta dissertação, não só para expor a nossa opinião sobre o normativo administrativo, suportada igualmente em opiniões doutrinárias, mas também para inovar em alguns aspetos que, embora não patentes no nosso ordenamento jurídico-administrativo, ao menos diretamente, são compagináveis com os princípios administrativos e constitucionalmente previstos. As ideias aqui defendidas, essencialmente no que se refere à ordem das fases procedimentais (diferentes da que estão legalmente previstas), e às consequências atribuídas para eventuais incumprimentos a essas fases procedimentais, são adaptadas à defesa deste tema.

Terminamos por defender que um ato final pode ser um ato emitido pelo Órgão Administrativo que marca o fim de um procedimento, mas pode também ser uma decisão proveniente de outra entidade externa que pode marcar igualmente o fim de uma etapa intermédia de um procedimento, e conseqüentemente, o fim de um procedimento, sendo por isso dispensável de qualquer outra autorização, homologação ou aprovação póstuma pela Administração, podendo vir a ser impugnável.

Palavras-chave: parecer vinculativo; ato final; audiência dos interessados; lesividade; eficácia externa; impugnação;

ABSTRACT

Our dissertation had, as a starting point, the definition of decision in order to analogically compare the nature of administrative actions decisive to the nature of intermediate but also decisive acts, and in that sense, capable of producing the same effects as the final actions of a procedure, being, therefore, capable of impeachment.

This dissertation was taken advantage of, not only to expose our opinion on the normative administrative, supported equally on doctrinal opinions, but also in order to innovate in some aspects which, although not evident on our legal and administrative order, at least not directly, are sustained for conjugation with the administrative principles that part of the constitution. The ideas defended in this paper, essentially in what concerns the order of the procedural phases (different from the ones that part of the law), and regarding the consequences given to eventual compliance failures to these procedural phases, are adapted to the defense of this topic.

We conclude by defending that a final act may be an act omitted by the Administrative Organ, which marks the end of a procedure, but may also be a decision derived from an external entity, which, in turn, may equally mark the end of an intermediary stage of a procedure, and consequently, the end of a procedure, being, therefore, dispensable of any other posthumous authorization, statement or sanction by the Administration, possibly becoming open to challenge.

Key-words: binding opinion; final act; audience of interested parties; harmfulness; external effectiveness; impugnation;

Delimitação do Objeto

O estudo deste tema deveu-se à curiosidade em pesquisar a natureza dos atos preparatórios realizados no âmbito da atividade administrativa, principalmente aqueles que determinam a ação, o sentido e alcance de um procedimento, e tentar perceber, a partir daí, a sua semelhança com a natureza dos atos administrativos, ao que através de um paralelismo entre os atos intermédios e os atos finais, tentamos equiparar o ato intermédio do procedimento ao ato intermédio como decisão, enquanto ato final.

Para uma melhor transmissão de ideias foi necessário, essencialmente, ficar um pouco apartada do procedimento legal estipulado no Código de Procedimento Administrativo e de algumas denominações legais, e aproximar-se de uma ideia menos taxativa, por vezes com soluções de *iure condendo* - identificadas a seu tempo - mas sempre com um raciocínio enquadrado com os princípios e as garantias Constitucionalmente previstas, assegurando a finalidade teleológica de como a Lei Administrativa e o Diploma Constitucional garantem e preveem os direitos e as Liberdades Fundamentais. Naturalmente que não deixamos de ter presente o sistema legal, nomeadamente a tramitação do procedimento e processo administrativo. Simplesmente optou-se por tentar encontrar uma outra alternativa (à legalmente prevista – em diversos aspetos, adaptados à defesa deste tema) a um dos temas que se vai assistindo nos nossos dias, nos nossos Tribunais, e que por isso, sugerir um novo enquadramento com base nessa prática forense, e atendendo às alterações e mudanças quotidianas no mundo jurídico, foi o impulso para tal ordem e exposição de raciocínio.

O procedimento administrativo é analisado com especial ênfase na fase da instrução por nela se verificar a recolha e o tratamento de elementos idóneos para a análise da pretensão dos interessados, e nesta instância, os atos que nela se verificam, aqui não só os que poderão contribuir de alguma forma com o ato final mas também os atos que por si são já decisivos, ou seja, atos que finalizam nessa fase uma pretensão, embora por força da lei, não sejam passíveis de concluir o procedimento nem de serem impugnáveis. É pelo que acabamos de dizer que insistimos ao longo deste trabalho que os intermédios no procedimento, não significam necessariamente não serem atos finais.

Ao colo levamos a defesa e as garantias jurisdicionais concedidas aos administrados, por isso, e porque o Ordenamento Administrativo, nomeadamente em algumas das suas conceções, parece olvidar certos aspetos da realidade, temos aqui um projeto que visam uma atenção detalhada sobre um dos temas centrais da atualidade do Direito Administrativo, como a questão da admissibilidade da impugnação dos atos preparatórios, nomeadamente dos pareceres vinculativos e obrigatórios.

A atividade administrativa é cada vez mais pautada por uma diversidade de procedimentos complexos onde se assiste a uma diversidade de atos administrativos com múltiplas finalidades, sejam atos intermédios ou finais, e como tal, sendo lesivo para qualquer interessado, pode ser objeto de impugnação, antecipando assim os meios de tutela de defesa jurisdicional.

O nosso interesse foi poder contribuir de alguma forma para a manutenção das garantias de proteção dos interessados num procedimento administrativo, tornando-o mais célere, na mesma eficaz e eficiente, através da admissibilidade da impugnação de pareceres vinculativos.

Um estudo que não olvidou o mais recente projeto de revisão do Código de Procedimento Administrativo, onde de alguma forma é feito um paralelo com alguns aspetos entre aquele e o atual Código de Procedimento Administrativo, interligado com a opinião da autora, jamais olvidando que este é um trabalho de pesquisa, opinião, e académico.

Não é intenção da autora transmitir a ideia de que discorda com o disposto no nosso sistema (legal) administrativo, bem pelo contrário, é pelo interesse demonstrado na matéria e base legal taxativa, que se decidiu apresentar apenas uma alternativa a uma questão que é para nós do maior interesse.

PARTE I

Pareceres Vinculativos e Obrigatórios na Fase Procedimental Consultiva da Administração.

1.º Capítulo – Considerações Introdutórias.

§1.º Do conceito de decisão.

O exercício da função administrativa tem como modo de ação a criação de decisões. Numa ótica procedimental, percebe-se que a formulação de uma decisão tem no seu núcleo uma panóplia de atos instrumentais que no decorrer do procedimento servem para determinar a conduta da Administração, mais concretamente no que respeita ao ato final ou principal e na qual a sua substância está, exatamente, no conteúdo do discurso de dever ser. É através do ato final que se expressa, respetivamente, uma opinião ou vontade vinculativa que irá determinar a produção de efeitos a uma situação jurídica do particular sendo essa, a nosso ver, uma especificidade das ações não deónticas porquanto não alteram o direito, mas os seus efeitos preenchem apenas a previsão de uma norma pré-existente¹, apesar de em alguns casos, como veremos adiante a propósito dos pareceres vinculativos obrigatórios, o resultado obtido através de um parecer, mesmo que no decorrer da fase instrutória, poder determinar o conteúdo do ato final. Havendo num procedimento duas entidades, ambas com poder decisório (por força do carácter vinculativo da entidade consultiva e, depois, o órgão Administrativo) para tratar de uma única questão (em sentido amplo), parece-nos haver duas decisões escalonadas no tempo, objetivas e funcionais. Mas, terão o mesmo poder decisório? Se sim, porquê haver segunda? Haverá uma verdadeira decisão da Administração? Ou será aquela apenas um requisito procedimental para a conclusão do ato - já previamente decidido pela entidade consultiva, determinante para a situação jurídica do particular? Não poderá a primeira decisão vingar autonomamente sem a segunda decisão?

¹ DAVID DUARTE, in *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa, A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Lisboa, 2004, p. 279.

Num raciocínio procedimental, a decisão² final é, aparentemente, mais abrangente por abarcar um conjunto de medidas que levam à sua escolha. Parece corresponder a uma conceção e dimensão diferente daquela que se atribui às medidas individualizadas que se verificam ao longo do procedimento, sendo talvez por isso que em regra se atribui à decisão final um deslocamento de mais energia. Porém, existem casos onde na realidade a decisão verificar-se-á num momento prévio face à fase (procedimental) própria para (supostamente) se chegar a ela, e não sendo por isso que deixará de haver uma decisão em todos os sentidos da palavra. Esses casos são, para nós, o motivo pela qual deslocamos a energia depositada no ato final para os atos instrumentais ou medidas que embora consideradas preliminares ou prévias ao ato final, trazem no seu conteúdo a decisão definitiva a aplicar na situação jurídica do particular por força do seu carácter vinculativo e obrigatório tornando-se autónomas. Uma medida ou algum outro facto praticado no decorrer da fase de preparatória de um ato administrativo que tenha conteúdo vinculativo e obrigatório, por força da lei, obriga a entidade administrativa a seguir o seu conteúdo e decisão, sem margem para discordâncias³. Assim, uma medida que, técnica e procedimentalmente está inserida numa fase prévia à da fase da decisão, vê-se revestida de conteúdo decisório por força do poder equiparável ao poder que a Administração tem quando, por exemplo, decide num procedimento onde não tem de obedecer a nenhuma entidade consultiva. Assim, uma entidade consultiva que veja reconhecido o poder de vinculativamente determinar o resultado final de uma pretensão, o termo “decisão” é fisicamente detetável na conclusão dessa medida e é o momento em que se decide permitir, não permitir, de que maneira, quando e como adotar certo comportamento. Ao negar ou aceitar uma pretensão do particular para a realização de uma determinada atividade, a atividade administrativa encontra-se materializada em uma decisão, estando a entidade consultiva a realizar uma conduta que estabelece um determinado dever ser quanto a uma determinada matéria administrativa. O mesmo também se poderá dizer para aqueles atos que, embora não vinculativos, não deixam de decidir, de uma forma ou de outra, a pretensão apresentada, só que aqui achamos que pela sua natureza não vinculativa,

² No plano filosófico a palavra *decisão* “apresenta o momento da escolha e resolução”, através de “um juízo prático definitivo de valor e preferência, que anuncia uma ordem e decide o movimento a executar ou a ação a praticar” e “ao mesmo tempo é atividade eletiva (enquanto escolhe um ato a produzir), e inibitória (ao recalcar os juízos contrários)”, cfr. “**Decisão**” in *Enciclopédia Logos*, vol. I. Decidir é “estabelecer definitivamente o que fazer; tomar uma resolução ou decisão”, “**Decidir**”, in *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa*, vol. I, p. 1073.

³ Salvo a possibilidade que a Administração tem de verificar a legalidade do seu conteúdo, que será aqui defendida como admissível num prazo previamente fixado pela entidade consultiva à Administração.

eventualmente ainda sujeitos a uma outra apreciação (pela Administração), poderá o seu conteúdo ser “deitado por terra” através de uma decisão posterior em sentido contrário, perdendo aquele conteúdo sentido e razão de ser⁽⁴⁾ (⁵). A conexão está na relação entre os órgãos dos atos, na aplicação e na respetiva consequência da ligação estruturalmente-lógica entre os momentos psíquicos.

Decidir no momento intermédio do procedimento em vez de decidir no momento final, nomeadamente, posteriormente à fase da instrução, não viola nenhuma norma de legalidade procedimental visto que aquela no seu decurso, através de tarefas próprias da sua atividade, visa um objetivo final (que pode ser logo aí determinado ou então só após essa fase), e como tal, pode admitir a introdução de qualquer conduta mesmo que decisória – aliás, é pela falta de enumeração e descrição das ações instrutórias que a instrução é uma totalidade da ação administrativa e por isso pode terminar na formulação de uma decisão final. Pode porém continuar a subsistir a questão: ao introduzir a fase final decisória numa fase instrutória, não estaríamos com isso a ultrapassar essa e outras etapas? Não seria também antecipar para logo depois do momento instrutório os poderes que o particular teria numa fase final, resultantes dos feitos de uma decisão (constitutiva), como por exemplo, poderes jurisdicionais? As respostas não se mostram assim tao clarividentes mas vamos tentar esclarecê-las ao longo desta dissertação, embora não seja de rápida resposta por força da sequência das etapas que nos mostra o CPA em que a decisão final só se verifica após essa (instrução) e outras fases. Apesar da ordem pela qual o CPA tem vindo a apresentar o ritmo de um procedimento, momentos haverá em que, por força do caso concreto, o decorrer de um procedimento não se compadece com a obediência e cumprimento da maneira quase que perfeita e sequencial procedimentalmente estipulada no CPA para a sua execução. Serão casos em que, de entre outros motivos, por uma questão de economia processual e de celeridade, o momento instrutório deverá se traduzir, simultaneamente, numa fase instrutória onde haverá a audição dos interessados bem como todos os expedientes necessários, e numa fase final, quando se verificar a existência de uma opinião com efeitos de dever ser marcadamente vinculativa e decisória – passando a o ato da entidade externa consultiva a ser como uma verdadeira e única decisão num

⁴ O que não significa que não terá dado o seu contributo para o ato final.

⁵ No sentido de que nos casos dos procedimentos onde se tenha de obedecer a uma entidade consultante, por respeito ao parecer emitido, não se trata de uma decisão mas sim de uma mitigação de uma decisão da entidade administrativa final, Cfr. GIANNINI, MASSIMO SEVERO, in *Diritto Amministrativo*, vol. II, 3ª. ed., Milano, 1993, p. 131.

procedimento administrativo. Por sua vez, a decisão que competia à Administração não passaria a ser mais do que uma repetição desnecessária daquela já previamente emitida.

Mais adiante veremos com uma maior minuciosidade como é que os atos preliminares, pela sua natureza, determinam e condicionam a decisão final do órgão Administrativo, e porque é que apontamos como razão para considerarmos que os pareceres vinculativos podem consistir numa decisão por produzirem efeitos imediatos abrindo nessa fase a porta aos meios jurisdicionais ao alcance do particular, determinando a passagem do momento decisório final para o momento instrutório (final). Naturalmente que esta solução irá provocar uma inquietação na articulação das fases (sequenciais) do procedimento administrativo previsto no CPA mas, estamos cientes de que nenhuma das fases será subtraída, bem pelo contrário, estar-se-á apenas a transpor o efeito constitutivo de uma decisão final, para o momento da emissão de um ato proferido por uma entidade na fase instrutória que por ser vinculativo, dá-nos essa possibilidade, além de ser a própria norma de legalidade procedimental que admite a introdução de mais condutas na fase da instrução, mesmo que, a nosso ver, seja para terminar o procedimento. Assim, aquando da existência de atos de carácter vinculativo, entendemos que o momento da decisão final reporta-se para a fase instrutória e aí teríamos a decisão final, o ato administrativo, em condições de ser acionável jurisdicionalmente não tendo o particular que aguardar para uma última fase, tal como estipula o CPA, para poder recorrer daquele meio (onde o ato administrativo final não seria mais que uma expressão, respetivamente, de uma opinião e vontade vinculativa)⁶.

§2.º Exclusões de âmbito.

Fora do âmbito do que se entende por decisão, ou seja, fora do campo de atos que se afastam da natureza dos pareceres vinculativos obrigatórios, ficarão todos e quaisquer atos instrumentais que pela sua natureza complementar, não sejam determinantes nem condicionantes para a decisão final ou para o ato principal. Isto por dois motivos: o primeiro deve-se ao facto de desempenharem uma função preparatória

⁶ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA no entendimento de que “*No que se refere aos pareceres vinculativos, pela nossa parte, não temos dúvidas em assumir que tais atos não exprimem o exercício de uma função meramente consultiva, mas são atos que, prejudicando o exercício dos poderes decisórios dos órgãos a que se destinam, têm a natureza de atos administrativos de conteúdo decisório.*”, em *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2012, p. 280.

no âmbito do procedimento administrativo sem deles depender condicionalmente a decisão final, e o segundo deve-se ao facto de, mesmo que contenham decisões, teriam um alcance meramente intra procedimental sem nunca definir a situação jurídica do particular por força de uma mudança ou alteração de decisão por parte do órgão final. Já distinguia Marcello Caetano a situação jurídica da produção dos efeitos⁷. Aqui encontra-se desde as informações, avaliações e verificações até aos pareceres facultativos ou obrigatórios mas não vinculativos (entre outros). São, tal como definidos por Rogério Soares⁸, os chamados atos instrumentais por serem diferenciados dos atos impugnáveis precisamente pelo seu caráter interno, por estarem num campo de relações intra administrativo ou inter orgânico, dependentes do órgão administrativo que lhes está acima hierarquicamente para poder para decidir. Como refere MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁹, esses não são atos administrativos por não conterem decisões e portanto, não são atos administrativos.

Por aqui exclui-se, á partida, dos atos administrativos – que poderão ser impugnados contenciosamente - aqueles que não se projetam numa situação jurídica respeitante ao interessado ou outra entidade (por não terem caráter vinculativo e poderem vir a ser alterados posteriormente), sem prejuízo, naturalmente, dos atos previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA que apesar de não terem eficácia externa e serem qualificados como atos internos podem ser impugnados por se verificarem num plano inter orgânico, e onde os órgãos de uma pessoa coletiva podem impugnar atos praticados por outros órgãos pertencentes à mesma entidade pública.

⁷ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10ª ed., Coimbra (reimpressão, 1986), p. 444, já referia que “a definição de situações jurídicas difere da produção de efeitos jurídicos na medida em que traduz uma decisão...”; No mesmo sentido MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Considerações em Torno do Conceito de Ato Administrativo Impugnável”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, 2006, Coimbra Editora, pág. 284.

⁸ ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao curso complementar de ciências jurídico-políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 101.

⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Considerações em Torno do Conceito de Ato Administrativo Impugnável”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, 2006, Coimbra Editora, p. 284.

2.º Capítulo – Objetivos e sentido do procedimento administrativo consultivo.

§1.º Do procedimento consultivo: sentido e âmbito de aplicação do CPA.

A atividade administrativa é marcadamente de estrutura complexa atendendo à colaboração de vários agentes integrados e não integrados na Administração, para a obtenção de um resultado ótimo.

O procedimento Administrativo manifesta-se num decorrer de passos que vai, desde investigações e consultas até à *participação* dos particulares. No âmbito do desempenho da atividade Administrativa, a função consultiva consiste numa *colaboração* e distribuição de poderes com uma ou mais entidades, por motivos de complexidade ou de tecnicidade de certos assuntos, que para se obter uma melhor *racionalização* (através de uma decisão adequada e ponderada) e aumentar a aceitação social do resultado final, terão de ser submetidos a um teórico refinado, determinado por uma visão mais técnica e detalhada do modo de formação dos atos (podendo a atividade consultiva ser individual ou colegial dependentemente do grau de complexidade).

As pronúncias consultivas resultam do auxílio e da participação de vários intervenientes¹⁰ que conseqüentemente darão lugar a uma *composição* de diversos interesses (públicos e privados). Aqui as exigências administrativas são cumpridas pelos órgãos consultivos através de um vínculo de colaboração - que têm competência a diversos títulos para intervir no procedimento administrativo, como por exemplo através de pareceres - e traduz-se numa *garantia* da Administração visto que a entidade consultiva (orgânica ou inorgânica, individual ou coletiva, obrigatória ou facultativa, vinculativa ou não vinculativa) surge como um meio de proteção (proteção essa não assegurada apenas pela Administração) ao dar o seu conhecimento técnico sobre determinado assunto de modos a assegurar a regularidade de certos atos.

Relativamente às entidades que colaboram com a Administração, poder-se-á verificar órgãos internos e externos à Administração, estando naturalmente os órgãos internos e os externos¹¹ sujeitos ao regime do CPA, visto que o CPA é um diploma que

¹⁰ Sobre esta figura, HANS WOLFF, OTTO BACHOF, *Verwaltungsrecht*, II, 4ª ed., München, 1976, p. 632.

¹¹ PEDRO GONÇALVES refere que “*devem considerar-se públicos, por exemplo, os poderes conferidos a uma entidade privada para, no âmbito da execução de uma tarefa pública - objeto de apropriação*”

regula a atuação administrativa, independentemente do âmbito subjetivo, conforme o disposto no n.º 1 e 4 do artigo 2.º do CPA que manda aplicar as disposições do Código à atuação de órgãos que, embora privados, colaboram na atividade administrativa – incidindo a nossa atenção em especial no plano objetivo do referido artigo quanto às funções materialmente administrativas – sendo por isso que se aplica o regime substantivo do CPA às entidades que embora não fazendo parte da Administração colaboram com esta chegando inclusive, não só a exercer a sua função consultiva mas também a decidir a pretensão do particular agindo como órgãos ativos que praticam atos autónomos e válidos por si mesmo, como no caso dos pareceres vinculativos obrigatórios.

Este é o nosso ponto de partida para justificar o porquê de aplicar o CPA a entidades que, agindo fora da Administração, possam merecer proteção jurídica administrativa e a tutela jurisdicional¹² relativamente aos atos praticados por si, tal e qual como para os atos administrativos, por terem um ponto em comum: a matéria administrativa.

1.1. Quadro geral dos instrumentos de atuação consultiva à disposição da Administração.

A fase instrutória, ainda considerada dentro da fase preparatória, é a fase própria onde se verificam atos jurídicos que desempenham uma função de preparação para a produção de um ato jurídico. É uma fase que tem como função permitir que a

*pública explícita ou implícita – assegurar a prática dos atos necessários ao cumprimento dos deveres públicos que impendem sobre os cidadãos”, **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, Almedina, 2005, p. 763.*

¹² Como é sabido, de acordo com o ETAF, a jurisdição administrativa é competente para apreciar a legalidade dos atos praticados por sujeitos privados no exercício de poderes administrativos; Vide acórdão do TCA n.º 06029/10 de 02/06/2010, no sentido de que: “São impugnáveis as decisões materialmente administrativas, ainda que proferidas por entidades privadas não integradas na Administração Pública, desde que atuem ao abrigo de normas de direito administrativo”; e artigo 51.º, n.º 2 do CPTA, que no dizer de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “o alcance da previsão do artigo 51º n.º2 é ainda mais amplo, na medida em que cobre todas as situações em que autoridades privadas atuem ao abrigo de normas de direito administrativo, mesmo quando não estejam formalmente investidas na qualidade de concessionários de bens ou serviços públicos” (sublinhado nosso), em *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2ª ed., notas ao artigo 51º.

Administração recorra a determinados instrumentos para atingir a sua finalidade - prosseguir o interesse público - e assim poder, mediante esse prévio trabalho preparatório, determinar o conteúdo do ato final. É uma fase de aquisição de ciência por parte da Administração que engloba um conjunto de atos e operações destinados a averiguar, recolher e valorar os elementos de facto, de técnica e de ciência que vão permitir à Administração tomar uma decisão que se pretende ótima. Ou seja, visa-se colocar o agente administrativo numa posição que lhe permita dominar o quadro completo dos interesses relevantes no âmbito da decisão a tomar. São vários os instrumentos que a Administração pode aproveitar nesta fase, sejam eles pedidos oficiosamente pela Administração - através de um ou mais agentes internos ou externos ou por intermédio de outra autoridade que disponham dos meios indispensáveis para o efeito. De entre os vários instrumentos utilizados pela Administração, tais como as inspeções e as visitas (entre outros), temos os pareceres.

Os pareceres são normalmente vistos enquanto meros atos jurídicos, inseridos numa organização de colaboração interna (*interne Mitwirkung*) onde podem intervir na fase instrutória várias autoridades administrativas que visam uma tomada de posição tão completa quanto possível de todos os interesses envolvidos e na qual, introduzem os seus “apports” e opiniões críticas que o órgão competente deverá ter em conta no momento de ponderar os interesses para a tomada da sua decisão¹³. Por isso se diz que os pareceres satisfazem uma exigência, essencialmente de natureza instrutória. Mas nem todos têm só essa função instrutória, antes fixam um sentido para a resolução do procedimento que o órgão com competência decisória não poderá afastar e é nessa medida, como veremos mais adiante, que se diferenciam os pareceres (vinculantes) dos outros atos jurídicos que na fase instrutória apenas introduzem valorações.

Os atos instrumentais além de poderem ser requisitados oficiosamente pela autoridade que dirige o processo, poderão também ser facultados por iniciativa dos particulares, elementos que servirão de base á instrução que variam de situação para situação, podendo passar por memórias descritivas, exposições de carácter técnico sobre a pretensão do particular ou sobre uma situação geral e reclamações.

¹³ PEDRO GONÇALVES, “Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, p. 3.

1.2. Atos instrumentais e preparatórios.

Numa atividade tão diversificada e dinâmica desempenhada pela Administração, onde, cada vez mais, exerce funções que se manifestam em diversos tipos de atuação, é natural haver uma preocupação em apurar a natureza e a qualificação de cada atuação da Administração para se perceber melhor o seu enquadramento procedimental, e poder apurar quais aquelas que se assemelham mais à natureza de ato administrativo. Através de uma individualização dos atos em categorias, num plano dogmático, se forma um quadro completo e equilibrado das suas formas de atuação e mais facilmente faz-se uma delimitação entre as respectivas formas de atuação jurídica. A distinção é tradicionalmente feita pela doutrina, a começar pela distinção que separa os atos que são praticados no âmbito de relações intra administrativas e inter orgânicas, dos atos de conteúdo regulador, que se destinam a produzir efeitos no ordenamento jurídico geral¹⁴.

Por influência italiana¹⁵ os atos instrumentais são assim chamados, por falta de caráter decisivo atenta à sua natureza complementar ao ato administrativo. ROGÉRIO SOARES começa por distinguir os atos instrumentais dos atos preparatórios ao referir que enquanto o ato instrumental surge como suporte, apoio e auxílio antes ou depois da emissão final do ato administrativo, os atos preparatórios, não obstante terem essas características, ficam reservados para num momento prévio aquando de uma preparação ou antecipação de uma decisão final¹⁶. Defende também o caráter inferior dos atos instrumentais¹⁷.

Para EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA isso seria “*expulsar assuntos incómodos para as trevas exteriores*”¹⁸, ou por outras palavras, seria pôr tudo numa “*posta restante de composição indiferenciada*” onde não se individualizaria os diferentes atos jurídicos cujas características específicas assim o impunham para que se

¹⁴ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “**Considerações em Torno do Conceito de Ato Administrativo Impugnável**”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra Editora, 2006, pp. 288-289.

¹⁵ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, 3.^a ed., Milão, 1993, pp. 146-147.

¹⁶ ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 101.

¹⁷ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 100.

¹⁸ Cfr. EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 8.^a ed., Madrid, 1997, p. 536.

apurasse os que tivessem caráter decisório¹⁹. Nesta ótica passavam todos a serem tratados por atos instrumentais, independentemente de contenderem com os interesses dos sujeitos externos à entidade que praticam os atos administrativos²⁰ - só por aparentemente não estarem inseridos numa conceção ampla de ato administrativo -, sendo falsamente excluídos da categoria de ato administrativo previsto no artigo 120.º do CPA.

Somos, em primeiro lugar, do entendimento que apartar os atos instrumentais para um plano inferior começa a perder significado quando cada vez mais a Administração, através de uma atividade diversificada, age de forma diversificada através de atuações informais²¹, não sendo conveniente, por uma questão de razoabilidade e clareza, numa lógica de enquadramento procedimental remeter todos os atos instrumentais para o lado oposto dos atos decisórios sem atender, primeiro, ao objeto a designar, projetando apenas a importância à sua designação.

Em segundo lugar, não fazemos distinção entre os atos instrumentais e os atos preparatórios porque ambos englobam quer os atos prévios quer os atos póstumos à emissão de um ato final administrativo. Temos é que atender à sua funcionalidade e ao seu objetivo porque seja antes, na preparação, seja depois, no âmbito de uma reclamação ou impugnação, haverá sempre atos instrumentais ou preparatórios ao fim a que se pretende chegar. Seja antes ou depois de uma etapa (ou de um ato) poderá haver sempre atos preliminares. Uma decisão ou um ato (que se preze) não se faz num abrir e fechar de olhos, terá o momento da sua preparação e depois, poderá ter o momento da sua revisão, e aqui, antes de chegar à revisão concretamente dita, primeiro terá que ser lido o requerimento com o pedido mais a fundamentação - sendo certo que isso ainda não é a revisão mas sim um ato preparatório já surgido depois da emissão do ato final - e só depois teremos a revisão.

O mesmo se passa numa banda musical onde temos primeiro a preparação para a composição de uma música recorrendo aos instrumentos da criatividade, pensamento e depois da consulta, leitura, pesquisa, letra e notas musicais, que irá resultar no ato

¹⁹ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Considerações em Torno do conceito de Ato Administrativo Impugnável”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra Editora, 2006, p. 290.

²⁰ Cfr. BERNARDO GIORGIO MATTARELLA, *Tratato di Diritto Amministrativo*, vol. I, Milano, 2000, p. 661.

²¹ Cfr. BRUNO CAVALLO, *Provvedimenti e Atti Amministrativi*, Pádua, 1993, pp. 71 e 72.

principal que vai gerar a execução (são todos atos preparatórios e instrumentais). Na fase seguinte, já depois da música composta, temos os outros instrumentos e atos preparatórios que terão de ser postos em prática antes de uma entrada em palco principal, como o ensaio no palco onde se vai testar, através dos técnicos, a qualidade das colunas de som, da luz, da estabilidade do palco (e todos os outros demais atos necessários). Resumindo, numa primeira fase a preparação para a composição da música, com a totalidade dos instrumentos referidos, e numa segunda fase, a preparação em palco através dos instrumentos indicados (analogicamente à revisão).

No campo administrativo, existem alguns casos onde há um nexó patente e imediato entre os atos instrumentais e os atos administrativos quando, por exemplo, produzem um efeito que vale por si mesmo (por exemplo um parecer vinculativo e obrigatório), porém noutros casos são apenas mediatos ou potenciais por lhes faltar a pretensão de encontrar a satisfação imediata dum interesse público concreto, atendendo a que ainda poderão ser alterados.

1.2.1. Classificação

Na fase preparatória existem atos que gozam de autonomia funcional e surgem previamente ao ato constitutivo, mas precisamente por serem autonomamente funcionais é que ROGÉRIO SOARES defende que esses atos, por produzirem autonomamente transformações em situações jurídicas, estão fora do procedimento, e adianta que não interessa uma efetiva lesão de interesses, pois “*basta que sejam daquela natureza que pode produzi-la*”²². Contrapõe a esses atos os que estando englobados no procedimento preparatório só produzem os seus efeitos mediante um ato principal e que por esse motivo não abrem a possibilidade de “*impugnação contenciosa ex re*”²³.

Quanto a nós, visto que os pareceres vinculativos e obrigatórios produzem efeitos por si só, sem dependência de outro ato principal, entendemos que sejam contenciosamente recorríveis, tal como defende ROGÉRIO SOARES²⁴ para os atos que

²² ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 156.

²³ ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 156.

²⁴ ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 157.

tenham essa natureza de produzir autonomamente transformações em situações jurídicas.

Relativamente aos atos instrumentais, encontram-se menos tipicizados do que os atos administrativos e ROGÉRIO SOARES distingue-os da seguinte forma²⁵:

- a) Atos instrumentais com conteúdo deliberativo;
- b) Atos instrumentais com conteúdo declarativo, e
- c) Comunicações.

Relativamente ao primeiro grupo, CIANNINI classifica-os como “atos príncipe”, e é no grupo dos atos instrumentais com conteúdo deliberativo que se inserem as *deliberações preliminares*²⁶, conhecidos pela lei como pareceres apesar destes não terem conteúdo deliberativo por constituem avaliações fornecidas por um órgão consultivo. Estas deliberações por terminarem numa decisão interna e servirem de pressuposto a um ato não são reconhecidas de poder constitutivo sendo, por isso, tratadas como atos instrumentais, muito embora o ordenamento jurídico atribua poderes em face do conteúdo dos atos a que servem de pressuposto. Temos o exemplo de uma ordem de um ministro a um diretor-geral ou a um chefe de serviços sobre a solução de um problema. Pertence também ao primeiro grupo os *acordos preliminares*, na qual várias entidades se reúnem e decidem o que fazer relativamente a um caso em concreto e por precederem um ato não têm eficácia externa (são frequentes em colaboração interministerial). Discordamos destas duas últimas opiniões por entendermos que são decisões com eficácia externa.

Ainda neste primeiro grupo de atos temos as *requisições* ou *pedidos* que são atos dirigidos por uma autoridade a outra solicitando a prática de um ato em que a segunda não pode praticar por sua iniciativa²⁷ podendo ou não ser de conteúdo vinculante, se lhe impõe ou não o conteúdo do ato.

Uma outra classe do mesmo grupo é preenchida pela *designação* e pelas *propostas*, que não vamos aqui tratar por se afastar do nosso tema.

²⁵ ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, pp.130 e ss.

²⁶ MASSIMO SEVERO GIANNINI, “*Acertamenti Amministrative e Decisione Amministrative*”, in *Foro Italiano*, IV, 1962, p. 182;

²⁷ ALDO M. SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milano, 1964, p. 141.

Passando agora para a análise dos atos *instrumentais com conteúdo declarativo*, estão englobados nesta categoria as *verificações* e as *avaliações*, e nesta última, os *pareceres* e os *relatórios*.

As *verificações* são manifestações de ciência relativamente a factos em que umas apresentam uma instrumentalidade direta por se dirigirem a um resultado concreto, como os vistos e os exames médicos, e outras têm uma instrumentalidade indireta que por manifestarem uma afirmação sobre alguma coisa poderão ser utilizadas para efeitos vários, como as atestações. Em grande medida estes atos repousam sobre juízos de carácter técnico ou valorativo, pelo que não constitui senão parcialmente uma verificação e ficam já a parades meias com as *avaliações*. Muitas das *verificações* gozam de força probatória privilegiada que se traduz na fé que se lhes vê, como as certidões e documentações, sendo que outras nem tanto por força da presunção que podem ser ilididas por outros meios probatórios, como por exemplo o auto policial.

Finalmente tratamos da figura das *avaliações* onde se incluem os *pareceres* que são um dos pontos principais do estudo do nosso tema.

As *avaliações* são atos declarativos que exprimem e têm a função de avaliar certas situações mediante uma análise aprofundada e cuidada recorrendo a critérios técnicos, administrativos ou mesmo regras elásticas, com um alcance de interpretação de conveniência e oportunidade ou esclarecedor de dúvidas de carácter hermenêutico.

São destinadas a instruir um ato de antemão definido, sendo a categoria mais importante a dos *pareceres*, uma apreciação de carácter jurídico, ou relativo à conveniência administrativa ou técnica, emitida por um órgão consultivo e a propósito de um ato em preparação ou de realização eventual.

Por fim, inseridas num terceiro grupo de atos, as *comunicações*, que se destinam a transmitir a uma pessoa ou a uma generalidade de pessoas o conhecimento de uma situação de facto ou de direito. Temos o exemplo das intimações e das publicações (entre outros como a afixação de editais, inscrições de avisos ou anúncios em jornais comuns ou próprios, emissão de notícias na rádio ou na televisão). Cabe também a notificação pela qual um ato recetício é levado ao conhecimento do destinatário e nele um funcionário atesta ter feito uma certa pessoa ciente desse ato. Tem-se discutido qual a natureza jurídica das notificações. Não há qualquer separação entre a notificação e o

ato notificado porque este é automaticamente levado ao conhecimento do destinatário no momento da declaração. Agora, questão que se coloca é quando a notificação e o ato mantêm a sua autonomia, qual o papel que a notificação desempenha em face da pronúncia constitutiva. Há quem considere que tanto o ato como a sua participação têm efeito constitutivo – o que explicaria que a participação não determinasse eficácia a contar desde o ato (*ex tunc*), como seria de esperar se fosse simplesmente elemento integrativo²⁸.

Para ROGÉRIO SOARES os pareceres têm conteúdo valorativo – visam alcançar um particular interesse e podem ser produzidos por autoridades administrativas sobre interesses cuja tutela lhe é confiada que estejam incluídos na situação do interesse público tocada pelo procedimento, ou então por órgãos do mesmo serviço exercitando a função consultiva, neste caso assumem geralmente na prática a designação de *informações* (nossa opinião infra).

1.2.2. Pareceres.

Os pareceres estão regulados na seção III do capítulo IV do CPA, precisamente nos artigos 98.º e 99.º e por serem emitidos no âmbito da preparação de um ato administrativo são normalmente chamados de atos preparatórios. São caracterizados por se traduzirem num estudo fundamentado sobre questões científicas, técnicas ou jurídicas elaborados por serviços funcionalmente vocacionados para determinada questão e que apresentam uma proposta de resolução de sobre uma pretensão formulada que lhe foi formulada, seja por imposição legal ou por conveniência administrativa e podem ser emitidos por especialistas, associações, grupo de empresas, conselhos ou comissões permanentes que funcionam junto de qualquer órgão de soberania ou da Administração, entre variadas estruturas consultivas do Governo ou da Administração. Por vezes são necessários, outras vezes facultativos, e nalguns casos obrigatórios enquanto noutros não.

²⁸ ALDO M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 15ª edizione, 1989, p. 376; *II Procedimento Amministrativo*, Milano, 1964, p. 250; LUIGI RAGGI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, 1930, p. 125; FRANCESCO D'ALESSIO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, II, Torino, Torinese, 1932-1934, p. 169.

O motivo que leva a que se recorra aos pareceres deve-se ao facto da Administração ter que decidir sobre questões que revelam um pendor técnico-científico e precisa, por isso, de um aconselhamento nesse sentido. Assim, além de ver a sua tarefa facilitada quando chegar ao momento de fundamentar a decisão, uma vez que os pareceres têm que ser sempre fundamentados (sob pena de ilegalidade) e concluir de modo expresso e claro sobre todas as questões indicadas na consulta, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 99.º do CPA, adota também uma decisão final mais ponderada e racional. Há quem acrescente ainda que o parecer funciona como um elemento de adesão dos destinatários ao ato praticado mesmo que este lhes seja desfavorável²⁹.

Relativamente ao órgão emitente do parecer, pode ser uma autoridade administrativa sobre interesses cuja tutela lhe é confiada ou então os próprios órgãos do serviço competente para decidir. Pode ser elaborado por um consultor singular interno ou externo ao órgão decisor, um colégio consultivo ou um perito na matéria. Parece-nos não existir nenhuma inter ou intra relação hierárquica entre a entidade que emite o parecer e o órgão Administrativo final visto aquele, pela natureza da sua função enquanto órgão consultivo, máximo na matéria (comparativamente ao órgão Administrativo) deve exercer a sua função com base nos seus específicos conhecimentos de forma imparcial, sem se ver impedido de sugerir/opinar e até de decidir (nalguns casos) consoante o que, aparentemente ou não, acharia ser a forma pela qual a Administração gostaria que fosse proferida opinião, ou até mesmo, obedecendo à Administração nesse sentido.

A Administração, por sua vez, visa tão só obter uma opinião sobre um dado assunto – que pela sua complexidade ou especificidade merece esse tratamento – pelo que está desligada de quaisquer vínculos de supremacia que possa prender o órgão consultivo ou submetê-lo a si. Assim, não deverá coagir o órgão consultivo a opinar num determinado sentido assim como o órgão consultivo não está subordinado ao órgão Administrativo.

A única relação que a nosso ver deve haver entre a entidade decisora e a entidade consultiva é a de colaboração e cooperação visto estar em questão um assunto

²⁹ DULCE LOPES, *Atividade, Procedimento e Processo Administrativos (textos de apoio)*, Coimbra, 2006, pp. 87 e ss.

de interesse público que exige desses órgãos uma maior imparcialidade possível, inclusive as garantias (de imparcialidade) previstas nos artigos 44.º a 51.º do CPA, que deverão ser aplicadas a toda e qualquer situação onde possa estar em causa a imparcialidade de qualquer órgão ou agente que faça parte de uma relação administrativa, independentemente do tipo de atividade que esteja a desenvolver³⁰.

Relativamente ao prazo que o órgão consultivo tem para emitir o parecer, o CPA curou *ab initio* o problema do prazo para a emissão dos pareceres, na falta de disposição especial, estabelecendo supletivamente o prazo de 30 dias para a sua emissão, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 99.º do CPA, e caso não o seja, veremos infra (§3, ponto 1.1) qual a cominação que a aplicar a estes casos.

1.2.3. Facultativos ou obrigatórios.

Seja qual for o objeto da consulta e de acordo com o artigo 98.º n.º1 do CPA, os pareceres são obrigatórios ou facultativos, consoante sejam ou não exigidos por lei para o auxílio ou resolução de uma causa. *Facultativo* se o órgão de administração ativa não for obrigado a requerê-lo. Caso tenha sido emitido um parecer, o agente não terá obrigatoriamente de tomá-lo em consideração pois, se a lei entendeu que nos requisitos indispensáveis à satisfação do interesse público não estava incluído o parecer, significa que o seu conteúdo não alteraria de forma crucial o elenco das circunstâncias a ser ponderadas na determinação do conteúdo do ato. Repare-se, todavia, que aquando de uma consideração a um parecer facultativo viciado, poderá vir a ter influência sobre o resultado do ato sendo conseqüentemente uma das causas de invalidade do ato. A lei, por vezes, impõe uma formalidade obrigatória a cumprir na fase de preparação num ato, como os *pareceres obrigatórios* cuja falta ou invalidade vai acarretar uma invalidade do ato que eles servem. A maior parte dos pareceres obrigatórios não são vinculativos, isto é, fornecem apenas uma sugestão que a Administração ativa aceita ou não, muito embora tenha de a considerar, salvo disposição em contrário, conforme o disposto no n.º2 do artigo 98º do CPA em que o órgão com competência para a decisão apenas está obrigado a solicitar o parecer, que pode ou não seguir, devendo neste último caso

³⁰ No sentido de que até os pareceres provenientes por uma entidade da Administração Central estão no âmbito de exercício de competência própria, vide Ac. Do STA, processo 034478 de 23/2/95.

fundamentar a decisão em contrário, sob pena de invalidade por força do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA.

No caso dos pareceres obrigatórios não vinculativos, a não serem emitidos no prazo devido gera uma irregularidade que não prejudica o procedimento visto poder prosseguir e vir a ser decidido aquele, salvo disposição em contrário da lei conforme o disposto no n.º 3 do artigo 99.º do CPA. Nestes casos passam a ser tratados como pareceres facultativos sem que o ato final fique com vício de forma. Tal razão prende-se com o facto de a lei evitar que o órgão consultivo possa, mediante a omissão do parecer, exercer um veto sobre a decisão e também com a necessidade de proteção dos administrados e da prossecução do interesse público sem delongas, e nunca na subestimação da valia de tais pareceres, não obstante a sua obrigatoriedade ser uma formalidade essencial para a realização do ato. A lei aqui não atribui nenhuma ilegalidade à falta de parecer e, segundo DAVID DUARTE é um caso em que a norma excepciona a consequência normal de ilegalidade, ou seja, trata-se de uma norma desculpante por força do aproveitamento do ato.

Concordamos com a explicação de DAVID DUARTE mas não com o normativo. Com aquela norma a lei permite a passagem, a meio do processo, de uma formalidade, inicialmente, essencial para uma formalidade não essencial, deixando a respetiva omissão de ser causa de invalidade do ato final, passando a se tratar de uma irregularidade por força de uma norma desculpante. Apontamos uma consequência: vê-se frustrado um requisito que era pressuposto da validade do ato e prejudica-se os princípios atinentes à boa gestão do procedimento e às finalidades do mesmo. Ou é uma formalidade essencial ou não é. O princípio da legalidade enquanto concretizador do Estado de Direito que exprime a subordinação jurídica da administração pública à lei nas suas diversas dimensões, visa precisamente garantir ao cidadão que a atuação da administração tem sempre em vista os interesses dos cidadãos³¹, primando por uma justa composição do procedimento, atuando sobre o princípio da “reserva de lei” que implica que a Administração não limite nem restrinja direitos e garantias constitucionais dos cidadãos, nem tão pouco opte por um comportamento só por não ser proibido. É preciso olhar ao quadro legislativo no seu todo e concomitantemente dirigir a ação em função daquilo que a lei consente nos mais diversos artigos, entre eles o artigo 266.º

³¹ ROGÉRIO SOARES, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, in *BFDUC*, vol. 57.º, 1981, pp. 169 ss.

n.º1 e 2 e os artigos 4.º e 6.º-A do CPA (princípio do interesse público, da justiça, da imparcialidade e da boa fé).

A ser assim, e no nosso entender, a melhor solução seria: em primeiro lugar, através de uma densificação normativa especificar (através de um elenco taxativo ou não, mas no mínimo, uma explicitação com uma panóplia de exemplificações) quais os casos aceitáveis e justificáveis para se permitir a passagem e a convalidação de uma formalidade essencial em formalidade não essencial, nomeadamente, quais e em que situações. Em segundo lugar, especificar quando é que uma entidade consultiva podia ultrapassar o prazo de 30 dias para a emissão do parecer obrigatório, que aliás é precisamente pelo seu carácter obrigatório que deveria haver uma explicação plausível e excecional dos casos de não cumprimento do respetivo prazo para que a Administração pudesse contrariar uma obrigação legal, um dever ser ou até uma imposição de conteúdo diretivo de uma coisa que deve ser feita. Em terceiro lugar, evitava-se em grande força a falta de pareceres “ilegalmente” omitidos (eventualmente por razões (in)justificáveis, mas que vêm proteção na norma desculpante – facilmente abrindo portas a uma menor “pressão”. Se assim não fosse, deixaria de ser uma obrigação para passar a ser uma permissão (daqui retira-se uma larga distancia entre o carácter revestido de obrigatoriedade e a não obrigatoriedade).

Seria desta forma que se prosseguia de forma mais correta os interesses públicos em vez de estar a Administração a fazer o que a lei não proíbe sem verificar o porquê de ter decorrido o prazo para emissão do parecer.

Como todo o ato precisa de fundamento legal, também aquele normativo precisava de fundamento ou densificação legal para garantia dos particulares³² cumprindo melhor os fins previstos pelo legislador de proteger os administrados a prosseguir o interesse público por não deixarem um requisito que a lei afeta à validade do ato sem suporte verdadeiramente substantivo e até fáctico legal, tendo em vista apenas o cumprimento de uma forma processual, abrindo portas à possibilidade de se vir a verificar a preterição de um parecer obrigatório sem que se tenha de explicar o motivo da não emissão por a lei não lhe prever nenhuma cominação legal.

³² Cf. JOSÉ MAUEL DA S. SANTOS BOTELHO/AMÉRICO JOAQUIM PRES ESTEVES/JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código de Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado*, 5ª edição, 2002, p. 48.

Contudo, a disposição mantém-se no recente Projeto de Revisão do CPA nomeadamente no artigo 89.º, n.º 3: “*Quando um parecer obrigatório não for emitido dentro dos prazos previstos no número anterior, pode o procedimento prosseguir e vir a ser decidido sem o parecer, salvo disposição legal expressa em contrário*”.

Em nosso entender, a consequência da falta de um parecer obrigatório, mesmo que fosse apenas obrigatório e não vinculativo, deveria ter como consequência a invalidade do ato praticado.

Questão diversa da anterior, em que o parecer foi solicitado pela entidade decisória só que não foi emitido no prazo estipulado pela lei (de 30 dias), é esta: se a entidade Administrativa não tiver, no decorrer do procedimento, solicitado o parecer obrigatório, parece-nos que a consequência será a invalidade do ato final por vício de procedimento o que faz todo o sentido porque essa falta estaria a enfermar o ato com um vício de forma invalidante.

1.2.4. Vinculativos, não vinculativos ou conformes.

Um pequeno número, porém, são pareceres vinculativos e indicam um conteúdo que o agente não pode afastar: a única hipótese de decisão em sentido diferente é a que se traduz na recusa de praticar o ato - o que nem sempre será possível, salvo se o ato for ilegal.

Os pareceres vinculativos dependem da lei ou o regulamento obrigarem a que respetivas conclusões tenham ou não de ser respeitadas pelo órgão decisor. Se a lei nada disser sobre o caráter da vinculação, consideram-se não vinculativos, sendo a exceção a sua vinculatividade. Tratando-se de um procedimento que exija um parecer vinculativo o que diz a lei é que a instância decisória está obrigada a acatá-lo, homologando-o ou transpondo-o para a sua decisão (em caso de vinculatividade absoluta), limitando-se apenas a ver se há vício de forma na emissão do parecer, e só nesse caso poderá contrariar a decisão da entidade consultiva nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA.

Se a pronúncia da entidade consultiva for sobre *todos* os aspetos implicados na pretensão estamos perante um parecer vinculante *total*, pelo contrário, se for apenas

sobre *alguns* dos aspetos implicados na pretensão que originou o procedimento, teremos um parecer *parcialmente* vinculante.

No primeiro caso a lei permite haver uma total transferência de poder decisório para a entidade que emite o parecer, atribuindo ao juízo daquele órgão o valor de uma *indicação do conteúdo* que deverá ser projetado na decisão final do procedimento, e é aqui que se fala de uma modalidade dos pareceres vinculantes que é a dos pareceres conformativos. Têm um *efeito vinculativo conformativo* uma vez que ao órgão principal não lhe restará nada mais do que acatar a decisão já previamente tomada uma vez que estamos perante uma verdadeira decisão e não uma pré-decisão. Assim será quer para os pareceres conformes desfavoráveis (cujo conteúdo negativo vincula o órgão decidende a indeferir a pretensão do particular³³) como para os favoráveis, (cujo conteúdo positivo obriga o órgão decidende a deferir a pretensão do particular). Nestes casos, uma decisão num dado sentido (positivo ou negativo) só pode ser tomada se tiver apoio no parecer, pelo que o apoio do parecer no sentido previsto não tolhe a liberdade de decidir em sentido contrário. Assim, os pareceres conformes são vinculantes neste sentido: o de que impedem uma decisão positiva se o parecer é negativo (caso de necessidade de parecer favorável) ou impedem uma decisão negativa se o parecer é positivo (necessidade de parecer conforme desfavorável).

Os *pareceres parcialmente vinculativos* são a pronúncia sobre alguns (e não todos) aspetos implicados na pretensão e constituem uma decisão final “*só que limitada a uma parte de todo o projeto*”³⁴. Aqui podemos falar em duas decisões por força de uma *segmentação do poder decisório* derivado de um concurso de dois centros de referência de interesses, pelo somatório das duas opiniões vinculantes emitidas por duas entidades distintas (ou até dois órgãos) que contribuem para a conclusão do procedimento, sendo o resultado obtido em *coautoria*. Aí teríamos uma decisão administrativa tomada no decurso do procedimento, e uma decisão administrativa a final. Tal sucede, por exemplo, no domínio do urbanismo, com o ato administrativo que permite ao empreiteiro, que requereu uma autorização de construção de um edifício de vários andares (que se encontra ainda em fase de apreciação designadamente no que se refere à edificação dos andares superiores), assim pode “*começar a construção [dos*

³³ Cf. JOÃO PACHECO DE AMORIM, “A Instrução do procedimento: pareceres vinculativos e audiência dos interessados no Código de Procedimento”, in *CJA*, n.º82, Julho-Agosto, 2010, pp. 23-31.

³⁴ HARMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9ª ed., München, 1994, p. 207.

pisos inferiores], enquanto espera que as questões duvidosas do resto do projeto de construção sejam ainda apreciadas e esclarecidas^{35,36}.

Perfilhamos do entendimento de PEDRO GONÇALVES quando refere que o parecer sendo favorável “*essa pronúncia terá o valor de uma decisão parcial com uma natureza permissiva (não vinculante)*”, e se for desfavorável “*implica um efeito simultaneamente conformativo (a decisão tem que ser homologada) e preclusivo (inviabilizando, por inutilidade, o exercício das competências dispositivas próprias do órgão principal)*”³⁷.

Para uma dada corrente da doutrina estes seriam autorizações³⁸ ou atos híbridos³⁹ enquanto outra corrente da doutrina tende a considerá-los no mesmo género dos pareceres facultativos⁴⁰.

No caso dos pareceres totalmente vinculativos, parece-nos que estamos perante os atos que determinam peremptoriamente a decisão final do procedimento, independentemente da qualificação normativa que lhe é atribuída, por isso deslocamos os pareceres vinculantes e obrigatórios para a sede dos atos administrativos o que permitirá ao particular reagir contenciosamente sempre que se veja lesado (ou potencialmente lesado) com aquela decisão, sem ter que esperar pelo ato final emitido pela Administração, que não será mais do que uma repetição e até uma “falsa” decisão sobre a pretensão subjacente.

Porém, em sentido agravante veio a recente revisão do CPA no seu artigo 89.º, n.º 4, além de permitir a desculpabilidade à falta dos pareceres obrigatórios, também veio permitir para os pareceres vinculativos ao referir que: “*No caso de o parecer obrigatório ser vinculativo, o procedimento só pode ser decidido sem o parecer desde que o órgão instrutor tenha interpelado o órgão competente para o emitir*”, e acrescenta no seu n.º 5 que: “*A interpelação a que se refere o número anterior deve ser*

³⁵ Cfr. HARMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9ª ed., München, 1994, p.207.

³⁶ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 698.

³⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “**Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes**”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, p. 8.

³⁸ Cfr. CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, 5.ª ed., vol. I, 1962, p. 271.

³⁹ Cfr. FORTI, “*I Controlli dell’Amministrazione Comunale*”, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1907 – 1908, p. 866.

⁴⁰ARNALDO DE VALLES, *La validità degli Atti Amministrativi*, Reimp., Padova, 1986, p. 202; ZANIBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. III, 7.ª ed., Milano, 1954, p. 224; SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milano, 1964, pp. 852 e 865, só considera pareceres os facultativos; os chamados pareceres vinculantes seriam atos da mesma natureza das deliberações ou decisões preliminares.

feita no prazo de 10 dias, devendo o órgão competente, nesse caso, emitir o parecer também no prazo de 10 dias”.

Em nosso entender a consequência da falta de um parecer obrigatório, mesmo que fosse apenas obrigatório e não vinculativo, já deveria ter como consequência a invalidade do ato final praticado, mas admitir que o procedimento possa prosseguir sem um parecer vinculativo, bastando para isso que a Administração o solicite, é quebrar todas as armas de garantia de um particular. Primeiro ao retirar toda a importância à subseção III do Capítulo IV do CPA ao desculpabilizar quer a falta dos pareceres obrigatórios quer a falta dos pareceres vinculativos. Depois porque impede que as entidades especializadas, com competências técnicas, próprias e com ciência para decidir determinadas questões, com isenção e imparcialidade, qualificadas pela Lei como tal, venham a ser apartadas da sua função no âmbito daqueles procedimentos (procedimento que se quer justo, proporcionais, imparcial, de boa-fé e sob o princípio da igualdade) que exigem conhecimentos técnicos, deixando uma lacuna na sua falta, ficando a pretensão do particular injustamente decidida. Além de que, tal normativo inviabiliza as garantias jurisdicionais de que beneficia o particular em querer recorrer antecipadamente de um parecer lesivo (entendido como ato administrativo - no seu sentido amplo) ao deixar de poder impugnar o parecer vinculativo por estar obrigado a esperar pela única e última decisão (final) que não só é emitida mais tarde como também virá a deixar de ser avaliada como deveria de ser (beneficiando de tudo o que é inerente à natureza de qualquer parecer), por isso poderá vir a prejudicar a pretensão do particular. Praticamente, aquele normativo esvazia a força e importância que têm os pareceres na qualidade que estes assumem para efeitos instrutórios e finais (no caso do parecer vinculativo enquanto ato administrativo), deslocando o poder decisório apenas e só para a Administração, sem atender ao conteúdo que virá a suportar uma decisão. A não ser que o órgão decisor passe a ter o mesmo conhecimento que aqueles que trabalham em entidades própria para emitir pareceres em cada questão, ou então, apontamos a mesma solução que se disse para a falta dos pareceres obrigatórios (vide supra 1.2.3).

§2.º Da relação entre a entidade consultiva (que emite os pareceres obrigatórios e vinculativos) e a Administração.

Como a nossa opinião é a de que um parecer vinculativo obrigatório não é apenas um ato instrumental como maioritariamente classificado pela doutrina, mas sim um ato administrativo que por si só traduz e emana os efeitos jurídicos que um ato administrativo final emanaria, e como tal, não é apenas um ato que produz efeitos jurídicos através do ato principal – nem direta ou indireta, nem de forma mediata ou imediata - visto que o ato principal está limitado ao carácter decisório do parecer precisamente pela sua natureza vinculativa e obrigatória, que conseqüentemente, abre a possibilidade de uma impugnação contenciosa, parece-nos não haver qualquer relação de hierarquia entre o órgão Administrativo e o órgão que emite o parecer vinculativo obrigatório. Isto porque os pareceres são perfeitos e autónomos ao serem emitidos pela entidade a que a lei atribui competência, estando numa relação de colaboração com a Administração. Por isso não há nenhuma lógica de hierarquia como se passa, por exemplo, num sistema hierárquico dividido em trabalho por força de uma delegação de poderes onde deve haver o respeito pelo órgão superior por ser o órgão que afirma de uma forma «mais autêntica a “vontade”»⁴¹ estando o inferior sujeito a uma reação por parte do superior. No caso do parecer vinculativo exclui-se o poder de decisão do órgão superior - a Administração – visto que é esta quem está obrigada a seguir o disposto no parecer. Assim entende-se que, dado o seu carácter para-decisório, o parecer produz efeitos imediatos, atuais e absolutos, inscrevendo assim a sua modificação no ordenamento jurídico visto que não poderá haver oposição por parte do órgão decisor (salvo em sede de fiscalização). O parecer preenche, a nosso ver, um tipo legal perfeito que se consubstancia num ato, praticado no exercício de competência exclusiva⁴².

No caso de o particular querer reagir, se houvesse uma relação de hierarquia seria aceitável que ouvíssemos primeiro a pronúncia pelo topo da hierarquia, mas no caso de um parecer vinculativo, emitido por uma outra entidade (ou órgão externo ou interno) não terá o particular razão de reagir jurisdicionalmente contra a Administração (não obstante o disposto no 10.º, n.º4 do CPTA ao considerar que quando a parte demandada for o órgão que praticou o ato impugnado, considera-se que a ação foi

⁴¹ Neste sentido ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 63.

⁴² Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, pp. 65 e ss.

proposta contra a pessoa coletiva de direito público), primeiro porque ela tem meramente o poder procedimental de fiscalizar e segundo porque é um órgão que não tendo elaborado nem estado na envoltura da elaboração do parecer, estará destituído do conhecimento relativo aos critérios que levaram à conclusão do respetivo parecer, destituído de qualquer fundamento legal e fáctico que lhe desse base para se defender no processo.

§3.º Pareceres no Direito Comparado

Muitas questões já foram colocadas a propósito da função e natureza dos pareceres vinculantes tendo sido dadas várias respostas, pelo que vamos aqui tentar reconduzir cada uma delas a uma das seguintes orientações doutrinárias:

- a) Os pareceres são *atos instrumentais* como quaisquer outros *atos de avaliação* que, no decorrer do procedimento, desempenham uma *função preparatória* sendo permitido apenas aos atos finais a respetiva impugnação⁴³.
- b) Os pareceres vinculativos são *atos híbridos* na medida em que *determinam* ou *fixam* o conteúdo da decisão que instruem desempenhando uma função *pré-decisória*, pelo que não se inserem numa fase preparatória mas sim numa fase chamada *preliminar* – se bem que (pré-decisória) – de *um procedimento*, e porque os seus efeitos se projetam integralmente na decisão final daquele, não têm carácter constitutivo, e por esse motivo não são considerados atos administrativos recorríveis⁴⁴.
- c) Os pareceres ao exigirem que o ato administrativo final tenha o mesmo conteúdo que o do parecer, ao determinar a sua conformidade, o legislador concebe a ideia de que a decisão final administrativa é a soma ou a *composição* de duas declarações da mesma natureza e sentido, embora emanadas por órgãos

⁴³ Posição corrente na doutrina alemã: H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9ª ed., München, 1994, p. 159; (a propósito da “Mitwirkungshandlung”, participação no procedimento de órgãos administrativos) HANS –UWE ERICHSEN e WOLFGANG MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9ª ed., Berlin/New York, 1995, p. 264; na doutrina italiana: SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo*, 3.ª ed. riveduta, 1937, p. 257; ALDO SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milano, 1964, p. 163, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 15ª edizione, 1989, p. 640.

⁴⁴ Cfr. ROCCO GALLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 1991, p. 304.

diferentes – pelo que seria um *ato complexo* ou praticado em *co-autoria*, “uma autoridade decide, outra formaliza a decisão”⁴⁵.

- d) A lei ao atribuir à autoridade que emite o parecer um poder vinculante obrigando a entidade administrativa final a seguir o seu conteúdo, quis dotá-la de um *controllo prévio* sobre o respetivo ato, mais precisamente, sobre o exercício das competências do órgão decisor, fazendo assim com que o parecer seja entendido como uma *autorização* para dotar o ato que vai praticar certo conteúdo⁴⁶.
- e) Os pareceres vinculativos são «(...) qualquer coisa mais do que pareceres, eles implicam uma colaboração efetiva na decisão; esta não pode ser tomada sem o concurso de duas autoridades, a que faz o ato e a que dá o seu assentimento sob a forma de parecer», pelo que «se (...) o autor da decisão não solicitou ou não seguiu o parecer, o ato padece de incompetência (para além do vício de forma), uma vez que aquele fez sozinho o que não podia ter feito senão associando-se a uma outra autoridade»⁴⁷.
- f) O parecer vinculativo «(“l’avis conforme”) é, na realidade, uma “autorização”» em que a «autoridade decisória deve obtê-lo e não pode decidir senão no sentido do parecer, salvo, naturalmente, se desistir de tomar a decisão em causa»⁴⁸.
- g) O «parecer vinculante é, na sua essência uma declaração de vontade e não um parecer ou juízo» e que, «por isso, ao somar-se o parecer vinculante de um órgão à vontade de outro órgão, que aparenta ser o decisor, nasce um ato complexo»⁴⁹.
- h) Embora dubitativamente, admite que «parece que este órgão (órgão consultado) deve ser mesmo considerado como autor do ato»⁵⁰.

A orientação doutrinal referida em a) integra o parecer vinculante na categoria dos atos instrumentais ou auxiliares do ato administrativo, não lhe reconhecendo qualquer *autonomia funcional* e, portanto, qualquer aptidão lesiva direta e imediata; os efeitos

⁴⁵ Cfr. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1981, p. 283; bem como pela generalidade da doutrina espanhola; cfr. BOQUERA OLIVER, “**La Voluntad**”, in *Estudios sobre el acto administrativo*, 6.^a ed., Madrid, 1990, p. 213.

⁴⁶ Posição defendida pela doutrina não tao recente italiana: CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, I, Torino, 1933, p. 347; UGO FORTI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, 2.^a ed., 1937, p. 129; e DONATO DONATI, “**Atto Complesso, autorizzazione, approvazione**”, in *Archivio Giuridico*, XII, 1903, p. 42.

⁴⁷ EDOUARD LAFERRIÈRE, *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, vol. II, LGDJ, Paris, 1989, p. 505.

⁴⁸ GEORGES VELDE, PIERRE DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, vol. I, 1992, p. 282.

⁴⁹ BOQUERA OLIVER, “**La voluntad**”, in *Estudios sobre el Acto Administrativo*, 6.^a ed., Madrid, 1990, p. 187.

⁵⁰ GEORGES DUIPUIS/ MARIE-JOSÉ GUÉDON, *Droit Administratif*, 3.^a edição, Armand Collin, Paris, 1991.

jurídicos (meramente prodrómicos) esgotam-se no interior do procedimento e são apenas exteriorizados através do ato final considerado como o que contém a *definição completa e acaba do direito aplicável ao caso concreto*. Não há uma verdadeira conformidade absoluta do ato final com o parecer, já que, segundo os Autores que afirmam esta tese, o *órgão decisor pode sempre decidir não praticar o ato administrativo*, possibilidade que seria a demonstração acabada de que a exteriorização dos efeitos jurídicos do parecer está dependente da mediatização que cabe ao ato conclusivo do procedimento⁵¹. Esta tese defende, portanto, o carácter valorativo do órgão consultivo, enquanto emite apenas juízos ou apreciações que servirá para o órgão decisor ponderar⁵².

A tese referida em *b)* tem como ponto de partida a já anteriormente apontada, por reiterar a ausência de autonomia funcional do parecer, embora numa perspectiva diferente, ao defender que não há apenas a mera introdução de juízos valorativos pela entidade consultante mas há por esta uma predeterminação do conteúdo da decisão. O parecer será aqui uma *função da administração ativa* (pré-decisória), não constitutiva.

A orientação referida em *c)* aproxima-se a esta última visto que também pressupõe que o órgão emitente do parecer vinculante atua no exercício de uma função de administração ativa, só que ao contrário daquela, não numa perspectiva ativa mas sim numa participação no momento constitutivo do procedimento que se conclui por uma *codecisão*.

Relativamente à tese perfilhada em *a)*, concordamos com os Autores quando entendem que a vinculatividade não altera a natureza opinativa do parecer mas já não concordamos quando o inserem na fase consultiva. Isto porque, pode um parecer ter carácter decisório por força da sua vinculatividade e continuar a ser um “*juízo crítico estimativo, opinativo, apreciativo ou valorativo*”⁵³ relativo a uma situação mas já não nos parece ser razoável enquadrá-lo numa fase meramente consultiva.

⁵¹ PEDRO GONÇALVES, “Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, p. 4.

⁵² SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo*, 3.ª ed. riveduta, 1937, p. 257 e ALDO SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milano, 1964, p. 163, defendem que a função do parecer é aconselhar e a sua vinculatividade resulta apenas de uma opção legal que não altera a sua natureza.

⁵³ Neste sentido PEDRO GONÇALVES, in “Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, p. 7.

Quanto às orientações perfilhadas em *b)* e *c)*, concordamos com o facto de ambas transporem o parecer vinculante para um campo que não o consultivo mas sim para um campo decisório, pois assim vê-se como que uma transferência maior de energia (em termos decisórios) para o parecer, o que realça a força que o parecer acaba por ter no campo da eficácia externa e da prejudicialidade - que aliás não se encaixa nada bem com a fase da função consultiva⁵⁴. Sugerem, portanto, que alguns factores a ponderar no processo decisório já foram ponderados em termos finais, pelo que se impõem ao órgão decisor.

Também a tese perfilhada em *d)* ao atribuir uma função de controlo ou de garantia ao parecer, assimilando-os aos atos de natureza autorizatória, ao lhes atribuir uma natureza vinculante, a lei pretendeu sujeitar o exercício do poder decisório a um controlo prévio que visa garantir a sua regularidade ou legalidade. O autor desta tese entende que o parecer tem “*vita giuridica autonoma*” quando seja emitido por um órgão pertencente a um sujeito diferente daquele em que se integra o órgão consultante⁵⁵, o que nos leva a entender que já não será assim quando se trate de um parecer que provenha de um órgão da mesma pessoa coletiva porque aí já não produzirá efeitos no âmbito de relações (inter orgânicas) externas.

Relativamente à tese perfilhada em *e)*, revela uma posição de maior flexibilidade, reconhecendo o carácter prefigurativo da decisão final, apesar de que não dá o passo necessário de considerar a sua autónoma recorribilidade.

As orientações referidas em *f)* e *g)* guiam-nos a um caminho de co-autoria que através da intervenção de duas entidades teremos um ato complexo, pelo que também discordamos por entendermos que o parecer vinculativo é um ato autónomo, válido “*per si*”.

Subscrevemos a opinião perfilhada em *h)* por entendermos que o órgão consultivo, na qualidade de órgão que estuda, analisa e avalia os aspetos sobre a qual vai recair a decisão a pretensão da relação em causa, deve ser considerado o autor do ato.

⁵⁴ UGO FORTI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, 2ª ed., 1937, p. 129, ao afirmar que o parecer vinculante representa “*una deviazione della funzione consultiva*”, porque “*senza dubbio è qualcosa di più che dar consiglio il determinare con effetto obbligatorio quale possa o quale debba essere il provvedimento concreto*”.

⁵⁵ UGO FORTI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, 2ª ed., 1937, pág. 129.

Não deixamos de concordar com estas orientações porque todas vão no sentido da função de administração ativa, própria de um procedimento decisório.

§4.º Figuras afins

Semelhantes aos pareceres vinculativos, poder-se-á falar dos atos que influem sobre um “status”⁵⁶. Para ROGÉRIO SOARES os atos que influenciam um *status* têm por objetivo tocar num “conjunto ordenado de direitos e deveres em que se traduz o *status* de uma pessoa” que se pode ver concretizado numa admissão, extinção ou modificação.

Distingue dentro dos atos que influenciam um *status* os atos que criam um *status*, os que modificam um *status* e, por fim, os que extinguem um *status*.

Relativamente à última modalidade, efetivamente não se considera haver muita semelhança entre os seus efeitos e os efeitos do parecer vinculativo obrigatório visto que enquanto com os atos que extinguem um *status* uma situação jurídica já está criada, e vem através de um ato administrativo a ser extinta, com os pareceres não se verifica nenhuma extinção, em princípio, porquanto não há ainda nada criado.

Quanto à segunda modalidade, parece que se aproxima mais aos pareceres vinculativos visto que modifica a situação material jurídica de uma pessoa e com os pareceres pode suceder o mesmo quando, por exemplo, uma entidade emite a sua opinião vinculativa no sentido de permitir ao particular a construção de uma casa num certo local. Nessa situação modificou a qualidade jurídica material do direito assumida pelo particular na medida em que, por exemplo, antes da emissão do parecer o particular só seria titular do espaço (terreno rústico) onde poderia construir a casa, e a partir do momento em que vê deferida a sua pretensão pela entidade consultante, passa a ser titular além de um terreno rústico, de um terreno misto (ou só urbano) consoante a dimensão e tamanho da área de construção. Temos aqui uma modificação objetiva da situação jurídica material do sujeito por força da mudança jurídica do objeto (acresce o seu direito).

⁵⁶ ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, pp.102 e ss.

A primeira modalidade são os atos que, como a hipótese anterior, se assemelham aos pareceres vinculativos porque por força de uma decisão criam um status, por outras palavras, atribuem a criação de uma nova realidade na esfera jurídica do particular. Por exemplo, ao haver uma admissão de uma entidade consultiva ao pedido de construção de uma casa numa certa localidade, temos uma criação.

Há que considerar também os atos destacáveis enquanto figura afim. Por que não tratar os pareceres v. o. como atos destacáveis? Pese embora a nossa resposta seja afirmativa por considerar os pareceres “*per si*” lesivos para os particulares na exata medida em que são vinculativas para o interessado e para a Administração, ao longo da história os pareceres, por uma larga corrente jurisprudencial, não foram tratados como atos destacáveis precisamente por não terem sido considerados como um ato final que pusesse fim ao procedimento, ou que, de alguma maneira, condicionasse irremediavelmente a decisão final a proferir. Porém, essa corrente começou a não ser muito seguida, abrindo portas a que nalgumas decisões, como o seguinte caso, se entendesse que os pareceres, ou “autorizações” (aqui) do I.P.P.C. vinculantes desfavoráveis veriam “*per si*” a suscetibilidade de lesar os interesses e direitos da Administração e daí a sua imediata vinculatividade. No mesmo sentido, vide os Ac. do STA de 21/11/91, STA de 21/11/91, dec. 28/147 (este abordando um “parecer” do I.P.P.C); de 5/3/91 dec. 27/573, e de 19/3/92, recurso 028055 (tratava-se aqui de uma decisão governamental de um recurso hierárquico interposto por um particular sobre um parecer de uma Comissão de Coordenação Regional, nos termos do artigo 14.º do D. Lei 400/84, de 31/12/84). Aqui o problema só se punha nos casos em que um órgão consultivo da Administração Central emitisse um parecer em relação a um ato a praticar por outro órgão integrado em prova coletiva inserido também na Administração Central. Entendemos que nem nesses casos se deveria colocar esse problema porque como já aqui foi referido anteriormente, o ponto crucial está nos seus efeitos, a quem é que vai direcionado o efeito do parecer emitido.

VASCO PEREIRA DA SILVA, refere que as “*medidas internas*” ou “*medidas das relações administrativas especiais*” são também consideradas, tal como os pareceres vinculativos, atos administrativos (artigo 120.º do CPA) e como tal suscetíveis de impugnação se se verificar a lesão de direitos dos particulares (artigo 268.º n.º4 da CRP) - pese embora a maioria dos seus efeitos respeitarem apenas ao interior da Administração, não deixará de haver medidas “internas” que afetem

imediatamente os direitos dos particulares. Assim, não haveria que distinguir, do ponto de vista substantivo, a atuação jurídica interna da externa⁵⁷.

No mesmos sentido a opinião do autor relativamente às decisões provisórias considerando serem atos administrativos (artigo 120.º do CPA), podendo ser impugnadas (268.º n.º4 CRP) não sendo pelo facto de serem provisórias que deixam de afetar o particular – simplesmente não possuem carácter duradouro (daí serem provisórias – tem a ver apenas com a vigência temporal) mas destinam-se a perdurar até à prática de uma outra medida (também esta contenciosamente impugnável se lesiva)⁵⁸.

Os mesmos fundamentos legais também para os atos postos em execução a título experimental por definirem situações jurídicas e obrigarem os particulares⁵⁹.

Concordamos com esta opinião embora o facto de, com o devido respeito, parecer ser maior o trabalho e os gastos com o processo do que propriamente as vantagens que daí advirão, sabendo-se que posteriormente poderá vir a ser tomada uma decisão em sentido contrário.

Por fim, o autor invoca ainda os atos executórios com impugnáveis, e perfilha da opinião de MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO quando refere que: « (...) a execução coativa de tais atos se tem de autonomizar da declaração do direito neles contida, dado que correspondem a manifestações de princípios diferentes, sujeitos a diferentes valorações^{60, 61}».

⁵⁷ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 712.

⁵⁸ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 717.

⁵⁹ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 718.

⁶⁰ MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, “Breve Reflexão sobre a Execução Coativa dos Atos Administrativos”, in *Estudos*, II, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1983, p. 47.

⁶¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 724.

3.º Capítulo - Considerações sobre o parecer vinculativo – notas sobre o seu conteúdo, natureza e relevância no procedimento administrativo.

§1.º Função e Natureza dos Pareceres Obrigatórios e Vinculativos e seu conteúdo.

O parecer vinculante (mesmo o que vincula à prática de ato com efeitos jurídicos positivos) define logo a posição jurídica do interessado por comprometer, vincular e obrigar irreversivelmente o sentido da decisão final, assumindo assim um comportamento conclusivo do procedimento, com uma força jurídica mais intensa do que a de um mero ato instrumental ou preparatório. Embora também se possa entender que assume um efeito preclusivo ou conformativo sobre o ato final, não vemos razão para o considerar como um ato prejudicial visto que a decisão final será apenas e tão só uma imitação da verdadeira decisão. Assim, aproveitando todo o peso que o parecer assume sobre a decisão final, seria considerável que passasse aquele a ser o verdadeiro ato final, e não meramente *prejudicial*⁶² precisamente porque os seus efeitos não se esgotarem no plano das relações entre o órgão administrativo emissor do parecer e o órgão administrativo competente para praticar o ato final.

É precisamente por irradiarem um efeito vinculativo que os pareceres vinculantes colocam à dogmática (e à prática) administrativa questões tão importantes como as de saber se devem ainda ser incluídos na categoria dos *pareceres*, se se referem a uma *atividade consultiva* ou se são *atos administrativos*. Antes de mais, cumpre referir que somos inteiramente de acordo com a opinião perfilhada por VASCO PEREIRA DA SILVA quando entende que os pareceres, sendo vinculantes, são atos jurídicos dotados de autonomia estrutural e funcional, que provocam a produção de efeitos jurídicos externos imediatos, e tanto assim é que quando desfavoráveis devem

⁶² Como defende PEDRO GONÇALVES como sendo um ato prejudicial e que pode ser caracterizado como uma estatuição autoritária – por criar uma obrigação a um órgão administrativo relativo a um caso concreto, produzida, por um órgão administrativo, no uso de poder de direito administrativo, “**Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes**”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, pp. 10 e 11.

considerar-se atos administrativos imediatamente recorríveis, admitindo porém “*sem prejuízo da possibilidade de recurso da decisão final tomada com base neles*”⁶³.

Esta é de facto também a nossa opinião e a que nos parece mais correta no âmbito dos pareceres vinculantes por força da sua natureza que determina a sua imperatividade e também porque se coaduna perfeitamente com o critério da *lesividade*, visto que o parecer vinculante ao fixar irreversivelmente o sentido da decisão e, por sua vez, a posição do administrado, pode-lhe ser desfavorável e impugnado. Não vemos nenhum problema de articulação com o ato final porque este, enquanto destituído de novo conteúdo substantivo, seria inoperante e poderia ser dispensável - uma solução de iure condendo - intervindo a Administração apenas quando solicitasse uma revisão ao parecer por entender que padece de alguma ilegalidade. O autor explica as razões que suportam a sua opinião ao referir que se o parecer for lesivo para o particular poderá ser impugnado por ele, e pelo contrário, se não for lesivo, será favorável e como tal irrelevante o facto de fixar irreversivelmente o sentido da decisão (favorável).

Quanto a nós, relativamente a esta opinião, também concordamos e nos casos em que a vinculatividade implica a prática de um ato administrativo com efeitos positivos (v.g., aplicação de sanção disciplinar, ordem de encerramento de uma empresa) mas que tenha efeitos negativos para a posição jurídica do particular, será admissível a sua impugnabilidade. Assim, a conceção sobre a sua impugnabilidade tem subjacente na sua base o objeto ser lesivo ou não lesivo para o particular, enquanto definitiva e estabilizadora. Assim, a natureza jurídica dos pareceres vinculantes será igual à do ato administrativo.

Para PEDRO GONÇALVES não é pelo facto de estarmos a falar de um parecer que aquele ficará inserido numa fase consultiva. Entende que é precisamente pelo seu carácter vinculante que “*não são emitidos no exercício de uma função de administração consultiva*”⁶⁴ mas sim como um ato de *avaliação*, de um *juízo crítico* “*de um órgão que, por opção legal, tem um efeito determinante sobre o sentido da decisão*” que corresponde ao exercício de um “*poder dispositivo, de administração ativa, ou a um*

⁶³ A qualificação do parecer vinculante como ato administrativo, nos termos que é apresentada, “*valoriza autonomamente os fenómenos procedimentais*” – cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 705.

⁶⁴ PEDRO GONÇALVES, “*Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes*”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, p. 6.

poder de controlo da regularidade de um ato administrativo”⁶⁵ visto que o ato final não pode ser praticado sem que aquele órgão tome uma posição prévia que por sua vez a sua decisão terá de ser obedecida.

Distingue a esse propósito duas qualidades de pareceres vinculantes: os que através do seu poder vinculante exercem sobre a entidade que emite o parecer um *poder dispositivo próprio* e que por força dos interesses públicos que lhe estão confiados – através da tomada de uma posição crítica sobre o que lhe foi apresentado, seja sobre matéria administrativa, técnica ou política – não poderá deixar de ter em consideração, além dos interesses subjacentes à pretensão, os interesses por que também é responsável (dentro destes os pareceres totais ou parcialmente vinculantes), e aqueles pareceres que provêm de um órgão que efetua uma valoração de caráter crítico-jurídico, ao verificar os parâmetros de validade a que o ato administrativo em formação está sujeito, através de uma análise crítica externa da pretensão formulada. Aqui o parecer vincula na medida da sua não conformidade com o ato final devido à contradição com o ordenamento jurídico aplicável, e assim, se o órgão emitir um parecer num sentido desfavorável ao deferimento da pretensão, o órgão principal não poderá exercer a sua competência dispositiva, estando em questão um efeito preclusivo do parecer vinculante. O autor procede à referida distinção para apurar a diferença entre um parecer vinculante, a sua obrigação e as consequências face às do ato final. Assim, para aquele autor, enquanto que no primeiro caso temos uma pré-decisão da entidade que emite o parecer, um parecer que manifesta um poder dispositivo, no segundo caso temos um poder decisório que pertence apenas ao órgão final do procedimento, pelo que haverá apenas um parecer que manifesta um poder de controlo. Relativamente às consequências, no primeiro caso havendo um ato que seja desconforme, padecerá de ilegalidade por vício de conteúdo ou até de competência, e no segundo caso, através de um recurso contra o ato final poderá se demonstrar que o juízo crítico do parecer estava viciado e que o ato podia ter afinal o conteúdo proibido pelo parecer⁶⁶.

Quanto a nós, e relativamente à primeira opinião, consideramos haver uma pré-decisão mas apenas nos casos dos pareceres parcialmente vinculantes que dependem

⁶⁵ PEDRO GONÇALVES, “Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, p. 7.

⁶⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, p. 8.

ainda, em parte, da decisão final. Ao contrário, não aceitamos que assim seja quando estivermos perante um parecer totalmente vinculante. Quanto à segunda opinião, achamos não surtir efeitos no que diz respeito ao poder dispositivo próprio do parecer que obriga o ato a seguir o seu sentido, sob pena de vício de conteúdo ou até de competência, visto que tal não chegará a acontecer atendendo à natureza de ato administrativo que o parecer assume e por isso, assim que concluído, deverá ser de imediato enviada (a decisão) para o particular para efeitos de contagens de prazos, caso aquele queira impugnar - e não para a Administração (realçamos que esta é uma solução de *iure condendo* visto que terá de haver sempre um ato emitido pela Administração por força do artigo 120.º do CPA).

Para a Escola de Coimbra [VIEIRA DE ANDRADE⁶⁷, PEDRO GRONÇALVES⁶⁸] apenas alguns pareceres podem ser considerados verdadeiros atos administrativos (reconduzíveis aos conceitos substantivo e processual de ato administrativo consagrados respetivamente nos artigos 120.º do CPA e 51.º, n.º1, do CPTA), por força do seu caráter obrigatório, que por vontade da lei exercem uma função administrativa de controlo da legalidade ou até mesmo de administração ativa⁶⁹, ao contrário daqueles que exercem apenas uma função consultiva (atos instrumentais).

Para a Escola de Lisboa [FREITAS DO AMARAL⁷⁰, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS⁷¹] o poder de decisão cabe ao órgão consultivo e não ao putativo órgão decidente (que apresenta-se como órgão executor do primeiro). Assim, o parecer vinculativo é uma declaração que integra um *ato administrativo complexo* (de que são co-autores o órgão que emite o parecer – primeira declaração – e o órgão a quem cabe a prática do ato).

Com opinião semelhante temos FRANCESCO TRIMARCHI que refere que o parecer vinculativo vincula a opinião do destinatário contradizendo, por um lado, a sua

⁶⁷ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra, 2009, pp. 213-215.

⁶⁸ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, pp. 3 e ss.

⁶⁹ Com as novas alterações que a reforma do contencioso administrativo trouxe, caiu a exigência de emanção de pareceres no âmbito de relações administrativas inter-orgânicas externas.

⁷⁰ Cfr. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 2001, p. 274.

⁷¹ Cfr. *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., Lisboa, 2009, pp. 95 e 135.

natureza de função consultiva e, por outro lado, impede que o órgão ativo aja de forma diversa levando de certa forma a um não agir pelo órgão ativo⁷².

O critério principal para apurar a natureza do parecer vinculante parece-nos ser o da lesividade que só não existirá quando o parecer for favorável ao interessado. Devido à natureza jurídica do parecer vinculante, e embora a seguinte solução apresentada seja de *iure condendo*, entendemos que a falta do ato final não afeta em nada o procedimento porque: em primeiro lugar com o parecer vinculante, teremos um ato praticado pela entidade competente, entidade essa que a lei achou por bem atribuir esse poder por ser assim o interesse público melhor prosseguido. Segundo porque o parecer que contém a decisão será de objeto possível e poderá afetar a situação do particular (consoante for ou não desfavorável). E terceiro porque também será devidamente fundamento e com as menções obrigatórias a que se exige para um ato administrativo (123.º, 124.º, 125.º, 126.º do CPA). Assim, parece-nos não haver aqui nenhuma ilegalidade se excluirmos a existência de um ato final, visto que o ato emitido pela entidade consultiva já seria o ato final, definitivamente válido a partir do momento em que fosse concluído, sem necessidade de homologação ou qualquer outro ato, podendo o particular reagir desde esse momento (não haveria a recusa da prática do ato final nem a rejeição do parecer porque, em boa verdade, ficaria conclusivo e eficaz com a sua conclusão e emissão pela entidade emitente) - naturalmente tendo decorrido o prazo para pronúncia pela administração (que lhe cabe no exercício das suas funções para assegurar, no cumprimento da lei administrativa geral, o interesse público). Assim, defendemos que a natureza do parecer vinculante é a de ato administrativo⁷³.

⁷² Cfr. FRANCESCO TRIMARCHI, *Funzione Consultiva e Amministrazione Democratica, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina*, Milano Dott. A. Giuffrè editore, 1974, pp. 192 e ss.

⁷³ Em sentido contrário PEDRO GONÇALVES, admitindo que só não será assim quando o parecer (favorável) for condição necessária para o particular iniciar outro procedimento por estar em causa um procedimento faseado, como no caso da exigência de um parecer positivo da Comissão de Coordenação Regional (requerido pelo interessado) como condição de efetivação do pedido de informação prévia de licenciamento da construção de uma grande superfície comercial (Decreto Lei n.º 258/92, de 20 de novembro), “**Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes**”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, p. 10.

1.1 Das consequências da falta do parecer vinculativo e obrigatório aquando da exigência legal.

Tal como se passa para os atos administrativos⁷⁴, também para os pareceres seria de recorrer aos meios contenciosos, acionáveis pelos interessados. No caso dos pareceres *parcialmente* vinculativos, não sendo um parecer emitido no prazo devido (30 dias) como a lei obriga, ou em outro prazo previamente fixado pela lei (casos especiais), deveria o órgão decisor insistir com o órgão consultivo para que fosse emitido o parecer e entretantos havia uma suspensão do processo, abrindo-se um incidente com o fim de provocar a sua emissão, sob pena de invalidade insanável. Caso houvesse emissão de parecer pela entidade consultiva mas o particular não viesse a impugnar esse primeiro parecer, tal não prejudicava a impugnabilidade do ato final invocando o parecer pela ligação entre ambos, até porque é a lei que confere esse poder (artigos 51.º n.º 4 do CPTA e 268.º n.º 4 da CRP) sob pena de se violar um direito fundamental de tutela jurisdicional.

No caso dos pareceres *totalmente* vinculativos, como já consideramos ser um ato administrativo, não sendo a decisão final contrariada pelo órgão final (a não ser em caso de ilegalidade no prazo previamente estipulado pela entidade que emitiu o parecer para aquela última se pronunciar), e por ser válido no momento da sua conclusão pela entidade consultiva, não sendo emitido no prazo de 30 dias, ou num outro prazo previamente fixado para os casos especiais, parece-nos que deverá ser defensável o sistema do deferimento tácito e uma posterior condenação à prática do ato devido (sendo esta uma solução de *iure condendo*).

Caso o parecer vinculativo não seja solicitado pela Administração, a consequência será a da invalidade do ato por vício de procedimento - aqui o ato será necessariamente final e da Administração por falta de parecer - em que o ato final é inválido e a decisão ficaria afetada de ilegalidade (vício de conteúdo) por se traduzir numa violação de lei, sendo a sua falta um vício insuprível porque essa falta estaria a enfermar o ato com um vício de forma invalidante.

Caso diferente é aquele em que subsiste alguma ilegalidade no parecer emitido mas por alguma razão não foi arguido pela Administração no prazo permitido pela entidade consultiva. Aí, se for favorável e porque não lesa a esfera jurídica do

⁷⁴ Condenação á prática do ato devido, 66.º do CPTA.

particular, não teria aquele legitimidade para agir, e conseqüentemente subsistia um ato ilegal que produzia os seus efeitos jurídicos (até porque salvo previsão legal expressa, o caso não é de nulidade).

§2.º A instrução do procedimento: pareceres vinculativos e prévia audiência dos interessados.

A instrução (artigo 86.º do CPA) é uma fase procedimental que visa recolher informações necessárias à composição do dever ser conclusivo onde se integram as decisões sobre o exercício de um direito procedimental alheio. Com o advento do Estado Social a participação procedimental passou a ser entendida numa perspectiva de “orientação lógica que liga os interesses públicos e privados” (Oeffentlichkeits – und Privatinteressen verbindende Sinnrichtung) [SCHOLZ]⁷⁵.

A audiência dos interessados, instituto regulado nos artigos 100.º e ss. do CPA, vem inserida na fase instrutória do procedimento (a qual, segundo a tradicional classificação de SANDULLI, constitui, a par da iniciativa, uma subfase da fase preparatória) embora seja colocada pela doutrina entre a fase (subfase) instrutória e a fase decisória ou constitutiva do procedimento (configurando, por assim dizer, uma ponte que liga estas duas etapas) que ocorre paradigmaticamente na fase final da instrução depois de estarem apurados os elementos de facto e de direito relevantes para a decisão.

Em primeiro lugar, este entendimento surge através da leitura do n.º 1 do artigo 100.º do CPA quando refere “*concluída a instrução*”, e em segundo lugar, tal surgiu na sequência de uma asserção que saiu reforçada pelos esclarecimentos prestados pelo Presidente da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional (deputado Rui Machete) – cfr. *Diário da República* de 7/11/88, II Série, pp. 1726 e ss. – sobre a proposta do PSD relativa à redação do n.º 4 do artigo 267.º da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8/7, onde se previa que “*a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito*”, princípio esse consagrados na Constituição da República Portuguesa de 1976, no n.º 3 do artigo 268.º, quanto à possibilidade de

⁷⁵Neste sentido, SCHOLZ, RUPERT, “*Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*”, in *VVD-StRL*, 34, Berlim, 1976.

permitir uma interpretação ampla de maneira a abranger quaisquer atos da Administração em resposta a pedidos de esclarecimento, disse: “ (...) *a maneira como está redigido o n.º4 pode interpretar-se (...) de uma forma que é a de dar a latitude suficiente – aliás, fi-lo ao escrever o articulado do projeto do Código de Processo Administrativo Gracioso – no sentido de que é evidente que há alguns atos nos quais a intervenção dos administrados será muito diferente de outros. Não tem sentido em todos os casos que haja uma referência ou, como destinatário, um administrado – e são a maioria dos casos – exigir um tipo de participação intensiva como parece pressupor uma certa leitura do n.º 4 do artigo 267.º. E digo isto porque não é assim em nenhum procedimento administrativo que conheço regulado por lei ou mesmo não o sendo*”, até porque “*o problema que se põe é o de regular isto, em termos de dizer que, sempre que haja um problema que tenha em consideração um particular, este terá de ser notificado e ouvido ou, pelo menos, de ter essa possibilidade, o que pode significar, em múltiplos aspetos, uma complicação adicional e relativamente inútil, isto é, as razões verdadeiramente importantes para a participação dos interessados são, em primeiro lugar, o facto de se dar garantias de defesa ao administrado, pois este pode, ainda antes de a decisão ser tomada, explicitar o seu ponto de vista e explicar à Administração que ela parte de matéria de facto que é errada ou que, por exemplo, não considerou determinados factos que deveriam ser objeto de ponderação por sua parte. (...) Quando se regula o procedimento administrativo, essa questão tem importância, mas não pode ser uma aplicação cega e terá de ser norteada pelo princípio superior da salvaguarda dos interesses legítimos e os direitos subjetivos dos cidadãos*”. Acentua portanto a necessidade do interessado intervir na instrução afastando a possibilidade de um tipo de participação intensiva dos interessados.

Em nosso entender trata-se de uma afirmação equivocada do quadro legislativo, através de um enquadramento do disposto no artigo 104.º do CPA quando, ali, refere que a instrução pode continuar depois da audiência dos interessados⁷⁶, e depois no n.º 5 do artigo 267.º da CRP ao se verificar que o momento da participação dos interessados no procedimento administrativo é considerado um momento por excelência na medida em que a audiência dos interessados constitui a concretização legislativa da exigência

⁷⁶ Em sentido contrário em algumas decisões do STA, nomeadamente os Acs. De 2/5/2001, P. 41247; 17/5/2001, P. 40860; 28/1/2004, P. 47678, afirmando que só há audiência dos interessados no final da instrução e excluindo quando aquela não tenha lugar nessa fase; No mesmo sentido PEDRO MACHETE, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Lisboa, 1995, passim.

constitucional da participação daqueles na formação das decisões que lhes digam diretamente respeito (vide artigo 267.º, n.º 5, CRP)⁷⁷. É, portanto, adequada para ajudar à tomada da solução do caso concreto nas suas mais diversas razões (seja por força da ambiguidade das normas aplicáveis, pela existência de lacunas extralegais, para o caso de a competência ser discricionária e de os normativos a aplicar conterem conceitos imprecisos - nas palavras de ROGÉRIO EHRHARDT SOARES – «lacunas intra-legais») ou mesmo para o exercício do direito de defesa do particular para o apuramento dos factos relevantes “*podendo moldar, afinal, o conteúdo da decisão que os vai afetar*”⁷⁸ (assumindo uma dimensão garantística⁷⁹): em qualquer uma destas hipóteses é possível haver mais do que uma solução possível para o caso concreto, devendo por isso ser dado aos interessados a possibilidade de questionarem o mérito ou a legalidade da solução prefigurada pela Administração e de procurarem influenciar o sentido da decisão final. Além dos interessados, há também, por força do princípio do contraditório, a obrigação de ouvir os contra-interessados caso estejam contra o deferimento de uma determinada pretensão deduzida pelo interessado.

DAVID DUARTE refere que “*o tempo do procedimento é um espaço de autonomia tão indefinido que impossibilita, quase por natureza, a determinação normativa da sua pertinência temporal*”⁸⁰ (podendo-se equacionar a realização previamente ao disposto na subsecção III relativa aos pareceres) e que um procedimento é uma completa (des)ordem que acontece antes de um ato, uma sequência de configuração “*totalmente variável*” que pode ir desde uma forma taxativa sequencial de atos até uma “*sequência de conteúdo indeterminado*”⁸¹.

Assim, é daqui que partimos para suportar a nossa defesa (*de iure condendo*) de que, através da condução do procedimento pelos órgãos responsáveis, deveria haver uma audiência prévia antes da emissão dos pareceres vinculativos, conforme o princípio

⁷⁷ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, tomo III, 2.ª ed., 2007, p. 127.

⁷⁸ JORGE MIRANDA, “O Direito de Informação dos Administrados”, *in o Direito*, n.º III/IV, 1988, Lisboa, p. 459.

⁷⁹ Para mais desenvolvimento cfr. SÉRVULO CORREIA, “O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento e, em especial, na Formulação da Decisão Administrativa”, *in CCL*, n.º 9/10, 1994, pp. 151 e ss.; e PEDRO MACHETE, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Lisboa, 1995, p. 274.

⁸⁰ Cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Lisboa, 2004, p. 392.

⁸¹ Cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Lisboa, 2004, p. 346.

do inquisitório - procurando adaptar os trâmites procedimentais aos fins e objetos visados, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigo 56.º CPA) – que assim permite aos particulares nesta fase, através de um procedimento dialogante, transmitir o seu ponto de vista sobre o caso em apreço, carrear para o processo factos relevantes e informações necessárias à decisão com vista à sua completa instrução, provocando uma maior aceitabilidade da decisão⁸², além de que favorecia verdadeiramente a legitimação da decisão (ao contrário se esta se realizasse apenas depois da emissão do parecer como dispõe o n.º 1 do artigo 100.º do CPA).

Seria esse um meio que os particulares dispunham para controlar e influenciar a atividade da entidade (ou do órgão) competente para emitir o parecer vinculativo numa fase em que este ainda viria a ser tomado evitando assim que fossem confrontados com os factos consumados, restando-lhe nesse caso apenas a possibilidade de impugnar o parecer.

A audiência dos interessados deve ser prévia a uma tomada de decisão, ou seja, prévia a um parecer obrigatório vinculativo e não póstuma à emissão daquele – como sucede num procedimento em que cabe à Administração a decisão final e em que a audiência é realizada apenas após a conclusão da fase instrutória, ou seja, depois da emissão do parecer.

Caso assim não suceda parece-nos que a função da audiência ficaria esvaziada de conteúdo por perder o seu sentido, devido à sua realização posterior ao momento principal (emissão do parecer), não obstante a sua (posterior) utilidade mas, aqui, dependente de uma ação de uma outra entidade (Órgão Administrativo) sem competência decisória (visto que a decisão já foi emitida). Além de que, historicamente, já se considerava (nos P/CPAG 1 e 2) expressamente que os pareceres pudessem ser solicitados, “conforme se [mostrasse] mais conveniente, anteriormente à audiência dos interessados [...] ou após essa audiência, salvo nos casos em que a lei [definisse] a fase em que [devessem] ser formulados” (cfr. os artigos 172.º, n.º1, e 144.º, n.º1, respetivamente)⁸³.

⁸² PAULO OTERO faz no entanto notar certas opiniões que vão no sentido oposto: a informação prévia da decisão origina a idealização de uma decisão por parte do administrado a qual como nem sempre coincidirá com a decisão final pode fomentar a discórdia e resistência à decisão.

⁸³ Cfr. PEDRO MACHETE, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Lisboa, 1995, p. 453.

Entendemos, porém que o direito de audiência não se esgota na fase instrutória visto que depois dessa fase as partes têm ainda o direito de se pronunciarem, fruto de uma reclamação pela entidade final, caso no prazo que aquela tenha para se pronunciar entenda haver alguma ilegalidade e remeta novamente o parecer para a entidade que proferiu o parecer antes da decisão final e daí ocorra uma alteração/indeferimento com base em elementos novos.

A nossa opinião, como já foi referida, tem o suporte da dignidade constitucional que a Constituição consagra no n.º 5 do artigo 267.º da Constituição da República Portuguesa relativa ao direito de audiência, a nosso ver qualificado como um direito de liberdade e garantia de natureza análoga, que se coaduna o n.º 1 do artigo 100.º do CPA quando refere que “*os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final*”.

Como é em sede de audiência que se aprecia os factos invocados pelo particular e outros elementos de facto e de direito, sendo o parecer vinculativo a verdadeira decisão final proferido por uma entidade distinta (ou até órgão) da entidade decisora, deverá o instituto de audiência dos interessados passar para o momento prévio à emissão do parecer, ou seja, para o início da instrução e não para depois da emissão daquela onde já não se vai decidir mais nada.

Haver uma norma de princípio que estabelece que todo o exercício da função administrativa deve compreender vários atos e formalidades - artigo 1.º CPA - é a base para afirmarmos que na atividade administrativa todo o procedimento é suscetível de variar no seu conteúdo consoante cada tipo de questão, o que pressupõe específicas atividades antecedentes à decisão final, e variáveis, obviamente, de acordo com o conteúdo.

A realização da audiência prévia à emissão do parecer vinculativo decorre de uma ideia de Estado de Direito por ser através desta que se traz à colação questões pertinentes para a compreensão de direitos, vantagens e desvantagens que determinada pretensão pode ou não assumir para o interessado - como tem vindo a entender a

jurisprudência e a doutrina alemãs⁸⁴ e também a lei sobre o procedimento administrativo alemã que consagra expressamente essa exigência⁸⁵.

Como exemplos, a escola de FORSTHOFF⁸⁶ apresentou a figura do “ato necessitado de colaboração” onde a colaboração do particular é considerado requisito de validade e WOLFF⁸⁷ também refere os atos necessitados de concordância.

Pelos motivos indicados, e embora não esteja expressamente consagrado na Lei, porque a tramitação no procedimento é elástica, a verificação da audiência de interessados no momento de abertura da fase de instrução, de forma imediata (e não mediata), seria de uma utilidade extrema para melhor assegurar os interesses do interessado porque este seria ouvido antes da emissão do parecer, antecipando outras ações instrutórias - sem prejuízo destas terem o seu lugar em outro momento – sem ferir disposições normativas.

2.1. Os Modelos Jurídico-Positivos da audiência dos interessados no Direito Comparado: enquadramento procedimental.

a) O sistema norte americano (Federal Administrative Procedure Act, 1946)

O diploma que positiva a disciplina da audiência dos interessados neste sistema é o FAPA (*Federal Administrative Procedure Act*), mas sem prescrever a obrigação dessa realização sendo as leis orgânicas das agências que regulam a obrigatoriedade da audiência dos interessados e onde a agency em causa só pode adotar decisões com base no relatório daquela audiência.

Aqui a audiência de discussão prevista na sec. 7^a do FAPA concretiza a garantia constitucional do procedimento justo em matéria de atividade decisória e onde participam as partes interessadas, sejam elas as que possam ser afetadas direta e imediatamente pelo procedimento concreto, sejam aos concorrentes do procedimento

⁸⁴ Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, München, 1973, p. 217.

⁸⁵ [Verwaltungsverfahrensgesetz](#), § 28.

⁸⁶ Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, München, 1973, Lehrbuch, p. 196.

⁸⁷ WOLFF / HANS J., *Verwaltungsrecht*, Neubearbeitet von Rolf Stober.- 5.^a ed. – München, C. H. Beck'sche, 1987.

administrativo⁸⁸, isto porque há medidas que afetam outros que não as pessoas interessadas. Conheceu-se esta questão a propósito dos casos a decidir pela *Federal Communications Commission (FCC)* onde a lei aplicada por esta autoridade prevê o direito de audiência prévia nos casos de recusa de licença de emissão ou de modificação ou revogação das mesmas, visto que a emissão de uma licença possa afetar outrem, quer já esteja a operar ao abrigo de uma licença anterior⁸⁹, quer não.

Aqui a decisão é tomada por uma autoridade administrativa enquanto a audiência de discussão é presidida por um juiz de Direito Administrativo⁹⁰. Parece-nos que esta forma de agir não traz consigo um procedimento completamente correto, imune e puro na medida em que o órgão que decide apenas analisa os documentos que lhe são entregues pelo órgão que tem um papel instrutório ativo, nomeadamente por assistir, orientar, promover reuniões e quaisquer outras questões procedimentais, bem como, tomar ou recomendar decisões nos termos da sec. 8^a, e tomar qualquer outra medida autorizada pela regulamentação da autoridade (desde que conforme com o disposto no FAPA (cfr. a sec. 7^a, alínea b) ou § 556, alínea c)). Esse órgão é um juiz de Direito Administrativo (*trial judge*) que tem poderes idênticos à de um juiz de julgamento, sendo portanto o órgão mais apropriado para decidir face á sua tamanha e intensiva intervenção.

Devido ao distanciamento entre a entidade que preside a audiência de discussão e a entidade que decide, o FAPA procurou resolver a questão⁹¹ ao referir que quem

⁸⁸ SCHWARZ afirma que se trata de uma crescente participação pública, *Administrative Law*, 2^a ed., Boston – Toronto, 1984.

⁸⁹ Cfr. *Philco Corp. vs. FCC* 257 [D.C. Circ. 1958] F. 2nd 656. Aqui o Tribunal sustentou a tese de que interessado é aquele que pode vir a ser afetado com a decisão por isso pode intervir no procedimento administrativo. Estava em causa a renovação de duas licenças das estações da NCB. A demandante – uma empresa produtora de equipamento eletrónico e rádio – justificou o seu interesse com o fundamento de a NCB ter como único acionista a sua concorrente direta, *Radio Corporation of America*, e que esta obtinha vantagens publicitárias naquelas estações.

⁹⁰ Aqui coloca-se um problema, que foi analisado no âmbito do *Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, onde no seu relatório se pode ler que a separação entre a condução da audiência de discussão e a responsabilidade pela decisão final tem duas consequências negativas: a audiência como tal degenera e a decisão torna-se anónima (v. referencia em SCHWARZ, *Administrative Law*, 2^a ed., Boston – Toronto, 1984, pp. 387 e 388).

⁹¹ A solução encontrada pelo legislador norte-americano procura responder a uma exigência formulada pela jurisprudência *Morgan I (Morgan vs. United States*, 298 [1936] 468): que quem decide tem de ouvir, (sublinhado nosso). No caso sub iudicio estava em causa uma decisão do Secretário da Agricultura que alegadamente teria sido tomada apenas com base em informações disponibilizadas pelos serviços administrativos sem que aquele responsável tivesse valorado a prova apresentada pela recorrente. A lei aplicável conferia competência àquele responsável para decidir após uma audiência completa (full hearing). O Supremo Tribunal decidiu o seguinte:

decide tem de ouvir. Com efeito, «se a autoridade não dirigir a assunção das provas, deve o funcionário que o tenha feito adotar uma decisão preliminar [initial decision], com ressalva os casos em que a autoridade tenha exigido, num determinado caso ou por norma geral, que a documentação lhe seja entregue»⁹². Ora, acontecendo esta última situação, o funcionário que presidiu à audiência de discussão e julgamento deve recomendar uma decisão (*recommended decision*⁹³) contribuindo para uma decisão mais equilibrada e uma garantia mínima do princípio segundo o qual: quem ouve decide e quem decide ouve. (1) A decisão preliminar convola-se automaticamente em definitiva, a não ser que haja, no prazo legalmente fixado, uma reclamação para a autoridade ou esta decida revê-la (*appeal; review on motion*). Neste reexame a autoridade tem os mesmos poderes que teria se adotasse a decisão inicial. (2) Aqui o direito de audiência não se esgota na fase instrutória visto que depois dela as partes ainda têm o direito de se pronunciarem, nomeadamente, antes da recomendação, decisão inicial ou da decisão fruto de um reexame oficioso pela autoridade, podendo apresentar as suas observações, conclusões e objeções fundamentadas, claro está, quanto à decisão preliminar ou à recomendação⁹⁴ - estes dois últimos mecanismos (1 e 2) são perfilhados e adaptados por nós.

b) O sistema espanhol (Ley de procedimiento administrativo, 1958)

Relativamente à audiência dos interessados, vem prevista no artigo 91º da LPA (Ley de procedimiento administrativo) e antecede a informação [informe] da Assessoria Jurídica ou ao parecer [*dictamen*] do Conselho de Estado. A sua anterioridade face à

*“It is no answer to say that the question for the court is whether the evidence supports the findings [...] rests upon the assumption that the officer who makes the finding has addressed himself to the evidence and upon that evidence has conscientiously reached the conclusions which he deems it to justify that duty cannot be performed by one who has not considered evidence or argument. It is not an impersonal obligation. It is a duty akin to that of a judge. The one who decides must hear [...] This necessary rule does not preclude practicable Administrative procedure in obtaining the aid of assistants in the department. [...] But there must be a hearing in a substantial sense. And to give the substance of a hearing, which is for the purpose of making determinations upon evidence, the officer who makes the determinations must consider and appraise the evidence which justifies them (GELLHORN/BYSE/STRAUSS/RAKOFF/SCHOTLAND, *Gellhorn and Byse's Administrative Law: Cases and Comments*, 8ª ed., Nova Iorque, 1987 p. 886.*

⁹² Cfr. a sec. 8ª, alínea a), 1ª frase, ou o § 557, alínea b), 1ª frase.

⁹³ Cfr. a sec. 8ª, alínea a), 4ª frase, ou o § 557, alínea b), 4ª frase.

⁹⁴ Cfr. a sec. 8ª, alínea b), 1º parágrafo, ou o § 557, alínea c), 1º parágrafo: “the parties are entitled to a reasonable opportunity to submit for the consideration of the employees participating in the decisions (1) proposed findings and conclusions; or (2) exceptions to the decisions or recommended decisions of subordinate employees [...] and supporting reasons for the exceptions or proposed findings or conclusions”.

redação da proposta da decisão final, representa uma dupla garantia⁹⁵ visto que o interessado alega em uma altura onde a matéria de facto já deverá estar apurada e, por conseguinte, só há que proceder à respetiva valoração jurídica, pelo que tudo o que vier alegar, seja no plano factual seja no plano jurídico, contribui para assegurar a correção da decisão administrativa e a defesa dos seus interesses. O acento tónico está no princípio *nemo damnari inaudita parte* pela defesa dos administrados.

Aqui só é possível uma nova audiência dos interessados em sede de recurso administrativo ordinário, vide artigo 117º que manda aplicar o artigo 91º, 1º parágrafo, quando devam ser tidos em conta novos factos ou documentos não recolhidos no procedimento primário. Atenção que só são considerados aceitáveis neste âmbito como novos, os pareceres [informes] e as propostas se houver contra-interessados porque se for o interessado, já conhece toda a matéria que constitui a base factual da decisão e a audiência é dispensável.

c) O sistema alemão (Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976)

A lei de procedimento alemã é a *VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz)*, e é a grande referência da uniformidade do direito do procedimento aplicado na República Federal da Alemanha. Foi a lei federal que serviu de modelo para que fossem feitas as leis sobre procedimento administrativo dos *Laender* tanto que este último tem disposições idênticas às do primeiro e pode ser revisto pelo *BVerwG (revisibles Recht;* cfr. a redação dada à lei do contencioso administrativo – a *Verwaltungsgerichtsordnung* [adiante designada por *VwGO*] – pelo § 97º, 3ª alínea).

A *VwVfG* prevê vários tipos de audiência e no § 28, 1ª alínea encontramos a obrigação de ouvir os interessados. A autoridade não tem de comunicar a sua perspectiva jurídica aos interessados, sendo, todavia, obrigada a identificar o tipo de ato e o respetivo conteúdo de modo a que seja claro para o interessado com que medida administrativa é que deve contar. Apenas se a autoridade mudar de opinião ou então se surgirem factos novos e se estes não causarem uma alteração substancial, poderá haver uma nova audiência.

⁹⁵ “*Que la audiencia de los interesados en los expedientes Administrativos, constituye un trámite esencial, pues representa una doble garantía para la Administración, que así puede reunir todos los medios de ilustración que le permitan un mejor acierto en su resolución, y para los particulares al permitirles acordar los elementos de hecho y jurídicos que a su derecho convengan [...]*” (sentença de 28.02.1974, GONZALEZ PEREZ, *Comentários a la Ley e Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1977).

d) O sistema italiano (Nuove norme in matéria di procedimento amministrativo – legge 7 agosto 1990 n. 241, 1990)

A lei n.º 241 de 7 de agosto de 1990 nos seus diversos artigos basicamente visa corresponder às exigências de uma sociedade nova deixando uma ampla margem de atuação aos órgãos de aplicação do Direito. Tal verifica-se quando desde logo se lê o artigo 4.º n.º1 da respetiva lei que diz “[A]s administrações públicas devem determinar, para cada tipo de procedimento relativo aos atos da sua competência, a unidade organizativa [l’unità organizzativa] responsável pela instrução e por qualquer outra função procedimental, assim como pela adoção do ato final”, e ainda nos termos do n.º 2 do artigo 5.º “O dirigente de cada unidade organizativa atribui a si próprio ou a um seu subordinado a responsabilidade pela instrução e por quaisquer outros atos que tenham de ser praticados no âmbito de um determinado procedimento e, eventualmente, pela adoção da decisão final”, notando-se aqui uma flexibilização de manuseamento dos atos praticados na instrução, havendo uma grande margem de discricionariedade.

e) O sistema francês (o artigo 8.º do Decreto Lei de 28 de novembro de 1983)

O artigo 8.º do Decreto-lei n.º83-1025 de 28 de novembro prevê, salvo casos excepcionais ditados por necessidade de ordem pública, que as decisões que devam ser fundamentadas em virtude da lei 11 de julho de 1979, não podem ser legalmente adotadas sem que o interessado tenha tido possibilidade de apresentar observações escritas “ne peuvent légalement intervenir qu’après que l’intéressé ait été mis à même de présenter des observations écrites” e no caso de haver indeferimento à pretensão do autor, nos termos da lei 11 de junho de 1979 ficam sujeitas ao contraditório nos termos do supra artigo.

O mesmo se aplica para os contra-interessados que deverão ser informados pela Administração de que tem um prazo para serem ouvidos caso os seus interesses possam vir a ser afetados.

2.2. Da notificação para a audiência dos interessados.

Vimos já que não é o órgão administrativo que compete emitir o parecer vinculativo, então, se é regra a Administração convocar os interessados para a

audiência, notificando-os do conteúdo e sentido provável da decisão (através de um projeto de decisão), não havendo decisão da parte desta, a notificação deverá ser feita pela entidade competente para emitir o parecer por estar subjacente uma relação administrativa (solução não legalmente prevista), aplicando-se-lhe por isso as normas dispositivas materialmente administrativas, e apenas nos casos em que a decisão venha a ser favorável à pretensão do particular, deverá aquela ser dispensada. Este entendimento coaduna com o disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 103.º do CPA quando refere a dispensa da audiência dos interessados “*se os elementos constantes do procedimento conduzam a uma decisão favorável aos interessados*”.

A notificação deverá conter a indicação de que os interessados devem “*assegurar a sua participação*” (artigos 7.º e 8.º do CPA) e quiçá, ser acompanhada de um projeto de parecer decisivo para que aqueles se possam pronunciar antes da resolução final ser tomada pelo órgão competente.

Se a decisão for favorável ao interessado e caso a administração não verifique nenhuma desconformidade, o parecer assume natureza definitiva e assume a sua eficácia a partir da notificação.

Caso a administração venha a detetar alguma ilegalidade no prazo que razoavelmente lhe for fixado pelo órgão consultivo decisor para se pronunciar, e venha aquela posteriormente a ser modificada e contrária à pretensão do particular, aí sim, porque a revisão terá como destinatário, em primeiro lugar, a Administração, deverá ser esta a notificar o seu entendimento ao particular.

Já se não houver notificação, o particular não terá conhecimento do parecer e poderá proceder a outro meio, a condenação à prática do ato devido, até porque em regra o procedimento extingue-se pela tomada de uma decisão final expressa (106º e 107º CPA) que deve, em principio assumir forma escrita (122.º), muito embora seja de considerar e aceitar o silêncio da Administração por assumir valor jurídico (108.º CPA) no âmbito do deferimento tácito.

2.3. Da consequência da preterição de audiência dos interessados fora dos casos de inexistência e dispensa legalmente previstos.

Fora dos casos previstos no artigo 103.º do CPA, passando primeiro por uma análise doutrinária, FREITAS DO AMARAL⁹⁶, PEDRO MACHETE⁹⁷, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDROGONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM⁹⁸, defendem a mera anulabilidade da preterição da audiência dos interessados, salvo este último autor que equipara a audiência dos interessados à audiência do arguido em processo penal sempre que se ligue à dignidade da pessoa, quando o conteúdo essencial deste último esteja ele próprio em risco na questão substantiva a decidir, e na sua preterição, gera nulidade⁹⁹.

Já PEDRO MACHETE refere que sempre que se verifique a preterição indevida da audiência dos interessados, estará em causa o princípio do aproveitamento dos atos administrativos e não uma degradação da formalidade essencial em formalidade não essencial. Assim, o ato considerado inválido pode não ser anulado por decisão do tribunal desde que a lei não admita, no caso concreto, uma decisão diferente¹⁰⁰.

MARCELO REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS E FREITAS DO AMARAL referem que independentemente de estar em causa direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais, deve-se adotar uma visão unitária dos direitos fundamentais conducente a uma qualificação de dignidade da pessoa humana e como tal, a preterição terá o alcance da alínea d) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA – uma questão que por diversas vezes só no “palpar da realidade” poderá ser decidida¹⁰¹ pela jurisprudência que deverá “ser rainha e senhora”.

Também SÉRVULO CORREIA¹⁰², VASCO PEREIRA DA SILVA¹⁰³ E DAVID DUARTE¹⁰⁴ sustentam a consequência da nulidade para o ato que não tenha

⁹⁶ *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 2001, p. 323.

⁹⁷ *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Lisboa, 1995, pp. 526-527.

⁹⁸ *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª ed., Coimbra, 1997, pp. 448-451.

⁹⁹ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “A Instrução do Procedimento: Pareceres Vinculativos e Audiência dos Interessados no Código de Procedimento”, in *CJA*, n.º82, Julho-Agosto, 2010, p. 30.

¹⁰⁰ Cfr. “Conceito de instrução procedimental e relevância invalidante da preterição da audiência dos interessados – Ac. Do STA de 17.12.1997, P. 36 001”, anotada por PEDRO MACHETE, in *CJA*, n.º 12, Novembro- Dezembro, 1998, p. 18.

¹⁰¹ JOSÉ MANUEL BOTELHO/AMÉRICO JOAQUIM ESTEVES/JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *Código de Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado*, 5ª edição, 2002, p. 647.

¹⁰² “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, in *CCL*, n.ºs 9-10, 1994, pp. 155-159.

sido precedido pela audiência dos interessados, quando a ela tivesse que haver lugar (ao abrigo da alínea d) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA).

Quanto a nós, perfilhamos destas duas últimas opiniões porque estando consagrado em diversos normativos a participação dos interessados no procedimento, colocando um especial ênfase na figura da audiência dos interessados (CPA E CRP), a sua não realização quando não dispensada, gera nulidade da decisão final (133.º n.º 2 al. d) CPA).

§3.º Relevância da notificação da decisão do parecer vinculativo para uma reação contenciosa

As notificações visam informar o particular sobre o conteúdo de um assunto do seu interesse e têm lugar quer o ato possa vir ou não a afetar direitos¹⁰⁵. Com o parecer vinculativo temos concluída uma decisão que em princípio, marca o fim do procedimento tornando-se capaz de produzir os seus efeitos externos e, conseqüentemente, terá de ser notificado - por força dos princípios materiais do Estado de Direito tais como a proteção da segurança e da confiança, bem como os princípios da transparência, responsabilidade e boa administração (vide n.º 3 do artigo 268.º e n.º1 do artigo 268.º da CRP), na medida em que os interessados devem ser informados sobre qualquer decisão que tenha sido tomada a seu respeito para permitir a sua defesa, e servirá para efeitos contagem do prazo para a reação do particular, que será a partir da data da notificação.

Os atos devem ser comunicados através de notificação (artigos 66.º a 70.º do CPA) por ser com ela que se assegura, com eficácia, o efetivo conhecimento do ato por parte do particular. Assim, sendo o parecer vinculativo um ato de conteúdo decisório, inserido numa conceção ampla de ato administrativo, autónomo e final, deve ser notificado ao interessado pela entidade que o emitiu (requisito subjetivo) reportando-se ao conteúdo materialmente administrativo da notificação (requisito objetivo, vide artigo

¹⁰³ *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, pp. 429-432.

¹⁰⁴ *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, Coimbra, 1996, pp. 140 e ss.

¹⁰⁵ A notificação é condição absoluta de oponibilidade dos atos administrativos, como tal, dos pareceres administrativos, aos destinatários que deles têm o direito a ser notificados (66.º e ss. do CPA). A ausência de notificação não obsta, no entanto, à impugnação do ato (do parecer) se a sua execução for desencadeada mesmo (59.º, n.º2 CPTA).

68.º do CPA), num prazo de oito dias (vide artigo 69.º CPA por força do disposto na alínea a) do artigo 66.º do CPA que determina a notificação pela Administração aos interessados dos atos administrativos que decidam sobre qualquer pretensão por ele formuladas e nas modalidades previstas no artigo 70.º do CPA, consoante se mostre mais eficiente).

A regra do direito administrativo é a de que os atos não são receptícios, salvos os casos em que a lei expressamente indique como tal ou quando a notificação deva considerar-se exigível por força da execução do ato ao supor uma colaboração do destinatário, nomeadamente quando cria deveres. A ideia que nos chega é a de que nos restantes casos o ato estará preenchido antes da notificação podendo produzir os seus efeitos por não se traduzirem na colaboração do destinatário.

Entendemos que o princípio básico consagrado na Constituição da República Portuguesa de que qualquer particular deverá ser notificado de um ato que decida sobre sua pretensão é de extrema importância e deve ser posto em prática pela entidade consultiva (*solução de iure condendo*), não só para não comprometer direitos com aquele e com a Administração (por julgar erroneamente que houve, por ex. falta de pedido de parecer) como também para assegurar que houve conhecimento do seu conteúdo e assim permitir uma defesa antecipada, em vez de estar a ser confrontado com os seus efeitos sem os conhecer primeiro, e até mesmo de aguardar pela “falsa” decisão final (falsa porque efetivamente a decisão já foi tomada com o parecer vinculativo). Assim, vemos a notificação como um instrumento integrativo do ato (parecer), ou seja, ele está perfeito mas não produz as suas consequências até à notificação¹⁰⁶, solução perfilhada apenas no caso dos pareceres desfavoráveis (n.º 1 do artigo 132.º do CPA).

Vejamos, se assim não se entendesse, e no caso de o conteúdo ser contra a pretensão do particular, como poderia este agir se lhe faltasse essa notificação¹⁰⁷? Poderia reagir a todo o tempo? E no caso de ser só a Administração notificada do conteúdo? Poderia o particular “aproveitar essa data de notificação” para reagir? E, se,

¹⁰⁶ RESTA RAFFAELE, *La Revoca Degli Atti Amministrativo*, 1970, p. 257; ORESTE RANELLETTI, *Le guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amminiztrazione*, 1868, p. 131; ARNALDO DE VALLES, *La validità degli Atti Amministrativi*, Reimp., Padova, 1986.

¹⁰⁷Cfr. JOSÉ MAUEL DA S. SANTOS BOTELHO/AMÉRICO JOAQUIM PRES ESTEVES/JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código de Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado*, 5ª edição, 2002, p. 360, a propósito da notificação incompleta, a lei não comina a insuficiência ou incompletude da notificação com a sua invalidade.

pelo contrário, a entidade na qualidade de autora do ato (n.º 1 do artigo 141.º do CPA) decidir oficiosamente revogar o parecer (n.º 1 do artigo 142.º do CPA) com base em alteração de circunstâncias? Terá que notificar o particular ou limitar-se-á a proferir uma nova decisão sem que seja iniciado de novo um procedimento impedindo o particular de ser ouvido novamente? Perguntamos nós por último se, atendendo aos efeitos da *eficácia externa* do parecer, o particular não terá que ser notificado?

Assente é que os atos são eficazes desde a data em que são praticados (artigo 127.º n.º 1 CPA) mas apenas nos casos daqueles serem favoráveis à pretensão do autor porque sendo desfavoráveis, parece-nos que deverão produzir efeitos apenas a partir da sua notificação ao destinatário (artigo 132.º n.º 1 CPA).

Porém, independentemente da terminologia legal, e por uma questão de cumprimento às várias disposições previstas no CPA e na CRP nesse sentido (*infra*), entendemos que deveriam haver três momentos de notificação (ao particular sobre o conteúdo do parecer vinculante), o primeiro será na *conclusão do parecer* - caso não haja oposição pela Administração no prazo estipulado pela entidade consultiva - o segundo com o *pedido de alteração* feito pela Administração da decisão, e o terceiro aquando de uma *revogação oficiosa* pela entidade consultiva (soluções que não estão expressamente previstas na lei mas que são aqui por nós defendidas, adaptadas ao nosso caso concreto).

No primeiro caso a notificação ao particular do parecer vinculante é de elevada importância pela salvaguarda que assume em permitir ao particular (caso queira) uma reação contenciosa dentro do prazo que beneficia para a impugnação e ao mesmo tempo concretiza o elemento da *eficácia externa* prevista no artigo 55.º n.º 1 do CPTA, por ser necessário o conhecimento desse conteúdo, e só após a receção da notificação pelo interessado é que aquele se torna eficaz. No caso de não ter havido notificação pela entidade que emitiu o parecer no prazo de oito dias (vide artigo 69.º CPA) o ato deve ser considerado ineficaz por preterição de um elemento essencial à sua eficácia que era a notificação (vide n.º1, do artigo 132.º CPA), e isto porque, tratando-se de um ato que vai determinar (pela positiva ou negativa) a situação particular do interessado, terá de haver cumprimento aos prazos legalmente fixados considerados suficientes e razoáveis para não frustrar a posição (de espera) do particular, pelo que a falta da notificação naquele prazo estaria a violar substancialmente as garantias dos particulares como a

garantia prevista nos n.ºs 1 e 3 do artigo 268.º da CRP, e alguns princípios como o princípio do inquisitório (artigo 56.º do CPA), indo até aos extremos (mais para o primeiro caso apontado) o princípio da decisão (artigo 9.º CPA) visto que quem decide é a primeira entidade, enquanto a segunda apenas “imita” uma decisão (já tomada). Se não houver notificação nem para o particular nem para a Administração, o particular seguirá conforme o disposto para o deferimento tácito.

Se, porém, a decisão padecer de algum vício material, sem ter sido arguido pela Administração, parece-nos que o ato não deixa de ser eficaz por força de uma “convalidação”, seguindo a lógica patente no n.º 3 do artigo 134.º do CPA quando permite que situações de facto criadas à sombra de um ato nulo possam ser convalidadas, se, pelo decurso do tempo – que poderá tratar-se de dias, meses, anos, consoante o caso concreto – os princípios gerais de direito impuserem a sua consolidação. Trata-se aqui de um regime de nulidade, em especial do carácter permanente da ineficácia dos atos nulos, decorrentes de uma necessidade de compatibilização das exigências de reintegração plena do bloco de legalidade com outros princípios como o da tutela da confiança.

No segundo caso, será a partir da notificação que o interessado será conhecedor do conteúdo do pedido de revisão feito pela Administração e, face a esse conteúdo, ter uma oportunidade de voltar a ser ouvido antes da nova reapreciação pela entidade consultiva, desta vez sobre novos factos (constantes as questões apontados pela Administração) em sede de audiência de interessados (à contrario do disposto no n.º 2 do artigo 103.º do CPA quando refere que o órgão instrutor “*pode*” dispensar a audiência dos interessados, a não ser que hajam novas provas ou mais que contribuirão para uma melhor ponderação dos interesses. Se não acontecer mas apenas vier o particular a ter conhecimento da segunda decisão em prol do pedido de revisão pela Administração, não se considera ter havido conhecimento da primeira decisão por intermédio de uma notificação da decisão do segundo ato, sendo o ato ineficaz¹⁰⁸.

No terceiro caso, optando a entidade que emitiu o parecer pela revogação oficiosa, com base na invalidade do ato (inoperante que se manifesta numa improdutividade jurídica) nos termos do disposto no artigo 141.º do CPA, na qualidade

¹⁰⁸ Cfr. Acórdão do STA, o “*mero conhecimento de um ato administrativo através da notificação de um outro ato não satisfaz o princípio da obrigatoriedade de notificação dos atos administrativos externos*”, n.º 026028, de 23-02-1995.

de autora e no prazo previsto no n.º 1 do artigo 141.º do CPA, após a revogação, naturalmente que terá de notificar o particular para que aquele tenha conhecimento da causa tendo a revogação que ser feita dentro dos limites do princípio da confiança e da segurança jurídica inerentes ao Estado de Direito (artigo 2.º da CRP). Pelo que assim a entidade deveria estipular um novo prazo para que o interessado fosse ouvido, pois seria através da notificação que o particular teria uma segunda hipótese de ser ouvido sobre novas questões trazidas por aquela e poderá levar ao processo novos dados que não tenham sido levantados na primeira audiência de interessados. Posteriormente seria emitido um novo parecer, caso houvesse motivos para uma alteração, por força da sua obrigatoriedade e vinculatividade, o que pressupunha que a contagem do prazo para a impugnação interrompesse e voltasse ao início, a contar da nova notificação da decisão de novo parecer ou, então, abdicava-se da audiência dos interessados e a solução seria haver uma repetição de todo o procedimento. Parece-nos, no entanto, que a adotar esta última solução veríamos efeitos negativos para ambas as partes, mas mais para o particular porque, em primeiro lugar teria de haver uma repetição do procedimento e, em segundo lugar implicaria uma maior morosidade pela repetição do processo, ao particular ter que apresentar um novo requerimento, repetir a fase da audiência dos interessados, aguardar pela decisão da entidade que emite o parecer e só depois (se quiser) poder agir contenciosamente, e a Administração estaria a violar ao disposto no artigo 57.º do CPA (princípio da celeridade).

Por fim, no caso dos pareceres parcialmente vinculativos, aí sim entende-se que a notificação deverá ser feita pela Administração a final, seguindo também os termos previstos no CPA, nomeadamente os artigos 66.º e seguintes.

Concluindo, a notificação é necessariamente um elemento para a eficácia do parecer vinculativo, apenas quando for desfavorável (artigo 132.º n.º 1 CPA), e a partir daí pode começar a contagem do prazo para a defesa do particular, assegurando assim o princípio do contraditório previsto, implicitamente no artigo 8.º (participação) do CPA e no artigo 268.º n.º 2 e 3 da CRP. Tudo isto sem prejuízo do dever de informação que recai sobre a Administração, neste caso, sobre o órgão instrutório, para efeitos do disposto nos artigos 7.º, n.º 1 al. a), 61.º e ss. do CPA e ainda no artigo 268.º n.º 1 da CRP.

§4.º Do silêncio da entidade competente para emitir o parecer.

O deferimento tácito (artigo 108.º CPA) verifica-se quando há uma omissão indevida de um ato administrativo cuja emissão foi solicitada, à qual a lei associa efeitos sucedâneos dos que resultariam da prática do ato administrativo omitido¹⁰⁹. Aplicando analogicamente este regime ao nosso caso quando se verificar uma omissão ilegal de um parecer obrigatório e vinculativo, e não obstante a discussão em torno da natureza do ato tácito¹¹⁰, aqui o interessado pode pedir a condenação à prática do parecer ilegalmente omitido, de modo a obter uma tutela plena da sua posição jurídica. Os contra-interessados também podem intervir processualmente no sentido inverso, de modo a que se ponha fim à situação emergente do deferimento tácito, bem como formular qualquer outro pedido adequado à tutela da sua situação substantiva. Porém, como refere MARCELO REBELO DE SOUSA “*a aceitar-se a impugnação dos atos tácitos nos mesmos termos que os atos administrativos, existiria uma injustificável dualidade de prazos gerais para a reação, pelos particulares, contra as omissões administrativas [um ano para as omissões e três meses para os deferimentos tácitos: arts. 58.º, 1 b) e 69.º, 1 CPTA]*”, então equipara o tratamento contencioso do ato tácito como mera omissão ao referir que “*o CPTA em parte alguma menciona o instituto em causa, referindo-se, pelo contrário, às omissões de atos administrativos devidos em termos cuja amplitude abrange as situações de deferimento tácito*”.

§5.º Aposição entre a fase consultiva e a fase decisória - do carácter para-decisório do parecer vinculativo - condicionamento da decisão final.

O parecer v. e o., como já vimos, vai no sentido de um dever ser, e tem destinatários determinados ou determináveis. Através da emissão de pareceres vinculativos verifica-se uma ação materialmente instrutória conducente, em si, ao ato final por ser uma ordem. Trata-se uma conduta administrativamente transversal devido à intervenção de um órgão distinto daquele legislativamente previsto para a decisão, que

¹⁰⁹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª ed., Lisboa, 2007, p. 389.

¹¹⁰ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª ed., Lisboa, 2007, p. 392; para SÉRVULO CORREIA e A. ALBUQUERQUE, o ato tácito é um “*verdadeiro ato administrativo na medida em que à sua emissão estaria subjacente uma conduta voluntária por parte da administração*”; ao contrário para D. FREITAS DO AMARAL, M. ESTEVES DE OLIVEIRA em que o ato tácito não é um ato administrativo mas “*uma ficção de ato administrativo, da qual decorreria a aplicação do regime do ato administrativo*”.

além de intervir de forma provocada, é decisiva porquanto marca no procedimento a sua projeção em forma de decisão. Nestes casos, por força de uma imposição legal, os órgãos consultivos influenciam e condicionam as decisões dos órgãos ativos na base destes, porque aí já só há a vontade dos órgãos consultivos visto que o órgão ativo não poderá contradizer o órgão consultivo.

No entanto, quando se trata de órgãos consultivos que por meio das suas opiniões influenciam meramente as decisões dos órgãos administrativos sem as limitarem, estaremos perante uma opinião, decisão ou parecer, consoante o caso concreto, e obviamente que aí o ato administrativo será o ato final emitido pela entidade administrativa.

Um parecer vinculativo e obrigatório é uma decisão que comporta um discurso diretivo, onde a exigência de fundamentação tem um propósito claro de expor as razões alicerçadas nos conhecimentos técnicos e científicos, por força de um imperativo constitucional¹¹¹, antecipando a conclusão do procedimento, ou se não mesmo sendo perfeitamente capaz de substituir a decisão final. Não faz sentido que depois de termos um parecer devidamente fundamentado, com as razões de direito e de facto sobre uma situação concreta, tenha de haver, por meras questões procedimentais, uma imitação de uma decisão, com um conteúdo exatamente igual ao primeiro¹¹². Aliás, tal parece prejudicar o dever de decidir da entidade final, limitando-se aquela a remeter a sua decisão para o parecer através de uma mera concordância, incorrendo na violação do disposto no artigo 124.º (dever de fundamentação próprio do órgão) do CPA.

O parecer vinculativo afeta de forma decisiva a competência da autoridade investida do poder de decisão, vincula a opinião da administração e impede que esse órgão administrativo aja de forma diversa, pelo que ordena um não agir em sentido

¹¹¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional de 5/2/92, *in B.M.J.* n.º 414, p. 111.

¹¹² Em sentido contrário FRANCESCO TRIMARCHI ao afirmar que a definição de ação administrativa inclui elementos e requisitos que absolutamente não podem ser formados nos julgamentos dos órgãos consultivos por não serem autoridades ou funcionários públicos, não sendo capazes de desempenhar uma atividade para atingir os objetivos do Estado, e que o lugar ocupado pelo parecer consultivo é naturalmente numa fase preparatória e preliminar. Refere também que há órgãos encarregados das manifestações de julgamento (consultivos) e órgãos que expressam a sua vontade (ativos) e atos que são uma expressão, respetivamente, de julgamento (opiniões) e de vontade (medidas) em, *Funzione Consultiva e Amministrazione Democratica, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina*, Milano Dott. A. Giuffrè editore, 1974, p. 190.

contrário pelo órgão ativo (devendo ser admitido por isso a impugnabilidade do parecer).

Entendemos que embora um parecer não perca a sua natureza de parecer, tem nos seus efeitos um conteúdo dispositivo por influenciar e determinar a decisão final pelo que não está implicado num ato administrativo de preparação mas sim num ato administrativo decisório, sendo esse o verdadeiro ato e a verdadeira decisão, nada mais havendo que aguardar para se concluir a pretensão do interessado¹¹³.

Parte II

Para um contencioso dos Pareceres Vinculativos e Obrigatórios.

§1.º Do paralelismo entre o parecer vinculativo obrigatório e o ato administrativo.

De acordo com o disposto no artigo 120.º do CPA são atos administrativos as decisões administrativas.

ROGÉRIO SOARES entende que o conceito de ato administrativo varia em várias correntes doutrinárias, segundo o autor podemos trilhar duas linhas fundamentais: uma corrente dominante sobretudo na Itália, que utiliza o quadro do ato administrativo para englobar todos os atos jurídicos de carácter unilateral praticados por um órgão da Administração no exercício de um poder de Direito Administrativo, com vista a produzir efeitos jurídicos concretos onde separar-se-iam as provisões (provvedimenti), que constituem os atos administrativos por excelência, dos outros atos chamados de instrumentais. Os primeiros com natureza da manifestação de vontade destinada a alcançar as modificações no ordenamento jurídico externo. Os segundos, sejam ou não manifestações de vontade (normalmente não o serão), destinam-se a preencher

¹¹³ Em sentido contrário, PEDRO GONÇALVES, quando refere: “*um parecer vinculante traduz-se na emissão de um juízo de natureza administrativa, técnica ou política por parte de um órgão administrativo que prossegue interesses públicos implicados num ato administrativo em preparação, tendo aquele juízo o efeito de conformar o conteúdo deste ato*” ou então “*na emissão de um juízo crítico – jurídico por parte de um órgão de controlo que tem o efeito de precluir o exercício de poderes decisórios por parte de um órgão competente para praticar um ato administrativo*”, em “**Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes**”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, p. 8.

finalidades preparatórias dentro do procedimento administrativo, a cumprir funções de notificação, ou outras tarefas ancilares.

Um ato administrativo é ato jurídico¹¹⁴, unilateral¹¹⁵, organicamente administrativo, materialmente administrativo¹¹⁶ e versa sobre uma situação individual num caso concreto. É objetivo fundamental do ato administrativo vir a produzir efeitos jurídicos na medida em que comporta uma decisão individual e concreta, tendo ainda implícita uma função de delimitar os comportamentos suscetíveis de fiscalização contenciosa.

Relativamente à sua estrutura, o ato administrativo compreende quatro ordens de elementos, o elemento subjetivo, formal, objetivo e funcional. Quanto ao primeiro, fala-se sobretudo dos sujeitos que são parte do ato administrativo: a Administração (que, normalmente é a autora do ato) e o particular (ou mesmo outra entidade coletiva pública) – que é o destinatário do ato. Passando ao segundo elemento, o artigo 122.º do CPA indica que os atos administrativos têm, forçosamente, de obedecer a determinada forma¹¹⁷ para se exteriorizarem ou manifestarem. O terceiro prende-se com o conteúdo e com o objeto do ato¹¹⁸. Por fim, o elemento funcional tem que ver com a causa¹¹⁹, o motivo¹²⁰ e o fim¹²¹ do ato.

Após esta exposição, facilmente se pode distinguir *ab initio*, uma distinção do plano onde estão localizados os atos de conteúdo decisório (atos administrativos incluindo os pareceres vinculativos) e o plano onde estão localizados os atos de conteúdo não decisório (atos opinativos, informações ou propostas/pareceres de caráter obrigatório (ou não) mas não vinculativo¹²²), estes, em princípio, apartados do centro concretizador e permissor de uma recorribilidade¹²³. Assim, as características apontadas

¹¹⁴ Ou seja, uma conduta voluntária que produz efeitos jurídicos sujeitos aos princípios gerais de Direito.

¹¹⁵ Uma vez que traduz a vontade da Administração, que não carece a vontade de terceiros, nem do próprio particular interessado, para ser perfeita.

¹¹⁶ Em nosso entender, independentemente de ser praticado por um órgão Administrativo em sentido orgânico, é ato administrativo aquele que seja praticado por outro órgão no exercício do seu poder administrativo.

¹¹⁷ Formalidades são todos os trâmites que a lei manda observar com vista a garantir a correta formação da decisão administrativa ou o respeito pelos direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares.

¹¹⁸ Que pode ser materialmente administrativo independentemente da entidade em sentido orgânico.

¹¹⁹ É a função jurídico-social de cada tipo de ato administrativo.

¹²⁰ São as razões que impelem a Administração a atuar ou a dotar um ato com determinado conteúdo.

¹²¹ É simplesmente o objetivo que a Administração visa prosseguir com a prática do ato.

¹²² Atendendo ao princípio da decisão da Administração.

¹²³ M. ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado*, 5ª edição, 2002, pp. 552-553, com ressalva aos

para o ato administrativo, são também aplicáveis ao parecer vinculante posto que este também tem na sua estrutura quatro ordens de elementos, o elemento subjetivo, formal, objetivo e funcional. O primeiro relativamente aos sujeitos que são parte do parecer administrativo: a entidade consultiva (que é a autora do ato) e o particular (ou mesmo outra entidade coletiva pública) – que é o destinatário do ato. Na forma também obedecem a uma disposição escrita, conforme o disposto no artigo 122.º do CPA. O conteúdo e objeto do ato é o mesmo que para um ato administrativo, ou seja, a pretensão do interessado, e por fim, o elemento funcional que visa exatamente uma situação concreta com um motivo e um fim, tal como o ato administrativo.

Além do disposto, temos um outro artigo, aqui em particular, de onde também poderemos contrapor o poder dos atos instrumentais vinculativos ao poder dos atos administrativos finais consagrados no supra artigo referido. Estamos a falar do artigo 125.º n.º1 do CPA quando refere que a “*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 (...) que constituirão neste caso parte integrante do respetivo ato*”. Ora, vamos descortinar em partes esta disposição normativa cingindo-nos, naturalmente, aos **pareceres vinculativos obrigatórios** em que a decisão já está tomada pelo que ao órgão administrativo final não lhe caberá decidir em sentido contrário nos termos do artigo 124.º do CPA (salvo naturalmente os casos em que se detete alguma ilegalidade), recaindo todos os outros no âmbito do artigo 125.º do CPA.

Primeiro temos o *A* = órgão administrativo final, que tem de assegurar o *B* = *fundamentação deve ser expressa*, seguindo o *C* = *através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão*, em que *D* = *podendo consistir numa mera declaração de concordância*, e finalmente *E* = *que constituirão parte integrante do respetivo ato*.

De *B* retira-se desde logo uma norma de conteúdo diretivo quando se lê “*deve ser*”, por obrigar a entidade administrativa a expressamente dizer o mesmo que a entidade que emitiu o parecer disse. De *D* resulta claramente uma limitação do órgão final à decisão do órgão consultivo quando refere que aquele apenas poderá declarar a

pareceres vinculativos por afirmarem conteúdo decisório. Perfilhando da mesma opinião, PIERRE-LAURENT FRIER, *Précis de Droit Administratif*, Paris, 2001, pp. 264-265.

sua concordância e não, atenção, a sua declaração de vontade enquanto entidade decisora no âmbito da sua função de prosseguir o interesse público, que através de uma ponderação entre interesses privados e interesses públicos poderia ou eventualmente gostaria de poder decidir em sentido contrário. De *C*, já duplamente limitado por *B* e *D*, não verá o *A* na sua fundamentação nada mais do que uma imitação de uma decisão de conteúdo declarativo de ciência que será a efetiva e concreta decisão. Finalmente o *E* que diz expressamente que o ato de *A*, ou seja, a sua “falsa” decisão terá parte integrante (que será toda a parte) no respetivo ato. Mas qual ato? Daquele emitido pelo órgão consultivo.

Não será esta uma coincidência do momento consultivo com o momento decisório? Parece-nos que sim.

Uma deliberação tomada por um órgão consultivo é consequência de uma reunião e o verso do ato emanado, de igual forma o órgão administrativo final também terá de se reunir para decidir antes de emitir o ato final. Desta forma, o órgão consultivo mediante deliberação pode aprovar ou não um parecer e, através do que foi decidido, projetar na esfera jurídica do particular a conclusão, tal como a entidade Administrativa, só que ali ainda numa fase processual onde compete ao órgão consultivo se pronunciar. A decisão do órgão de assumir esse parecer como seu, não se esgota meramente no plano interno à própria entidade sem se projetar para fora porque o ato jurídico dirigido ao órgão destinatário não possui meramente um conteúdo valorativo ou avaliativo, possui um carácter vinculativo, o que explica a sua qualificação como ato decisório, e portanto, como ato administrativo. Neste sentido a doutrina alemã fala numa *vinculatividade* para caracterizar a vocação que o ato tem para definir situações jurídicas tanto para o autor do ato como para os destinatários, o chamado modelo do *Verwaltungsakt*, de conteúdo regulador.

Com efeito é na vinculatividade que reside a força jurídica típica do ato que, por exemplo, MARCELLO CAETANO qualificava como definitivo¹²⁴, e que para os italianos falar-se-ia de imperatividade. Ora, sendo o parecer vinculativo e obrigatório, torna-se válido a partir do momento da sua conclusão, e eficaz a partir da notificação, sendo apto a produzir, na ordem jurídica, transformações com contornos que poderão justificar uma reação contenciosa por parte dos interessados – atendendo à sua

¹²⁴ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol. 1, Lisboa, 1982, pp. 334-336.

obrigatoriedade¹²⁵, porque exprimem uma resolução que determina o sentido da conduta a adotar. Portanto, não estamos a falar apenas de uma definição de uma situação jurídica mas sim de uma declaração jurídica e administrativa que irá produzir os seus efeitos.

Assim, um ato final e um parecer vinculativo obrigatório, ambos com conteúdo decisório, corporizam individualmente uma declaração de vontade determinante do rumo de um acontecimento ou do sentido da conduta a adotar, e neste último, o órgão que emite o parecer vinculativo obrigatório indica de que modo deve atuar o particular ao qual o parecer é dirigido. Até porque estes pareceres integram um processo continuado e gradual de formação e de manifestação da vontade administrativa e constituem em simultâneo, efeitos internos condicionadores e pré-figurativos da última decisão e efeitos externos e lesivos de direitos dos particulares.

A vontade da Administração não se manifesta apenas no último momento como “*se tivesse caído do céu aos trambolhões*”¹²⁶, antes é o resultado de um procedimento composto por diversos passos e na qual, nesta etapa onde se encontram os pareceres vinculativos, devem poder ser autonomamente impugnados.

Quanto a isso, vigora o bom senso daquele que vier a avaliar tal questão, nomeadamente os nossos Tribunais - podendo ou não admitir a impugnação de um parecer vinculativo - o que já se vê em passo crescente até porque rejeitar essa apreciação for força de uma denominação, não passa de uma antiga projeção legal que vem a ser entendida de forma divergente, por força da discussão em torno do conceito de ato administrativo (vide infra § 5.º).

§2.º Da acionabilidade jurisdicional - o princípio Constitucional da tutela jurisdicional efetiva.

A Constituição da República Portuguesa enquanto diploma que visa a salvaguarda dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, sendo eles considerados relativos ou absolutos, prevê uma panóplia descritiva de direitos de que

¹²⁵ Neste sentido, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10ª ed. Coimbra (reimpressão, 1986), p. 428.

¹²⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 705.

gozam os particulares além de prever também as respetivas garantias, estas últimas previstas no capítulo I e II do título V da Constituição.

Começando pelo n.º 3 do artigo 212.º da CRP que prevê que aos tribunais administrativos está incumbida a tarefa de dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas, é aqui que poderá haver a chamada cláusula geral¹²⁷ através e por onde se define o conteúdo geral objetivo da função jurisdicional administrativa que além de, objetivamente, definir o plano de atuação destes tribunais define também o núcleo ao referir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas.

É uma cláusula que por força da sua exposição sistemática, literal e teleológica, permite um acompanhamento às constantes alterações ao Direito, sem nunca permitir que se altere o seu significado estático¹²⁸ ao aceitar de portas abertas a tutela jurisdicional aos particulares para recorrerem, independentemente da forma jurídica de atuação administrativa. Quando falamos em forma jurídica falamos, além do nome do ato de que resulta a atuação – relembro que a mudança de nome não afeta a (mudança de) natureza nos efeitos vinculativos – na forma de emissão daquele, inserido no âmbito de um procedimento administrativo, que poderá provir de um órgão externo à Administração, por imposição legal, e continuar a haver uma relação administrativa entre o particular e a Administração atendendo ao núcleo administrativo da matéria.

A Constituição, no normativo indicado, ao referir “*relação jurídica administrativa*”, parece que a ratio é a de ser suficiente haver matéria administrativa para que o juiz, no âmbito da sua função, possa controlar a definição jurídica unilateral imposta ao particular, mesmo que seja uma entidade externa ao órgão administrativo a decidir (particularmente em questão os pareceres vinculativos emitidos por órgãos externos à Administração). Senão vejamos, por que razão haveria a Constituição, que tem vista à proteção dos particulares garantindo os seus meios de defesa, restringir o acesso de apreciação daqueles pelo facto de cumprir ou deixar de cumprir o que há muito se considera “perdido”¹²⁹?

¹²⁷ SÉRVULO CORREIA, “Ato Administrativo e Âmbito da Jurisdição Administrativa”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2002, p. 1156.

¹²⁸ Cfr. FRANZ BYDLINSKY, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York: Springer Verlag, 1982, p. 584.

Assistimos nos nossos dias a uma multiplicação de atos administrativos que pelo simples facto de estarem inseridos, segundo o CPA, em diferentes fases processuais não são em nosso entender fatores condicionantes para impedir a impugnabilidade dos mesmos, em concreto aos pareceres vinculativos obrigatórios.

A revisão Constitucional de 1989 ao eliminar a referência constitucional “definitivo e executório” sobre o ato administrativo a propósito da garantia para efeitos de impugnabilidade, veio alargar o conceito de ato administrativo permitindo que qualquer ato lesivo do particular desde que inserido numa relação jurídica administrativa, fosse uma operação material ou uma atuação jurídica intermédia, passível de recorribilidade. Além de que a CRP assegura o acesso dos particulares aos tribunais contra qualquer ato administrativo lesivo de direitos e interesses legalmente protegidos quando no n.º 4 do artigo 268.º diz que “*é garantido aos administrados tutela judicial efetiva*”.

Por sua vez, a Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, ao dar nova redação aos n.ºs 4 e 5 do artigo 268.º, levou a cabo duas transformações notáveis, como salientou o Deputado Barbosa de Melo: “*a primeira é que o n.º4 integra, num todo harmónico, o que atualmente, sem grande aprumo racional, anda derramado pelos n.ºs 4 e 5 vigentes; a segunda consta do n.º 5, no ponto em que este consagra inequivocamente o direito de ação contra regulamentos da Administração que afetem desfavorável e diretamente cidadãos nos seus direitos e interesses*¹³⁰”. Com a redação introduzida, o n.º4 deste preceito passou a ficar redigido de modo a garantir aos administrados “*tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas*”.

Assim, o que o legislador constitucional pretendeu foi deixar claro que “*o princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa - a mais do que obrigar o legislador a regular o clássico direito ao recurso contencioso contra atos administrativos; e, bem assim, o direito de acesso à justiça administrativa para tutela*

¹³⁰ Cfr. Diário da República, VII legislatura, 2ª sessão legislativa, reunião plenária de 30 de julho de 1997.

dos direitos ou interesses legalmente protegidos (nomeadamente, das ações para o reconhecimento desses direitos ou interesses) - obriga-o a prever meios processuais que permitam ao administrado exigir da Administração a prática de atos administrativos legalmente devidos (ações cominatórias) e, quando for o caso, lançar mão de medidas cautelares adequadas». É que tudo são manifestações (concretizações) do direito de acesso aos tribunais para defesa, por banda dos administrados, dos "seus direitos e interesses legalmente protegidos", como dispõe o n.º 1 do artigo 20º da Constituição» (cfr. acórdãos n.ºs 104/99, 105/99 e 469/99, publicados no Diário da República, II Série, de 10 de Abril de 1999, 15 de Maio de 1999 e 14 de Março de 2000, respetivamente)¹³¹. Parece-nos que esta nova redação veio permitir a recorribilidade de qualquer ato que seja desfavorável ao particular.

Além de que, temos também o disposto no artigo 20º da Constituição que consagra o direito de acesso aos tribunais, concretizado pelo artigo 268º, n.º 4, da CRP, ao estabelecer o direito de acesso aos tribunais administrativos, pelo que, admitir uma impugnação dos pareceres vinculativos seria, nada mais do que ir ao encontro dessa norma constitucional.

Afigura-se claro que o motivo é o de garantir aos particulares poderem reagir sempre quando prejudicados, ou seja, sempre que sejam lesados¹³².

Desde cedo na história que a doutrina vem a discutir o que se entende por ato administrativo para efeitos de recorribilidade passando de um conceito amplo para um conceito restrito e vice-versa, desde ROGÉRIO SOARES que entende que o ato administrativo é um ato restrito que exclui os atos que compõem o procedimento dos atos que produzem efeitos externos autonomamente até VASCO PEREIRA DA SILVA que adota uma conceção ampla de ato administrativo. A doutrina tem também vindo a tentar perceber se a Constituição adota ou não um conceito restrito ou amplo de ato administrativo de maneira a perceber se está ou não condicionada pela denominação prevista no CPA.

¹³¹ Em sentido contrário vide acórdão n.º 40/2001 (publicado no Diário da República, II Série, de 9 de Março de 2001, “*não decorre uma obrigatória impugnabilidade jurisdicional imediata de todos os atos, ainda que mediatamente lesivos, independentemente de se tratar de um ato que traduza a última palavra da Administração*”.

¹³² Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 701.

Cumpra referir em primeiro lugar que a garantia consagrada constitucionalmente de uma tutela judicial¹³³ efetiva deve ser interpretada em função do seu núcleo essencial que é, para nós, tão amplo ao ponto de permitir uma defesa antecipada do particular quando exista ou possa vir a existir uma muito provável superveniência da lesão, estando ou não em questão um ato autónomo final ou intermédio (inserido num contexto procedimental). Parece-nos que admitir a impugnação de um ato inserido a meio de um procedimento concretiza a garantia ampla constitucionalmente prevista de os particulares poderem beneficiar de tutela aquando de uma decisão proferida por uma entidade consultiva – de carácter vinculativo – que lhes seja desfavorável mesmo que no decorrer do procedimento.

Os atos praticados no decurso de um procedimento sendo eles verdadeiros atos administrativos (artigo 120.º do CPA) e gozando de recorribilidade (artigo 268.º n.º 4 da CRP) por serem lesivos, não vemos onde possa haver impedimento em admitir que uma medida substantiva produz simultaneamente efeitos externos e lesivos, e efeitos internos de preparação de outras decisões no procedimento onde esteja inserida. A lei não lhes retira essa possibilidade primeiro por ser ela mesmo a consagrar (na CRP) e segundo porque uma decisão emitida por um órgão externo (ou mesmo interno) ao órgão administrativo, sendo vinculativa e obrigatória, produz efeitos jurídicos “*per se*”, substantivamente próprios, externos, lesivos (pelos seus efeitos desfavoráveis ao administrado) e que como tal ofendem diretos ou interesses protegidos.

Assim é a própria Constituição que permite que se inclua no role de atos recorríveis além dos chamados atos principais também os atos intermédios autónomos ou destacáveis por produzirem efeitos jurídicos no âmbito das relações entre a Administração e os particulares¹³⁴, para nada interessando se foi praticado no meio ou no fim. A garantia da tutela jurídica vai além do ato final - por englobar um conjunto de

¹³³ Cfr. arts. 20.º e 268.º da CRP. O princípio da tutela judicial efetiva é um princípio estruturante do Estado de Direito e um direito fundamental dos cidadãos. Concretização especial deste é o direito de acesso à justiça administrativa. O direito à tutela judicial efetiva tem um conteúdo complexo, determinando não só a garantia de acesso aos tribunais como igualmente, entre outras concretizações, o direito ao respeito do contraditório. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, 1998, p. 267 e ss., 395, 447 e ss.; M. F. Maçãs, *A suspensão Judicial da Eficácia dos Atos Administrativos e a Garantia Constitucional da Tutela Judicial Efetiva*, Coimbra Editora, 1996, pp. 272 e ss., ao referir a consagração expressa do princípio da tutela judicial efetiva pela revisão constitucional de 1997, VIEIRA DE ANDRADE, “*As Transformações do Direito Administrativo na Utilização do Direito Privado pela Administração Pública: Reflexões sobre o Lugar do Direito no Estado*”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 60, Coimbra Editora, 1984, p. 77.

¹³⁴ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol. 1, Lisboa, 1982, p. 275.

atos - passando a proteger aqueles que determinam unilateralmente os seus efeitos jurídicos produzindo efeitos externos numa situação individual e concreta.

2.1. Meios jurisdicionais: ação de impugnação ou condenação à prática do ato devido?

Questão diversa é aquela que se assiste depois do CPTA ter previsto duas modalidades de ação administrativa especial: a impugnação de atos administrativos e a condenação à prática do ato devido. Quando optar por uma, e quando optar pela outra?

Começando pela ação de condenação, entendemos que deve o particular recorrer a ela quando houver um silêncio da entidade consultiva no prazo para pronúncia, ou então na recusa, quer pela Administração, quer pela entidade consultiva se for esse o caso, em apreciar a questão. Este tipo de ação tem por objeto uma vinculação legal de agir ou de atuar de determinada maneira (artigo 66.º, n.º 1 e 2 do CPTA) em que o tribunal pode condenar a Administração à prática de um determinado ato, com imposição do sentido e conteúdo que for devido no caso concreto.

A ação de impugnação parece-nos vir substituir o desaparecimento do recurso de anulação, e possibilita a apreciação de uma relação administrativa na sua integralidade a propósito da impugnação de um ato administrativo lesivo, em que o objetivo é conseguir uma decisão do tribunal que anule ou declare a nulidade ou a inexistência jurídica do ato administrativo impugnado, por se apresentar desconforme com as regras e princípios jurídicos que deveria respeitar. Portanto, visa controlar a sua invalidade (artigo 50.º, n.º1 do CPTA).

Poder-se-ia afirmar que a condenação à prática do ato devido aplicava-se a todos os casos em que o conteúdo de um ato fosse negativo para o particular e apenas recorrer à ação administrativo quando o conteúdo do ato fosse positivo¹³⁵. Contudo, não excluimos a necessidade de tutela que justifique a impugnação de atos de indeferimento, que o mesmo é dizer, de pareceres vinculativos. A questão tem sido amplamente discutida na doutrina alemã e conclusão a que chegou, naquele país, é a de que a impugnação de atos de indeferimento é admitida desde que o autor justificadamente

¹³⁵ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2012, pp. 285 e ss.

assuma que não pretende obter o ato ilegalmente recusado, mas apenas o reconhecimento judicial de que o ato de indeferimento foi ilegal e a sua remoção da ordem jurídica, e seja de admitir que ele tem um interesse processual em obter uma tal providencia que não é satisfeito com a condenação à prática do ato devido. Enquadra-se aqui, por exemplo, sugerido na doutrina alemã, o caso de quem pretenda ver removido da ordem jurídica um ato ilegal de indeferimento de um projeto de construção que se tinha erroneamente fundado no argumento de que esse projeto violaria disposições urbanísticas aplicáveis, apenas para não ver precludida a possibilidade de, mais tarde, vir a concretizar esse projeto, sendo certo que o autor não queira obter, para já, a correspondente autorização e, portanto, pedir a condenação da Administração à sua emissão, por ter entretanto abandonado a intenção de avançar, de imediato, para a construção¹³⁶.

Portanto, um particular pode querer ver apenas uma aprovação de um projeto ou de uma construção de uma certa obra num dado lugar cuja concretização seja a longo prazo, e apenas quere-lo antecipadamente e quando quiser construir já a tem o seu título permissivo.

O mesmo para as situações pré-existentes em que se possa admitir que a eliminação desse ato da ordem jurídica tem uma utilidade autónoma para o interessado, sem que, para o efeito, seja necessária a condenação da Administração à prática de um ato administrativo de conteúdo positivo¹³⁷.

Assim, admitimos a impugnação dos pareceres vinculativos administrativos, independentemente do seu conteúdo¹³⁸, visto que a pretensão do particular pode se satisfazer com uma mera amputação do ato, através por exemplo, da eliminação de

¹³⁶ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2012, pp. 289 e ss.

¹³⁷ Cfr. FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 2. überarbeitete Auflage - München, 1996, p. 248; SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, 7. Neubearb, Müller, p. 87.

¹³⁸ Com opinião contrária, SÉRVULO CORREIA, quando refere o afastamento da impugnação aos atos de conteúdo negativo por perderem a natureza de ato administrativo (sustenta a sua opinião no artigo 66.º, n.º 2 do CPTA), “**O Incumprimento do Dever de Decidir**”, in *CJA*, n.º 54, 2006, pp.23 e ss.; No sentido inverso, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, ao referir que: “há que separar claramente o plano substantivo do plano processual”, enquanto no plano processual “é indiscutível que a introdução, com a específica configuração que lhes foi dada, dos processos de condenação à prática do ato administrativo implica que o ato de conteúdo negativo deixa de ser o elemento por referência ao qual se procede à delimitação do objeto do processo”, e no plano substantivo “não implica que se lhes deva recusar o qualificativo de atos administrativos. O ato negativo não deixa, com efeito, de conformar a situação jurídica substantivo do titular da pretensão e de dever ser, por isso, objeto de reação tempestiva”, em *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2012, p. 291;

algumas cláusulas. Bastará ao interessado impugnar o ato, pedindo a sua anulação na parte em que lhe seja desfavorável.

§3.º Ação de impugnação: ato (administrativo) vs ato final.

O objeto do processo de impugnação é especialmente complexo não apenas pela diversidade dos pedidos mas também pelas diferentes naturezas que pode assumir o ato impugnado, questão relevante por ser objeto mediato da pretensão.

O conceito de ato administrativo, entendido como impugnável, tem subjacente um conteúdo materialmente administrativo enquanto decisões administrativas de autoridade que visam a produção de efeitos numa situação individual e concreta (vide artigo 120.º do CPA). Assim, não vemos por que razão contrapor a impugnabilidade de atos administrativos com a impugnabilidade de atos não qualificados expressamente como tal (embora implicitamente). Alargar o conceito de ato administrativo de maneira a permitir que sejam incluídos os atos processualmente instrumentais vinculativos - inclusive não vinculativos - é o que mais se adequa aos dias de hoje face à complexidade do procedimento que assiste cada vez mais e por se consubstanciarem em decisões materiais que produzem efeitos jurídico e imediatamente lesivos no âmbito das relações entre a Administração e os particulares, mesmo que numa relação triangular ou onde intervenham mais autoridades. Neste sentido o artigo 146.º do Projeto de Revisão do CPA, apresentada pelo Governo à Assembleia da República ao referir, em primeiro lugar na exposição de motivos que: *“O Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, sofreu apenas uma revisão com o Decreto-lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro. Impunha-se assim a sua revisão alargada (...)”* são atos administrativos não aqueles emanados por órgãos da Administração (como dispõe o atual artigo 120.º do CPA) mas sim *“Para efeitos da presente lei, consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”* (sublinhado nosso). É notório que há aqui um cuidado em alargar o conceito de ato administrativo a todos os atos praticados por entidades quer sejam ou não administrativas, desde que intervenientes no âmbito de um procedimento administrativo por estarem incumbidas de poderes jurídico-administrativos. Mas apesar do artigo ser mais abrangente que a anterior redação - ainda em vigor - parece-nos que poderia

concretizar mais ainda a panóplia de atos administrativos e não se ficar por uma disposição ampla, deixando sempre uma sombra sobre o que efetivamente se pode ou não considerar ato administrativo.

A propósito da noção ampla de ato administrativo, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNANDEZ englobava nessa noção os “*atos de procedimiento, em relação aos quais existe hoje uma especial sensibilidad*”¹³⁹ ao mesmo tempo que distinguia, de um ponto de vista substantivo, os atos finais dos praticados no decurso do procedimento considerando que “*a regra de irrecorribilidade dos atos de tramitação (...) é uma simples regra de ordem, não é uma regra material absoluta*”¹⁴⁰.

Quanto a nós, perfilhamos da tendência moderna alemã que defende o alargamento do universo dos atos recoráveis ao englobar os diferentes estádios de decisão das autoridades administrativas, como é o exemplo de BROHM com a teoria da “decisão por etapas” («Theorie der “stufenweisen Entscheidung”»)¹⁴¹ que concebe o ato administrativo como o resultado de “*um processo de tratamento da informação e de formação da vontade faseados e, com frequência, constituídos por várias etapas*” (BROHM)¹⁴². Considera também que devido à complexidade das relações no domínio administrativo, aquela não poderia deixar de ter consequência no modo de conceber o ato administrativo visto que “*nos diferentes estádios de procedimento – de apreciação técnica, de produção e de seleção de dados – a decisão definitiva é pré-formada de uma forma que não é irrelevante*” (BROHM)¹⁴³. Refere que as decisões tomadas no decurso de um procedimento nomeadamente, as “*questões parciais materialmente delimitadas são resolvidas de forma definitiva por uma outra instância em virtude de conhecimentos técnicos especializados*” (¹⁴⁴)(¹⁴⁵). De acordo com a teoria da “decisão por etapas” o “*domínio interno da Administração perde o seu isolamento constante*”

¹³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 5ª ed., 1991, p. 520.

¹⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 5ª ed., 1991, p. 545.

¹⁴¹ WINFRIED BROHM, “**Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung**”, in *VVDS*, n.º 30, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1972, p. 291.

¹⁴² WINFRIED BROHM, “**Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung**”, in *VVDS*, n.º 30, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1972, p. 292.

¹⁴³ WINFRIED BROHM, “**Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung**”, in *VVDS*, n.º 30, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1972, pp. 289 e 290.

¹⁴⁴ WINFRIED BROHM, “**Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung**”, in *VVDS*, n.º 30, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1972, pp. 289 e 290.

¹⁴⁵ Cfr. também VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, pp. 698-700.

(BROHM)¹⁴⁶ permitindo ao tribunal controlar ou condicionar o próprio procedimento administrativo através da admissibilidade de impugnação contenciosa daqueles atos, praticados em diferentes estádios de formação da vontade administrativa que possuam caráter lesivo, o que permite por conseguinte uma fiscalização preventiva da atividade administrativa e a antecipação da tutela dos direitos dos particulares¹⁴⁷.

Vejamos agora se os pareceres assumem os requisitos exigidos por lei para que serem impugnados.

3.1 Da possibilidade de recorrer à ação de impugnação.

Admitir uma ação de impugnação a um parecer vinculativo e obrigatório é admitir uma defesa judicial antecipada do interessado¹⁴⁸ como consequência da lesão que aquele provocou ou potencialmente poderá vir a provocar na esfera jurídica dos interessados¹⁴⁹.

Uma decisão (parecer vinculativo) que assume natureza de ato administrativo pode ser objeto de impugnação contenciosa já que é nela que o interessado verá a decisão conclusiva do procedimento, não havendo possibilidade de contradição posterior numa eventual desconformidade¹⁵⁰ (salvo os casos de fiscalização de legalidade).

¹⁴⁶ WINFRIED BROHM, “*Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*”, in *VVDS*, n.º 30, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1972, p. 291.

¹⁴⁷ Cfr. Ac. Do S.T.A de 06/12/2005 no recurso de 0239/04, no sentido de que “*o recurso contencioso que dele (parecer) seja interposto, não trava o prosseguimento do procedimento e, portanto, não impede a prática do ato final/ Isto significa que um tal recurso contencioso só pode ser entendido no quadro do exercício de uma mera faculdade, não operando aí os efeitos do caso decidido pela sua não interposição.*”

¹⁴⁸ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, «*Algumas Reflexões a Propósito da Sobrevivência do Conceito de "Ato Administrativo" no nosso Tempo*», 1949, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* Coimbra, 2001, p. 1216.

¹⁴⁹ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra, 2009, p. 214 e nota 434 quando refere que “*a lei poderia e deveria prever a impugnabilidade das decisões sobre o projeto de arquitetura, tendo em conta o seu caráter «central» no procedimento (v. MÁRIO TORRES, in CA, 2001, pp. 41 e ss.)*” e ainda “*também se poderá considerar a impugnabilidade dos pareceres vinculantes, sempre que seja nula, por determinação legal, a desconformidade das decisões finais com esses pareceres – é que, nesses casos, é seguro que o efeito jurídico determinado pelo parecer se vai produzir*”, embora aqui considere haver uma decisão final da Administração.

¹⁵⁰ Ao contrário, no sentido de que o órgão requerente pode apresentar um recurso contencioso contra o parecer, cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, 5ª ed., Paris, 1991, p. 820; e UMBERTO FRAGOLA, *Gli, Atti Amministrativi*, Napoli, Jovene, 1964, p. 135, admitindo que aquele órgão tem legitimidade para deduzir impugnação administrativa contra o parecer.

A impugnabilidade autónoma judicial dos pareceres é, desde há não muito tempo, objeto de controvérsia. Vejamos alguns caminhos doutrinários sobre a questão, começando por fazer uma destrição entre algumas escolas, nomeadamente: FREITAS DO AMARAL¹⁵¹, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS¹⁵², embora não afirmem diretamente, parece admitirem a possibilidade de os pareceres poderem ser autonomamente impugnáveis nos tribunais, porque lesiva de direitos e interesses legalmente protegidos – sem necessidade de uma individualizada previsão legal dessa impugnabilidade judicial.

PACHECO DE AMORIM também concorda com esta última posição por entender que é uma forma de reforçar as garantias impugnatórias dos particulares, de certeza e de segurança jurídica¹⁵³, referindo que neste caso temos um procedimento conducente a um ato que decide uma pretensão do particular que é o parecer “*formal e final*” e não faz sentido distinguir (aqui no caso de indeferimento antecipado) entre efeitos negativos internos e externos. Adianta que mesmo no que respeita aos atos positivos, designadamente os ablativos, não se justifica proceder à referida distinção. O autor levanta a opinião de FREITAS DO AMARAL quando este sublinha que o ato horizontalmente definitivo se limita a executar vinculadamente de uma decisão já materialmente tomada pelo órgão consultivo e a não se entender assim como ato complexo, a inovação que o ato final poderia trazer seria tão só no domínio da execução (ou até de eficácia) de efeitos já produzidos do que no dos efeitos jurídicos substantivos e inovatórios.

Concordamos com FREITAS DO AMARAL¹⁵⁴ na medida em que abre uma porta à recorribilidade do parecer quando refere que aquando de um parecer vinculativo “*quem decide é a entidade que emite o parecer*” sendo essa a verdadeira decisão, enquanto a decisão final da Administração será apenas uma mera formalidade de algo que já estava previamente decidido.

¹⁵¹ Cfr. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 2001, p. 274.

¹⁵² Cfr. *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª ed., Lisboa, 2009, pp. 95 e 135.

¹⁵³ Cfr. “**A Instrução do Procedimento: Pareceres Vinculativos e Audiência dos Interessados no Código de Procedimento**”, in *CJA*, n.º82, Julho-Agosto, 2010, p. 25.

¹⁵⁴ FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. III, Policop., Lisboa, 1989, p. 138.

PACHECO DE AMORIM¹⁵⁵ e VIEIRA DE ANDRADE¹⁵⁶ referem que o parecer vinculante poderá ser ainda impugnado pelo suposto órgão decidente, e que este poderá decidir (por definição, ilegalmente) em sentido contrário ao parecer vinculativo com o qual se deveria conformar. Nesta hipótese, uma antecipada impugnação judicial do parecer pelo particular poria em causa o princípio da economia processual, desmentindo ainda a possibilidade teórica daquelas atuações do suposto decisor final respeitar o carácter materialmente definitivo e irreversível do parecer vinculante. Estas objeções são para PACHECO DE AMORIM improcedentes, por um lado face à remota probabilidade de a Administração atuar judicialmente contra si mesma (mesmo tratando-se de distintas administrações), devendo prevalecer o princípio da tutela jurisdicional efetiva sobre o princípio da economia processual. E por outro lado porque nunca se deverá assentar em uma solução teórica para um problema jurídico numa hipótese patológica, como é indiscutivelmente a da possibilidade da prática de um ato final contrário ao parecer vinculativo que com o mesmo parecer se deveria conformar – ato final esse que seria, por definição, ilegal, (ainda que em virtude de um vício de natureza formal)¹⁵⁷, posição que concordamos.

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, ao contrário da restante doutrina, não defende em caso algum a recorribilidade dos pareceres vinculativos.

J. L. ARAÚJO e JOÃO A. COSTA também desconsideram a hipótese de impugnação contenciosa dos pareceres.

Já MARCELO CAETANO tem já uma ideia de que os pareceres vinculativos seriam não meros pareceres mas sim atos definitivos carecidos de homologação para se tornarem executórios¹⁵⁸. Salvo o devido respeito, defendemos, em primeiro lugar, que o parecer “*per si*” tem o poder que uma decisão final tem, não carecendo de homologação para esse efeito, segundo porque a questão da executoriedade não se coloca visto ser entendimento dominante de que tal apenas sucede quando não se cumpre o conteúdo de um ato administrativo tendo nesse caso que recorrer a uma via coerciva.

¹⁵⁵ Cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, “**A Instrução do Procedimento: Pareceres Vinculativos e Audiência dos Interessados no Código de Procedimento**”, in *CJA*, n.º82, Julho-Agosto, 2010, p. 24.

¹⁵⁶ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra, 2009, nota 432 da p. 213.

¹⁵⁷ Cfr. PACHECO DE AMORIM, “**A Instrução do Procedimento: Pareceres Vinculativos e Audiência dos Interessados no Código de Procedimento**”, in *CJA*, n.º82, Julho-Agosto, 2010, p. 25-26.

¹⁵⁸ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, (9ª edição, reimpressão), Almedina, Coimbra, 1980, p. 1320.

Nas palavras de VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO os pareceres são atos internos e, "nestes casos não existem efeitos externos ou existem apenas efeitos prodrômicos de um ato procedimental que só se torna ato decisório através do ato conclusivo do procedimento", por isso são irrecorríveis¹⁵⁹. Só assim não será, segundo os mesmos autores, se estes forem idóneos para produzir efeitos imediatamente lesivos (e, por conseguinte efeitos externos) porque então, sendo atos preparatórios dotados de efeitos próprios de um ato administrativo, já são suscetíveis de impugnação contenciosa.

ROGÉRIOS SOARES entende que os pareceres são atos instrumentais com caráter declarativo concretizados em avaliações¹⁶⁰ e no domínio do contencioso de anulação, defende a exclusão de todo e qualquer ato que não esteja a concretizar lesões e que no procedimento sirva apenas a atos de primeira grandeza.

VASCO PEREIRA DA SILVA já admitia a questão da possibilidade de recurso contencioso direto e imediato dos pareceres vinculativos¹⁶¹ considerando e bem que na ordem jurídica portuguesa todos os atos administrativos são suscetíveis de impugnação contenciosa (268.º n.º 4 da Constituição) e dependiam apenas dos pressupostos processuais, assim, sendo ato administrativo (120.º do CPA) não podia ser afastado do recurso contencioso, ainda que a sua impugnação dependesse da existência ou não de afetação de direitos dos particulares.

Parece-nos que o artigo 120.º do CPA não é limitador da ideia aqui defendida por referir que ato administrativo é a decisão do órgão da Administração, como já referimos rejeitamos a ideia de haver uma definitividade horizontal ou vertical do parecer e admitimos pura e simplesmente uma noção ampla de ato administrativo onde estão incluídos os pareceres vinculativos e obrigatórios por deles se retirar uma decisão administrativa. E não obstante a entidade que emite o parecer poder não ser um órgão da Administração, é um órgão capaz de permitir ao particular lançar mão de uma ação de impugnação por força do seu conteúdo vinculativo e decisório¹⁶².

¹⁵⁹ *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, vol. I, 3.ª edição, Coimbra, 1993, p. 939.

¹⁶⁰ *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 136; ROGÉRIO SOARES, "O Ato Administrativo", in *CJ*, T.XXXIX, Jan-Dez., Braga, 1990, p. 32.

¹⁶¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 706.

¹⁶² Em sentido contrário PEDRO GONÇALVES, admitindo que o particular só poderá impugnar o parecer quando o ato conclusivo do procedimento estiver praticado, e caso resulte uma sentença anulatória do parecer, o ato final será nulo e implicará uma ingerência á esfera da entidade que emitiu o

Como já referido anteriormente, estes pareceres não são meramente consultivos mas são atos que prejudicando o exercício de poderes decisórios dos órgãos a quem se destinam, têm natureza de atos administrativos por trazerem no seu conteúdo uma pré-decisão sejam elas prévias no caso de decidirem na íntegra a questão prévia, aquela que supostamente tem de ser decidida a final, sejam elas parcelares, no caso de apenas decidir parte da questão, sendo verdadeiras decisões e como tal merecedoras de beneficiar o regime de impugnação previsto para o ato administrativo final. Encontramos apoio sobre a nossa tese não só a nível jurisprudencial (vide infra § 5.º) como também a nível doutrinal¹⁶³.

Aceita-se, como já se disse, que os pareceres não vinculativos possam também ser impugnáveis, embora criticando de alguma forma a sua utilidade na medida em que poderá haver uma decisão final perfeitamente contrária e decidir a favor do interessado, mas caso isso não aconteça, o particular tem sempre ao seu dispor o mecanismo que a lei prevê no n.º 3 do artigo 51.º do CPTA (que veio esclarecer o n.º 1 do mesmo artigo).

O novo contencioso administrativo revela uma funcionalização subjetiva ao colocar “a tutela ao serviço das situações jurídicas individuais”¹⁶⁴ não obstante, segundo o artigo 50.º n.º1 do CPTA, o objeto na ação administrativa especial de impugnação de ato administrativo ser a “*anulação ou declaração de nulidade ou inexistência*”¹⁶⁵ relutando numa conotação objetivista. Parece-nos que continua a “*persistência do velho problema da determinação dos efeitos de anulação*”¹⁶⁶.

parecer e que, apesar de não ter sido parte no processo de recurso contra o ato conclusivo do procedimento, não deixa de ser rigoroso afirmar-se que aquele recurso abrangeu (materialmente) o parecer, que foi absorvido ou integrado no ato recorrido, e nesse sentido, porque o conteúdo do parecer se integra no conteúdo do ato conclusivo do procedimento, o parecer, enquanto ato administrativo, pode adquirir uma estabilidade de caso decidido formal, mas já não a estabilidade de uma caso decidido material “**Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes**”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, pp. 11 e 12.

¹⁶³ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “**Considerações em Torno do Conceito de Ato Administrativo Impugnável**”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra Editora, 2006, p. 291; PEDRO GONÇALVES, “**Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes**”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, pp. 6 a 11; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 2001, p. 274; e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, pp. 703–705.

¹⁶⁴ Cfr. SÉRVULO CORREIA, “**Direito do Contencioso Administrativo**”, vol. 1, Lisboa, LEX, 2005, p. 694, além de que, também a Constituição prevê a tutela de interesses meta individuais e o controlo jurisdicional objetivo das formas típicas de conduta da Administração.

¹⁶⁵ Opinião contrária tem VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2ª ed., Coimbra, 2009, p. 289, ao considerar se tratar de uma confusão entre pedido imediato e objeto que, ademais, contraria o “espírito do sistema” do novo contencioso.

¹⁶⁶ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra, 2009, p. 384.

Se é certo que a questão relativa ao objeto da sentença é de utilidade, não é menos certo que a questão da eficácia subjetiva também o seja, o que passamos a ver mais adiante (vide infra 3.4).

3.2. (In)definitividade dos pareceres vinculativos obrigatórios.

Não é de agora que a questão da definitividade horizontal se encontra definitivamente abandonada¹⁶⁷.

O conceito de definitividade horizontal correspondia a uma conceção segundo a qual só seriam impugnáveis os atos que terminassem um procedimento administrativo ou então que constituíssem a resolução final autónoma, comprometendo irremediavelmente a posição a adotar, e onde lhes era contraposto os atos instrumentais pelo facto de terem uma natureza meramente auxilatória e que mesmo quando diretamente relacionados com a produção do ato final, contribuíssem apenas para a definição do seu conteúdo, adquirindo o carácter de ato preparatório¹⁶⁸. Hoje a tese da definitividade do ato administrativo está abandonada¹⁶⁹.

Era o próprio Professor MARCELLO CAETANO quem já prescindia da ideia de definitividade horizontal e admitia a recorribilidade contenciosa dos chamados atos autónomos que “*per se*” afetavam a decisão final relativamente a certo particular comprometendo, irremediavelmente, a decisão a tomar¹⁷⁰, referindo o detrimento do princípio da impugnação unitária do ato final¹⁷¹ pela impugnação de atos que embora integrados no procedimento administrativo determinavam o resultado final. Temos o exemplo do princípio oposto da impugnabilidade não preclusiva (artigo 51.º n.ºs 1 e 2 do CPTA) e uma abertura cada vez maior à ideia de que ter de esperar para o término do procedimento para se poder lançar mão ao processo, está cada vez mais

¹⁶⁷ Cfr., por todos, SÉRVULO CORREIA, “*Impugnação de Atos Administrativos*”, in *CJA*, n.º 16, Julho-Agosto, 1999, p. 14; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra 1996, pp. 631 e ss.

¹⁶⁸ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, pp. 100-101; SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol. 1, Lisboa, 1982, p. 275; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 2001, pp. 269 e ss.

¹⁶⁹ Cfr. M. AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª ed., Coimbra, 2005, pp. 144-146.

¹⁷⁰ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10ª ed., Coimbra (reimpressão, 1986), p. 445.

¹⁷¹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol. 1, Lisboa, 1982, p. 278.

descontextualizada face ao panorama em que se enquadra a Administração, o seu manuseamento e a complexidade de gestão concretizada num grande número de atos que são “*per si*” suficientemente capazes de ter a mesma força jurídica que o ato administrativo final, e por isso, considerados a fonte de uma pluralidade de conexões entre duas dinâmicas sobrepostas no tempo¹⁷², a do processo e a do procedimento.

PEDRO GONÇALVES nos seus escritos abordou a questão da definitividade como limitadora da admissibilidade para o parecer vinculante ser impugnado por não definir logo a posição jurídica do interessado - que aliás é visto como um terceiro visto que o parecer se destina a esgotar numa relação entre dois órgãos administrativos – precisamente por este “*não realizar nenhuma função definitiva ou concretizadora do direito aplicável a uma relação jurídica*” que se constitui entre a Administração e o particular quando falamos em ato administrativo¹⁷³.

Era a falta de reconhecimento da definitividade horizontal dos pareceres vinculativos que parecia obstar à admissibilidade da sua impugnação. Sucede, porém, que o número 1 do artigo 51.º do CPTA veio acabar com essa definitividade horizontal procedimental ao abrir caminho à possibilidade de impugnação contenciosa de atos procedimentais e não apenas de atos que ponham termo ao procedimento ou a um seu incidente autónomo (¹⁷⁴). Assim, foi abandonada a ideia de definitividade horizontal como requisito de impugnabilidade do ato administrativo (¹⁷⁵).

¹⁷² Cfr. SÉRVULO CORREIA, “**Ato Administrativo e Âmbito da Jurisdição Administrativa**”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2002, p. 1185; No mesmo sentido MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “**Considerações em Torno do Conceito de Ato Administrativo Impugnável**”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra Editora, 2006, pp. 281-282.

¹⁷³ PEDRO GONÇALVES, “**Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes**”, in *CJA*, n.º 0, Nov./Dez., 1997, p. 9.

¹⁷⁴ Afigura-se elucidativo, a este propósito, o seguinte excerto da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 92/VIII: “*No que diz respeito ao regime processual das pretensões dirigidas á anulação ou á declaração de nulidade ou inexistência de atos administrativos, matéria sobre a qual existe amplíssima elaboração jurisprudencial e doutrinal, procurou-se dar expressão ao que hoje parece ser consensual e satisfação as críticas e sugestões recolhidas durante a discussão pública, sempre com a preocupação de não fazer doutrina nem tomar partido em querelas doutrinárias. Neste sentido, procurou-se definir o ato administrativo impugnável tendo presente que ele pode não ser lesivo de direitos ou interesses individuais, mas sem deixar, de harmonia com o texto constitucional, de sublinhar o especial relevo que a impugnação de atos administrativos assume neste caso. Por outro lado, deixa de se prever a definitividade como requisito geral de impugnabilidade, não exigindo que o ato tenha sido praticado no termo de uma sequência procedimental ou no exercício de uma competência exclusiva para poder ser impugnado*” (sublinhado nosso).

¹⁷⁵ Neste sentido MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª ed., Coimbra, 2005, p. 144; e Acórdão do TCA Sul de 22 de Março de 2007, Processo n.º 682/05.

Parece-nos que com a reforma do direito administrativo a ideia da definitividade deixa de ser um problema, precisamente pelo novo regime do contencioso administrativo em que a lei veio acabar com a exigência de que o ato administrativo tinha que ser definitivo para produzir os seus efeitos, passando a permitir a impugnação de outros atos no decorrer do procedimento, como refere MARIO AROSO DE ALMEIDA “...continuamos a entender que, no domínio da construção de obras particulares, se justifica admitir a impugnação do ato de aprovação do projeto de arquitetura, por parte do vizinho que repete ilegal a implantação do prédio já efetivamente em construção, por não respeitar as distâncias mínimas, sem que se lhe deva exigir que aguarde pela aprovação dos projetos de especialidades¹⁷⁶”.

Assim, o critério de ato administrativo enquanto ato final como condição para se permitir a impugnabilidade não passa de uma mera obediência costumeira e legal às fases procedimentalmente consagradas no CPA, oposto ao entendimento de que o ato administrativo é cada vez menos o marco de separação cronológica entre as duas referidas dinâmicas sucessivas.

3.3. Relativos a um caso individual e concreto.

Sem se individualizar a natureza dos atos ou pareceres emitidos pelos órgãos consultivos para identificar os elementos de diferenciação em relação aos atos administrativos e olhando apenas para o campo dos requisitos administrativos (ou requisitos processuais) cumpridos pelo estabelecimento desses órgãos, vemos que são decisivos e aplicáveis a um caso individual e concreto e é o que lhes dá a natureza de ato administrativo devido à sua vinculatividade.

Os atos que são emitidos pela entidade consultiva conduzem uma regulamentação imediata de uma situação concreta de um particular visto condicionarem irremediavelmente a decisão final que como refere Marcello Caetano, é o ato que contém a solução de um determinado caso concreto.

¹⁷⁶ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2012, p. 278.

3.4. Destinados a produzir efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos.

No acórdão n.º 9/95, do Tribunal Constitucional, n.º 115/96, o ato administrativo contenciosamente impugnável é resultado de uma “*garantia constitucional da accionabilidade dos actos administrativos ilegais*” que “*procura assegurar que haja sempre a possibilidade de sindicarem judicialmente, com fundamento na sua ilegalidade, todo e qualquer ato de autoridade que produz ofensa de situações juridicamente reconhecidas (isto é, que tenha efeitos externos)*”.

Parece-nos que a eficácia externa é um requisito associado à estrutura de quem impugna, que o ato só tem de preencher para o efeito de poder ser impugnado por quem não se encontre integrado na estrutura da própria entidade que o emite (artigo 51.º, n.º1 CPTA ao referir a eficácia externa do ato à suscetibilidade de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos de particulares)¹⁷⁷, não sendo um requisito intrínseco da impugnabilidade dos atos, por isso, o parecer vinculativo, contendo uma decisão que determina a situação jurídica do particular, claramente que tem eficácia externa¹⁷⁸.

PACHECO DE AMORIM refere que para se apurar a lesividade do ato (o mesmo é dizer da desfavorável incidência na esfera jurídica dos particulares) recorre-se ao nexo substantivo de causalidade imediata entre o conteúdo do ato e a esfera jurídica, atentos o recíprocos posicionamentos do autor do ato materialmente decisivo e do ente que, à luz das normas substantivas aplicáveis ao caso concreto, inequivocamente sofre (ou virá fatalmente a sofrer, é indiferente) os efeitos desse mesmo ato¹⁷⁹.

Para VIEIRA DE ANDRADE os atos com eficácia externa são aqueles que produzem efeitos nas relações jurídicas administrativas externas independentemente da respetiva eficácia concreta, incluindo as decisões que por si produzem os efeitos jurídicos, designadamente ablatórios, ainda que devam ser complementadas por atos jurídicos de execução vinculada e os atos destacáveis do procedimento, isto é, aqueles que embora inseridos num procedimento produzem efeitos jurídicos externos

¹⁷⁷ Neste sentido MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2012, p. 278.

¹⁷⁸ Vide artigo 55.º, n.º 1, alínea d) do CPTA que admite a impugnabilidade de atos no plano intra-administrativo, ou seja, parece não se exigir necessariamente para a impugnação a fixação de direitos ou deveres dos particulares.

¹⁷⁹ Cfr. PACHECO DE AMORIM, “*A Instrução do Procedimento: Pareceres Vinculativos e Audiência dos Interessados no Código de Procedimento*”, in *CJA*, n.º82, Julho-Agosto, 2010, p. 25.

autonomamente sem ser através do ato principal do procedimento¹⁸⁰. Refere que a questão mais problemática está em saber se dever-se-á incluir aqui os pareceres vinculantes por determinarem “peremptoriamente” a decisão final de um procedimento com efeitos externos mas que, na sua opinião, não têm capacidade para constituir tais efeitos externos visto só se produzirem através da decisão final.

A nossa opinião aproxima-se desta mas apenas ao facto de aceitar a impugnabilidade das “decisões” que irão causar lesões em direitos dos particulares, apesar de entender haver a falta de previsibilidade legal¹⁸¹ (expressa), porque quanto à dependência do ato final para a produção dos efeitos externos do parecer, perguntamos nós qual será o nexo que se estabelece entre o momento da conclusão do parecer vinculativos e o momento da conclusão do ato final para que este último seja condição dos efeitos externos?

Parece-nos que um parecer vinculativo, a não ser considerado ato administrativo mas sim ato instrutório, e desfavorável, além de condicionar os efeitos da decisão final a ser emanado pela Administração provoca desde o momento da sua conclusão – e naturalmente, após a respetiva notificação pela entidade autora ao particular (elemento integrante da eficácia para os pareceres desfavoráveis) – uma clara situação de lesividade na situação jurídica do particular envolvido na relação administrativa, ou seja, produz os chamados efeitos externos e não é pelo facto de (processualmente) primeiro poder ser destinado a outra entidade, mesmo que seja de um órgão interno a outro órgão da entidade decisora, que aquele deixará de vincular e afetar o particular, sabendo-se que para isso será suficiente a sua notificação.

Então, se assim é relativamente aos particulares, porquê depender do ato final? O que são afinal os efeitos externos?

Efeitos externos são aqueles produzidos no âmbito das relações entre a Administração e os particulares ou entre os órgão que embora não administrativos, decidem sobre questões materialmente administrativas por estarem inseridos numa relação administrativa, e resultantes dessas decisões poderão sair efeitos que afetam a

¹⁸⁰ E aqui refere aqueles atos que terminam uma fase autónoma ou um sub-procedimento nos procedimentos complexos (ato prévio ou ato parcial), in *Justiça Administrativa, A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra, 2009, p. 212.

¹⁸¹ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra, 2009, p. 214.

situação jurídico-administrativa de uma situação (¹⁸²). Portanto, os atos com eficácia externa produzem ou constituem efeitos nas relações jurídicas administrativas externas, visto projetar os seus efeitos autonomamente na própria pretensão material ou no próprio direito, bem como, interesse ou posições jurídicas que qualquer interessado aí aspira. Assim, um parecer vinculativo e obrigatório cumpre esses requisitos apesar de, legalmente, estar enquadrado numa fase preparatória.

O disposto no artigo 51.º n.º1 do CPTA não prevê que sejam impugnáveis os atos administrativos finais mas sim os atos administrativos com eficácia externa, especialmente aqueles cujo conteúdo seja suscetível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos, ou seja, o legislador terá tido um cuidado em alargar a panóplia do campo de atos administrativos ao não afirmar que todos os atos seriam impugnados mas apenas os que produzem eficácia externa que em nosso entender não se trata de um requisito intrínseco da impugnabilidade mas sim, está associado à estrutura de quem impugna.

Assim, parece-nos que tal disposição abre portas a que se considere aqui implícito o parecer vinculativo por ser o primeiro, o único e o verdadeiro ato que define a situação jurídica, enquanto o ulterior ato da Administração poderia passar para uma situação hipotética posto que a sua utilidade prática é a nosso ver nula. E a ter que considerar o ultimo ato, não seria nada mais do que uma “falsa decisão”.

Em cumprimento com o que já foi dito anteriormente, o legislador com o artigo supra terá querido afirmar o núcleo duro da tutela jurisdicional em face de decisões administrativas externas o qual assenta na lesão dessas posições jurídicas-substantivas, conforme o disposto no artigo 268.º n.º 4 da CRP.

Diferente seria, e que não deixamos de concordar, se estivéssemos a falar de outros atos preparatórios (que não produzem por definição, efeitos externos) e não devem ser considerados, em si, lesivos do particular, porque a lesão da esfera jurídica ainda não aconteceu (e não pode vir a dar-se por força de uma possível e eventual decisão contrária final da Administração)¹⁸³. Assim, um parecer desfavorável, não deixa

¹⁸² Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978 p. 91; SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol. 1, Lisboa, 1982, p. 274-275.

¹⁸³ Em sentido contrário VIEIRA DE ANDRADE entende que o artigo 120.º do CPA não exige a produção de efeitos externos pelo que inclui as “decisões” sem efeitos externos e admite que o conceito

de ser um ato mas se não é vinculante, não lesa o particular por poder não vir a ser seguido pelo órgão competente para decidir. Logo, falta-lhe (ao particular) a eficácia externa associada à sua estrutura para o impugnar.

Pelo contrário, se for vinculante, e não obstante a organização esquemática procedimental no CPA que impõe ao particular ter de esperar para a emissão do ato final e só aí arguir a nulidade de uma ilegalidade do, entendemos que poderá agir contenciosamente desde a conclusão (respetiva notificação) do parecer, visto que obrigá-lo a esperar pelo ato final seria adiar o seu projeto de vida e privado em prol de uma pronuncia póstuma que será executada no mesmo sentido e prejudicando-o. Vejamos: tendo o particular sido notificado da decisão e acedido ao seu conteúdo, supondo que seja uma decisão negativa ou que deteta algum vício ou discorda dela por algum motivo, por que razão terá o particular de esperar que o órgão da Administração se pronuncie (no âmbito de uma decisão final) para poder reagir contenciosamente?

Não se vê aqui nenhuma justificação plausível a não ser uma mera obediência *costumeira e legal* a uma conexão temporal e substancial ordenada e simétrica dos passos administrativos consagrados do procedimento onde o ato final ou principal é o ato “padrão”.

Costumeira porque é hábito o particular arguir a nulidade ou a sua discordância a um parecer vinculativo apenas no momento posterior ao da sua emissão (decisão final que terá os mesmos efeitos que aquele), porque impugnar um parecer provoca sempre a sensação de não ser um comportamento a favor do disposto na lei (e na dúvida aguardam), por isso poucas vezes utilizado – e onde a opção pela espera do ato final se mostra preferencial e respeitadora aos tramites legais no CPA abdicando-se, para depois, da situação concreta do particular que já está a ser previamente lesada.

Legal porque por uma questão procedimental não se retira da Lei que os atos administrativos e os atos instrumentais mesmo os vinculativos possam ser atos

de ato administrativo previsto no artigo 120.º do CPA não compreende apenas o ato com eficácia externa mas o ato interno, defendendo uma conceção ampla de “decisão”, cfr. *Sumários de Direito Administrativo*, 2º Ano, 1.ª Turma, da Faculdade de Direito de Coimbra, Ano Letivo de 2005/2006, p. 63. Não deixamos de concordar com a sua opinião, também aqui perfilhada por nós, mas no que diz respeito á impugnabilidade, podendo uma decisão ainda ser contrariada por uma ulterior decisão, pôr-se-ia em questão o princípio da economia processual e da celeridade se se admitisse a impugnação a todo e qualquer ato por defendermos uma conceção ampla de ato administrativo sem mais inerente à admissibilidade para a impugnação. Daí defendemos que é ato administrativo todo aquele além do ato final mas já não poder ser impugnado todos esses atos administrativos por lhes faltar a eficácia externa.

administrativos pelo que, para salvaguarda o particular (à exceção de quem ousa arriscar e muito bem) terá que esperar pelo “falso” órgão decisor por ser nesse momento que a lei considera haver uma decisão eficaz que altera efetivamente o círculo de direitos do interessado.

Agora imaginemos: temos *A*, *B* e *C* onde *A* = situação jurídica do interessado, *B* = parecer vinculativo e *C* = decisão final emitida pela Administração. Ora, sendo *B* determinante de *C*, salvo a exceção de nulidade ou ilegalidade que poderá ser arguida por este, *C* terá sempre que obedecer a *B*. Se *A* for afetado pelo *B* não precisa esperar por *C* para sentir os seus efeitos lesivos, porque já foi afetado por *B*, a decisão anteriormente emitida. O *A* não espera tranquilamente pela afetação de *C* só porque a lei refere que é com *C* que *A* fica afetado. Somos seres humanos e nesta qualidade sabemos bem sentir os efeitos reversivos quando temos de os sentir independentemente de uma denominação ou caracterização legal determinar que só num dado momento, neste caso posterior, é que tais efeitos se vão repercutir na esfera jurídica do particular.

Eis que nos surge algumas perguntas para as quais não sabemos bem onde encontrar a resposta na nossa lei administrativa reguladora: onde é que está aqui a diferença entre *B* e *C*? Quais são os efeitos produzidos por *C* que não são os efeitos produzidos por *B*? Porque a lei refere que só é ato administrativo os emitidos por órgãos administrativos? Terá *A* que aguardar por *C* para ter a resposta que já foi previamente decidida por *B*, e só aí poder haver reação, nos mesmos termos em que a lei concede aquando de *C*?

Os efeitos dos pareceres vinculativos não se esgotam no âmbito das relações que se desenvolvem entre o órgão emitente (mesmo que seja interno à pessoa coletiva competente para decidir) e aquele que por ele se encontra vinculado. A este propósito já defendemos antes um conceito amplo de ato administrativo que pode abranger todo e qualquer ato, proveniente de órgão administrativo ou não administrativo, que com a sua produção venha a lesionar a esfera jurídica do particular.

Como já referimos antes, a eficácia externa é um requisito associado à condição da pessoa (e não um requisito intrínseco do parecer) por se sentir afetada e assim ter legitimidade para impugnabilidade (n.º 1 do artigo 51.º do CPTA¹⁸⁴).

Tratado este ponto, vamos agora passar à questão da lesividade, trazendo à colação a questão de não entendermos porque é que um particular é externo à relação administrativa estabelecida entre duas entidades ou até, entre dois órgãos da mesma entidade. Vejamos o caso dos pareceres que não se admitindo eficácia externa deste por serem internos (podíamos muito bem questionar o carácter absoluto e imperativo da terminologia “*eficácia externa*” prevista na al. d) do n.º 1 do art. 51.º CPTA), como é que já pode haver uma impugnação de atos administrativos por órgãos relativamente a atos, praticados por outros órgãos, da mesma pessoa coletiva? Não estaremos antes perante uma condição relativa à legitimidade de quem pretende impugnar, permitindo que alguém que não esteja integrado na estrutura da relação possa impugná-lo?

Como vimos no início desta nossa dissertação, a lei processual administrativa admite (implicitamente) a impugnação de atos administrativos internos que não tenham a eficácia externa exigida pelo n.º 1 do artigo 55.º do CPTA, parece-nos que a legitimidade, enquanto requisito processual extrínseco ao ato a impugnar faz com que o elemento da eficácia externa - segundo a qual dependeria a impugnabilidade dos atos administrativos - não seja em absoluto um requisito de impugnabilidade desses atos mas sim uma condição de quem impugna.

Eis que se coloca então as seguintes questões: no âmbito dos pareceres obrigatórios e vinculativos quem terá legitimidade para recorrer à ação contenciosa? Serão apenas os interessados? As entidades a que pertencem os órgãos que pelo parecer se encontram vinculadas? Ou então os órgãos que vinculam quando pertençam à mesma entidade pública que pertencem os órgãos que os emitiram? O requisito da eficácia externa em bom rigor dever ser preenchido, ou pelo particular interessado afetado levando-o a poder impugnar o parecer (artigo 55.º n.º1 al. c) do CPTA), ou pelas entidades de onde pertencem os órgãos que emitiram o parecer (artigo 55.º n.º1 al. c) do CPTA), ou ainda pelos órgãos vinculados quando pertençam à mesma entidade pública

¹⁸⁴ MARIO AROSO DE ALMEIDA, “Considerações em Torno do Conceito de Ato Administrativo Impugnável”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra Editora, 2006, pp. 271 e 291; PEDRO GONÇALVES também no mesmo sentido, “A Justiciabilidade dos Litígios entre Órgãos da mesma Pessoa Coletiva Pública”, in *CJA*, n.º 35, Setembro – Outubro, 2002, p.16.

a que pertencem os órgãos que os emitiram (artigo 55.º n.º1 al. d) do CPTA). Ainda que não se nos afigure necessário, a impugnabilidade pelo Ministério Público é de admitir pese embora a sua pouca utilidade prática, a não ser que o particular assim o requeira ou caso seja esse o caso (artigo 55.º n.ºa 1 al. b) do CPTA).

3.5. Da legitimidade.

A recorribilidade do parecer está fundada num interesse legítimo do particular em antecipar a tutela judicial contra o órgão que emitiu o parecer.

Começando pela legitimidade ativa, coloca-se porém a seguinte questão: haverá legitimidade sempre e quando o particular for lesado na sua posição jurídica com o parecer ou bastará um mero interesse em agir?

Somos do entendimento que o particular tem *interesse em agir* quando puder retirar uma vantagem da ação ¹⁸⁵, que se concretiza tão só na utilidade e adequação do meio processual, independentemente de ser efetiva e atual ¹⁸⁶, independentemente de haver um direito subjetivo violado - se não houver violação de um direito também não haverá objeto para o mérito da causa a não ser que se prove da potencial lesão que pode vir a provocar o ato. Aí significa que o mérito da causa será improcedente, o que em nada afeta a utilidade e a adequação do meio processual escolhido pelo interessado. Se eu alegar ter um direito violado mas na prática não o ter, nada me afeta o interesse em agir. Assim, o interesse em agir será um elemento processual da legitimidade. O particular para ser parte legítima terá que concretizar a sua posição de uma maneira específica.

¹⁸⁵ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Reflexões sobre a Legitimidade das Partes em Processo Civil*, in *CDP*, vol. 1, 2003, pp. 5 e ss., e também *O Interesse Processual na Ação Declarativa*, Lisboa: AAFDL, 1989, passim, onde o Autor diferencia o conceito de interesse em agir, nomeadamente o adotado no n.º1 do adotado no n.º 2 do artigo 26.º do CPC, em que do n.º 1 se retira um interesse em agir que surge como condição de legitimidade (“interesse na tutela” que representaria o elemento processual da legitimidade – sendo que a essa dever-se-ia acrescentar um elemento material respeitante ao poder de produção dos efeitos jurídicos potencialmente obtidos no processo) e no n.º 2, o interesse processual que se define em termos de utilidade e adequação do meio processual escolhido.

¹⁸⁶ Em sentido contrário, Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ROGRIDO ESTEVES DE OLIVEIRA/ PEDRO GONÇALVES/JOÃO AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª ed. (6ª reimpressão da edição de 1997) – Coimbra, p. 364: “O requisito de um interesse direto e pessoal no provimento de uma impugnação significa que a anulação (ou declaração de nulidade) do respetivo ato administrativo há-de traduzir-se numa vantagem ou num benefício específico imediato para a esfera jurídica ou económica do autor”.

Cumpra referir que, do ponto de vista dogmático, pese embora a grande discussão que se assiste a este nível e à falta de um entendimento unânime sobre o sentido literal do disposto na alínea a) do n.º1 do artigo 51.º do CPTA, quando se lê “*quem alegue ser titular de um interesse direto e pessoal*” (sublinhado nosso), não basta haver uma qualquer vantagem do particular pois terá de ser uma vantagem que resulte de um interesse *direto e pessoal*, ou seja, o particular terá que ser titular de um direito *subjetivo* e não meramente de um interesse de facto¹⁸⁷ - sob pena de alargar o leque de questões que poderiam vir ao de cima. Tanto é que o artigo densifica depois, na segunda parte da alínea a) do n.º1 do artigo 51.º do CPTA “*designadamente por ter sido lesado pelo ato nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos*”¹⁸⁸.

Aqui temos a efetividade de uma posição que se traduz no mérito da causa que a torna procedente. Para nós, é através da violação de uma situação jurídica do particular que entramos no âmbito material do mérito da causa, em que o particular, através de um determinado meio processual virá a retirar uma utilidade, podendo ser, por exemplo, através de uma impugnação de pareceres administrativos. Terá de haver um objeto processual que por meio de razões jurídicas relacione o sujeito à causa, e esse objeto mais não será que direitos, interesses legalmente protegidos, poderes ou faculdades, visto que o artigo 55.º n.º1 al. a) não limita a aferição da legitimidade aos direitos subjetivos, desde que se trate de um interesse direto e pessoal.

A doutrina também neste aspeto, nomeadamente no que respeita à legitimidade, tem vindo a opinar que passamos a analisar:

- a) Para VIEIRA DE ANDRADE só o órgão decidente tem legitimidade para impugnar os pareceres vinculantes e obrigatórios por ter sido ele a quem lhe coube solicitar o respetivo parecer, rejeitando, portanto, a hipótese de os particulares afetados poderem impugnar esses pareceres, porque para estes o

¹⁸⁷ Admitido por diversos Autores que a legitimidade ativa de particulares para a impugnação de atos administrativos pode ser aferida tendo em conta meros interesses de facto, como VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra, 2009, p. 191; SÉRVULO CORREIA, “**Direito do Contencioso Administrativo**”, vol. 1, Lisboa, LEX, 2005, pp. 721 e ss.; ou CARLOS FERNANDES CADILHA, “**Legitimidade Processual**”, in *CJA*, n.º 34, Julho – Agosto, 2002, p. 18.

¹⁸⁸ É a própria jurisprudência que afirma que “*Na ação administrativa especial, a lei não elege a titularidade da relação material controvertida como critério de aferição da legitimidade, limitando-se a exigir que o autor alegue ser titular de um interesse direto e pessoal. O que significa que nesta ação o critério para se ajuizar da legitimidade é a utilidade ou vantagem que se pode retirar da anulação contenciosa do ato lesivo, e por isso, a necessidade de tutela judicial efetiva contra o mesmo*”, Ac. STA 10/12/2008 (Proc. 01054/98; Relator Santos Botelho); STA 20/06/2012 (Proc. 0230/12; Relator: Costa Reis).

parecer não deixaria de ser uma decisão interna preliminar que não os afetaria diretamente (¹⁸⁹), embora admita, com reticências por falta de previsão legal explícita, uma defesa dos particulares a título de defesa judicial antecipada, mas nunca como um ónus cujo incumprimento impeça a impugnação do ato final(¹⁹⁰), por considerar que com grande probabilidade (e não com absoluta certeza - sob pena de o órgão final decidir, ao arrepio da exigência legal, de forma contrária ao parecer¹⁹¹) o parecer irá produzir uma lesão na respetiva esfera jurídica.

- b) PACHECO DE AMORIM entende que os pareceres vinculantes, apesar do seu caráter vinculante, só quem tem legitimidade para os impugnar são as entidades a quem compete solicitar a respetiva emissão visto que para os particulares aquele não passa do que uma decisão administrativa preliminar, ou seja, um ato interno que não afeta direta e autonomamente a respetiva esfera jurídica¹⁹².

Relativamente à opinião em *a*) já respondemos anteriormente, admitindo que será sempre concedido à Administração um prazo para se pronunciar (sobre alguma ilegalidade) bem como ao particular, este para reagir contenciosamente.

Quanto ao à opinião em *b*), também já manifestamos, a propósito da eficácia externa, que havendo uma decisão que assume natureza de ato administrativo pode aquela ser objeto de impugnação contenciosa já que é nela que o interessado verá a decisão conclusiva do procedimento, não havendo possibilidade de contradição posterior numa eventual desconformidade¹⁹³.

Relativamente à legitimidade passiva, escolhemos um acórdão que retrata bem o nosso entendimento: “*na impugnação de um ato administrativo terá que figurar como*

¹⁸⁹ Cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, ao citar SANDULLI, refere que uma coisa é a “*força determinante do conteúdo, outra a força constitutiva da decisão*” *Appunti per Uno Studio sui Piani Regolatori (1958)*, agora, in *Scritti Giuridici*, 1990, VI, p 153 e ss., em “**A Instrução do Procedimento: Pareceres Vinculativos e Audiência dos Interessados no Código de Procedimento**”, in *CJA*, n.º82, Julho-Agosto, 2010, p. 24.

¹⁹⁰ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra, 2009, nota 430 da p. 213.

¹⁹¹ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra, 2009, cit., pp. 213-215.

¹⁹² Cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, “**A Instrução do Procedimento: Pareceres Vinculativos e Audiência dos Interessados no Código de Procedimento**”, in *CJA*, n.º82, Julho-Agosto, 2010, p. 24.

¹⁹³ Ao contrário, no sentido de que o órgão requerente pode apresentar um recurso contencioso contra o parecer, cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, I, 5ª ed., 1990; II, 5ª ed., Paris, 1991, p. 820; e UMBERTO FRAGOLA, *Gli, Atti Amministrativi*, Napoli, Jovene, 1964, p. 135, admitindo que aquele órgão tem legitimidade para deduzir impugnação administrativa contra o parecer.

recorrido o órgão que o tenha emitido ("A legitimidade passiva, no âmbito do recurso contencioso de anulação, cabe à entidade que praticou o ato impugnado)¹⁹⁴". Ou seja, o autor do parecer vinculativo é a entidade externa ou interna à Administração, pelo que será contra ela contra quem deverá o particular agir e mesmo nos casos em que a Administração no exercício do seu poder de "fiscalização" de verificação de conformidade legal possa pedir uma revisão ou alteração, pois mesmo aí, a ser alterado o conteúdo do parecer, será sempre a mesma entidade que emitiu inicialmente o parecer que o irá alterar.

Concluindo, terá legitimidade para impugnar quem, mesmo que esteja fora da (anterior) estrutura que recorreu à entidade que emite o parecer¹⁹⁵, tenha um interesse *direto e pessoal* numa base jus – subjetiva perante a entidade consultiva e na qual, a sua exigibilidade em juízo decorra do facto de ter sido emitido um parecer desfavorável e a sua situação ter sido afetada ou vir a ser potencialmente lesada (artigo 51.º, n.º1 do CPTA). Assim, o interessado, externo à entidade que emitiu o parecer, por ter uma razão jurídica para impugnar, vê no parecer vinculativo e obrigatório um atributo por se localizar no plano de relação que se estabelece entre o este e os seus destinatários¹⁹⁶. Naturalmente que caberá, depois à jurisprudência determinar em que situações se deve entender que os pressupostos para a impugnação se encontram preenchidos.

3.6. Dos contra-interessados.

O atual contencioso exige a participação de contra-interessados, sob pena de ilegitimidade¹⁹⁷, visto em face da Administração não encontrarmos apenas um particular mas sim vários particulares dotados de interesses antagónicos¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Vide acórdão do STA n.º 0239/04, de 03/06/2004; no mesmo sentido, acórdãos STA de 11/03/03 no recurso 1655, de 18/06/03 no recurso 40288, de 25/06/03 no recurso 1008/03 e de 22/10/03 no recurso 822/03.

¹⁹⁵ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Considerações em Torno do Conceito de Ato Administrativo Impugnável", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra Editora, 2006, p. 287.

¹⁹⁶ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Considerações em Torno do Conceito de Ato Administrativo Impugnável", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra Editora, 2006, p. 288.

¹⁹⁷ Cfr. arts. 78.º, n.º 2, alínea f), 88.º, n.ºs 2 e 4, e 89.º, n.º 1, alínea f), CPTA, de onde resulta a absolvição da instância na falta de identificação dos contra-interessados.

¹⁹⁸ C. KOENIG, *Der Begründungszwang im Mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen am Beispiel Umweltrelevanter Entscheidungen*, AÖR, 1992, pp. 513 e ss.

Entendemos que os contra interessados, mesmo que estejam fora da (anterior) estrutura que recorreu à entidade que emitiu o parecer enquanto sujeitos poderão vir a ter interesse *direto e pessoal* em que não se dê provimento à ação, e sendo sujeitos principais de uma relação jurídica multilateral, numa base jus – subjetiva, cumprem com o regime que foi anteriormente dito, precisamente por poderem ser titulares de posições jurídicas (¹⁹⁹) (²⁰⁰), e nesses termos poderão intervir.

Segundo a teoria das relações poligonais²⁰¹ e a teoria da proteção da norma²⁰², um particular vê-se investido na titularidade de um interesse legalmente protegido, direto e pessoal em três situações. Primeira situação, quando o interesse é garantido pela norma que habilitou à prática do ato mas que não terá sido integralmente respeitada. Segunda situação quando o interesse é garantido por uma outra norma de valor constitucional de direito fundamentais mas que também terá sido desconsiderada. Finalmente a terceira quando a lesão da posição poderá se repercutir na esfera do sujeito por via de uma construção de uma relação jurídica poligonal que coloca em ligação a Administração e os destinatários (primário e secundário) do ato por ele afetados²⁰³. Aqui, e ao contrário do regulamento de 1886 que dispunha que os contra-interessados seriam só aqueles a favor dos quais tivesse sido proferida a decisão recorrida, ou seja, os destinatários do ato, pelo Código Administrativo o critério aponta para o prejuízo que a procedência da ação possa acarretar seja a quem for.

Não significa que haja sempre uma posição daqueles semelhantes à da Administração²⁰⁴ mesmo que exista o elemento mínimo comum de interesse na

¹⁹⁹ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2ª ed., Coimbra, 2009, p. 286.

²⁰⁰ Em sentido contrário, ao afirmar que não é necessária a titularidade de uma posição jurídica substantiva própria, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra, 2009, p. 287; e PAULO OTERO, “Os Contra-interessados em Contencioso Administrativo: fundamento, função e determinação do universo em recurso contencioso de ato final de procedimento concursal”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, 2001, pp. 1073 e ss.

²⁰¹ Sobre ela, em geral, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, pp. 273 e ss.; bem como RUI MACHETE, *Algumas Reflexões sobre as Relações Jurídicas Poligonais, a Regulação e o Objeto do Processo Administrativo*, in *Estudos em Homenagem a Miguel Calvão Teles*, vol. 1, Coimbra, 2012, passim.

²⁰² Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2ª ed., Coimbra, 2009, p. 226.

²⁰³ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2ª ed., Coimbra, 2009, p. 286.

²⁰⁴ Cfr. MAFALDA CARMONA, “Relações Jurídicas Poligonais, participação de terceiros e caso julgado na anulação de atos administrativos”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia*, Coimbra, 2010, pp. 695-758.

manutenção do ato, visto poder estar em questão situações jurídicas diferentes originadas em títulos diferentes²⁰⁵, daí haver uma aproximação dos contra-interessados ao litisconsórcio necessário por serem eles igualmente interessados diretos cuja presença é necessária para que a sentença produza o seu efeito útil normal²⁰⁶. Aqui o momento determinante não é o da prática do parecer mas sim o da instauração da ação por quanto a identificação dos mesmos ser feita nesse momento, naturalmente que terá de haver um grau razoável de exigência ao dever de identificação pelo recorrente, atendendo às especificidades de cada caso concreto.

3.7. Dos prazos.

Como se retira do artigo 58.º, n.º 2, alínea b), do CPTA, a dedução do pedido de declaração de nulidade de atos administrativos para os particulares é de três meses (salvo disposição em contrário), sendo que o n.º 4 do mesmo artigo prevê que, não tendo sido expirado o mais longo dos prazos de impugnação – que é o prazo de um ano para o Ministério Público – qualquer das pessoas ou entidades legitimadas a impugnar, desde que mostrem a ocorrência de uma das três circunstâncias nas alíneas a), b) e c) do artigo 58.º, n.º 4. O mesmo se aplicaria à impugnação dos pareceres vinculativos, a partir da data da notificação, conforme o artigo 49.º, n.º 1 do CPTA. No caso de a notificação não ter ocorrido, dispõe o n.º 2 do mesmo normativo que poderá igualmente o particular impugnar o ato, que é o mesmo que dizer, impugnar o parecer. O n.º 3, por sua vez, indica que o prazo para os outros interessados conta ou da notificação, ou da publicação, ou do conhecimento do facto (al. a), b) e c)).

²⁰⁵ Entendimento que encontra consagração expressa na Jurisprudência, vide Ac. STA de 01.07.93, Proc. 31878, 3999 e ss. No caso, o vizinho pediu à Administração que ordenasse a demolição de uma construção que violava os seus direitos, precisamente a dificuldade de acesso provocada pela construção, ato esse do qual foi pedida depois a anulação. De forma mais explícita, a sentença do STA de 09.08.88, Proc. 26276, 4181 e ss., na qual se afirma que “embora se aceite que o interesse público em geral possa e deva ser representado pela própria administração, a verdade é que o interesse particular dos vizinhos e moradores da rua onde funciona a discoteca, ao sossego e à tranquilidade necessárias ao seu descanso, só diretamente a estes diz respeito”.

²⁰⁶ Apesar da lei salvaguardar a posição daqueles que deveriam ter sido chamados ao processo e não foram, ao lhes atribuir legitimidade para a revisão da sentença, mesmo após o respetivo trânsito em julgado (artigo 155.º n.º 2 CPTA).

§4.º Da condenação à prática do parecer devido.

Os atos de indeferimento expresso são verdadeiros atos administrativos²⁰⁷ e, como tal, suscetíveis de impugnação na medida em que têm eficácia externa, embora o legislador, quando se trate de atos de recusa, formal ou substancial, prefira que o particular utilize o pedido de condenação da Administração à prática do ato devido, no pressuposto de que esse pedido confere uma tutela mais intensa ao particular e que resolverá de uma vez a situação²⁰⁸.

O mesmo para os pareceres vinculativos quando houver deferimento tácito pela entidade consultiva ou recusa em apreciar, ou então quando houver parecer mas tenha a Administração detetado alguma ilegalidade e recorrido do prazo para fiscalizar o parecer, e que por algum motivo não se pronunciou no prazo devido tendo permanecendo em silêncio.

Na primeira hipótese o particular lançará mão da ação de condenação quando a entidade consultiva não emitir o parecer no prazo legalmente fixado, e aí poderá - assim como para o instituto do ato administrativo - beneficiar do mesmo regime e condenar a entidade consultiva à prática de um parecer ilegalmente omitido.

Na segunda hipótese o particular, nos termos dispostos na lei, através de uma cumulação de pedidos, lançará mão de um pedido de nulidade e outro pedido de condenação à prática do ato devido (vide artigos 47.º, n.º 1 e 2, alínea a), e n.º 46.º, n.º2, al. a) do CPTA).

4.1. Da legitimidade.

Também aqui, tal como se disse para ação de impugnação, o particular a quem foi ilegalmente omitido o parecer devido tem legitimidade por ser titular de um direito ou interesse legalmente protegido (artigo 68.º, n.º 1, al. a) do CPTA). As Pessoas

²⁰⁷Em sentido contrário SÉRVULO CORREIA, “**Ato Administrativo e Âmbito da Jurisdição Administrativa**”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2002, p. 1155 e ss. (1183, nota 71), e “**O Incumprimento do Dever de Decidir**”, in *CJA*, n.º 54, 2006, p. 6 e ss. (23 e ss.). De realçar o facto que na Alemanha a doutrina qualifica a decisão de indeferimento expresso como ato administrativo, embora o entendimento contrário também seja admitido por alguns autores alemães (H. v. Wedel) e prevaleça noutros países como na Espanha.

²⁰⁸ Por isso o juiz convida o autor a substituir, com esse sentido, a petição apresentada, quando seja de estrita anulação (artigo 51.º n.º 4 CPTA).

Coletivas Públicas e Privadas em relação aos interesses que lhes cumpre defender, o Ministério Público quando o dever de praticar o facto resulte diretamente da lei e esteja em causa a ofensa de direitos fundamentais, de um interesse público especialmente relevante ou de qualquer dos valores e bens referidos no n.º 2, do artigo 9.º, e as demais pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º (artigo 68.º, n.º1 al. a), b), c) e d)). Relativamente à legitimidade passiva, será naturalmente contra a entidade que não emitiu o parecer ou recusou, ou então, consoante o caso em concreto, em litisconsórcio necessário quando se verificar a segunda hipótese infra.

4.2. Dos prazos de propositura da ação.

Conforme o disposto no artigo 69.º, n.º 1 do CPTA, em situações de inércia da Administração, ou seja, que não tenha emitido pronúncia, o prazo caduca no prazo de um ano contado do termo do prazo legal estabelecido para a emissão do parecer ilegalmente omitido, e nos casos de indeferimento ou recusa de apreciação na pretensão do interessado, e conforme dispõe o n.º 2 do artigo 69.º do CPTA, o prazo de propositura de ação é de três meses, contado o prazo desde a notificação do parecer ou da decisão em não querer apreciar, n.º 3, do artigo 69.º do CPTA.

§5.º Jurisprudência em torno da questão.

No que diz respeito à jurisprudência, pode dizer-se que até certo ponto o entendimento dominante apontava no sentido da irrecorribilidade dos pareceres e da recorribilidade dos atos administrativos finais, sendo apenas nesta fase que se detetariam os vícios eventualmente verificados na fase preparatória²⁰⁹, vide, neste sentido, a título exemplificativo, os Ac. do S.T.A. de 21/1/86 com o número de processo 022350 e de 19/3/91, desc. 27/229. A jurisprudência entendia que não se retirava dos pareceres declarações de vontade administrativa como nos atos administrativos, não sendo assim aptos de “*per se*” causarem imediata lesão na esfera jurídica dos interessados. Eram tratados como atos internos, ou seja, situavam-se no âmbito das relações interorgânicas ou de hierarquia e só nelas produziam os seus efeitos nunca

²⁰⁹ Vide, neste sentido, a título exemplificativo, os Ac. Do S.T.A. de 21/1/86 in AD 300, a pág. 1450; de 06/10/90 desc. 27/682 e de 19/3/91 desc. 27/229.

afetando a esfera jurídica dos particulares. Vigorava o que chamava alguns autores “o princípio da impugnação unitária do ato administrativo”²¹⁰.

Mais recentemente parece-nos que essa não é a tendência dominante, ao analisar alguns acórdãos, como por exemplo:

- a) No sentido de que o parecer tem uma “*força jurídica*” que é mais “*intensa do que a de um mero ato pressuposto, visto ter influência sobre os termos em que é exercido o poder decisório final na medida em que define logo a posição jurídica dos interessados, ou seja compromete irreversivelmente o sentido da decisão final, sendo, por isso, atenta a sua lesividade, de considerar destacável para efeitos de recorribilidade direta*”, vide o acórdão do S.T.A 30.9.03 proferido no recurso de 826/03²¹¹ e o acórdão do S.T.A de 25.01.2006 proferido no recurso de 0111/03 quando refere que “*são impugnáveis autonomamente os pareceres vinculativos, emitidos no decurso de procedimentos de licenciamento de operações de loteamento pelas CCR*”.
- b) Sobre a natureza e o sentido da impugnabilidade do parecer vinculativo, vide o acórdão do S.T.A de 06/12/2005 com o n.º de processo 0239/04, ao defender que apesar de não ser o ato final decisor com que se extingue o procedimento administrativo porque está inserido na fase instrutória, não deixa de ser recorrível pela diferença entre a sua vinculatividade e a não vinculatividade de todos os outros atos instrutórios²¹², por isso o “*parecer vinculativo, pela função*

²¹⁰ BOTELHO JOSÉ, ESTEVES AMÉRICO, PINHO JOSÉ, in *Código de Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado*, 5ª edição, 2002, p. 404.

²¹¹ Vide também o Acórdão do S.T.A com o processo n.º 0239/04, de 03-06-2004, onde se lê que a “*recorribilidade contenciosa imediata dos pareceres vinculativos, emitidos no decurso de procedimentos de licenciamento, na sequência da alteração jurisprudencial (Até aí a posição maioritária do Pleno era a da irrecorribilidade contenciosa deste tipo de atos (...)) introduzida com o acórdão do Pleno desta Secção de 16.1.01 proferido no recurso 31317, tem sido repetidas vezes afirmada pela jurisprudência deste Tribunal, podendo ver-se, para além desse, e como meros exemplos, os acórdãos STA de 15.11.01 no recurso 37811 (igualmente do Pleno), de 27.11.02 “A pronúncia desfavorável à instalação de um posto de abastecimento de combustíveis, pela Comissão Nacional de Reserva Agrícola, em área de terreno integrado na R.A.N., é um ato administrativo lesivo contenciosamente recorrível”*”.

²¹² Refere também que “*se atentarmos na disposição sistemática do CPA, verificaremos que todo o capítulo IV, da Parte III tem o sentido de um movimento em direção a um alvo. A «marcha do procedimento» que nele se revela evidencia que a dinâmica que impulsiona o procedimento ainda não chegou ao seu fim. E esse termo só pode ser a decisão final com que o procedimento se extingue (art. 106.º e 120.º). Nem por isso, porém, a delicadeza da questão se dissipa. Na verdade, se o parecer é ato instrutório e, por conseguinte, elemento preparatório da decisão final, não pode deixar de se ter presente a dicotomia existente entre aquele que é e o que não é vinculativo. Nessa perspetiva, o tempo encarregou-se de cristalizar algumas tendências sobre o tema. Foi-se dizendo que o parecer não vinculativo seria mero ato interno, atuando apenas ao nível das relações inter-orgânicas e, por isso, qualquer ilegalidade de que padecesse apenas se refletiria na invalidade do ato final que dele se tivesse*

que exerce no seio do procedimento (...) apesar de ato intercalar e preparatório, pela eficácia externa de que se revista e pelos efeitos que produza, será autónoma e contenciosamente impugnável”.

*apropriado. Um tal vazamento da enfermidade do parecer permitiria, segundo o princípio da impugnação unitária, a sindicância contenciosa do ato final com os fundamentos invalidantes que àquele pudessem imputar-se (em redor do assunto, vide citações de diversa doutrina, no **Código de Procedimento Administrativo Anotado**, de Santos Botelho e outros, 5ª ed., pag. 404/405). Mas, se o parecer fosse vinculativo, quando desfavorável ao interessado, ele projetar-se-ia desde logo com lesividade na esfera deste. E então, à semelhança de outra tipologia de atos aos quais se reconhecia impugnabilidade contenciosa direta (ex: atos destacáveis), foi-se admitindo que seriam “atos administrativos recorríveis”. Neste sentido se firmou alguma jurisprudência (é o caso, por mais recente, do Ac. do STA de 30/09/2003, Proc. nº 826/03; também os acs. do Pleno de 16/01/2001 e de 15/11/2001, nos Processos nºs 31317 e 37811, respetivamente; é essa, igualmente, a posição do acórdão recorrido)”. (sublinhado nosso), Ac. S.T.A de 06/12/2005 com o n.º de processo 0239/04.*

CONCLUSÕES

Em suma, a nossa defesa consistiu num alargamento de conceito de ato administrativo para efeito de impugnabilidade, englobando naquele conceito os pareceres administrativos vinculativos, reduzindo e transpondo a fase final de decisão à fase consultiva, própria para a prática daqueles pareceres, emitidos por entidades consultivas. Como consequência, legitimar aos interessados a recorribilidade aos meios contenciosos num momento que, embora intermédio para efeitos do atual CPA, poderia vir a ser considerado final, se fosse dada mais atenção à sua natureza, ao seu sentido útil, idóneo e adequado, para os fins a que servem os pareceres vinculativos.

Os fundamentos para tal defesa foram os da celeridade e da eficácia, visto que o processo ficaria, de igual modo aquando da emissão de um ato administrativo, resolvido com a conclusão do parecer vinculativo, não sendo pelo facto de ser uma entidade consultiva, e não um órgão (ou entidade) administrativo, a emitir um ato decisivo que deixará de existir a natureza e a razão para a existência dos pareceres vinculativos, atendendo ao seu conteúdo dispositivo em influenciar, determinar e condicionar a decisão final. A nossa defesa foi no sentido de que um parecer vinculativo é uma decisão que assume natureza de ato, por ser nele que o interessado verá a decisão conclusiva do procedimento, e uma vez impugnado pelo interessado no momento da sua conclusão, evitaria aquele de ter de esperar por uma falsa decisão, uma vez que o parecer corporiza individualmente uma declaração de vontade determinante do rumo de um acontecimento ou do sentido da conduta a adotar, podendo por isso ser um ato final.

Assim, um parecer vinculativo convola-se de decisão preliminar, automaticamente, para decisão definitiva, a não ser que haja, no prazo (que a nosso ver deveria existir) legalmente fixado pela entidade consultiva, uma reclamação da autoridade Administrativa ou esta decida revê-la (adotamos a posição do sistema norte americano (Federal Administrative Procedure Act, 1946)).

Haver uma audiência dos interessados prévia à emissão do parecer, a realizar pela entidade consultiva, é de uma elevada necessidade e utilidade visto que se é aquela a quem compete a decisão, deve ser aquela a quem compete a função procedimental de

ouvir. Haver uma nova audiência dos interessados depois da conclusão do parecer também foi aqui defensável, na eventualidade de uma alteração substancial póstuma.

A notificação é necessariamente um elemento para a eficácia do parecer vinculativo apenas quando for desfavorável (artigo 132.º n.º 1 CPA), e a contagem do prazo para uma reação contenciosa por parte dos interessados começa a partir da notificação, assegurando assim o princípio do contraditório previsto, implicitamente no artigo 8.º (participação) do CPA e no artigo 268.º n.º 2 e 3 da CRP.

Quando falamos de um parecer não falamos apenas de uma definição de uma situação jurídica mas sim de uma declaração jurídica e administrativa que é capaz de produzir efeitos lesivos devido à sua vinculatividade e eficácia externa, além de que atribuir esse poder vinculativo apenas ao ato final para efeitos de impugnabilidade seria a mesma coisa que dizer que vontade da Administração manifestava-se apenas no último momento como “*se tivesse caído co céu aos trambolhões*”²¹³, quando sabemos que assim não o é pois é uma atividade que resulta de vários momentos, antes é o resultado de um procedimento composto por diversos passos e na qual, na etapa onde se encontram os pareceres vinculativos, devem poder ser autonomamente impugnados.

Tentar defender um conceito amplo de ato administrativo, considerando implícito os pareceres vinculativos, que com a sua produção venha a lesionar a esfera jurídica do particular, nomeadamente os pareceres vinculativos, e admitir assim o fim do procedimento na fase consultiva, garantindo o acesso aos meios jurisdicionais desde esse momento, foi o nosso propósito com este trabalho.

²¹³ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, pág. 705.

BIBLIOGRAFIA

I . Doutrina

ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos* - 2ª edição - Coimbra, 2007

ALMEIDA, Mário Aroso de

- *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2012.

- “**Considerações em Torno do Conceito de Ato Administrativo Impugnável**”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra Editora, 2006.

- *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª ed., Coimbra, 2005.

AMARAL, Diogo Freitas do,

- *Curso de Direito Administrativo*, I, 1ª ed., Coimbra, 1986; 2ª ed., Coimbra, 1994; II, Coimbra, 2001; 3ª ed., Coimbra, 2007.

- *Direito Administrativo*, I, Policop. Lisboa, 1983, II, Policop., Lisboa, 1988; III, Policop., Lisboa, 1989.

AMORIM, João Pacheco de, “**A Instrução do Procedimento: Pareceres Vinculativos e Audiência dos Interessados no Código de Procedimento**”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º82, Julho-Agosto, 2010, pp. 23-31.

ANDRADE, José Carlos Vieira de,

- *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra, 2009;

- «**Algumas Reflexões a Propósito da Sobrevivência do Conceito de "Ato Administrativo" no nosso Tempo**», 1949, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* Coimbra, 2001;

- *Sumários de Direito Administrativo*, 2.º Ano, da Faculdade de Direito de Coimbra, Ano Letivo de 2005/2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de; DIAS, Maria da Glória Ferreira Pinto, “**As Transformações do Direito Administrativo na Utilização do Direito Privado pela Administração Pública: Reflexões sobre o Lugar do Direito no Estado**”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 60, Coimbra Editora, 1984.

ANTUNES, Luis Filipe Colaço, *A ciência jurídica Administrativa: Noções Fundamentais*, colab. Juliana Ferraz Coutinho, (Manuais universitários), Coimbra, Almedina, 2012.

BOTELHO, José Manuel da S. Santos; ESTEVES, Américo Joaquim Pres; PINHO, José Cândido de, *Código de Procedimento Administrativo, anotado e comentado*, 5ª edição, 2002.

BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro, *Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Lisboa:2008.

BROHM, Winfried, “**Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung**”, in *Veroeffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 30, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1972.

BURDEAU, François, *Histoire du Droit Administratif: de la Révolution au Début des Années 1970*, Paris: PUF, 1995.

BYDLINSKY, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York: Springer Verlag, 1982.

CADILHA, Carlos Fernandes, “**Legitimidade Processual**”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, Julho – Agosto, 2002.

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, (9ª edição, reimpressão), Almedina, Coimbra, 1980; vol. I, 10ª ed., Coimbra (reimpressão, 1986).

CALVÃO, Filipa Urbano, *Os Atos Precários e os Atos Provisórios no Direito Administrativo: sua Natureza e Admissibilidade: as Garantias do Particular*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, 1997.

CANOTILHO, GOMES; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, vol. I, 3.^a edição, 1993, Coimbra; vol. II, 4.^a ed., 2007 – 2010.

CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.^a., Coimbra, 2002.

CAVALLO, Bruno, *Provvedimenti e Atti Amministrativi*, Pádua, 1993.

CARMONA, Mafalda, “**Relações Jurídicas Poligonais, participação de terceiros e caso julgado na anulação de atos administrativos**”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia*, Coimbra, 2010, p. 695-758.

CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, I, 5.^a ed., 1990; II, 5.^a ed., Paris, 1991.

CORREIA, José Manuel Sérvulo

- “**Ato Administrativo e Âmbito da Jurisdição Administrativa**”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2002.
- “**Direito do Contencioso Administrativo**”, vol. 1, Lisboa, LEX, 2005.
- “**Impugnação de Atos Administrativos**”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, Julho-Agosto, 1999.
- “**Inexistência e Insuficiência de Notificação do Ato Administrativo**”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu Nascimento*, vol. 1, Lisboa, 2006.
- *Noções de Direito Administrativo*, vol. 1, Lisboa, 1982.
- “**O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento e, em especial, na Formulação da Decisão Administrativa**”, in *Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 9/10, 1994, pp. 133 ss.
- “**O Incumprimento do Dever de Decidir**”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, 2006.

CORREIA, Sérvulo; MEDEIROS, Rui; AYALA, Bernardo Diniz de, *Estudos de Direito Processual Administrativo*, Lisboa, 2002.

D’ALESSIO, Francesco, *Istituzioni di Diritto Amministrativo italiano*, vol. II, Torino, Torinese, 1932-1934.

DELVOLVÉ, Pierra; VELDE, Georges, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, vol. I, 1992.

DONATI, Donato, “Atto Complesso, Autorizzazione, Approvazione”, in *Archivio Giuridico*, XII, 1903.

DUARTE, David,

- *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, Coimbra, 1996.

- *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa:*

A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória, Lisboa, 2004.

DUIPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José, *Droit Administratif*, 3ª edição, Armand Collin, Paris, 1991

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 5ª ed., 1991; vol. I, 8ª ed., Madrid, 1997.

ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9ª ed., Berlin/New York, 1992.

FILHO, Almeida; LACERDA, Marcos, *O Direito Fundamental à Informação Administrativa Procedimental no Brasil e em Portugal: uma Análise Comparada*, Lisboa, 2010.

FORTI, Ugo,

- *Diritto Amministrativo*, vol. II, 2^a ed., 1937.

- “I Controlli dell’Amministrazione Comunale”, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1907 – 1908.

FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, München, 1973.

FRAGOLA, Umberto, *Gli Atti Amministrativi*, Napoli, Jovene, 1964.

FRIER, Pierre-Lauren; Petit, Jacques, *Précis de Droit Administratif*, Paris, 2001.

GALLI, Rocco, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 1991.

GIANNINI, Massimo Severo,

- “Acertamenti Amministrative e Decisione Amministrative”, in *Foro italiano*, IV, 1962.

- *Diritto Amministrativo*, 2 vols, 3.^a ed., Milano, 1993.

- *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1981.

GOMES, Carla Amado, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra 1999.

GONÇALVES, Pedro,

- “A Justiciabilidade dos Litígios entre Órgãos da mesma Pessoa Coletiva Pública”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 35, Setembro – Outubro, 2002.

- “Apontamento sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 0, Nov./Dez., 1997.

- *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, 2005.

HUFEN, Friedhelm, *Verwaltungsprozessrecht*, 2. überarbeitete Auflage - München, 1996.

KOENIG, Christina, *Der Begründungszwang im Mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen am Beispiel Umweltrelevanter Entscheidungen*, AÖR, 1992.

LAFERRIÈRE, Edouard, *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, vol. II, Paris, 1989.

LAFERRIÈRE, Edouard, *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, vol. II, LGDJ, Paris, 1989.

LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif*, I, 11^{ème} ed. – Paris, 1990.

LOPES, Dulce, *Atividade, Procedimento e Processo Administrativos (textos de apoio)*, Coimbra, 2006.

MAÇÃS, Maria Fernanda dos Santos, *A suspensão Judicial da Eficácia dos Atos Administrativos e a Garantia Constitucional da Tutela Judicial Efetiva*, Coimbra Editora, 1996.

MACHETE, Pedro, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Lisboa, 1995.

MACHETE, Pedro, “**Conceito de Instrução Procedimental e Relevância da Preterição da Audiência dos Interessados – Ac. Do STA de 17.12.1997., p. 36001**”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º12, pp. 17-18.

MACHETE, Rui, **Algumas Reflexões sobre as Relações Jurídicas Poligonais, a Regulação e o Objeto do Processo Administrativo**, in *Estudos em Homenagem a Miguel Calvão Teles*, vol. 1, Coimbra, 2012, pp. 575-590.

MARTINS, Afonso de Oliveira, “**Para uma Teoria dos Adquiridos Constitucionais**”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio, *Tratato di Diritto Amministrativo*, vol. I, Milano, 2000.

MAURER, Harmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9^a ed., München, 1994.

MIRANDA, Jorge, “**O Direito de Informação dos Administrados**”, *in o Direito*, n.º III/IV, 1988, Lisboa.

OLIVEIRA, Mário Esteves de Oliveira; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de; TAVARES, Gonçalo Guerra; DENTE, Nuno Monteiro; OLIVEIRA, Alexandre Esteves de, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2004, Código de Processo nos Tribunais Administrativos: Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais: Anotados* – Coimbra, Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; AMORIM, João Pacheco de, colab. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª ed. (6ª reimpressão da edição de 1997) – Coimbra.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª ed., Coimbra, 2005.

OLIVER, Boquera, “**La voluntad**”, *in Estudios sobre el Ato Administrativo*, 6ª ed., Madrid, 1990.

OTERO, Paulo,

- “**Ato administrativo, §4º da voz Procedimento Administrativo**”, *in DJAP*, VI, Lisboa, 1994, pp. 490 e ss.

- *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra, 1992.

- “**Impugnações administrativas**”, *in CJA*, nº 28, 2001, pp. 50 ss.

- *Legalidade e Administração Pública. O sentido da Vinculação Administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003.

- “**Os Contra-interessados em Contencioso Administrativo: fundamento, função e determinação do universo em recurso contencioso de ato final de procedimento concursal**”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, 2001.

- “**Vocatio legis e prazo de impugnação contenciosa de ato administrativo sob a forma de decreto-lei: Acórdão da 1ª Subsecção do Contencioso**

Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de Setembro 2004”, in *O direito*, Lisboa, 2006.

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, 16ª ed., Madrid, 2007.

PEREZ, Gonzalez, *Comentários a la Ley e Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1977.

PINTO, Maria da Glória Ferreira, “**Breve Reflexão sobre a Execução Coativa dos Atos Administrativos**”, in *Estudos*, II, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1983, pp. 523 ss.

PORTOCARRERO, Maria Francisca, *Reflexões sobre os poderes de pronúncia do tribunal num novo contencioso - a ação para a determinação da prática de ato administrativo legalmente devido -, na sua configuração no art.71º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)*, Coimbra, 2010.

RAFFAELE, Resta, *La Revoca Degli Atti Amministrativo*, 1970.

RAGGI, Luigi, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 125, 1930-1931;

RANELLETTI, Oreste, *Le guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amminiztrazione*, 1868.

ROMANO, Santi, *Corso di Diritto Amministrativo*, 3.ª ed. riveduta, 1937.

RUPERT, Scholz, “**Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit**”, in *VVD-StRL*, 34, Berlim, 1976.

SANDULLI, Aldo M.,

- *Il Procedimento Amministrativo*, Milano, 1964.

- *Manuale di Diritto Amministrativo*, 15ª edizione, 1989.

SCHENKE, Wolf-Rüdiger, *Verwaltungsprozessrecht*, 7. Neubearb, Müller, 2000.

SCHWARZ, Bernard, *Administrative Law*, 2ª ed., Boston – Toronto, 1984.

SILVA, Vasco Pereira da,

- *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996.

- *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2ª ed., Coimbra, 2009.

SOARES, Rogério,

- *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978.

- “O ato administrativo”, in *Scientie Juridica*, T. XXXIX, Jan-Dez., Braga, 1990.

- “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, in *BFDUC*, vol. 57.º, 1981, pp. 169 ss.

SOUSA, António Francisco de, *Direito Administrativo*, Lisboa, 2009

SOUSA, Marcelo Rebelo de, “O Ato Administrativo no Ensino de Marcello Caetano”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu Nascimento*, Lisboa, vol. 2, 2006.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª ed., Lisboa, 2007.

SOUSA, Miguel Teixeira de,

- *O Interesse Processual na Ação Declarativa*, Lisboa: AAFDL, 1989.

- *Reflexões sobre a Legitimidade das Partes em Processo Civil*, in *Cadernos de Direito Privado*, 1, 2003.

STRAUSS, Peter Leo; RAKOFF, Todd D.; SHTOLAND, Roy A., *Gellhorn and Byse's Administrative Law: Cases and Comments*, 8ª ed., Nova Iorque, 1987, p. 886.

TRIMARCHI, Francesco, *Funzione Consultiva e Amministrazione Democratica, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina*, Milano Dott. A. Giuffrè editore, 1974.

VALLES, Arnaldo de, *La validità degli Atti Amministrativi*, Reimp., Padova, 1986.

VASCONCELOS, PEDRO Bacelar de, “**Sociedade técnica, soberania e direitos humanos**”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001.

VERBO, *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa*, vol. I e vol. II.

VIEIRA, António Luís Ouro, *As Atuais Transformações no Direito Administrativo Português e no Direito Administrativo Comparado: o Direito Administrativo Global*, Lisboa: 2010.

VICENTE, Carla, *Audiência dos Interessados no Direito Comunitário*, Lisboa, 2000.

VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, vol. I, 5.^a ed., Torino, 1962.

WOLFF, Hans, BACHOF, Otto, *Verwaltungsrecht*, I, 9.^a ed., München, 1974; II, 4.^a ed., München, 1976.

ZANIBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. III, 7.ed. – Milano, 1954.

II. JURISPRUDÊNCIA MENCIONADA

Tribunal Constitucional

Acórdão n.º104/99, de 10 de Abril de 1999;

Acórdão n.º105/99, de 15 de Maio de 1999;

Acórdão n.º 469/99, de 14 de Março de 2000;

Acórdão n.º 40/2001, de 9 de Março de 2001.

Supremo Tribunal Administrativo (Secção do Contencioso Administrativo)

Acórdão n.º 022350, de 21 de janeiro de 1986;

Acórdão n.º 26276, de 09 de agosto de 1988;
Acórdão n.º 27/682, de 06 de outubro de 1990;
Acórdão n.º 31878, de 01 de julho de 1993;
Acórdão n.º 026028, de 23 de fevereiro de 1995;
Acórdão n.º 034478, de 23 de fevereiro de 1995;
Acórdão n.º 36 001, de 17 de dezembro de 1997;
Acórdão n.º 31317, de 16 de janeiro de 2001;
Acórdão n.º 41247, de 2 de maio de 2001;
Acórdão n.º 40860, de 17 de maio de 2001;
Acórdão n.º 41247, de 2 de abril de 2001;
Acórdão n.º 37811, 15 de novembro de 2001;
Acórdão n.º 1655, de 11 de março de 2003;
Acórdão n.º 40288, de 18 de junho de 2003;
Acórdão n.º 1008/03, de 25 de junho de 2003;
Acórdão n.º 826/03, de 30 de setembro de 2003;
Acórdão n.º 822/03, de 22 de outubro de 2003;
Acórdão n.º 47678, de 28 de janeiro de 2004;
Acórdão n.º 0239/04, de 03 de junho de 2004;
Acórdão n.º 0239/04, de 06 de dezembro de 2005;
Acórdão n.º 01054/98, de 10 de dezembro de 2008;
Acórdão n.º 0230/12, de 20 de junho de 2012.

Tribunal Central Administrativo do Sul

Acórdão n.º 682/05, de 22 de Março de 2007;
Acórdão n.º 06029/10 de 02 de junho de 2010.