

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
LII — N.ºs 1 e 2 - 2011

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Vogais - PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- PROF. DOUTORA ISABEL ALEXANDRE
- PROF. DOUTOR PEDRO INFANTE MOTA
- MESTRA DINAMENE DE FREITAS
- MESTRE JORGE SILVA SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 217 984 600 — Telecópia 217 950 303

EDITOR



Coimbra Editora

Coimbra Editora, S.A.
Ladeira da Paula, 10
3040-574 Coimbra
Telef. (+351) 239 852 650
Fax (+351) 239 852 651
www.coimbraeditora.pt
editorial@coimbraeditora.pt

EXECUÇÃO GRÁFICA

Coimbra Editora, S.A.
Ladeira da Paula, 10
3040-574 Coimbra

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Novembro de 2012

	Págs.
I Doutrina	
<i>Inocêncio Galvão Telles</i> — Responsabilidade civil dos árbitos.....	7
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa.....	29
<i>Jorge Miranda</i> — Estado, liberdade religiosa e laicidade	45
<i>Luís de Lima Pinheiro</i> — O reconhecimento mútuo de decisões judiciais e extrajudiciais.....	65
<i>Carla Amado Gomes</i> — Quatro estratégias para uma incógnita: o risco global no seu labirinto.....	81
<i>Joana Morais e Castro</i> — Democracia e interculturalidade. A participação política dos imigrantes do <i>outro</i> até ao <i>nós</i>	103
II Trabalhos de alunos	
<i>César Caúla</i> — Afetações de direitos fundamentais e o postulado da diferenciação.....	125
<i>Inês Pires Ramalho</i> — O Princípio do aproveitamento do acto administrativo	175
<i>Joana Fernandes Machado</i> — Democracia e direitos fundamentais sociais: a necessária convivência no estado democrático e social de direito.....	237
<i>Marcelo Caon Pereira</i> — O ativismo judicial e a democracia.....	305
<i>Philippe Gamito</i> — Droit international de l’environnement	353
III Recensões	
<i>Thiago André Pierobom de Ávila / Marco Scoletta</i> — Gian Luigi Gatta, <i>Abolitio criminis</i> e sucessão de normas “integradoras”: teoria e práxis	375
IV Vida universitária	
<i>Jorge Miranda</i> — O professor universitário e a Universidade.....	391
<i>Jorge Miranda</i> — Na atribuição do prémio Universidade de Lisboa de 2011.....	393

	Págs.
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação da dissertação de doutoramento da Mestra Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga, intitulada <i>O Presidente da República — Contributo para uma compreensão republicana do seu estatuto constitucional</i>	399
<i>Eduardo Paz Ferreira</i> — Num país onde não querem defender os meus direitos, eu não quero viver.....	409
<i>Dário Moura Vicente</i> — Dia de África.....	415
<i>Instituto de Cooperação Jurídica</i> — Alguns dados quantitativos sobre a actividade do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2011.....	419
<i>Gabinete Erasmus</i> — Relatório de Actividades ano lectivo 2010/2011.....	425

O PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DO ACTO ADMINISTRATIVO (*)

INÊS PIRES RAMALHO

Resumo: A presente dissertação versa sobre a aplicação do Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo na ordem jurídica portuguesa, verificada essencialmente em sede judicial.

O Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo suscita a problemática da efectiva operacionalidade do direito das formas e respectiva desvalorização face ao direito substancial. A degradação das formalidades essenciais em não essenciais, a possibilidade de suprimento das formalidades essenciais após a prática do acto, a eventual influência do vício formal no sentido da determinação do conteúdo do acto, a dicotomia actos vinculados / discricionários, e ainda a redução a zero da discricionariedade, são questões prementes face ao tema em estudo.

Também importa indagar, no âmbito do presente tema, da eventual intromissão do Tribunal na actividade própria da Administração, bem como a “sobrevivência do Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo face às recentes alterações na justiça administrativa portuguesa introduzidas pelo Código do Processo nos Tribunais Administrativos.

Palavras chave: princípio do aproveitamento — actos inválidos — formalidades essenciais — actos vinculados — actos discricionários

Summary: The present essay discusses the application of the "*Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo*" to the Portuguese legal system,

(*) Tese discutida na Faculdade de Direito de Lisboa, a 16 de Fevereiro de 2011, com a classificação final de 17 valores, perante o Júri constituído por: Professora Doutora Maria João Estorninho (Presidente e Arguente) e Professor Doutor José Alberto Vieira (Vogal) e Professora Doutora Carla Amado Gomes (Orientadora). A presente tese foi alvo de pequenas alterações e melhorias que não alteram o seu conteúdo e sentido.

focusing on the judicial implications thereof. The "*Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo*" raises a problem concerning the effective value of the administrative procedure against the administrative substantive law. The degradation of essential to non-essential formalities, the possibility to fill in essential formalities after the administrative act, the potential influence of procedural defect while determining the content of the act, the dichotomy between bound and discretionary acts, and a *zero reduction of discretionary*, are all of main importance regarding the topic under study.

Also of importance to the topic under study, are the problems of a potential intrusion by the Court in the Administration's activity, as well as the survival of the "*Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo*" in face of recent changes to portuguese administrative justice introduced by the new Code of Administrative Court Procedure.

Keywords: preservation — invalid administrative acts — essential formalities — bound acts — discretionary acts

SUMÁRIO

	Págs.
Abreviaturas.....	177

PARTE I

O PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DO ACTO ADMINISTRATIVO

Questão prévia: <i>do "aproveitamento" em geral</i>	178
---	-----

Capítulo I

Sistematização e enquadramento do Princípio

1. Do procedimento administrativo	180
2. Do vício de forma.....	181
2.1. Do caso específico de preterição de audiência prévia: nulidade ou anulabilidade? ...	182
3. Do acto administrativo.....	183

Capítulo II

O Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo

1. Tentativa de definição.....	184
1.1. A tendência jurisprudencial portuguesa	185
1.2. Traços gerais do princípio do aproveitamento	186

	Págs.
2. Actos administrativos inválidos potencialmente “aproveitáveis”.....	187
2.1. Da nulidade.....	188
2.1.1. Pequeno case-study.....	188
2.2. Da anulabilidade.....	195
2.2.1. Do respectivo prazo.....	195
2.2.2. Da sentença que aproveita um acto anulável.....	196
2.3. Da anulabilidade e da irregularidade.....	197
3. Dos actos vinculados e dos actos discricionários. Da redução a zero da discricionarie dade.....	198
4. O impacto do Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo perante o vício de forma por preterição de Formalidades essenciais: degradar ou não, eis a questão.....	206
4.1. Da degradação de formalidades essenciais em não essenciais.....	206

PARTE II

O PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO E O TRIBUNAL: IMPLICAÇÕES NA ACTIVIDADE JUDICIAL ADMINISTRATIVA

Capítulo I

Da eventual invasão de competências da Administração pelo Tribunal — a actividade instrutória: a relação entre procedimento e processo

Capítulo II

O Princípio do Aproveitamento do acto na LPTA e no CPTA implicações

1. A aplicação do Princípio no recurso de anulação da LPTA e na impugnação de actos administrativos do CPTA.....	215
2. A aplicação do Princípio na acção para a condenação à prática de acto legalmente devido no CPTA.....	218
3. O Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo e o interesse processual de agir.....	219
Conclusões.....	222
Jurisprudência.....	224
Bibliografia.....	234

ABREVIATURAS

- CJA* — Cadernos de Justiça Administrativa
CPA — Código do Procedimento Administrativo
CPTA — Código do Processo dos Tribunais Administrativos
CRP — Constituição da República Portuguesa
Proc. — processo
TCAN — Tribunal Central Administrativo Norte
STA — Supremo Tribunal Administrativo

PARTE I

**O PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO
DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS****QUESTÃO PRÉVIA: DO “APROVEITAMENTO” EM GERAL**

O Princípio do Aproveitamento dos Actos Administrativos não se encontra expressamente previsto numa norma escrita no ordenamento jurídico português. Contudo, é possível demonstrar afloramentos do Princípio em causa dispersos no nosso sistema jurídico bem como o percurso a realizar para a respectiva aplicação.

Desde logo, a partir da Constituição de República Portuguesa (CRP): aqui poderá encontrar-se justificação legal para a aplicação do Princípio do Aproveitamento dos Actos (inválidos) praticados pela Administração Pública, a partir das normas constitucionais que a vinculam à prossecução de uma actividade baseada na racionalidade, eficiência e celeridade (artigo 267.º da CRP), inerentes à realização do interesse público (n.º 1 do artigo 266.º da CRP).

Com efeito, as atribuições a prosseguir pela Administração Pública, em última *ratio*, a prossecução do interesse público, nem sempre se compadecem ou permitem a reformulação de determinados trâmites e/ou requisitos para esse efeito: assim, e em honra aos princípios da racionalidade (não só em termos de custos reais mas também temporais), eficiência e desburocratização e até mesmo do próprio princípio da proporcionalidade, a Lei (ordinária) determina mecanismos aptos a suprimir e/ou corrigir erros, irregularidades e ilegalidades, na medida em que previnem a exigência de reinício do procedimento e /ou da nova prática do próprio acto administrativo, com a inerente poupança de tempo e outros custos (quer para a própria Administração Pública quer para o Particular).

Encontramos os seguintes exemplos de um “Princípio de Aproveitamento” na ordem jurídica portuguesa, em geral:

- O aproveitamento de actos processuais no caso de erro na forma de processo, previsto no artigo 199.º do Código de Processo Civil, desde que não diminuam as garantias do Réu (este artigo também se aplica ao Código de Processo de Tribunais Administrativos ⁽¹⁾ — CPTA);
- O artigo 21.º do Código de Procedimento Administrativo ⁽²⁾ (CPA): quando não tenham sido cumpridas as regras de convocação dos inter-

⁽¹⁾ Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, alterada pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

⁽²⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 31 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro.

- venientes para a reunião, mas ainda assim todos compareçam, as deliberações provenientes dessa reunião são válidas;
- O artigo 148.º do CPA também manifesta um afloramento do Princípio de Aproveitamento, quando prevê a rectificação dos actos a todo o tempo por erros de cálculo e manifestos erros materiais. Já quando os erros materiais não sejam manifestos, o regime aplicável é o da anulabilidade, sendo de promover a sua revogação, ou quando se revele possível, aplicar um dos mecanismos previstos no artigo 137.º do CPA destinados ao aproveitamento do acto inválido por vício gerador de anulabilidade: através da reforma, conversão e ratificação.
 - Os meios supra citados previstos no artigo 137.º do CPA — reforma, conversão e ratificação — filiam-se no princípio geral da conservação dos actos jurídicos, o qual se manifesta não só no direito administrativo mas também no direito civil ⁽³⁾.
 - A nível de um procedimento concursal, também poderá ocorrer a conservação de actos que não tenham sido afectados pelos vícios de outros actos do mesmo procedimento, em honra aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Assim, poderá ser afirmado que o princípio do aproveitamento, para além de consistir um corolário do princípio da economia dos actos jurídicos(-públicos) reconduzível ao acto administrativo em si mesmo, acaba por, indirectamente, aproveitar trâmites procedimentais (economia processual) ao salvaguardar os princípios da proporcionalidade e da racionalidade e eficiência que devem subjazer na actuação administrativa ⁽⁴⁾.

- O Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprova o Código dos Contratos Públicos, também admite o princípio do aproveitamento (neste caso, do contrato) no n.º 4 do artigo 283.º e no art. 283.º-A (aditado pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro).

CAPÍTULO I

SISTEMATIZAÇÃO E ENQUADRAMENTO DO PRINCÍPIO

Após demonstração de alguns exemplos elucidativos, e não exaustivos, do “aproveitamento” dos actos jurídicos na ordem jurídico português, importa frisar que nos iremos cingir ao Aproveitamento do Acto Administrativo.

⁽³⁾ Acórdão do STA, proc. 0383/07, de 12-07-2007; Acórdão do STA proc. 046611, de 07-02-2002.

⁽⁴⁾ Acórdão do STA, proc. 34.115, de 08-05-1997; Acórdão do STA, proc. 0901/06, de 12-04-2007; Acórdão do STA proc. 031/07, de 11-10-2007.

Importa agora sistematizar a linha do presente trabalho. Iremos abordar o Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo, tentando desdobrar as suas vertentes de aplicação, os seus efeitos e consequências, tendo sempre por base o contencioso administrativo, pois é neste campo que o princípio efectivamente se move.

Assim não se irá tratar, por se entender que extravasa o tema em estudo, as possibilidades de aproveitamento de actos administrativos ao dispor da Administração Pública, nomeadamente a ratificação, reforma e conversão, mecanismos previstos no artigo 137.º do CPA ⁽⁵⁾.

A abordagem será feita numa perspectiva do Princípio em si, como ponto de partida, tendo também presente que a sua aplicação envolve a verificação de um vício de forma, sendo portanto estabelecer o necessário paralelismo com o procedimento administrativo.

1. DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

O procedimento administrativo traduz-se no encadeamento ordenado de actos e formalidades com vista à prática de um acto pela Administração Pública — n.º 1 do artigo 1.º do CPA. Os actos e/ou formalidades preteridos no procedimento administrativo serão reflectidos no acto final, originando, assim, entre outros eventuais vícios (vício de lei) a verificação de vício de forma conducente à respectiva invalidade, que poderá por seu turno traduzir-se em nulidade, anulabilidade ou irregularidade, conforme o caso (artigos 133.º e seguintes do CPA).

O procedimento visa assegurar a transparência, isenção, imparcialidade e eficácia da actuação da Administração ⁽⁶⁾, contribuindo não só para a formação

⁽⁵⁾ Para esta matéria, sugere-se FREITAS DO AMARAL, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, págs. 556 e seguintes, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, págs. 1028 e seguintes, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, págs.272 e seguintes, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, pág. 205, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES, PACHECO DE AMORIM em *CPA anotado*, págs. 662 e seguintes. FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. II, págs. 475 e seguintes.

⁽⁶⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do Acto Administrativo perdido*, Almedina, Coimbra 1998, pág. 307. Para a importância do procedimento no acto e seus reflexos no acto administrativo final, cfr. págs. 301 e seguintes. Também MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, págs. 52 e seguintes.

da convicção e esclarecimento da vontade administrativa, mas também acaba por revestir um mecanismo garantístico para o Particular interessado ⁽⁷⁾.

Também o processo administrativo — n.º 2 do artigo 1.º do CPA — reveste manifesto interesse para o presente tema, pois consagra a vivência do procedimento administrativo a nível documental, constituindo o meio de prova da Administração a apresentar em sede judicial — artigo 8.º e artigo 84.º do CPTA, e sob o qual o Tribunal avaliará o grau de incidência do eventual vício de forma no acto impugnado.

2. DO VÍCIO DE FORMA

O vício de forma ⁽⁸⁾ do acto administrativo assume especial destaque na abordagem da problemática do Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo. Assim, dedicamos também uma breve referência ao vício de forma:

O vício de forma poderá desdobrar-se em vício de forma por preterição de forma legal e o vício de forma por preterição de formalidades essenciais (não se confundem com os elementos essenciais ⁽⁹⁾ do acto, cuja falta determina a nulidade do acto — n.º 1 do artigo 133.º do CPA).

O vício de forma por preterição de forma legal respeita ao modo de exteriorização do acto administrativo: por exemplo, ter o acto sido praticado oralmente quando deveria ter sido por escrito, ou sob a forma de despacho simples quando deveria ter sido por portaria, entre outras. Não se irá abordar a presente temática na perspectiva de vício de forma por preterição de forma legal — nem do caso dos *actos nulos que careçam em absoluto de forma legal*, previsto na alínea *d*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA.

A abordagem do tema será em torno do vício de forma por preterição de formalidades essenciais, especialmente as formalidades essenciais anteriores à prática do acto — especificamente a preterição de audiência prévia que constitui vício (de forma) de procedimento e as formalidades essenciais concomitan-

⁽⁷⁾ Cfr. *infra* págs. 23 e 24 onde se alude à importância das formalidades no procedimento administrativo e RUI MACHETE, *A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sousa Franco, vol. III, pág. 864.

⁽⁸⁾ VITALINO CANAS, *O Vício de Forma no Acto Administrativo*, Revista Jurídica da AAFDL, n.º 9/10, págs. 135 a 186.

⁽⁹⁾ FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. II, págs. 410 e 411. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES, PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo* anotado, págs. 641 e seguintes.

tes à prática do acto — falta de fundamentação, consubstanciando-se no vício de forma em sentido estrito.

O vício de forma por preterição de formalidades essenciais determina a invalidade do respectivo acto, sendo susceptível de anulação nos termos do artigo 135.º do CPA.

2.1. Do caso específico de preterição de audiência prévia: nulidade ou anulabilidade?

Face ao tema ora em análise, e tendo em conta a inegável conexão entre a aplicação do Princípio do Aproveitamento do Acto administrativo inquinado por vício de forma, e a preterição da audiência prévia, conforme resulta dos Acórdãos apresentados adiante, parece pertinente apresentar previamente os traços gerais de uma problemática que oferece algumas divergências quanto ao tipo de sanção a aplicar perante a sua omissão:

Se parece ser pacífico na doutrina e na jurisprudência que a falta de fundamentação gera a anulabilidade do acto (artigo 135.º do CPA por violação dos arts. 124.º e 125.º do CPA), já a consequência derivada da preterição de audiência prévia tem gerado algumas dissidências:

A preterição da audiência prévia prevista nos artigos 100.º e seguintes do CPA traduz-se num vício de forma que determina a anulabilidade do acto em causa nos termos do artigo 135.º do CPA. Parece ser esta a posição maioritariamente seguida quer pela doutrina (por exemplo, FREITAS DO AMARAL ⁽¹⁰⁾ e PEDRO MACHETE ⁽¹¹⁾) quer pela jurisprudência em geral.

No entanto, para quem considera a audiência prévia como um verdadeiro direito fundamental, (assim MARCELLO CAETANO, especialmente nos processos disciplinares em que a audiência prévia configura uma diligência de defesa e promoção do contraditório) a respectiva preterição gera nulidade do acto (neste sentido, SÉRVULO CORREIA ⁽¹²⁾ e VASCO PEREIRA DA SILVA ⁽¹³⁾).

A jurisprudência em geral inclina-se para não considerar a audiência prévia como um direito fundamental, excepto nos casos de procedimentos com cariz disciplinar/ sancionatório.

Atente-se, no entanto, à abertura conferida pelo Acórdão do STA,

⁽¹⁰⁾ FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. II, pág. 323.

⁽¹¹⁾ PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados no Procedimento Administrativo*, Universidade Católica Editora, Lisboa 1996, 2.ª edição, págs. 512 e seguintes (vd. pág. 527).

⁽¹²⁾ SÉRVULO CORREIA, *O direito à informação e dos direitos de participação*, Legislação, n.º 9/10, Janeiro-Junho 94, págs. 156 e 157.

⁽¹³⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do Acto Administrativo perdido*, Almedina, Coimbra 1998, págs. 430 e 431.

proc. 044565, de 08-06-1999 admitindo a nulidade do acto por preterição de audiência prévia (alínea *d*) do n.º 1 do artigo 133.º do CPA) *quando o interessado demonstre a conexão do direito à audiência prévia com algum (seu) direito substantivo considerado como fundamental e que tivesse sido posto em causa com a inobservância do dever de audiência*. — parece assim exigir-se um duplo requisito: conexão por um lado, e causalidade, por outro ⁽¹⁴⁾.

Face ao exposto, e para efeito do nosso trabalho — que não pretende discutir a natureza de direito fundamental do direito à audiência prévia — acompanha-se a tendência geral e maioritária, concluindo-se assim que um acto inquinado por vício derivado por falta de audiência prévia e como tal ferido de anulabilidade é potencialmente aproveitável, desde que verificados os demais requisitos subjacentes ao princípio do aproveitamento (*infra*), sendo de excluir essa hipótese quando se trate de um acto final de um procedimento sancionatório, nos termos gerais acima referidos.

3. DO ACTO ADMINISTRATIVO

O acto administrativo traduz-se numa *decisão de um órgão da Administração Pública que ao abrigo de normas de direito público visa produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta* — artigo 120.º do CPA ⁽¹⁵⁾.

A situação individual e concreta — a esfera jurídica do particular — será conformada a partir do acto administrativo consoante seja positivo — *atribua ou reconheça direitos* — ou negativo — *negue, extinga, restrinja ou afecte por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponha ou agrave deveres, encargos ou sanções; ou que decida em contrário de pretensão ou formulada por interessado*. Aproveitámos propositadamente os exemplos das alíneas *a*) e *c*) do n.º 1 do artigo 124.º, não especialmente pela sua obrigatoriedade de fundamentação, mas sim por constituírem os casos típicos de actos administrativos impugnados judicialmente e sob os quais, muitas vezes, incide

⁽¹⁴⁾ Sobre esta temática cfr. por exemplo, Acórdão do STA, proc. n.º 0151/09, de 25-06-2009 e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 594/2008, de 10-12-2008

⁽¹⁵⁾ A definição de acto administrativo não constitui propósito do presente tema, pelo que, para o efeito, sugere-se a consulta, entre outras, das obras de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES, PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo* anotado, págs. 539 e seguintes; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, págs. 67 e seguintes; do artigo de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Considerações em torno do acto administrativo impugnável*, ponto 1. O conceito de acto administrativo das págs. 259 a 272, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor..., o artigo de VIEIRA DE ANDRADE “Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “acto administrativo” no nosso tempo”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, págs. 1189 a 1220.

o princípio do aproveitamento do acto, vendo assim o particular confirmada a modificação da sua esfera jurídica ainda que por um acto tendencialmente inválido, como se desenvolverá adiante.

Com efeito, é na vertente do acto administrativo enquanto espelho reflector do cumprimento de formalidades essenciais quer no desenrolar do procedimento (audiência prévia prevista no artigo 100.º do CPA) quer em si mesmo (fundamentação nos termos do artigo 125.º do CPA) que a tónica do princípio do aproveitamento incidirá, aproveitando o acto ou não.

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. TENTATIVA DE DEFINIÇÃO

O Princípio do Aproveitamento do Actos Administrativo é um princípio geral do Direito Administrativo, aplicável por alguma jurisprudência portuguesa, apesar de não se encontrar expressamente previsto no ordenamento jurídico português.

Contudo, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e PACHECO DE AMORIM admitem ⁽¹⁶⁾, de forma indirecta, a sua aplicação, pois o elenco dos princípios previstos no CPA será meramente exemplificativo.

O Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo suscita a problemática ligada à salvaguarda do Princípio da Legalidade — especificamente a Legalidade Procedimental —, na medida em que conduz à desvalorização do direito das formas, através da degradação das formalidades essenciais em não essenciais.

Se por um lado o resultado final foi atingido e portanto o Direito foi cumprido no que concerne à situação particular, por outro lado, verifica-se um certo “indulto” na actuação da Administração Pública quanto ao incumprimento, por exemplo, entre outras formalidades essenciais, da realização da audiência prévia prevista no artigo 100.º do CPA ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo comentado*, Almedina, 2.ª edição, pág. 83.

⁽¹⁷⁾ O Tribunal não tem sido benevolente perante a falta de fundamentação, parece regra geral a anulação do respectivo acto inquinado por aquele vício — pelo menos, desconhece-se sentença ou acórdão no sentido de aproveitamento de acto viciado por falta de fundamentação.

1.1. A tendência jurisprudencial portuguesa

O Supremo Tribunal Administrativo português tem adoptado *o princípio do aproveitamento dos actos administrativos, ou teoria dos vícios inoperantes, segundo o qual a anulação de um acto viciado não será pronunciada quando seja seguro que o novo acto a emitir, isento desse vício, não poderá deixar de ter o mesmo conteúdo decisório que tinha o acto impugnado* ⁽¹⁸⁾.

O princípio do aproveitamento do acto administrativo (inválido) tem subjacente a ideia de preterição de formalidades essenciais, as quais ditam a anulabilidade do acto. As formalidades essenciais são, portanto, condicionantes de validade de um acto administrativo ⁽¹⁹⁾.

Com efeito, a problemática do princípio do aproveitamento dos actos administrativos cinge-se às formalidades essenciais que condicionam a validade do acto — anteriores e concomitantes à prática do acto (por exemplo, a realização de audiência prévia e a fundamentação) — e não quanto à sua eficácia ⁽²⁰⁾ — formalidades posteriores à prática do acto, como por exemplo, a notificação (artigo 68.º do CPA).

O princípio em causa opera quando o tribunal permita concluir pela irrelevância das formalidades essenciais no conteúdo do acto. Ou seja, ainda que as formalidades essenciais tivessem sido cumpridas, o sentido e conteúdo do acto seria exactamente o mesmo. Assim o vício de forma e/ou de procedimento que naturalmente implicaria(m) invalidade traduzida em anulabilidade, passa(m) apenas a gerar uma mera irregularidade, e o acto permanece na ordem jurídica, tal e qual como se de um acto válido se tratasse — é nisto que se traduz a degradação das formalidades essenciais em não essenciais ⁽²¹⁾.

A aplicação do Princípio pelos tribunais administrativos portugueses comporta ainda a seguinte singularidade: quando o acto inválido é um acto vinculado

⁽¹⁸⁾ Acórdão do STA proc. n.º 0805/03, de 22-06-2006; Acórdão do STA proc. n.º 0779/07 de 29-05-2008; Acórdão do STA proc. 01129/08, de 05-03-2009.

⁽¹⁹⁾ Para uma noção de formalidades, cfr. FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. II, págs. 345 e 346. Embora num contexto de contratação pública, conferir também Bernardo Ayala, *A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa*, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 56, Março/Abril 2006.

⁽²⁰⁾ FREITAS DO AMARAL, obra citada, pág. 389: “(...) a eventual preterição de formalidades posteriores à prática do acto administrativo não produz ilegalidade (nem invalidade) do acto administrativo — apenas pode produzir a sua ineficácia. Porquê? Porque a validade de um acto administrativo se afere sempre pela conformidade desse acto com o ordenamento jurídico no momento em que ele é praticado.”

⁽²¹⁾ No âmbito das formalidades essenciais/não essenciais e sua conexão com o princípio do aproveitamento, atente-se por exemplo ao Acórdão do STA proc. 043390, de 02-03-2000 e ao Acórdão do STA, proc. 045965, de 18-05-2000.

(deter a certeza de inexistência de alternativas para a definição e conformação da esfera jurídica afectada) ou quando se verifique o caso específico da redução a zero da discricionariedade — isto é, quando o Tribunal conclua que o conteúdo do acto praticado pela Administração encerra a única solução legalmente possível aplicável à situação em causa ⁽²²⁾ (no modelo alemão, os vícios procedimentais são sempre irrelevantes no caso de redução a zero da discricionariedade ⁽²³⁾).

1.2. Traços gerais do Princípio

Da breve e resumida incursão ora exposta, que traça, no entanto, os traços gerais nos quais se move o Princípio em estudo, podemos então concluir “embriõnariamente” que:

- a) é um Princípio que não se encontra expresso no ordenamento jurídico português;
- b) que é inerente à ideia do princípio da economia processual, constituindo um seu corolário;
- c) que de é aplicação eventual no caso de actos administrativos feridos por vício de forma e de procedimento (preterição de formalidades essenciais);
- d) e como tal sejam susceptíveis de anulação, nos termos do artigo 135.º do CPA;
- e) que, apesar da preterição de formalidades essenciais:

e.1. as finalidades a que o cumprimento dessas formalidades se destinavam foram atingidas por outro meio ou realizadas posteriormente ⁽²⁴⁾:

e.1.1. é o caso da fundamentação subsequente, cuja admissibilidade é polémica,

⁽²²⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo e Tribunais Administrativos*, Almedina, pág. 428.

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CPTA anotado, págs. 434 e 435.

⁽²³⁾ RUI MACHETE, *A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sousa Franco, vol. III, pág. 870.

⁽²⁴⁾ O Direito Alemão admite a irrelevância dos vícios procedimentais e de forma, quando as formalidades previstas no artigo 45.º da Lei de Procedimento Alemã sejam praticadas ou verificadas posteriormente.

e.1.2. e no caso de omissão de audiência prévia, nos termos do artigo 100.º e seguintes do CPA, quando o interessado vem por sua própria iniciativa ao procedimento apresentar documentos e requerer diligências, em momento posterior ao daquele em que aquela audiência deveria ter tomado lugar Ou, se verifica a audiência dos interessados prevista no artigo 59.º do CPA: ainda que esta diligência não prossiga as finalidades próprias da audiência prevista nos artigos 100.º e seguintes do CPA, poderá, na prática, verificar-se que com a audiência do artigo 59.º aquelas terão sido alcançadas, de acordo com o que resulte do respectivo processo administrativo e uma vez que aquela diligência *pode ter lugar em qualquer fase do procedimento*.

e.2. Ou quando o conteúdo do acto inválido é adequado à lei (acto vinculado) ou é o único possível de entre as alternativas existentes (redução a zero da discricionariedade).

Relativamente à alínea e) suscita-nos a dúvida em saber se os critérios apontados situações são cumuláveis ou não. Isto porque caso se comprove que as formalidades foram atingidas por outro meio, levanta-se a possibilidade de aproveitamento de um acto discricionário (na hipótese de apenas ter sido invocado o vício de forma), o que consideramos a sua eventualidade embora com algumas reservas conforme adiante se desenvolverá.

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS POTENCIALMENTE “APROVEITÁVEIS”

Da pesquisa efectuada quer de artigos doutrinários quer da jurisprudência portuguesa, tentámos obter denominadores comuns para a aplicação do princípio do aproveitamento: descortinar, os tais pressupostos apertados e as premissas através das quais o Tribunal fundamenta o aproveitamento do acto ⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ Sobre este assunto, revela especial interesse a sistematização apresentada por MARGARIDA CORTEZ, *Aproveitamento de acto inválido, custas pela recorrente*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 37, pág. 38 a aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo só pode ocorrer “quando estiver em causa (1) um acto inválido, (2) de conteúdo positivo, (3) desfavorável para o Recorrente, (4) na medida em que restringe a sua esfera jurídica”, podendo o Tribunal abster-se de o anular “(1) se esse acto for renovável, (2) se for certa a sua efectiva renovação em caso de anulação e (3) se na prática se mostrar indiferente para o particular o momento da eficácia temporal do eventual acto renovador.”

Parece-nos possível delimitar o núcleo de actos administrativos inválidos (anuláveis ou irregulares) aos quais poderá ser aplicado o Princípio do Aproveitamento, considerando a verificação por ordem decrescente e cumulativa de determinadas características ou pressupostos: da nulidade e da anulabilidade; e dos actos vinculados e discricionários, bem como da redução a zero da discricionariedade

2.1. Da nulidade

Começamos por explorar o campo sensível da eventual aplicação do princípio do aproveitamento de actos administrativos feridos de nulidade (artigos 133.º e 134.º do CPA).

Parece-nos pacífica a impossibilidade de aproveitamento de actos nulos ⁽²⁶⁾. Com efeito tal infere-se da norma prevista no artigo 137.º do CPA que determina o seguinte: “*Não são susceptíveis de ratificação, reforma e conversão os actos nulos e inexistentes.*”. Sendo estes mecanismos jurídicos típicos exemplos de aproveitamento de actos inválidos, ao dispôr da Administração Pública, e apenas aplicáveis em sede actos anuláveis, logicamente não nos parece possível a aplicação do princípio do aproveitamento a actos nulos pelo Tribunal.

A explicação é devida à natureza específica da nulidade: esta sanção, que traduz a forma mais grave de invalidade de um acto, não se compadece com o decurso do tempo, podendo ser pedida e declarada a todo tempo, e determina a respectiva ausência de efeitos (salvo os *efeitos putativos do acto nulo*, 134/2 CPA: *no entanto tal não se traduz, nem de forma indirecta, de um aproveitamento do acto mas sim um aproveitamento de efeito*).

2.1.1. Pequeno case-study...

No entanto, a propósito deste item — eventual (/impossibilidade de) aproveitamento de actos nulos — atente-se ao Voto de Vencido anexo ao Acórdão do STA proc. n.º 0805/03, de 22-06-2006, que propugna o aproveitamento do acto ferido de nulidade (pelo menos, naquele caso concreto).

O Acórdão do STA proc. n.º 0805/03, de 22-06-2006 manteve a declaração de nulidade de um acto praticado sem prévio parecer da entidade competente: apesar de o parecer ter sido favorável, foi solicitado (e emitido) após a prática do acto impugnado e, o regime jurídico em causa, o Decreto-Lei n.º 196/89,

⁽²⁶⁾ E a actos inexistentes [se os actos inexistentes não são susceptíveis de ratificação, reforma e conversão — art. 137.º do CPA —, figuras jurídicas reflectoras do princípio do aproveitamento de actos, também este último não poderá ser aplicado (em sede judicial)].

de 14 de Junho (visa a protecção de áreas agrícolas e garantir a sua afectação à agricultura) prevê no seu artigo 34.º a *nulidade dos actos administrativos praticados em violação do disposto no art. 9.º*, que por sua vez exige ⁽²⁷⁾ *parecer prévio favorável das comissões regionais de reserva agrícola*.

O Acórdão é peremptório ao inclinar-se para a declaração de nulidade do acto impugnado, sem reservas, pela especial gravidade da sanção legal prevista no caso de violação do momento temporal do pedido e emissão do parecer da comissão Regional (artigo 34.º conjugado com o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 196/89, de 14 de Junho) ⁽²⁸⁾.

Qual será então o escopo da norma ínsita no n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 196/89? Parece-nos, salvo melhor opinião, que a norma prevista no n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 196/89, visa acautelar o seguinte:

- que o parecer seja *prévio* à prática do acto administrativo — elemento temporal;
- e que o parecer seja favorável para a prática do acto administrativo — elemento substantivo (quanto ao resultado). Os requisitos são cumulativos, sendo o parecer em causa uma formalidade essencial, obrigatória e vinculativa face ao acto a praticar: caso contrário, o verbo inicial da norma — “carecem” — esvaziar-se-ia quanto à sua finalidade perante os actos administrativos descritos na parte final da norma.

Assim, a nulidade prevista no artigo 34.º do *supra* citado diploma ocorre perante:

- a inexistência de parecer;
- parecer prévio ao acto administrativo mas desfavorável à sua prática;
- parecer posterior ao acto administrativo apesar de favorável à sua prática.

No Voto de Vencido parece atender-se especialmente ao conteúdo do parecer emitido posteriormente, que, sendo favorável ao acto administrativo ante-

⁽²⁷⁾ O n.º 1 do art. 9.º dispõe: “*Carecem de parecer prévio favorável das comissões regionais de reserva agrícola toas as licenças, concessões, aprovações e autorizações administrativas relativas a utilizações não agrícolas de solos integrados na RAN*”.

⁽²⁸⁾ Transcreve-se o seguinte excerto do Acórdão: “(...) *E a circunstância de ter sido emitido parecer favorável, embora a posteriori, não altera os dados da questão. É que o “fim procedimental singular da norma” (HILL), o seu “escopo de protecção”, não é tanto o interesse geral, que sempre existe, de uma correcta decisão de fundo, mas a exigência expressamente afirmada no texto da lei, de um certo momento para a emissão daquele acto. Podemos, pois, dizer que o legislador, na arquitectura desta nulidade, atribuiu ao elemento temporal importância essencial e que, por outro lado, é este elemento qualificador que confere autonomia funcional ao vício.*”

riormente praticado e então impugnado, preencheria a finalidade da norma, relegando o *timing* do parecer para segundo plano, minimizando-o e assim reconduzindo-o a uma anulabilidade “fraca” ou mera irregularidade ⁽²⁹⁾.

Poder-se-á concluir que no Voto de Vencido é adoptada uma posição inovadora e arrojada face ao aproveitamento dos actos nulos, assentando a sua tese numa perspectiva mista, entre as teses finalistas e substancialistas ⁽³⁰⁾:

- na tese finalista, porque a fundamentação expedida no Voto, refere que o acto viciado cumpre o fim ou a função do preceito, pois este foi atingido por outras vias (o tal parecer foi emitido e foi favorável, apesar de tardio...). Ao considerar a emissão tardia do parecer como uma *irregularidade formal* (cfr. supra) — degradação da formalidade essencial em não essencial — na medida em que *não prejudica a “verificação do facto ou a realização do objectivo que mediante ela se visava atingir”* ⁽³¹⁾.

VIEIRA DE ANDRADE defende o equilíbrio da tese finalista, pois acautela na devida proporção os preceitos formais, *pois que se exige a realização do seu*

⁽²⁹⁾ No Voto de Vencido são indicados os seguintes argumentos para o aproveitamento do acto impugnado ferido de nulidade:

— “(...) apesar de tardio, esse parecer [foi] **prestado e foi favorável à pretensão das Recorrentes**, o que significa que não seria ele que iria inviabilizar a construção da referida infra-estrutura. E, se assim é, pode afirmar-se que a prática do acto recorrido não violou do ponto de vista substancial as finalidades prosseguidas pelo citado DL 196/89 (...)

(...) o DL 196/98 **teve em vista a defesa do interesse público** (...) a preocupação central do legislador daquele diploma não foi a defesa dos interesses das pessoas por ele atingidas, mas sim **a defesa de um correcto aproveitamento das áreas agrícolas em ordem a contribuir para a melhoria da agricultura e para a harmonia do território nacional e, porque assim, deverá ser este interesse público a merecer primacial protecção** (...)

(...) **esta irregularidade formal** [o parecer foi solicitado posteriormente à prática do acto] **não deverá tornar inoperante o acto impugnado apesar desta sua invalidade**. (...) **essa irregularidade não determinou a violação do interesse público** (...) **não se vê como a tardia prestação do referido parecer os [recorrentes] possa ter afectado**, pois o seu conteúdo não podia favorecer nem potenciar a pretensão de que a parcela expropriada fosse mantida no seu património (...) **a execução do julgado não importaria a prestação de um novo parecer** (...) e, porque assim, **o acto cuja declaração de nulidade se pretende iria ser repetido nos mesmos moldes**. (...)

(...) **a execução do julgado nunca conduziria à reconstituição da situação actual hipotética**, isto é, a situação que existiria se o acto inválido não tivesse sido praticado.” (itálico nosso)

⁽³⁰⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa*, págs. 318 e seguintes.

⁽³¹⁾ VIEIRA DE ANDRADE, obra citada, pág. 319.

fim especificamente formal mas evita o formalismo excessivo, que, afinal acabaria por, nas palavras do STA, “não servir nem tutelar nenhum interesse relevante” ⁽³²⁾.

Também FREITAS DO AMARAL alude indirectamente a esta tese quando refere *como não essenciais aquelas formalidades cuja omissão ou preterição não tenha impedido a consecução do objectivo visado pela lei ao exigí-las* ⁽³³⁾.

- por outro lado também se vislumbra no Voto de Vencido, a tese substancialista, quando refere que a prática do acto então impugnado *não violou do ponto de vista substancial as finalidades prosseguidas pelo citado DL 196/89* (cfr. *supra*). Com efeito, de acordo com o modelo de causalidade negativa no qual assenta esta tese ⁽³⁴⁾, e na vertente de causalidade hipotética, a decisão de fundo teria sido a mesma, caso o parecer tivesse sido emitido previamente, pois o conteúdo do parecer era favorável à prática do acto impugnado.

Assim, segundo a tese defendida no Voto de Vencido, o parecer proferido após a prática do acto impugnado, seria uma formalidade não essencial, ou até mesmo uma *formalidade suprível* ⁽³⁵⁾, uma vez que o conteúdo do parecer era favorável ao conteúdo do acto, e portanto garantiria o objectivo visado pela norma e pelo espírito do diploma em geral — a emissão tardia do parecer atingiu o fim proposto pela norma e reflectido no acto impugnado.

Reconhece-se a bondade e a lógica, regadas de racionalidade e eficiência jurídicas, na tese acima exposta e aceitam-se os argumentos expendidos. No entanto, com reservas. A solução defendida no Voto de Vencido é uma solução do caso concreto, que abriria, no entanto, um precedente arriscado.

Não se pode deixar de tecer as seguintes considerações que, a nosso ver, fragilizam e afastam a tese de aproveitamento de actos nulos:

- implica considerar a norma que prevê a nulidade dos actos que infringem o disposto no artigo 9.º, uma norma em branco, uma norma “não

⁽³²⁾ VIEIRA DE ANDRADE, obra citada, pág. 321.

⁽³³⁾ FREITAS DO AMARAL, obra citada, pág. 346.

⁽³⁴⁾ VIEIRA DE ANDRADE, obra citada pág. 322.

⁽³⁵⁾ FREITAS DO AMARAL, obra citada, pág. 347: “(...) é “suprível” a omissão ou preterição daquelas formalidades que a lei manda cumprir num certo momento, mas que se forem cumpridas em momento posterior ainda vão a tempo de garantir os objectivos para que foram estabelecidas.” — e, na tese defendida no Voto de Vencido, acrescentaríamos: “e desde que o conteúdo do parecer (sendo este a formalidade) fosse favorável ao acto impugnado”.

- escrita”, sem efeito, quando é certo que a nulidade carece de previsão legal expressa, ao contrário da anulabilidade (n.º 1 do artigo 133.º do CPA);
- a não declaração a nulidade do acto em causa seria devida ao conteúdo favorável do parecer, que assim acautelaria as finalidades do diploma.

Mas pergunta-se: até que ponto o parecer foi imparcial, isento e transparente perante uma situação fáctica e jurídica já consolidada por um acto administrativo anterior?

De que forma se garantem os princípios de independência e imparcialidade da parte da Comissão Agrícola na emissão desse parecer?

Ainda que a convicção do parecer tenha sido objectiva e imparcialmente formada, como se poderá assegurar a total isenção perante a realidade operada por um acto administrativo que se queria, sim, moldado conforme o parecer dessa Comissão e não ao contrário?

A suspeita, ainda que seja leve, de falta de imparcialidade e transparência originada pela subversão de procedimentos, susceptibiliza a tutela da confiança e da boa fé do particular, na medida em que a previsão de trâmites procedimentais visam assegurar a *correção e a eficácia da actuação da Administração* ⁽³⁶⁾. A previsão de realização de determinada formalidade gera uma expectativa no particular, muitas vezes eivada de confiança e segurança no sistema jurídico no qual se move em relação com a Administração Pública. Por isso, nos casos em que o legislador sancionou de forma tão grave os actos administrativos praticados com preterição de certas formalidades, em honra ao interesse público, certamente não pretendeu que as mesmas fossem relevadas ainda que a realidade não seja passível de ser alterada.

Poder-se-á então alegar: defesa de formalismo exagerado? Um brinde à burocratização? Desconsideração pela eficiência, racionalidade e eficácia na actuação da Administração Pública ao ordenar a repetição de actos sem efeito útil? Trata-se apenas do exercício de uma mera função pedagógica?

Teremos de admitir que os fundamentos são lógicos e coerentes, oferecem pertinência.

No entanto, ao efectuar a devida ponderação entre os fundamentos acima citados (aduzidos no Voto de Vencido) e o regime legal específico que subjaz aos actos nulos, bem como as expectativas geradas na declaração de nulidade

⁽³⁶⁾ RUI MACHETE, *A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sousa Franco, vol. III, pág. 864.

de actos para cuja violação a lei preveja tal sanção, a tutela da confiança e da boa fé dos administrados pesa na declinação do aproveitamento de acto nulo.

Crê-se que o sentimento de cumprimento legal ao declarar a nulidade de um acto, revestindo um certo pendor pedagógico e moralizador, visa prevenir futuras actuações da Administração Pública ⁽³⁷⁾, salvaguardando os princípios constitucionais subjacentes à actividade administrativa e a própria tutela do interesse público ⁽³⁸⁾.

Muito embora o particular não veja atendida a totalidade da sua pretensão — pela reconstituição da situação hipotética — verá, em parte, o reconhecimento da sua indignação e a efectividade no recurso à justiça administrativa.

Alude-se ainda no Voto de Vencido ao facto de *o legislador do novo CPTA* ...[ter posto] *em letra de lei o princípio* [do aproveitamento] *que ora se defende ao prever no n.º 1 do art. 45.º a hipótese de aproveitamento do acto inválido em certas e determinadas circunstâncias, não curando de saber se essa invalidade determina a sua nulidade ou anulabilidade* (itálico nosso).

O n.º 1 do artigo 45.º do CPTA, com epígrafe “*Modificação objectiva da instância*” dispõe o seguinte:

“Quando, em processo dirigido contra a Administração, se verifique que à satisfação dos interesses do autor obsta a existência de uma situação de impossibilidade absoluta ou que o cumprimento, por parte da Administração, dos deveres a que seria condenada originaria um excepcional prejuízo para o interesse público, o tribunal julga improcedente o pedido em causa e convida as partes a acordarem, no prazo de 20 dias, no montante da indemnização devida.”

Da simples redacção da norma do n.º 1 do artigo 45.º do CPTA ⁽³⁹⁾ não se retira, nem directa nem indirectamente, qualquer tipo de referência a um

⁽³⁷⁾ RUI MACHETE, *A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sousa Franco, vol. III, pág. 864: [os vícios procedimentais] *não se propõem proteger os interesses ou direitos dos particulares, mas tão somente a correcção e eficácia da actividade administrativa*.

⁽³⁸⁾ COLAÇO ANTUNES, *A teoria do acto e a justiça administrativa*, pág. 236: as normas procedimentais “*não asseguram ou não se destinam a tutelar a posição jurídica do particular, mas sim, são ditadas pela necessidade de tutelar o interesse público*”.

⁽³⁹⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA expressa dúvidas quanto à salvaguarda do princípio da divisão de poderes, face a este art. 45.º do CPTA, chegando a julgá-lo mesmo *inconstitucional, seja por violação do princípio da separação de poderes (ao permitir ao tribunal “administrar” — ainda que numa hipótese extrema —, mediante um juízo de mérito, através do qual ele pode “optar” pela manutenção da ilegalidade, desde que fixada a necessária indemnização), seja pela violação do princípio do pedido, seja ainda pela violação do princípio da plenitude da tutela do particular*

aproveitamento de acto, ou que seja efectivamente perpetrada pelo Tribunal a discussão do tipo de invalidade do acto.

Retira-se sim, de forma indirecta, que o Tribunal terá de ter chegado à conclusão mediante a avaliação dos factos e respectiva lei aplicável, que a pretensão do autor é procedente. Ou seja, que o acto impugnado é ilegal e procede a respectiva anulabilidade ou declaração de nulidade ⁽⁴⁰⁾.

Contudo, no âmbito da efectividade prática dessa anulação ou declaração de nulidade do acto, para efeito de emissão de sentença condenatória para a Administração Pública praticar o que lhe compete ⁽⁴¹⁾, verifica-se a ocorrência de um de dois pressupostos — *impossibilidade absoluta da satisfação plena dos interesses do autor, da realização jurídico prática da pretensão ou o excepcional prejuízo para o interesse público* ⁽⁴²⁾.

Ambos os pressupostos consistem em causas legítimas de inexecução de sentença condenatória a proferir, pelo que, *há como que uma antecipação do julgamento a efectuar a respeito da causa legítima de inexecução, que, de outro modo, poderia ser invocado pela Administração no âmbito de eventual processo executivo da sentença condenatória* ⁽⁴³⁾ ⁽⁴⁴⁾.

Face ao que antecede, conclui-se que a génese do artigo não se reconduz a uma tese de aproveitamento do acto, pois este não seria passível de aproveitamento atendendo à manifesta procedência do pedido do autor, que implicaria a anulabilidade do acto ou a respectiva declaração de nulidade.

(que, em caso de colisão com um interesse público mais gravemente lesado, pode levar à transformação do contencioso administrativo num “processo de mera indemnização”)... — in “Todo o contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição”, CJA n.º 34, Julho/Agosto 2002.

⁽⁴⁰⁾ Apesar de o art. 45.º se encontrar inserto em capítulo respeitante à acção administrativa comum, é também aplicável na acção administrativa especial via art. 49.º (também do CPTA).

⁽⁴¹⁾ Actos jurídicos ou operações materiais. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo e Tribunais Administrativos*, Almedina, pág. 261.

⁽⁴²⁾ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *CPTA anotado*, págs. 303 e seguintes.

⁽⁴³⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo e Tribunais Administrativos*, Almedina, págs. 261 e 262.

⁽⁴⁴⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, obra citada, págs. 262 e 263. “*a modificação objectiva da instância (...) só tem lugar nos casos em que o pedido inicial devia proceder, mas subsiste um motivo que a torna inviável a execução da pronúncia condenatória que viesse a ser emitida (...) Como a fixação da indemnização se destina a substituir a satisfação do pedido originário, o juiz não pode deixar, portanto, de exprimir um juízo de procedência quanto a esse pedido, dado que só a impossibilidade ou o excepcional prejuízo para o interesse público na execução da sentença favorável justificam a convalidação do processo dirigido à emissão da decisão pretendida pelo autor num processo dirigido à obtenção de um sucedâneo económico*”.

O que sucede é uma antecipação do (não) resultado da sentença a proferir em sede declarativa, que permite a modificação objectiva da instância por iniciativa do Tribunal.

Ou seja, qual o efeito útil da execução da sentença a proferir perante o reconhecimento manifesto de um impedimento actual e objectivo para satisfação dos interesses do autor, ou que, para alcançar estes últimos, se preveja um incomportável e desproporcionado prejuízo para o interesse público?

A resposta parece-nos que é: inexistente efeito útil.

Portanto o que ora se trata é de enxertar logo aqui o processo executivo, economizando a prática de posteriores trâmites processuais, que serão em vão... Quanto muito admitiríamos no âmbito deste artigo, de modo reflexo, o princípio de economia / simplificação processual, mas não o de aproveitamento de acto administrativo.

De salientar que a conversão do pedido formulado pelo autor no correspondente valor pecuniário, não impede um pedido de ressarcimento autónomo por demais danos (n.º 5 do artigo 45.º CPTA).

2.2. Da anulabilidade

2.2.1. Do respectivo prazo

A sanção aplicável ao acto inválido reveste, regra geral, a anulabilidade — artigo 135.º do CPA — ou mera irregularidade.

Os actos anuláveis podem ser revogados (n.º 1 do artigo 136.º para o caso específico dos actos anuláveis; para os actos administrativos em geral, o artigo 138.º do CPA) no prazo legal de um ano, coincidente com o prazo legal máximo para a respectiva sindicabilidade judicial — n.º 2 do artigo 136.º e n.º 1 do artigo 141.º do CPA conjugado com o artigo 58.º do CPTA.

O decurso do prazo acima referido, suscita divergências na doutrina quanto ao *estado* do acto outrora potencialmente anulável, ao tornar-se “imune” (“cristaliza”, fica “blindado”), consolidando-se em pleno na ordem jurídica.

Por um lado, o entendimento da respectiva sanção conforme defendido por MARCELLO CAETANO ⁽⁴⁵⁾, FREITAS DO AMARAL ⁽⁴⁶⁾: o acto sana-se pelo simples decurso do tempo e passa a equiparar-se a um acto válido desde a sua prática, passando a ser-lhe aplicável o regime jurídico previsto no artigo 140.º “revogação de actos válidos”;

⁽⁴⁵⁾ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, pág. 540 e 541, 544 e 545.

⁽⁴⁶⁾ FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, págs. 464 e 465.

Por outro lado, o entendimento que o mero decurso do prazo não “válida” o acto anulável, simplesmente impossibilita a respectiva impugnação judicial, defendido, por exemplo, por VIEIRA DE ANDRADE ⁽⁴⁷⁾ e VASCO PEREIRA DA SILVA ⁽⁴⁸⁾. Também no mesmo sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM ⁽⁴⁹⁾. No entanto, tal não obsta à apreciação da ilegalidade para efeitos de responsabilidade civil, e outros casos legalmente previstos (artigo 38.º do CPTA).

Contudo, o acto inquinado de vício gerador de anulabilidade que tenha sido *aproveitado*, tê-lo-á sido em sede judicial, pelo que a questão abordada no parágrafo *supra* não se coloca. Poder-se-á, no entanto, abordar a questão em paralelo mas apenas e tão só quanto aos efeitos: ou seja, depois de o acto ter sido *aproveitado* (e aqui *estabelece-se o paralelismo com a problemática de qual o efeito sob o acto inválido, decorrido o prazo legal para a sua revogação*), passa ser um acto válido *tout court* (enquanto acto sanado) ou permanece inválido mas equiparado a um acto válido quanto à sua produção de efeitos?

2.2.2. Da sentença que aproveita um acto anulável

Na sequência do ponto anterior, quais os efeitos produzidos no acto impugnado que é alvo de aproveitamento pela sentença do Tribunal Administrativo? O acto impugnado é sanado através da aplicação do princípio do aproveitamento? E se sim, com efeitos *ex tunc* (desde início) ou com efeitos *ex nunc* (para o futuro)? Ou mantém-se inválido, quanto à sua génese, mas válido quanto à respectiva produção de efeitos?

Sobre esta questão oferecem-se os seguintes comentários:

- A sentença não sana o acto impugnado, não procede à expurgação da parte viciada ⁽⁵⁰⁾: o acto permanece tal e qual aquando o momento

⁽⁴⁷⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *Discricionariiedade e reforma de actos administrativos vinculados desfavoráveis*, CJA n.º 11, págs. 11-15 (ponto 3 da pág. 14).

⁽⁴⁸⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra 1998.

⁽⁴⁹⁾ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, e outros..., *Código do Procedimento Administrativo anotado*, Almedina, 2.ª edição, pág. 661. em anotação ao artigo 136.º do CPA, consideram: “(...) Não que desapareça a ilegalidade de que o acto padecia — resultado que só se obtém pela sua sanção (ou cura) através da ratificação, da reforma ou conversão (...). O que sucedeu é que tal ilegalidade perdeu (no que a ele respeita) a sua força invalidante: o acto tornou-se inimpugnável com esse fundamento. (...) —, o acto já não pode ser mais revogado (anulado) pela Administração ou impugnado perante os tribunais competentes para o anular, passando a viver, nesta perspectiva (mas já não, por exemplo, em sede indemnizatória) como se de um acto válido se tratasse.”

⁽⁵⁰⁾ Tal acção reconduz-se, sim, ao uso de mecanismos próprios pela Administração Pública para o aproveitamento do acto viciado, previstos no art. 137.º do CPA: por ratificação, reforma

da sua prática. Na esteira de AFONSO QUEIRÓ, ainda que no contexto de aproveitamento de um acto discricionário pelo Tribunal, *o acto que se mantém de pé é o acto impugnado e não um acto do tribunal* ⁽⁵¹⁾.

Se bem que actualmente, num contexto de condenação à prática de acto legalmente devido e quando a prática e o conteúdo do acto sejam estritamente vinculados, o CPTA prevê a emissão pelo Tribunal de sentença que produza os efeitos do acto ilegalmente omitido (n.º 3 do artigo 3.º, alínea c) do n.º 4 do artigo 164.º e n.º 6 do artigo 167.º do CPTA).

Ou seja, a invalidade do acto subsiste, mas a sentença que dita o aproveitamento do acto, confere-lhe “imunidade” ao retirar efeitos invalidantes do vício nesse acto (é neste aspecto que estabelecemos a comparação com os efeitos do decurso do prazo legal para revogação no caso do acto anulável). Acresce que o aproveitamento do acto implica que tenha efeitos retroactivos, ou seja, irá operar desde o momento da sua prática, porque é nesse momento que é aferida a sua validade (*aptidão para prática de efeitos jurídicos e conformidade com o ordenamento jurídico* ⁽⁵²⁾).

Face ao que antecede, conclui-se que a sentença reconhece o acto impugnado como válido e, conseqüentemente, a sua aptidão para produzir efeitos jurídicos válidos.

2.3. Da anulabilidade e da irregularidade

Note-se que a par da degradação de formalidades essenciais em formalidades não essenciais também se opera o paralelismo da degradação da anulabilidade em irregularidade. A verificação de irregularidade num acto comporta uma carga mais débil, e não afecta os efeitos principais do acto, muito embora este não deixe de ser um acto ilegal, passível de responsabilização disciplinar e civil dos seus autores ⁽⁵³⁾.

ou conversão. Mas importa referir que os meios ora indicados não se confundem com o Princípio do Aproveitamento dos Actos, objecto do presente estudo. Com efeito, são actos administrativos secundários que, quanto muito, exprimem a lógica do Princípio do Aproveitamento tal como referido *supra* (introdução).

⁽⁵¹⁾ Anotação de AFONSO QUEIRÓ a Acórdão de 10 de Novembro de 1983, in RLJ, ano 117, 1984-85, págs. 142 a 149.

⁽⁵²⁾ FREITAS DO AMARAL, obra citada, pág. 342.

⁽⁵³⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, pág. 49.

CONCLUSÃO

Podemos assim afirmar que apenas um acto administrativo anulável e como tal susceptível de revogação no prazo legalmente previsto, poderá ser aproveitado (quer em sede administrativa — através de ratificação, reforma e conversão previstos no artigo 137.º do CPA —, quer em sede judicial).

3. DOS ACTOS VINCULADOS E DOS ACTOS DISCRICIONÁRIOS. DA REDUÇÃO A ZERO DA DISCRICIONARIEDADE

De acordo com a jurisprudência portuguesa geralmente adoptada, o aproveitamento do acto só poderá ocorrer no *uso de poderes vinculados e quando nenhuma outra decisão se impunha ao caso concreto* ⁽⁵⁴⁾.

Da panóplia de vários Acórdãos portugueses pesquisados suscita-nos a seguinte dúvida: o princípio do aproveitamento apenas é suportável no caso de estarmos perante actos vinculados? E no caso de actos discricionários?

E quanto aos actos revogatórios (enquanto actos secundários) são susceptíveis de aproveitamento? A resposta diverge conforme se considere o poder de revogação como um poder discricionário da Administração ⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾ ou um poder vinculado — entendido como um dever jurídico de revogação de actos assim que detectada a sua ilegalidade ⁽⁵⁷⁾ ⁽⁵⁸⁾.

Salvo melhor opinião, e tendo em conta que esta problemática extravasa o tema em análise, apesar da inegável conexão, acompanha-se a parte da doutrina que considera o poder de revogação como um dever jurídico, de obrigatoriedade de anulação de um acto inválido, e enquanto tal, consubstanciar-se como um poder vinculado.

⁽⁵⁴⁾ Acórdão do STA proc. 048378, de 28-05-2002: “(...) III — *O princípio do aproveitamento do acto administrativo não é aplicável aos actos praticados no exercício de poderes discricionários.*” Cfr. também Ac. STA proc. 685/06, de 12-12-2006, Ac. STA proc. 0779/07, de 29-05-2008, Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN) Proc. 0248/02 — Porto. 10-11-2005.

⁽⁵⁵⁾ MARCELLO CAETANO, obra citada, págs. 544 e 545: “(...) *sobre a Administração não recai nenhum dever jurídico de revogar os actos ilegais que tenha praticado, embora possa revogá-los se assim o entender.*”

⁽⁵⁶⁾ VIEIRA DE ANDRADE, CJA *supra* citado, acerca da possibilidade de “*revogação anulatória*” que considera constituir sempre um poder discricionário de exercício oficioso (...), não estando o órgão administrativo obrigado, em abstracto, a anular o acto que se tenha estabilizado como caso decidido.

⁽⁵⁷⁾ FREITAS DO AMARAL, obra citada pág. 463.

⁽⁵⁸⁾ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, e outros..., *Código do Procedimento Administrativo anotado*, págs. 672 e 673.

Nos casos em que as formalidades preteridas possam ser praticadas posteriormente ⁽⁵⁹⁾, a Administração poderá fazer uso da ratificação, reforma ou conversão, em alternativa à revogação, para assim ainda aproveitar o acto inválido. Contudo essa possibilidade terá de ser aferida perante o caso concreto, pois nos casos em que não seja possível ou admissível legalmente a prática dessas formalidades, a Administração estará subordinada ao dever de revogação e reinício de novo procedimento administrativo (caso assim se imponha).

Neste domínio — actos vinculados vs actos discricionários — releva o sentido do conteúdo do acto, ou seja, importa determinar se o seu efeito modelador e que afecta desfavoravelmente determinada esfera jurídica, é determinado por uma única solução conferida pela Lei ou se a Lei permite alternativas perante a situação concreta, concedendo à Administração a possibilidade da melhor escolha (tendo sempre em vista a prossecução do interesse público).

Na nossa opinião, o princípio apenas poderá ser considerado e aplicado perante um acto vinculado. E ainda assim é uma afirmação condicionada, não sendo de todo absoluta.

No caso de actos discricionários apenas se admitiria a possibilidade de aproveitamento no caso de verificação que a formalidade essencial preterida teria sido alcançada através de outro meio: por exemplo, no caso de audiência prévia verificar-se que o interessado interveio quer officiosamente — através da audiência prevista no artigo 59.º do CPA — quer por sua iniciativa — consultou o processo administrativo, solicitou esclarecimentos em relação aos quais obteve resposta, pediu diligências que foram efectuadas — ou no caso de falta de fundamentação, verificar-se que a mesma consta do processo mas não foi notificada (falta ou insuficiência de fundamentação na notificação do acto administrativo — artigo 68.º do CPA — que poderá inclusivamente, mais do que um caso de validade, tratar-se de um eventual caso de ineficácia do acto). Mas considera-se e admite-se a fragilidade de sustentação destes casos, pelo que, em regra, declina-se a possibilidade de aproveitamento de actos discricionários.

⁽⁵⁹⁾ Acórdão acima citado, do Tribunal Central Administrativo Norte, Proc. 0248/02 — Porto. 10-11-2005: *Só quando a decisão a tomar é acertada e única possível na solução do caso concreto é que estamos perante o princípio do aproveitamento do acto administrativo. (...) Já vimos que o incumprimento da lei que determinou a revogação de anterior acto administrativo reside no facto de não terem sido cumpridos determinados procedimentos quer no que toca ao recorrente quer no que toca ao recorrido, ou seja, a ilegalidade resulta de actuações omissivas de ambos; e assim sendo poderiam ter sido cumpridos, ainda que posteriormente, os formalismos legalmente exigidos de modo a que não fosse indispensável a revogação do acto. Conclui-se assim, no que a esta razão respeita, que o acto revogatório e aqui impugnado não se tratou da prática de um acto vinculado, isto é, que se tratasse do único acto possível a praticar de modo a repor a legalidade do acto anteriormente praticado.* (sublinhado nosso).

Mesmo em relação ao aproveitamento de actos vinculados, poderá verificar-se a anulação do acto impugnado, no caso de preterição de audiência prévia, quando o Tribunal não consiga concluir, *através de um juízo de prognose póstuma, que a decisão tomada era a única concretamente possível* ⁽⁶⁰⁾ ⁽⁶¹⁾.

Considerando essa perspectiva, ainda que a Administração pratique um acto administrativo com o conteúdo determinado por lei, muitas vezes a violação da Boa Fé — princípio previsto no artigo 6.º-A do CPA — demonstrada na frustração da expectativa jurídico administrativa gerada no Particular administrado poderá determinar o não aproveitamento do acto ⁽⁶²⁾.

Por exemplo, quando a Administração Pública no decurso de um procedimento administrativo solicita ao Particular que apresente documentos para verificação de determinados pressupostos, sob pena de indeferimento da respectiva pretensão. Se o Particular juntar tais documentos ou em sede de audiência prévia refutar comprovadamente os factos e fundamentos legais que sustentam o projecto de decisão do indeferimento, tal poderá gerar a expectativa que cumpriu o que Administração havia solicitado e portanto a sua pretensão será atendida.

⁽⁶⁰⁾ Acórdão do STA no proc. 046482, de 17-01-2002 que apesar de afirmar peremptoriamente que o princípio do aproveitamento é de aplicação exclusiva aos actos vinculados, refere que *não basta que a decisão seja cometida no exercício de poderes vinculados para se poder concluir, sem mais, pelo carácter não invalidante da violação do disposto n.º 1 do art. 100.º do CPA. Tal só se verifica, se for possível garantir que o acto seria sempre prolatado, e com a mesma configuração decisória, quaisquer que fossem as vicissitudes do procedimento, ou como refere o Ac. do Pleno de 08.02.2001 — Rec. 46.660, “quando se possa afirmar, com inteira segurança, que o novo acto a praticar pela Administração em execução do julgado anulatório, teria forçosamente conteúdo decisório idêntico ao acto anulado* (cfr. para além do citado aresto, os Acs. do Pleno de 01-02-2001, de 27-09-2000, de 09-02-1999, e de 21-05-1998, nos Recs. 46.825, 41.191, 39.379 e 40.692, respectivamente, e Acórdão do STA proc. 0274/07, de 11-10-2007).

⁽⁶¹⁾ Acórdão do STA proc. 1618/02, de 23-05-2006, “*só se admite que o tribunal administrativo deixe de decretar a anulação do acto que não deu prévio cumprimento ao dever de audiência, aproveitando-o, quando ele, de tão impregnado de vinculação legal, não consente nenhuma outra solução (de facto e de direito) a não ser a que foi consagrada, isto é, quando esta se imponha com carácter de absoluta inevitabilidade: um tipo legal que deixe margem de discricionariedade, dificuldades na interpretação da lei ou na fixação dos pressupostos de facto, tudo são circunstâncias que comprometem o aproveitamento do acto pelo tribunal.*”

⁽⁶²⁾ Acórdão do STA proc. 0972/03, de 01-06-2004 quando refere “(...) *A invalidade pode ser consequência da violação da boa fé nos casos em que «a lei ou a natureza do acto impuseram a vinculatidade jurídico-administrativa da expectativa criada» — ESTEVES DE OLIVEIRA, e outros, Cód. Proc. Adm. 2.ª Edição, pág. 114. Sem uma clara indicação legal no sentido de que a frustração da confiança gerada no interessado seja cominada com a invalidade do acto, as consequências da violação da boa fé pela Administração serão de outra espécie — a violação da boa fé pode ter reflexos e ser determinante v. g. no aproveitamento dos actos; (...) — cfr. JESUS GONZALVEZ PEREZ, «El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo», 2.ª edição, pág. 78 e seguintes.*”

Mas suponha-se que por qualquer motivo, a Administração cometeu um erro na indicação dos pressupostos ou omitiu alguns desses pressupostos (erro nos pressupostos de facto para a decisão): por exemplo em vez de indicar o pressuposto x indicou que seria o pressuposto y, mas na verdade a Lei pretende é a verificação do pressuposto x que, em termos de verdade material o Particular não preenche — ou seja, mesmo que inexistisse erro da Administração o Particular não teria direito ao reconhecimento do seu pedido. Assim, neste caso poder-se-á admitir a eventual impossibilidade de aproveitamento de um acto vinculado. Contudo esta situação será pouco usual: a violação da Boa Fé revela ser, na maior parte dos casos, de difícil demonstração e/ou comprovação em sede judicial. Por outro lado, ainda que a violação da Boa Fé seja, parece-nos que o Tribunal iria tendencialmente aproveitar o acto em causa, uma vez que é vinculado, e a sua anulação não surtiria qualquer efeito útil, nem para a Administração nem para o Particular (poderia, no entanto, tal comprovação de violação da Boa Fé ser relevante para efeito de indemnização por prejuízos e/ou até danos morais).

Bom, e neste âmbito atendemos à Boa Fé a nível de actuação, quer da Administração, quer do Particular, o que se verifica a nível de procedimento, pois a nível de conformação do conteúdo da decisão os Princípios da Boa Fé, da Igualdade, da Proporcionalidade são parâmetros conformadores de actos discricionários, os quais cedem mediante a verificação do Princípio da Legalidade ⁽⁶³⁾ (actos vinculados) ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶³⁾ Compete aqui referir o Princípio da Legalidade na vertente de *precedência de lei* (ou da preferência de lei, ou da compatibilidade ou da não-contradição) que significa que os actos da Administração não devem contrariar as normas legais que se lhes aplicam; já a vertente reserva de lei (conformidade) exige que a prática de um acto pela Administração corresponda à prévia estatuição de uma norma jurídica. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, pág. 755.

⁽⁶⁴⁾ Acórdão do STA, proc. 0377/08, de 04-06-2009: “VI — No âmbito do exercício de poderes vinculados o princípio da legalidade consome a generalidade dos restantes princípios administrativos, o Acórdão do STA, proc. 0941/08, de 07-10-2009, “III — O princípio da boa fé (a par de outros, como os da igualdade e justiça ou da proporcionalidade) opera, apenas, como limite interno da actividade discricionária da Administração.”, o Acórdão do STA, proc. n.º 0699/08, de 28-01-2009 “II — A Constituição da República Portuguesa não coloca qualquer restrição à aplicação do princípio da boa fé aos actos praticados no exercício de poderes vinculados. III — Todavia, no confronto entre os princípios da legalidade e da boa fé deve ser ponderada cada situação em concreto por forma a poder concluir-se se da prevalência do primeiro, em sentido estrito, resulta um flagrante injustiça para o contribuinte, acarretando-lhe um desproporcionado e intolerável prejuízo. IV — Só, neste último caso, a violação do princípio da boa fé, na sua dimensão de protecção de confiança dos particulares e enquanto integrante do bloco de legalidade, em sentido lato, deve revestir efeitos invalidantes do acto tributário praticado.”

Retomando o ponto onde ficámos, ou seja, permitir que o Tribunal fizesse uso do Princípio do Aproveitamento no âmbito de um acto discricionário seria conceder, de forma algo imprudente (porque não se encontra expressamente prevista na Lei nem pelos demais Princípios em geral — o que poderá infligir o Princípio da Separação de Poderes ⁽⁶⁵⁾), a eventual intromissão na actividade da Administração Pública, a qual se pauta pela ponderação e opção das melhores decisões (próprias de um poder discricionário) para prossecução do interesse público, sendo certo, que a máxima “julgar é ainda administrar” que teve o seu período de ouro no século XIX até meados do século XX (quando os tribunais administrativos eram, no fundo, órgãos administrativos), há muito foi postergada.

A actividade a que nos referimos no parágrafo *supra* — a actividade discricionária — não se caracteriza pelo livre arbítrio, pois é sempre precedida por habilitação legal e carece sempre da necessária fundamentação (é um poder jurídico, tal como o poder vinculado e é sindicável judicialmente em casos muito específicos para acautelar princípios de boa administração e de proporcionalidade — neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA ⁽⁶⁶⁾); é concedida legalmente à Administração para esta decidir, no interesse público, quais as melhores opções gestionárias e técnicas para os respectivos casos concretos.

Com efeito, a Lei não dita qual o melhor local para construção de um aeroporto ou quais os materiais específicos a adquirir para obras numa ponte. Compete à Administração Pública avaliar, munida de pareceres técnicos (obrigatórios ou não, vinculativos ou não — matérias de outras lides...) os pressupostos, as condições, prazos, para a tomada da melhor decisão. Aliás, o próprio CPTA, conforme se verá adiante, introduz limites na apreciação e decisão ao Tribunal administrativo tendentes especialmente à salvaguarda da actividade discricionária da Administração Pública ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ *Para uma concretização do Princípio da Separação de Poderes cfr., entre outros, SÉRVULO CORREIA em “Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos” págs. 25 e seguintes.*

⁽⁶⁶⁾ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CPTA anotado, vol. I, edição Novembro de 2004, Almedina, págs. 122 e 123.

⁽⁶⁷⁾ “III. A judicial restraint decretada pelo legislador no art. 3.º/1 do CPTA, impondo ao tribunal que circunscreva os seus juízos à interpretação e aplicação das normas e princípios jurídicos, vale para todas as formas por que se revela a actividade administrativa, (...) IV. O juiz não pode opor às opções discricionárias da Administração os seus próprios juízos de oportunidade e conveniência, do tipo “se fosse eu, não teria mandado construir a estrada ou ponte naquele local, mas noutro, bem melhor do ponto de vista urbanístico, rodoviário ou ambiental”, ou coisa similar.” — Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira in CPTA anotado, volume I, edição Novembro de 2004, Almedina, pág. 124.

No entanto, AFONSO QUEIRÓ ⁽⁶⁸⁾ confere abertura ao aproveitamento de um acto discricionário, como *um acto simplesmente possível, entre outros, quando o Tribunal apure que o acto se justifica como realmente possível ante um princípio ou norma jurídica diversa que a Administração ignorava (...)*. Assim sendo, *o Tribunal deverá manter o acto praticado pela Administração no exercício de um poder discricionário, mediante a substituição do fundamento ilegal pelo fundamento jurídico em que ele muito bem poderia ter sido baseado* ⁽⁶⁹⁾.

Apenas poderíamos conceber a hipótese acima descrita no caso de redução a zero da discricionariedade ⁽⁷⁰⁾: quando para a situação concreta é admitida apenas uma única solução possível de entre as alternativas apresentadas. De acordo com o modelo de justiça administrativa alemã, *quando é possível a redução a zero da discricionariedade, os vícios procedimentais são irrelevantes* ⁽⁷¹⁾. De facto, o acto em causa, ao invés de ser um acto discricionário, é um acto *quase vinculado* — “quase”, na medida em que inicialmente seria potencialmente discricionário como face à situação em

⁽⁶⁸⁾ Anotação de AFONSO QUEIRÓ a Acórdão de 10 de Novembro de 1983, in RLJ, ano 117, 1984-85, págs. 142 a 149.

⁽⁶⁹⁾ A acompanhar o entendimento de AFONSO QUEIRÓ, cfr. Acórdão do STA proc. 046611, de 07-02-2002, “(...) *O seu âmbito de aplicação [do princípio do aproveitamento do acto administrativo] não se determina mecanicamente pela antítese vinculação/ discricionariedade, em termos de sempre ser de excluir no domínio de actos praticados no exercício de um poder discricionário. Limitando-nos ao erro (nos pressupostos ou base legal) porque é desse tipo o vício em causa, existem erros respeitantes a actos praticados no uso de um poder discricionário cuja anulação o juiz administrativo pode abster-se de decretar por invocação do referido princípio, atendendo à razão que o justifica. Mesmo neste domínio o tribunal pode negar relevância anulatória ao erro, sem risco de substituir-se à administração (Cfr. Prof. Afonso Queiró, RLJ 117.º, págs. 148 e ss) quando, pelo conteúdo do acto e pela incidência da sindicância que foi chamado a fazer possa afirmar, com inteira segurança, que a representação errónea dos factos ou do direito aplicável não interferiu com o conteúdo da decisão administrativa porque não afectou as ponderações ou as opções compreendidas (efectuadas ou potenciais) nesse espaço discricionário*”. E o Acórdão do STA proc. 01521, de 11-10-2007, “II — *Mesmo no domínio dos actos discricionários o tribunal pode negar relevância anulatória ao incumprimento do art. 100.º do CPA quando, pelo conteúdo do acto e pela incidência da sindicância que foi chamado a fazer possa afirmar com inteira segurança que o cumprimento de tal formalidade em nada modificaria o conteúdo do acto.*”

⁽⁷⁰⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo e Tribunais Administrativos*, Almedina, pág. 428

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CPTA anotado, págs. 434 e 435.

⁽⁷¹⁾ RUI MACHETE, *A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sousa Franco, vol. III, pág. 870.

concreto apenas é admissível uma única solução, poderá ser equiparado a um acto vinculado ⁽⁷²⁾.

A redução a zero da discricionariedade transparece do n.º 2 do artigo 71.º do CPTA, a propósito dos poderes de pronúncia do tribunal no âmbito da condenação à prática do acto legalmente devido, *a contrario*, ou seja, *quando a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível*.

Parece ser de rejeitar a possibilidade de um aproveitamento de um acto praticado no âmbito de poderes discricionários (ainda que se admita a sua possibilidade no caso de redução a zero da discricionariedade... cfr. *supra*): o simples facto de existência de escolhas, da existência de margem, ainda que mínima, de livre decisão administrativa, leva-nos a declinar a possibilidade de aproveitamento do acto discricionário pelo Tribunal. Esta opinião é subjacente a duas ordens de considerações:

1.º Por um lado, não compete ao Tribunal qualificar como “boa” ou como “má” uma decisão administrativa no âmbito de poder discricionário inquinada por um vício de forma (preterição de audiência prévia ou por falta de fundamentação, podendo, inclusivamente verificar-se ambas). Apenas compete ao Tribunal determinar os parâmetros legais nos quais a decisão se deveria basear ou eventualmente determinar/ condenar a Administração Pública à prática do acto devido tendo em conta determinadas vinculações jurídicas e não “praticar” através de uma sentença, um acto administrativo impondo-o à Administração (aqui sim ocorreria a violação do princípio de separação de poderes) — *infra*; Aceitar o aproveitamento de um acto administrativo discricionário com a inerente degradação do vício de forma como irrelevante pelo Tribunal, seria permitir a este a realização do julgamento de que, dentro do leque de escolhas possíveis, determinar que aquela escolha ínsita no acto impugnado teria sido a melhor escolha: aqui sim, ocorreria o Tribunal envergar a veste de um órgão ou agente administrativo (dupla “Administração”) no reforço do acto impugnado (“dupla decisão administrativa” emitida por uma sentença) ao invés de efectuar o julgamento sob aquele acto (se cumpriu ou não a Lei, se o acto

⁽⁷²⁾ COLAÇO ANTUNES, *A Acção de Condenação e o Direito ao Acto*, Colóquio Luso-Espanhol, O acto no contencioso administrativo, Tradição e Reforma, Colaço Antunes e Sáinz Moreno, pág. 228: o que está em causa na redução a zero da discricionariedade, é, *na verdade, uma actividade administrativa verdadeiramente vinculada. Por outras palavras, quando a norma habilitante da discricionariedade entra em colisão com outras normas e princípios vinculantes que fazem com que uma decisão formalmente discricionária só possa comportar uma solução conforme ao direito e aos factos postos no caso*

se move nos parâmetros da juridicidade sob o ponto de vista formal e material).

2.º Por outro lado, pela necessidade de verificação da boa conduta administrativa, da respectiva adequação aos trâmites legais que visam assegurar transparência, imparcialidade, eficiência na actuação administrativa — cujo incumprimento origina o vício de forma — ou seja, a dita função pedagógica e correctiva para com a Administração Pública.

É evidente que nos assola a seguinte pergunta: então e a função pedagógica e correctiva no âmbito dos actos vinculados? Sob este aspecto, oferece-nos referir que competirá ao Tribunal, e aqui lhe depositamos não só confiança como responsabilidade, o bom senso de acautelar os princípios da confiança e boa fé do administrado lesado, a par e passo com os princípios da igualdade e da proporcionalidade, e o princípio da racionalização e eficiência da actuação administrativa subjacentes ao princípio da economia processual e aproveitamento de actos em geral, para o encontro do justo equilíbrio na composição dos interesses em litígio (*infra*).

Conclui-se assim pela declinação da tese de aproveitamento de um acto discricionário: apenas se configura essa possibilidade no âmbito de um poder vinculado, pois assim não se acautela o domínio da possibilidade de escolha conferido à Administração e implica que o Tribunal aceite o acto discricionariamente adoptado (No quadro da justiça administrativa actual, parece-nos que assim o Tribunal julgaria *a conveniência ou oportunidade da actuação da Administração* — parte final, *a contrario*, do n.º 1 do artigo 3.º do CPTA), ainda que com um fundamento jurídico diverso.

De facto, até que ponto seria seguro afirmar que a Administração praticaria o mesmo acto com o fundamento então alterado pelo Tribunal? Esta actuação suscita-nos dúvidas na medida em que parece, sim, gerar invasão de competência própria da Administração e não acautelar a necessária isenção e imparcialidade no julgamento da acção, que passa pela certificação do cumprimento das normas e princípios jurídicos que vinculam a Administração (primeira parte do n.º 1 do artigo 3.º do CPTA).

Por outro lado, também parece não se coadunar com os parâmetros e limites impostos pelo CPTA na prolação da sentença: no âmbito da condenação à prática de acto devido, quando a *emissão deste suscite valorações próprias da Administração e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível*, o Tribunal deve limitar-se a indicar à Administração quais os princípios e regras que deverá atender na prática do acto devido, *no respeito pelos espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa* (n.º 3, *a contrario*, do artigo 3.º, n.º 2 do artigo 71.º, n.º 3 do artigo 95.º do CPTA. Cfr. a mesma tese no âmbito da execução para prestação

de facto infungível — n.º 2 do artigo 168.º e na execução de sentença, o n.º 1 do artigo 179.º, ambos do CPTA).

4. O IMPACTO DO PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DO ACTO ADMINISTRATIVO PERANTE O VÍCIO DE FORMA POR PRETERIÇÃO DE FORMALIDADES ESSENCIAIS: DEGRADAR OU NÃO, EIS A QUESTÃO

4.1. Da degradação de formalidades essenciais em não essenciais

Sem dúvida e ponto assente, é certo, estarmos em presença de um acto administrativo inválido e potencialmente anulável. Mas segundo a jurisprudência nacional (que temos vindo a citar ao longo do presente trabalho), apenas quando se conclua que o acto inquinado do vício formal alberga a única solução juridicamente possível ⁽⁷³⁾, ou a solução tenha sido atingida por outra via, é que a formalidade essencial se degrada em formalidade não essencial, permitindo, assim o aproveitamento do acto ⁽⁷⁴⁾.

Segundo VIEIRA DE ANDRADE, a jurisprudência portuguesa, apoiada pela doutrina, adoptou o critério seguido pelos grupo de posições “funcionalistas ou finalistas” — a verificação de um vício formal só não deve provocar a anulação do acto pelo Tribunal se este comprovar que se alcançaram no caso concreto, embora por outra via, os fins específicos que o preceito violado visava atingir ⁽⁷⁵⁾.

Parece que será o caso quando resulte comprovadamente que o interessado consultou o processo em causa e/ou intervém, quer por sua iniciativa quer por solicitação oficiosa, no procedimento através da junção de elementos/documentos (caso de omissão da audiência prévia) ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷³⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, pág. 129 — a propósito do entendimento do STA.

⁽⁷⁴⁾ David Duarte, *Procedimentalização...*, obra citada, págs. 222 e 223. “(...) são não essenciais as formalidades que, apesar de não praticadas, viram os seus objectivos atingidos por outro meio, onde há, portanto uma degradação da formalidade essencial em não essencial. A partir daqui resulta, como consequência, que a decisão poderá ser aproveitada, não sendo anulada se os interesses que a formalidade protegia foram salvaguardados por qualquer outro meio, voluntário ou não.”

⁽⁷⁵⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa...* págs. 318 e 319 em geral a jurisprudência tende a admitir que as normas devem ser apreciadas segundo o fim a que estão ordenadas ou a função que lhes é atribuída, de modo que se esse fim — em regra a garantia dos direitos e interesses legítimos dos administrados — é conseguido por outra via, a “formalidade” não deve ser tratada como substancial.”. Cfr. também David Duarte, obra citada, pág. 222.

⁽⁷⁶⁾ Acórdão do STA, proc. 0560/04, de 11-01-2005, ao aludir a um acórdão do Pleno da Secção de 31-03-2004 (rec. n.º 035338-P) no qual foi afirmado que “tal formalidade pode, em

Parece assim que a possibilidade de degradar uma formalidade essencial em não essencial, é posterior à qualificação do acto em causa: se é vinculado ou discricionário. Só depois de tal aferição é que se poderá considerar a eventual degradação da formalidade preterida em não essencial. Por exemplo, confira-se o Acórdão do STA proc. n.º 01591, de 02-06-2004, ao dispôr que “(...) III — Sempre que exista a possibilidade dos interessados, através da audiência prévia, influírem na determinação do sentido da decisão final, não haverá que retirar efeitos invalidantes ao vício da preterição da referida formalidade.”⁽⁷⁷⁾

Também assim o Acórdão do STA, proc. 0418/03, de 18-01-2005 é peremptório ao afirmar que “IV — Não é lícito ao tribunal, em honra ao princípio do aproveitamento do acto administrativo ou da relevância limitada dos vícios de forma, salvar um acto praticado com preterição de audiência prévia prevista no art. 100.º do CPA, se o mesmo releva do domínio das valorações da autonomia conformadora da Administração, sem que o conteúdo e o sentido daquele se mostrem inelutáveis, independentemente de a recorrente ter sido, ou não, ouvida no procedimento.” — repare-se que no Acórdão ora citado o critério decisivo para o não aproveitamento do acto impugnado, é que este resulte de valorações da Administração, ou seja, ser discricionário. O Acórdão descarta a possibilidade de considerar suprida a preterição da audiência prévia do artigo 100.º do CPA mesmo na eventualidade da recorrente ter sido ouvida no procedimento — quer no âmbito do artigo 59.º do CPA quer por intervenção espontânea e de iniciativa da recorrente —, e portanto, as finalidades subjacentes à audiência prévia do artigo 100.º do CPA tenham sido indirectamente atingidas. Com efeito, deste Acórdão retira-se que é questão prévia, para efeito de aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo, “classificar” um acto como vinculado ou discricionário, e só depois caso conclua que se trata de um acto vinculado, é que poderá avaliar da eventual degradação da formalidade essencial em não essencial (da irrelevância do vício de forma).

certos casos, degradar-se em formalidade não essencial, isto é numa mera irregularidade procedimental incapaz de determinar a anulação do acto. Tal acontecerá, por exemplo, quando atentas as circunstâncias, a intervenção do interessado se tornou inútil, seja porque o contraditório já se encontra assegurado (...)”. Também o Acórdão do STA, proc. 01021/07, de 19-06-2008: “a audiência prévia pode, em alguns casos, degradar-se em não essencial e portanto, ser omitida sem que daí resulte uma ilegalidade invalidante, alude a doutrina seguida por SANTOS BOTELHO, A. ESTEVES E CÂNDIDO PINHO “em que apesar de não se ter concedido o direito de audiência o interessado, por sua livre iniciativa, depois de concluída a instrução, vem ao processo administrativo tomar posição quanto às questões a resolver e, isto, ainda assim, apenas se o particular tivesse tido acesso aos elementos coligidos no procedimento para melhor preparar a sua tomada de posição.”

⁽⁷⁷⁾ PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados no Procedimento Administrativo*, Universidade Católica Editora, Lisboa 1996, 2.ª edição, págs. 528 e 529.

Já no caso de falta de fundamentação, esta poderá demonstrar-se irrelevante na determinação de anulabilidade do acto quando o interessado demonstre possuir um exacto conhecimento dos fundamentos de facto e de direito que ditaram a decisão (sendo esta válida quanto ao seu conteúdo).

No entanto, admite-se teoricamente a situação acima referida com cautela e as maiores reservas, pois ainda que assim se comprove, muito dificilmente poderá tal falta (de fundamentação) ser relevada, uma vez que pesa o argumento usado pela jurisprudência portuguesa de que a fundamentação demonstre o *iter cognoscitivo* do autor do acto, na conformação e conteúdo do acto administrativo em causa. Parece ser incisiva a expressão inequívoca do percurso intelectual e respectiva ponderação do autor do acto administrativo para chegar ao resultado em causa ⁽⁷⁸⁾, não bastando a mera consulta ao processo administrativo respectivo ou intervenção incidental ou provocada no procedimento pelo interessado, tomando assim conhecimento de alguns factos/ fundamentos de direito e/ou revelando o respectivo conhecimento destes e demonstrando ainda outros factos e fundamentos de direito pertinentes e/ou conexos para a decisão (quer em fase de procedimento primário quer em procedimento secundário).

Apenas no caso do Tribunal constatar uma única solução para o caso concreto, ou seja, mais uma vez, quando esteja perante um acto administrativo de conteúdo vinculado ⁽⁷⁹⁾, é que poderá ponderar a irrelevância da falta de fundamentação, o que implica degradar esta formalidade essencial em formalidade não essencial, e assim aproveitar o acto administrativo em causa.

Ou seja, quando o Tribunal perante determinado quadro fáctico, ao determinar a norma jurídica legalmente aplicável ao caso concreto, independentemente da ocorrência ou não do vício formal e/ou procedimental e “*através de um juízo de prognose póstuma*” ⁽⁸⁰⁾, conclua que o acto só poderia ter aquele conteúdo face à Lei (acto vinculado).

Considerando o eventual preciosismo, parece ser mais adequado o seguinte raciocínio (ao invés da tal “*prognose póstuma*”) “*se a decisão viciada só puder,*

⁽⁷⁸⁾ David Duarte, *Procedimentalização...*, obra citada, pág. 224. *É a própria especificidade da fundamentação, ao contrário da generalidade dos vícios procedimentais, que a afasta da possibilidade de aproveitamento do acto. Apenas nos actos, raros, em que em rigor não chega a haver ponderação é que se poderá aceitar, se a solução só puder ser a adoptada, a valorização exclusiva de razões de economia jurídica.*

⁽⁷⁹⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa...* pág. 330: “*juiz só poderá assim, aproveitar um acto administrativo não fundamentado cujo conteúdo não tenha alternativa juridicamente válida*”.

⁽⁸⁰⁾ VIEIRA DE ANDRADE, obra citada, pág. 328. discorda com o “*juízo de prognose fáctica*” (expressão similar...) a realizar pelo Tribunal no momento do controle do acto, pois trata-se de uma questão de direito: saber “*se um administrador normal e razoável, perante as circunstâncias do caso e no quadro legal estabelecido, iria decidir do mesmo caso*”.

em abstracto, ter o conteúdo que teve em concreto, improcede a arguição da anulabilidade” a qual se retira da Sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra, proc. 2194/04.7BELSB e que também se localiza no Acórdão do TCAN proc. 00046/04, de 20-01-2005 “5. A omissão dessa audição constitui a preterição de uma formalidade legal conducente à anulabilidade da decisão desfavorável proferida na reclamação, a menos que seja manifesto que a decisão viciada só podia, em abstracto, ter o conteúdo que teve em concreto, já que os vícios de forma não impõem necessariamente, a anulação do acto a que respeitam, degradando-se as formalidades procedimentais essenciais em não essenciais se, apesar delas, foi dada satisfação aos interesses que a lei tinha em vista ao prevê-las.” (também assim no Acórdão do TCAN proc. 00928/04 — VISEU, de 09-02-2006).

PARTE II

O PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO E O TRIBUNAL: IMPLICAÇÕES NA ACTIVIDADE JUDICIAL ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I

DA EVENTUAL INVASÃO DE COMPETÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO PELO TRIBUNAL — A ACTIVIDADE INSTRUTÓRIA: A RELAÇÃO ENTRE PROCEDIMENTO E PROCESSO

O percurso final deste caminho em sede judicial e portanto, operado pelo Tribunal, suscita fortes críticas doutrinárias, pela eventual invasão da esfera instrutória (“naturalmente” discricionária ⁽⁸¹⁾) e actividade material próprias da Administração Pública.

Tal é especialmente sensível no âmbito da reconstrução hipotética da actividade instrutória da Administração efectuada pelo Tribunal no sentido de avaliar as opções tomadas em sede de procedimento, de âmbito discricionário, nomeadamente para averiguação de factos, adopção de diligências, escolha de umas diligências e dispensa de outras.

Por exemplo, avaliar porque motivo foram averiguados uns factos e não outros, e porque foram escolhidas determinadas diligências para averiguar aque-

⁽⁸¹⁾ No âmbito da discricionariedade subjacente à actividade instrutória realizada pela Administração, consultar a obra de DAVID DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas na discricionariedade instrutória*, FDL, Lisboa 2004, Colibri, págs. 393 e seguintes.

les factos e não outro tipo de diligências, quer oficiosamente quer por requerimento do Particular interessado ⁽⁸²⁾ — nestes casos, a reconstrução hipotética do percurso procedimental pelo Tribunal poderá invadir e valorar ponderações próprias da Administração.

A este propósito confira-se o Acórdão do STA, proc. 084/08, de 21-05-2008: *“IV — O juízo sobre a conveniência ou não da realização das diligências complementares no âmbito do procedimento administrativo depende da posição que a entidade com competência para a decisão tiver sobre os pontos da matéria de facto que essas diligências podem esclarecer. V — Só ocorrerá um vício procedimental por não realização de diligências, se se demonstrar que a administração, não tendo formado a sua convicção em sentido positivo ou negativo sobre a ocorrência de determinados factos que podem relevar para a decisão, não realizou diligências que poderia realizar para os apurar.”*

Na Declaração de Voto anexa ao Acórdão ora citado é frisado que *“na relação procedimento/processo, tem de exigir-se que o procedimento recolha sempre toda a matéria de facto relevante pois não é objectivo do processo contencioso reabrir a instrução para recolher os factos necessários à decisão administrativa, nem sequer reabrir a instrução para efectuar o controlo da suficiência ou não da prova recolhida, juízo este que cabe efectuar-se no procedimento, sob a cominação de défice de instrução que inquina a decisão final de invalidade.”*

Note-se que o n.º 1 do artigo 90.º do CPTA permite que o Tribunal *possa ordenar as diligências de prova que considere necessárias para o apuramento da verdade*. Bom, e será que tal poderá suprir de forma indirecta as insuficiências de prova resultantes do processo administrativo? O objectivo da norma ora mencionada não será necessariamente esse, acompanhando-se a posição referida na Declaração de Voto acima citada. No entanto, poderá assim acontecer na prática: a repetição de um procedimento administrativo tem custos para ambas as partes, pelo que tanto o Particular interessado (Autor) como a Administração (Ré) poderão aproveitar a acção judicial para efectuar provas que por qualquer motivo não foram realizadas em sede própria. Por exemplo, apresentação de pareceres, prova pericial ou por inspecção, inclusivamente a produção de prova testemunhal. Para que o Tribunal consiga proferir uma sentença com efeito útil, parece que tal “aproveitamento” irá suceder, principalmente em sede

⁽⁸²⁾ Conferir o artigo 56.º do CPA “...podem proceder às diligências que considerem convenientes para a instrução...”, a parte final do n.º 2 do artigo 88.º do CPA: “...requerer diligências de prova úteis para o esclarecimento dos factos com interesse para a decisão.”, parte final do n.º 3 do artigo 101.º do CPA: “...requerer diligências complementares...”, o artigo 104.º sobre diligências complementares após a audiência prévia do artigo 100.º e a parte final do n.º 2 do artigo 174.º em sede de recurso hierárquico.

de condenação à prática de acto devido (artigos 66.º e seguintes do CPTA), já que em sede de impugnação de actos administrativos (artigos 50.º e seguintes), mais “facilmente” o Tribunal decretará a anulação do acto, ou a respectiva nulidade ou inexistência, nesse caso, perante o défice instrutório constatado (muito embora, ainda assim, tenha algumas dúvidas, porque parece ser nessa sede — impugnação de actos administrativos — que o princípio do aproveitamento terá maior possibilidade de aplicação, ao invés da acção de condenação à prática de acto legalmente devido.)

Com efeito compete à Administração Pública dirigir a actividade instrutória, providenciando pelas diligências que entender necessárias e convenientes, de forma a averiguar todos os factos e recolher todos os elementos relevantes para a formação da decisão administrativa — artigos 56.º, 87.º e 89.º, todos do CPA.

A actividade instrutória desenvolvida materializa-se no processo administrativo — n.º 2 do artigo 1.º do CPA — que é, por norma, a prova por excelência facultada pela Administração em sede judicial, constituindo um dever de cooperação e boa fé processual — n.º 3 do artigo 8.º e artigo 84.º do CPTA.

No entanto, a questão já não se coloca quando se trate de avaliar a legalidade da decisão de dispensa ou inexistência da audiência de interessados nos termos do artigo 103.º do CPA. Com efeito, a audiência prévia prevista nos artigos 100.º e seguintes do CPA constitui uma formalidade obrigatória de procedimento administrativo, que visa concretizar o comando constitucional previsto no n.º 4 do artigo 268.º da CRP — participação dos cidadãos nas decisões que lhes digam respeito. Tal reveste não só um cariz de mera participação procedimental — que poderia ser residualmente concretizado pela audiência dos interessados prevista no artigo 59.º do CPA — mas sim desdobra-se num verdadeiro direito subjectivo de pendor garantístico.

Assim, como o cumprimento da formalidade de audiência prévia não reveste um cariz discricionário, a Administração Pública encontra-se vinculada a promover a sua realização, excepto nos casos de inexistência e de dispensa, que exigem a respectiva decisão fundamentada de acordo com os respectivos requisitos previstos no artigo 103.º do CPA ⁽⁸³⁾.

Nos casos em que o Tribunal entende degradar a preterição da audiência prévia em formalidade não essencial, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS consideram que essa *orientação é altamente discutível*, na medida em que contende com a efectividade prática de uma garantia constitu-

⁽⁸³⁾ Neste sentido, cfr. o Acórdão do STA proc. 048378 de 28-05-2002 “I — A urgência na decisão, susceptível de excluir a audiência prévia dos interessados, deve resultar objectivamente do acto e das suas circunstâncias, sendo irrelevante uma urgência afirmada posteriormente ao acto e que dele inequivocamente não resulte. II — A dispensa de audiência prévia, nos casos previstos no art. 103.º, n.º 2, do CPA, tem de ser objecto de decisão expressa, fundamentada.”

cional de participação dos interessados na formação de decisões, admite a realização de actividade instrutória pelo Tribunal a fim de poder concluir pela degradação da formalidade (o que implica invasão de competência da Administração Pública) e ainda implica que o Tribunal verifique a existência de demais vícios que não tenham sido identificados pelas partes ⁽⁸⁴⁾.

Face ao exposto no parágrafo supra, tecem-se os seguintes comentários:

- De facto, a audiência dos interessados não se resume à instrução procedimental. Conforme acima exposto, constitui um direito dos interessados participarem na formação nas decisões que lhes disserem respeito (n.º 5 do artigo 267.º da CRP). Também concretiza a garantia do princípio do contraditório, ao revestir um verdadeiro direito de defesa nos casos de procedimentos disciplinares/ sancionatórios. Seja num caso ou noutro, não reveste a mera realização de uma diligência procedimental pela Administração, sendo obrigatória, salvo nos casos em que a Lei expressamente prevê a sua inexistência e dispensa, mas ainda aí com a exigência da respectiva fundamentação para o efeito (supra, e artigo 103.º do CPA).

A jurisprudência citada, ao desvalorizar esta fase do procedimento através da sua degradação em formalidade não essencial, poderá parecer estar a abrir permissão, para que, na prática, passe a ser comum a inexistência ou dispensa de audiência prévia nos procedimentos que culminem na prática de um acto administrativo vinculado. Ora, o artigo 103.º do CPA não alberga essa possibilidade — aliás, o CPA não diferencia o procedimento conforme estejam em causa poderes vinculados ou poderes discricionários, e desconhece-se que alguma lei especial assim o preveja — e a forma como foi modelado o nosso procedimento administrativo, de cariz garantístico, ao abrigo da previsão constitucional do princípio da participação dos interessados (artigo 267.º do CRP) não parece de maneira nenhuma permitir tal prática.

Portanto, deste ponto de vista, entende-se a preocupação dos Autores acima referenciados.

No entanto, ao abrigo do princípio da economia dos actos públicos — segundo VIEIRA DE ANDRADE ⁽⁸⁵⁾, o princípio ora referido serve a ideia que *não devem ser tomadas decisões sem alcance real para o interessado*, sendo a

⁽⁸⁴⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, págs. 129 e 130.

⁽⁸⁵⁾ VIEIRA DE ANDRADE, obra citada, págs. 332 e 333.

economia de meios um valor jurídico, correspondendo a uma das dimensões indispensáveis do interesse público —, e dos princípios da eficiência e racionalidade administrativas (artigo 267.º da CRP), entende-se que no caso de preterição de audiência prévia, esta poderá ser degradada em formalidade não essencial pelo Tribunal, quando não esteja em causa uma diminuição de garantias e defesas do Particular interessado e a decisão não seja passível de qualquer outra solução, senão aquela, estando a mesma determinada por Lei (acto vinculado). Com efeito, a anulação do acto pelo Tribunal apenas traduziria um expediente meramente dilatatório, na medida em que iria ser posteriormente praticado um acto de conteúdo semelhante.

Contudo, atenda-se ao facto de que poderá haver interesse no atraso dos efeitos do acto então aproveitado pelo Tribunal. Por exemplo, VIEIRA DE ANDRADE refere o efeito prático da anulação: além do efeito educativo e da diferença de data, a Administração poderia até não voltar a praticar o acto ⁽⁸⁶⁾ ⁽⁸⁷⁾.

- Quanto ao argumento de “*reinstrução do procedimento administrativo em substituição da administração*” pelo Tribunal: em sede de acção judicial, o Tribunal irá analisar a prova apresentada pelas partes, nomeadamente o processo administrativo apresentado pela Administração (nos termos do artigo 8.º e artigo 84.º do CPTA) que ilustra todos os actos e trâmites realizados no procedimento administrativo. Face à prova que é apresentada e aquela que será produzida em audiência, o Tribunal terá de partir da qualificação do acto administrativo impugnado: é vinculado ou discricionário? E a partir dessa perspectiva, no caso de estar perante um acto vinculado ⁽⁸⁸⁾, concluir pela eventual degradação da formalidade essencial em não essencial. Não se vislumbra de que forma o Tribunal poderá, no exercício das suas funções próprias, colmatar ou reproduzir o procedimento administrativo em sede judicial. O facto de “exercitar intelectualmente” o caminho procedimental administrativo através do processo administrativo que tem em mãos, com vista a determinar o impacto da violação de formalidades

⁽⁸⁶⁾ VIEIRA DE ANDRADE, obra citada, pág. 332.

⁽⁸⁷⁾ No mesmo sentido, MARGARIDA CORTEZ, *Aproveitamento de acto administrativo inválido: custas pelo recorrente?*, CJA n.º 37, Janeiro/Fevereiro de 2003, pág. 37. o acto renovado não dispôr de efeitos retroactivos, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 128.º do CPA ainda que tenha o mesmo sentido/conteúdo do acto anulado pelo Tribunal na sequência de um vício formal. “*Ora, não é necessariamente indiferente para o particular, o momento a partir do qual um acto sancionatório que o afecta, v. g., uma pena disciplinar, começa a produzir efeitos...*”

⁽⁸⁸⁾ Cfr. as considerações formuladas *supra*, págs 30 e seguintes.

essenciais no acto impugnado, não nos parece implicar uma reinstrução do procedimento administrativo ⁽⁸⁹⁾.

- Por último, quanto à averiguação de vícios não invocados pelo Autor, apesar de efectivamente o n.º 1 do artigo 95.º do CPTA dispor que o Tribunal “não pode ocupar-se senão das questões suscitadas”, já em sede de processos impugnatórios o n.º 2 do artigo 95.º do CPTA concede abertura para que o Tribunal identifique “a existência de causas de invalidade diversas das que tenham sido alegadas”: ou seja, na impugnação de actos administrativos (que, no fundo, comporta a ideia do recurso de mera anulação na linha da LPTA), o n.º 2 do artigo 95.º permite que o Tribunal averigue todas as causas de invalidade, para além daquelas que tenham sido invocadas contra o acto impugnado, o que poderá ter implicações (positivas) para a eventual aplicação do Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo.

Em sentido contrário, com uma perspectiva aceitável do *iter* procedimental administrativo hipotético a efectuar pelo Tribunal parece transparecer na opinião de RUI MACHETE pois, ao estabelecer uma relação de conexão entre a aplicação do Princípio do Aproveitamento e o interesse processual em agir em juízo, aceita implicitamente tal actuação por parte do Tribunal a propósito da acção de condenação à prática de acto legalmente devido ⁽⁹⁰⁾.

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DO ACTO NA LPTA E NO CPTA — IMPLICAÇÕES

No presente contexto, atente-se na opinião de COLAÇO ANTUNES acerca das implicações a nível de direito substantivo administrativo provocadas pela nova justiça administrativa plasmada no CPTA ⁽⁹¹⁾.

COLAÇO ANTUNES ⁽⁹²⁾ defende que, na medida em que o actual contencioso administrativo se centra na tutela da posição jurídica subjectiva do autor — na pretensão efectiva do autor —, a regra será o decaimento da anulabilidade do

⁽⁸⁹⁾ Cfr., Acórdão do STA proc. 084/08, de 21-05-2008, citado na pág. 45.

⁽⁹⁰⁾ RUI MACHETE, *A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sousa Franco, vol. III, págs. 874 e 877.

⁽⁹¹⁾ Para uma abordagem genérica das principais alterações e inovações, FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes linhas de reforma...*

⁽⁹²⁾ A teoria do acto e a nova justiça administrativa, págs. 235 e seguintes.

acto, pois o que verdadeiramente importa é analisar e avaliar da substancial injustiça da lesão sofrida, independentemente da mera invalidade formal. Esta é agora menos importante à luz de uma justiça material e, por conseguinte, pode fazer decair, por razões formais ou procedimentais, a anulabilidade para o terreno das meras irregularidades não invalidantes (...) — ou seja, o iter cognoscitivo do Tribunal, para concluir pela anulação do acto, passa por avaliar a existência de umnexo de causalidade entre a violação da norma procedimental e a efectividade da norma substantiva subjacente ao conteúdo do acto, e que portanto, seria susceptível de modificar a esfera jurídica do autor.

Se o Tribunal concluir que o vício formal decorrente da violação da norma procedimental não colide com a aplicação da norma substantiva, e que, mesmo sem o vício formal, o direito substantivo não é passível de ser alterado, que o fim da norma substantiva foi atingido e a posição jurídica subjectiva do autor não será modificada com a anulação do acto, então este será mantido — é a expressão máxima da materialização do Princípio do Aproveitamento dos Actos Administrativos.

1. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO RECURSO DE ANULAÇÃO DA LPTA E NA IMPUGNAÇÃO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DO CPTA

A dimensão do actual contencioso de pendor subjectivo difere do contencioso anterior regulado na revogada LPTA, que se movia numa lógica objectiva, de matriz caracteristicamente francesa⁽⁹³⁾, e, portanto, centrada no acto, traduzida no recurso de mera anulação: independentemente da posição jurídica subjectiva do autor, o acto era anulado ainda que a esfera jurídica do autor não pudesse ser alterada (com a prática posterior de acto semelhante sem vício formal) dado que a norma substantiva era a adequada a tutelar a situação jurídica na qual o autor era parte (o sentido do acto permanecia incólume com ou sem vício formal).

A potencial anulação do acto dar-se-ia no caso de violação de normas substantivas e de normas procedimentais: era a perfeição do acto administrativo que vingava, independentemente de o pedido do autor vir a ser atendido ou não, uma vez que se tratava de um contencioso de mera anulação, sendo as respectivas sentenças de natureza meramente constitutiva ou de anulação⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹³⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *O novo modelo de impugnação judicial dos actos administrativos, tradição e reforma*, Colóquio Luso-Espanhol, O acto no contencioso administrativo, Tradição e Reforma, Almedina, pág. 189.

⁽⁹⁴⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, pág. 298.

Ou seja, nada garantia ao Autor que a Administração não viesse a praticar um acto de conteúdo semelhante, pois a tutela subjectiva do autor não era apreciada, discutida e acautelada em sede judicial. Assim, poderia dar-se o caso de o Autor ter de recorrer novamente a tribunal perante o acto entretanto praticado, desta feita já sem padecer de vício formal e com semelhante conteúdo lesivo. Este aspecto originava uma sucessiva impugnação do acto renovado, entretanto praticado sem o vício original, mas relativamente ao qual o Autor alegaria a apreciação de outros vícios que o Tribunal não teria conhecido na primeira lide. Esta situação era típica do anterior recurso de mera anulação ou de modelo de impugnação cassatória, inspirado no modelo francês.

De facto, a estrutura do artigo 57.º da LPTA de epígrafe “ordem de conhecimento dos vícios” assemelha-se ao sistema de “moyens” ou “overtures” de anulação francesa, que se desdobrava em “moyens de legalité externe”/meios de legalidade externa (incompetência, vício de forma e vício de procedimento) e “moyens de legalité interne”/meios de legalidade interna (vício de lei, desvio de poder e desvio do procedimento). Primeiro o Tribunal analisava os meios de legalidade externa, e caso se comprovasse um vício de forma susceptível de conduzir à anulação do acto, ficava prejudicado o exame dos meios de legalidade interna, ainda que também pudessem conduzir à anulação do acto impugnado. O modelo francês atribui, assim, uma valorização acrescida e precedente aos preceitos de forma face às normas substantivas ⁽⁹⁵⁾.

No âmbito do actual CPTA, a acção administrativa especial de impugnação de actos administrativos prevista nos artigos 50.º e seguintes do CPTA, poderá ser “equiparada” (“aproximada” ou “derivada” mas com um notável e assinalável desenvolvimento) ao anterior recurso de anulação da LPTA no entanto, com importantes inovações:

- A actual impugnação de actos administrativos só é admissível quando o Autor pretenda pura e simplesmente que o acto impugnado seja removido da sua esfera jurídica (é o caso de um acto positivo, que imponha um encargo ou um dever, ou actos revogatórios ⁽⁹⁶⁾).

Se o Autor pretender que, para além da anulação ou declaração de nulidade, seja praticado um acto com um conteúdo favorável à sua pretensão — caso de actos de indeferimento —, deverá intentar a acção sob a forma de condenação

⁽⁹⁵⁾ RUI MACHETE, *A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sousa Franco, vol. III, págs. 857 e 858.

⁽⁹⁶⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, pág. 150.

à prática de acto devido ou o Tribunal convidá-lo-á a substituir a respectiva petição nos termos do n.º 4 do artigo 51.º do CPTA ⁽⁹⁷⁾.

- O objecto da acção de impugnação de actos administrativos afere-se mediante a pretensão anulatória apresentada pelo interessado, segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, muito embora o acto impugnado não deixe de desempenhar um papel central no processo impugnatório ⁽⁹⁸⁾;
- Outra inovação relaciona-se com os poderes de pronúncia do Tribunal em sede de impugnação de actos administrativos, previstos no n.º 2 do artigo 95.º do CPTA. Esta norma quebrou a ordem de precedência de conhecimento de vícios vigente ao abrigo do artigo 57.º do CPTA e veio impor ao Tribunal a pronúncia sob todas as causas de invalidade invocadas bem como o dever de conhecer officiosamente as demais causas de invalidade que possam estar subjacentes. Segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA ⁽⁹⁹⁾ a norma do n.º 2 do artigo 95.º do CPTA deu concretização prática ao princípio da tutela judicial efectiva, na medida em que estabiliza a situação jurídica do Autor e impede a renovação do acto impugnado pela Administração.

Se ao abrigo da LPTA era aplicado o Princípio de Aproveitamento do Acto Administrativo, o que suscitava dúvidas doutrinárias sobre a desvalorização do direito das formas e conhecimento de vícios para além daqueles que tivessem sido expressamente invocados (conforme acima expostas), parece que a norma do n.º 2 do artigo 95.º acaba por dar sustentabilidade à aplicação do Princípio do Aproveitamento do Acto administrativo, na medida em que serão concomitantemente ponderados os vícios de forma e os vícios substantivos, sendo no entanto, ainda mantidas as considerações tecidas à eventual degradação dos vícios de forma face à decisão de conteúdo vinculado ou com a única solução legalmente possível.

De certa forma, podemos concluir que o Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo aplicado na vigência da LPTA estaria efectivamente ao

⁽⁹⁷⁾ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CPTA anotado, pág. 351: Esta opção legal faz sentido pois: (...) *declarar o tribunal apenas que o indeferimento é ilegal, e anulá-lo por causa disso, não assegura que agora venha aí o acto legal, o acto querido e devido — porque pode não vir qualquer acto ou pode vir um acto novamente ilegal.*

⁽⁹⁸⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, pág. 135

⁽⁹⁹⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo e Tribunais Administrativos*, Almedina, pág. 571.

serviço dos interesses da economia processual, na medida em que pretendia obstar à renovação de um acto cujo conteúdo não poderia ser outro, situação que o n.º 2 do artigo 95.º do CPTA veio concretizar ao impor o conhecimento oficioso de todas as causas de invalidade possíveis. Como é evidente, o Autor fica na mesma com a sua esfera jurídica lesada, mas pelo menos a justiça administrativa atinge o seu desiderato na estabilização das relações jurídicas, através da prolação de uma sentença com efeito útil.

2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NA ACÇÃO PARA A CONDENAÇÃO À PRÁTICA DE ACTO LEGALMENTE DEVIDO NO CPTA

A acção administrativa especial para condenação à prática de legalmente devido prevista nos artigos 66.º e seguintes do CPTA trouxe a verdadeira inovação no paradigma da justiça administrativa, pois com este tipo de acção consagrou-se a plena jurisdição dos tribunais administrativos, abolindo de vez o modelo meramente de anulação (nos moldes da LPTA).

Com efeito, o Tribunal passa a dispor do poder de condenar a Administração à prática do acto legalmente devido, caso a pretensão do interessado seja procedente (independentemente de ter sido praticado um acto de indeferimento, recusa, ou ausência total de acto — não se irá entrar nessa problemática para o efeito do presente tema), ao invés de se resumir a uma lógica revisora do acto impugnado e da emissão de sentenças de mera anulação. A necessária prolação de sentença condenatória à prática de acto devido retira-se, segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, da interpretação sistemática do n.º 1 do artigo 71.º em conjugação com o n.º 2 do artigo 66.º e n.º 4 do artigo 51.º do CPTA ⁽¹⁰⁰⁾.

Por outro lado, o acto administrativo deixa de ser o *actor principal* em cena, para todas as atenções recaírem para a pretensão do Autor, que se reconduz ao pedido de efectivação/ reconhecimento de um direito subjectivo, o que se traduz na ideia de subjectivização da actual justiça administrativa portuguesa. É a pretensão apresentada pelo Autor que constitui a base essencial a partir da qual se moverá o julgamento efectuado pelo Tribunal — *o tribunal pronuncia-se sobre a pretensão material do interessado* (n.º 1 do artigo 71.º do CPTA) — pelo que se este concluir pela sua atendibilidade a acção procede e a Administração é condenada à prática do acto devido nos limites previstos no n.º 2 do artigo 71.º do CPTA.

⁽¹⁰⁰⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo e Tribunais Administrativos*, Almedina, pág. 425.

No caso de improcedência da pretensão do Autor, e tendo o Tribunal concluído que se trata de um acto vinculado (no caso de se tratar de um acto de indeferimento ou acto recusado), os vícios de forma cedem, prevalecendo assim o Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo. De facto, carece de utilidade uma sentença que condene a Administração à prática do mesmo acto (ou seja, um acto vinculado cuja solução não poderá ser outra, nos termos acima expostos), sem os vícios formais que afectavam o acto em causa ⁽¹⁰¹⁾.

A acção para condenação à prática de acto devido inspirou-se no modelo de justiça administrativa alemã, centrado na protecção dos direitos subjectivos dos particulares, tende a desvalorizar os vícios de forma (procedimentais). Conforme refere RUI MACHETE, o vício formal só adquire relevância mediante a verificação de umnexo de causalidade entre a violação da norma procedimental e a posição material do autor ⁽¹⁰²⁾. Já no caso de acto discricionário, o vício procedimental apenas releva quando não permita ao Tribunal apreciar o caso concreto nem emitir as vinculações que a Administração deverá observar na emissão do acto devido ⁽¹⁰³⁾.

3. O PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DO ACTO ADMINISTRATIVO E O INTERESSE PROCESSUAL EM AGIR

Face ao actual contexto da justiça administrativa desenhado no CPTA, de pendor subjectivo e de plena jurisdição dos tribunais administrativos, comportando uma verdadeira concretização da tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º da CRP), questiona-se da admissibilidade de aplicação prática do Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo.

Se o contencioso administrativo passou a girar em torno dos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos (alínea *a*) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA) — na acção administrativa especial de impugnação de actos administrativos — e da pretensão do interessado (n.º 2 do artigo 66.º do CPTA) — na acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido — fará sentido

⁽¹⁰¹⁾ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo e Tribunais Administrativos*, Almedina, pág. 427: *deixa de ter qualquer sentido prático a valorização autónoma de meros vícios de forma ou de procedimento — no âmbito da acção de condenação à prática de acto devido, cujo objecto é a pretensão do interessado — que apenas relevariam no âmbito de um processo impugnatório.*

⁽¹⁰²⁾ RUI MACHETE, *A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sousa Franco, vol. III, pág. 866.

⁽¹⁰³⁾ RUI MACHETE, obra citada, pág. 874.

falar em aproveitamento de *acto administrativo*? Provavelmente, a aplicação do Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo só faria sentido em sede de um contencioso meramente objectivo, cujo objecto processual se reconduzia unicamente ao acto administrativo impugnado. Poderá então considerar-se a desmistificação do Princípio do Aproveitamento face aos poderes de pronúncia do Tribunal e face ao objecto e limites da decisão (artigo 71.º e artigo 95.º do CPTA, respectivamente), considerando antes a perspectiva do interesse processual de agir do interessado?

Vejamos então.

VIEIRA DE ANDRADE refere que um dos fundamentos mais utilizados para o aproveitamento do acto administrativo reside na falta de interesse sério do recorrente. De facto, sendo o acto impugnado “aproveitado” pelo Tribunal, a interposição de acção judicial pelo recorrente terá sido em vão, uma vez que não se reconheceu interesse na anulação do acto.

RUI MACHETE ⁽¹⁰⁴⁾ fundamenta a irrelevância dos vícios procedimentais (*de forma*), em sede de processo judicial, na falta de interesse de agir e não propriamente no princípio do aproveitamento do acto administrativo.

RUI MACHETE estabelece o paralelismo entre a alínea *a)* do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA com a norma do n.º 2 do artigo 42.º da Lei processual alemã, sendo a lesão/ofensa de um direito subjectivo o pressuposto processual para interposição de acção judicial: se o Autor não conseguir comprovar o nexo causalidade entre a violação do seu direito e a ocorrência do vício formal, carece de interesse processual para agir ⁽¹⁰⁵⁾.

A questão apresentada suscita dúvidas, pois o Direito Administrativo português quer substantivo quer adjectivo, iniciou ainda agora os primeiros passos no sentido de um caminho que o Direito Administrativo Alemão tem vindo a percorrer.

Tendo em conta o que antecede, tecem-se os seguintes comentários: o CPA ⁽¹⁰⁶⁾ não contém uma norma idêntica ao artigo 46.º da Lei de Procedimento

⁽¹⁰⁴⁾ RUI MACHETE, obra citada, págs. 874 e 876.

⁽¹⁰⁵⁾ RUI MACHETE, obra citada, pág. 877.

⁽¹⁰⁶⁾ A reforma tem sido adiada ... ocorreram entretanto algumas mudanças pela entrada em vigor do CPTA: por exemplo, a revogação tácita do indeferimento tácito com a acção para condenação à prática de acto devido, e revogação tácita do recurso hierárquico necessário. Para o efeito, entre outros, consultar as obras de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, *Implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo*, CJA n.º 34, Julho/Agosto 2002, VASCO PEREIRA DA SILVA, *De necessário a útil: a metamorfose do recurso hierárquico no novo contencioso administrativo*, CJA n.º 47, Setembro/Outubro 2004.

Alemã. A norma contida no artigo 46.º da Lei de Procedimento Alemã, que se reproduz novamente:

Efeitos dos vícios procedimentais ou de forma,

A anulação de um acto administrativo, que não seja nulo nos termos do artigo 44, não pode ser pedida pela única razão que tenha sido elaborado violando os preceitos sobre o procedimento, a forma ou a competência territorial quando seja evidente que a violação não tenha influído sobre o conteúdo da decisão.

impede expressamente que o interessado promova o pedido de anulação do acto inquinado por vícios de forma ou de procedimento, desde que a violação que originou esse vício não tenha determinado o conteúdo da decisão.

Ora, para além do CPA não dispõe de uma norma semelhante, o CPTA apenas exige a titularidade de um direito subjectivo ou interesse legalmente protegido que tenha sido lesado com a prática do acto (cfr. alínea *a*) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA), não exige que o interessado demonstre o nexo de causalidade entre o vício que alega e a lesão sofrida pelo acto praticado: aliás basta a mera susceptibilidade de lesão (ou seja, esta pode ser real ou hipotética) nos termos da parte final do n.º 1 do artigo 51.º do CPTA. De facto, a questão coloca-se no domínio da impugnação de actos administrativos, uma vez que no âmbito da condenação à prática de acto devido, conforme acima referido, o que releva é a pretensão do interessado, e não os eventuais vícios de forma alegados, que apenas fariam sentido no caso de o objecto do processo ser o acto administrativo. Contudo, parece-nos que ainda assim a questão do Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo coloca-se quando o Tribunal conclua pela improcedência da pretensão do interessado (cfr. *supra*).

Considera-se a questão numa perspectiva diferente: o interesse processual em agir coloca-se a nível do interessado e o Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo respeita ao acto administrativo propriamente dito, e portanto do ponto de vista da Administração (que o praticou).

A lógica da ideia exposta tem por base a norma contida no n.º 2 do artigo 95.º do CPTA, na medida em que o Tribunal encontra-se adstrito ao conhecimento de todos os vícios (cfr. *supra*), de forma a obviar mecanismos de escolha de vícios a alegar em diferentes e sucessivas acções judiciais (por exemplo, o interessado invocava vício de forma por preterição de audiência prévia, o Tribunal anulava o acto, e a Administração praticava novo acto de conteúdo semelhante sem o anterior vício, e o interessado impugnava o novo acto, desta feita por violação de lei...).

O interesse em agir judicialmente contra um acto administrativo é um pressuposto processual, aferido logo de início do processo e respeita essencial-

mente à parte interessada. Já o Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo será apenas aferido em fase posterior, ou seja, no âmbito de ponderação a efectuar pelo Tribunal sobre a relevância e a influência do vício de forma no conteúdo do acto impugnado. O Tribunal pode considerar que o vício de forma não influenciou o sentido da decisão e ainda assim anular o acto em causa por verificação de outro vício, inclusivamente que não tenha sido invocado pelo interessado. Por exemplo, no caso de irrelevância da audiência prévia, concluir pela falta de fundamentação e assim anular o acto. Ou pura e simplesmente, o Tribunal pode concluir pela irrelevância dos vícios de forma invocados e/ou verificados e anular o acto por violação de lei.

Na acção de impugnação de actos administrativos, no momento de conhecimento e ponderação da relevância dos vícios, da eventual degradação da formalidade essencial em não essencial, dado que o conteúdo do acto não poderá ser outro, a razão de peso subjaz no aproveitamento do acto e em razão da economia dos actos públicos e não na falta de interesse em agir, a qual, a ser exigida, parece-nos teria de ser logo demonstrada de início, como um pressuposto processual a fim de permitir o andamento da acção judicial. É evidente que a final, o interessado poderá concluir que inexistiu utilidade na acção judicial, uma vez que a sua esfera jurídica permaneceu inalterável, mas não deixou de obter um efeito útil com a sentença que aproveita o acto administrativo, na medida em que estabilizou e consolidou a situação jurídica em causa.

CONCLUSÕES

1. O Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo não se encontra expressamente previsto no ordenamento jurídico português, constituindo um corolário do princípio da economia processual, servindo também os princípios da eficiência, eficácia e racionalidade processuais subjacentes à actividade da Administração Pública (artigo 267.º da CRP).

2. O Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo aplica-se eventualmente a actos administrativos inquinados por vício de forma, derivado da preterição de formalidades essenciais,

3. E, como tal, sejam susceptíveis de anulação, nos termos do artigo 135.º do CPA,

4. O Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo não se aplica a actos nulos ou inexistentes, em coerência com a impossibilidade de sanção substantiva, operada pela ratificação, reforma e conversão, actos secundários previstos no artigo 137.º do CPA.

5. De acordo com a orientação jurisprudencial dominante, o Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo é aplicado desde que se possa concluir

pela irrelevância do vício formal no conteúdo do acto, o que sucede no caso de acto vinculado ou quando se verifique a redução a zero da discricionariedade,

6. Ou quando o Tribunal verifique que as formalidades essenciais preteridas tenham sido atingidas por outro meio, concluindo-se realizado o fim da norma procedimental, na condição de também estar perante um acto vinculado ou de redução a zero da discricionariedade.

7. O Princípio em causa não se aplica a actos discricionários, que possam envolver valorações próprias da actividade administrativa e/ou uma multiplicidade de alternativas.

8. O CPTA consagra normas que parecem apoiar indirectamente as considerações ora referidas quanto à aplicação do Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo a actos vinculados ou de redução a zero na discricionariedade: exemplo disso, é a norma prevista no n.º 3 do artigo 3.º do CPTA — “(...) *emissão de sentença que produz os efeitos do acto administrativo devido, quando a prática e o conteúdo deste acto sejam estritamente vinculados (...)*”. Também assim exprimem esta orientação as normas previstas no n.º 2 do artigo 71.º, o n.º 3 do artigo 95.º, o n.º 1 do artigo 179.º do CPTA (todas no âmbito da acção administrativa especial para a condenação à prática de acto devido).

9. No âmbito da aplicação do Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo o Tribunal não irá praticar actos próprios da instrução do procedimento administrativo, pois apenas lhe compete analisar a prova apresentada pelas partes, nomeadamente o processo administrativo apresentado pela Administração Pública (nos termos do artigo 8.º e artigo 84.º do CPTA) que ilustra todos os actos e trâmites realizados no procedimento administrativo.

10. Pelo que, a avaliação e ponderação da prova realizada em sede judicial, com vista a determinar o impacto da violação de formalidades essenciais no acto impugnado, não implica uma “reinstrução” do procedimento administrativo.

11. Actualmente o contencioso administrativo pende para um carácter subjectivo, de plena jurisdição, na medida em que o Tribunal pode condenar a Administração à prática do acto devido, e inclusivamente substituir-se a esta com a emissão de sentença que produza os efeitos de um acto vinculado;

12. A actual justiça administrativa concebida em torno dos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos no âmbito da impugnação dos actos administrativos, e a pretensão do interessado na condenação à prática do acto legalmente devido, tende a desvalorizar o direito das formas.

13. Assim, e sempre no âmbito da impugnação de actos administrativos, se o Tribunal concluir pela irrelevância do vício formal no conteúdo do acto em causa, opera o Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo.

14. O interesse processual para agir coloca-se no âmbito do interessado, não exigindo o CPTA a demonstração de tal enquanto pressuposto processual,

mas a mera demonstração da lesão de um direito subjectivo ou interesse legalmente protegido.

15. O CPTA não exige a demonstração donexo de causalidade do vício formal no conteúdo do acto, para efeito de preenchimento de um pressuposto processual, sendo aquele *iter* observado pelo Tribunal em sede de decisão do litígio,

16. pelo que, o Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo suscita-se na avaliação e ponderação da relevância do vício formal no conteúdo do acto.

17. Na acção de condenação à prática de acto devido, apenas no caso de improcedência da pretensão do Autor, carece de utilidade uma sentença que condene a Administração à prática do mesmo acto vinculado ou no qual se verifique a redução a zero da discricionariedade, sem os vícios formais que então o afectavam.

18. Assim, a sentença que conclua pela improcedência da pretensão do autor, e absolva a Administração, implicitamente aproveita o acto administrativo em causa (quando este exista), operando assim o Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo.

19. O Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo serve a ideia de prolação de uma sentença com efeito útil, que estabilize a situação em litígio e obste à renovação do acto anulado com o mesmo conteúdo (agora sem o vício).

Junho de 2011

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos citados in: *www.dgsi.pt* (consultar *infra*)

A) Princípio do Aproveitamento do Acto:

Princípio geral da conservação dos actos jurídicos, corolário do princípio da economia dos actos jurídicos(-públicos), aproveitamento de trâmites procedimentais (economia processual), salvaguarda os princípios da proporcionalidade e da racionalidade e eficiência que devem subjazer na actuação administrativa.

A.1 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proc. 0383/07, de 12-07-2007: “*O princípio da conservação dos actos jurídicos é um princípio geral de direito, com origem no direito romano, expresso posteriormente na máxima “utile per inutile non vitiatur in actibus dividuis et separabilibus est vulgata regula.”* — pág. 7;

A.2 Acórdão do STA proc. 046611, de 07-02-2002: “*O princípio do aproveitamento do acto administrativo é, no domínio de apreciação de invalidade dos actos administrativos, o corolário do princípio da economia dos actos públicos, refacção do princípio geral de direito que se exprime pela fórmula *utile per inutile non vitiatur*, servindo o interesse de que não devem ser tomadas decisões sem alcance real para o impugnante, porque a economia de meios é, também em si, um valor jurídico, correspondendo a uma das dimensões indispensáveis do interesse público.*” — pág. 7;

A.3 Acórdão do STA, proc. 34.115, de 08-05-1997: “*a anulação de anterior despacho de homologação da lista de classificação final (...) não acarreta que possam ser considerados ou aproveitados actos do procedimento classificativo, designadamente a prova de conhecimentos práticos já efectuada pelos candidatos*”. (...) *o respeito pelos princípios da igualdade e da proporcionalidade impunham o aproveitamento das partes não viciadas do acto em causa.*

(...) *Efectivamente a aludida revogação parcial, em contraponto à revogação total operada pelo despacho impugnado, respeita as (três) dimensões essenciais em que se desdobra o princípio da proporcionalidade, consagrado no art. 266.º n.º 2 da CRP: adequação, necessidade, equilíbrio; ou seja o aproveitamento parcial do procedimento concursal e daquelas classificações é um meio eficaz para atingir o objectivo pretendido de reposição da legalidade e escolha dos concorrentes mais aptos, necessário, porque permite alcançar aqueles objectivos da forma menos gravosa possível, e equilibrado porque os benefícios alcançados superam o respectivo custo. Ao invés, a anulação total do acto em causa, operada pelo despacho recorrido, se é certo que se revela eficaz, já não respeita, porém, as outras vertentes do princípio da proporcionalidade: é gravosa em excesso, sendo desnecessária para atingir o objectivo visado.*” — pág. 8;

A.4 Acórdão do STA, proc. 0901/06, de 12-04-2007: “*revogação parcial do acto com aproveitamento das partes não viciadas do mesmo, respeita os limites impostos pelos arts. 140.º e 141.º do CPA quanto à revogabilidade de actos administrativos e compagina-se com o respeito pelos princípios da igualdade e proporcionalidade, que devem nortear toda a actividade administrativa; o aproveitamento do procedimento concursal e das classificações obtidas pelos candidatos que realizaram as suas provas nos outros centros de exame que não aquele onde se registaram as irregularidades que motivaram a prática do acto impugnado, é um meio eficaz para atingir o objectivo pretendido de reposição da legalidade e escolha dos concorrentes mais aptos, necessário porque permite alcançar aqueles objectivos da forma menos gravosa possível e equilibrado porque os benefícios alcançados superam os custos.*” — pág. 8;

A.5 Acórdão do STA proc. 031/07, de 11-10-2007: “a orientação do acto não podia deixar de ser a que dele consta (aproveitamento do acto) já que, face ao quadro normativo previsto para a situação, a anulação seria uma inutilidade e uma perda de tempo porquanto tudo seria posteriormente repetido (no fundo, trata-se de um mero afloramento do princípio da economia processual).” — pág. 8;

B) Omissão de Audiência Prévia: nulidade

B.1 Acórdão do STA, proc. 044565, de 08-06-1999: “quando o interessado demonstre a conexão do direito à audiência prévia com algum (seu) direito substantivo considerado como fundamental e que tivesse sido posto em causa com a inobservância do dever de audiência.” — pág. 12;

B.2 O Acórdão do STA, proc. n.º 0151/09, de 25-06-2009: “a falta de audição do interessado em procedimento administrativo não sancionatório, não implica nulidade, podendo apenas gerar mera anulabilidade, da respectiva decisão. (ponto VI do sumário). (...) a preterição do exercício do direito de audição só em matéria sancionatória assume a natureza de direito fundamental (art. 32.º, n.º 10 CRP) e, por isso, tal vício, nos procedimentos sancionatórios, ofende o conteúdo essencial de um direito fundamental, gerando nulidade do acto de decisão do procedimento, por força do disposto naquela norma constitucional e no art. 133.º, n.º 2 alínea d) do CPA.” — pág. 12;

C) Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo

C.1) Actos Nulos

C.1.1 Contra: Acórdão do STA — Subsecção proc. n.º 0805/03, de 07-04-2005 e Acórdão do STA — Pleno proc. n.º 0805/03, de 22-06-2006 (págs. 15 e 19);

C.1.2 A favor: Voto de Vencido no Acórdão do STA proc. n.º 0805/03, de 22-06-2006 (págs. 15 e 19) e Acórdão do STA proc. n.º 01121/09, de 13-01-2011

C.2 — Acto vinculado (inaplicabilidade actos discricionários)

C.2.1 Acórdão do STA proc. n.º 0805/03, de 22-06-2006: “o princípio do aproveitamento dos actos administrativos, ou teoria dos vícios inoperantes, segundo o qual a anulação de um acto viciado não será pronunciada quando

seja seguro que o novo acto a emitir, isento desse vício, não poderá deixar de ter o mesmo conteúdo decisório que tinha o acto impugnado.”

C.2.2 Acórdão do STA proc. n.º 0779/07 de 29-05-2008: “(...) VI — *O princípio do aproveitamento dos actos administrativos, negando efeitos invalidantes de vício detectado no acto recorrido, só poderá relevar no âmbito de actividade vinculada da Administração e apenas quando for possível afirmar, com inteira segurança que o novo acto a praticar pela Administração, em execução do julgado anulatório, só poderá ter um conteúdo decisório idêntico ao do acto anulado. VII — Tal não sucede quando o acto impugnado revogou acto anterior ilegal, por erro nos pressupostos de facto, na medida em que a decisão da revogação de actos inválidos, nos termos do citado art. 141.º do CPA, releva da actividade discricionária da Administração.”*

C.2.3 Acórdão do STA proc. 01129/08, de 05-03-2009: “(...) *O princípio do aproveitamento do acto administrativo, resultante da inoperacionalidade do vício constatado, só pode valer nos casos de actividade vinculada da Administração, quando se possa afirmar, sem margem para quaisquer dúvidas, que o novo acto a praticar em execução do julgado anulatório teria forçosamente idêntico conteúdo decisório.*

C.2.4 Acórdão do STA proc. 043390, de 02-03-2000: “(...) VI — *Traçando-se de vícios atinentes com a violação de preceitos de natureza fundamentalmente instrumental pode colocar-se a questão da ausência de efeitos invalidantes, designadamente, através da “degradação” das formalidades que passariam de essenciais a não essenciais, o que sucederá, em especial, quando não obstante a sua preterição não se tenham chegado a afectar ou restringir as garantias procedimentais que se pretendiam tutelar com a realização das formalidades omitidas.*

VII — Por outro lado, a recusa de efeito invalidante, agora com base no princípio do aproveitamento dos actos administrativos sendo apenas de colocar em relação a actos praticados no exercício de poderes vinculados, torna imperioso que o Tribunal possa concluir, através do exercício dos seus poderes de cognição, que o acto em causa só poderia ter o conteúdo decisório que teve e não outro.”

C.2.5 Acórdão do STA, proc. 045965, de 18-05-2000, tese *supra* transcrita, nos pontos I e II do respectivo sumário.

C.2.6 Acórdão do STA proc. 048378, de 28-05-2002: “(...) III — *O princípio do aproveitamento do acto administrativo não é aplicável aos actos prati-*

cados no exercício de poderes discricionários. (...) Sendo o acto recorrido um típico acto prolatado no exercício de um poder discricionário, como se viu, fica excluída a possibilidade de lhe aplicar o invocado princípio do aproveitamento do acto administrativo.”

C.2.7 Acórdão do STA proc. 685/06, de 12-12-2006 *tendo o acto recorrido prolatado no exercício de um poder discricionário, (...) fica excluída a possibilidade de lhe aplicar o invocado princípio do aproveitamento do acto administrativo.*

C.2.8 Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN) Proc. 00248/02 — Porto. 10-11-2005: *“o princípio do aproveitamento do acto é de aplicação exclusiva aos actos vinculados e, mesmo quanto a estes, dentro de apertados pressupostos objectivos, só podendo concluir-se pelo carácter não invalidante da violação do n.º 1 do art. 100.º do CPA quando, através de um juízo de prognose póstuma, o tribunal conclua, com inteira segurança, que a decisão tomada era a única concretamente possível, independentemente das vicissitudes do procedimento (...).”*

C.2.9 Acórdão do STA proc. 1618/02, de 23-05-2006: *“só se admite que o tribunal administrativo deixe de decretar a anulação do acto que não deu prévio cumprimento ao dever de audiência, aproveitando-o, quando ele, de tão impregnado de vinculação legal, não consente nenhuma outra solução (de facto e de direito) a não ser a que foi consagrada, isto é, quando esta se imponha com carácter de absoluta inevitabilidade: um tipo legal que deixe margem de discricionariedade, dificuldades na interpretação da lei ou na fixação dos pressupostos de facto, tudo são circunstâncias que comprometem o aproveitamento do acto pelo tribunal.” — pág. 32;*

C.2.10 Acórdão do STA proc. 065/08, de 10-09-2008: *“V — Ao juiz não é facultado o poder de, em homenagem ao princípio do aproveitamento dos actos administrativos, não anular o acto lesivo de direitos ou interesses legalmente protegidos do particular desprovido de fundamentação expressa, tanto mais quando se está perante uma actuação administrativa que consente alguma margem de livre apreciação.”*

C.2.11 Acórdão do STA proc. 01204/03, de 16-06-2005: *“IV — Não se podendo concluir com segurança, que da execução da decisão anulatória não resultará alteração da posição relativa final dos concorrentes em causa, mantendo-se o mesmo concorrente como o melhor classificado, não tem aplicação o princípio do aproveitamento do acto administrativo.”*

C.3 Audiência prévia e o seu efeito invalidante

C.3.1 Acórdão do STA no proc. 046482, de 17-01-2002: *“não basta que a decisão seja cometida no exercício de poderes vinculados para se poder concluir, sem mais, pelo carácter não invalidante da violação do disposto n.º 1 do art. 100.º do CPA. Tal só se verifica, se for possível garantir que o acto seria sempre prolatado, e com a mesma configuração decisória, quaisquer que fossem as vicissitudes do procedimento, ou como refere o Ac. do Pleno de 08.02.2001 — Rec. 46.660, “quando se possa afirmar, com inteira segurança, que o novo acto a praticar pela Administração em execução do julgado anulatório, teria forçosamente conteúdo decisório idêntico ao acto anulado.”* (cfr. ainda os Acs. do Pleno de 01-02-2001, de 27-09-2000, de 09-02-1999, e de 21-05-1998, nos Recs. 46.825, 41.191, 39,379 e 40.692, respectivamente).

C.3.2 Acórdão do STA proc. 0274/07, de 11-10-2007: mesmo nos actos vinculados, a preterição de audiência prévia poderá originar a anulação do acto impugnado, quando o Tribunal não consiga concluir, *através de um juízo de prognose póstuma, que a decisão tomada era a única concretamente possível.*

C.3.3 Acórdão do STA proc. 0165/09, de 04-11-2009: *“II — Se, não obstante a verificação de vício anulatório do acto recorrido — no caso o incumprimento do art. 100 do CPA — se concluir que tal anulação não traria qualquer vantagem para o recorrente, deixando-o na mesma posição jurídica, a existência de tal vício não deve conduzir à anulação, por aplicação do princípio da inoperância dos vícios ou *utile per inutile non vitiatur.*”*

C.3.4 Acórdão do STA proc. 0330/10, de 09-06-2010: *“Configura um «deficit» de instrução (vício do procedimento) que redunde em erro invalidante da decisão, não só a omissão ou preterição de diligências legais, mas também a circunstância de não serem devidamente ponderados os factos invocados e os meios de prova apresentados pelo interessado, no exercício do direito de audiência.”*

C.4 Relação com o Princípio da Boa Fé:

C.4.1 Acórdão do STA proc. 0972/03, de 01-06-2004: *“(…) A invalidade pode ser consequência da violação da boa fé nos casos em que “a lei ou a natureza do acto impuseram a vinculatividade jurídico-administrativa da expectativa criada” — ESTEVES DE OLIVEIRA, e outros, Cód. Proc. Adm. 2.ª Edição, pág. 114. Sem uma clara indicação legal no sentido de que a frustração da confiança gerada no interessado seja cominada com a invalidade do acto,*

as consequências da violação da boa fé pela Administração serão de outra espécie — a violação da boa fé pode ter reflexos e ser determinante v. g. no aproveitamento dos actos; (...) — cfr. JESUS GONZALVEZ PEREZ, «El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo», 2.ª edição, pág. 78 e seguintes.»

C.4.2 Acórdão do STA, proc. 0377/08, de 04-06-2009: *“VI — No âmbito do exercício de poderes vinculados o princípio da legalidade consome a generalidade dos restantes princípios administrativos.”*

C.4.3 Acórdão do STA, proc. 0941/08, de 07-10-2009: *“III — O princípio da boa fé (a par de outros, como os da igualdade e justiça ou da proporcionalidade) opera, apenas, como limite interno da actividade discricionária da Administração.”*

C.4.4 Acórdão do STA, proc. n.º 0699/08, de 28-01-2009: *“II — A Constituição da República Portuguesa não coloca qualquer restrição à aplicação do princípio da boa fé aos actos praticados no exercício de poderes vinculados. III — Todavia, no confronto entre os princípios da legalidade e da boa fé deve ser ponderada cada situação em concreto por forma a poder concluir-se se da prevalência do primeiro, em sentido estrito, resulta um flagrante injustiça para o contribuinte, acarretando-lhe um desproporcionado e intolerável prejuízo. IV — Só, neste último caso, a violação do princípio da boa fé, na sua dimensão de protecção de confiança dos particulares e enquanto integrante do bloco de legalidade, em sentido lato, deve revestir efeitos invalidantes do acto tributário praticado.”*

C.5 Actos discricionários

C.5.1 Acórdão do STA proc. 046611, de 07-02-2002: *“O princípio do aproveitamento do acto administrativo é, no domínio de apreciação de invalidade dos actos administrativos, o corolário do princípio da economia dos actos públicos, refração do princípio geral de direito que se exprime pela fórmula *utile per inutile non vitiatur*, servindo o interesse de que não devem ser tomadas decisões sem alcance real para o impugnante, porque a economia de meios é, também em si, um valor jurídico, correspondendo a uma das dimensões indispensáveis do interesse público (...) O seu âmbito de aplicação não se determina mecanicamente pela antítese vinculação/ discricionariedade, em termos de sempre ser de excluir no domínio de actos praticados no exercício de um poder discricionário. Limitando-nos ao erro (nos pressupostos ou base legal) porque é desse tipo o vício em causa, existem erros respeitantes a actos praticados no*

uso de um poder discricionário cuja anulação o juiz administrativo pode abster-se de decretar por invocação do referido princípio, atendendo à razão que o justifica. Mesmo neste domínio o tribunal pode negar relevância anulatória ao erro, sem risco de substituir-se à administração (Cfr. Prof. Afonso Queiró, RLJ 117.º, págs. 148 e ss.) quando, pelo conteúdo do acto e pela incidência da sindicância que foi chamado a fazer possa afirmar, com inteira segurança, que a representação errónea dos factos ou do direito aplicável não interferiu com o conteúdo da decisão administrativa porque não afectou as ponderações ou as opções compreendidas (efectuadas ou potenciais) nesse espaço discricionário.”

C.5.2 Acórdão do STA proc. 01521, de 11-10-2007: “II — Mesmo no domínio dos actos discricionários o tribunal pode negar relevância anulatória ao incumprimento do art. 100.º do CPA quando, pelo conteúdo do acto e pela incidência da sindicância que foi chamado a fazer possa afirmar com inteira segurança que o cumprimento de tal formalidade em nada modificaria o conteúdo do acto.”

C.5.3 Acórdão do STA proc. 0121/09, de 28-10-2009 e Acórdão do STA proc. 0473/10, de 26-10-2010 (aludem ao Acórdão do STA proc. 046611, de 07-02-2002): “II — O juiz administrativo pode negar relevância anulatória ao erro da Administração, mesmo no domínio dos actos proferidos no exercício de um poder discricionário, quando, pelo conteúdo do acto e pela incidência da sindicância que foi chamado a fazer, possa afirmar, com inteira segurança, que a representação errónea dos factos ou do direito aplicável não interferiu com o conteúdo da decisão administrativa porque não afectou as ponderações ou as opções compreendidas (efectuadas ou potenciais) nesse espaço discricionário.”

C.5.4 Acórdão do STA proc. 0855/09, de 18-11-2010 (alude ao Acórdão do STA proc. 046611, de 07-02-2002): “(...) Daí que para a descaracterização do vício anulatório — decorrente de erro de interpretação sobre os pressupostos de facto, como é o caso dos autos — se exija a certeza de que o acto a proferir (apesar de ferido por vício gerador de anulabilidade) tenha necessariamente o mesmo conteúdo, isto é, que a representação errónea dos factos e do direito aplicável não tenha afectado a ponderação da Administração. (...) Note-se que, sem as ponderações negativas e eivadas de erro, relativas aos três elementos acima referidos, a justificação ou fundamentação da notação, não pode remeter para a justificação ou fundamentação do relatório da Inspecção, impondo-se uma nova avaliação global, a exercer em execução de julgado em área situada no «espaço de valoração próprio do exercício da actividade administrativa» — art. 179.º, 1 do CPTA. Uma ponderação do Tribunal nestas

condições configurava uma clara intromissão em área reservada por lei, em primeira linha, à Administração.”

C.5.5 Acórdão do STA proc. 0247/10, de 11-01-2011 (alude ao Acórdão do STA proc. 046611, de 07-02-2002): “(...) *de acordo com a jurisprudência mais recente do Pleno deste Supremo Tribunal, Cf. acórdão de 2010.11.18 — rec.º n.º 855/09 e acórdão da Secção de 2002.02.07 — rec.º n.º 46611, nele citado o princípio do aproveitamento do acto administrativo também é aplicável no perímetro das ponderações próprias da Administração, podendo o tribunal negar relevância anulatória aos vícios, sem risco de dupla administração, “quando pelo conteúdo do acto e pela incidência da sindicância que foi chamado a fazer, possa afirmar, com inteira segurança, que a representação errónea dos factos ou do direito aplicável não interferiu com o conteúdo da decisão administrativa porque não afectou as ponderações ou as opções compreendidas nesse espaço”. Dito isto, de regresso ao caso sujeito, não está este Tribunal persuadido, para além, de toda a dívida razoável, de que os erros detectados nenhuma influência tiveram no juízo final de avaliação do desempenho da Autora.”*

C.6 Formalidades essenciais (eventual degradação)

C.6.1 Acórdão do STA, proc. 0560/04, de 11-01-2005, ao aludir a um “*acórdão do Pleno da Secção de 31-03-2004 (rec. n.º 035338-P) no qual foi afirmado que tal formalidade pode, em certos casos, degradar-se em formalidade não essencial, isto é numa mera irregularidade procedimental incapaz de determinar a anulação do acto. Tal acontecerá, por exemplo, quando atentas as circunstâncias, a intervenção do interessado se tornou inútil, seja porque o contraditório já se encontre assegurado (...).*”

C.6.2 Acórdão do STA, proc. 01021/07, de 19-06-2008 ao referir que a “*audiência prévia pode, em alguns casos, degradar-se em não essencial e portanto, ser omitida sem que daí resulte uma ilegalidade invalidante, em que apesar de não se ter concedido o direito de audiência o interessado, por sua livre iniciativa, depois de concluída a instrução, vem ao processo administrativo tomar posição quanto às questões a resolver e, isto, ainda assim, apenas se o particular tivesse tido acesso aos elementos coligidos no procedimento para melhor preparar a sua tomada de posição.*”

C.6.3 Acórdão do STA proc. n.º 01591, de 02-06-2004: “(...) *III — Sempre que exista a possibilidade dos interessados, através da audiência prévia, influírem na determinação do sentido da decisão final, não haverá que retirar efeitos invalidantes ao vício da preterição da referida formalidade.*”

C.6.4 Acórdão do STA, proc. 0418/03, de 18-01-2005: *“IV — Não é lícito ao tribunal, em honra ao princípio do aproveitamento do acto administrativo ou da relevância limitada dos vícios de forma, salvar um acto praticado com preterição de audiência prévia prevista no art. 100.º do CPA, se o mesmo releva do domínio das valorações da autonomia conformadora da Administração, sem que o conteúdo e o sentido daquele se mostrem inelutáveis, independentemente de a recorrente ter sido, ou não, ouvida no procedimento.”*

C.6.5 Sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra, proc. 2194/04.7BELSB.

C.6.6 Acórdão do TCAN proc. 00046/04, de 20-01-2005: *“5. A omissão dessa audição constitui a preterição de uma formalidade legal conducente à anulabilidade da decisão desfavorável proferida na reclamação, a menos que seja manifesto que a decisão viciada só podia, em abstracto, ter o conteúdo que teve em concreto, já que os vícios de forma não impõem necessariamente, a anulação do acto a que respeitam, degradando-se as formalidades procedimentais essenciais em não essenciais se, apesar delas, foi dada satisfação aos interesses que a lei tinha em vista ao prevê-las.”*

C.6.7 Acórdão do TCAN proc. 00928/04 — VISEU, de 09-02-2006

C.7 A instrução administrativa — sede judicial

C.7.1 Acórdão do STA, proc. 084/08, de 21-05-2008: *“IV — O juízo sobre a conveniência ou não da realização das diligências complementares no âmbito do procedimento administrativo depende da posição que a entidade com competência para a decisão tiver sobre os pontos da matéria de facto que essas diligências podem esclarecer. V — Só ocorrerá um vício procedimental por não realização de diligências, se se demonstrar que a administração, não tendo formado a sua convicção em sentido positivo ou negativo sobre a ocorrência de determinados factos que podem relevar para a decisão, não realizou diligências que poderia realizar para os apurar.”*

C.7.2 Acórdão do STA proc. 048378 de 28-05-2002 *“I — A urgência na decisão, susceptível de excluir a audiência prévia dos interessados, deve resultar objectivamente do acto e das suas circunstâncias, sendo irrelevante uma urgência afirmada posteriormente ao acto e que dele inequivocamente não resulte. II — A dispensa de audiência prévia, nos casos previstos no art. 103.º, n.º 2 do CPA, tem de ser objecto de decisão expressa, fundamentada. III — O princípio do aproveitamento do acto administrativo não é aplicável aos actos praticados no exercício de poderes discricionários.”*

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, Almedina, Novembro de 2004 (4.^a reimpressão da edição de 2001).
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO/ ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE — *Grandes Linhas de Reforma do Contencioso Administrativo*, Almedina, 3.^a edição revista e actualizada, Junho 2004.
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE — *O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, Janeiro de 2003.
- , *A Justiça Administrativa (Lições)*, Almedina, Coimbra, 6.^a edição, Outubro 2004.
- , *Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “acto administrativo” no nosso tempo*”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, págs. 1189 a 1220.
- , *O novo modelo de impugnação judicial dos actos administrativos, tradição e reforma*, Colóquio Luso-Espanhol, O acto no contencioso administrativo, Tradição e Reforma, Colaço Antunes e Sáinz Moreno, Almedina, Maio 2005.
- ANDRADE, ROBIN DE — *Revogação administrativa e a revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 28, Julho/Agosto 2001.
- ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO — *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa — O Novo Contrato Natural*, Almedina, 2006.
- , *A Acção de Condenação e o Direito ao Acto*, Colóquio Luso-Espanhol, O acto no contencioso administrativo, Tradição e Reforma, Colaço Antunes e Sáinz Moreno, Almedina, Maio 2005.
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE — *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 3.^a edição, Maio de 2004
- , *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Almedina, 2002.
- , *Considerações em torno do acto administrativo impugnável*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano, vol. II, 2006.
- , *Implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 34, Julho/Agosto 2002
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE / CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES — *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2.^a edição revista — 2007.
- AYALA, BERNARDO DINIZ — *A distinção entre formalidades essenciais e não essenciais no quadro da contratação administrativa*, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 56, Março/Abril 2006.
- BOTELHO, SANTOS/ ESTEVES, A. / PINHO, CÂNDIDO — *Código do Procedimento Administrativo anotado*, 4.^a edição
- CAETANO, MARCELLO — *Manual de Direito Administrativo*, Volume I e II, Almedina, 1982.
- CANAS, VITALINO — *O Vício de Forma no Acto Administrativo*, Revista Jurídica da AAFDL, n.º 9/10, págs. 135 a 186, Janeiro/Junho 1987.
- CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO — *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Agosto de 2003.
- , *O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa*, in Legislação, Cadernos de Ciência da Legislação, n.ºs 9/10, 1994, págs. 133 e seguintes.
- CORTEZ, MARGARIDA — *Aproveitamento de acto administrativo inválido: custas pelo recorrente?*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 37, Janeiro/Fevereiro de 2003.
- DUARTE, DAVID — *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, Coimbra, 1996.

- DUARTE, DAVID — *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa 2004, Colibri.
- MACHETE, PEDRO — *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Universidade Católica Editora, 2.^a edição, 1996.
- MACHETE, RUI CHANCERELLE DE — *A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa*, artigo publicado in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sousa Franco Volume III.
- MOURA, NATÁLIA TORQUETE — *Vícios do Procedimento e Princípio do Aproveitamento do Ato Administrativo*, Relatório apresentado à Disciplina Direito Administrativo “C” do curso de Mestrado em Direito, área de especialização Ciências Jurídico Políticas da Universidade de Lisboa, 2007.
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE / GONÇALVES, PEDRO COSTA / AMORIM, J. PACHECO DE — *Código do Procedimento Administrativo comentado*, Almedina, 2.^a edição.
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE / OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE — *Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I, e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, anotados*, Almedina, Novembro de 2004.
- OTERO, PAULO — *Legalidade e Administração Pública — O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, 2003.
- , *Impugnações administrativas*, CJA n.º 28, Julho/Agosto 2001
- SILVA, VASCO PEREIRA DA — *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, 1998.
- , *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, Almedina, Novembro 2005.
- , *De necessário a útil: a metamorfose do recurso hierárquico no novo contencioso administrativo*, CJA n.º 47, Setembro/Outubro 2004
- SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO DE — *Direito Administrativo Geral, A actividade administrativa*, Tomo III, Publicações D. Quixote, 1.^a edição, Fevereiro de 2007.