

Da eficácia não invalidante dos atos administrativos anuláveis: entrave à afirmação de uma responsabilidade civil extracontratual da administração por atos administrativos ilegais?

The non voiding effects of the voidable administrative acts: An obstacle to the acknowledgment of a non-contractual civil liability of the administration for unlawful administrative acts?

GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA

VOL. 4 Nº 2 NOVEMBRO 2017

WWW.E-PUBLICA.PT

DA EFICÁCIA NÃO INVALIDANTE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ANULÁVEIS: ENTRAWE À AFIRMAÇÃO DE UMA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO POR ATOS ADMINISTRATIVOS ILEGAIS?

THE NON VOIDING EFFECTS OF THE VOIDABLE ADMINISTRATIVE ACTS: AN OBSTACLE TO THE ACKNOWLEDGMENT OF A NON-CONTRACTUAL CIVIL LIABILITY OF THE ADMINISTRATION FOR UNLAWFUL ADMINISTRATIVE ACTS?

GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA¹

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Escola de Lisboa

Palma de Cima

1649-023 Lisboa – Portugal

guilhermefonsecateixeira@gmail.com

Resumo: A existência de uma pretensão indemnizatória, nos casos de atos cujo efeito anulatório é afastado pelo mecanismo legal consagrado no n.º 5 do artigo 163.º do Código do Procedimento Administrativo inscreve-se no estado atual do pensamento jurídico como uma questão controvertida, exigindo do intérprete uma compatibilização de diplomas que não se afigura, amiúde, simples e imediata. Com efeito, não apenas a possibilidade da sua existência, mas também a configuração do regime de responsabilização da Administração é objeto de discussão.

A problemática enunciada, tratando-se de uma questão de enorme relevo na análise do instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado por facto da função administrativa, pese embora ainda não encontre expressão na jurisprudência administrativa, assume, naturalmente, um papel que não pode ser escamoteado na tutela da posição dos particulares perante a Administração.

Palavras-Chave: responsabilidade civil extracontratual da Administração; atos administrativos anuláveis; princípio do aproveitamento do ato; irregularidade; normas de proteção.

Abstract: The existence of a redress claim, in cases of acts whose annulling effect is removed by the legal mechanism found in Article 163 (5) of the Code of Administrative Procedure, is included in the current state of legal thought as a contentious issue, requiring the interpreter to reconcile diplomas in a task that do not appear to be simple and immediate. In fact, not only the possibility of its existence, but also the configuration of the Administration's liability regime is a

1. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrando em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa **Escola de Lisboa**. O presente artigo corresponde, com algumas alterações, ao relatório final elaborado para a cadeira de *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos*, lecionada pelo Professor Doutor Rui Medeiros.

matter of discussion.

The issue, as it is of great importance in the analysis of the State's administrative function non-contractual civil liability, although it has not yet been expressed in administrative jurisprudence, has, naturally, a role that cannot be forgotten in the protection of the position of individuals towards the Administration.

Keywords: non-contractual civil liability of the Administration; annulable administrative acts; principle of the preservation of administrative acts; irregularity; theory of standard protection.

Sumário: **1.** Introdução; **2.** Da invalidade do ato administrativo ao mecanismo legal consagrado no n.º 5 do artigo 163.º: pressupostos, funcionamento e efeitos; **3.** A responsabilidade da Administração por atos sem eficácia invalidante: o problema específico da ilicitude; **4.** Conclusão

Summary: **1.** Introduction; **2.** From the invalidity of the administrative act to the legal mechanism established in Article 163 (5): assumptions, functioning and effects; **3.** The responsibility of the Administration for acts without invalidating effectiveness: the specific problem of unlawfulness; **4.** Conclusion

1. Introdução

A tutela dos particulares que sejam titulares de um interesse relevante na anulação de atos cujo efeito anulatório é afastado pelo mecanismo legal consagrado no n.º 5 do artigo 163.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)² constitui uma problemática atual, que assume uma importância acrescida na dogmática jus-administrativa após a consagração do dispositivo normativo em causa, operada, de forma inovatória, pelo DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro. De facto, a força normativa do princípio da legalidade impõe, *prima facie*, a observância das regras e princípios que formam o ordenamento jurídico-administrativo perante o agir público³, realidade que se relativiza com a operatividade do preceito referido, que prescreve o seguinte: “*Não se produz o efeito anulatório quando: a) O conteúdo do ato anulável não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível; b) O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via; c) Se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo*”.

Aliás, em face do carácter marcadamente omissivo do enunciado legal quanto a esta matéria, é natural considerar-se, numa análise apriorística, que em função de a posição jurídica dos particulares em causa não ser devidamente acautelada no preceito, o mesmo reflete uma opção legislativa compreensiva ou global no âmbito do seu poder de conformação do bloco de legalidade jurídico-administrativo.

O presente artigo demanda um excursão sobre o funcionamento do mecanismo em causa, tal como tem sido analisado pela jurisprudência e pela doutrina nacional, registando-se diferentes enquadramentos dogmáticos que se refletem num enorme acervo de decisões jurisprudenciais que espelham uma assinalável oscilação sobre a problemática do afastamento do efeito invalidante do ato⁴,

2. Doravante, qualquer referência a disposições legais de fontes não especificadas dizem respeito ao CPA.

3. Sobre o modo como a falta de recursos, associada à atual crise económico-financeira, influi sobre o agir da Administração e sobre a normatividade concreta à qual que se lhe deve exigir o cumprimento, ROSA MARÍA VENTAS, IGNACIO HERNÁNDEZ [et al], *La Administración en tiempo de crisis: presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2012, pp. 1071 e ss, para uma visão da problemática no Direito Espanhol. No entanto, considero ser de afastar a conceção segundo a qual, no sentido de salvaguardar a capacidade funcional efetiva da Administração em certas áreas de atuação (sobretudo, ao nível da Administração prestadora e planificadora), se torna necessário reconhecer que nem sempre a Administração está em posição de cumprir todos os requisitos de legalidade que se lhe impõe, devendo tolerar-se uma certa margem de inobservância de certas regras administrativas ou de tolerabilidade de certas atuações, cujo potencial lesivo seja diminuto ou esteja, em concreto, afastado ou que se permita a sua reparação, em nome da eficiência e desburocratização do agir público. A este propósito, a doutrina alemã designa esta conceção como o reconhecimento de uma “ilegalidade útil” (LUHMANN, *Funktionem und Folgen formaler Organisation*, Berlim, 1999, pp. 304 e 305) ou “ilegalidade justificada pela função” (WOLFF/BACHOF/STOBER/KLUTH, *Verwaltungsrecht*, I, pp. 301 e 302).

4. Cfr. ANA CELESTE CARVALHO, *Os vários caminhos da jurisprudência administrativa*

no sentido de se realizar uma reapreciação global do mecanismo legal à luz da tutela dos particulares, cujo interesse na anulação ou na necessária efetividade do princípio da legalidade não pode ser, de ânimo leve, preterido.

No fundo, cabe questionar se se afigura possível responsabilizar a Administração por atos aos quais o ordenamento jurídico, numa primeira análise, não atribui um significado de “ilícito” suficiente para motivar a produção do efeito anulatório e, em caso afirmativo, em que termos.

2. Da invalidade do ato administrativo ao mecanismo legal consagrado no n.º 5 do artigo 163.º: pressupostos, funcionamento e efeitos

A matéria da invalidade do ato administrativo é uma discussão clássica na temática do ato administrativo. O regime-regra no ordenamento jurídico-administrativo nacional, em matéria de invalidade⁵, é o da anulabilidade (nos termos do n.º 1 do artigo 163.º), numa opção legislativa que se prende com considerações de segurança jurídica, clareza e previsibilidade na proteção da estabilidade das situações jurídico-administrativas definidas por ato administrativo, tutelando a confiança dos sujeitos e potenciais interessados na relação subjacente⁶, cujos efeitos estão há muito identificados pela jurisprudência e pela doutrina⁷, que se

na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo, *in* Estudos em Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, pp 14 e ss.

5. *Cfr.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2016, pp. 268 e 269, considera que “são requisitos de validade dos atos administrativos os que a lei impõe como condição cuja observância depende que eles possam ser aceites como instrumentos incontestáveis de modificação da ordem jurídica”, enquanto aptidão intrínseca quanto à conformidade dos elementos estruturais que configuram a figura do “ato administrativo”.

6. Neste sentido, SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, 1982, pp. 384 e ss, e FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2ª edição, p. 447, afirma ser necessário “que ao fim de algum tempo, razoavelmente curto, cessem as dúvidas e os actos da Administração possam claramente ser definidos como válidos ou como inválidos”, afirmando a excecionalidade da cominação legal de nulidade dada a incerteza associada à possibilidade de os atos feridos de nulidade poderem ser declarados nulos a todo o tempo e poderem ser conhecidos por qualquer entidade (nos termos do n.º 2 do artigo 162.º), salvo o disposto em alguma legislação especial avulsa (v.g, a jurisprudência nacional tem vindo a considerar que, quanto aos atos pré-contratuais, a sua nulidade apenas pode ser arguida no prazo de 1 mês, nos termos do artigo 101.º do CPTA e do n.º 1 *in fine* do artigo 283.º, do CCP, sob pena de preclusão). Em sentido diverso, ANDRÉ SALGADO DE MATOS defende, na sua tese de doutoramento (ainda não publicada), que o desvalor regra no Direito Administrativo deve ser a nulidade, enquanto decorrência dos ditames do princípio da legalidade, numa posição, que se presume, *de iure condendo*.

Sobre a relevância da tutela da confiança no direito administrativo e processual administrativo, *Cfr.* PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes*, Almedina, 2011, e LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sêrvulo Correia, 2.º volume, Almedina, 2010, pp. 573 e ss.

7. *Cfr.* Para uma perspetiva da doutrina tradicional, MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, 1986, pp. 516 e ss. Mais recentemente, por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2013,

produzem desde que tenha sido contenciosamente impugnado por um interessado que possa retirar alguma vantagem da anulação, nos prazos legalmente previstos nos artigos 58.º e ss. do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (doravante, CPTA). Ainda assim, o legislador entende que certas infrações ao princípio da legalidade não obstam à validade dos atos administrativos, quer por se situarem num momento *ex ante* à prática do ato, relevando ao nível da sua própria existência⁸, quer por se situarem num momento *ex post* e externo ao ato, relevando no plano da eficácia, quer por se configurarem como ilegalidades de gravidade reduzida para as quais o ordenamento jurídico comina uma mera irregularidade⁹.

A revisão do CPA, operada pelo DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro, introduziu de forma inovatória, em matéria de invalidade do ato administrativo¹⁰, o n.º 5 do

pp. 445 e 446, e MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª edição, D. Quixote, 2010, pp. 54 e 183 a 188, identificam os seguintes efeitos prototípicos: “i) possibilidade de produção de efeitos jurídicos, desde que reunidos os requisitos de eficácia; ii) vinculatividade e executoriedade; iii) limitação temporal da impugnação e consolidação por decurso do tempo; iv) sanabilidade, mediante ratificação, reforma ou conversão; v) necessidade de anulação jurisdicional ou revogação administrativa de modo a efetivar as consequências jurídicas do desvalor, que assumem caráter constitutivo; vi) caráter restrito da competência para o seu conhecimento (competência jurisdição administrativa); vii) obrigatoriedade (não são passíveis de resistência ou desobediência pelos funcionários públicos ou pelos seus destinatários); viii) necessidade de alegação perante os tribunais; ix) anulação contenciosa com efeitos retroativos”.

8. Que se reporta, adotando um critério material (por oposição a um critério estrutural), aos elementos constitutivos do conceito de ato administrativo (autor-órgão titular de poderes jurídico administrativos, conteúdo decisório e certos requisitos quanto ao objeto e destinatários, intrinsecamente ligados ao conteúdo do mesmo, v.g, alíneas a), b), e) e g) do n.º 1 do artigo 151.º), nos termos do n.º 2 do artigo 155.º, sobretudo nos casos de aprovação de deliberações de órgãos colegiais em reuniões irregulares, excetuando-se o caso previsto na alínea h) do n.º 2 do artigo 161.º. Sobre o que se acabou de referir, *Cfr.* DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Crise no Conselho de Justiça da Federação Portuguesa de Futebol*, Coimbra Editora, 2008, no qual alguns dos membros do órgão em causa aprovaram deliberações sem a presença ou convocatória do seu Presidente e de alguns outros elementos, violando a regra da colegialidade. Negando a autonomia conceptual do desvalor em discussão, por considerarem que se trata de uma modalidade agravada de invalidade do ato, VIEIRA DE ANDRADE, *A nulidade administrativa, essa desconhecida*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010, pp. 769 e ss., e FERNANDA PAULA OLIVEIRA/JOSÉ FIGUEIREDO DIAS, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ª edição, Coimbra, 2015, pp. 242 e ss.

9. Sobre a temática da irregularidade, que será alvo de análise *infra* no presente relatório, veja-se TIAGO MACIEIRINHA, *Formalidades do procedimento e regime jurídico das irregularidades de natureza formal e procedimental*, in O Novo Código do Procedimento Administrativo, Conferências do CEJ de 2014-2015, publicado em versão *e-book*, 2016, pp. 97 e ss., disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_novo_CPCA.pdf.

10. MARCO CALDEIRA, *A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015*, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, AAFDL Editora, 2015, pp. 1036 e ss.; ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A Invalidade do Ato Administrativo no Código do Procedimento Administrativo de 2015*, in Estudos em Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, pp. 120 e 121, considera que a revisão seguiu uma lógica de “reforço da posição de privilégio da administração já decorrente da disciplina da invalidade do ato administrativo num sistema dual de desvalores”, reforçando “as mesmas representações acerca da legalidade e da administração, próprias de Estado de polícia, que inquinam os sistemas de invalidade do ato administrativo desde a sua formação pela doutrina alemã do final do século XIX”.

artigo 163.º, seguindo um critério de racionalidade e eficiência, num quadro de economia de procedimentos¹¹ – em consonância com a juspositivização do princípio da boa administração, no artigo 5.º, e que já decorria do disposto no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, por força do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), podendo considerar-se que o mecanismo legal introduzido é uma sua dimensão – cuja construção normativa já, há alguns anos, era acolhida pela jurisprudência, apesar de não se encontrar plasmada em fonte legal. A sua normatização visou, como é referido na exposição de motivos do diploma, garantir a sua uniformização aplicativa pelos tribunais.

Em primeiro lugar, cumpre referir que o preceito em análise não consagra um poder discricionário da Administração (no âmbito do seu poder de anulação administrativa, nos termos dos artigos 165.º e ss.), nem confere, em sede de contencioso administrativo, margem de livre apreciação ao julgador para anular o ato, seja a pedido dos particulares interessados ou do Ministério Público, operando *ex lege* ou automaticamente mediante a verificação dos pressupostos de facto do dispositivo. Trata-se de uma verdadeira inibição legal de produção dos efeitos associados ao desvalor anulabilidade¹².

11. Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *in Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, 2016, pp. 332 e 333, alertando para o efeito “contrapedagógico” do preceito, relativamente à vinculatividade efetiva da Administração ao cumprimento do princípio da legalidade, INÊS RAMALHO, *O princípio do aproveitamento do ato administrativo*, tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, pp. 29 e ss., e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 276, afirmando que se visa “evitar a anulação de actos administrativos, sempre que seja mais seguro que essa anulação seria seguida da prática de outro acto administrativo com o mesmo conteúdo (...) não se justifica anular o ato para praticar outro igual, fazendo todo o sentido conservar o ato praticado, ainda que ele enferme de alguma ilegalidade”.

12. A solução que constava dos n.ºs 5 e 6 do artigo 161.º do Anteprojeto de Revisão do CPA era diversa, conferindo, expressamente, uma competência discricionária ao julgador (e não um poder-dever) de aproveitamento judicial do ato. Neste sentido, RUI CHANCERELE DE MACHETE, *Breves notas sobre as sanções dos vícios procedimentais e de forma no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo (PCPA)*, in Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo, Coimbra, 2013, pp. 813 e ss., VIEIRA DE ANDRADE, *in Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, 2016, p. 332, e PEDRO MACHETE, Intervenção no Colóquio de 25 de junho de 2013 sobre o *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, organizado pela FDUCP - Escola de Lisboa, publicado em versão *e-book* pela Universidade Católica Editora, pp. 91 e ss., disponível em <http://www.fd.lisboa.ucp.pt/site/custom/template/ucptplfac.asp?SSPAGEID=3183&lang=1&artigoID=4026&parentPageID=3257>, considerando, este último, que, por se tratarem de normas dirigidas ao julgador, assumiriam a natureza de normas processuais administrativas (questionando a sua inserção sistemática no CPA), permitindo-se a impugnação e revogação administrativa destes atos.

Era uma opção que se afigurava criticável, à luz do princípio da separação de poderes, na medida em que se atribuía ao juiz administrativo o poder de realizar uma atividade materialmente instrutória, constitucionalmente incumbida à Administração, de forma a apreciar se o ato sempre se teria produzido, com o mesmo conteúdo, independentemente do vício verificado. Neste sentido, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A Invalidade do Ato Administrativo no Código do Procedimento Administrativo de 2015*, in Estudos em Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, pp. 105 e 107 e ss., afirmando que a atribuição deste poder discricionário ao juiz administrativo era inconstitucional, uma vez que o princípio do aproveitamento do ato tem

Em segundo lugar, quanto às situações prototípicas nas quais se “afasta o efeito anulatório”¹³, verifica-se uma alteração da solução prevista nos n.ºs 5 e 6 do artigo 161.º do Anteprojeto de Revisão, comparativamente ao disposto na atual versão do n.º 5 do artigo 163.º do CPA, que resultou da revisão definitiva do diploma:

i) Quanto ao que se preceitua nas alíneas a) e b), operou-se a positivização dos casos típicos que eram tratados pela jurisprudência, pese embora de forma não isenta de críticas¹⁴, que se revelaram importantes na diferente redação final dos preceitos e do respetivo regime que foi transposta para o CPA.

ii) O disposto nas alíneas c) e d) do n.º 5 e no n.º 6, quanto à improdutividade anulatória em situações de impossibilidade absoluta ou de excecional prejuízo para o interesse público, reproduziam o que constava do artigo 45.º da anterior versão do CPTA¹⁵, sendo, nessa medida, não apenas uma opção criticável do ponto de vista dogmático, por introduzir no preceito situações que não se identificam com o âmbito de aplicação do princípio do aproveitamento do ato e da teoria da degradação das formalidades essenciais em não essenciais – antes resultando, respetivamente, da natureza das coisas e da fixação de um critério de prevalência abstrato do princípio da prossecução do interesse público¹⁶, na ponderação

um fundamento constitucional enquanto critério de prevalência abstrato na ponderação entre os princípios da legalidade *vs* princípios da eficiência e celeridade (com prevalência destes últimos) e, como tal, não poderia ser atribuído à discricionariedade do poder judicial a sua (não) aplicação. Em coerência, o autor defende tratem-se de normas substantivas, que apenas por razões históricas é usual constarem da legislação processual.

13. Para um tratamento da questão, anterior à solução legal do CPA e ao desenvolvimento dos critérios pretorianos da jurisprudência que de seguida se irão referir, veja-se VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa nos actos administrativos*, Coimbra, 1992.

14. Em sentido crítico à abrangência do preceito, PEDRO MACHETE, *op. cit.*, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 93 e ss., disponível em <http://www.fd.lisboa.ucp.pt/site/custom/template/ucptplfac.asp?SS>

PAGEID=3183&lang=1&artigoID=4026&parentPageID=3257, afirma que a distinção de regime entre as alíneas (o mesmo é dizer, entre vícios formais e procedimentais *vs* materiais) causa uma desvalorização objetiva dos vícios formais e procedimentais e que pode inobservar a garantia de tutela jurisdicional efetiva (note-se, aliás, que, o requisito de inexistir “interesse relevante na anulação dos efeitos já produzidos pelo ato” apenas se aplicava aos vícios materiais previstos na alínea a), o que considera discutível uma vez que também da violação de direitos procedimentais se pode gerar responsabilidade dos poderes públicos).

O autor conclui que “não se justifica desvalorizar o procedimento, nem a forma do ato” e, nessa medida, propõe a “eliminação da alínea b) e restringir a aplicabilidade da alínea a) aos atos anuláveis que sejam legalmente devidos e cujo conteúdo não possa ser outro” (independentemente de se tratem de vícios formais e procedimentais ou materiais), ou seja, o do ato ilegal susceptível de renovação obrigatória nos casos de atos de conteúdo vinculado e de redução da discricionariedade a zero no caso concreto, posição marcada pela circunstância de o preceito se dirigir ao juiz administrativo e não à Administração. É notória a influência da crítica do autor na redação final da alínea a) do n.º 5 do artigo 163.º do CPA. Ainda assim, o autor refere que devem ser “ressalvados os casos em que haja interesse relevante na anulação dos efeitos já produzidos. Tal ressalva impõe-se em razão da garantia da tutela jurisdicional efetiva”, solução que não foi contemplada na revisão definitiva, e que, a sê-lo, talvez desse um contributo definitivo na resolução da problemática subjacente a este relatório.

15. Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

16. Pese embora, na dogmática das restrições expressamente não autorizadas aos direitos fundamentais, a imposição legal de critérios de prevalência abstratos (o mesmo é dizer, de uma prévia ponderação, definitiva e vinculativa para o julgador, efetuada, *a priori*, pelo Legislador)

jusconstitucional com o princípio da proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos, nos termos do n.º 1 do artigo 266.º da CRP –, mas também inócua, uma vez que a legislação processual já assegura a não anulação do ato através de uma sentença de improcedência no pedido anulatório (artigo 45.º do CPTA) ou constituindo causas legítimas de inexecução da sentença (artigo 163.º, *ex vi* n.º 2 do artigo 175.º do CPTA, que gera um dever de indemnizar da Administração, nos termos do artigo 178.º do CPTA); por conseguinte, esteve bem o legislador ao não verter no CPA as soluções em análise, cuja tutela em sede processual se revela mais adequada.

iii) A 2ª parte da alínea d) do n.º 5 ampliava o âmbito de aplicação do mecanismo legal de afastamento do efeito anulatório às situações em que se originem “danos de difícil ou impossível reparação para os contrainteressados, por ser manifesta a desproporção existente entre o seu interesse na manutenção da situação constituída pelo ato e a do interessado na concretização dos efeitos da anulação”, numa opção que, talvez devido às críticas de que foi alvo¹⁷, foi abandonada

seja criticada, sobretudo pela não hierarquização dos direitos fundamentais à luz da CRP e pela imposição jusdogmática de uma reserva geral de ponderação a ser levada a cabo pela jurisdição, atendendo às particularidades do caso concreto, e da necessária parametrização aos “limites aos limites”, deve entender-se que a fixação do critério em causa apresenta uma, aliás notória, justificação bastante. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, *Cfr.* JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2010, e MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa*, Almedina, 2006.

17. *Cfr.* PEDRO MACHETE, *op. cit.*, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 92 e ss., disponível em <http://www.fd.lisboa.ucp.pt/site/custom/template/ucptplfac.asp?SSPAGELID=3183&lang=1&artigoID=4026&parentPageID=3257>, aduz os seguintes argumentos contra o preceito:

i) não distinguindo consoante os contrainteressados tenham ou não participado no processo de impugnação, tratar-se-ia de uma tutela acrescida dos interesses dos contrainteressados desnecessária, não só pelo facto de se verificar um litisconsórcio necessário, o que possibilita aos contrainteressados pronunciarem-se no processo, mas, mesmo que não intervenham no mesmo, o regime de execução das sentenças anulatórias (nos termos do n.º 5 do artigo 161.º e do n.º 1 do artigo 177.º do CPTA, não só se limita a extensão da eficácia do caso julgado aos contrainteressados, como se impõe a sua notificação para, se assim o entenderem, contestarem a petição de execução; o n.º 4 do artigo 173.º do CPTA e o n.º 4 do artigo 172.º do CPA também tutelam a posição dos contrainteressados, na situação específica de trabalho em funções públicas) salvaguardam suficientemente a sua posição;

ii) impor-se-ia uma interpretação restritiva do preceito, que apenas abrangesse os contrainteressados de boa fé, excluindo situações em que os contrainteressados tenham atuado, confiando na não invalidade eventual ou na validade provisória do ato (não tendo sido possível ao autor suspender a eficácia do ato impugnado), criando situações “consumadas” constituídas em vias de facto, uma vez que os contrainteressados que aceitaram o risco de o ato administrativo vir a ser anulado, atuando como se de um aparente título legitimador se tratasse nas suas atuações consequentes, não poderão ver a sua situação tutelada, sob pena de se relativizar a legalidade e a tutela jurisdiccional efetiva do autor da impugnação (atualmente, o n.º 3 do artigo 172.º do CPA e a 2ª parte do n.º 3 do artigo 173.º do CPTA, tutelam a situação dos contrainteressados de boa fé, consagrando uma aparente causa legítima de inexecução da sentença “atípica” em relação às situações de facto constituídas à luz de atos consequentes do ato anulado – enquanto decorrência dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança, e tendo em conta o argumento sistemático que se pode retirar da alínea i) do n.º 1 do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o enunciado legal “a sua situação jurídica não pode ser posta em causa” dificilmente poderá ser lido doutra forma).

aquando da revisão final do CPA.

Ora, tecidas as considerações sobre os antecedentes normativos do mecanismo legal em discussão, cumpre analisar a sua formulação e o seu sentido e alcance dogmático:

i) A alínea a) respeita aos casos de atos de conteúdo legalmente vinculado e das situações de redução da discricionariedade a zero¹⁸, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, por força de vícios formais ou materiais, e de ato favorável ou desfavorável à pretensão do particular (demonstrando, a prática jurisprudencial, que esta situação é mais frequente no caso dos atos favoráveis, sobretudo por preterição da audiência prévia).

ii) Quanto à alínea b), consagra-se a teoria da degradação dos requisitos formais essenciais em não essenciais¹⁹, segundo a qual se afasta o efeito anulatório do ato ao qual são assacados vícios formais ou procedimentais – independentemente de existir margem de livre decisão para a prática do ato ou de o mesmo assumir um carácter vinculado –, pelo facto de o fim visado pelas exigências externas ao ato terem sido alcançadas de modo diverso (designadamente, por se tratar de um trâmite ou de uma formalidade que tenha sido substituída por outra, acautelando os interesses que subjazem aos primeiros requisitos de legalidade preteridos), ou seja, de que não se produziu uma “lesão efetiva” dos interesses que as normas visavam tutelar.

Esta teoria adere à posição doutrinal segundo a qual a forma e as formalidades não constituem fins em si mesmas²⁰, sendo uma imposição constante do bloco de legalidade que tutela, de forma indireta, finalidades substanciais que lhes subjazem, pelo que se os requisitos formais forem inobservados mas os fins tenham sido alcançados por outra via, então a previsão normativa dos preceitos que estabelecem aqueles requisitos não deve considerar-se preenchida (tornando-

Em sentido diverso, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do ato administrativo no projeto de revisão do CPA*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013, p. 58, manifestando-se a favor das soluções previstas.

18. Já anteriormente, a jurisprudência defendia que a operatividade do princípio do aproveitamento do ato deveria ser afastada nos casos de existência de margem de livre decisão, seja por motivos de discricionariedade normativa ao nível da ação e da escolha do conteúdo do ato (v.g, dificuldades na subsunção dos pressupostos de facto à previsão do enunciado legal) ou linguística, semântica ou sintática (v.g, dificuldades na interpretação da lei). Neste sentido, veja-se o Acórdão do STA de 7.10.1991 (proc. n.º 047857), pesquisável em <http://www.dgsi.pt>. Atualmente, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 71.º do CPTA, quando a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido.

19. Distinguindo a teoria da degradação das formalidades essenciais em não essenciais do princípio do aproveitamento do ato, ISABEL CELESTE FONSECA, *Tramitação e formalidades: (proposta de) golpes às garantias procedimentais fundamentais dos interessados?*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013, pp. 92 e ss.

20. Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2011, pp. 967 e ss. e VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa nos atos administrativos*, Coimbra, 1992, pp. 310 e ss.

se, aparentemente, inútil o cumprimento dos requisitos formais²¹), sendo inaplicáveis as normas que os impõem²². Ora, de acordo com a tese explicitada, o mecanismo legal não se limita a inibir o efeito invalidante que decorre do vício que gera a anulabilidade, mas origina uma atenuação do desvalor jurídico associado ao incumprimento do princípio da legalidade, que se deprecia de invalidade em mera irregularidade – no fundo, e pese embora se critique a sua inserção sistemática no n.º 5 do artigo 163.º dado o aparente tratamento diferenciado de regime que a doutrina identifica entre a teoria da degradação das formalidades essenciais em não essenciais e o princípio do aproveitamento do ato²³, a sua arrumação sistemática em conjunto coincide com a posição defendida no presente artigo, de que o mecanismo legal do artigo em causa não se limita a inibir o efeito invalidante do ato, operando uma verdadeira “conversão atenuadora” de desvalores jurídicos de anulabilidade em mera irregularidade²⁴.

iii) A alínea c) exclui o efeito anulatório de atos inválidos cujo vício não influiu no conteúdo da decisão (por se demonstrar alheio às ponderações ou às opções tomadas pela Administração, aquando da decisão da emissão do ato), quer se trate de vícios materiais quer formais. Embora a situação fosse tratada pela jurisprudência a propósito de atos com vícios externos, a latitude conferida ao enunciado legal pretende abranger a situação dos “motivos superabundantes”²⁵. A amplitude do preceito legal leva a que alguma doutrina afirme que a alínea c)

21. O critério da inutilidade é densificado, nomeadamente, no Acórdão do STA de 3/3/2004 (proc. n.º 01240/02), pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

22. Neste sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª edição, D. Quixote, 2010, pp. 55, 56 e 188.

23. Neste sentido, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A Invalidade do Ato Administrativo no Código do Procedimento Administrativo de 2015*, in Estudos em Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, pp. 106 e 107, criticando a sua inserção sistemática no n.º 5 do artigo 163.º do CPA, uma vez que o “ato não é privado da sua aptidão intrínseca para a produção plena dos seus efeitos principais”, ou seja, não se trata de um mecanismo que bloqueie *stricto sensu* o efeito invalidante, mas sim de um mecanismo de conversão do desvalor da anulabilidade em irregularidade, pelo que a “sua ilegalidade nem sequer tem qualquer efeito invalidante que possa ser excluído”. Em sentido diverso, ANA CELESTE CARVALHO, *Os vários caminhos da jurisprudência administrativa na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo*, in Estudos em Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, pp 24 e ss.

24. Posição a ser desenvolvida *infra*.

25. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, in *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, 2016, p. 331, e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 281, exemplificando com o caso em que a Administração pratique um ato, com fundamento em determinados motivos ou pressupostos, sendo possível concluir que, mesmo sendo parte dos motivos ou pressupostos inválidos na ponderação, seja por aplicação do princípio da imparcialidade na vertente negativa, seja por aplicação de qualquer outra norma jusadministrativa, a decisão do órgão administrativo seria emitida, nos mesmos termos, caso a Administração apenas tivesse em conta, em sede de ponderação, os pressupostos ou fundamentos válidos – partindo-se, necessariamente em face do enunciado legal “sem margem para dúvidas”, de uma presunção de que qualquer fundamento da decisão foi determinante na mesma, tendo a Administração o ónus de demonstrar, de forma inequívoca, que o motivo ou pressuposto em causa não foi essencial na determinação da prática do ato ou do seu conteúdo concreto, de modo a poder licitamente afastar tais motivações da fundamentação da decisão sem que se determine o efeito invalidante correspondente.

acaba por esvaziar totalmente de aplicabilidade prática a alínea a)²⁶.

Ainda assim, considero ser devida uma interpretação restritiva do preceito, com fundamento no elemento sistemático (alínea a)), no sentido de abranger apenas o aproveitamento de atos administrativos discricionários²⁷, conferindo efeito útil ao dispositivo. Aliás, a exigência de uma “subsunção qualificada” ou de um grau de certeza superior na demonstração de que o vício não influiu no ato²⁸, devido à fórmula “sem margem para dúvidas”, consagra um âmbito de aplicação específico do preceito (devido aos pressupostos restritivos, *rectius*, mais exigentes, com que é formulado), o que vai ao encontro da interpretação segundo a qual se deve exigir um maior grau de certeza, neste plano, quanto à atividade discricionária da Administração.

A lógica de fundo ou ideia retora de base que preside ao preceito identifica-se com a ideia de prevenir que a Administração se veja forçada a praticar novo ato com os mesmos efeitos, embora expurgado do vício (renovação do ato)²⁹. No tocante às alíneas a) e c), consagra-se o princípio do aproveitamento do ato administrativo, cuja redação foi bastante influenciada pelo disposto na Lei Alemã do Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*)³⁰. Os preceitos são, contudo, passíveis de críticas significativas, uma

26. Neste sentido, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A Invalidade do Ato Administrativo no Código do Procedimento Administrativo de 2015*, in Estudos em Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, pp. 107 e ss., dada a coincidência de âmbitos e o facto de a alínea c) apresentar um alcance mais vasto (abrangendo, aparentemente, situações de atos vinculados e de atos discricionários da Administração).

27. Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2016, pp. 279 e ss., considera que a alínea c) parte do pressuposto de que “o ato não tinha de ser praticado com aquele conteúdo, pelo que podia ter sido praticado com outro conteúdo”. O autor afirma que a alínea em causa encontra o seu campo de aplicação preferencial nos atos com vícios materiais, de acordo com a construção jurisprudencial francesa dos *motifs surabondants*, e não tanto nos atos com vícios procedimentais, dada a difícil demonstração de que, mesmo sem a realização do trâmite procedimental, o ato discricionário teria o mesmo conteúdo (Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa nos atos administrativos*, Coimbra, 1992, pp. 325 e ss.). Vejam-se os acórdãos do STA de 11/10/2007 (proc. n.º 1521/02), de 28/10/2009 (proc. n.º 121/09) e de 26/10/2010 (proc. n.º 473/10), pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>.

28. Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, in *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, 2016, p. 332.

29. Diferentemente, no Direito Comparado, Cfr. EDMILSON CONDE, *Algumas reflexões sobre o artigo 163.º, n.º 5 do CPA: o “Novo” princípio do aproveitamento do ato administrativo*, in E-PUBLICA, n.º 7, 2016, p. 151, veja-se o disposto no n.º 2 do artigo 21.º - *octies* da Lei italiana n.º 241/1990, que, retirando *ab initio* o efeito invalidante dos atos administrativos vinculados com vícios formais ou procedimentais, leva a um fenómeno de verdadeira “convalidação” do ato administrativo.

30. Cfr. JORGE ALVES CORREIA/ANDREAS ISENBERG, *Lei Alemã do Procedimento Administrativo: Guias de Leitura e Anotações*, Almedina, 2016, pp 66 e 67, e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A Invalidade do Ato Administrativo no Código do Procedimento Administrativo de 2015*, in Estudos em Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, pp. 107 e ss., afirmando que a alínea a) corresponde à versão original do §46 VwVfG e a alínea c) corresponde à versão do §46 VwVfG introduzida pela Lei para a Aceleração dos Procedimentos Administrativos de 12 de setembro de 1996 (*Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz*), criticando a transposição acrítica da solução alemã, que, naturalmente, origina um replicar das críticas feitas no Direito Alemão à solução consagrada para o ordenamento português, nomea-

vez que representam uma opção de codificação de uma teoria que não conta com um mínimo de estabilidade e consenso ao nível de regime que permitiria a sua consagração normativa, verificando-se uma forte oposição entre a tese subjetiva³¹, a tese objetiva³² e a tese negativista³³.

damente a desvalorização do direito procedimental, com consequências notórias sobre os direitos fundamentais procedimentais e sobre a vigência do princípio da legalidade, de tal modo que, no Direito Alemão, é defendida uma interpretação restritiva do preceito conforme com a constituição, reduzindo o seu âmbito aplicativo ao afastamento do efeito anulatório relativamente aos atos vinculados quanto ao seu conteúdo (interpretação acolhida pela jurisprudência, sendo, atualmente, raros os casos de efetiva aplicação do §46 VwVfG em função da leitura restritiva do mesmo).

31. Neste sentido, RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *A Relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa*, in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Lisboa, 2006, pp. 873 e ss., afirmando que o seu fundamento reside na função associada aos processos de impugnação de atos administrativos, e com mero alcance processual (na medida em que o afastamento do efeito anulatório apenas poderia ser declarado pela Jurisdição), cujo âmbito de aplicação abrange atos vinculados e atos praticados ao abrigo de margem de livre decisão. Na jurisprudência, vejam-se os acórdãos do STA de 14/4/2011 (proc. n.º 0473/10), de 26/10/2010 (proc. n.º 0473/10), de 4/11/2009 (proc. n.º 0165/09), de 11/10/2007 (proc. n.º 01521/02), de 26/11/2003 (proc. n.º 0292/03) e de 28/11/2001 (proc. n.º 046586), pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>.

32. Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa de atos administrativos*, Coimbra, 1992, pp. 333 e ss., e PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2011, pp. 969 e ss., entendendo que subjaz ao princípio do aproveitamento do ato administrativo um critério abstrato de prevalência dos princípios de celeridade e eficiência sobre o princípio da legalidade (em caso de requisitos de legalidade instrumentais, ou seja, assacando uma menor valia aos vícios externos ao ato), razão pela qual se permite o afastamento do efeito anulatório. Nestes termos, o princípio do aproveitamento do ato tem um alcance substantivo, afastando-se o efeito anulatório não apenas em termos processuais mas também substantivos (quer pela Jurisdição, quer pela Administração). Na jurisprudência, tratando-se, aparentemente, da corrente maioritária, vejam-se os acórdãos do STA de 31/1/2012 (proc. n.º 017/12), de 12/4/2012 (proc. n.º 0896/11), de 31/1/2012 (proc. n.º 017/12), de 6/12/11 (proc. n.º 0924/10), de 20/1/2010 (proc. n.º 0950/09), de 4/11/2009 (proc. n.º 0165/09), de 11/10/2007 (proc. n.º 01521/02), de 9/2/2005 (proc. n.º 01306/04) e de 20/11/2002 (proc. n.º 048417), pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>.

33. Neste sentido, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A Invalidez do Ato Administrativo no Código do Procedimento Administrativo de 2015*, in Estudos em Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, pp. 113 e ss., considera que a tese subjetiva deve ser rejeitada na medida em que não é suportada pelo sistema português do contencioso administrativo, visto que os processos de impugnação de atos administrativos têm uma função objetiva de garantia da legalidade, não sendo a titularidade de direitos subjetivos condição de procedibilidade ou procedência.

Alega, ainda, que a tese objetiva não é suporte suficiente para o princípio *sub judice*, porque representa uma visão “hipertrofiada da eficiência administrativa e, corresponsivamente, uma menorização da legalidade objetiva”, traduzindo uma desvalorização objetiva do “direito das formas e procedimentos” administrativo sem fundamentação bastante (visto que, não só da instrumentalidade dos requisitos formais se pode retirar a sua desvalorização perante os requisitos formais, como precisamente o oposto, ou seja, a sua valorização enquanto requisitos de legalidade que são essenciais à realização das finalidades materiais que lhes subjazem) e que leva a uma margem de livre decisão da Administração na (in)observância dos preceitos com fins formais ou procedimentais que entenda, que não se coaduna com o facto de a função administrativa se encontrar subordinada ao princípio da legalidade (com fundamento constitucional).

Aliás, argumenta que a teoria objetiva desprotegeria os direitos procedimentais fundamentais dos particulares, na medida em que os vícios formais e procedimentais podem influir na decisão de fundo ao desconsiderar uma ponderação que leve na devida linha de conta a proteção da confiança dos particulares na transparência, legalidade e previsibilidade da atuação administrativa, ponderação que é imposta pelo princípio da legalidade, sobretudo pelos preceitos que

Considerando o regime legal consagrado, entendo que o mecanismo previsto no n.º 5 do artigo 163.º assumiu o fundamento que lhe é conferido pela tese objetiva, com inegável alcance substantivo. Não obstante as críticas que lhe são dirigidas, considero que a sua normatização constitui uma opção acertada da Comissão que elaborou o Projeto de Revisão do CPA, no qual a revisão legal se inspirou, por se tratar de uma solução conveniente e que abona em benefício da segurança e certeza jurídica, promovendo a uniformização aplicativa que, neste capítulo, há muito urgia nos tribunais.

3. A responsabilidade da Administração por atos administrativos sem eficácia invalidante: o problema específico da ilicitude

Feito o excuro anterior sobre o mecanismo legal em causa, cabe tratar da temática da eventual (in)existência de uma pretensão indemnizatória dos particulares nesta sede. Ora, o n.º 5 do artigo 163.º, contrariamente ao que resultava da alínea a) do artigo 161.º do Projeto de Revisão do CPA, não tem em consideração a possibilidade de existir um interesse relevante na anulação, nomeadamente o interesse do impugnante, seja o visado pelo ato ou um terceiro, ou de contrainteressados com interesse legítimo na situação *sub judice*³⁴.

O facto de o preceito operar *ope legis*, e não enquanto faculdade (discricionária ou não) dos julgadores da jurisdição administrativa, gera alguma perplexidade neste âmbito, na medida em que, aparentemente, o julgador fica impossibilitado de atender ao interesse concreto dos particulares, limitando-se a verificar o mero afastamento do efeito anulatório. A situação em causa ainda se torna mais extrema caso o ato cujo efeito anulatório foi afastado envolver a restrição de direitos ou interesses legalmente protegidos, seja por via da imposição de deveres, ónus, encargos, sujeições ou sanções, seja pelo não reconhecimento de direitos ou situações jurídicas a que o particular poderia, legitimamente, aspirar³⁵.

impõem requisitos formais e procedimentais, ou seja, de que os requisitos em causa não são verdadeiramente instrumentais da mera observância das finalidades substantivas gerais que decorrem do princípio da legalidade, mas que prosseguem fins próprios cuja garantia é essencial para a proteção quer de direitos substantivos, quer de direitos procedimentais, quer de interesses públicos diversos daqueles que se visam prosseguir com a decisão final, numa visão global do procedimento administrativo como um campo compreensivo de efetivação dos direitos e interesses referidos, e não apenas na identificação concreta/individual das finalidades extra-instrumentais que subjazem ou não a determinado requisito do procedimento.

Por último, assaca um “efeito contrapedagógico” à desconsideração dos vícios formais, na medida em que se cria um risco de multiplicação das ilegalidades procedimentais e formais devido à criação de um aparente “espaço de livre decisão” da Administração sobre que requisitos externos ao ato deve cumprir ou incumprir (num juízo assente nas consequências associadas ao vício concreto que será originado), resultando num enfraquecimento global do princípio da legalidade e numa violação do princípio da separação de poderes.

34. Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *As relações jurídicas administrativas multipolares: contributo para a sua compreensão substantiva*, Almedina, 2011.

35. Sobre estas possibilidades, Cfr. PEDRO MACHETE, *Os limites do aproveitamento do ato administrativo*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, 2013, p. 67, e MARGARIDA CORTEZ, *Aproveitamento de ato administrativo inválido: custas pelo recorrente?*, in

Por conseguinte, gera-se uma situação de aparente desproteção dos particulares que demonstrem interesses contraditórios no do efeito anulatório, o que pode levantar questões sobre a sua conformidade constitucional ao princípio da responsabilidade dos poderes públicos (nos termos do artigo 22.º da CRP) e ao princípio da proteção de direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares (nos termos do n.º 1 do artigo 266.º da CRP). No sentido de compatibilizar o mecanismo legal em análise com os princípios gerais da atividade administrativa, nos termos equacionados, pode encontrar-se, em abstrato, uma solução mais conforme à proteção das situações jurídico-subjetivas públicas dos particulares por duas vias:

i) Admitindo-se a possibilidade de o julgador administrativo limitar o alcance do regime do n.º 5 do artigo 163.º, anulando os efeitos lesivos produzidos pelo ato durante o período de tempo decorrido até ao momento em que se afaste o efeito anulatório, por aplicação analógica do n.º 3 do artigo 173.º do CPA, enquanto via de proteção primária³⁶;

ii) Por via indemnizatória, nos termos do artigo 16.º CPA (que constitui uma afirmação genérica do princípio da responsabilidade da Administração pública, com sede constitucional no artigo 22.º da CRP), reconhecendo-se um direito à indemnização dos particulares no âmbito da responsabilidade civil da Administração pelos atos “aproveitados”³⁷.

Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 37, 2003, p. 38.

36. Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 282.

37. No ordenamento jurídico nacional, o n.º 4 do artigo 283.º e o n.º 3 do artigo 283.º A do Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP), estatuem um duplo afastamento do efeito anulatório, na medida em que bloqueiam o efeito invalidante que decorreria dos atos pré-contratuais (ilegalidade originária) e do próprio contrato (ilegalidade derivada). Ainda que o efeito dos preceitos seja, *mutatis mutandis*, similar à problemática tratada no presente relatório, em nome do princípio do aproveitamento do contrato administrativo, verifica-se uma desconformidade ao nível dos pressupostos que constam das respetivas previsões legais, com a solução constante do CCP a exigir que sejam ponderados os “interesses públicos e privados em presença e a gravidade da ofensa geradora do vício procedimental em causa”, razão pela qual as considerações que tecerão, de seguida, quanto à eventual existência de uma pretensão indemnizatória do particular, valem apenas para a problemática do afastamento do efeito anulatório prevista no CPA.

Ainda assim, na medida em que o preceito exige que se atenda a todos os interesses em presença (e, como tal, incluindo o interesse relevante do impugnante na anulação) e que o mecanismo opera por decisão judicial ou arbitral (e não *ope legis*), considero que a questão da existência de uma pretensão indemnizatória não se coloca nesta sede, visto que, partindo do pressuposto que se verifica um interesse relevante na anulação, o tribunal pode decidir: i) não afastar o efeito anulatório, por a anulação contratual não se revelar desproporcionada ou contrária à boa fé em função do interesse do particular; ii) anular o contrato (porque a anulação do contrato se revela desproporcionada, contrária à boa fé ou que o vício não implicaria uma modificação subjetiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial) e, a título compensatório, arbitrar uma indemnização em função da preterição do interesse dos particulares, aplicando-se analogicamente o artigo 178.º do CPTA, cujo regime substantivo, por se configurar a presente situação como uma hipótese de responsabilidade civil da Administração por facto lícito, se há de aferir através de uma aplicação analógica regime constante do artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Pessoas

Ainda assim, o reconhecimento da existência de uma pretensão indemnizatória dos particulares, com probabilidades razoáveis de sucesso, nesta sede, para além de não se afigurar pacífica na doutrina, requer que se percorra um *iter* de raciocínio que, no âmbito da teoria geral da responsabilidade civil³⁸, defronta algumas dificuldades ao nível do pressuposto da ilicitude, tal como consagrado no n.º 1 do artigo 9.º do RRCEE.

Colocam-se, nesta sede, algumas questões que seguidamente se enunciam, sendo que, no final, a posição assumida perante cada uma determinará o reconhecimento ou não de uma pretensão indemnizatória aos particulares:

i) O n.º 5 do artigo 163.º limita-se a bloquear o efeito invalidante do desvalor jurídico de anulabilidade que é cominado para o ato ou, mais do que isso, configura uma verdadeira convalidação ou sanção legal do ato?

De facto, a dimensão semântica do enunciado legal que se extrai da estatuição do n.º 5 do artigo 163.º afigura-se de complexidade assinalável, dada a ambiguidade que a formulação literal do artigo pode parecer consentir. Ou seja, deve o intérprete assumir, de acordo com o n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil (que consagra uma presunção, não apenas civilística, mas que tem o seu fundamento na teoria geral da interpretação normativa) que o legislador se exprimiu nos termos mais adequados e, como tal, o inciso “*Não se produz o efeito anulatório*” se limita a produzir uma mera inoperância das consequências de regime associadas ao desvalor jurídico da anulabilidade - no fundo, a improdutividade jurídica dos efeitos do ato, para além dos restantes efeitos - ou se, por outro lado, o legislador pretendeu ir mais além, consagrando uma causa de convalidação ou de sanção legal³⁹ do ato administrativo que, para além de permitir a produção dos seus efeitos jurídicos sobre os seus destinatários concretos, expurga o ato de qualquer ilegalidade que lhe subjaza?

Coletivas de Direito Públicos (doravante, RRCEE), não se verificando, a este nível, qualquer obstáculo definitivo, *a priori*, no preenchimento dos requisitos da especialidade e da anormalidade do dano, de acordo com o disposto no artigo 2.º do RRCEE - naturalmente, só em função da concreta fundamentação apresentada pelo tribunal para o afastamento do efeito anulatório se poderá aferir da existência, *in casu*, de um direito à indemnização dos particulares.

38. Embora com as devidas especificidades decorrentes do RRCEE, a responsabilidade civil da Administração está sujeita, ao nível dos pressupostos da responsabilidade, a um regime semelhante ao regime que a doutrina e a jurisprudência civilística vem elaborando. Neste sentido, veja-se o acórdão do STA de 04.06.1998 (proc. n.º 40575), pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

39. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II., Almedina, 2013, p. 459, refere que o fenómeno da “sanção” consiste na transformação jurídica de um ato ilegal num ato inatacável contenciosamente, por razões de segurança e certeza jurídica, seja pelo decurso do prazo ou por ato administrativo secundário. No direito alemão, o §45 VwVfG positiva uma hipótese de sanção, no processo contencioso, da preterição procedimental de requisitos formais (v.g, da audiência dos interessados) através da intervenção dos interessados e da Administração no processo. A opção é alvo de críticas pela desvalorização efetiva do “direito das formas e dos procedimentos administrativo” e pelos direitos procedimentais dos particulares (alguns deles de base jusfundamental).

A questão afigura-se de enorme relevância, na medida em que, caso se conclua pela hipótese de convalidação ou sanção legal, o ato administrativo em causa torna-se lícito, não sendo defensável uma responsabilidade da Administração por ato lícito, aplicando o disposto no artigo 16.º do RRCEE analogicamente, na medida em que o n.º 5 do artigo 163.º desconsidera, em absoluto, a tutela dos interesses relevantes na anulação.

Pela via de uma interpretação alicerçada no elemento literal e teleológico - atendendo a que o elemento teleológico, na situação em presença, não se basta com os princípios da eficiência e economia de procedimentos, mas também com o princípio da proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares -, considero que não se trata de um caso de convalidação⁴⁰, porque o dispositivo não visa a fonte ou a causa da invalidade, mas antes a inoperância *ope legis* dos efeitos associados à anulabilidade, mantendo-se o ato na ordem jurídica com a sua aptidão intrínseca para a produção dos seus efeitos principais intacta. O mesmo é dizer que se mantém a ilegalidade originária do ato, ainda que se torne o desvalor jurídico que lhe é associado juridicamente ineficaz.

De outra forma, a tratar-se de um caso de convalidação, teria sido mais curial, da parte do legislador, consagrar o presente dispositivo enquanto norma excecional à cominação da anulabilidade (e não do efeito anulatório) ou a afirmação expressa da validade dos atos praticados nestes termos, algo que, aparentemente, não foi pretendido pelo legislador, que apenas entendeu ser de afastar as propriedades de regime associadas ao desvalor.

De resto, uma leitura do preceito no sentido de consagrar uma verdadeira convalidação configuraria uma interpretação corretiva da lei, inadmissível, nos termos gerais⁴¹, em nome do princípio da separação de poderes (artigo 203.º da CRP e n.º 2 do artigo 8.º do Código Civil), salvaguardando-se a margem de livre apreciação da função legislativa na conformação do princípio da legalidade, salvo se se tratasse de um caso de possível inconstitucionalidade, no qual a própria jurisdição tem deveres corretivos do dispositivo legal em interpretação conforme à Constituição⁴².

40. Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2016, pp. 282 e 285. Afirmando que apenas se convalidam ou sanam os atos que não se enquadrem no âmbito aplicativo do n.º 5 do artigo 163.º, LUÍS HELENO TERRINHA, *Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto administrativo*, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL Editora, 2ª edição, 2015, pp. 935 e 936, INÉS RAMALHO, *O princípio do aproveitamento do ato administrativo*, tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, pp. 29 e ss., e VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa nos atos administrativos*, Coimbra, 1992, pp. 335 e ss.

41. Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, 2012, pp. 382 e ss., e LOOSCHELDERS/ROTH, *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Berlin, 1996, pp. 244 e ss.

42. Não se trata, na questão em análise, de um problema de conformidade constitucional, mas sim de bondade ou mérito da solução legislativa.

ii) Caso se considere que o disposto no n.º 5 do artigo 163.º não determina a convalidação ou sanação legal do ato administrativo, pode o ato em causa subsistir enquanto “ato anulável-não anulado”, ou seja, deve ser assacada à figura em causa alguma contrariedade ao bloco de legalidade, pese embora não se vislumbre qualquer efeito decorrente da mesma?

Trata-se, neste âmbito, de ponderar se o desvalor jurídico de invalidade do ato pode subsistir, ainda que desprovido de qualquer efeito anulatório substantivo, ou seja, cabe indagar sobre qual é o desvalor jurídico associado ao “ato administrativo anulável não anulado”.

A norma em causa encerra, em certa medida, uma natureza paradoxal⁴³ ou aparentemente contraditória, visto que a causa ou o pressuposto operativo da norma, o desvalor jurídico anulabilidade, acaba por ser a consequência da aplicabilidade da norma de decisão administrativa – que, pelo menos na perspectiva da doutrina que se tem pronunciado sobre a questão, incide apenas sobre os efeitos jurídicos decorrentes do desvalor, e não sobre a sua existência no ordenamento jurídico. Por conseguinte, tem-se entendido que o ato cujo efeito anulatório foi bloqueado se mantém inválido⁴⁴.

Contudo, parece tratar-se de uma posição pouco coerente com a materialidade subjacente. Com efeito, que o ato mantém uma contrariedade ao bloco normativo, porque lhe é inerente aquando da sua formação (seja por vício material, formal ou procedimental), parece relativamente seguro. Agora, se à ilegalidade subjacente não se reconhece, por afastamento legal, nenhuma das consequências prototípicas que a teoria geral do ato administrativo assaca à anulabilidade, como se pode manter a defesa de que se continua a tratar de um ato inválido? E esta análise, de âmbito teórico-estrutural, não é despicienda do ponto de vista do problema em equação, uma vez que, dependendo do concreto regime assacado ao desvalor jurídico *sub judice*, pode residir, em parte, a resposta à questão da admissibilidade ou não de uma tutela indemnizatória dos particulares com interesse relevante na anulação.

Tendo em conta as considerações anteriormente tecidas sobre os desvalores jurídicos do ato administrativo, é de considerar que o princípio da legalidade, no ordenamento jurídico-nacional, se pauta pelo *critério da lesividade potencial da infração ao bloco de legalidade*⁴⁵ na determinação do desvalor jurídico

43. Neste sentido, LUÍS HELENO TERRINHA, *Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto administrativo*, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL Editora, 2ª edição, 2015, pp. 935 e 936, referindo-se a uma “figura singular cristalizadora da paradoxalidade subjacente: o acto administrativo anulável não-anulável”, assumindo como paradoxal que a anulabilidade seja a condição da não anulação. No entanto, não se concebe que o preceito operasse de forma diversa, querendo afastar as consequências de regime de um desvalor que não lhe está associado, razão pela qual não se vislumbra uma paradoxalidade, mas sim uma causalidade necessária.

44. Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2016, pp. 285 e 286.

45. Neste sentido, PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, vol. I, Al-

correspondente à mesma. A esta luz, a ideia que subjaz ao n.º 5 do artigo 163.º é de um certo grau de desvalorização da infração perante a legalidade administrativa que a ordem jurídica está disposta a admitir, independentemente da natureza do vício (material ou formal) que afeta a decisão.

Assim sendo, e considerando que na alínea b) o desvalor em presença é o da mera irregularidade, em razão da operatividade da teoria que lhe subjaz, entendo ser defensável que também nos casos de aproveitamento de atos administrativos, nos termos das alíneas a) e c), a contrariedade ao bloco normativo é depreciada em mera irregularidade.⁴⁶

Ora, não apenas o preceito em causa assume uma natureza excecional (face ao n.º 1 do artigo 163.º), como o próprio desvalor jurídico da irregularidade é um desvalor excecional no ordenamento jurídico-administrativo - por força da dimensão de preferência de lei decorrente do princípio da legalidade, que impõe que a violação do bloco de legalidade acarrete, *prima facie*, uma ineficácia ou uma invalidade potencial do ato -, que apenas poderá ser assacado aos atos praticados pela Administração quando o legislador, numa ponderação prévia, conclui pela sua reduzida capacidade lesiva⁴⁷ ao ordenamento jurídico (função de garantia objetiva) e aos interesses concretamente tutelados (função de garantia subjetiva).

Em face do exposto, é possível verificar que o mecanismo legal consagrado no n.º 5 do artigo 163.º não se basta com o afastamento do efeito anulatório, operando uma atenuação ou conversão legal do desvalor jurídico de invalidade em mera irregularidade⁴⁸, por ser “a consequência reservada pela ordem jurídica para os atos que padeçam de ilegalidades pouco graves e, como tal, tidas como insuscetíveis de afetar de forma essencial a produção de efeitos estáveis pelos atos viciados em causa”⁴⁹, visto que as situações contempladas nas alíneas do

medina, 2016, pp. 613 e ss., e *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, 2011, p. 964, afirmando que “a ordem jurídica considera assumir diferentes graus de gravidade de violação da juridicidade pela Administração”, conduzindo a uma “hierarquização da força vinculativa dos componentes da juridicidade”.

46. Neste sentido, PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, vol. I, Almedina, 2016, pp. 623 e ss., afirmando que da posição assumida (transformação ou conversão legal de invalidade em irregularidade) decorre a exclusão da possibilidade de anulação do ato, seja pelos tribunais ou pela Administração.

47. Desvalor que também é cominado nos casos da não menção da qualidade de delegante ou subdelegante (nos termos do n.º 2 do artigo 48.º), no caso dos erros de cálculo e os erros materiais (artigo 174.º) e no caso de atos praticados com excesso de forma legal.

48. Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, pp. 272 e ss., e ANTONIO ROMANO TASSONE, *Contributo sul Tema dell'Irregolarità degli Atti Amministrativi*, Torino, 1993, p. 23, afirma que a irregularidade se assume como uma desconformidade do ato administrativo à norma que, ainda que inobservada, não gera um efeito invalidante (ou seja, que a irregularidade afasta a valência destrutiva de efeitos que caracterizam a invalidade).

49. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª edição, D. Quixote, 2010, p. 55, embora de seguida afirmem que a irregularidade está reservada aos vícios formais e procedimentais, e não aos vícios materiais e funcionais, embora sem apresentarem qualquer justificação para tal tomada de posição.

Na senda do critério referido, não se entende a restrição do desvalor em causa aos vícios assinalados, podendo, em abstrato, configurar-se situações de atos com vícios materiais cuja

preceito se tratam de incumprimentos veniais da juridicidade e do princípio da legalidade.

Por conseguinte, o n.º 5 do artigo 163.º consagra, excecionalmente, um mecanismo de conversão legal ou de atenuação dos desvalores jurídicos, depreciando o desvalor de anulabilidade que seria assacado aos vícios em causa em mera irregularidade pela subsunção (e correspondente funcionamento) à previsão legal do preceito em causa⁵⁰.

Ora, sendo irregular o ato administrativo cujo efeito invalidante foi bloqueado, o mesmo mantém a sua aptidão intrínseca para a produção dos seus efeitos principais⁵¹, ou seja, é ilícito para efeitos de responsabilidade civil e disciplinar, por violação do “dever de agir regularmente”⁵², numa correspondente diminuição da função “tituladora” do ato administrativo em causa⁵³.

iii) Caso subsista uma desconformidade com os parâmetros legais que regem a atividade administrativa, trata-se de uma ilegalidade que se subsume ao conceito de “ilicitude” ou de “ilegalidade qualificada”⁵⁴ que consta do n.º 1 do artigo

lesividade potencial seja diminuta (caso dos motivos superabundantes). Neste sentido, PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, vol. I, Almedina, 2016, p. 620.

50. Cfr PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, vol. I, Almedina, 2016, p. 616, afirma que “a irregularidade, traduzindo uma inversão do princípio da invalidade como resposta a uma atuação desconforme com a juridicidade, consubstancia um agir administrativo *contra legem* admitido pelo sistema jurídico”. Sobre esta temática, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 1984, p. 540, considera que a irregularidade é uma consequência da relativização da força da juridicidade de alguns preceitos do bloco de legalidade, constituindo um verdadeiro *soft law* ou *ius imperfectum*.

51. Neste sentido, ROGÉRIO SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, p. 272, afirma que os vícios aos quais é assacado o desvalor de irregularidade “produzem uma tão pequena lesão do interesse público que seria do ponto de vista dele antieconómico tolher a possibilidade normal de produção dos efeitos jurídicos”, e MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do Acto Inconstitucional*, Lisboa, 1988, pp. 271 e ss.

52. Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Almedina, 2016, p. 616, e FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria General Del Diritto*, Univ. degli Studi di Camerino Ristampe, 1999, p. 331.

53. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª edição, D. Quixote, 2010, p. 55, e ANTONIO ROMANO TASSONE, *Contributo sul Tema dell'Irregolarità degli Atti Amministrativi*, Torino, 1993, p. 64.

54. Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 240 e ss., referindo-se a uma dupla dimensão do conceito de ilicitude: uma dimensão objetiva, que se prende com a ilegalidade, a inobservância de deveres objetivos de cuidado ou o funcionamento anormal de serviço (esta última, enquanto modalidade autónoma de ilegalidade), e a uma dimensão subjetiva, exigindo-se a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos. Sobre o conceito de ilicitude no RRCEE, assumindo uma posição concordante, Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra, 2011, pp. 178 e ss. e 184, afirmando que a mera infração a normas procedimentais e orgânicas é suficiente para constitui a Administração no dever de indemnizar, dada a abertura legal do preceito através da fórmula “direitos e interesses legalmente protegidos”, abrangendo-se não apenas os direitos subjetivos públicos mas também os “interesses individuais reflexamente protegidos pela norma”, e RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Almedina, 1992, pp. 171 e 172.

9.º do RRCEE – ou, em termos mais amplos, é defensável a existência de uma pretensão indemnizatória do particular, à luz do RRCEE, nos casos em que a lei afasta o efeito invalidante do ato?

Alguma doutrina defende a inexistência, neste âmbito, de um direito à indemnização do particular⁵⁵. Na medida em que a lei afasta as vias de protecção primária do particular (o efeito anulatório decorrente da anulabilidade), seria de considerar que a ilegalidade subjacente não tivesse valia suficiente que justificasse o acionamento das vias de protecção secundária (a responsabilidade civil da Administração), considerando que a estatuição normativa “*Não se produz o efeito anulatório*” deve ser alvo de uma interpretação extensiva, no sentido de abranger a improdutividade das vias de protecção secundária, ou seja, que afasta a pretensão indemnizatória do particular⁵⁶. Por conseguinte, tratar-se-ia, neste âmbito, de uma mera ilegalidade venial.

São diversos os argumentos aduzidos para sustentar esta posição, que, de seguida, se reproduzem: *i*) a teleologia do aproveitamento do ato, afastando o efeito invalidante do ato anulável, determinaria a impossibilidade de lesão efetiva da posição jurídica subjetiva do particular, por o vício não se repercutir no conteúdo do ato⁵⁷; *ii*) a originar-se um dano por via do mecanismo consagrado no n.º 5 do artigo 163.º não se conseguiria estabelecer uma causalidade entre o dano sofrido e a ilegalidade cometida; *iii*) o ato anulável, caso não fosse afastado o seu efeito anulatório, seria necessariamente renovado pela administração com o mesmo conteúdo, não sendo concebível imputar à Administração um dever de indemnizar nestes casos⁵⁸; *iv*) ainda que a posição assumida no ponto anterior seja diversa

55. Negando a responsabilidade civil da Administração, embora em tom crítico à solução, ISABEL CELESTE FONSECA, *Tramitação e formalidades: (proposta de) golpes às garantias procedimentais fundamentais dos interessados?*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013, p. 97, afirmando que o sucesso de quaisquer ações indemnizatórias interpostas pelos particulares, neste âmbito, terão um sucesso incerto, uma vez que “se é irrelevante o vício e se o ato viciado não é anulado, como se pode demonstrar a ilicitude e o direito à reparação?”, afirmando que se trata de uma solução que isenta a administração do dever de reparar os danos produzidos por comportamentos ilícitos e culposos (por violação do direito procedimental a uma boa administração), ganhando o erário público nestes tempos de crise e escassez de recursos financeiros.

56. Neste sentido, DÉBORA MELO MONTEIRO, *A responsabilidade civil da administração por atos administrativos afetados por vícios externos e a eventual relevância negativa do comportamento lícito alternativo*, in *E-PÚBLICA*, n.º 7, 2016, p. 127, e LUÍS HELENO TERRINHA, *Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto administrativo*, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL Editora, 2ª edição, 2015, pp. 938 e 939, afirmando que “parece ser a racionalidade subjacente ao mecanismo do aproveitamento do acto a ditar a impossibilidade de surgimento de um direito e correspondente dever de indemnização”, reconhecendo que tal posição tem a desvantagem de funcionar como “uma espécie de validação legal do ilegal (...) de uma mera ilegalidade simbólica ou inerte”.

57. Neste sentido, HUFEN/SIEGEL, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 5. Auflage 2013, p. 379.

58. *Cfr.* LUÍS HELENO TERRINHA, *Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto administrativo*, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL Editora, 2ª edição, 2015, pp. 938 e 939, referindo que não se constitui obrigação de indemnizar da Administração, nestes casos, quer em face de atos vinculados quer “em situações ditas de discricionariedade, é difícil conceber que a Administração possa causar um

(ou seja, que o direito à indemnização não está, *prima facie*, excluído em virtude da renovação efetiva ou potencial do ato⁵⁹), afirma-se não ser líquida a analogia de situações entre a produção do efeito anulatório, anulação e renovação do ato praticado e a situação de não produção do efeito anulatório por imposição legal.

Embora as considerações expostas sejam pertinentes, perfilho uma posição contrária à tese que nega a existência de uma pretensão indemnizatória do particular com interesse legítimo na anulação quanto aos atos cujo efeito anulatório foi afastado⁶⁰, com base nos seguintes argumentos:

i) No caso de um ato administrativo anulável que seja objeto de renovação, através de um ato de 2.º grau saneador, não se afasta, *prima facie*, o dever da Administração de indemnizar o particular por violação de uma norma de proteção dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, cuja mera inobservância imporá, na grande maioria dos casos, uma ofensa de um interesse legalmente protegido do particular. Neste sentido, não estando o direito à indemnização excluído em virtude da renovação efetiva ou potencial do ato⁶¹,

dano ao particular quando se dá por provado que a sua conduta, para além de ser substantivamente conforme, não foi sequer determinada por vício procedimental”. No fundo, está em causa a problemática da relevância do comportamento lícito alternativo no âmbito da responsabilidade civil da Administração.

59. Assumindo esta posição, ao considerar que a ilegalidade do ato se mantém (designadamente, para efeitos de responsabilidade civil) mesmo após o decurso do prazo de impugnação contenciosa, RUI MACHETE, *Sanação (do acto administrativo inválido)*, in Estudos de Direito Público, Coimbra, 2004, pp. 332 e ss., e VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 2015.

60. Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, in *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, 2016, pp. 332 e 333, considera que “Tal como não se trata aqui de uma convalidação legal do ato, dado que a ilegalidade e a invalidade se mantêm (salvo de algum modo no caso da irrelevância previsto na alínea b), em que há um reconhecimento da realização alternativa do fim legal) – não está, por isso, excluída a possibilidade de indemnização, se tiver havido a causação de danos que afetem os direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, seja por danos não patrimoniais (...), seja por danos causados pela não anulação, quando houvesse um interesse legítimo na anulação” que foi preterido pelo afastamento do efeito invalidante.

Embora discorde do âmbito indemnizatório reconhecido pelo autor (uma vez que, mesmo nos casos da alínea b), não se sana a ilegalidade, verificando-se uma mera despromoção do desvalor jurídico que o bloco de legalidade associa à inobservância dos preceitos formais ou procedimentais de anulabilidade a mera irregularidade, tal como nas alíneas a) e c) em face da posição assumida no relatório), entendo, em concordância com o autor, que se trata de uma solução que afasta a crítica de que se trata de um preceito que menospreza o “direito das formas e dos procedimentos administrativos”. Para além do argumento de que quer a alínea a) quer a alínea c) se aplicam, indiferenciadamente, a vícios materiais ou procedimentais, há de se reconhecer que, embora se verifique uma certa instrumentalidade inerente em diversos requisitos de legalidade formal ou procedimental que não pode ser escamoteada (casos nos quais não haverá lugar a um direito indemnizatório), sempre que estejamos perante direitos procedimentais autónomos (de cariz jusfundamental ou não) ou interesses legalmente protegidos (ou seja, sempre que perante posições jurídicas subjetivas públicas, individualizadas ou não - caso dos interesses difusos) há lugar ao seu ressarcimento por via indemnizatória, assentes não apenas na função de garantia da correção material das decisões dos requisitos externos ao ato, mas também no que se dirá *infra*.

61. Considerando que a ilegalidade do ato se mantém, mesmo após o decurso do prazo de impugnação contenciosa, RUI MACHETE, *Sanação (do acto administrativo inválido)*, in

deve aduzir-se um argumento *a simile* entre as situações em discussão⁶²: se se admite a possibilidade de tutela indemnizatória perante um ato anulado que foi objeto de um ato saneador, em coerência, também se terá de admitir a tutela indemnizatória nas situações perante as quais se afasta o efeito anulatório com o intuito de se evitar uma renovação do ato com o mesmo conteúdo, dado que o vício que apresenta em nada influi no conteúdo do ato final da Administração.

ii) Quanto ao argumento de se tratar de uma ilegalidade venial que não permite o preenchimento do pressuposto da ilicitude⁶³, deve atender-se ao facto de o n.º 1 do artigo 9.º do RRCEE não impor um juízo de reprovação ou de censura suficiente que permita o preenchimento do conceito de ilicitude, ou seja, o potencial lesivo da situação concreta é indiferente na aferição do carácter lícito ou ilícito da conduta⁶⁴. Deste modo, e em coerência com a posição anteriormente adotada, o facto de os atos administrativos em causa serem meramente irregulares em nada obsta à verificação do pressuposto da ilicitude. O que é necessário é, por outro lado, aferir se as dimensões objetiva (contrariedade ao bloco normativo) e subjetiva (ofensa de direitos e interesses legalmente protegidos) do ilícito se encontram devidamente preenchidas. Ora, se quanto à contrariedade do bloco da legalidade já se considera demonstrado que subsiste uma irregularidade dos atos em causa (e, como tal, uma ilegalidade do mesmo), quanto ao requisito da “ofensa a direito e interesses legalmente protegidos”, considero ser de reconhecer autonomia às situações jurídicas subjetivas decorrentes do n.º 5 do artigo 163.º que, para o efeito, assume a natureza de norma de proteção, ou seja, que o escopo de proteção da norma, aliada à função de garantia das normas procedimentais e orgânicas sempre que esteja em causa um vício orgânico ou formal⁶⁵, abrange não apenas a tutela indireta de fins materiais, mas também apresenta uma função de garantia quer de direitos substantivos, quer de direitos procedimentais⁶⁶, quer de interesses públicos diversos daqueles que se visam prosseguir com a decisão final, independentemente de saber se a sua violação se projeta na não anulação

Estudos de Direito Público, Coimbra, 2004, pp. 332 e ss.

62. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2016, pp. 284 a 286.

63. Neste sentido, DÉBORA MELO MONTEIRO, *A responsabilidade civil da administração por atos administrativos afetados por vícios externos e a eventual relevância negativa do comportamento lícito alternativo*, in E-PÚBLICA, n.º 7, 2016, p. 127, argumentando que a lei, ao determinar o afastamento do efeito invalidante do ato, parte do pressuposto de que, por uma questão de unidade e coerência sistemática, o ordenamento jurídico entende que se trata de uma ilegalidade ou desconformidade com o direito que não é suficientemente ponderosa que possa conduzir a um juízo de reprovação ou censura, que está insito na ideia de ilicitude

64. Sendo certo que o juízo de reprovação ou censura em causa terá maior adequação sistemática no âmbito do pressuposto da culpa, para o qual já se consagra uma presunção de culpa leve (nos termos do n.º 2 do artigo 10.º do RRCEE), que isenta de responsabilidade pessoal os titulares de órgãos, funcionários ou agentes (nos termos do n.º 1 do artigo 7.º e do n.º 1 do artigo 8.º do RRCEE).

65. Sobre a temática, veja-se JORGE PEREIRA DA SILVA, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 392 e ss.

66. Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 392 e ss.

do ato da Administração⁶⁷.

Assim, ao reconhecer-se que o n.º 5 do artigo 163.º assume a natureza de uma norma de proteção, as dificuldades que poderiam resultar ao nível do nexos de causalidade (imputação do vício ao dano), de acordo com a teoria da causalidade abstrata, são afastadas de acordo com a teoria do escopo de proteção da norma.

iii) Por referência ao disposto no n.º 3 do artigo 172.º do CPA e no n.º 3 do artigo 173.º do CPTA, nos quais se consagra o direito à indemnização dos beneficiários de boa-fé de atos consequentes praticados há mais de um ano, em consequência da anulação, pode-se inferir um argumento sistemático no sentido de se reconhecer o direito a uma indemnização na situação em que os particulares tenham interesses legítimos na não anulação do ato à luz do n.º 5 do artigo 163.º, visto que em ambos os casos a tutela indemnizatória se fundamenta na existência de um interesse legítimo na não anulação do ato.

iv) Acresce a virtualidade do elemento teleológico, que se prende não só com o princípio da responsabilidade dos poderes públicos (artigo 22.º da CRP), mas, também, com o princípio da proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares (nos termos do n.º 1 do artigo 266.º da CRP).

Por conseguinte, entendo que é defensável a existência de um direito à indemnização dos particulares por atos cujo efeito anulatório tenha sido afastado, em virtude do disposto no n.º 5 do artigo 163.º, nos casos em que o comportamento lícito alternativo seja irrelevante⁶⁸, cujo montante deve ser fixado segundo um critério

67. Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2016, pp. 285 e 286. Em sentido diverso, JOÃO PACHECO AMORIM/JOANA AZEVEDO MARQUES, *O acto administrativo como momento determinante no procedimento para a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual da Administração – anotação ao Acórdão de 18.12.2002 do Supremo Tribunal Administrativo*, Centro de Estudos Jurídicos Económicos e Ambientais, Universidade Lusíada Editora, n.ºs 1 e 2, 2010, p. 490, afirmam que “o dano não se conhece (...) até ser proferido o acto administrativo que determina a situação jurídica do particular e despoleta todos os efeitos que até então se encontravam comprimidos e ainda não completamente formados”, uma vez que apenas no momento da plena eficácia do ato administrativo (na problemática discutida no relatório, apenas no momento do afastamento do efeito anulatório) se pode aferir da sua lesividade perante o particular, devido à definitividade e estabilidade de facto e de direito que lhe está associada, sendo esse o momento relevante na aferição dos pressupostos da responsabilidade civil da Administração.

A opinião dos autores poderia ser aplicada ao problema que motiva este trabalho se não se autonomizasse, enquanto norma de proteção, o n.º 5 do artigo 163.º, visto que, nesse caso, qualquer situação jurídica subjetiva assente num interesse relevante na anulação que foi preterido pela operância do enunciado normativo será digna de tutela indemnizatória, estando a conceção dos autores pensada para o dano tradicional na dogmática da responsabilidade civil, o “dano real” que decorre da violação de direitos subjetivos públicos.

68. Sobre o tema, veja-se ESTEVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, *Ilegalidade externa do acto administrativo e responsabilidade civil da administração*, Coimbra, 2010, e DÉBORA MELO MONTEIRO, *A responsabilidade civil da administração por atos administrativos afetados por vícios externos e a eventual relevância negativa do comportamento lícito alternativo*, in *E-PÚBLICA*, n.º 7, 2016. A jurisprudência do STA é constante no sentido de concluir no sentido da irresponsabilidade da Administração pelos danos resultantes de vícios externos, assumindo como pressuposto que o ato anulado, se expurgado do vício em causa, seria repetível ou substituível por outro com o mesmo conteúdo, independentemente se o ato foi efetivamente renovado ou se ainda é possível sê-lo. Trata-se da aplicação da tese do comportamento lícito

de equidade⁶⁹.

4. Conclusão

O mecanismo legal previsto no n.º 5 do artigo 163.º constitui uma importante inovação no ordenamento jurídico-administrativo, em nome da eficiência e desburocratização do agir administrativo, pese embora, na sua formulação literal, não acautele explícita e inequivocamente a posição dos particulares com interesse relevante na anulação.

Em face das considerações tecidas ao longo do presente artigo - embora admitindo que o reconhecimento de uma pretensão indemnizatória, neste âmbito, se afigura uma problemática com expressiva complexidade - entendo que é essencial, no sentido de compatibilizar o preceito com o princípio da responsabilidade dos poderes públicos (artigo 22.º da CRP) e com o princípio da proteção do princípio da proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares (nos termos do n.º 1 do artigo 266.º da CRP), o reconhecimento de mecanismos de tutela secundária da situação dos particulares referidos, através do reconhecimento de um direito a uma pretensão indemnizatória nos termos dos artigos 7.º e ss. do RRCEE, à luz da reconfiguração dogmática do n.º 5 do artigo 163.º, de acordo com a tese da depreciação substantiva do desvalor em mera irregularidade, acima enunciada.

De outro modo, estar-se-ia a permitir uma espécie de “validação legal do ilegal” ou um espaço de tolerabilidade de certas atuações cujo potencial lesivo fosse diminuto, como se de uma mera ilegalidade simbólica se tratasse, sacrificando-se a tutela dos particulares com interesse relevante na anulação em nome de uma “ilegalidade útil” de forma injustificada, uma vez que a teleologia do instituto (de salvaguardar a capacidade funcional efetiva da Administração) não impede a tutela da posição dos particulares em causa, antes a impõe, à luz dos princípios gerais que regem a atividade administrativa e que tutelam as posições jurídico-subjetivas dos particulares.

alternativo, segundo a qual a Administração sempre poderia ter afetado negativamente os particulares destinatários do ato de forma lícita, pelo que não se justificaria o reconhecimento de pretensões indemnizatórias aos mesmos. Ora, sendo certo que, quanto aos danos *medio tempore* a relevância do comportamento lícito alternativo deve ser excluída, a autora conclui pela relevância da tese em causa em 2 situações: i) “Se o ato (ablativo) ilegal for efetivamente renovado, com o mesmo conteúdo decisório, e simplesmente depurado do vício externo que o afetava”; ii) “Se o ato (ablativo) ilegal não for renovado”, porque “se tornou impossível, em virtude de alterações de facto ou de direito entretanto ocorridas (*tempus regit actum*)”.

69. Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 286.