

A relevância da vontade do particular  
no procedimento do ato administrativo

the relevance of the particular will in the  
procedure of the administrative act

EDNALDO SILVA FERREIRA JÚNIOR

VOL. 6 Nº 1 ABRIL 2019

[WWW.E-PUBLICA.PT](http://WWW.E-PUBLICA.PT)



COM O APOIO DE:

**FCT** Fundação  
para a Ciência  
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

## **ARELEVÂNCIA DA VONTADE DO PARTICULAR NO PROCEDIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO**

### **THE RELEVANCE OF THE PARTICULAR WILL IN THE PROCEDURE OF THE ADMINISTRATIVE ACT**

EDNALDO SILVA FERREIRA JÚNIOR<sup>1</sup>

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Travessa da boa-hora à ajuda, n.º 40, R/C Esquerdo  
1300-105, Lisboa - Portugal  
ednaldosfjunior@gmail.com

**Resumo:** Bastante se fala acerca da democratização do procedimento administrativo, com o fim de permitir uma Administração menos autoritária e mais inclusiva do particular, como por diversas vezes reitera o Decreto-lei n.º/2015, de 7 de Janeiro, que aprovou o novo Código de Procedimento Administrativo. Porém, quão relevante a vontade do particular pode ser no procedimento do ato administrativo, que é a expressão da vontade da Administração por excelência? É sobre esta questão e os aspectos que lhe são atinentes que o presente escrito se desdobra. Para respondê-la, analisamos a Constituição da República Portuguesa e o Código de Procedimento Administrativo, com vista a aferir a relevância da vontade do particular no procedimento do ato administrativo à luz dos caracteres normativos fornecidos por tais diplomas legais.

**Sumário:** 1. Apresentação e delimitação do problema investigado; 2. A dimensão constitucional da relevância dogmática da vontade dos particulares no procedimento do ato administrativo; 3. A dimensão infraconstitucional da relevância dogmática da vontade dos particulares no procedimento do ato administrativo; 3.1. O regime jurídico das formas de intervenção do particular no procedimento administrativo. (A) A participação dos particulares na instrução procedimental; (B) A audiência dos interessados; (C) A consulta pública; (D) Os acordos endoprocedimentais; (E) A participação do particular na atribuição de efeitos ao ato administrativo; 3.2. O regime de invalidade do ato administrativo; 4. Conclusões

**Palavras-chave:** procedimento administrativo; ato administrativo; participação; vontade do particular; relevância dogmática;

**Abstract:** There is a great deal of talk about the democratization of the administrative procedure, in order to allow a less authoritarian and more inclusive Administration of the individual, as reiterated several times in Decree-Law 4/2015 of 7 January, which approved the new administrative procedure. However, how relevant can the private individual be in the procedure of the

---

1. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Travessa da boa-hora à ajuda, n.º 40, R/C Esquerdo, 1300-105, Lisboa. [ednaldosfjunior@gmail.com](mailto:ednaldosfjunior@gmail.com).

administrative act, which is the expression of the will of the Administration par excellence? It is on this issue and the aspects related to it that the present writing unfolds. In order to answer it, we analyze the Constitution of the Portuguese Republic and the Code of Administrative Procedure, in order to assess the relevance of the individual's will in the procedure of the administrative act in light of the normative characteristics provided by such legal diplomas.

**Summary:** 1. Presentation and delimitation of the problem investigated; 2. The constitutional dimension of the dogmatic relevance of the will of individuals in the procedure of the administrative act; 3. The infraconstitutional dimension of the dogmatic relevance of the will of the individuals in the procedure of the administrative act; 3.1. The legal regime of the forms of intervention of the individual in the administrative procedure. (A) The participation of individuals in procedural instruction; (B) The hearing of the interested parties; (C) The public consultation; (D) Endoprocedural agreements; (E) The participation of the individual in the attribution of effects to the administrative act; 3.2. The regime of invalidity of the administrative act; 4. Conclusions

**Keywords:** administrative procedure; administrative act; participation; private will; dogmatic relevance;

## **1. Apresentação e delimitação do problema investigado**

O ato administrativo é a expressão da vontade da Administração por excelência: unilateral, depende unicamente da vontade do ente administrativo que o emite para se constituir; ao contrário do contrato administrativo, por exemplo, que pressupõe um acordo de vontades entre o ente com poderes públicos e o particular. Além disso, por compor o âmbito de atuação pública, o ato administrativo está completamente adstrito aos limites legais, afinal, se no domínio privado a lei apenas tem o condão de proibir, sendo permitido tudo o que não é vetado pelos diplomas legais, na seara pública o cenário inverte-se, já que a lei tem precisamente o fim de permitir, só sendo possível à Administração aquilo que a lei prescreve. O que, a princípio, reduz bastante a margem de possibilidades e, conseqüentemente, a margem de influência dos particulares. E isto se nos estivermos a referir a um ato administrativo de natureza discricionária, que concebe mais do que uma atuação legal. Pois, se estivermos a falar de um ato administrativo de natureza vinculada, nem sequer haverá uma margem diminuta de influência, inexistirá qualquer margem de influência, visto a atuação já estar previamente determinada pela legislação. Ou seja, à primeira vista, não poderia haver terreno mais árido e infértil para a vontade do particular do que o terreno do ato administrativo.

No entanto, o Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, que aprovou o novo Código de Procedimento Administrativo (doravante CPA), dá sinais de uma opinião contrária. Em diversas passagens, o referido diploma demonstra uma

preocupação em formular um procedimento administrativo mais democrático, inclusivo do particular e da sua vontade, deixando de tratá-lo como mero objeto do procedimento<sup>2</sup>. Isto revela que o legislador considera que a vontade do particular tem sempre alguma relevância para o procedimento, mesmo no caso do procedimento do ato administrativo, relativamente ao qual, face ao que foi dito acima, se poderia pensar ser completamente alheio à vontade dos sujeitos privados.

Porém, se a vontade do particular tem sempre alguma relevância no procedimento do ato administrativo, qual a extensão dessa relevância? Haverá casos em que a vontade do particular é fundamental para o ato administrativo, tal como nos contratos e ao contrário do que uma primeira impressão poderia fazer crer? Ou a vontade privada nunca é imprescindível? E, para além de tudo isto, caso a vontade privada seja relevante, de que forma essa relevância é exercida ao longo do procedimento? É justamente a estas perguntas que o presente escrito procura responder, investigando, assim, a dimensão da relevância do particular no procedimento do ato administrativo.

Contudo, antes de nos debruçarmos exclusivamente sobre o objeto investigado, é importante fazer alguns esclarecimentos acerca da sua delimitação, com o fim de melhor clarificá-lo. Nessa linha, entendemos que a análise da relevância da vontade do particular no procedimento do ato administrativo pode ser realizada a partir de três óticas distintas, as quais nomeamos de relevância estatística, relevância sociológica e relevância dogmática.

A relevância estatística, como o próprio nome antecipa, permite compreender, matematicamente, o quão importante é a participação do particular no quotidiano da Administração Pública. São muitas as perguntas que, sendo bastante esclarecedoras da atuação dos entes públicos, somente podem ser respondidas através de estudos estatísticos: dos factos que instruem os procedimentos administrativos portugueses, quantos por cento, em média, são obtidos através do particular?; e qual a percentagem daqueles obtidos unilateralmente através da Administração?; ao mapear as decisões administrativas, é possível perceber que a maioria dos fundamentos utilizados foi apresentada pelos particulares participantes ou pelo próprio ente público? Estas são apenas algumas das várias perguntas possíveis e que são essenciais para compreender o quanto a vontade dos particulares é faticamente decisiva no agir administrativo português. Inclusive, tal mapeamento estatístico já é relativamente comum no que toca à atuação dos Tribunais<sup>3</sup>, não havendo motivos para não utilizar a técnica na compreensão da

---

2. São vários os trechos que revelam tal preocupação, sendo bastante exemplificativo aquele em que o legislador explica que no capítulo II, da parte III (“Da relação jurídica procedimental”), “a partir de uma visão mais moderna do direito administrativo, se procede à identificação dos sujeitos da relação jurídica procedimental, **reconhecendo o paralelismo entre particulares e Administração, como simultâneos titulares de situações jurídicas subjectivas** que disciplinam as situações da vida em que ambos intervêm no âmbito do procedimento administrativo”.

3. No Brasil, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promove estudos anuais sobre a prestação jurisdicional do país, condensando uma importante base de dados acerca da quantidade de processos, eficiência dos diferentes órgãos judiciais, taxas de deferimento

atuação jurídica do poder executivo.

O que nomeamos de relevância sociológica, por sua vez, trata de aspetos da sociedade ocidental contemporânea que tornam a vontade do particular algo significativo para a atuação da Administração. A passagem de um Estado liberal, onde a interferência da Administração era diminuta, para o chamado Estado Social, onde a atuação da Administração é ampla, por exemplo, impõe ao poder Executivo a necessidade de conhecer com mais profundidade os vários e diferentes interesses dos particulares, em uma mútua colaboração, permanente e duradoura<sup>4</sup>. Ademais, a sociedade contemporânea não mais se contenta com a mera participação indireta, referente à eleição dos seus representantes, exigindo uma participação direta na atuação dos entes públicos. Em suma, são vários os aspetos políticos e sociais que tornam necessário ao procedimento administrativo ocidental comunicar-se com os particulares de maneira menos autoritária e mais dialógica, conferindo à vontade dos sujeitos privados o que optamos por chamar de relevância sociológica.

Por fim, o que referimos por relevância dogmática é o valor da vontade do particular no procedimento do ato administrativo aferido através dos diplomas normativos. Ao analisar, por exemplo, a necessidade de participação dos particulares para a emissão de um ato administrativo válido é possível dimensionar o quanto a vontade dos privados é prescindível, ou imprescindível, para a atuação dos entes públicos. Além disso, o próprio regime jurídico desta participação dos particulares permite vislumbrar diferentes limites à intervenção do particular no agir administrativo: ao situar o tratamento conferido pela legislação num espectro que vá desde a possibilidade de intervenção total no conteúdo e forma de obtenção do ato administrativo até à impossibilidade de qualquer intervenção em ambos os aspetos, é possível compreender como a vontade do particular se torna relevante para o procedimento, assim como quão significativa ela pode ter sido na obtenção do produto final do mesmo, que nada mais é do que o próprio ato.

De facto, julgamos que só uma análise que englobe todas as três óticas *supra*

---

e indeferimento em determinadas classes processuais. O mais recente desses relatórios pode ser encontrado em: «<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb-79337945c1dd137496c.pdf>». E tal tipo de pesquisa não é uma iniciativa isolada, encontrando-se estudos análogos em vários lugares do globo, inclusive em Portugal, onde recentemente o observatório permanente da justiça do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra produziu o relatório “Justiça e eficiência: o caso dos tribunais administrativos e fiscais”, o qual pode ser consultado através do seguinte link: «[http://opi.ces.uc.pt/site/novo/ficheiros/justica\\_adm/relatorio\\_justica\\_e\\_eficiencia\\_taf\\_23\\_05\\_2017.pdf](http://opi.ces.uc.pt/site/novo/ficheiros/justica_adm/relatorio_justica_e_eficiencia_taf_23_05_2017.pdf)». E para além destes relatórios produzidos, na sua grande maioria, por órgãos governamentais e/ou com fins de gestão pública, há uma plêiade de trabalhos académicos que utilizam métodos matemáticos na análise da atuação dos tribunais, entre os quais merecem destaque: D. W. ARGUELHES e I. A. HARTMANN, “Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court’s Agenda”, *Journal of Law and Courts*, V. 5, n.º 1, 2017, pp. 105-140; E. LEE et. al., *The Supreme Court compendium: data, decisions, and developments*, 6.ª ed., Washington D.C., CQ Press, 2015.

4. V. M. P. D. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, reimpr., pp. 71-99.

enumeradas será capaz de esgotar o tema da relevância da vontade do particular no procedimento administrativo. No entanto, como dito anteriormente, o objetivo da presente investigação não é esgotar completamente o tema, mas apenas dimensionar, “quantificar”, a relevância da vontade do sujeito privado na emissão de atos administrativos em solo português. Por isto, o estudo da relevância sociológica revela-se impertinente: o tratamento do tema a partir desta ótica visa compreender as razões, o porquê de a vontade dos particulares ter alguma valia para o procedimento administrativo, possuindo, assim, um viés mais especulativo; por sua vez, dimensionar a relevância que a vontade do particular atualmente possui no procedimento administrativo envolve uma investigação mais descritiva, focada em meramente relatar como o procedimento administrativo ocorre, identificando eventuais intervenções do particular, para, a partir daí, “quantificar” essa importância mediante a análise do quão importante se revelou, para o ato administrativo emitido no fim do procedimento, a vontade dos sujeitos privados comunicada nestas intervenções. Desta maneira, com o fito de evitar confusões metodológicas, este trabalho não versará sobre a relevância sociológica<sup>5</sup>. Assim como também não tratará da relevância estatística. Embora tal tipo de investigação revista igualmente um viés descritivo, sendo compatível com o método do presente trabalho, a compreensão da relevância estatística demanda uma infraestrutura de pesquisa que, infelizmente, não possuímos, pelo que é preciso renunciar a tal tipo de análise, sob pena de desenvolver um estudo irresponsável e pouco produtivo.

Deste modo, o presente texto versa acerca da relevância da vontade dos particulares no procedimento do ato administrativo apenas sob a ótica dogmática. Ou seja, focar-nos-emos em dimensionar a relevância da vontade dos particulares na produção de atos administrativos exclusivamente através dos diplomas normativos portugueses.

Esclarecidas tais questões, voltemo-nos unicamente sobre os problemas que motivam o presente escrito, quais sejam: quão relevante a vontade dos particulares é para o procedimento do ato administrativo em Portugal?; e de que maneira essa relevância se expressa?

## **2. A dimensão constitucional da relevância dogmática da vontade dos particulares no procedimento do ato administrativo**

Qualquer investigação dogmática precisa de ser iniciada a partir de uma compreensão constitucional do problema investigado, mesmo que eventualmente se venha a concluir que a constituição não prescreve conteúdos relevantes no

---

5. Caso se tenha despertado o interesse do leitor por tal tipo de abordagem, as seguintes obras discutem os pontos acima sintetizados, além de apresentar outros importantes desenvolvimentos, constituindo uma pertinente bibliografia introdutória: J. B. MACHADO, *Participação e descentralização. Democratização e neutralidade na constituição de 76*, 1.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Almedina, 1982; e M. S. MORÓN, *La participación del ciudadano en la administración pública*, 1.<sup>a</sup> Ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

que toca à matéria – o que não é o caso do presente trabalho, ressalte-se. Em razão de o texto constitucional se encontrar hierarquicamente acima dos demais diplomas normativos estatais que venham a regular o assunto com maior riqueza de detalhes, tais como eventuais códigos e leis especiais, ao perceber a dimensão constitucional da questão estudada é possível verificar se existem direitos e deveres que fogem à esfera de disposição dos diplomas normativos inferiores<sup>6</sup>. E, caso eles existam, será possível afirmar a sua exigibilidade independentemente de previsão expressa pela legislação hierarquicamente inferior, ou até mesmo contra previsão expressa que, embora exista, contrarie a diretriz regulatória estabelecida pela constituição. Ou seja, o estudo dogmático que ignora a dimensão constitucional do problema analisado e procura os seus fundamentos apenas nos diplomas normativos infraconstitucionais corre o risco de afirmar teses inconstitucionais e, portanto, erradas. Como não desejamos cometer este equívoco, começaremos por analisar a relevância da vontade dos particulares no procedimento do ato administrativo à luz da Constituição da República Portuguesa (de agora em diante CRP).

Pois bem, como dito, este não é um dos casos em que a Constituição não faz prescrições pertinentes para a compreensão da matéria investigada. Inclusive, tamanha é a importância da CRP para a adequada análise da matéria que um dos seus princípios norteadores, como explica JORGE MIRANDA<sup>7</sup>, é o princípio da democracia participativa, o qual procura/visa integrar os administrados no exercício das funções administrativas do Estado, com o fim de tornar mais eficiente a atuação pública e efetivar com maior intensidade o ideal democrático. Vários dispositivos refletem tal preocupação principiológica, sendo possível encontrar o ideal de administração participada na saúde (n.º 4, artigo 64.º, da CRP), no ensino público (artigo 77.º, da CRP), entre outras manifestações.

Dentre estas várias manifestações do princípio da democracia participativa, a que se revela mais significativa para a presente investigação é a presente no artigo 267.º da CRP, que dá luz ao fenómeno da participação dos interessados na gestão efetiva dos serviços administrativos (n.º 1) e nas decisões que lhes digam respeito (n.º 4)<sup>8</sup>: mediante o referido dispositivo legal, a Constituição prescreve o direito dos particulares intervirem no processo de decisão administrativa, seja enquanto meros indivíduos, seja enquanto grupos socialmente organizados, e tanto para defender-se do provável ato futuro, quanto para colaborar na sua produção<sup>9</sup>.

No entanto, tal direito à participação carece de uma certa densificação, que deve ser feita – e tem sido feita –, primordialmente, pela jurisdição constitucional<sup>10</sup>,

---

6. H. KELSEN, *Teoria pura do direito*, 8.ª Ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009, pp. 246-249.

7. J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II-4, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 480-481.

8. P. OTERO, *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 262.

9. P. OTERO, *Conceito*, pp. 265-273.

10. J. M. SÉRVULO CORREIA, “Procedimento equitativo e direito de participação procedi-

e, a caráter complementar, pela legislação infraconstitucional. Uma série de questões relacionadas à efetividade deste direito dos particulares à intervenção no procedimento administrativo não é resolvida expressamente pela CRP. O referido dispositivo constitucional, por exemplo, não trata expressamente sobre o momento do procedimento em que a intervenção dos particulares deve acontecer, questão esta que, ao contrário do que parece, não é insignificante, mas antes possui papel fulcral na compreensão da função e dos limites desta intervenção<sup>11</sup>. Ademais, não é possível verificar na CRP qualquer previsão legal expressa que indague conciliar, por exemplo, o direito dos particulares a intervir no procedimento administrativo e a necessidade de uma condução célere do mesmo; o direito à participação no procedimento não deve ser compreendido como um direito absoluto, sendo necessário condicionar o seu exercício, sob pena de prejudicar a prossecução do interesse público<sup>12</sup>, fim último do procedimento administrativo, necessidade esta que a simples leitura do texto constitucional não permite suprir. Esta ausência de densificação, inclusive, é reconhecida pelo próprio n.º 5, artigo 267.º, da CRP, o qual prescreve, na sua primeira parte<sup>13</sup>, a necessidade de edição de lei especial acerca do processamento da atividade administrativa.

E justamente em razão desta ausência de densificação a CRP torna-se um diploma que, apesar de fundamental, é insuficiente para compreender na sua totalidade a relevância dogmática que a vontade dos particulares possui no procedimento do ato administrativo. A leitura do texto do artigo 267.º, da CRP, torna claro que os particulares possuem um direito a intervir nos procedimentos administrativos, o qual foge da esfera de livre disposição das legislações infraconstitucionais e, portanto, será exigível ainda que os diplomas normativos inferiores não o prescrevam ou até mesmo o reneguem. No entanto, o tratamento conferido à matéria não permite asseverar, a título de exemplo, qual o grau de relevância que esta intervenção da vontade do particular poderá ter sobre o conteúdo do ato; assim como não torna possível perceber se a vontade privada é essencial para o ato ou se, caso a Administração a ignore, não permitindo ao particular intervir no procedimento, o ato seguirá válido e produzindo efeitos normalmente, revelando uma completa prescindibilidade da vontade dos sujeitos privados.

Isto porque acreditamos que existem duas maneiras de dimensionar a relevância da vontade do particular no procedimento do ato administrativo. A primeira delas é verificar se a vontade do sujeito privado possui uma função coconstitutiva ou uma função dialógica no procedimento: ela assumirá uma função coconstitutiva quando a paridade entre a vontade da Administração e a vontade do particular

---

mental”, In E. VERA-CRUZ PINTO et. al. (coord.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, IV, 1ª Ed., Coimbra, 2012, Coimbra Editora, pp. 426-427.

11. Demonstrando uma relação direta entre a fase procedimental em que o particular intervém e a finalidade da sua intervenção: D. DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, 1.ª Ed., Coimbra, 1996, Almedina, pp. 120-125.

12. J. B. MACHADO, *Participação*, pp. 43-45.

13. “5. **O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial**, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito”.



for tal que a intervenção dos sujeitos privados configura um elemento essencial para a existência ou eficácia do produto do procedimento administrativo<sup>14</sup>; por sua vez, falar-se-á numa função dialógica quando a intervenção do particular e ponderação da sua vontade se revelarem importantes para uma adequada concretização do almejado interesse público, na medida em que permitirão ao ente público conhecer factos e valorações antes só conhecidos pelos sujeitos privados<sup>15</sup>. Nessa linha, é evidente que na intervenção coconstitutiva a vontade do particular assume uma maior relevância – que nomearemos de relevância coconstitutiva –, dada a sua imprescindibilidade para o ato administrativo produto do procedimento, enquanto na intervenção dialógica a vontade do particular possui uma relevância incontestavelmente menor – que designaremos de relevância instrumental –, tendo em vista a dispensabilidade da sua presença para o produto final do procedimento. Assim, identificar as diferentes formas de intervenção do particular e classificá-las em coconstitutivas ou dialógicas torna-se primordial para a presente investigação, pois permitirá compreender os distintos graus de relevância dogmática que a vontade dos sujeitos privados pode assumir no procedimento do ato administrativo. Porém, a referida ausência de densificação do direito a intervir no procedimento, prescrito pelo artigo 267.º, faz com que inexistam caracteres normativos suficientes na CRP para identificar e classificar em coconstitutivas ou dialógicas todas as possíveis formas de intervenção do particular no procedimento administrativo.

O mesmo ocorre no que cremos ser a segunda forma de aferir a relevância da vontade do particular no procedimento do ato administrativo. É plenamente coerente com o texto constitucional uma intervenção do particular destinada a participar da própria determinação do conteúdo do ato administrativo vindouro, lado a lado com a Administração, podendo falar-se numa relevância primária. Não há nenhuma norma constitucional que proíba tal hipótese. Mas também é igualmente concebível, à luz das regras da CRP, uma intervenção privada que signifique apenas uma participação indireta na determinação do conteúdo do ato administrativo futuro, ao colaborar, por exemplo, para a fixação das premissas fáticas que influenciarão o conteúdo do ato administrativo, embora este continue a ser exclusivamente determinado pela Administração, o que optamos por chamar de relevância secundária. Como se percebe, o texto pouco densificado da CRP dá margem a diferentes possibilidades de intervenção. E, se aqui é igualmente notório que, em cada situação, a vontade do particular possuirá diferentes graus de relevância – maior no caso da relevância primária e menor no caso da relevância secundária –, também é verdade que o texto da CRP não nos consente identificar e classificar os momentos em que a vontade do particular terá uma relevância primária ou secundária.

Há apenas uma exceção a este panorama geral de indeterminação, onde, embora o texto da CRP não seja suficiente para identificar se, nesta forma de intervenção,

---

14. P. OTERO, *Direito do procedimento administrativo*, I, 1.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, reimpr., p. 572.

15. J. M. SÉRVULO CORREIA, “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, *Legislação: cadernos de ciência de legislação*, n.º 9/10, 1994, pp. 149-150.

a vontade do particular possui uma relevância primária ou secundária, é bastante para concluir que a vontade possui uma relevância coconstitutiva. A leitura sistemática da CRP revela um mandamento constitucional implícito que confere uma função coconstitutiva à intervenção do particular e à ponderação da sua vontade em determinadas hipóteses: o princípio do procedimento equitativo. Em virtude de tal princípio – decorrente do princípio da justiça e da previsão expressa pela CRP dos subprincípios que o compõem, quais sejam, os princípios da informação, fundamentação, notificação e participação –, sempre que o procedimento administrativo envolver a possibilidade de consequências sancionatórias, ablativas de propriedade privada, ou lesivas de uma liberdade, é essencial garantir a intervenção dos destinatários da decisão e a efetiva ponderação, por parte da Administração, das suas vontades<sup>16</sup>. O que, por sua vez, constitui um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias<sup>17</sup>, cuja exigibilidade, portanto, não depende de prescrição expressa pelo legislador infraconstitucional<sup>18</sup>. E, em virtude do alto estatuto deste direito, o ato administrativo que importar o seu desrespeito será nulo, e não apenas anulável, independentemente do que prescreva a legislação infraconstitucional<sup>19</sup>. Por seu turno, ao ser capaz de provocar a nulidade do ato, a vontade do particular, nestes procedimentos potencialmente prejudiciais, condiciona o próprio exercício do poder de decidir possuído pela Administração, visto que, sem a audição e ponderação da vontade do sujeito privado, o ato a ser produzido não possuirá qualquer eficácia. A vontade do particular terá, assim, uma relevância coconstitutiva, já que essencial para a produção de efeitos jurídicos.

Desta feita, a análise da dimensão constitucional do objeto ora investigado demonstra que: 1) embora a CRP prescreva que a vontade do particular deve possuir alguma relevância no procedimento administrativo, a qual pode ser maior (coconstitutiva e/ou primária) ou menor (instrumental e/ou secundária), ela não fornece caracteres normativos suficientes para identificar e aferir o grau de relevância de todas as possíveis hipóteses de intervenção do particular no procedimento; 2) há apenas uma exceção a esta situação, pois naquelas intervenções que ocorram em procedimentos potencialmente prejudiciais para o particular, elementos normativos constitucionais, em especial o princípio do procedimento equitativo, são suficientes para que se possa afirmar que a vontade do particular, nestes casos, possui uma função coconstitutiva, atribuída diretamente pela CRP; 3) ficando ao livre dispor do legislador infraconstitucional decidir o grau de relevância de que a vontade dos particulares gozará nas demais hipóteses de intervenção.

---

16. P. OTERO, *Direito*, pp. 75-82.

17. P. OTERO, *Direito*, p. 574.

18. Cfr. n.º 1, artigo 18º, da CRP.

19. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 5.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 335-336.

### 3. A dimensão infraconstitucional da relevância dogmática da vontade dos particulares no procedimento do ato administrativo

Diante desta ausência de densificação, cabe analisar a legislação infraconstitucional, em especial o CPA, que regula de maneira ampla o procedimento do ato administrativo, aplicando-se inclusive aos procedimentos especiais<sup>20</sup>. Com isto identificaremos os diferentes graus de relevância que a vontade do particular é suscetível de assumir no procedimento do ato administrativo.

E, para tanto, intentamos analisar a legislação infraconstitucional com dois enfoques, quais sejam, o regime de invalidade dos atos administrativos e o regime jurídico das diferentes espécies de intervenção do particular no procedimento do ato administrativo (participação na instrução procedimental; audiência prévia; consulta pública; acordos endoprocedimentais; e participação na atribuição de efeitos ao ato administrativo).

No que se refere à compreensão do regime de invalidade, a sua pertinência para a presente investigação resulta de dois fatores. O primeiro deles é que perceber a censura jurídica que o Estado confere àqueles atos que foram emitidos sem o prévio diálogo da Administração com a vontade do particular, quando a lei prescreve esse dever, permite aferir, de maneira ampla, o grau de relevância dogmática que o Estado acredita que a vontade do particular deve possuir no procedimento do ato administrativo. Como explica PAULO OTERO<sup>21</sup>, a existência de diferentes desvalores jurídicos revela que as normas vinculam a Administração com distintos graus de intensidade, sendo possível concluir que a inclusão de uma violação no regime da anulabilidade demonstra uma preocupação menor do Estado com o desrespeito dos limites impostos pelo legislador, enquanto que a inclusão da violação no regime da nulidade revela uma maior preocupação do Estado com a vinculação da atuação administrativa. Assim, perceber a qual regime estão sujeitos os atos administrativos emitidos com violações ao direito de intervenção também é útil para aferir o grau de relevância dogmática que o Estado, de maneira ampla, confere à vontade do particular no procedimento do ato administrativo.

Além disto, a análise do regime de invalidade é crucial para verificar se a intervenção do particular tem uma relevância coconstitutiva no procedimento. Em termos de procedimento do ato administrativo, nunca caberá falar que a intervenção do particular teve uma função coconstitutiva por ter sido essencial para a existência do ato<sup>22</sup>, pois a vontade do sujeito privado nunca é essencial para a existência de um ato administrativo. Como se sabe, os elementos constitutivos dos atos administrativos são apenas o autor do ato, que é o órgão administrativo que o emitiu, e o seu conteúdo, que incorpora o objeto e o destinatário<sup>23</sup>, sendo

---

20. Cfr. n.º 5, artigo 2.º, do CPA.

21. P. OTERO, *Direito*, pp. 613-614.

22. Como explicado ao longo do tópico 2.1 do presente trabalho, a intervenção do particular será coconstitutiva sempre que ela for necessária ou para a própria **existência** do resultado final do procedimento, ou para que o produto final do procedimento gere efeitos jurídicos (**eficácia**).

23. M. AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: O novo regime do Cód-*

a vontade do particular irrelevante para a existência do ato. Desta feita, quando se analisa o procedimento do ato administrativo, só é possível verificar se a vontade do particular tem uma função coconstitutiva observando a sua (im) prescindibilidade na eficácia do ato. Neste momento, analisar o regime de invalidades torna-se imperial: se a ausência de intervenção do particular no procedimento tornar o ato nulo, este nunca poderá gerar efeitos, de modo que a vontade do sujeito privado revelou-se imprescindível para a eficácia do ato, sendo, portanto, coconstitutiva; mas, se a vontade do particular não for de forma alguma relevante na verificação da possível nulidade do ato, por consequência, também não possuirá qualquer relevância na eficácia do ato, pelo que não haverá de se falar em relevância coconstitutiva.

A compreensão do regime de invalidade, então, possibilita-nos ter uma primeira impressão do grau de relevância dogmática que a vontade do particular pode possuir no procedimento do ato administrativo. Porém, como dito, é apenas uma primeira impressão: o estudo do regime de invalidade não nos consente, por exemplo, concluir se a vontade do particular de facto colaborou para a concretização do interesse público, encerrando, assim, uma relevância instrumental; como também não é útil para aferir se o sujeito privado participou da determinação do conteúdo do ato de maneira direta (relevância primária), ou apenas indireta (relevância secundária). E, justamente por isto, a análise do regime de invalidade precisa de ser complementada pelo estudo dos regimes jurídicos de cada uma das formas de intervenção do particular.

As formas de intervenção dos sujeitos privados no procedimento do ato administrativo detêm finalidades diferentes, as quais levam a distintos graus de relevância da vontade do particular no ato administrativo emitido ao fim do procedimento. A título de exemplo, dentre as várias formas de intervenção previstas no CPA, é possível verificar a intervenção do particular com o fim de fazer uma colaboração técnica que influencie as premissas fáticas da atuação administrativa. Mas também é possível imaginar uma intervenção do particular destinada a, por intermédio de um contrato, pactuar com a Administração o conteúdo do ato discricionário que o procedimento visa emitir. Como se percebe, são espécies de intervenção com finalidades completamente distintas, o que faz com que a vontade dos particulares assumam diferentes graus de relevância em cada um dos casos exemplificados. No último deles, a relevância da vontade do particular para o procedimento é altíssima, tendo em vista que, em conjunto com a vontade da administração, foi capaz de determinar o próprio conteúdo do ato administrativo (relevância primária); já no primeiro caso, a relevância da vontade do particular é menor, pois apenas indiretamente poderá vir a determinar o conteúdo do ato. Ou seja, entender a finalidade de cada uma das espécies de intervenção é fundamental para aferir os diferentes graus de relevância que a vontade do particular pode adotar no procedimento administrativo. E a compreensão destas distintas finalidades só é possível através do exame dos regimes jurídicos de cada forma de intervenção: descortinar a fase do procedimento onde a intervenção ocorre e com que deveres ela se relaciona, por

---

*go do Procedimento Administrativo*, 3.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 262-263.

exemplo, é bastante esclarecedor do fim almejado pela legislação ao positivar aquela espécie de intervenção, como adiante melhor se verá.

### *3.1. O regime jurídico das formas de intervenção do particular no procedimento administrativo*

#### *(A) A participação dos particulares na instrução procedimental*

A fase instrutória é a primeira das fases do procedimento, sendo inegável que possui estrita relação com a recolha de dados e factos relevantes para a matéria a ser decidida, até mesmo em razão da própria abordagem que o CPA faz deste momento do procedimento, tratando dos aspectos relativos à prova justamente na seção III, do capítulo II, nomeada “da instrução”. Porém, tal recolha de dados e factos não deve ser compreendida como a função principal desta fase do procedimento, na qual os particulares podem participar tanto por iniciativa própria<sup>24</sup>, quanto por solicitação do responsável pelo procedimento<sup>25</sup>. Como explica Machete<sup>26</sup>, a instrução procedimental diferencia-se da instrução processual justamente por não ter uma função essencialmente probatória, pois, mais do que conhecer provas, intenta conhecer os diversos interesses particulares envolvidos no procedimento para melhor concretizar o interesse público.

Diante da dificuldade de antecipar, de maneira abstrata, qual é o interesse público em cada situação concreta, é necessário garantir um momento do procedimento onde os vários interesses envolvidos na questão a ser decidida possam ser verificados pela Administração, com o fim de, mediante a sua confrontação, se poder concretizar de maneira mais efetiva o conteúdo do interesse público perseguido. Sendo preferível que estes vários interesses sejam introduzidos pelos seus próprios titulares, ao invés de pela Administração, para que se evite uma seleção prévia dos interesses pelo órgão decisor, o que pode levar, *v.g.*, ao descarte de interesses pertinentes apenas por serem desfavoráveis ao ente administrativo<sup>27</sup>.

E é fundamental, para a presente investigação, entender esta teleologia da fase instrutória, pois é apenas com vista a esta finalidade de concretização do interesse público mediante o conhecimento dos interesses privados que a vontade do particular possui alguma relevância para a Administração neste momento procedimental. Isto fica evidente quando o CPA prescreve aos particulares a

---

24. Cfr. artigo 116.º, do CPA.

25. Cfr. artigo 117.º, do CPA.

26. P. MACHETE, “A correlação entre a relação jurídica procedimental e a relação substantiva – Uma primeira leitura das normas do novo Código do Procedimento Administrativo sobre a participação dos interessados no procedimento do ato administrativo”, In C. AMADO GOMES, A. F. NEVES e T. SERRÃO (coord.), *Comentários ao novo código do procedimento administrativo*, II, 2ª Ed., Lisboa, AAFDL, 2016, p. 144.

27. P. MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, 1.ª Ed., Lisboa, 1995, Universidade Católica Editora, pp. 91-93.

observação de um dever genérico de boa-fé e cooperação<sup>28</sup>, com o fito de impedir que os sujeitos privados intervenham no procedimento informando factos falsos, ou requerendo diligências protelatórias<sup>29</sup>, por exemplo, o que em nada colaboraria com a melhor delineação do interesse público. Pela mesma razão o princípio do inquisitório faz-se presente no procedimento administrativo<sup>30</sup>: tendo em vista a possibilidade de o particular participar do procedimento não com um viés de colaboração na busca do interesse público, mas com uma ótica egoísta de mera defesa dos seus interesses, carecendo de uma perspetiva global, o responsável pelo procedimento pode proceder a qualquer diligência que se revele necessária, inclusive obrigando o particular a determinadas condutas, que só serão recusáveis em situações excepcionais<sup>31</sup>.

Ademais, é evidente que, ao participar da instrução do procedimento, o particular colabora para a definição do conteúdo do ato administrativo a ser produzido. Porém, essa colaboração é apenas indireta, dado que a vontade do sujeito privado não possuirá o condão de determinar o próprio conteúdo do ato, ela apenas colaborará para a fixação das premissas utilizadas pela Administração no processo decisório.

Ou seja, a análise do regime jurídico da participação do particular durante a instrução procedimental demonstra que esta é a intervenção com função dialógica por excelência, uma vez que se destina exclusivamente a colaborar com a Administração na procura da melhor concretização do interesse público. Assim, a vontade do particular, nesta fase procedimental, possui apenas uma relevância instrumental, visto que condicionada à colaboração na prossecução do interesse público, e secundária, pois apenas indiretamente poderá determinar o conteúdo do ato administrativo vindouro, ao colaborar para a fixação das premissas da decisão.

Isto segundo a mera análise jurídica do regime jurídico desta forma de intervenção, ressalte-se. O que torna este um diagnóstico parcial, que só levará a um diagnóstico final quando complementado pelo estudo do regime de invalidade, como anteriormente explicado.

#### *(B) A audiência dos interessados*

A audiência dos interessados constitui o momento de audição do particular acerca do projeto de decisão que o órgão responsável acredita que irá tomar ao fim do procedimento<sup>32</sup>, o que poderá ocorrer de forma escrita ou oral, escolha que fica a cargo da Administração<sup>33</sup>, exceto nos casos em que a audiência ocorra

---

28. Cfr. artigo 60.º, do CPA.

29. M. AROSO DE ALMEIDA, *Teoria*, p. 113.

30. P. MACHETE, *A correlação*, p. 143.

31. Cfr. artigo 117.º, do CPA.

32. Cfr. n.º 1, artigo 121.º, do CPA.

33. Cfr. n.º 1, , artigo 122.º, do CPA.

em durante a conferência procedimental, situação em que deverá ser realizada necessariamente de forma oral, sendo concedido ao particular o direito de apresentar alegações escritas que integrarão anexo da ata da sessão<sup>34</sup>.

Esta fase do procedimento tem como finalidade essencial o estabelecimento do contraditório, assumindo assim uma função essencialmente garantística, de defesa dos interesses dos particulares perante a Administração. Aquilo é algo que se torna claro quando, v.g., o CPA prescreve o direito do particular de ter acesso a todos os elementos necessários para uma completa compreensão da provável decisão da Administração<sup>35</sup>, visando assim que o sujeito privado possa, de fato, exercer o contraditório perante o órgão decisor, contra-argumentando de maneira pontual as suas teses fundantes e pressupostos fáticos, e não apenas gozar de um direito cujo exercício acaba por ser tão faticamente limitado que conduz a um contraditório que, de tão vago e generalista, teria a sua função garantística completamente esvaziada<sup>36</sup>. A teleologia garantística da audiência dos interessados também fica evidente ao ser concedida à Administração a possibilidade de não realizar a audiência quando os elementos do procedimento conduzirem a uma decisão favorável aos interessados<sup>37</sup>; ao reconhecer a desnecessidade de audiência quando não há risco de violação dos interesses dos particulares, o CPA apenas reforça o caráter garantístico do instituto<sup>38</sup>.

Tal finalidade de promover o contraditório também constitui a Administração no dever de ponderar, na fundamentação da decisão final, os argumentos apresentados pelo particular, pormenorizando as razões pelas quais eles não foram aceites<sup>39</sup>. Afinal, o contraditório não se concretiza com a mera concessão de um momento durante o qual o particular se possa manifestar, o contraditório configura-se na medida em que, para além da existência deste momento, as razões apresentadas pelo particular sejam efetivamente ponderadas pela Administração, instaurando-se um verdadeiro diálogo<sup>40</sup>. Todavia, isto não significa que o órgão decisor esteja obrigado a ponderar todos os interesses veiculados pelo particular, ao contrário, pode a Administração ignorar aqueles argumentos de manifesta irrelevância<sup>41</sup> para o procedimento<sup>42</sup>.

E a análise de tal regime jurídico, por sua vez, demonstra que a vontade do particular, manifestada através da audiência dos interessados, também tem uma relevância instrumental. Embora a audiência dos interessados faça alusão a um

---

34. Cfr. n.º 1, artigo 80.º, do CPA.

35. Cfr. n.º 2, artigo 122.º, do CPA.

36. D. FREITAS DO AMARAL, “O novo código do procedimento administrativo”, In, *O código do procedimento administrativo*, 1ª Ed., Lisboa, Centro de Estudos – Instituto Nacional de Administração, 1992, p. 35.

37. Cfr. alínea f), n.º 1, artigo 124.º, do CPA.

38. M. AROSO DE ALMEIDA, *Teoria*, p. 122.

39. D. FREITAS DO AMARAL, *O código*, p. 36.

40. C. A. SUNDFELD, “Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão”, *A&C revista de direito administrativo e constitucional*, Ano 3, n.º 11, 2003, pp. 46-47.

41. Para uma melhor delimitação de quais seriam os interesses manifestamente irrelevantes, ver: D. DUARTE, *Procedimentalização*, pp. 403-409.

42. P. MACHETE, *A Audiência*, pp. 503-504.

contexto de oposição entre a vontade do particular e a vontade da administração, dada a ideia de contraditório e a sua finalidade garantística, isso não significa que a vontade privada aí manifestada não tenha relevância para a concretização do interesse público, até porque este não se confunde com a vontade da Administração. O interesse público é composto por uma face positiva, chamemos-lhe assim, que compreende a identificação das necessidades coletivas<sup>43</sup>, mas também uma face negativa, que procura não sacrificar em demasia os interesses privados, de modo a que a supremacia do interesse público não configure uma verdadeira agressão à esfera particular do indivíduo<sup>44</sup>. Desta maneira, se a participação dos particulares na fase instrutória tem grande relevância para concretizar o interesse público na sua face positiva, o contraditório que caracteriza a audiência dos interessados é essencial para concretizar o interesse público na sua face negativa. Porém, daqui também não se deve concluir que a vontade do particular, nesta fase procedimental, tem sempre e apenas uma relevância instrumental, pois – correndo o risco de nos tornarmos repetitivos – a compreensão da relevância dogmática não se esgota na análise do regime jurídico, sendo preciso também abarcar o regime de invalidade dos atos administrativos, como mais adiante se demonstrará.

Além disto, tal como ocorre na fase instrutória, a vontade do particular aqui terá igualmente apenas uma relevância indireta sobre o conteúdo do ato administrativo a ser produzido, na medida em que também não determinará o próprio conteúdo do ato, mas apenas colaborará na sua produção ao forçar o órgão decisor a ponderar acerca de determinados aspetos relevantes.

### *(C) A consulta pública*

A intervenção do particular mediante consulta pública, no procedimento do ato administrativo, constitui uma espécie subsidiária de intervenção, a qual só ocorrerá quando a quantidade de interessados for tão numerosa que a realização de audiência seja impraticável<sup>45</sup>.

Por ser uma forma de intervenção através da qual se intenta substituir a audiência dos interessados, atendendo às mesmas finalidades, tudo o que foi dito acerca da vontade do particular manifestada através da audiência se aplica à vontade do particular veiculada através da consulta pública. Por isto, a vontade do particular, aqui, também possui uma relevância instrumental e secundária.

Em consequência, cabe apenas fazer algumas observações quanto à realização da consulta pública. Isto porque o CPA não disciplina de maneira mais pormenorizada como esta consulta deverá ocorrer, prescrevendo apenas o dever de que ela

---

43. P. OTERO, *Direito*, p. 64.

44. G. BINEMBOJM, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo”, *Revista de direito administrativo*, Vol. 239, 2005, pp. 1-31.

45. Cfr. alínea d), n.º 1, artigo 124.º, do CPA.



aconteça “pela forma mais adequada”. Porém, dada a sua natureza subsidiária em relação à audiência dos interessados, é razoável concluir que a “forma mais adequada” compreende o respeito pelos mesmos direitos de que disporia o particular se fosse realizada a audiência, o que, em bom rigor, significa que: 1) o órgão decisor tem o dever de notificar todos os interessados no procedimento acerca da realização da consulta<sup>46</sup>; 2) os particulares consultados têm o direito a conhecer o projeto de decisão e todos os elementos necessários para a sua adequada compreensão<sup>47</sup> antes da realização da consulta<sup>48</sup>; 3) a consulta deve garantir aos particulares a possibilidade de se pronunciarem sobre quaisquer aspetos que eles considerem relevantes<sup>49</sup>, o que desde logo torna inadequada uma consulta que se baseie exclusivamente em modelos binários de resposta, tais como sim/não, ou concordo/discordo.

A observância de tais direitos é essencial para que a vontade do particular possua a mesma relevância dogmática que possuiria em caso de realização de audiência dos interessados, o que é o desiderato do CPA, manifestado ao prescrever a necessidade de a consulta pública ser realizada da forma adequada.

#### *(D) Os acordos endoprocedimentais*

Os acordos endoprocedimentais constituem uma espécie de intervenção do particular algo diferente das demais até agora enumeradas. Enquanto as espécies anteriores configuram uma participação do particular através de uma intervenção no curso do próprio procedimento, os acordos endoprocedimentais caracterizam uma participação paralela ao procedimento administrativo, realizada com o fim de pactuar os seus termos, ou até o conteúdo do ato administrativo vindouro, como adiante se verá. Pontue-se que, dada a sua natureza contratual, o regime jurídico dos acordos endoprocedimentais é disciplinado tanto pelo CPA, quanto pelo Código de Contratos Públicos<sup>50</sup>, porém, para a presente investigação, basta a compreensão da parcela do regime jurídico contida no CPA.

Pois bem, como dito, os acordos endoprocedimentais podem revestir diferentes finalidades, o que, conseqüentemente, também levará a diferentes graus de relevância da vontade do particular sobre o ato administrativo emitido no fim do procedimento. A primeira destas finalidades possíveis é pactuar aspectos atinentes ao próprio curso do procedimento<sup>51</sup>, tal como estabelecer determinadas etapas para o procedimento, quando a ausência de normas injuntivas conceder

---

46. Cfr. n.º 1, artigo 122.º, do CPA.

47. Cfr. n.º 2, artigo 122.º, do CPA.

48. F. GONÇALVES et. al., *Novo código do procedimento administrativo anotado e comentado*, Coimbra, 5.ª Ed., 2017, Almedina, p. 339.

49. Cfr. n.º 2, artigo 121.º, do CPA.

50. J. de S. LOUREIRO, “Os acordos endoprocedimentais no novo CPA”, In C. AMADO GOMES, A. F. NEVES e T. SERRÃO (coord.), *Comentários ao novo código do procedimento administrativo*, 2ª Ed., Lisboa, 2015, AAFDL, pp. 357-361.

51. Cfr. n.º 1, artigo 57.º, do CPA.

à Administração certa discricionariedade na sua configuração<sup>52</sup>; ou então estabelecer um entendimento comum acerca de aspetos procedimentais que se revelem controvertidos para as partes envolvidas (v.g., interpretação de um conceito indeterminado)<sup>53</sup>. Ou seja, é verdade que o particular poderá ter uma certa influência indireta no resultado do procedimento, dado que, por vezes, o estabelecimento de uma certa estratégia procedimental pode ampliar ou reduzir as chances de o ato final ter determinados conteúdos; todavia, não se poderá falar que a vontade do particular, ao formular o acordo com a Administração, teve uma influência direta sobre o conteúdo do ato, porquanto este continua a ser determinado exclusivamente pelo ente administrativo.

O que não significa que seja impossível a vontade do particular ter influência direta sobre o conteúdo do ato administrativo emitido no fim do procedimento. Afinal, uma segunda finalidade possível para tais acordos é pactuar, no todo ou em parte, o conteúdo final de um ato administrativo discricionário<sup>54</sup>, contexto em que a vontade do particular terá, de facto, influência direta sobre o ato, já que participou da determinação do seu conteúdo, em conjunto com o ente público.

Contudo, é preciso entender que esta influência direta não deve ser confundida com uma influência absoluta. Afinal, a discricionariedade não se confunde com a completa ausência de parâmetros legais<sup>55</sup>, os quais necessariamente devem ser observados pelas partes envolvidas no acordo, visto que o consenso entre as partes não é capaz de substituir a vinculação à lei como elemento legitimador da atuação administrativa<sup>56</sup>. Assim, a vontade do particular terá uma influência bastante relevante sobre o ato administrativo futuro, é inegável, mas é uma influência exercida dentro do âmbito de possibilidades estritamente delimitado pela legislação vigente à época da celebração do acordo endoprocedimental<sup>57</sup>.

Ademais, é preciso ressaltar que em nenhuma das hipóteses a vontade do particular será coconstitutiva da existência do ato administrativo vindouro. Embora esta seja uma observação desnecessária no que toca aos acordos endoprocedimentais que tenham como objeto termos do procedimento, já que eles nem sequer tratam diretamente do ato administrativo a ser emitido, ela adquire relevância em relação àqueles acordos endoprocedimentais que disciplinam o conteúdo de eventual ato discricionário, onde o facto de a vontade do particular ter influência direta sobre o conteúdo final do ato pode criar a ilusão de que o sujeito privado participou da própria constituição do ato, o que não é verdade. Ao firmar o acordo, a Administração não abdica da unilateralidade da decisão final, ela apenas negocia o exercício do poder discricionário de determinar o

---

52. F. de QUADROS *et. al.*, *Comentários à revisão do código do procedimento administrativo*, 1ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 127.

53. J. de S. LOUREIRO, *Comentários*, p. 367.

54. Cfr. n.º 3, artigo 57.º, do CPA.

55. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 27.ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 432-433.

56. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 1ª Ed., Coimbra, Almedina, 1987, pp. 715-719.

57. J. de S. LOUREIRO, *Comentários*, p. 363.

conteúdo do ato<sup>58</sup>, de tal maneira que o ato administrativo continuará a ser a expressão exclusiva da vontade da Administração.

Não à toa, o ente público que celebrou o acordo pode até vir a não emitir o ato prometido, existindo, inclusive, situações em que isto não configurará ilícito<sup>59</sup>. Outra situação esclarecedora da irrelevância da vontade do particular para a constituição do ato administrativo objeto de acordo endoprocedimental é o controlo judicial deste ato administrativo: caso a Administração venha a emitir um ato com conteúdo diferente daquele pactuado, não deverá o particular pleitear ao Judiciário a declaração de inexistência de ato administrativo, devendo, na verdade, questionar judicialmente a validade do ato emitido<sup>60</sup>.

Assim, no que toca aos acordos endoprocedimentais, a vontade do particular tanto poderá deter uma relevância primária, no caso de o acordo versar sobre o conteúdo do ato administrativo vindouro, quanto poderá ter uma relevância secundária, se estivermos a tratar de um acordo cujo objeto compreende termos do procedimento.

No entanto, o que não varia, independentemente do objeto do acordo endoprocedimental, é a relevância instrumental que a vontade do particular adquire nesse contexto. Quando a Administração detém um poder discricionário, único cenário em que os acordos endoprocedimentais são possíveis, tal significa que o legislativo confiou à Administração a concretização do interesse público, por acreditar não ser possível fazê-lo de maneira prévia e abstrata<sup>61</sup>. Assim, ao participar do exercício desse poder discricionário de delimitar o conteúdo do futuro ato administrativo, o particular estará a auxiliar o órgão administrativo a cumprir a tarefa que lhe foi delegada pelo legislativo: concretizar o interesse público.

#### *(E) A participação do particular na atribuição de efeitos ao ato administrativo*

A regra geral é a de que os atos administrativos produzem efeitos desde a data em que são emitidos<sup>62</sup>. Todavia, existem casos excepcionais em que a produção de efeitos é suspensa ou condicionada a acontecimentos futuros<sup>63</sup> – situações em que se fala em eficácia diferida e eficácia condicionada, respetivamente –, e, entre tais casos, há hipóteses onde a vontade do particular se revela fundamental para a eficácia do ato administrativo.

---

58. P. OTERO, *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 1.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2017, reimpr., p. 842.

59. J. de S. LOUREIRO, *Comentários*, pp. 363-365.

60. P. GONÇALVES, *O contrato Administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*, 1ª Ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 166.

61. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2.ª Ed., São Paulo, 1996, Malheiros, pp. 32-48.

62. Cfr. n.º 1, artigo 155.º, do CPA.

63. Cfr. artigo 157.º, do CPA.

A primeira destas hipóteses ocorre quando a eficácia do ato estiver sujeita à realização de referendo<sup>64</sup>. O referendo constitui um instrumento através do qual a comunidade submetida a um determinado órgão administrativo é consultada por tal órgão acerca do conteúdo de uma decisão tomada por ele, podendo manifestar-se favorável ou desfavoravelmente, sendo necessária, como é intuitivo, uma manifestação favorável para que o ato administrativo emitido passe a gerar efeitos<sup>65</sup>.

A segunda destas hipóteses refere-se aos casos em que o ato administrativo, enquanto expressão da vontade da Administração, tem a sua eficácia dependente de o particular destinatário do ato manifestar a sua vontade de maneira convergente, aceitando o seu conteúdo de maneira expressa ou tácita, tal como ocorre nos atos de nomeação<sup>66</sup>. Nestes casos, é possível falar em atos administrativos dependentes de requisitos alheios à sua validade<sup>67</sup>.

Porém, é necessário pontuar que em ambas as situações a vontade do particular não terá qualquer influência sobre o conteúdo do ato. O particular manifesta a sua concordância com o conteúdo já estabelecido do ato, sem poder alterá-lo, tanto nas hipóteses de referendo<sup>68</sup>, como também nos casos em que a vontade convergente do particular configure um requisito do ato alheio à sua validade. A manifestação do particular apenas serve para conferir eficácia ao ato administrativo emitido. Ressalte-se que, manifestada a concordância do particular, o ato administrativo gerará efeitos desde o momento da sua prática, e não apenas a partir da verificação do fato que condicionou a sua eficácia<sup>69</sup>.

Assim, não é possível falar numa influência direta da vontade do particular sobre o conteúdo do ato. No limite, poder-se-á falar numa influência indireta deveras mitigada, pois, pese embora o particular não forneça qualquer elemento para a produção da decisão, a necessidade de obter a concordância dele pode fazer com que o órgão emissor do ato se preocupe em produzi-lo com um conteúdo que vá ser aceite pelo sujeito privado. Desta feita, a vontade do particular adquirirá uma relevância secundária para o conteúdo do ato administrativo vindouro. Ademais, em ambas as hipóteses a vontade do particular é essencial para que o ato produza efeitos, assumindo assim uma relevância coconstitutiva.

---

64. Cfr. alínea a), artigo 157.º, do CPA.

65. M. ESTEVES DE OLIVEIRA et. al., *Código do procedimento administrativo comentado*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2010, reimpr., p. 625.

66. P. OTERO, *Direito*, p. 572.

67. Cfr. alínea c), artigo 157.º, do CPA.

68. M. ESTEVES DE OLIVEIRA et al., *Código*, p. 626.

69. A. LEITÃO, “A eficácia dos atos administrativos no novo código do procedimento administrativo. Em especial, a eficácia retroactiva”, In C. AMADO GOMES, A. F. NEVES e T. SERRÃO (coord.), *Comentários ao novo código do procedimento administrativo*, II, 2.ª Ed., Lisboa, AAFDL, 2016, p. 424.

### 3.2. O regime de invalidade do ato administrativo

Como dito *supra*, a compreensão do regime de invalidade dos atos administrativos tem duas finalidades diferentes, e a primeira delas é a verificação de uma possível relevância coconstitutiva da vontade do particular: se o desrespeito do direito de intervenção do particular no procedimento provocar a nulidade do ato administrativo, poderemos dizer que a vontade do sujeito privado tem uma relevância coconstitutiva, visto que não a ter em conta e ponderá-la terá como consequência para o ato a absoluta ausência de efeitos jurídicos.

Nessa linha, o exame do regime de nulidade do CPA<sup>70</sup> concede uma relevância coconstitutiva à vontade do particular apenas no caso dos procedimentos sancionatórios, ablativos de propriedade privada, ou lesivos de uma liberdade, caso ocorra violação do direito fundamental ao procedimento equitativo<sup>71</sup>. As demais hipóteses do rol taxativo de nulidades prescrito pelo CPA não são capazes de contemplar um eventual desrespeito às restantes manifestações do direito de intervenção.

E é válido ressaltar que a inclusão da hipótese acima referida no rol das nulidades não foi uma livre escolha do legislador infraconstitucional. Como referido anteriormente, esta é uma decorrência da própria CRP, de modo que o legislador apenas cumpriu com o seu dever de observar a hierarquia do ordenamento. Ora, a constituição não deixa ao completo dispor do legislador infraconstitucional a configuração do regime de invalidades. É verdade que restará às normas inferiores a tarefa de regular a matéria nos seus pormenores e da forma mais exaustiva possível, porém, a constituição prescreve regras mínimas que prezam pela unidade do próprio sistema jurídico<sup>72</sup>. Assim, não é concebível que bens jurídicos mais importantes – como os direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, no presente caso – tenham a sua violação censurada por um regime menos incisivo que o atribuído à violação de bens jurídicos de importância inferior. Tal como no direito penal, é preciso observar uma coerência na censura das violações: quão mais importante o bem jurídico é, maior deve ser a sanção aplicada no caso da sua violação. E, sendo os direitos, liberdades e garantias parte do núcleo fundamental que confere sentido à Constituição<sup>73</sup>, detendo, portanto, a maior importância jurídica possível, não é aceitável que a sua violação possa levar a uma censura jurídica inferior à nulidade, por vezes atribuída até mesmo a violações de conteúdos infraconstitucionais.

Assim como também é necessário frisar que a atribuição de uma relevância coconstitutiva à vontade do particular nos procedimentos potencialmente prejudiciais não significa uma impossibilidade de tal vontade privada ter, ao mesmo tempo, uma relevância instrumental. A vontade privada veiculada através da audiência dos interessados, num procedimento sancionatório, não deixa de ter a relevância instrumental que a análise do regime jurídico nos revelou. Pelo

70. Cfr. artigo 161.º, do CPA.

71. Cfr. alínea d), n.º 2, artigo 161.º, do CPA.

72. P. OTERO, *Direito*, pp. 614-616.

73. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos*, p. 328.

contrário, a relevância instrumental permanece, coexistindo com a relevância coconstitutiva. Como bem leciona Correia<sup>74</sup>, as funções coconstitutiva – que remete ao que chamamos de relevância coconstitutiva – e dialógica – que conduz ao que chamamos de relevância instrumental – não são excludentes, de tal forma que, por exemplo, no contrato administrativo, é possível verificar a coexistência de ambas.

Mas, para além da verificação de eventuais relevâncias coconstitutivas, o estudo do regime de invalidade ainda tem uma outra importante finalidade: compreender a relevância dogmática que o Estado, de uma perspectiva macro, concede à vontade do particular no procedimento do ato administrativo. Como desenvolvido mais acima, a opção entre os regimes da nulidade e anulabilidade acaba por revelar o grau de preocupação do Estado em vincular a atuação do órgão administrativo: a opção pelo regime de nulidade demonstra uma maior preocupação, destinada a aspetos mais relevantes, enquanto o regime de anulabilidade indica uma menor preocupação, conseqüentemente destinada a aspetos menos relevantes. Nesta linha, é notório que o Estado, de um ponto de vista global, reconhece uma baixa relevância à vontade do particular para o procedimento do ato administrativo, visto que atribui à quase totalidade das formas de intervenção dele o regime de anulabilidade, só sancionando a vontade privada com o regime da nulidade no caso dos procedimentos potencialmente prejudiciais. E esta já baixa relevância pode tornar-se ainda mais frágil devido à possibilidade de anulações que não produzam efeitos<sup>75</sup>. Ao transformar situações de invalidade em meras irregularidades<sup>76</sup>, o CPA pode ter criado um verdadeiro incentivo à desobediência da lei, levando os entes administrativos a não permitirem a intervenção dos particulares mesmo quando esta seja exigível, sob o fundamento de a vontade do particular ser irrelevante para a determinação do conteúdo do ato, por exemplo. Restará à prática administrativa demonstrar se a possibilidade de indemnização<sup>77</sup> será suficiente para desencorajar a Administração a fragilizar ainda mais a já diminuta relevância que a vontade do particular, de um ponto de vista global, tem no procedimento do ato administrativo.

#### 4. Conclusões

Como vimos, a análise da legislação, de uma perspectiva geral, permite-nos concluir que o Estado não acredita que a vontade privada possa ter uma grande importância para o procedimento do ato administrativo. Afinal, ao atribuir o regime da anulabilidade à quase totalidade das formas de intervenção do sujeito privado no procedimento, o Estado demonstra estar pouco preocupado em vincular os entes administrativos nesta seara. Inclusive, até prescreve a possibilidade de a violação de um direito de intervenção do particular ser qualificada como mera irregularidade, o que só reforça a tese de que, para o Estado, a vontade privada

---

74. J. M. SÉRVULO CORREIA, *O direito*, p. 147.

75. Cfr. n.º 5, artigo 163.º, do CPA.

76. P. OTERO, *Direito*, pp. 621-622.

77. M. AROSO DE ALMEIDA, *Comentários*, p. 332.

parece revestir pouca relevância no procedimento do ato administrativo.

E tal conclusão, retirada da análise global, é reiterada através da análise micro. Numa ótica micro, é possível verificar que a vontade do particular, no procedimento do ato administrativo, não detém uma relevância homogênea. Pelo contrário, a vontade dos sujeitos privados assume diferentes graus de relevância, que variam consoante a forma de intervenção protagonizada, e podem ser explicados através das categorias da relevância coconstitutiva, instrumental, primária e secundária. No entanto, aquelas categorias reveladoras de uma menor relevância (instrumental e secundária) são as que se fazem mais presentes.

Como melhor explicado anteriormente, as relevâncias primária e secundária são categorias que aferem o grau de relevância da vontade do particular a partir da influência que ela tem na definição do próprio conteúdo do ato administrativo, já que, quão maior a influência, maior será a relevância. Referimo-nos a uma relevância primária quando o particular participa diretamente da determinação do conteúdo do ato, ao passo que a relevância secundária se refere aos casos em que o particular participa apenas indiretamente da obtenção do conteúdo do mesmo. Nessa linha, o estudo do regime jurídico das distintas formas de intervenção do particular no procedimento do ato evidenciou que a vontade privada apresenta uma relevância primária apenas quando veiculada através dos acordos endoprocedimentais que visam determinar total ou parcialmente o conteúdo do ato administrativo futuro. Todas as demais formas de intervenção do particular (participação na instrução procedimental; audiência dos interessados nos procedimentos potencialmente prejudiciais; e nos restantes procedimentos; consulta pública; e participação na atribuição de efeitos jurídicos ao ato) detêm uma relevância secundária.

Já as categorias de relevância coconstitutiva e instrumental têm como enfoque identificar a função que a vontade do particular desempenha no procedimento do ato administrativo, para, a partir dela, concluir se há uma maior ou menor relevância, como também foi melhor explicitado *supra*. A relevância coconstitutiva referia-se aos casos em que a vontade do particular é essencial para o próprio ato existir ou produzir efeitos, traduzindo assim um notório grau mais elevado de importância. Por seu turno, a relevância instrumental engloba os casos em que a vontade do particular visa apenas colaborar com a administração para uma melhor concretização do interesse público, não sendo, assim, imprescindível para o ato administrativo, caracterizando uma menor relevância. Ao contrário das categorias acima citadas, estas não são excludentes, sendo possível verificar os dois graus de relevância numa mesma vontade privada introduzida no procedimento, o que acontece durante a audiência dos interessados nos procedimentos potencialmente prejudiciais. Neste cenário, para fins de quantificação da relevância, basta destacar a relevância coconstitutiva. E, para além da vontade veiculada em audiência dos interessados nos procedimentos potencialmente prejudiciais, a vontade privada só tem uma relevância coconstitutiva no caso de participação dos particulares na atribuição de eficácia ao ato administrativo. Em todas as restantes formas de intervenção a vontade do particular assume uma relevância meramente instrumental.

Ou seja, o mais comum é que a vontade do particular goze de pouco relevo no procedimento do ato administrativo, dada a predominância das relevâncias instrumental e secundária entre as formas de intervenção do particular. Mas, excepcionalmente, a vontade do particular apresenta uma maior acuidade para o procedimento do ato administrativo, seja por ela ter uma relevância coconstitutiva (caso da audiência dos interessados no procedimento potencialmente prejudicial e da participação do particular na atribuição de eficácia ao ato), ou uma relevância primária (caso dos acordos endoprocedimentais), não se vislumbrando na legislação portuguesa a possibilidade de a vontade do particular, no procedimento do ato administrativo, deter ao mesmo tempo as relevâncias coconstitutiva e primária.

Todavia, não se pode a partir deste exame concluir de forma apressada que a vontade do particular tem efetivamente uma baixa importância no procedimento do ato administrativo português. Como *supra* mencionado no início do presente escrito, o que optámos por nomear de relevância dogmática constitui apenas uma das faces da relevância da vontade privada para o agir administrativo, cuja análise, portanto, não pode ser suficiente para dimensionar a efetiva importância que a vontade privada tem no procedimento do ato administrativo. A análise das demais espécies de relevância é fundamental para que se possa formular uma conclusão fidedigna. Apenas a título de exemplo: não obstante pelo exame da relevância dogmática se concluir por uma baixa importância da vontade privada, o estudo da relevância estatística pode demonstrar que, no quotidiano dos entes públicos, os fundamentos das decisões administrativas decorrem de argumentos trazidos ao procedimento maioritariamente pelos sujeitos privados. Neste caso, não se poderia negar que a vontade privada deteria uma alta relevância, a despeito de as suas formas de intervenção comumente possuírem, à luz do critério dogmático, uma reduzida importância.

A presente análise da relevância estritamente dogmática que a vontade do particular tem no procedimento do ato administrativo deve ser utilizada principalmente para comparações com outros regimes jurídicos, com o fim de constatar novas formas de, caso se deseje, expandir ou diminuir a influência da vontade privada ao longo do procedimento. E, neste quesito, a legislação portuguesa tem muito a dialogar com outros ordenamentos jurídicos, inclusive da tradição jurídica lusófona<sup>78</sup>. No Brasil, por exemplo, o procedimento administrativo federal<sup>79</sup> não prevê a possibilidade de os particulares participarem diretamente da determinação do conteúdo do ato, como acontece nos acordos endoprocedimentais. A participação da vontade privada reduz-se a interferências indiretas<sup>80</sup>, seja participando da

---

78. Sobre os traços comuns e a mútua influência existente entre as ordens jurídicas dos países de língua portuguesa, por forma a constituírem um subgrupo da família jurídica romano-germânica: D. MOURA VICENTE, *Direito comparado*, I, 2.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp.79-87.

79. Cada um dos estados que compõem a federação brasileira detém a sua própria legislação de procedimento administrativo, existindo ainda a legislação que regula a tomada de decisões pelo ente federal. Todavia, a legislação federal acaba por ser a grande referência no estudo da matéria, pois as leis estaduais, em grande parte do seu conteúdo, acabam por apenas reiterar a lei federal.

80. Para uma introdução às formas de participação da vontade do particular no procedi-



instrução do procedimento, ou manifestando considerações ao longo do mesmo que deverão ser ponderadas pela Administração, mas não há qualquer vinculação acerca do conteúdo do ato vindouro. Assim, a experiência portuguesa com os acordos endoprocedimentais pode ser dialogada com os juristas brasileiros com o fim de examinarem a pertinência de adaptar o instituto para o ordenamento sul-americano. Por outro lado, a experiência brasileira também pode contribuir com o direito administrativo português. No procedimento administrativo federal brasileiro, a título de exemplo, para além das formas tipificadas de participação, nas quais a legislação prescreve expressamente como e quando os particulares podem e/ou devem participar, tal como acontece no direito português, há a possibilidade de participação sob formas não tipificadas. Isto porque a legislação<sup>81</sup> autoriza a Administração a estabelecer outras formas supletivas de participação sempre que julgar necessário em função da relevância da matéria a ser decidida. Assim, o Direito Administrativo português pode, a partir da experiência brasileira, refletir sobre como uma autorização genérica pode colaborar ou não para efetivar um procedimento administrativo mais democrático, visto que por vezes as formas legais podem não se revelar plenamente suficientes, dada a natural falibilidade do legislador.

Desta feita, é assim que deve ser entendido o tipo de exame aqui promovido: a análise da relevância dogmática não é capaz de esgotar a aferição da importância que a vontade privada assume no procedimento administrativo, mas é crucial para entender a legislação portuguesa em face das legislações de outros países, as quais podem contribuir para o desenvolvimento do Direito Administrativo lusitano.

\*\*\*

---

mento administrativo federal brasileiro, ver: J. dos S. CARVALHO FILHO, *Processo administrativo federal – comentários à lei 9.874 de 29.01.1999*, 5.<sup>a</sup> Ed., São Paulo, Atlas, 2013, pp. 81-84, 92, 186-195.

81. Artigo 33.º, da Lei 9.874, de 29.01.1999.