

Algumas reflexões sobre o artigo 163.º, n.º 5 do CPA:  
O «novo» princípio do aproveitamento do  
acto administrativo

Some reflections on article 163 (5) of the  
administrative procedure code: The «new» principle  
of the preservation of administrative acts

EDMILSON WAGNER DOS SANTOS CONDE

VOL. 3 Nº 1 ABRIL 2016

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

**ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O ARTIGO 163.º, N.º 5 DO CPA:  
O «NOVO» PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DO ACTO  
ADMINISTRATIVO**

**SOME REFLECTIONS ON ARTICLE 163 (5) OF THE  
ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE: THE «NEW» PRINCIPLE  
OF THE PRESERVATION OF ADMINISTRATIVE ACTS**

EDMILSON WAGNER DOS SANTOS CONDE <sup>1</sup>

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade - Cidade Universitária

1649-014 Lisboa - Portugal

edmilson\_conde@hotmail.com

**Resumo:** Este artigo tem como objectivo principal reflectir sobre a forma como o princípio do aproveitamento do acto administrativo, tal como consagrado no n.º 5 do artigo 163.º do CPA, opera perante as várias circunstâncias e condições – previstas nas várias alíneas do preceito – que justificam o afastamento do efeito anulatório. Dando especial ênfase ao modo como este princípio se opera perante (i) actos vinculados, (ii) actos cuja discricionariedade se encontra reduzida a zero, (iii) regras de forma e procedimento e (iv) actos discricionários.

**Abstract:** This article has as main object the analysis of the way that principle of exploitation of administrative act, under article 163, paragraph 5 from CPA (Código do Procedimento Administrativo), works under specific circumstances and terms under the several paragraphs of the above mentioned article, and that justifies the removal of the annulment effect, giving special importance to the way the present principle works before (i) bound acts, (ii) acts in which discretion is reduced to zero, (iii) form and procedure rules and (iv) discretionary acts.

**Palavras-Chave:** princípio do aproveitamento do acto administrativo, actos vinculados, actos cuja discricionariedade se encontra reduzida a zero, regras de forma e procedimento, actos discricionários.

**Keywords:** principle of exploitation of administrative act, bound acts, acts in which discretion is reduced to zero, form and procedure rules, discretionary acts.

**Sumário:** 1. O princípio do aproveitamento do acto administrativo: enquadramento geral do problema; 2. Excurso comparatístico: 2.1. Direito francês; 2.2 Direito espanhol; 2.3. Direito italiano; 2.4. Direito alemão; 3. O princípio do aproveitamento do acto administrativo em Portugal: 3.1. Jurisprudência; 3.2. Doutrina; 4. O princípio do aproveitamento do acto administrativo no CPA: o n.º 5 do artigo 163º; 5. Conclusões.

---

1. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestrando em Direito Administrativo na Universidade Católica Portuguesa, Advogado estagiário na ACE Advogados. E-mail: [edmilson\\_conde@hotmail.com](mailto:edmilson_conde@hotmail.com)

## 1. O princípio do aproveitamento do acto administrativo: enquadramento geral do problema

No nosso ordenamento jurídico, o princípio do aproveitamento do acto administrativo tem as suas raízes fortemente consolidadas na jurisprudência dos Tribunais Administrativos, não havendo, até à entrada em vigor do novo Código do Procedimento Administrativo (doravante, CPA), nenhuma norma expressa que o consagrasse de forma genérica<sup>2</sup>. Nesta medida, o n.º 5 do artigo 163.º novo CPA vem dar expressão normativa a um princípio que já vinha sendo adoptado pelos nossos Tribunais.

Boa parte da doutrina<sup>3</sup> sustenta a *ratio* deste princípio em três princípios gerais da actividade administrativa:

(i) O princípio da economia dos actos públicos - na medida em que se devem evitar tomar decisões que, globalmente consideradas, se manifestem como desnecessárias. Assim, este princípio é, também, uma manifestação de eficiência indispensável à realização do interesse público<sup>4</sup>.

(ii) O princípio da boa administração<sup>5</sup> - que tem o alcance de tornar a actividade da administração mais célere e eficiente.

(iii) O princípio do interesse público - *ultima ratio* de toda a actuação administrativa.

Contudo, todos estes argumentos que constituem a base de sustentação ôntica do princípio do aproveitamento do acto administrativo encontram-se em aparente colisão com outro dos princípios, também geral e onnipresente em qualquer atuação administrativa: (iv) o princípio da legalidade administrativa, o qual impõe, na sua vertente *negativa*, a proibição de a Administração Pública actuar em contrariedade ao bloco de legalidade<sup>6</sup>. Independentemente dos

---

2. Era, no entanto, possível identificar algumas disposições cuja justificação residia, ao menos parcialmente, em alguns dos fundamentos justificativos do princípio do aproveitamento do acto administrativo: cfr., v.g., e para cingir a análise do CPA de 1991, o artigo 21.º ou a alínea a) do n.º 2 do artigo 100.º, correspondentes aos actuais artigo 28.º e alínea e) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA de 2015.

3. VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 333 e 334; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2003 pp. 969 e 970; NATÁLIA TORQUE MOURA, *Reflexões sobre o princípio do aproveitamento do ato administrativo*, O Direito, I-II, Ano 145.º, 2013, pp. 207 e ss; INÊS PIRES RAMALHO, *O Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2011, p. 178; ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 100, 2013, p. 61.

4. VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1992, cit., p. 333.

5. Cfr. artigo 5.º do CPA.

6. Aqui falamos do princípio da legalidade na dimensão da *preferência de lei*. Sobre este princípio veja-se, MARCELO REBELO DE SOUSA /ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Di-reito Administrativo Geral*, tomo I, D. Quixote, 3.ª ed., 2014, pp. 159 e ss.

resultados concretos que um exercício ponderativo entre este último e os três anteriores princípios pudesse conduzir, certo é que, no ordenamento actualmente vigente em Portugal, a ponderação entre os diversos princípios se acha hoje abstratamente efetuada e resolvida expressamente em norma consagrada pelo nosso ordenamento jurídico: justamente no n.º 5 do artigo 163.º do CPA, cujas diversas alíneas parecem conferir prevalência aos argumentos principiológicos que constituem fundamento ontológico do princípio do aproveitamento do acto administrativo em detrimento do princípio da legalidade, determinando, por consequência, a irrelevância anulatória do acto nas condições e circunstâncias previstas na lei<sup>7</sup>.

*Grosso modo*, o princípio do aproveitamento do acto administrativo reporta-se às situações em que um acto administrativo padece de um vício formal ou material, sendo por isso *prima facie* inválido. Contudo, não obstante a invalidade verificada, a lei prevê fundamentos específicos que justificam o afastamento do efeito anulatório. Assim, o afastamento do efeito anulatório só ocorre quando o vício não tenha afectado o conteúdo da decisão final, ou seja, o vício terá que ter sido irrelevante, devendo sobre ele realizar-se um juízo de prognose póstuma com o intuito de verificar a inexistência de um nexos causal entre o vício e o conteúdo da decisão. Deste modo, a irrelevância anulatória do acto só ocorrerá quando se conclua, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o acto final teria o mesmo conteúdo decisório.

Neste estudo será dada especial relevância à forma como o princípio do aproveitamento do acto administrativo, tal como consagrado no n.º 5 do artigo 163.º do CPA, opera perante as várias circunstâncias e condições – previstas nas várias alíneas do preceito – que justificam o afastamento do efeito anulatório. Assim, será dado ênfase ao modo como este princípio se opera perante (i) actos vinculados, (ii) actos cuja discricionariedade se encontra reduzida a zero, (iii) regras de forma e procedimento e (iv) actos discricionários.

## 2. Excurso comparatístico

### 2.1. Direito francês

No ordenamento jurídico francês, o princípio do aproveitamento do acto administrativo nasceu por via do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial que se fez em torno dos vícios de forma, tendo como principal referência a distinção entre formalidades substanciais e formalidades não substanciais<sup>8-9</sup>.

7. Cfr. artigo 163.º, n.º 5 alíneas a), b) e c) do CPA.

8. Sobre esta matéria veja-se mais desenvolvidamente, RUI MACHETE, *A Relevância Processual dos Vícios Procedimentais no novo paradigma da Justiça Administrativa Portuguesa*, Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. 3, 2006, pp. 851 ss.

9. Veja-se a distinção feita por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA que, a propósito das formalidades essenciais e não essenciais, diz o seguinte : estaremos perante (i) formalidades essenciais, quando, quaisquer que sejam as consequências da sua omissão ou irregularidade,

Neste sentido, a violação de uma formalidade, no Direito francês, constitui em regra causa para a interposição de um *recours pour excès du pouvoir*<sup>10</sup>, permitindo ao juiz administrativo anular o acto. Contudo, o juiz não o fará quando considere não estar em presença de uma formalidade substancial<sup>11</sup>. Assim, só perante formalidades não substanciais, *i.e.*, formalidades que não tenham influência no conteúdo da decisão, é que se justifica o afastamento do efeito anulatório<sup>12 13</sup>.

## 2.2. Direito espanhol

O ordenamento jurídico espanhol estabelece, na Ley 30/92, de 26 de Novembro, o regime jurídico das Administrações Públicas e do procedimento administrativo comum (LPA). Neste regime, estabelece-se para a invalidade dos actos administrativos a regra da anulabilidade, sendo a nulidade a excepção<sup>14</sup>.

Na LPA não encontramos qualquer cláusula geral que consagre expressamente o princípio do aproveitamento do acto administrativo. No entanto, encontramos no n.º 2 do artigo 63.º da LPA uma disposição que tem como objecto de previsão «defeitos de forma»<sup>15</sup> e que estabelece o seguinte: “o defeito de forma só determinará a anulabilidade quando o acto careça dos requisitos formais indispensáveis para alcançar o seu fim ou fizer com que os interessados se

---

a invalidade do acto administrativo se produza inelutavelmente; por outro lado serão (ii) não essenciais as formalidades cuja preterição ou irregularidade só produzam a invalidade do acto quando o interesse ou efeito que, através da sua previsão, a lei queira garantir, não se alcançou por outra via, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1980, p. 460.

10. RUI MACHETE, *A Relevância Processual dos Vícios Procedimentais no novo paradigma da Justiça Administrativa Portuguesa*, Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. 3, 2006, cit., p. 860.

11. São consideradas formalidades substanciais aquelas que tenham influenciado o conteúdo da decisão final.

12. A este propósito, VIEIRA DE ANDRADE considera que, no que diz respeito às formalidades, a doutrina e jurisprudência francesa adoptam um critério finalista temperado por uma vertente substancialista. O autor considera ainda que, em geral, a jurisprudência “tende a admitir que as normas devem ser apreciadas segundo o fim a que estão ordenadas (...) de modo que se esse fim – em regra a garantia dos direitos e interesses legítimos dos administrados – é conseguido por outra via, a “formalidade” não deve ser tratada como substancial”, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1992, cit., p. 319.

13. A posição substancialista, dominante em França, relativamente à irrelevância da anulabilidade de acto formalmente viciado assenta essencialmente num critério de causalidade hipotética. De referir que para que se chegue a um juízo conclusivo que permita afirmar ou infirmar a ocorrência da causalidade hipotética ter-se-á que colocar a seguinte questão: o vício teve ou não influência na decisão final?

Relativamente aos fundamentos que sustentam a inoperância do efeito anulatório do acto administrativo recorde-se as palavras de VIEIRA DE ANDRADE “a não anulação do acto justificaria-se pela importância daquela violação do ordenamento jurídico, bem como pela economia de meios perante a previsão lógica da prática de um novo acto com o mesmo conteúdo”, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1992, cit., p. 322.

14. Cfr. artigos 62.º e 63.º da Ley 30/92, de 26 de Novembro (Lei do processo administrativo Espanhol).

15. Que, no ordenamento jurídico português, se configura como o equivalente aos “vícios formais”.

encontrem em posição de indefensabilidade”<sup>16</sup>. Da leitura desta disposição retiramos a ideia segundo a qual estando em presença de um vício de forma, a anulabilidade do acto só pode ser determinada quando se verifique que o resultado pretendido pela norma não foi alcançado por outra via, ficando assim frustrado o seu fim ou, por outro lado, também releva o vício de forma para efeitos de anulabilidade quando este afecte de forma particularmente gravosa a esfera jurídica subjectiva do particular ao ponto de tornar a sua pretensão indefensável.

### 2.3. *Direito italiano*

Em Itália, a Lei n.º 241, de 7 de Agosto de 1990 estabelece um regime jurídico específico relativamente ao procedimento administrativo. Em matéria de anulabilidade começa por determinar, no n.º 1 do artigo 21.º - *octies*, a regra da anulabilidade para os actos administrativos praticados em violação de lei, vício de excesso de poder ou incompetência. Em seguida, vem, no n.º 2 do artigo 21.º - *octies*<sup>17</sup>, estabelecer a regra da improdutividade do efeito anulatório circunscrito à violação de normas procedimentais ou formais, exigindo-se que se trate de um acto administrativo vinculado. Esta norma reveste a particularidade de retirar *ab initio* o efeito da invalidade do acto<sup>18</sup>. A consequência é a seguinte: por mero efeito da lei, o acto considera-se válido desde o início, tornando-se absolutamente irrelevante a invalidade de que o mesmo padeça; noutros termos: aos olhos da lei italiana, o acto nunca se encontrou sequer afectado por qualquer invalidade<sup>19</sup>.

---

16. Cfr. artigo 63.º, n.º 2 da Ley 30/92, de 26 de Novembro.

17. Que aqui tem-se por inteiramente reproduzido “2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

18. Em Portugal, o n.º 5, alínea b) do artigo 163.º do CPA prevê que perante a ocorrência de um vício procedimental ou formal, ainda assim, não se produz o efeito anulatório no acto administrativo na medida em que o fim visado por essas exigências procedimentais ou formais tenha sido alcançado por outra forma. Por outro lado, o ordenamento jurídico italiano consagra solução diferente da portuguesa uma vez que, em Itália, o n.º 2 do artigo 21.º *octies* prevê um fenómeno de transformação de um acto administrativo que sendo anulável, deixa de o ser, tornando-se por via da lei um acto válido *ab initio*. Este fenómeno «metamórfico» tem como consequência fazer desaparecer um vício que tendo ocorrido, deixou de ocorrer. No fundo, perante o n.º 2 do artigo 21.º *octies* nunca existiu qualquer vício.

19. A este propósito veja-se a análise crítica realizada por RUI MACHETE em *Breves notas sobre as sanções dos vícios procedimentais e de forma no projecto de versão do Código do Procedimento Administrativo (PCPA)*, Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo, Almedina, 2013, cit., pp. 805 e ss.

## 2.4. Direito alemão

A Lei do Procedimento Administrativo alemã (*Verwaltungsverfahrensgesetz* - VwVfG) – que foi objecto de revisão em 1996, efectuada pela *Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz* – tem no seu §46 a norma relevante para efeitos de afastamento do efeito anulatório do acto administrativo. Dispõe a norma o seguinte: “a destruição de um acto administrativo que não seja nulo de acordo com o §44 não pode ser pedida apenas com fundamento na infracção de preceitos relativos ao procedimento, à forma ou à competência territorial, quando seja evidente que a infracção não influenciou a decisão quanto à matéria”. Aquando da aplicação desta norma ao caso concreto, o que interessa ao juiz apreciar é o nexo causal entre o vício de forma, procedimental ou de competência relativamente ao conteúdo concreto da decisão final.<sup>20-21</sup>. Assim, os aspectos mais relevantes a destacar deste preceito são os seguintes : (i) o seu âmbito é mais alargado quando comparado com a anterior redacção<sup>22</sup>, uma vez que abrange actos vinculados e actos discricionários<sup>23</sup>; (ii) a lei determina que perante a verificação dos pressupostos normativos do §46 VwVfG a improdutividade do efeito anulatório do acto administrativo se verifica necessária e automaticamente, não dependendo de qualquer tipo de decisão discricionária tendente a fazer operar o princípio do aproveitamento do acto administrativo<sup>24</sup>, existindo, aqui, um verdadeiro *dever de recusa de anulação*<sup>25</sup>; (iii) o §46 da VwVfG “exclui toda e qualquer relevância anulatória dos vícios de actos administrativos que devam ser aproveitados”<sup>26</sup>.

---

20. Veja-se neste sentido, PEDRO MACHETE, *Os limites do aproveitamento do ato administrativo*, Braga, n.º 101 (Set.-Out.), 2013, Cadernos de Justiça Administrativa, p. 66; David Duarte, A norma de legalidade procedimental (...), Almedina, 2006, p. 581, nota de rodapé n.º 21.

21. A este propósito tomemos as palavras de PEDRO MACHETE que considera que “esta perspectiva pode abrir espaço para uma significativa desvalorização dos preceitos formais, uma vez que a violação destes deixa de revelar autonomamente para estabelecer aquilo que seria o conteúdo legalmente necessário de um ato válido, ficando dependente do grau de influência que seja atribuído a tais violações quanto ao conteúdo da decisão concretamente adoptada”, *Os limites do aproveitamento do ato administrativo*, Braga, n.º 101 (Set.-Out.), Cadernos de Justiça Administrativa, 2013, p. 66.

22. Veja-se a anterior redacção do §46 VwVfG que dispunha o seguinte: “a destruição de um acto administrativo que não seja nulo de acordo com o § 44 não pode ser pedida apenas com fundamento na infracção de preceitos relativos a procedimento, à forma ou à competência territorial, quando nenhuma outra decisão quanto à matéria pudesse ter sido tomada”.

23. Compaginando essa possibilidade, ou seja, a aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo relativamente a actos discricionários, tomemos em consideração as palavras de RUI MACHETE ao admitir essa possibilidade desde que “haja para além da relação causal abstracta uma relação concreta e específica entre a violação da formalidade ou da forma e o acto concretamente praticado, não podendo negar-se a possibilidade de o juiz administrativo poder afastar o efeito anulatório”, *Breves notas sobre as sanções dos vícios procedimentais e de forma no projecto de versão do Código do Procedimento Administrativo (PCPA)*, Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo, Almedina, 2013, p. 812.

24. Assim, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 100, 2013, p. 61.

25. E não uma faculdade de recusa de anulação.

26. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º

### 3. O princípio do aproveitamento do acto administrativo em Portugal

#### 3.1. Jurisprudência

Um verdadeiro costume jurisprudencial<sup>27</sup> tem dado expressão ao princípio do aproveitamento do acto administrativo<sup>28</sup> através da argumentação judiciária expendida nas decisões proferidas em casos concretos resolvidos pelos Tribunais Administrativos.

Nesta rubrica centraremos a nossa atenção nas decisões jurisprudenciais que se debruçam sobre o âmbito de aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo, tentando apurar qual tem sido a posição adoptada pelos Tribunais Administrativos quanto à questão de saber se este princípio se aplica só a actos vinculados<sup>29</sup> ou se se pode também aplicar aos actos discricionários<sup>30</sup>.

No sentido de reduzir a aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo a cenário de estrita vinculação, considerem-se, v.g.:

(i) O Acórdão do STA, de 13/04/2004, Proc. n.º 040245, em cujos termos se fixou que: «tenha-se presente que o acto impugnado decorre do exercício de um *poder de estrita vinculação*, atribuído por normas de competência (...) sem indeterminações conceituais ou abertura que atribua a possibilidade de escolher uma de entre várias medidas, todas elas legais. Portanto, sem que a Administração goze de prerrogativa de avaliação ou de discricionariedade e mostrando-se o acto materialmente legitimado, tem de concluir-se que *a decisão administrativa impugnada*

---

100, 2013, p. 61; Esta solução foi igualmente adoptada no n.º 5 do artigo 163.º do novo CPA que ao dizer que «Não *se produz* o efeito anulatório quando» aponta para a total exclusão da relevância anulatória do vício que afecte o acto administrativo.

27. Seguimos aqui o entendimento de DAVID DUARTE segundo o qual o *costume jurisprudencial* é uma forma de produção de enunciados normativos que, ao invés da característica comum do costume – convicção social de obrigatoriedade jurídica de um comportamento –, tem a particularidade da sua expressão normativa se manifestar na afirmação da existência de um sentido de dever ser exteriorizado por uma decisão jurisprudencial. Conclui o autor que o sentido deontico – que se traduz na convicção de obrigatoriedade jurídica – do costume jurisprudencial é a convicção de obrigatoriedade que cria a norma, sendo essa convicção, por conseguinte, meio pelo qual o texto inicial se transforma num efectivo enunciado normativo, *A norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Almedina, 2006, pp. 60 e ss.

28. Conforme salienta, e bem, ANA CELESTE CARVALHO, o que aqui está em causa é “um princípio que habilita o juiz administrativo a proceder a juízos ponderativos relativos à irrelevância de ilegalidade cometida pela Administração, por apelo a valores e interesses relativos a eficácia, eficiência, racionalidade, celeridade, poupança de tempo e de recursos ou economia de meios (...) é exigido ao poder judicial administrativo que proceda (...) à formulação de ponderações decisórias”, *Os vários caminhos da jurisprudência administrativa na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo*, Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, pp. 15 e 16.

29. Acórdãos que se debruçam sobre a aplicação do princípio do aproveitamento relativamente a actos vinculados veja-se alguns *Acs. do STA* -: *proc. 0161/07 de 22/05/2007*; *proc. 0947/08 de 25/02/2009*; *proc. 0473/10 de 14/04/2011*.

30. Acórdãos que tem como objecto a aplicação do princípio do aproveitamento relativamente a actos discricionários veja-se alguns *Acs. do STA*: *proc. 046586, de 28/11/2001*; *proc. 0473/10, de 26/10/2010*; *proc. 0855/09, de 18/11/2010*.



não tem alternativa juridicamente válida e que, portanto, está adquirido que, fosse qual fosse a intervenção dos interessados no procedimento administrativo, a decisão final não podia ter outro sentido. Neste quadro, por economia dos actos públicos, justifica-se a não anulação do acto recorrido»;

(ii) O Acórdão do STA, de 23/05/2006, Proc. n.º 01618/02, em cujos termos se sumariou que «A audiência dos interessados representa uma garantia da participação dos cidadãos na tomada de decisões que lhes dizem respeito e cumpre a directiva constitucional que dimana do art.º 267º/5 da CRP (cf. também os arts. 7º e 8º do CPA), pelo que não deve aceitar-se a sua degradação; Por isso, só se admite que o tribunal administrativo deixe de decretar a anulação do acto que não deu prévio cumprimento ao dever de audiência, aproveitando-o, quando ele, de tão impregnado de vinculação legal, não consente nenhuma outra solução (de facto e de direito) a não ser a que foi consagrada, isto é, quando esta se imponha com carácter de absoluta inevitabilidade: um tipo legal que deixe margem de discricionariedade, dificuldades na interpretação da lei ou na fixação dos pressupostos de facto, tudo são circunstâncias que comprometem o aproveitamento do acto pelo tribunal.”.

Por outro lado, os Tribunais Administrativos nacionais também já têm vindo a admitir a possibilidade de se aplicar o princípio do aproveitamento do acto administrativo aos actos discricionários. Considerem-se, v.g., os seguintes arestos:

(i) O Acórdão do STA, de 07/02/2002, Proc. n.º 046611: «O princípio do aproveitamento do acto administrativo é, no domínio de apreciação de invalidade dos actos administrativos, o corolário do princípio da economia dos actos públicos, refacção do princípio geral de direito que se exprime pela fórmula *utile per inutile non vitiatur*, servindo o interesse de que não devem ser tomadas decisões sem alcance real para o impugnante, porque a economia de meios é, também em si, um valor jurídico, correspondendo a uma das dimensões indispensáveis do interesse público (...). O seu âmbito de aplicação não se determina mecanicamente pela antítese vinculação <-> discricionariedade, em termos de sempre ser de excluir no domínio dos actos praticados no exercício de um poder discricionário. Limitando-nos ao erro (nos pressupostos ou na base legal) porque é desse tipo o vício em causa, há erros respeitantes a actos praticados no uso de um poder discricionário cuja anulação o juiz administrativo pode abster-se de decretar por invocação do referido princípio, atendendo à razão que o justifica. Mesmo neste domínio, o tribunal pode negar relevância anulatória ao erro, sem risco de substituir-se à Administração, quando, pelo conteúdo do acto e pela incidência da sindicância que foi chamado a fazer, possa afirmar, com inteira segurança, que a representação errónea dos factos ou do direito aplicável não interferiu com o conteúdo da

decisão administrativa porque não afectou as ponderações ou as opções compreendidas (efectuadas ou potenciais) nesse espaço discricionário»;

(ii) O Acórdão do STA, de 11/10/2007, Proc. n.º 01521/02: «A mais frequente fundamentação é, contudo, a de aceitar a irrelevância de vícios procedimentais sempre que decisão tomada seja a única possível, mesmo perante actos praticados no exercício do poder discricionário, como se pode ver, no acórdão de 7-2-2002, proferido no recurso 46.661».

Em jeito de síntese, podemos afirmar que a justiça administrativa portuguesa tem demonstrado uma posição maioritariamente tendente a perspectivar como irrelevante a distinção entre actos vinculados e actos discricionários para efeitos de aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo. O foco de aplicação deste princípio tem-se centrado, antes, na “neutralidade ou não essencialidade do vício relativamente ao conteúdo da decisão”<sup>31</sup>.

Nota final para sublinhar o facto de o novo CPA, na alínea c) do n.º 5 do artigo 163.º, ao prever expressamente a possibilidade de aproveitamento do acto administrativo relativamente a actos discricionários, não deixará de motivar um interessante desafio ao juiz-aplicador, implicando, necessariamente, a convocação do princípio da separação dos poderes: é que, no momento de determinar a irrelevância anulatória de vícios que afetem atos discricionários, não poderá nunca ser consentido ao juiz que se *substitua* à Administração, administrando, *i.e.*, emitindo juízos de oportunidade e conveniência relativamente ao modo como a Administração actuou, sob pena de violação do princípio da separação de poderes<sup>32</sup>.

### 3.2. Doutrina

Não é consensual na doutrina nacional a determinação das razões justificativas do princípio do aproveitamento do acto administrativo, podendo dividir-se, no essencial, três posições diferentes<sup>33</sup> sobre o assunto: (i) os «subjectivistas», (ii)

31. PEDRO MACHETE, *O aproveitamento de atos administrativos ilegais (Reflexões sobre o artigo 163.º, n.º 5, do Código do Procedimento Administrativo)*, Estudos em Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, cit., p. 824.

32. Quando o juiz Administrativo decida, no caso concreto, sobre a aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo relativamente a um acto discricionário terá que ter particulares preocupações para que, ao decidir, limite a sua actuação ao *estricto controlo da legalidade administrativa*. Assim, o juiz-administrativo, não pode entrar em considerações que digam respeito ao domínio próprio da actuação administrativa, designadamente fazendo juízos de oportunidade, tomando considerações que se prendam com o exercício ou valorações próprias do poder administrativo, sob pena de se violar o princípio da separação de poderes.

33. (i) *Subjectivistas*: RUI MACHETE, *A relevância processual dos vícios do procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa (...)*, pp. 851 ss; (ii) *Objectivistas*: VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa (...)*, pp. 306 ss; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública (...)*, cit., pp. 969 e 970; (iii). *Negativistas*: MARCELO

os «objectivistas» e, por fim, (iii) os «negativistas».

Começando pelos subjectivistas, radicam-se na ideia segundo a qual a Constituição define o contencioso administrativo português como tendo natureza primacialmente subjectiva, ou seja, centrando-se na defesa das posições jurídicas substantivas dos particulares em face da Administração<sup>34</sup>. Esta pré-compreensão da justiça administrativa leva-os a defender que quando em presença vícios procedimentais, estes apenas não terão relevância anulatória no acto administrativo quando os mesmos não tenham influenciado a decisão final; estar-se-ia, portanto, perante uma situação em que, processualmente, existiria falta de interesse em agir.<sup>35</sup>

No que diz respeito aos *objectivistas*, a defesa da sua posição sustenta-se na ideia segundo a qual a irrelevância anulatória do acto administrativo por via da ocorrência de um vício formal se consegue na medida em que a força normativa destas normas se encontra enfraquecida relativamente às normas matérias. Os objectivistas sustentam igualmente a sua posição no considerando segundo o qual, “o aproveitamento do acto decorreria da admissão «inevitável» de que «os sectores da administração de massas (...) nem sempre estão em posição de aplicar ou respeitar todos os requisitos de legalidade, pelo que, de modo a «salvaguardar a capacidade funcional da administração em face da escassez de recursos», deveria passar a tolerar-se «uma certa inobservância das regras administrativas, », conducente, afinal ao reconhecimento jurídico de uma «ilegalidade justificada pela função»”<sup>36</sup>.

Por fim, os *negativistas*, estes opõem-se frontalmente relativamente à teoria do aproveitamento do acto administrativo. Tomando como referência os vícios formais do acto administrativo, os defensores desta tese consideram que a admissibilidade do aproveitamento do acto administrativo conduz a uma “depreciação do vício de forma à margem da lei”<sup>37</sup>. Mais, defendem ainda a ideia segundo a qual os momentos formais do procedimento administrativo tendem cada vez mais a destacar-se pela importância crescente que os mesmos têm para o Direito Administrativo, “conferindo relevo especial a valores como a ponderação decisória, a transparência e a previsibilidade da actuação pública, a protecção da confiança dos particulares, valores assegurados directa e

---

REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, cit. pp. 56 e 138. Ainda, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do CPA*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 100 (Julh-Agos), 2013, cit., pp. 64 e ss.

34. A Constituição consagra expressamente o direito subjectivo de acção contra a Administração garantindo aos administrados e a tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos nos artigos 20.º, n.º 1 e 268.º, n.º 4 da CRP.

35. Neste sentido, RUI MACHETE, *A relevância processual dos vícios do procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa Portuguesa*, Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. 3, cit., 2006, pp. 873 e 878.

36. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do CPA*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 100 (Jul-Ago), 2013, cit., nota de rodapé (77), p. 64.

37. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2010, p. 56.

autonomamente pelas leis de forma”<sup>38-39</sup>. Esta posição parece ser assumida por ANDRÉ SALGADO MATOS, ao referir que “hoje, deve presumir-se que todas as formalidades procedimentais prosseguem fins que ultrapassam a mera garantia da conformidade jurídica material das decisões finais que nele sejam adoptadas, carecendo de demonstração que assim não sucede com uma formalidade específica”<sup>40-41-42</sup>, na base desta posição encontra-se a ideia de que os momentos procedimentais administrativos têm um “valor próprio” que deve ser respeitado. Conforme sublinha LUÍS HELENO TERRINHA, a posição de destaque do procedimento administrativo encontra-se reforçada “seja pela sua cada vez mais relevante função cognitiva «relacionada com o imperativo da geração procedimental de conhecimento necessário à tomada de decisões, em especial quando o objecto decisório está associado a matérias cujos complexos cognitivos de base são precários e facilmente mutáveis, ou de difícil apreensão e acesso por parte da Administração», seja pela responsabilidade democratizante que se pretende que o procedimento assuma «sustentando a orientação democrática da

---

38. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do CPA*, Cadernos de Justiça Administrativa, n. °100 (Jul-Ago), 2013, cit., p. 65., citando VIEIRA DE ANDRADE em *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1992, cit. pp. 314 e 315.

39. Esta visão leva por exemplo Eberhard Schmidt-Assman a considerar que a ideia de “uma função serviçal do direito procedimental “deveria dar lugar a uma ideia de “garantia da correção através do procedimento”. A este propósito, Jörn Ipsen considera que o paradigma tem que ser outro, i.e., tem que seguir no sentido de passar-se a depor “em favor de uma presunção de que uma autoridade administrativa que não foi escrupulosa com os preceitos procedimentais pode também incorrer em vícios na decisão quanto ao fundo”. As posições assumidas por estes autores encontram-se explicita em ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do CPA*, Cadernos de Justiça Administrativa, n. °100 (Jul-Ago), 2013, cit., p. 65.

40. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do CPA*, CJA, n. °100 (Jul-Ago), 2013, cit., pp. 65 e 66.

41. Não tomando posição sobre o assunto, embora destacando o especial papel que o procedimentalismo jurídico-administrativo desempenha no panorama administrativo actual veja-se LUÍS HELENO TERRINHA, *Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto*, Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo, A.A.F.D. Lisboa, 2ª edi., 2015, pp. 926 e ss.

42. Na base de toda esta construção encontra-se a ideia segundo a qual os momentos procedimentais da actuação administrativa têm uma importância tal que, pura e simplesmente, não podem ser colocados de parte. Assim, esta é uma posição que não é adepta da solução que preveja o mecanismo do aproveitamento do acto. O que aqui está em causa, consideram estes, é encarar o procedimentalismo como realidade jurídica com valor próprio.

Veja-se com LUÍS HELENO TERRINHA que os defensores desta corrente organizam-se, quanto aos fundamentos que sustentam as suas posições, em dois grupos distintos, são eles os seguintes: i) por um lado, aqueles que associam o “valor próprio do procedimento à sua pretensão compensatória em face da menor densidade material do programa normativo dirigido à Administração”, ou seja, aqui “o procedimento ainda é instrumental relativamente ao direito material, mas já se reconhece uma sua dimensão específica que emerge como equivalente funcional compensatório da indeterminação do plano material, contribuindo para a concretização e realização deste último”, ii) por outro lado, aqueles que afirmam “um verdadeiro carácter autónomo e constitutivo do procedimento administrativo, daí derivando o decisivo corolário científico-metodológico da realização da categorização binária e excludentemente alternativa entre direito formal e material ” cfr., in., , *Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto*, Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo, A.A.F.D. Lisboa, 2ª edi., 2015, p. 931.

formação da vontade administrativa»<sup>43</sup>. Subscrevendo esta posição temos ainda o Direito Europeu que, com artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ao destacar a importância do *direito das formas* no âmbito do Direito Administrativo<sup>44</sup>.

#### 4. O princípio do aproveitamento do acto administrativo no CPA: o n.º 5 do artigo 163.º

A primeira observação que se pode fazer sobre a consagração legal do princípio do aproveitamento do acto administrativo no novo CPA<sup>45</sup> é a de que o n.º 5 do artigo 163.º veio consagrar uma versão significativamente diferente daquela que tinha sido discutida e que constava do *Anteprojecto* de revisão do CPA (cfr., aí, o n.º 5 do artigo 161.º)<sup>46</sup>. Contudo, não serão objecto de estudo aprofundado neste trabalho as soluções legais previstas pelo *Anteprojecto* de revisão do CPA, uma vez que o foco da investigação se centrará nas soluções legais vigentes.

Poder-se-á desde já referir que a solução legal encontrada pelo legislador consagra expressamente uma *obrigação legal* de não anulação do acto viciado quando se encontrem preenchidos, para cada alínea considerada isoladamente, todos os pressupostos normativos de que depende a sua operatividade. Assim, passou a haver um *poder-dever* de não anulação do acto administrativo<sup>47</sup>.

---

43. LUÍS HELENO TERRINHA, *Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto*, Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo, A.A.F.D. Lisboa, 2.ª edi., 2015, p. 932.

44. Vejam-se os n.ºs 1 e 2 do artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que dispõem o seguinte: “n.º1 :Todas as pessoas tem direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável; n.º2 :Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões”.

45. Aqui não podemos deixar de acompanhar MARCO CALDEIRA que assume frontalmente a sua perplexidade com a “opção de fundo do legislador” que “ao acolher expressamente um tal princípio e a dar-lhe foro de lei” veio na verdade fazer uma “auto-derrogação legislativa”, através da qual “um diploma procede à degradação da força jurídica da lei e admite a que a violação do bloco legal aplicável à Administração possa não gerar a invalidade dos actos com aquele desconformes” in, *A figura da “anulação administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015*, Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo, A.A.F.D.Lisboa, 2015, p.652.

46. Disponível em: [http://www.dgpi.mj.pt/sections/DestBanner/revisao-do-codigo-do/downloadFile/attachedFile\\_f0/Texto\\_consolidado\\_CPA\\_Negrito\\_retificado.pdf?noca-che=1368552332.15](http://www.dgpi.mj.pt/sections/DestBanner/revisao-do-codigo-do/downloadFile/attachedFile_f0/Texto_consolidado_CPA_Negrito_retificado.pdf?noca-che=1368552332.15).

47. Conforme observa, e bem, LUÍS HELENO TERRINHA, da redacção do texto do artigo 163.º, n.º 5 do CPA resulta à evidência um paradoxo que decorre da circunstância de “querer afastar o que se pressupõe”, ou seja, o acto seria “não anulável porque anulável”. Conforme explica o autor, esta formulação permite afirmar que, neste caso, – afastamento do efeito anulatório – encontra-se afastado o cenário da convalidação do acto, permanecendo “intocada a invalidade de base da decisão”. Deste modo, considera o autor, estarmos em presença de “um acto anulável não-anulável, impossível de ser feito corresponder a um acto válido”, LUÍS HELENO

Conseguiu-se com isto afastar a solução que fora proposta no *Anteprojecto* de revisão do CPA, que consagrava apenas uma faculdade de recusa de anulação do acto ao juiz administrativo<sup>48</sup>.

Questão diferente é a de saber quem é o destinatário desta norma: só o juiz administrativo ou também a própria Administração? A este propósito, recorde-se que o *Anteprojecto* fazia referência ao “juiz administrativo” como aquele que poderia afastar o efeito anulatório ao acto. Acontece, porém, que tal referência desapareceu no novo n.º 5 do artigo 163.º do CPA, passando agora a nada dizer-se sobre a questão de saber quem é o destinatário da norma. A consequência que resulta desse facto é a de que a norma, ao deixar de lado como seu destinatário exclusivo o juiz administrativo, deixa de ter natureza processual, passando agora a dirigir-se *também* à Administração<sup>49 - 50</sup>.

Passando agora à análise concreta do regime legal estabelecido no Código do Procedimento Administrativo a propósito do princípio do aproveitamento do acto administrativo, interessa começar por considerar a alínea a) do n.º 5 do artigo 163.º do CPA. Relativamente a esta alínea, diremos que a mesma tem um âmbito de aplicação claro que se traduz na aplicação do princípio do aproveitamento do acto relativamente a *actos vinculados*<sup>51</sup> ou àqueles relativamente aos quais

---

TERRINHA, *Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto*, Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo, A.A.F.D. Lisboa, 2.ª edi., 2015, p. 936.

48. Reforçando a ideia segundo a qual estamos perante um *poder-dever* de não anulação do acto administrativo veja-se o n.º 5 do artigo 163.º do CPA que ao dizer que “*Não se produz o efeito anulatório quando*” está, precisamente, a determinar que para todas as situações do género que se encontrem previstas na norma em questão, i.e., as alíneas a), b), c), se verifica obrigatoriamente a inobservância do efeito anulatório do acto administrativo viciado. Esta solução legal fica perfeitamente clara quando a confrontamos com o que se previa na versão do *Anteprojecto* de revisão do CPA que, no n.º 5 do artigo 161.º, determinava o seguinte “*o efeito anulatório pode ser afastado pelo juiz administrativo quando*”. Ora, este “*pode ser*” traduzir-se-ia numa mera faculdade de afastamento. Fica assim bem patente qual foi realmente a intenção do legislador com esta alteração de redacção que ficou consagrada versão final do n.º 5 do artigo 163.º do novo CPA. Com o mesmo entendimento veja-se, ANA CELESTE CARVALHO, *Os vários caminhos da jurisprudência administrativa na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo*, Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015 pp.19 ss.

49. Assim, ANA CELESTE CARVALHO, *Os vários caminhos da jurisprudência administrativa na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo*, Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, cit., pp. 23, 24; PEDRO MACHETE, *O aproveitamento de ato administrativo ilegais (Reflexões sobre o artigo 163.º, n.º 5(...))*, Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, cit., p. 827. Criticando ainda a faculdade de afastamento do efeito anulatório ao abrigo do artigo 161.º, n.º 5 do *Anteprojecto* veja-se, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do CPA*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 100 (Julh-Agos), 2013, cit., p. 61.

50. Neste sentido, MARCO CALDEIRA, “A figura da «Anulação Administrativa» (...)”, p. 651, e LUÍS HELENO TERRINHA, *Procedimentalismo jurídico-administrativo (...)*, p. 942, este último autor destaca inclusive a circunstância de que seguir o entendimento contrário, i.e., de que o preceito teria o seu âmbito subjectivo de aplicação circunscrito os Tribunais Administrativos, levaria a que se permitisse à Administração aquilo que não se permite aos Tribunais, ou seja, no fundo a Administração teria um poder discricionário de afastar, ou não, o efeito anulatório de um acto administrativo, resultado que o legislador clara e inequivocamente não quis consagrar.

51. Perante um acto vinculado pode ocorrer que, ainda assim, o conteúdo do acto possa



se encontre reduzida a zero a sua discricionariedade. Estão, portanto, em causa as situações em que “mesmo que a ilegalidade cometida não tivesse ocorrido, o conteúdo do ato não poderia ser diferente daquele que foi, pelo que a sua eventual anulação teria necessariamente de conduzir à prática de um novo ato com o mesmo conteúdo”<sup>52</sup> - <sup>53</sup>. Podemos por isso dizer que nesta alínea se encontram previstas as situações em que “a lei confere ao interessado o direito a um acto administrativo com determinado conteúdo, mas também aquelas em que embora sob discricionariedade administrativa, o caso concreto permite identificar apenas uma solução como legalmente admissível, por existir apenas uma solução juridicamente válida, não concedendo margem para uma decisão alternativa”<sup>54</sup>. No que concerne ao tipo de ilegalidades que aqui estão em causa, não há, pois, como afastar o entendimento de PEDRO MACHETE, que considera tratarem-se de “vícios de fim (erro de facto e erro de qualificação dos factos) e vícios formais (vícios de procedimento e vícios de forma)”<sup>55</sup>.

Diferentemente, a alínea b) do n.º 5 do artigo 163.º do CPA circunscreve a sua previsão às situações em que haja a violação de regras formais ou procedimentais, em razão da instrumentalidade dessas regras, dando tradução ao fenómeno de degradação das formalidades essenciais em não essenciais. Nestas situações, o que se exige é que “os valores protegidos pela norma procedimental ou formal violada tenham sido assegurados por outra via, de modo a poder afirmar-se que a ilegalidade cometida não teve qualquer efeito sobre a substância da decisão, pelo que não se justifica que tenha relevância invalidante em relação a ela”<sup>56</sup>.

---

vir a ser outro. Isto acontece quando “numa situação de acto vinculado existir uma relação causal abstracta entre o vício e o acto (...) e também uma relação concreta específica” não sendo por isso evidente que “o conteúdo do acto não possa vir a ser outro ou que não possa haver influência na relação concreta entre o vício registado e o conteúdo do acto praticado”. Assim, RUI MACHETE, *Breves notas sobre as sanções dos vícios procedimentais (...)*, Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo, cit., 2013, p. 811.

A própria jurisprudência tem admitido a inaplicabilidade do princípio do aproveitamento do acto relativamente a actos vinculados, designadamente nos casos em que tenha sido preterida a audiência dos interessados. A este propósito veja-se alguns acórdãos que depõem no sentido da rejeição da aplicação do princípio do aproveitamento aos actos vinculados os Acórdão do STA proc. n.ºs 046482, de 17/01/2002 e 1618/02, de 23/05/2004, disso dá nota, INÊS PIRES RAMALHO, *O princípio do aproveitamento do Acto (...)*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2001, cit., p. 200, nota de rodapé (60).

52. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Almedina, 2015, cit., p. 277.

53. Conforme faz notar LUÍS HELENO TERRINHA, do que se trata aqui são de situações em que, efectivamente, existe uma vinculação jurídica, i.e., “pressupõe-se que o direito substantivo heterodetermina totalmente o sentido da decisão administrativa a adoptar”. Assim, “a norma jurídica em que se justifica o acto não há-de, pois, atribuir qualquer discricionariedade à Administração «quanto às consequências jurídicas a impor», nem ser caracterizada (na sua *facti species*) por conceitos indeterminados ou vagos carecidos de valorações a efectuar também pela Administração «valorações que se geram, especialmente, no procedimento administrativo»” in., *“Procedimentalismo jurídico-administrativo (...)”*, p. 946.

54. ANA CELESTE CARVALHO, *Os vários caminhos da jurisprudência administrativa na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo*, Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, cit., p. 34.

55. PEDRO MACHETE, *O aproveitamento do actos administrativos ilegais (...)*, Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, cit., p. 829.

56. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Almedina,

Por fim, temos a alínea c) do n.º 5 do artigo 163.º do CPA, que consagra o afastamento do efeito anulatório para os *actos discricionários*. Da leitura desta hipótese resulta que “[a] mesma exige para que a anulabilidade do acto seja afastada que, nas concretas circunstâncias do caso, «se comprove, sem margem para dúvidas», que o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo, mesmo que a ilegalidade não tivesse ocorrido”<sup>57-58</sup>. Deste modo, o que interessa nesta alínea é o apuramento de que inexistiu um *nexo causal*<sup>59</sup> entre a ilegalidade cometida e o conteúdo da decisão final<sup>60</sup>.

Tendo ainda por referência a alínea c)<sup>61</sup>, diremos que quando a confrontamos com a alínea b), chegamos a um resultado interpretativo segundo o qual se encontram previstas na alínea c) as situações em que os actos administrativos padecem de vícios formais e procedimentais ou, ainda, vícios materiais<sup>62</sup>.

Finalmente, não podemos deixar de concordar com PEDRO MACHETE que ao analisar a alínea c) do n.º 5 do artigo 163.º CPA e confrontando-a com as demais

---

2015, cit., p.278.

57. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Almedina, 2015, cit., p.279.

58. No que diz respeito ao alcance da alínea c) do n.º 5 do artigo 163.º do CPA. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO/TIAGO SERRÃO/MARCO CALDEIRA/JOSÉ DUARTE COIMBRA consideram que se tratam dos casos em que “a decisão administrativa não teria de ser aquela que foi (nem à luz da lei, nem das circunstâncias do caso concreto), mas que, ainda assim, teria sido efectivamente aquela mesmo que nenhuma ilegalidade houvesse sido cometida”. Os autores acabam por considerar que a prova de que, mesmo sem o vício, o acto teria sido praticado com o mesmo conteúdo é “bastante difícil para a Administração”, já que “se a lei aplicada na decisão admitia uma pluralidade de soluções em abstrato, parece extremamente delicada a demonstração de que, apesar da ilegalidade cometida, a decisão teria sido idêntica”, concluem dizendo que, em boa verdade, está-se aqui perante uma “*probatio diabólica* a cargo da Administração, o que tenderá a reduzir o campo de aplicação desta causa de afastamento do efeito anulatório e a favorecer o sucesso das pretensões impugnatórias do(s) particular(es) eventualmente lesado(s) pelo acto, embora a Administração possa depois proceder à emissão de um novo acto de idêntico conteúdo, sem incorrer nos mesmos vícios que determinaram a ilegalidade do acto primeiramente praticados” in, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, Almedina, 2016, pp. 255 e 256.

59. A propósito do juízo de prognose póstuma que o tribunal tem que realizar para o apuramento da existência, ou não, de um *nexo causal* entre o vício cometido e o sentido da decisão a doutrina tem-se dividido entre aqueles que são apologistas de uma causalidade concreta e aqueles que defendem a necessidade de se apurar uma causalidade possível. Por um lado, temos os defensores da causalidade concreta – que consideram que do que se trata é de saber se “a Administração, sem o vício, teria chegado à mesma decisão e se, por isso, o vício não foi determinante do conteúdo do acto”, por outro lado, temos os defensores da teoria da causalidade possível – assente na teoria da relação possível entre vício e acto. Note-se que esta última teoria leva a dificultar o aproveitamento de actos discricionários viciados, porquanto se assume que a possibilidade de influência que o vício terá no acto é “tanto maior quanto menor for a vinculação ou heterodeterminação legal da acção administrativa em causa”, LUÍS HELENO TERRINHA in, “*Procedimentalismo jurídico-administrativo (...)*”, pp. 949 ss.

60. PEDRO MACHETE, *O aproveitamento do actos administrativos ilegais (...)*, Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, cit., p. 830.

61. O mesmo se aplica relativamente à alínea a) do n.º 5 do artigo 163, n.º 5 CPA.

62. Contrariamente à alínea b) do n.º 5 do artigo 163.º CPA que se circunscreve às situações que se verifique a ocorrência de vícios procedimentais ou formais, ficando fora do seu alcance normativo os vícios matérias.



alíneas, chega à conclusão de que existe uma relação de consunção entre a alínea c) e cada uma das demais alíneas isoladamente consideradas, na medida em que a alínea c), além da valoração própria que a diferencia das demais, consagra um elemento comum a todas as alíneas: o nexo causal que se tem que estabelecer entre a irrelevância do vício no conteúdo da decisão concreta para que possa afirmar a inobservância do efeito anulatório do acto administrativo à luz do n.º 5 do artigo 163.º CPA<sup>63</sup>.

## 5. Conclusões

1. Conforme se verificou, o princípio do aproveitamento do acto administrativo tem como fundamento último a salvaguarda do princípio da economia dos actos públicos, ou seja, destina-se a evitar a anulação de actos administrativos que, se fossem anulados, seriam repetidos com o mesmo conteúdo decisório.
2. Este princípio, depois de um longo percurso jurisprudencial e ainda de um tímido percurso doutrinal, veio, no seguimento da discussão que teve lugar no *Anteprojecto* do CPA, a ter consagração expressa no novo CPA, designadamente no n.º 5 do artigo 163.º, consagrando a aplicação do mesmo a três diferentes tipos de situações: (i) actos vinculados ou actos cuja discricionariedade se encontra reduzida a zero; (ii) vícios de forma e de procedimento; (iii) actos discricionários.
3. De referir ainda que a solução normativa a que se chegou foi influenciada decisivamente pela solução legal alemã presente na VwVfG – e que tem no seu § 46 a norma relevante para efeitos de afastamento do efeito anulatório do acto administrativo.
4. Relativamente aos tipos de vícios que se encontram abrangidos pelo âmbito normativo do n.º 5 do artigo 163.º do CPA, fica claro que o mesmo (i) se aplica a vícios formais, procedimentais ou materiais quando estejamos no âmbito de aplicação das alíneas a) e c) e (ii) só se encontra abrangido por vícios formais ou procedimentais na alínea b).
5. Merece ser sublinhado o facto de se ter consagrado expressamente na alínea c) do preceito a possibilidade de o aproveitamento do acto administrativo operar relativamente a actos discricionários e, com isso, se ter esbatido, completa e definitivamente, a divergência jurisprudencial que se tinha gerado relativamente a esta matéria. Fica agora estabelecida a tendencial indiferença quanto ao carácter vinculado ou discricionário do acto administrativo para efeitos de aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo. O que realmente importa é a exigência que impende sobre o juiz administrativo e sobre a Administração de, realizando um juízo de prognose póstuma, determinar, “*sem margem para dúvidas*”, a ausência

---

63. PEDRO MACHETE, *O aproveitamento do actos administrativos ilegais (...)*, Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, cit., pp. 830 e ss.

de influência da ilegalidade na decisão final do acto. Assim, só nestes casos se pode afastar o efeito anulatório do acto viciado.

6. Por fim, concluímos ainda pelo carácter consuntivo da relação que se estabelece entre a alínea c) e as demais alíneas do n.º 5 do artigo 163.º do CPA, valendo a este título as lapidares palavras de PEDRO MACHETE que, a este propósito, conclui asseverando que “tal conclusão não só não contraria a letra de nenhuma das referidas alíneas, como é aquela que se afigura mais correcta numa perspectiva de adequação metódica e de respeito pela teleologia do próprio instituto em causa”<sup>64</sup>.

### Bibliografia

ANDRADE, José Vieira de, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1992;

ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, Almedina, 2015;

CALDEIRA, Marco, *A figura da “anulação administrativa” no Código do Procedimento Administrativo de 2015*, Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo, A.A.F.D.Lisboa, reimpr., 2015;

CARVALHO, Ana Celeste, *Os vários caminhos da jurisprudência administrativa na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo*, Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015;

DIAS, José Eduardo Figueiredo/ OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, 2010;

DUARTE, David, *A norma de legalidade procedimental Administrativa*, Almedina, 2006;

FONSECA, Isabel Celeste M. Fonseca, *Tramitação e formalidades : (proposta de) golpes às garantias procedimentais fundamentais dos interessados?*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º100 (Julho/Agosto), 2013;

RAMALHO, Inês Pires, *O Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, 2011;

MACHETE, Rui Chancerelle de, *A Relevância Processual dos Vícios Procedimentais no novo paradigma da Justiça Administrativa Portuguesa*, Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. 3, 2006;

---

64. PEDRO MACHETE, *O aproveitamento do actos administrativos ilegais (...)*, Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, cit., p. 833.

-*Breves notas sobre as sanções dos vícios procedimentais e de forma no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo (PCPA)*, Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo, Almedina, 2013;

MACHETE, Pedro, *Cadernos de Justiça Administrativa* Braga, nº 101 (Setembro - Outubro), 2013;

- *O aproveitamento de atos administrativos ilegais (Reflexões sobre o artigo 163º, nº 5, do Código do Procedimento Administrativo)*, Estudos em homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015;

MATOS, André Salgado de, *A invalidade do acto administrativo no projecto de revisão do CPA*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. º100 (Julho-Agosto), 2013;

MOURA, Natália Torquete, *Reflexões sobre o princípio do aproveitamento do ato administrativo*, *O Direito*, Ano 145.º, I-II, 2013;

SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 5ªed., D.Quixote, 2014;

- *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed.reimpr., D.Quixote, 2010;

TERRINHA, Luís Heleno, *Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto, Reflexões críticas sobre o art.163, n.º 5 do Código do Procedimento Administrativo*, *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, A.A.F.D.Lisboa, 2.ª edi., 2015;

OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980;

OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública, O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, 2ª reimp., 2011;

PINHEIRO, Alexandre Sousa/ SERRÃO, Tiago/ CALDEIRA, Marco/ COIMBRA, José Duarte, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, Almedina, 2016.

\*\*\*