



UNIVERSIDADE  
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE  
DE DIREITO  
ESCOLA DE LISBOA

# PROJETO DE REVISÃO DO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

**COLÓQUIO**  
25 de junho de 2013

Coordenação Científica:

**Prof. Dr. Rui Chancerelle Machete | Prof. Doutor Luís  
Sousa da Fábrica | Mestre André Salgado de Matos**



UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA

Escola de Lisboa  
da Faculdade de Direito  
da Universidade Católica Portuguesa

**PROJETO DE REVISÃO DO  
CÓDIGO DO  
PROCEDIMENTO  
ADMINISTRATIVO**



Universidade Católica Editora

# Índice

- 4 Apresentação
- 6 Procedimento administrativo.  
Conceito, âmbito e função (no Projeto do Código)  
RUI MACHETE
- 17 O projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo:  
uma revolução legislativa anunciada e as suas consequências  
ANDRÉ SALGADO DE MATOS
- 46 Âmbito de aplicação e princípios gerais no projeto  
de revisão do CPA  
JORGE PEREIRA DA SILVA
- 72 O procedimento administrativo  
VASCO PEREIRA DA SILVA
- 83 A validade e eficácia do ato administrativo  
PEDRO MACHETE
- 95 Notas sobre a revogação no projecto de revisão do CPA  
TIAGO MACIEIRINHA
- 105 O regime da execução do ato administrativo no Projeto de revisão  
do Código do Procedimento Administrativo  
FILIPA URBANO CALVÃO
- 113 Os procedimentos administrativos de controle  
LUÍS SOUSA DA FÁBRICA
- 125 Implicações no âmbito dos contratos da administração pública  
MARIA JOÃO ESTORNINHO
- 135 A revisão do CPA: balanço e perspetivas  
DIOGO FREITAS DO AMARAL

## Apresentação

Ao longo de mais de vinte anos de vigência, o Código do Procedimento Administrativo revelou as notáveis qualidades que permitem hoje qualificá-lo, sem hesitações, como um dos momentos altos da produção legislativa nacional das últimas décadas. Submetido a um escrutínio rigoroso da doutrina e a uma aplicação intensa pelos práticos, a sua invulgar longevidade atesta a elevada qualidade, formal e substancial, das suas normas, o pragmatismo dos objectivos a que se propôs e o equilíbrio prudente entre as garantias dos particulares e as necessidades da Administração. Ao Código e aos seus autores muito ficou a dever a Administração e o Direito Administrativo.

Mas das obras humanas nenhuma é perfeita e nenhuma é eterna. Foi-se tornando consensual, com a passagem do tempo, a necessidade de actualizar o Código do Procedimento Administrativo, que respondia com progressiva dificuldade à evolução ocorrida noutros sectores do ordenamento jurídico, aos progressos da doutrina e da jurisprudência e à drástica mutação do contexto tecnológico em que se movia a Administração.

O impulso reformador teve como última cristalização um ambicioso projecto de revisão – dirão alguns que é um novo Código –, elaborado por alguns dos mais ilustres membros da academia e da magistratura e colocado recentemente pelo Governo à discussão pública.

Não podia a Faculdade de Direito da Universidade Católica ficar ausente desse debate, atenta a consciência aguda, própria da sua matriz constitutiva, dos deveres da instituição universitária perante a comunidade ao serviço da qual se coloca. Cremos firmemente nesta casa que o sentido da universidade passa pela sua abertura permanente à comunidade – neste caso a comunidade jurídica – e daí a disponibilidade imediata dos nossos juspublicistas para participarem numas jornadas abertas de discussão do projecto legislativo.

Organizar o evento não foi uma tarefa fácil, dado o ritmo vertiginoso que as circunstâncias impunham, mas foi uma tarefa agradável e recompensadora, pela extraordinária adesão do público. O número de interessados foi tal que a comissão organizadora se viu obrigada a fechar as inscrições, quando já excediam as centenas de lugares disponíveis no Auditório Cardeal Medeiros.

Perante uma sala cheia, composta por um público interessado e interveniente, sucederam-se intervenções em registos vários, que permitiram dar uma imagem colorida e multifacetada do Código e do projecto de revisão. Para quem assistiu e pretende visitar essas intervenções e, sobretudo, para quem não pôde assistir e pretende informar-se do encontro e desencontro de perspectivas então verificado, são agora reunidos e disponibilizados publicamente os textos das intervenções, na expectativa de que contribuam para a melhoria do projecto, para a melhoria do Direito e para a melhoria do País. É esse o dever da Universidade Católica.

Uma nota final para assinalar que alguns autores, na transcrição das suas intervenções, optaram por utilizar a grafia anterior ao Acordo Ortográfico.

LÚIS SOUSA DA FÁBRICA

# Procedimento administrativo. Conceito, âmbito e função (no Projeto do Código)<sup>1</sup>

RUI MACHETE\*

1. Quero começar por saudar a oportuna realização deste colóquio sobre o projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo. Depois, agradecer as palavras muito generosas que o Prof. Doutor Luís Fábica quis ter a amabilidade de me dirigir, bem como cumprimentar o Prof. Doutor Henrique Sousa Antunes, Diretor da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, o Sr. Dr. José Miguel Sardinha, representante da Sr.<sup>a</sup> Ministra da Justiça, e, por fim, os meus Colegas de painel.

A minha exposição visará fundamentalmente três objetivos: *(i)* em primeiro lugar, tentar explicar a importância da evolução do conceito de procedimento administrativo ao longo do processo de codificação e no atual processo de revisão do Código do Procedimento Administrativo; *(ii)* em segundo lugar, cotejar qual era a situação pressuposta pelo atual Código do Procedimento Administrativo, isto é, como era a Administração Pública na altura em que foram elaborados os diversos projetos de Código, aqui incluído o momento de elaboração e aprovação do próprio Código do Procedimento

---

<sup>1</sup> Conservou-se no texto a oralidade da comunicação.

\* Professor convidado da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Administrativo; (iii) por fim, procurar explicar quais são, ao menos na minha perspectiva, os objetivos habituais de uma codificação administrativa, e verificar se este projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo logra realizar estes objetivos e dar resposta a algumas das insuficiências que o tempo impôs a este Código.

Claro está que, neste âmbito, é inevitável referirmo-nos às omissões de que inevitavelmente padecem, quer o Código, quer o seu projeto de revisão, até porque nesta matéria não há nunca um trabalho definitivo, mas antes um processo que se vai progressivamente fazendo, refazendo, melhorando, aperfeiçoando, ou pura e simplesmente substituindo.

2. Como é sabido, existem três grandes grupos de normas de Direito Administrativo<sup>2</sup>: (i) as normas materiais em sentido estrito; (ii) as normas de organização; e (iii) as normas procedimentais.

A propósito deste último tipo de normas, e para termos uma ideia de como tem vindo a mudar o pensamento jurídico — quer do ponto de vista doutrinal, quer, aqui e além, do ponto de vista do legislador —, é interessante citar a última noção de procedimento administrativo dada por um conhecido autor alemão, Eberhard Schmidt-Aßmann<sup>3</sup>. Este define o procedimento administrativo como o conjunto de fenómenos de aquisição ou elaboração de informação que, organizados numa certa ordem, decorrem sob a responsabilidade de um titular de funções administrativas.

A minha tradução é bastante livre, mas reflete bem o quão longe estamos das definições que se reportam à decisão administrativa. Para além disso, é curioso notar que a noção avançada por Schmidt-Aßmann desliga o procedimento administrativo de uma relação necessária com as decisões administrativas — sejam elas atos administrativos com efeitos externos, sejam elas decisões internas —, para ligar o procedimento administrativo apenas à atividade de recolha de informação, em articulação aliás com a importância que a informação e o seu trabalhar têm no que respeita à ponderação necessária à preparação e tomada de decisões administrativas.

---

<sup>2</sup>Referindo-me, claro está, ao Direito Administrativo substantivo, que se contrapõe ao Direito Processual Administrativo.

<sup>3</sup>No seu último trabalho sobre a matéria, e que faz parte do *Tratado de Direito Administrativo (Grundlagen des Verwaltungsrecht*, vol. II, Munique, 2012, p. 497), obra que tem vindo a ser publicada como uma manifestação da nova Escola do direito administrativo alemão.

Esta definição que vos apresentei é um ponto de chegada da reflexão do Autor. De forma alguma, quer o código português, quer o código alemão se aproximam de uma definição tão “desmaterializada” de procedimento administrativo – aliás é duvidoso, para efeitos práticos, que ela seja tão útil quanto à primeira vista parece, uma vez que o próprio Schmidt-Aßmann acaba, na sua contribuição para esse *Tratado de Direito Administrativo*, por não ser inteiramente fiel à noção que dá. Mas é uma noção interessante, porque é testemunha de uma evolução importante na dogmática do Direito Administrativo e porque nos abre perspectivas quanto à forma de abordagem jurídica ao fenómeno do procedimento administrativo.

Ora, quer o Código do Procedimento Administrativo em vigor, quer o projeto de revisão do mesmo mantêm-se fiéis ao conceito clássico de procedimento administrativo, apelando à existência de uma “sucessão ordenada de atos e formalidades tendentes [e teleologicamente ordenadas] à formação e manifestação da vontade da Administração Pública ou à sua execução” (cf. n.º 1 do artigo 1.º do Código vigente). Esta definição, hoje constante do Código do Procedimento Administrativo, pode e deve ser ampliada por forma a abranger outros aspetos que se incluem hoje nos procedimentos administrativos, mas que não se reconduzem à ideia de “formação e manifestação de vontade”. Com efeito, e como veremos, um dos propósitos do projeto de revisão foi o de ampliar a noção de procedimento administrativo, pese embora considere que neste domínio o projeto de revisão não vai tão longe quanto porventura seria desejável.

Como não podia deixar de ser, a perfilhação de uma noção clássica e restrita de procedimento administrativo não é de somenos importância, porquanto ela dá-nos o tom e o enfoque por que se encara a codificação desta matéria. Esta noção contribui para a delimitação do âmbito material de aplicação do diploma. Importa dizer que o nosso Código do Procedimento Administrativo – na parte cuja responsabilidade o Professor Luís Fábria teve a amabilidade de recordar que a mim me cabe – foi muito influenciado não apenas pela codificação germânica que na altura estava em preparação (mas ainda não se encontrava em vigor, nem sequer tinha sido publicada), como também por dois autores que importa aqui lembrar, porque na realidade desempenharam um papel importante na formação daqueles que prepararam o Código do Procedimento Administrativo atualmente em vigor. Refiro-me, obviamente, a um autor italiano que, na década de 1940, escreveu um livro fundamental na matéria, Aldo Sandulli, e a um autor alemão, Karl Bettermann, que numa célebre reunião de professores de direito público alemão produziu um relatório também extremamente influente.



No que diz respeito ao projeto de revisão, ele não foi insensível à evolução registada na matéria e passou a sufragar o entendimento de que o “procedimento administrativo corresponde à sucessão ordenada de atos e formalidades relativos: *a)* À organização interna das entidades administrativas; *b)* À obtenção de dados e informações de carácter geral necessários às finalidades prosseguidas pela Administração; *c)* À formação e manifestação da vontade dos órgãos da Administração Pública” (cf. n.º 1 do artigo 1.º). Destarte, o projeto de revisão mostra-se sensível, em primeiro lugar, à relevância dos procedimentos administrativos internos – os quais, pese embora não estejam regulados sob a designação de “procedimentos internos”, assim afloram em vários aspetos – e aos aspetos de carácter geral relacionados com a organização interna das entidades administrativas, como a atividade de auto-organização, que é complementar à desempenhada pela lei na aprovação das cláusulas estatutárias.

Em segundo lugar, cumpre assinalar que o n.º 1 do artigo 1.º do projeto de revisão deixa de fazer referência aos procedimentos executivos, muito embora se deva entender que a referência geral feita à formação e manifestação de vontade dos órgãos da Administração Pública abrange tanto os procedimentos administrativos declarativos, quanto os procedimentos administrativos executivos. Porém, a opção gizada pelo projeto de revisão é a de remeter a regulação do procedimento executivo para a secção referente à execução dos atos administrativos.

No que respeita à difícil construção de um critério de distinção entre normas materiais e normas procedimentais, a economia da presente exposição não permite que me estenda muito sobre a questão, mas gostava ainda assim de referir que em muitas normas jurídicas se refletem simultaneamente aspetos materiais e aspetos procedimentais, e por vezes até aspetos organizatórios, na medida em que estas normas jurídicas têm repercussão ou importância para estes três grandes núcleos de normas que eu há pouco referi. Por isso, muitas vezes é em função das circunstâncias concretas e de considerações de ordem sistemática que se consegue discernir qual é o aspeto mais relevante a ter em consideração.

Como disse há pouco, o procedimento administrativo contribui para a delimitação do âmbito objetivo e material do código. Neste quadro, o artigo 2.º do projeto de revisão, nos seus n.ºs 1, 3 e 4, trata especificamente do âmbito objetivo do Código, lançando mão, para além do conceito de procedimento, da noção de atividade administrativa. Ao precisar-se um pouco mais esta última noção, pressupõe-se, no projeto de revisão, a definição do âmbito subjetivo do Código, regulado no n.º 2 da mesma disposição a propósito da

determinação da Administração Pública em sentido orgânico, o que significa que de algum modo a própria definição do âmbito material ou objetivo do Código tem subjacente e requer a indicação do âmbito subjetivo.

Por atividade administrativa tem que se compreender aquela que representa o exercício da função administrativa tal como ela é entendida na teoria da separação de poderes aceite pela Constituição e levada a cabo pelos órgãos da Administração Pública em sentido subjetivo, e bem assim como atividade complementar das funções legislativa ou política, quando é realizada pelos órgãos do Estado ou das regiões autónomas. Acresce que o Código é também aplicável, aliás como acontece na redação em vigor, quando a atividade administrativa – a qual também é identificada com o exercício de poderes administrativos ou de autoridade – é realizada por entidades que não são públicas, dando assim prevalência ao conteúdo material da atividade desenvolvida sobre a qualificação formal subjetiva de quem a exerce. É designadamente o que resulta do n.º 3 do artigo 2.º

Daqui decorre, numa outra ótica, que se dá prevalência à *atividade administrativa* como critério de determinação do âmbito de aplicação do Código do Procedimento Administrativo e dos seus princípios. Por isso, no seu âmbito de aplicação também se integram as tarefas que tenham uma fraca densidade de regulamentação jurídica, apenas caracterizadas pelas normas que permitem a sua imputação aos sujeitos que integram a Administração Pública em sentido orgânico: é o que se designa por atividade de carácter técnico. Esta expressão (“atividade de carácter técnico”) traduz o facto de a imputação dessa atividade à Administração Pública não ser fruto da densidade da sua regulamentação normativa, mas antes da aplicação das normas que permitem a sua imputação a uma pessoa coletiva de direito público.

No caso do n.º 3 do artigo 2.º, as disposições do Código aplicáveis às condutas aí previstas referem-se aos princípios gerais, ao procedimento e à atividade administrativa no exercício dos poderes de autoridade. Por seu turno, o n.º 4 da mesma disposição determina que são aplicáveis às atuações da Administração Pública aí previstas os princípios constitucionais e os princípios gerais da atividade administrativa, mas não já os preceitos sobre os procedimentos e a atividade administrativa constantes da Parte III e da Parte IV do Código. Por fim, prevê-se no n.º 5 do artigo 2.º do projeto de revisão a aplicação supletiva aos procedimentos especiais das garantias reconhecidas aos particulares e que o projeto de revisão reforça de uma maneira assinalável.

3. Outro ponto de extrema importância reporta-se à consideração do que era a Administração Pública pressuposta pelo atual Código do Procedimento Administrativo, e que justifica enquadrar num projeto de revisão que obedece naturalmente aos propósitos habituais da codificação administrativa.

Pois bem, se nos reportamos ao tempo em que o Código foi elaborado, entre os anos oitenta e os anos noventa, o tipo de Administração Pública e de atividade que se pretende regular era basicamente o da Administração de autoridade, em que a entidade pública constituía uma *potencior persona* face aos particulares. Por isso, os procedimentos regulados têm eficácia externa, sem prejuízo da abertura prevista no n.º 6 do artigo 2.º do Código do Procedimento Administrativo, mas que raramente é aproveitado no restante articulado. Prova disso mesmo é que, no que se refere à atividade administrativa meramente técnica ou de gestão privada, o n.º 5 do artigo 2.º do Código do Procedimento Administrativo apenas prevê a sua vinculação aos princípios gerais da atividade administrativa constantes do Código e às normas que concretizam preceitos constitucionais.

Nesta medida, facilmente se compreende que o Código do Procedimento Administrativo se encontra orientado para a tomada de decisões de autoridade e para a sua execução, leitura que resulta reforçada se atentarmos à definição dada pelo n.º 1 do seu artigo 1.º Aliás, a Parte IV do Código do Procedimento Administrativo (artigos 114.º e seguintes) encontra-se estruturada em função do resultado final do respetivo procedimento, que circunscreve às formas típicas de atuação administrativa de autoridade, nomeadamente aos regulamentos, aos atos administrativos e aos contratos administrativos (estes últimos hoje regulados pelo Código dos Contratos Públicos). A este propósito, gostaria de chamar a atenção para o facto de que essa estrutura base do Código do Procedimento Administrativo em vigor não é alterada – a não ser em relação aos contratos, onde encontramos apenas algumas referências com o único intuito de fazer a articulação com o Código dos Contratos Públicos.

Nesta medida, o Código do Procedimento Administrativo, ao contrário do seu homólogo alemão, não o refere especificamente, mas a verdade é que a sua conceção é dominada pelo tipo de procedimento cujo resultado final, como mencionado anteriormente, visa a produção de efeitos externos. A possibilidade de procedimentos internos é admitida no n.º 6 do artigo 2.º, mas não existe uma disciplina autónoma deste tipo de procedimentos. Para além disso, os aspetos organizatórios – complementares em relação àquilo que a lei estabelece em termos de organização administrativa – também são minorizados.

Neste quadro, é conferida particular atenção ao procedimento de formação do ato administrativo, ao qual são dedicados 57 artigos (artigos 120.º a 177.º), mostrando a importância central desta figura no Direito Administrativo daquele período. Aliás, devo dizer que o projeto de revisão continua a dar uma enorme importância à regulamentação do ato administrativo com efeitos externos, por razões que a meu ver se justificam, como o evidencia a definição de ato administrativo aceite pelo projeto de Código.

No que se reporta à Administração Pública na década de 1990, esta relevância concedida à figura do ato administrativo é tributária de uma conceção da atividade administrativa como execução da lei, ainda que a enumeração dos princípios gerais atenua um pouco esta configuração. Porém, sabe-se hoje, de uma maneira mais clara, que é cada vez maior a importância atribuída à atividade criativa da Administração Pública, e em particular à sua discricionariedade.

A definição do procedimento dada no n.º 1 do artigo 1.º, e efetivamente subjacente a todo o código, é puramente formal. Trata-se de uma noção que presta pouca atenção à representação dos interesses eventualmente conflituantes entre a Administração Pública e os diversos participantes, e ao respetivo processo de ponderação, isto é, no fundo as relações poligonais são relativamente negligenciadas.

Apesar do princípio inquisitório consagrado na fase de instrução, também a aquisição de informação e o seu intercâmbio não é objeto de muita atenção. A Administração Pública é pressuposta como uma unidade fechada e uma unidade relativamente homogénea, prosseguindo um interesse público que é considerado ou pressuposto como único e necessariamente superior aos interesses dos particulares. Deste modo empresta-se elevado nível formal ao tratamento do ato administrativo e atende-se pouco à diversidade dos atores administrativos participantes, bem como, acrescento eu, não há nenhuma referência às especificidades de atuação das autarquias locais, para além da referência subjetiva no artigo 2.º Prevalece, por isso, a visão de um modelo único de procedimento administrativo, não se configurando algum tipo de diversificação em função das matérias tratadas e dos resultados a atingir. Para além disso, as relações jurídicas procedimentais de carácter poligonal e a proteção dos direitos dos interessados são objeto de escassa atenção, da mesma forma que a atividade das autoridades administrativas independentes é apenas configurada numa menção manifestamente insuficiente para caracterizar este tipo de entidade administrativa.

4. Por fim, gostava de enunciar muito rapidamente aqueles que, em meu entender, são os objetivos de uma codificação do procedimento administrativo e que foram tidos em consideração neste projeto de revisão – como aliás já o tinham sido nos projetos anteriores. A este propósito, é habitual apontarem-se como objetivos a alcançar nesta matéria os seguintes:

a) Em primeiro lugar, facilitar a aplicação do direito material – é aquilo que os alemães designam por “função de serviço do procedimento administrativo”;

b) Em segundo lugar, promover a racionalização no modo de agir da Administração Pública, com o fito de a tornar mais económica, célere e eficaz;

c) Em terceiro lugar, e complementarmente ao que se disse na alínea anterior, diminuir os obstáculos ao progresso do procedimento e evitar os atos desnecessários, de modo a que o resultado do procedimento seja obtido rapidamente;

d) Em quarto lugar, a promoção de inovações e de reformas dos institutos vigentes, acompanhando a evolução técnica e jurídica que se tenha verificado no entretanto;

e) Em quinto lugar, promover uma função estabilizadora dos conceitos que se considere deverem integrar a parte geral do Direito Administrativo, quer a parte geral material, quer a parte geral procedimental;

f) Em sexto lugar, aumentar a transparência e reforçar a imparcialidade das condutas dos órgãos da Administração Pública; e

g) Por fim, conseguir uma reorientação dos interesses e valores da ação administrativa, aumentando a participação dos particulares no procedimento e reforçando a defesa dos seus direitos e interesses.

Claro está que estas indicações não obedecem a uma hierarquização; são apenas um enunciado de um conjunto de objetivos que usualmente se tem em consideração na codificação do procedimento administrativo.

Dito isto, importa ver muito sucintamente quais são as respostas que o projeto de revisão dá a estas observações, tendo em vista o aperfeiçoamento do Direito Administrativo português:

*a)* No que concerne à Administração Pública entendida como autoridade pública – e sem se pretender eliminar a superioridade da entidade pública traduzida, entre outros sinais, na faculdade de os atos regulados pelo direito material produzirem efeitos na esfera jurídica dos destinatários independentemente da sua aceitação e do seu carácter unilateral –, há que apontar como aspetos importantes a igualdade procedimental, o respeito pelo princípio do contraditório. Este é muito manifestamente mais acentuado agora no articulado do projeto e acompanha os poderes e situações processuais das partes ao longo de toda a relação procedimental: veja-se, por exemplo, o teor dos artigos 61.º e seguintes do projeto de revisão, e em especial a possibilidade de se celebrarem acordos endoprocedimentais, previstos no artigo 62.º, e de se realizar a conferência procedimental a requerimento de um dos sujeitos privados na relação procedimental, prevista no artigo 68.º

*b)* Por sua vez, o procedimento executivo é objeto de regulamentação a propósito da execução do ato administrativo, destacando-se o cuidado posto na exigência da legalidade da execução e sua necessidade da existência de um ato administrativo exequendo e ainda de uma decisão autónoma de proceder à execução. Vejam-se, por exemplo, os artigos 176.º e 177.º, n.ºs 1 e 2, do projeto de revisão.

*c)* Quanto aos procedimentos internos, estes são abrangidos pela definição dada no artigo 1.º, n.º 1, do projeto de revisão, e incluem a elaboração de normas organizatórias resultantes do exercício do poder de auto-organização das entidades públicas.

*d)* No que respeita ao ato administrativo com efeitos externos, ou ato administrativo em sentido estrito, procede-se a uma alteração da definição constante do artigo 120.º do atual código, operada agora pelo artigo 146.º do projeto de revisão. O ato administrativo continua a merecer particular cuidado, mas dá-se especial atenção ao equilíbrio entre a validade e a estabilidade do ato, por um lado, e a necessidade de não se criarem entraves excessivos à dinâmica da vida administrativa e às mudanças na vida social registadas ao longo do tempo,

por outro lado. A este propósito, vejam-se, por exemplo, os preceitos sobre invalidade do ato administrativo (artigos 159.º e seguintes) e sobre a revogação e anulação do ato administrativo (artigos 164.º e seguintes).

*e)* Contrariando a ideia da atividade administrativa como operação de mera execução da lei, consagra-se a discricionariedade procedimental, designada no projeto de revisão por adequação procedimental. Neste quadro, o artigo 54.º do projeto de revisão (seguido por outras disposições dispersas pelo projeto) pressupõe um fenómeno de ponderação muito mais alargado do que aquele que é habitualmente tido em vista na regulamentação atual.

*f)* Noutro plano, é prestada atenção às relações poligonais e à ponderação dos interesses aí necessária, designadamente quanto ao regime da nulidade e da anulabilidade (artigos 160.º e 161.º do projeto de revisão) e aos condicionalismos de revogação e anulação administrativas (artigos 166.º e 167.º do projeto de revisão).

*g)* Prefere-se a flexibilidade e a abrangência na progressão da relação procedimental – que inclui no seu âmbito um espectro largo de tipos de procedimento – à regulamentação no código de alguns procedimentos especiais. A regulamentação destes deverá ser feita em leis autónomas. Todavia, há que referir que porventura a europeização que se vai registando também no direito procedimental é insuficientemente tida em consideração no projeto.

*h)* Tem-se em atenção a existência de autoridades administrativas independentes, que não obedecem ao princípio da unidade da Administração Pública, e que são consideradas também como destinatárias autónomas das normas do Código do Procedimento Administrativo, nos termos do disposto na alínea *c)* do n.º 2 do artigo 2.º

*i)* Consagra-se a conferência de serviços, que o projeto de revisão preferiu designar por conferência procedimental.

*j)* O regime da anulabilidade (artigo 161.º do projeto de revisão), e os condicionalismos da revogação (artigo 166.º do projeto de revisão) e da anulação (artigo 167.º do projeto de revisão) têm em conta a

ponderação entre os interesses públicos e privados e regem-se entre outros pelos princípios da boa-fé e da proporcionalidade.

5. Concluiria dizendo que este projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo ousa inovar em diversos sectores, alguns dos quais referimos há pouco, e aos quais acrescentamos, pela sua importância, a disciplina material dos regulamentos administrativos, embora restringindo-os conceptualmente às normas que visam produzir efeitos jurídicos externos – é o que decorre da definição dada no artigo 132.º e depois da regulamentação subsequente. Em outras matérias, porém, o projeto de revisão poderá ter ficado aquém do que se esperava.

No essencial, mantém-se a estrutura fundamental que preside à sua versão atual do Código – que se materializa na individualização dos procedimentos e da atividade administrativa daí resultante em função das principais formas de atuação administrativa: o regulamento e o ato administrativo, apenas se prescindindo de uma regulamentação minuciosa do contrato em razão da existência do Código dos Contratos Públicos. Em larga medida, as normas do projeto de revisão representam ajustamentos técnicos ou aperfeiçoamentos embora significativos na redação do Código do Procedimento Administrativo. Mas há inovações importantes, v.g. quanto à distinção entre anulação e revogação dos atos administrativos e às conferências procedimentais.

Esse é, porventura, um dos pontos de maiores divergências nesta fase de discussão pública, pois não falta quem ache que as modificações propostas deviam ter sido mais radicais, e quem sufrague a posição inversa.

É mister ter presente que o diploma que se pretende rever é, a meu ver, de muito boa feitura e, no tempo em que foi elaborado, constituiu um progresso significativo no Direito Administrativo português. A revisão que agora se propõe à discussão pública visa introduzir melhorias substanciais e inovações, mas não fazer um diploma totalmente novo: o seu objetivo é dar mais um passo numa longa caminhada de progressivo aperfeiçoamento. Este não é, portanto, o fim da história da codificação do procedimento administrativo em Portugal. É esse aliás o meu voto.

Muito obrigado.



# O projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: uma revolução legislativa anunciada e as suas consequências

ANDRÉ SALGADO DE MATOS\*

## **1. O projecto de revisão e o seu impacto no Código do Procedimento Administrativo vigente**

**1.1.** Pelo Despacho n.º 9415/2012, do Ministro de Estado e das Finanças e da Ministra da Justiça (publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 134, de 12 de Julho de 2012, 24627), foi constituída uma Comissão, presidida por Fausto de Quadros e composta ainda por diversas personalidades do mais elevado quilate académico e profissional, com o objectivo de rever o Código do Procedimento Administrativo (CPA), o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). O projecto de revisão do CPA submetido pela referida Comissão foi publicado em 14 de Maio de 2013 e apresentado à comunidade jurídica em sessão de 19 de Junho seguinte, encontrando-se, à data em que se escreve, em discussão pública.

O CPA foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, entrou em vigor em 15 de Maio de 1992. O Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro, procedeu à sua revisão. O articulado do CPA sofreu ainda algumas

---

\* Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

modificações: o art. 14.º, 1, c) do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, diploma que aprovou o Código dos Contratos Públicos (CCP), revogou o capítulo III da sua parte IV, compreendendo os arts. 178.º a 189.º; uma declaração de inconstitucionalidade e alguns actos legislativos incidiram de forma avulsa sobre um pequeno número das suas disposições<sup>1</sup>. Tratou-se, contudo, de alterações pontuais e na maior parte dos casos de escassa relevância. Pelo menos quatro dos anteriores governos iniciaram processos de revisão do CPA, que não chegaram ao seu termo<sup>2</sup>. O articulado do CPA mantém-se, portanto, substancialmente inalterado há cerca de dezassete anos.

---

<sup>1</sup> Os arts. 2.º, 2, i), 46.º, 2, b) e 66.º-71.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, ao permitirem a formulação de pedidos de condenação da administração à prática de actos administrativos devidos, revogaram tacitamente o art. 109.º CPTA. O art. 59.º, 4 CPTA revogou o art. 164.º, 2. Todas as alíneas do art. 108.º, 3, à excepção das als. e) e g) também foram tacitamente revogadas ou derogadas. Por fim, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 118/97 (DR, 1.ª Série-A, de 24 de Abril de 1997) declarou com força obrigatória geral a inconstitucionalidade do art. 53.º, 1 na parte em que nega às associações sindicais legitimidade para iniciar o procedimento e para nele intervir, seja em defesa de interesses colectivos, seja em defesa colectiva de interesses individuais dos trabalhadores que representam.

<sup>2</sup> Assim, no âmbito do Ministério da Reforma da Administração Pública do XIV Governo Constitucional funcionou uma Comissão de Revisão do Código do Procedimento Administrativo presidida por Freitas do Amaral, cujos trabalhos, de revisão global, foram interrompidos pela demissão do então Primeiro-Ministro, não tendo chegado, ao que se sabe, a ser apresentado um anteprojecto de articulado (os trabalhos preparatórios incompletos foram objecto de publicação restrita do Ministério da Reforma da Administração Pública em 2002). No âmbito do Ministério da Justiça do XV Governo Constitucional, Freitas do Amaral e Aroso de Almeida elaboraram um anteprojecto de diploma de revisão que visava adaptar o CPA à reforma do contencioso administrativo, que não chegou a ser aprovado, aparentemente também em virtude da demissão do então Primeiro-Ministro (o anteprojecto foi publicado em FREITAS DO AMARAL, *Conceito e natureza do recurso hierárquico*, Coimbra, 22005, 361-371). No âmbito da Presidência do Conselho de Ministros do XVI Governo Constitucional, foi também empreendida uma tentativa de revisão do CPA, circunscrita à adaptação do Código à reforma do contencioso administrativo, à introdução de algumas modificações de pormenor doutrinalmente consensuais ou constantes dos trabalhos de revisão anteriores e à incorporação de algumas alterações ligadas a aspectos sectoriais da política do Governo (simplificação legislativa e procedimental, *e-government*, revisões de legística); foi apresentado um anteprojecto preliminar de articulado, que não chegou a ser publicado, mas os trabalhos foram entretanto interrompidos pela dissolução da Assembleia da República e pela subsequente demissão do Governo. Chegaram ainda a decorrer no âmbito do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça do XVII Governo Constitucional trabalhos tendo em vista a revisão do CPA, aparentemente apenas com o objectivo de adequá-lo a reforma do contencioso administrativo, cujo progresso e destino se desconhecem.

Sem prejuízo da grande capacidade de adaptação à evolução da realidade administrativa que o CPA tem revelado é, portanto, natural, que uma nova revisão se tenha tornado necessária. Existem alguns domínios em que tal necessidade parece consensual: a adaptação a novas disciplinas jurídico-administrativas trazidas pelas sucessivas revisões constitucionais e pelo influxo do direito da União Europeia; a modernização dos meios de comunicação no seio da administração e entre esta e os particulares; a actualização do âmbito de aplicação à luz da evolução do conceito de administração em sentido orgânico; a introdução de instrumentos de simplificação procedimental; a abertura aos problemas suscitados pela privatização de funções administrativas e pela administração infra-estrutural; a harmonização com regimes conexos entretanto entrados em vigor, especialmente em matéria de contencioso administrativo; e a reintrodução de uma disciplina procedimental e substantiva geral dos contratos administrativos, ainda que mínima, de modo a colmatar o vazio de regulação legal criado quanto a alguns daqueles contratos pela referida revogação dos arts. 178.º a 189.º<sup>3</sup>. Impõe-se, assim, concluir que a abertura de um processo legislativo tendo em vista a revisão do CPA é conveniente e oportuna. O elevado prestígio dos membros da Comissão garante, à partida, a qualidade técnica do resultado final. Este não é, no entanto, o único aspecto a ponderar. Importa também, desde logo, que a revisão obedeça a uma orientação geral bem definida, coerente e bem ponderada, de modo a que o alcance das alterações a introduzir seja bem calibrado; e importa, ainda, que aquelas alterações, global e individualmente consideradas, não apenas sejam correctas, mas, num cômputo de vantagens e inconvenientes, representem um progresso em relação às que estão hoje consagradas.

O presente texto constitui uma apreciação do projecto à luz do primeiro dos aspectos referidos no final do parágrafo anterior; não se analisarão as soluções específicas constantes do projecto a não ser na medida em que tal seja necessário para o objectivo visado.

**1.2.** O Despacho n.º 9415/2012 não contém orientações políticas quanto ao alcance da revisão a empreender, que parecem não ter existido. A Comissão terá, assim, tido carta-branca para apresentar um projecto de revisão do CPA nos termos que entendesse convenientes, o que, tendo em conta o diploma de que se trata e a composição da Comissão, se afigura perfeitamente

---

<sup>3</sup> REBELO DE SOUSA / SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral*, III, Lisboa, 2009, 69-70, 382-383, 426-427.

razoável. Para tentar perceber qual o alcance definido pela Comissão para o processo de revisão podemos socorrer-nos do preâmbulo do projecto, que é categórico a tal respeito. Assim, afirma-se no seu ponto 2: «Esta revisão do Código é isso mesmo, ou seja, uma mera revisão. Não se quis, portanto, elaborar um Código novo, que substituísse o Código existente. Tal não se justificava, desde logo, pelo acerto de muitas das soluções que o Código continha». De acordo com o mesmo preâmbulo, está-se, antes, perante uma «revisão profunda» (a exposição de motivos do projecto de proposta de lei de autorização legislativa, divulgada em conjunto com o projecto, emprega a mesma expressão, referindo-se ainda a uma «revisão alargada»). Trata-se, no entanto, de afirmações na melhor das hipóteses eufemísticas.

Com efeito, logo numa primeira abordagem, aquilo que mais ressalta do projecto é, sem dúvida, a extensão quantitativa das alterações que pretende introduzir no CPA, que vão muito além das áreas críticas acima referidas e, por certo, daquilo que poderia antecipar-se. Assim, a sistematização é alterada quase por completo: apesar de a divisão em quatro partes se manter, apenas são preservadas nos seus traços essenciais as estruturas internas da Parte I, das quatro primeiras secções do Capítulo I da Parte II (embora transformadas em capítulos) e do Capítulo II da Parte IV; todas as restantes unidades de regulação (capítulos, secções e subsecções) sofrem rearranjos internos, aditamentos, supressões e/ou transformações diversas. Dos cento e setenta e oito artigos do CPA submetido a revisão (cento e setenta e sete de numeração ordinal corrida e o artigo 6.º-A, aditado na revisão de 1996), o projecto tal como foi publicado pretende modificar – no conteúdo e não apenas na numeração – cento e quarenta e um e revogar trinta e seis, deixando incólume um único artigo (o actual art. 4.º, que, significativamente, constitui reprodução do art. 266.º, 1 CRP). À excepção dos primeiros quatro, todos os artigos são renumerados. O projecto pretende ainda aditar vinte e dois artigos ao texto vigente.

Ora, perante isto, a questão que logo se suscita é a de saber se estamos perante uma «mera revisão», ainda que «alargada» ou «profunda» do CPA ou se, pelo contrário, substancial que não formalmente, estamos perante um novo CPA. Em primeiro lugar, porque parece evidente que vai além da mera revisão uma alteração legislativa que apenas deixa de pé 0,56% dos artigos do diploma sobre o qual incide; não há, aliás, memória de um processo legislativo que se tenha pretendido apresentar como revisão de um diploma legal vigente que tenha resultado num acto legislativo de alcance semelhante ao pretendido pelo projecto. E em segundo e mais importante lugar, porque também em muitos aspectos substanciais o projecto pretende introduzir uma

inflexão radical em relação ao CPA vigente. Isto é perceptível, desde logo, em aspectos nucleares da sua filosofia de base. Esta afirmação é ilustrada de seguida com alguns exemplos.

**1.3.** O CPA, sem prejuízo da consideração do direito comparado, filtrou as influências externas através da inspiração na tradição doutrinal e jurisprudencial juspublicística portuguesa, com a qual se situa numa linha de coerência. Isto mesmo foi professado no ponto 2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, no qual se lê: «Na elaboração deste Código teve-se em conta os ensinamentos do direito comparado e a larga experiência que já se pode colher da aplicação de leis de procedimento administrativo em países com sistemas político-administrativos tão diferentes como a Áustria, os Estados Unidos da América, a Espanha, a Jugoslávia e a Polónia, para apenas citar alguns dos mais importantes sob este ponto de vista. Particular atenção mereceu a Lei do Procedimento Administrativo da República Federal da Alemanha, publicada em 1976, e a riquíssima elaboração doutrinal a que deu lugar. Foi, porém, na doutrina e na jurisprudência portuguesas que se recolheram, de maneira decisiva, muitas das soluções adoptadas, devendo igualmente mencionar-se os projectos anteriormente elaborados, que serviram como trabalhos preparatórios indispensáveis». Neste aspecto, o CPA é tributário da herança doutrinal de Marcello Caetano, que, num trecho revelador, escreveu: «A outros, que não a mim, competirá dizer (se valer a pena) o que fiz pelo direito administrativo português. Não só ao ordená-lo e sistematizá-lo como ao aportuguesá-lo. Contra o hábito de andar a reboque da literatura estrangeira (e quanto mais exótica, melhor...) procurei, sem ignorar a doutrina estranha, elaborar os materiais nacionais, a partir das nossas leis e da nossa jurisprudência, e valorizando o mais possível a doutrina caseira»<sup>4</sup>.

O projecto também afirma que, «[n]esta revisão, levaram-se em conta [...] os contributos da doutrina e da jurisprudência portuguesas, assim como do Direito Comparado, designadamente, da Espanha, da Alemanha e da Itália» (ponto 2 do preâmbulo). Noutros passos dos textos preambulares refere-se ainda que «a vasta doutrina e jurisprudência entretanto formadas em torno de matérias reguladas pelo Código forneciam contributos para o enriquecimento do Código» e que «o Direito Comparado sugeria algumas soluções que nesta matéria podiam ser úteis à Ordem Jurídica Portuguesa»

---

<sup>4</sup> CAETANO, *Estudos de direito administrativo*, Lisboa, 1974, 9; tb. *Manual de direito administrativo*, I, Lisboa, 1973, v.

(ponto 1 do preâmbulo), bem como terem sido tomados «em consideração os contributos dados pela doutrina e pela jurisprudência ao longo dos últimos quinze anos»; e justificam-se algumas das alterações propostas pelo facto de serem «há muito reclamada[s] pela doutrina» (exposição de motivos), por terem «base na doutrina e na prática jurisprudencial», por darem «expressão às propostas de alteração [...] que, ao longo dos últimos vinte anos, têm sido formuladas na doutrina» ou por terem sido «sustentada[s] ao longo dos últimos trinta anos por uma parte muito significativa da doutrina» (ponto 16 do preâmbulo).

Não obstante o aparente equilíbrio destes propósitos, o projecto inflecte num sentido claramente estrangeirizante. A viragem é, sobretudo, para o direito administrativo alemão, do qual provêm «a clássica visão ottomayeriana do súbdito (*Untertan*)» com a qual o projecto pretende situar-se em diálogo directo (ponto 6 do preâmbulo), o conceito e o regime do auxílio administrativo do art. 66.º (§ 5 VwVfG), a restrição do conceito de acto administrativo e do regulamento aos actos de carácter externo (§ 35 VwVfG quanto ao acto administrativo), a referência a «estatutos» no art. 141.º, 2, c), numa tradução directa do alemão *Satzung* que confere àquela expressão um sentido mais amplo do que tradicionalmente assume no vocabulário jurídico nacional, e a distinção entre revogação e anulação de actos administrativos e os respectivos regimes dos arts. 164.º-174.º (§§ 48 e 49 VwVfG). O preâmbulo admite, aliás, várias destas inspirações, indo ao ponto de invocar de forma expressa conceitos jurídicos alemães (geralmente acompanhados da sua designação original) e disposições da *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG): assim, por exemplo, quanto ao auxílio administrativo e à revogação e à anulação dos actos administrativos (pontos 11 e 16 do preâmbulo). Mas existem também influências anglo-saxónicas, designadamente na consagração da possibilidade de realização contratualizada de «audiências orais para exercício do contraditório entre sujeitos privados que pretendem uma certa decisão e aqueles que se lhe opõem» (art. 62.º, 2) e na tentativa de distanciamento do órgão decisor relativamente à instrução procedimental (art. 65.º, 2); e influências francesas, como expressamente se admite no ponto 16 do preâmbulo, quanto à instituição da necessidade de habilitação legal específica para a execução coerciva de actos administrativos (art. 176.º, 1).

Ora, em contraste com as influências que o CPA também absorveu, as influências do projecto parecem em muitos casos não ter sido mediadas pela sua recepção nacional, que na maior parte dos casos nunca existiu, ou não ter tido em consideração as especificidades do direito administrativo português. Isto mesmo resulta de modo flagrante de vários passos do preâmbulo.

A figura do auxílio administrativo é logo introduzida como «*Amtshilfe*, na terminologia alemã» e o respectivo regime como uma «formulação simplificada» do §5 (1) «do Código alemão (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)». Uma das justificações para a introdução de um dever de delegar a direcção do procedimento (art. 65.º, 2), que parece incongruente com a construção portuguesa da delegação de poderes como acto discricionário, é a de que assim se «aproxima o sistema de uma solução hoje perfilhada em largas partes do Globo» (ponto 10 do preâmbulo). A única justificação substancial apresentada para a distinção conceptual entre revogação e anulação de actos administrativos é o facto de ela ir «na esteira da generalidade da doutrina dos países europeus» e os termos em que se estabelecem os respectivos regimes visam dar «expressão às propostas de alteração aos artigos 140.º e 141.º que, ao longo dos últimos vinte anos, têm sido formuladas na doutrina e que, no essencial, são inspiradas pela lei de procedimento alemã». Mesmo a alteração dos pressupostos da execução de actos administrativos, apesar de se afirmar ser «opção sustentada ao longo dos últimos trinta anos por uma parte muito significativa da doutrina», segundo se afirma expressamente, «procura reflectir [...] o regime tradicionalmente vigente no Direito francês sobre a matéria» (ponto 16 do preâmbulo).

Parece, assim, inequívoco que a aprovação do projecto envolveria uma substancial desnacionalização do CPA e, com ele, do direito administrativo geral português tal como desenvolvido nos últimos oitenta anos.

**1.4.** O CPA obedece a uma orientação única e coerente que se reflecte, em geral, numa indesmentível uniformidade de estilo, de sistematização e de conteúdo. Para tal terá contribuído decisivamente a composição das comissões que elaboraram o respectivo projecto e o projecto da sua revisão, presididas por Freitas do Amaral e integradas ainda, em exclusivo, por seus antigos alunos e/ou assistentes, sobre os quais, sem prejuízo de inúmeras divergências doutrinárias, o magistério do primeiro autor exerceu considerável influência, podendo por isso dizer-se que todos faziam parte da mesma «escola» de direito público caracterizada «mais por fidelidade aos métodos que por adesão às ideias», que é fundamentalmente a escola de direito público de Lisboa fundada por Marcello Caetano e continuada por Freitas do Amaral<sup>5</sup>. Com efeito, não é difícil descortinar no texto do CPA as mesmas incisão e clareza, a mesma sistematização e muitos dos conceitos e soluções presentes no *Curso de direito administrativo* e nas demais obras gerais de

---

<sup>5</sup> A citação transcrita é de CAETANO, *Estudos*, 9.

Freitas do Amaral e, por via deles, o espírito da sua escola. Sem surpresa, de acordo com aquilo que se sabe dos trabalhos preparatórios, duas das tarefas nucleares para assegurar a unidade e a coerência intrínsecas do projecto, a revisão final global e a redacção do preâmbulo, foram chamadas a si pelo próprio Freitas do Amaral<sup>6</sup>.

Ora, estes pressupostos não se verificam na Comissão: ao contrário da comissão que preparou a versão original do CPA, que não integrava nenhum doutorado além do seu presidente, a Comissão integra apenas dois não doutorados, sendo que um deles é juiz-conselheiro; todos têm, portanto, ideias muito consolidadas acerca do direito administrativo geral, que, longe de estarem unificadas por qualquer comunhão de escola ou pela influência dominante de um membro da Comissão, reflectem tradições, escolas e concepções de fundo muito diversas. Em comparação com as comissões presididas por Freitas do Amaral, a Comissão dispunha, portanto, de condições mais adversas para elaborar um projecto de revisão com um grau de unidade e coerência intrínsecas pelo menos idêntico ao do CPA. E a verdade é que, seja em resultado destas condições ou por opção da Comissão, o projecto se afasta em larga medida da unidade e da coerência intrínsecas do CPA, enveredando por um pluralismo de orientações que lhe é estranho.

Este pluralismo é perceptível logo na técnica legislativa e no estilo de redacção empregues: por exemplo, são assinalavelmente díspares entre si, desta óptica, os blocos normativos relativos ao auxílio administrativo e às conferências procedimentais (arts. 66.º-70.º), com um grau de pormenor a fazer lembrar a legislação britânica ou norte-americana; ao regulamento (arts. 93.º-96.º e 132.º-145.º), mais próximo da matriz original do CPA, mas de regulação mais espaiada; e à invalidade do acto administrativo (esp. arts. 161.º-162.º), que quase se diriam obra do legislador material da reforma do contencioso administrativo de 2004. A ser aprovado o projecto, todas estas disposições passariam a conviver com outras que, apesar de alteradas, manteriam em maior ou menor grau o estilo e a técnica do articulado original.

Também a sistematização proposta pelo projecto passa a obedecer a uma lógica plural. Na verdade, o CPA baseia-se, ainda que de forma discreta, no esquema da relação jurídica, sucedendo-se no articulado as disciplinas dos sujeitos (administração e interessados), do objecto (o procedimento administrativo), do facto (o regulamento e o acto administrativo) e da garantia (os procedimentos administrativos de controlo). Aparentemente, o projecto

---

<sup>6</sup> Este dado foi divulgado pelo próprio Freitas do Amaral, «Os antecedentes e a elaboração do Código do Procedimento Administrativo», Legislação 9/10 (1994), 9-27 (22).



procurou acentuar a lógica relacional do CPA, como resulta da afirmação de que se visou colocar «em paralelo, numa perspectiva procedimental, os particulares e a Administração como titulares de situações jurídicas subjectivas» (exposição de motivos; no mesmo sentido, aliás em termos tautológicos, pontos 6 e 7 do preâmbulo); mas fê-lo de tal modo que, como bem assinala Luís Fábrika, «a relação jurídica surge acantonada na Parte III, enquanto relação jurídica procedimental, perdendo o seu estatuto como elemento unificador do conjunto do articulado: daí, por exemplo, que a Parte II já não se refira aos “sujeitos”, públicos ou privado, mas apenas aos “órgãos”»<sup>7</sup>. Deste modo, o projecto pretende introduzir no CPA uma sistematização assente numa lógica bicéfala: a disciplina do procedimento obedece ao esquema da relação jurídica, enquanto as disciplinas das restantes matérias obedecem à contraposição tradicional entre organização e actividade administrativa.

O mesmo pluralismo revela-se também, por fim, nos conceitos e nas soluções adoptados. Com efeito, são detectáveis blocos de regulação normativa que obedecem à influência predominante, para não dizer quase exclusiva, do pensamento de um ou de alguns dos seus membros, na generalidade dos casos identificáveis, resultantes em disciplinas cujo sentido nem sempre é harmonioso com o de outros blocos de regulação ou mesmo com o pensamento conhecido e publicado dos mesmos membros da Comissão quanto a outras matérias. Por exemplo, na definição do acto administrativo prevaleceu uma orientação que, ainda que de pendor restritivo, recusou de forma clara o conceito alemão de acto regulador (art. 146.º), mas é este o conceito de acto administrativo pressuposto nos arts. 67.º, 1 e 69.º, 1, 2; as soluções adoptadas em matéria de revogação e de anulação de actos administrativos (arts. 164.º-174.º) traduzem integralmente o pensamento de Vieira de Andrade, mas as concepções deste autor acerca da invalidade do acto administrativo, que vão no mesmo sentido de flexibilização das primeiras, são contrariadas de forma clara pela supressão da cláusula geral de nulidade (art. 159.º, 1), que parecem reflectir uma orientação recentemente preconizada por Aroso de Almeida<sup>8</sup>.

A aprovação do projecto implicaria, portanto, a substituição da coerência e da unidade intrínsecas do CPA por uma lógica plural e sincrética ao nível

---

<sup>7</sup> FÁBRICA, «A revisão do Código do Procedimento Administrativo», D&P 4 (2013), ponto 4 (no prelo, citado com a amável permissão do autor).

<sup>8</sup> VIEIRA DE ANDRADE, «A “revisão” dos actos administrativos no direito português», Leg. 9/10 (1994), 185-202; Idem, «A nulidade administrativa, essa desconhecida», RLJ 138 (2009) 333-350; Aroso de Almeida, *Teoria geral do direito administrativo: temas nucleares*, Coimbra, 2012, 191-196.

da técnica legislativa e do estilo de redacção empregues, da sistematização e dos conceitos e soluções adoptados.

**1.5.** O CPA foi claramente pensado como um diploma essencialmente destinado à pessoa média e à administração, tendo sempre bem presente que a primeira é geralmente leiga em matérias jurídicas e a segunda é composta por funcionários e agentes na sua esmagadora maioria desprovidos de formação jurídica qualificada. Em razão disto, privilegiou formulações genéricas, sintéticas, simples e tanto quanto possível expurgadas de complexidade conceptual. Tratou-se de uma orientação assumida, como pode perceber-se pelo preâmbulo do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, no qual se lê: «Até aqui, apesar de uma lei do procedimento administrativo haver sido prometida por sucessivos governos desde o já longínquo ano de 1962, nem a Administração conhecia com rigor os seus deveres para com os particulares no decurso dos procedimentos administrativos por ela levados a cabo, nem os cidadãos sabiam com clareza quais os seus direitos perante a Administração Pública. | A partir de agora, tanto o cidadão comum como os órgãos e funcionários da Administração passam a dispor de um diploma onde se condensa, em linguagem clara e que se julga acessível, o que de essencial têm para saber para pautar a sua conduta por forma correcta e para conhecerem os seus direitos e deveres uns para com os outros» (ponto 4).

Ao invés, o projecto dir-se-ia feito a pensar nos magistrados, nos advogados, nos académicos e, quando muito, nas elites administrativas. Não há sinais de que esta tenha sido uma reorientação pretendida ou consciente, mas nem por isso ela deixa de ser clara, revelando-se em artigos em média muito mais extensos que os vigentes, bastas vezes de grande pormenor, por vezes quase regulamentares (por ex., os arts. 67.º-70.º, 102.º, 103.º) e de formulação intrincada (por ex., os arts. 67.º-70.º e 162.º), bem como na adopção de uma linguagem que, sem prejuízo do seu apuramento técnico, chega a ser cerrada [por ex.: «na medida em que o quadro normativo aplicável consinta a precarização do ato em causa e se verifique o circunstancialismo específico previsto na própria cláusula»: art. 166.º, 2, d)], com amplo recurso a conceitos técnico-jurídicos complexos e de manuseamento pouco comum na prática administrativa («acordos endoprocedimentais»: art. 62.º; «contratos interadministrativos»: art. 67.º, 1, 3) e até a conceitos filosóficos («a ideia de direito»: art. 8.º). É significativo que em vários passos o projecto traga à memória a técnica e o estilo de diplomas destinados à aplicação no foro, como o CPTA, ou pelos escalões mais elevados e mais especializados da administração pública, como o CCP.

Assim sendo, parece também claro que o CPA que resultaria da aprovação do projecto passaria a caracterizar-se por um grau de complexidade incompatível com a preservação da filosofia subjacente à sua concepção original.

**1.6.** O CPA é um diploma que, no plano normativo, pode considerar-se como conservador, já que se situou na continuidade de todos os projectos de codificação do procedimento administrativo elaborados em Portugal desde 1968, o último dos quais submetido a discussão pública e aperfeiçoado na sua sequência<sup>9</sup>, e preferiu a generalização de soluções legais há muito vigentes em ramos jusadministrativos especiais e a incorporação de soluções que já fossem jurisprudencial e doutrinamente pacíficas à inovação, à qual, de forma clara, tentou recorrer apenas em domínios e em termos que se afigurassem imprescindíveis ou passíveis de recolher consensos<sup>10</sup>. Isto é verdade mesmo quanto a muitas das opções mais polémicas e criticadas do CPA, como sejam a consagração de uma noção restrita de administração pública em sentido orgânico, da noção de acto administrativo e executório e do privilégio da execução prévia, o regime da revogação e a concepção das relações entre os procedimentos administrativos de controlo e o processo administrativo, matérias em relação às quais as escolhas legislativas esplavavam largos consensos jurisprudenciais e doutrinários, ainda que hoje seja fácil perceber que tais consensos já estavam, à data, em erosão. A revisão de 1996 foi na mesma linha, tendo elegido como objectivo «aperfeiçoar significativamente o Código à luz da reflexão teórica e experiência prática», para o que se baseou no acompanhamento dos três primeiros anos da vigência do CPA, tal como reflectido num «estudo técnico» sobre eles «realizado em

---

<sup>9</sup> Mais especificamente, a Parte II do anteprojecto de Código Administrativo do Ultramar preparado em 1968 por Rui Machete no âmbito do Ministério do Ultramar, o anteprojecto de Código do Processo Administrativo Gracioso preparado em 1969 por Osvaldo Gomes para o Secretariado da Reforma Administrativa [ambos publicados na Legislação 9/10 (1991), 39, 79] e as duas versões do projecto de Código do Processo Administrativo Gracioso preparadas em 1980 e 1982 por Rui Machete no âmbito do Ministério da Reforma Administrativa [publicados, respectivamente, no BMJ 301 (1980), 41, e no BMJ 362 (1987), 11].

<sup>10</sup> Seria fastidioso enunciar o modo como o CPA concretizou estas preocupações em cada um dos seus blocos normativos e disposições. Para tal, cfr. as esclarecedoras anotações dos membros das comissões responsáveis pelos projectos do CPA e da sua revisão em FREITAS DO AMARAL / CAUPERS / MARTINS CLARO / RAPOSO / DIAS GARCIA / SIZA VIEIRA / PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo: anotado, Coimbra*, 6.<sup>a</sup> ed. 2007, *passim*.

colaboração com vários serviços públicos seleccionados», tendo-se limitado a incidir sobre «os principais pontos carecidos de revisão ou clarificação» detectados (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro)<sup>11</sup>.

Já o projecto, pelo contrário, merece o epíteto de ousado e vanguardista. Desde logo, não assenta em qualquer análise empírica da aplicação do CPA pela administração desde a sua última revisão, assim assumindo como nucleares apenas «os contributos dados pela doutrina e pela jurisprudência ao longo dos últimos quinze anos» (exposição de motivos), «a vasta doutrina e jurisprudência entretanto formadas em torno de matérias reguladas pelo Código» (ponto 1 do preâmbulo), impulsos que só mediatamente reflectem, se e quando reflectirem, as necessidades da vida administrativa. Não obstante isto, o projecto arrisca soluções novas ao arrepio de aplicações já testadas sectorialmente: é o que se passa, por exemplo, com as conferências procedimentais, há anos consagradas no direito do urbanismo português, mas em termos que o projecto optou por ultrapassar em benefício de um regime completamente diferente, muito mais ambicioso e complexo (arts. 67.º-70.º). O projecto opta também por soluções que não são pacíficas na jurisprudência e/ou na doutrina: assim sucede, por exemplo, com a restrição dos conceitos de regulamento e de acto administrativo aos actos externos (arts. 137.º e 146.º); com a abertura ao estabelecimento de prazos de efectivação da nulidade dos actos administrativos (art. 160.º, 2); com a consagração da teoria do aproveitamento do acto administrativo (art. 161.º, 5); com a distinção entre revogação e anulação (arts. 164.º-174.º), sendo inexacta, pelo menos na extensão que inculca, a afirmação de que tal distinção é «há muito reclamada pela doutrina» (exposição de motivos), bem como os regimes associados a cada uma daquelas figuras, que vêm efectivamente na linha de «propostas de alteração aos artigos 140.º e 141.º que, ao longo dos últimos vinte anos, têm sido formuladas na doutrina» (ponto 16 do preâmbulo), mas que estão muito longe de ser consensuais como desse modo se sugere; com a atribuição de competência anulatória de actos viciados de incompetência ao órgão legalmente competente (art. 168.º, 6); com a alteração dos limites da competência revogatória do superior hierárquico (arts. 168.º, 3 e 195.º, 1); e com a afirmação – pela primeira vez na lei portuguesa – da existência de

---

<sup>11</sup> Também o processo de revisão do CPA iniciado no âmbito do Ministério da Reforma da Administração Pública do XIV Governo Constitucional, acima referido, envolveu uma ampla auscultação aos mais significativos sectores da administração pública quanto aos aspectos a abranger, tal como documentados no volume dedicado aos respectivos trabalhos preparatórios.

contratos de direito privado da administração (art. 198.º, 1). E o projecto chega ainda a propor inovações de todo inesperadas e até hoje nunca reclamadas na prática administrativa, pela jurisprudência ou pela doutrina, como sejam a alteração da noção de procedimento administrativo (art. 1.º, 1), a significativa alteração das regras de contagem de prazos procedimentais [art. 84.º, d), e)] e a eliminação da cláusula geral de nulidade dos actos administrativos (art. 159.º, 1), ou que, inclusivamente, vão contra consensos doutrinários estabelecidos, como seja a afirmação de que os actos praticados ao abrigo de delegação ou subdelegação valem como se tivessem sido praticados pelo delegante ou pelo subdelegante (art. 44.º, 4).

Nestes termos, se o CPA é hoje um diploma de consensos, a aprovação do projecto transformá-lo-á num diploma de rupturas.

**1.7.** Seria desrazoável afirmar que o CPA é imune a influências doutrinárias, nem isso seria possível ou sequer desejável num diploma com a sua centralidade e com a sua densidade dogmática. Como decorre de muito do que já se disse, o CPA reflecte sobretudo o espírito e o método, os conceitos e as concepções dominantes na escola de direito público de Lisboa, tal como sucessivamente professados, em particular, por Marcello Caetano e por Freitas do Amaral<sup>12</sup>. Todavia, não obstante a hegemonia daquela escola na composição da comissão que preparou os projectos do CPA e da sua revisão, e sem prejuízo de algumas opções criticáveis e evitáveis, é forçoso reconhecer no CPA um esforço por atingir uma certa neutralidade doutrinária. Que este objectivo foi em larga medida conseguido é um facto demonstrado pela capacidade que o CPA demonstrou de acomodar doutrinas muito diferentes, e em alguns casos até antagónicas, daquelas que lhe estiveram na base. Assim, o conceito adoptado de acto administrativo, além de não corresponder àquele à data adoptado por Freitas do Amaral ou por qualquer dos seus discípulos,

---

<sup>12</sup> Seria também desrazoável afirmar que a escola de direito público de Lisboa era a única influência possível aquando da sua elaboração, mas é facilmente explicável que tenha sido, como foi, a principal: em primeiro lugar, porque à época, era nela que mais afinadamente, desde havia trinta anos, se tinha estudado o procedimento administrativo, era dela que tinham provindo, sem excepção, todos os projectos e anteprojectos de codificação da matéria e só no seu âmbito se tinha até então produzido uma construção sistemática completa do direito administrativo geral. Em segundo lugar, porque, através do seu *caput scholar*, Rogério Ehrhardt Soares, então o único jusadministrativista português capaz de rivalizar em autoridade e prestígio com Freitas do Amaral, a Faculdade de Direito de Coimbra deliberadamente se pôs à margem do processo de codificação do direito administrativo e renunciou a influenciá-lo.

revelou-se suficientemente flexível para que, à sua sombra, a doutrina concebesse o acto administrativo num sentido amplo de matriz italiana, num sentido restrito de matriz germânica e, ultimamente, num sentido intermédio aparentemente mais atido à formulação legal<sup>13</sup>. O recurso à categoria dogmaticamente carregada do acto administrativo definitivo e executório foi suficientemente lateral para não ter obstado ao seu prático desmantelamento pela doutrina, fundado nos dados constitucionais e numa concepção de fundo diversa do direito administrativo, muito antes de o seu certificado de óbito ter sido assinado pela reforma do contencioso administrativo de 2004<sup>14</sup>. O conceito unitário de revogação não se revelou incompatível com a construção doutrinal da revogação e da anulação como figuras distintas<sup>15</sup>. O conceito de contrato administrativo conviveu com a opinião que negava a sua admissibilidade dogmática<sup>16</sup>. Mais exemplos poderiam fornecer-se.

O CPA procurou também muito claramente não ceder à tentação de se substituir à doutrina. Assim, desde logo, encontra-se no CPA um número reduzidíssimo de definições e qualificações e as que existem são em geral relevantes, ainda que possam não ser absolutamente necessárias, para a aplicação das suas disposições: é o que se passa com as noções de procedimento e de processo administrativos (art. 1.º), de acto administrativo (art. 120.º) e de contrato administrativo (art. 178.º original), justificadas pela sua centralidade no articulado, e com as noções de pareceres obrigatórios e facultativos, vinculativos e não vinculativos (art. 98.º, 1), justificadas pela ambiguidade semântica das expressões consagradas, que, sempre tendo em vista que os destinatários primeiros do CPA são o cidadão comum e a administração, se quis eliminar, tanto mais que elas integram factispécies normativas diferenciadas (como as dos arts. 98.º, 2 e 99.º, 3). Além disto, o CPA evitou deliberadamente fechar a porta à discussão de questões dogmaticamente densas ainda muito controvertidas na doutrina e na jurisprudência, mesmo quando, com facilidade, lhe teria sido possível fazê-lo através da consagração das soluções preferidas por quem o elaborou: assim, por exemplo, apesar das

---

<sup>13</sup> Por todos, PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, 598-629; SÉRVULO CORREIA, «O incumprimento do dever de decidir», in AAVV, *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, II, Lisboa, 2006, 217-254 (242-247); REBELO DE SOUSA / SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral*, III, 74-86; Aroso de Almeida, *Teoria geral*, 115-130.

<sup>14</sup> Por todos, PEREIRA DA SILVA, *Em busca*, 646-660.

<sup>15</sup> Por todos, VIEIRA DE ANDRADE, «A “revisão”», esp. 188-202.

<sup>16</sup> Por todos, ESTORNINHO, *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*, Coimbra, 2012, 11-55.

ideias muito claras de Freitas do Amaral quanto à questão da competência revogatória de actos administrativos viciados de incompetência relativa, o art. 142.º, 1 foi propositadamente redigido de modo a não afastar a tese que sustenta a competência revogatória do chamado autor legal<sup>17</sup>.

Também aqui o projecto inverte caminho. Com efeito, ele não se limita a promover uma neutralização doutrinal do CPA, mediante o expurgo das influências excessivas, inadequadas ou ultrapassadas da escola de direito de Lisboa que nele inequivocamente subsistem, de modo a traduzir de modo mais equilibrado e representativo a realidade da doutrina jusadministrativista actual – tarefa que dificilmente poderia ser entendida como envolvendo uma descaracterização da filosofia original do CPA e na qual, aliás, o projecto teria com toda a probabilidade o apoio dos representantes mais jovens daquela escola, quando não mesmo, a julgar pelos seus mais recentes escritos, do próprio Freitas do Amaral. Na verdade, se por um lado o projecto elimina os traços mais evidentes e criticáveis da influência da escola de direito público de Lisboa, a verdade é que, como se viu, introduz por outro lado no articulado influências de matriz diversa, nomeadamente germânicas, tal como recebidas sobretudo por jusadministrativistas de Coimbra e do Porto e que, ao contrário daquilo que a exposição de motivos e o preâmbulo poderiam fazer crer, encontraram em Lisboa acolhimento morno (por exemplo, ao menos nos termos e com a extensão propostos, a alteração do regime da revogação do acto administrativo), isto quando não foram pura e simplesmente repudiadas (por exemplo, a distinção entre revogação e anulação do acto administrativo). Com isto, o projecto apresenta-se com um carácter doutrinal muito mais marcado do que o texto actual, já que, ao contrário deste, surge a fazer escolhas doutrinárias claras com as quais aparentemente pretende encerrar discussões ainda em curso. Como se assinalou, o mesmo sucede, aliás, em várias outras matérias, como a restrição dos conceitos de regulamento e de acto administrativo aos actos externos, a admissão de prazos de efectivação da nulidade dos actos administrativos, a positivação da teoria do aproveitamento do acto administrativo, a atribuição de competência anulatória de actos viciados de incompetência ao órgão legalmente competente, a alteração dos limites da competência revogatória do superior hierárquico e a habilitação normativa para a celebração de contratos de direito privado pela administração.

---

<sup>17</sup> Expressamente neste sentido, FREITAS DO AMARAL / CAUPERS / MARTINS CLARO / RAPOSO / DIAS GARCIA / SIZA VIEIRA / PEREIRA DA SILVA, CPA, *sub* art. 142.º

O pendor doutrinal do projecto revela-se também na adopção de uma noção de procedimento administrativo totalmente desfasada do âmbito de regulação do diploma tal como configurado pelo próprio projecto (art. 1.º, 1); na preocupação de definir os princípios fundamentais da actividade administrativa com «maior densidade» (ponto 5 do preâmbulo), o que em concreto significa de acordo com a sua mais actualizada formulação teórica, como evidenciam as definições dos princípios da justiça e da imparcialidade (arts. 8.º e 9.º); e na introdução de novas definições, que, ao contrário daquelas que já constam do CPA, não têm utilidade prática visível, pois respeitam a realidades compreendidas ou compreensíveis de modo incontroverso, como sejam a definição de órgão administrativo (art. 20.º, 1) e a definição de acto administrativo constitutivo de direitos (art. 166.º, 3), ou se limitam a um alcance puramente teórico, como seja a classificação dos órgãos administrativos em singulares e colegiais e permanentes ou temporários (art. 20.º). E revela-se, por fim, no desiderato, que parece ter sido essencial, de subordinar explicitamente o CPA a uma lógica de equiordenação entre a administração e os particulares nos quadros teórico-conceptuais da relação jurídica, porventura a ideia mais vezes afluída nos textos preambulares (por exemplo, o quarto parágrafo da exposição de motivos e os pontos 5, 6, 7, 8 e 13 do preâmbulo) e certamente aquela que motivou alterações de maior envergadura na estrutura do articulado (tendo, em particular, levado à ressystematização da totalidade das Partes II e III e à maior parte dos novos artigos propostos), o que está em manifesta desproporção com a exiguidade das suas implicações práticas nas concretas disciplinas legais.

Também aqui, portanto, o projecto se demarca do CPA, invertendo o sentido da sua pecha doutrinal originária e agravando-a.

**1.8.** Os aspectos que acima se enunciaram ilustram bem, julga-se, a reorientação da filosofia de base do CPA que o projecto pretende introduzir. Mas caso se desça desse plano para o dos conteúdos normativos concretos não se modifica o juízo acerca do impacto que o projecto, se aprovado, teria sobre o CPA vigente. Para estes efeitos não é precisa uma apreciação individual das alterações propostas, que como se disse não é propósito destas linhas, bastando que se atente nos domínios de regulação centrais do CPA.

A medida da extensão e da profundidade das alterações introduzidas nestes domínios é dada de forma eloquente pelos próprios textos da exposição de motivos e do preâmbulo: entre a modificação da noção de procedimento administrativo, a começar, e a reintrodução de um regime geral do contrato, a concluir, «o novo Capítulo II da [...] Parte III, intitulado «Dos sujeitos do



procedimento», contém *muitas inovações*» (ponto 8 do preâmbulo); há «*importantes alterações* no regime dos prazos para a decisão do procedimento e consequências da sua inobservância» (ponto 14 do preâmbulo); «é [...] *inovadora* a regulação específica do procedimento dos regulamentos» (ponto 14 do preâmbulo); «nos tradicionais domínios da actividade administrativa – regulamento e ato administrativo, a revisão do Código do Procedimento Administrativo é *profundamente inovadora*» (exposição de motivos); «o regime substantivo dos regulamentos administrativos» visa «*preencher uma lacuna* no nosso Direito Administrativo, numa área tão importante para a actividade administrativa» e «*inova* no tratamento da invalidade e do regime da invalidade do regulamento» (*sic*) (ponto 15 do preâmbulo); «no que respeita à invalidade do ato administrativo, introduzem-se *modificações [...] profundas*» (ponto 16 do preâmbulo); «no que respeita ao regime da execução dos actos administrativos» regista-se «a *grande novidade* [que] é a consagração do princípio de que a execução coerciva dos actos administrativos só pode ser realizada pela Administração nos casos expressamente previstos na lei» (ponto 16 do preâmbulo); «na Secção VI da Parte IV, que regula a reclamação e os recursos administrativos, foram introduzidas *diversas alterações importantes*» (ponto 17 do preâmbulo). Este elenco peca, aliás, por defeito, já que os textos preambulares citados não dão suficiente ênfase às alterações pretendidas na matéria dos princípios fundamentais da actividade administrativa, da configuração do procedimento (em particular no que toca ao auxílio administrativo, às formas de comunicação da administração e, com ela, à instrução e às conferências procedimentais), da revogação e da anulação administrativas, entre ainda alguns outros.

Ou seja, e em resumo, não há um único dos principais blocos normativos do CPA em que o projecto não pretenda introduzir alterações muito significativas.

**1.9.** Impõe-se, portanto, concluir que a impressão causada pelo impacto puramente quantitativo das alterações pretendidas pelo projecto é plenamente confirmada por uma análise, ainda que meramente macroscópica, do seu impacto quantitativo; o aprofundamento da análise a cada uma das soluções individuais permitiria, mesmo, reforçar esta reiteração. Na estrutura normativa, na ordenação dos artigos, na filosofia de base, nas opções acolhidas em cada um dos mais importantes blocos normativos, o projecto incide sobre *aspectos nuclearmente identitários* do CPA. Julga-se, portanto, que o projecto não visa uma «mera revisão», ainda que «profunda» ou «alargada» do CPA. Trata-se, isso sim, de um projecto de CPA substancialmente novo, que,

do diploma actualmente vigente, aproveita menos do que aquele aproveitou dos anteriores e frustrados anteprojectos e projectos de codificação do procedimento administrativo.

Esta é uma opinião pessoal que, apesar de fundada em argumentos tão objectivos quanto possível, não se pretende fazer valer ela própria como facto objectivo – até porque não existe uma fronteira clara e aprioristicamente identificável entre aquilo que seja uma revisão e aquilo que seja uma lei nova. No entanto, sempre se diga que a questão mais importante não é saber como qualificar o impacto do projecto sobre o CPA. Estando assente que o projecto pretende introduzir na legislação geral do procedimento administrativo portuguesa alterações com a extensão, a intensidade e a profundidade que são, objectivamente, aquelas que dele constam, o que interessa saber é, portanto, se a introdução de tais alterações, independentemente de saber se se trata de uma revisão ou de uma lei nova, é ou não necessária ou, ao menos, conveniente.

Pelas razões que se explicarão no parágrafo seguinte, considera-se que a resposta é negativa.

## **2. A inconveniência global do projecto à luz da função da codificação**

**2.1.** Um juízo acerca da extensão e do alcance das alterações que o projecto pretende introduzir tem que partir da consideração de um dado evidente: o CPA não é uma lei qualquer. O CPA é um Código que incide sobre a parte nuclear de um ramo de direito; está, portanto, para o direito administrativo como o Código Civil está para o direito privado. Ora, a elaboração de um código é expressão de exigências de clareza, previsibilidade e certeza jurídicas que de modo particular se fazem sentir em certo sector da ordem jurídica e que, aprovado aquele código, passam a exigir a sua estabilidade. Além disto, «o enorme trabalho de redução e síntese» que a elaboração de um código necessariamente envolve, e que frequentemente «se prolonga por gerações de juristas»<sup>18</sup>, só se justifica precisamente em face dessa mesma estabilidade. Por isto, um código, se for bom, é para durar durante décadas. E é para durar não numa vigência puramente formal, mas com a sua identidade própria, com tudo aquilo que faz dele o código que é, a começar em aspectos aparentemente secundários como a sua estrutura e a numeração dos seus artigos e a acabar nas concepções de base que enformam as suas soluções e nos aspectos nucleares destas últimas. Com efeito, só a estabilidade de um

---

<sup>18</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, Coimbra, 32009, 73-74.

código nos aspectos apontados permite que aqueles que têm de o cumprir e fazer cumprir, pela sua própria prática, pela acumulação de decisões administrativas ou jurisdicionais em casos semelhantes ou pelo contínuo labor da doutrina, adquiram uma familiaridade óptima com ele e assim possam aplicá-lo de forma muito mais fácil e correcta, por vezes quase rotineira, do que aquilo que de outro modo seria possível ou sequer pensável. No limite, se esta estabilidade não existir, pode mesmo questionar-se a conveniência da codificação<sup>19</sup>.

Claro que aquilo que se afirmou não significa que um código deva estar imune a quaisquer alterações, ainda que extensas, ou mesmo, no limite, a ser revogado ou substituído por um novo código. Chega, no entanto, para demonstrar que a alteração de um código depende de um teste de proporcionalidade muito mais exigente do que aquele a aplicar a um decreto-lei que «estabelece as definições, denominações e características, formas de acondicionamento a que devem obedecer o café, sucedâneos de café e suas misturas, bem como as regras relativas à respectiva rotulagem e comercialização», para dar um exemplo real extraído de um dos últimos números do Diário da República (Decreto-Lei n.º 78/2013, de 11 de Junho).

Em particular, a introdução de alterações num código não pode justificar-se apenas pelo fito de melhorar pontualmente aspectos específicos da sua regulação, sendo ainda de exigir-lhe que tais melhorias sejam mais significativas que os prejuízos que, além daquilo que directamente alcançam, causem ao bem que é a própria estabilidade do código globalmente considerado. Isto implica, desde logo, uma consequência muito importante: um código tem que ser aceite com as imperfeições que inevitavelmente terá e que são inerentes a qualquer trabalho humano. Deficiências de sistematização, de expressão do pensamento legislativo, de redacção, de rigor conceptual, de terminologia, por muito graves ou gritantes que sejam, tornam-se secundárias se não interferirem na boa aplicação das disciplinas substanciais e mesmo certas lacunas, desactualizações ou insuficiências de regulação deverão ser desconsideradas – tanto mais que a sua suposta correcção, sendo também trabalho humano, nunca poderia estar imune a infelicidades que, por sua vez, imediatamente reclamariam correcção. Quanto a isto, é preciso ter presente que um código não é apenas um livro de leis. Um código é um ecossistema, aliás instável, que compreende não só aquilo que foi publicado

---

<sup>19</sup> É por esta razão que MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I/1, 259, 261, sugere que matérias cuja regulação tenha atingido um grau mínimo de estabilidade, como em Portugal sucedeu com o arrendamento, devem, pura e simplesmente, ser retiradas da codificação civil.

numa gazeta oficial, mas, em sentido amplo, os milhares ou dezenas de milhares de páginas de doutrina, de jurisprudência, de decisões administrativas que sobre ele se produziram e continuam a produzir, resolvendo dúvidas interpretativas, uniformizando a aplicação do direito, ultrapassando deficiências técnicas e encontrando soluções criativas que muitas vezes não estavam sequer no pensamento do próprio legislador; por isto, mesmo quando o código enquanto texto legal é imperfeito, o código tal como ele vive na realidade jurídica pode não o ser. E é este código como realidade viva que é preciso respeitar quando se pretende rever o texto desse código tal como ele foi aprovado pelo legislador.

Imagine-se o que seria se o Código Civil tivesse sido alterado apenas uma por cada dez vezes em que a sua sistematização, a sua redacção, uma das suas disposições foram – com acerto – criticadas pela doutrina. Já não havia Código Civil.

**2.2.** Dir-se-á que tudo o que acaba de afirmar-se releva para ramos de direito caracterizados por uma acentuada estabilidade, como o direito civil, mas não para o direito administrativo, que precisamente se caracteriza pela sua intrínseca mutabilidade conjuntural<sup>20</sup>. Todavia, sendo certo que os textos legais do direito administrativo nunca poderão aspirar a uma estabilidade minimamente similar aos do direito civil – não é crível que uma codificação do direito administrativo geral possa alguma vez aproximar-se da longevidade do *Code Napoléon* ou do BGB – nada justifica que deliberada e desnecessariamente se agravem os seus factores internos de instabilidade. Ademais, o direito do procedimento administrativo geral, entendido aqui num sentido amplo que inclui todas as matérias que lhe estão anexas, dispõe de todas as condições para ser o menos instável dos domínios de regulação jurídico-administrativa, razão que, aliás, explica o facto de ser a única matéria do direito administrativo geral em que a codificação teve algum sucesso<sup>21</sup>; e é por certo aquele cuja estabilidade é mais valiosa e que por isso mais se justifica preservar, quer porque só assim poderá encontrar-se nele o referencial que o verdadeiro turbilhão normativo em que se converteram os direitos administrativos especiais torna imprescindível, quer ainda pela simples razão de que é nele que os custos da eventual instabilidade legislativa são mais significativos. Eventuais intervenções legislativas numa codificação já

---

<sup>20</sup> REBELO DE SOUSA / SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral*, I, Lisboa, 32008, 59.

<sup>21</sup> REBELO DE SOUSA / SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral*, I, 60-61, III, 64.

existente do procedimento administrativo geral devem, assim, ser cuidadosamente ponderadas.

Estas considerações gerais continuam a justificar-se quando aplicadas ao caso concreto. O CPA, conforme geralmente se reconhece, inclusivamente no preâmbulo do projecto (ponto 2), é um diploma de elevada qualidade técnica, que, em virtude do sábio equilíbrio que soube manter entre rigor e acessibilidade, tradição e inovação, cumpriu e continua a cumprir os seus objectivos em termos que chegam a suplantar o que à partida dele se poderia esperar e tem evidenciado uma notável capacidade de adaptação à evolução da realidade sobre a qual incide. Trata-se, ademais, de um diploma estruturante da cultura jurídico-administrativa nacional. Na sua vigência formaram-se várias gerações de jusadministrativistas, sejam eles hoje magistrados, advogados, administradores ou académicos, que entretanto adquiriram uma familiaridade com a sua estrutura interna, a sua ordenação, a numeração dos seus artigos, a redacção das suas disposições e as soluções nelas contidas. Escreveram-se dezenas de milhares de páginas de doutrina e jurisprudência, que, na verdade, no sentido amplo que se apontou, fazem parte de um mais amplo CPA tal como ele vive na realidade jurídica. Tudo isto tornou e torna a sua aplicação quotidiana muito mais fácil e certa do que seria pensável caso ele não existisse. Mas a interiorização do CPA pelos seus aplicadores, como sucede com qualquer lei da sua importância, foi um processo lento, que só passados vários anos começou a dar frutos na prática administrativa e jurisprudencial e que, como qualquer juiz, administrador ou magistrado com conhecimento de causa admitirá com prontidão, não pode sequer considerar-se concluído. Uma revolução legislativa como a pretendida pelo projecto deitaria fora tudo aquilo que neste domínio se adquiriu. O processo de adaptação da prática jurídica ao direito teria que recomeçar quase do zero; todos aqueles que a qualquer título, directa ou indirectamente, lidam com o direito administrativo geral teriam que iniciar uma nova e difícil aprendizagem. Isto teria um impacto desfavorável imediato na conformidade jurídica, na qualidade e na eficiência da actividade administrativa e, em cadeia, na litigiosidade e nas pendências judiciais, bem como, também por esta via, nas próprias qualidade e eficiência da actividade dos tribunais administrativos.

Além do seu significado imaterial, estas consequências têm implicações financeiras significativas e mensuráveis que, em vários dos países estrangeiros a que o preâmbulo do projecto alude como exemplos a seguir, não deixariam de merecer uma avaliação de impacto rigorosa. Alguém terá pensado nos milhares de horas de requalificação profissional subtraídas ao expediente que a aprovação do projecto implicaria para milhares de magistrados,

administradores, académicos e advogados? Nos custos das empresas com a análise do novo diploma e eventual adaptação a elas? No tempo desperdiçado pelos mesmos profissionais a procurar no CPA disposições que até poderão ter-se mantido substancialmente idênticas, mas cujas colocação sistemática e numeração foram alteradas? Ou no desperdício a que as novidades do projecto votariam boa parte da jurisprudência e da doutrina produzidas nos últimos vinte anos e a que a simples renumeração dos artigos votaria de uma penada todos os códigos anotados e bases de dados de legislação, jurisprudência e doutrina referenciadas a disposições específicas do CPA? E alguém terá pensado nos impactos das alterações que se pretende introduzir – por exemplo, das regras sobre contagem de prazos – nos direitos administrativos especiais?

Poucas vezes as palavras de Von Kirchmann – «três palavras de correcção do legislador e bibliotecas inteiras se transformam em lixo» – terão sido tão pertinentes; com a particularidade de, neste caso, o legislador se propor dizer muito mais que três palavras sem estar demonstrado que o objecto da sua «correcção» mereça ir para o lixo.

**2.3.** É verdade que a estabilidade, não sendo um valor absoluto, sempre deveria ceder perante a demonstração da necessidade das alterações agora propostas. No entanto, é patente que tal necessidade não existe a não ser numa ínfima parte daquilo que o projecto pretende. Para que fosse necessária uma revisão que apenas deixasse incólume um dos quase duzentos artigos do CPA seria preciso que este fosse um diploma muitíssimo mau – mal pensado, mal estruturado, mal redigido, pejado de soluções erradas, que conduzisse de forma sistemática a resultados inadequados – ou totalmente desfasado das exigências actuais. Coisas que, até hoje, ninguém sugeriu. Na verdade, tirando as matérias disciplinadas pelo CPA referidas no primeiro parágrafo deste texto, não há muitas mais cuja alteração se possa considerar necessária.

Aliás, se bem se vir, parte substancial das alterações agora projectadas decorre do ímpeto doutrinário do projecto. Por exemplo, uma única opção deste tipo, a de conformar a disciplina do procedimento administrativo em termos supostamente conformes com o modelo teórico-conceptual da relação jurídica, é responsável pela ressystematização total das Partes II e III do CPA, por grande parte dos casos de renumeração de artigos e por muitas das alterações de conteúdo, entre as quais aquelas que envolvem uma multiplicação de conceitos perfeitamente supérfluos no plano normativo que só contribuem para dificultar a compreensão e a aplicação do direito (como

sucedem com os conceitos de «relação jurídica procedimental», de «participação procedimental da administração» e de «sujeitos da relação jurídica procedimental», acrescentando o último a múltiplas referências à «administração», aos «órgãos», aos «particulares» e aos «interessados»). Certamente tendo presente o impacto desta opção, o projecto é autojustificativo quanto a ela. Por exemplo, a propósito de uma das suas consequências, a recolocação sistemática das garantias de imparcialidade num novo Capítulo II da Parte III como Subsecção IV da Secção III (arts. 71.º a 78.º), escreve-se no preâmbulo: «Não se trata apenas de perfeccionismo formal. As medidas que procuram limitar o risco de violação do princípio da imparcialidade no plano subjectivo constituem um instrumento do outro grande pilar valorativo da dinâmica procedimental, a par do da participação: o da imparcialidade do decisor. São as duas grandes colunas do *due process: audi alteram partem e nemo iudex in causa sua*. Não estamos perante um elemento do regime dos órgãos (Parte II), mas do regime do procedimento (Parte III). Por outro lado ainda, é óbvio que o que aqui se propõe estabelecer são requisitos da participação da Administração na relação jurídica procedimental».

O excerto transcrito é eloquente, porque demonstra aquilo que começa por pretender negar, ou seja, que o que está em causa é, efectivamente, apenas uma questão de «perfeccionismo formal», *rectius*, sistemático, já que, na verdade, a colocação sistemática das disposições em causa é irrelevante para as suas correctas interpretação e aplicação. O mesmo se diga de virtualmente todas as alterações tendentes à explicitação do modelo da relação jurídica na disciplina do procedimento administrativo, cujas eventuais inovações substanciais, que não são muitas, seriam perfeitamente possíveis de atingir dentro da sistemática actual. E nem se diga que o conceito de relação jurídica administrativa perderia desse modo o que quer que seja, em primeiro lugar porque a decisão acerca da sua validade ou invalidade não depende da sua explicitação no CPA e em segundo lugar porque, como se referiu, ela já está, na verdade, positivada no seu sistema. Há ainda outras alterações do mesmo tipo, como a definição proposta de procedimento administrativo (art. 1.º, 1): apesar de doutrinalmente *à la page*, a verdade é que a sua relevância para o CPA é nula, pois os procedimentos administrativos por ele regulados não são aqueles relativos «à organização interna das entidades administrativas» ou «à obtenção de dados e informações de carácter geral necessários às finalidades prosseguidas pela Administração», mas simplesmente aqueles «tendentes à formação e manifestação da vontade da Administração Pública ou à sua execução», ou seja, precisamente os já referidos pela versão actual do art. 1.º, 1.

Outra parte substancial das alterações projectadas resulta da intenção de introduzir benfeitorias na redacção e na sistematização do Código. Contudo, a maior parte dessas benfeitorias são voluptuárias, quer porque os defeitos que visam corrigir já foram amplamente superados pela interpretação e pela aplicação doutrinária e jurisprudencial das disposições em causa ou não passam de simples infelicidades de formulação desprovidas de implicações normativas (atente-se nas alterações de redacção propostas para os arts. 3.º, 10.º, 11.º, 15.º, 26.º, 34.º, 1, 37.º, 2, 44.º, 1, 63.º, 1, 29.º, 2, 3, 33.º, 2, 3), quer porque, pura e simplesmente, não visam corrigir qualquer defeito, sendo aparentemente motivadas por simples preferências estilísticas (por ex., arts. 21.º, 1, 40.º, 1: «órgão da administração pública» por «órgão administrativo»; art. 23.º, 2: «órgão» em vez de «órgão colegial»; art. 25.º, 1: «e, salvo disposição especial em contrário» por «que, salvo disposição especial em contrário»; art. 26.º: «só podem ser tomadas deliberações cujo objecto se inclua na ordem do dia da reunião» por «só podem ser objecto de deliberação os assuntos incluídos na ordem do dia da reunião»; a. 34.º, 4: «minuta sintética» por «minuta»; art. 53.º: «a solicitação» por «a requerimento»)<sup>22</sup>.

Ora, o que sucedeu foi que alterações destes dois tipos engendraram, por razões de lógica sistemática, a necessidade de introduzir novas alterações em cascata. E, quando se dá por isso, está-se perante propostas de alteração que incidem sobre 99,44% dos artigos do CPA, todas elas justificadas com uma suposta necessidade que, na realidade, só não é ilusória quanto a um pequeno número deles. Na verdade, a inversão da lógica do projecto quanto a estes aspectos permitiria, com facilidade e sem prejuízo de nenhuma das suas opções praticamente relevantes, manter a estrutura do CPA e a respectiva numeração, ainda que necessariamente intercalada com artigos de numeração

---

<sup>22</sup> Diga-se em abono da verdade que o projecto não está ao nível da exigência na base da qual a Comissão que o elaborou avaliou a sistematização e a redacção do CPA. Assim, a título de mero exemplo e entre muitas outras situações, os arts. 21.º, 3, 60.º e 163.º, 5 amalgamam diversas normas, o que contradiz a orientação de divisão de diversas disposições do CPA que sofrem do mesmo defeito; o teor do art. 13.º, 3 não decorre do dever legal de decisão e sim do princípio do inquisitório, pelo que deveria constar do art. 55.º, do qual foi indevidamente retirado; a sistematização da secção relativa à reclamação e aos recursos administrativos, embora melhorando a vigente, continua a enfermar de deficiências (por exemplo, o conteúdo do art. 185.º, 1 não deveria estar no regime geral; os arts. 190.º, 1 e 193.º, 1, 190.º, 2 e 196.º, 190.º, 3 e 196.º, 4 contêm regras parcialmente idênticas que deveriam estar no regime geral; os arts. 192.º, 1 e 194.º contêm disciplinas que têm de se aplicar também a reclamação, pelo que deveriam estar no regime geral). A aplicar ao projecto os critérios que ele próprio adoptou, ele tornar-se-ia, portanto, candidato a uma revisão assim que entrasse em vigor.



diferenciada por letra, técnica que, aliás, já foi empregue na revisão de 1996 e que tem sido empregue pelo legislador alemão nas alterações da *VwVfG*.

É claro que, se não existisse nenhum CPA cuja estabilidade se justificasse preservar, as opções de sistematização e de redacção propostas poderiam ter cabimento. Comparadas em termos absolutos, muitas delas são claramente superiores às do CPA e pelo menos uma boa parte das restantes pode ser defendida com argumentos persuasivos. Todavia, existindo um CPA, ademais de boa qualidade, cuja estabilidade é um bem em si mesmo e que importa preservar, este é precisamente o tipo de alterações que se deve evitar introduzir. Como, aliás, bem sabe o legislador alemão, no qual este projecto tanto se inspirou, e cuja *VwVfG*, vigente há quase quarenta anos, apesar não tecnicamente superior ao CPA e na qual por certo muito haveria a melhorar, foi alterada apenas por quatro vezes, sendo o total das modificações nela introduzidas incomensuravelmente menor do que aquelas que agora se pretende de uma assentada introduzir no código português.

**2.4.** As objecções suscitadas nos pontos antecedentes poderiam ser ultrapassadas se, globalmente, o CPA, com a nova identidade resultante da sua revisão nos termos pretendidos pelo projecto, trouxesse um acréscimo esmagador de vantagens em relação ao existente. Todavia, considera-se que não é esse o caso.

Com efeito, não se vê que benefício existe em descaracterizar o direito administrativo geral português por importação de construções espúrias cuja superioridade está, para dizer o mínimo, muito longe de ser inquestionável. Quanto a isto, o projecto manifesta, aliás, uma enorme insensibilidade jurídico-cultural, pois desconsidera que o CPA já deu origem a uma verdadeira família de códigos ou leis gerais do procedimento administrativo de expressão<sup>23</sup>, que a alteração do CPA nos termos pretendidos deixaria órfãos do seu

---

<sup>23</sup> Esta família inclui: em Angola, as *Normas do procedimento e da actividade administrativa* (aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 16-A/95, de 15 de Dezembro); em Moçambique, a *Lei que regula a formação da vontade da administração pública e estabelece as normas de defesa dos direitos e interesses dos particulares* (Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto) e as *Normas de funcionamento dos serviços da administração pública* (aprovadas pelo Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro, alterado pela Lei 16/2012, de 14 de Agosto); em Cabo Verde, o *Regime geral de organização e actividade da administração pública central* (Decreto Legislativo n.º 2/95, de 20 de Junho), o *Regime geral de regulamentos e actos administrativos* (Decreto Legislativo n.º 15/97, de 10 de Novembro), o *Regime geral das reclamações e recursos administrativos não contenciosos* (Decreto Legislativo n.º 16/97, de 10 de Novembro), o *Regime jurídico dos contratos administrativos* (Decreto Legislativo n.º 17/97, de 10 de Novembro) e as *Bases gerais do procedimento*

quadro de referência fundamental, ademais diminuindo de forma drástica a proximidade e, portanto, a influência do direito administrativo português e da sua doutrina nas respectivas ordens jurídicas. O projecto representa, portanto, um retrocesso na afirmação da identidade nacional, precisamente num momento histórico em que ela é, em todos os domínios, mais importante que nunca. O que se perspectiva é, infelizmente, algo de velho: tal como já sucedeu com a ortografia da língua portuguesa, que hoje só os portugueses teimam em sacrificar ao absurdo acordo ortográfico de 1990, também a preservação da tradição jurídico-administrativa comum da lusofonia pode, de futuro, vir a ficar entregue aos emergentes países africanos de expressão portuguesa. O que, sendo em si mesmo um bem, não deixa de representar a demissão de Portugal de uma missão histórica que, por direito e por orgulho, lhe deveria caber.

Também não se alcançam as supostas vantagens do pluralismo que renuncia a uma orientação única e coerente traduzida em uniformidade de estilo, de sistematização e de conteúdo. Pelo contrário, dá-se como adquirido que tais unidade e coerência intrínsecas devem, por definição, estar presentes num diploma desta natureza. Do mesmo modo que não se percebe o que se poderá ganhar acentuando a complexidade do CPA, tornando-o num diploma pensado para ser aplicado por juízes se quem tem em primeira linha que o conhecer e aplicar são a administração e os particulares. Aliás, tal contraria de forma clara os desideratos, explicitados pelo próprio projecto, de «tornar o funcionamento da Administração Pública mais transparente e mais eficaz com o propósito de se conseguir, com maior solidez, uma Administração mais próxima e mais acessível aos cidadãos» (exposição de motivos) e de dotar «a Administração Pública de um diploma fundamental para que ela possa responder de modo eficiente aos desafios que lhe são colocados nos tempos modernos» (ponto 19 do preâmbulo).

Quanto ao carácter dissensual de muitas das inovações propostas pelo projecto, por certo que não está vedado a um código introduzir soluções de ruptura ou abrir viragens independentemente do apoio da doutrina ou até contra ela. Todavia, deve ter-se em consideração que um código compreende disposições de tipos diferentes e que a margem de liberdade do legislador

---

*administrativo gracioso* (Decreto Legislativo n.º 18/97, de 10 de Novembro); o *Código do Procedimento Administrativo timorense* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 32/2008, de 27 de Agosto); e o *Código de Procedimento Administrativo de Macau* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 35/94/M e revisto pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de Outubro). Na Guiné-Bissau e em São Tomé e Príncipe existem também projectos de códigos do procedimento administrativo de influência portuguesa em condições de aprovação.

não é idêntica quanto a todas elas. Assim, algumas disposições do CPA dependem fundamentalmente de opções de política legislativa conjuntural, como sejam a de saber quais os prazos procedimentais e se estes se contam em dias úteis ou corridos, a de manter o acto tácito ou acabar com ele, a de atribuir ou não efeito suspensivo aos procedimentos administrativos de controlo. Nestes casos e em outros semelhantes o legislador não está limitado pela doutrina; é soberano, dentro dos limites do bom senso. No entanto, existem outras disposições que respeitam a matérias de grande densidade dogmática, adquirida por vezes ao longo de séculos. Elas constituem, portanto, realidades socioculturais que, de certa forma, estão para além da disponibilidade do legislador. Aqui, o legislador deve agir sobre consensos ou, se estes não existirem, adoptar soluções que sejam o mais neutras possível e se abstenham de bloquear o debate do qual tais consensos podem nascer. Ora, de forma paradoxal, o projecto é relativamente comedido nas alterações ao primeiro tipo de disposições e carrega nas segundas. Também aqui as vantagens se afiguram exíguas ao pé dos inconvenientes: a introdução de soluções não consensuais abrirá inevitavelmente divergências doutrinárias severas – antecipa-se que a começar nos próprios membros da Comissão autora do projecto, cujas opiniões publicadas acerca de muitas das matérias por ele abrangidas vão em sentidos diametralmente opostos a tais soluções.

Ora, isto não poderá deixar de se virar contra o próprio código que venha a resultar do projecto. Como bem escreveu Menezes Cordeiro a propósito do direito civil, a codificação é um trabalho essencialmente retrospectivo e não prospectivo: devendo «ser antecedida por toda uma elaboração doutrinária que faculte um perfeito conhecimento do direito positivo que a preceda, em termos de bem se destrinçar o principal do acessório», sendo esta a razão pela qual «surge, em regra, pouco inovadora», visando «sancionar o que está e não preconizar novas vias de composição dos problemas»; só quando assim seja, «quando o enorme trabalho de redução e síntese, que sempre implica, respeite o tecido interno, nas suas conexões e no seu teor fundamental», é que ela «pode singrar»<sup>24</sup>. O *sensu contrario* destas avisadas considerações está bem claro e constitui um sinal de alerta para o projecto em análise.

**2.5.** A tudo isto acresce ainda que, como já se referiu, mesmo ao nível microscópico, as alterações agora propostas se afiguram criticáveis em diversos aspectos, que por razões de espaço não é possível sequer enunciar aqui. Não pode, no entanto, deixar de se salientar a perplexidade que

---

<sup>24</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I/I, 73-74.

geram, entre muitas outras, a regra segundo a qual «os actos praticados ao abrigo de delegação ou subdelegação de poderes valem como se tivessem sido praticados pelo delegante ou subdelegante» (art. 44.º, 1), que, ao arrepio de mais de um século de doutrina inquestionada, pretende converter a delegação de poderes numa espécie de representação; o estabelecimento de um dever insindicável de delegar a direcção do procedimento, que além de contrariar de frente os termos em que consensualmente é entendida a delegação de poderes, se prefigura como fonte inexaurível de desconformidades procedimentais (art. 65.º, 2); a solução de atribuir às conferências procedimentais um efeito suspensivo de todos os prazos do procedimento, que se mantêm por sessenta dias prorrogáveis por mais trinta (art. 70.º, 1), o que converte um instrumento por excelência de aceleração procedimental em mecanismo de alargamento do prazo geral para conclusão do procedimento, que é de noventa dias, prorrogáveis por mais noventa (art. 126.º), para mais de um ano; a instituição de regras sobre a relação entre regulamentos que desatendem a existência de reservas sectoriais de administração (art. 136.º); e a infeliz transformação, resultante de um erro conceptual central, dos elementos essenciais estruturais do acto administrativo em condições de existência (art. 153.º, 2, 3); a rigidificação do sistema de invalidade decorrente da consagração da teoria das nulidades por determinação da lei e da eliminação da cláusula geral de nulidade (art. 159.º, 1); a capitulação perante a jurisprudência traduzida na consagração da teoria da desconsideração dos vícios extrínsecos dos actos administrativos [art. 161.º, 5, a), b)], ao arrepio da actual tendência europeia para a revalorização do direito das formas e da chuva de críticas que a mesma opção suscitou no direito administrativo alemão; a excessiva e possivelmente inconstitucional precarização dos actos administrativos resultante de uma flexibilização dos regimes da revogação e da anulação que prescinde de pressupostos materiais minimamente densificados (arts. 166.º, 167.º); a erradicação do privilégio da execução prévia (art. 176.º, 1) sem previsão de qualquer regime transitório que permita a emissão de habilitações legais para a execução coerciva de actos administrativos nos domínios em que ela seja conveniente ou mesmo imprescindível, sob pena de potencial paralisia de importantes sectores da administração; a proibição de revogação dos actos administrativos de competência dispositiva exclusiva do subalterno em sede de recurso hierárquico e a sua consequente isenção de tal recurso, com prejuízo evidente da unidade e da legitimação democrática da acção administrativa (art. 195.º, 1); a reintrodução de um capítulo sobre o contrato (Capítulo III da Parte IV), que parece ter sido motivado pela finalidade única de afirmar a categoria doutrinal do contrato de direito privado

da administração, já que todas as restantes disposições que o integram são redundantes ou remissivas para o CCP; e a ressuscitação do carácter necessário de impugnações administrativas que já tinham deixado de o ser em 2004, também aqui se cedendo a construções jurisprudenciais criticáveis (art. 5.º do decreto-lei preambular).

**2.6.** Atendendo às críticas que antecedem, dir-se-ia que o projecto de revisão do CPA não tem nada de positivo. Tal não seria verdade. As alterações propostas nas áreas críticas inicialmente identificadas são de sucesso variável – a adaptação às revisões constitucionais é quase totalmente conseguida, as disciplinas dos procedimentos administrativos de controlo e das comunicações electrónicas são em geral positivas, a disciplina das conferências procedimentais é tecnicamente apurada, embora de tal forma complexa que se arrisca a não sair do papel, a adaptação ao direito da União Europeia e a disciplina dos contratos ficam algo aquém do desejável –, mas todas vão no sentido correcto e podem ser facilmente melhoradas até ao termo do processo legislativo. Sem prejuízo de algumas reservas marginais, e, sobretudo, da omissão imprudente de disposições transitórias, as alterações propostas em matéria de execução do acto administrativo são quase modelares: não sendo prioritárias, integram-se de forma harmoniosa no CPA e reflectem um amplo consenso doutrinal formado após a sua entrada em vigor, contribuindo para a sua consonância com a cultura jurídica. Em geral, a técnica normativa utilizada, apesar de sincrética e excessivamente complexa, é de nível superior. Poderiam referir-se ainda mais aspectos meritórios.

Todavia, julga-se que os méritos do projecto são largamente ofuscados por defeitos resultantes de uma opção central menos feliz, que foi a de reformular o CPA a um tal ponto que, como se defendeu, aquilo que se discute é na realidade a aprovação de um novo código. Tal como está, o projecto atrai os olhares para essa opção, que previsivelmente suscitará focos desnecessários de atenção e mesmo de resistência – quando a discussão pública e a atenção do legislador deveriam, com mais proveito, incidir sobre um projecto tão consensual quanto possível, de modo a contribuir para o melhoramento e a consolidação das suas opções e para a legitimação das decisões legislativas futuras.

# Âmbito de aplicação e princípios gerais no projeto de revisão do CPA

JORGE PEREIRA DA SILVA\*

## I. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

### 1. Enquadramento

**1.1.** O âmbito de aplicação do CPA está formalmente delimitado no artigo 2.º, embora da definição de procedimento administrativo constante do artigo 1.º também se possam extrair alguns contributos nesse sentido. Naturalmente, o que é procedimento administrativo para o artigo 1.º há de ficar “*sujeito às disposições deste Código*”, para usar a expressão logo do n.º 1 do artigo 2.º Menos natural será, por certo, encontrar uma norma sobre âmbito de aplicação no n.º 3 do artigo 14.º, sobre administração eletrónica, onde se pode ler que “*a utilização de meios eletrónicos, dentro dos limites estabelecidos na Constituição e na lei, está sujeita às garantias previstas neste Código e aos princípios gerais da atividade administrativa*”.

Na verdade, joga-se neste artigo 2.º muito mais do que a simples delimitação do âmbito subjetivo ou objetivo de aplicação de um diploma legal. De certa forma, jogam-se aqui os próprios limites entre o Direito Privado e o Direito Público. Entre a zona do ordenamento que é dominada pelo princípio da liberdade e da autonomia privada – onde é permitido fazer tudo o que não for proibido juridicamente (por disposição expressa da lei ou, em

---

\* Assistente da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

última análise, pelo princípio *neminem laedere*) – e, por outro lado, a zona do ordenamento dominada pelos princípios da legalidade e da competência – onde só é possível fazer aquilo que a lei permite claramente que se faça, e do modo como é permitido. Além disso, traça-se a linha que separa a vinculação ponderada – ou até mediatizada – aos direitos fundamentais e a vinculação plena a esses mesmos direitos. Isto porque, como é sabido, a Administração Pública até pode não pautar a sua atividade quotidiana pela lei administrativa, recorrendo mais ou menos intensamente ao Direito Privado, mas não pode negar a sua própria natureza. O legislador ordinário pode permitir-lhe mais ou menos pontualmente a fuga para o Direito Privado, mas nunca poderá permitir-lhe a fuga ao Direito Constitucional e às vinculações que deste derivam.

**1.2.** O artigo 2.º, agora proposto, tem evidentes mais-valias em relação ao preceito ainda vigente. É mais simples e isso repercute-se na sua clareza. Sobretudo, onde aparentemente o preceito em vigor dá precedência a um *critério orgânico*, o novo concede primazia a um *critério material*. A uma formulação, na voz ativa, dirigida aos “*órgãos da Administração Pública*”, sucede agora uma redação, na voz passiva, centrada no “*desempenho da atividade administrativa*”.

Continua a haver um cruzamento de critérios – o que é inevitável –, mas o critério material precede e prevalece sobre o orgânico, permitindo juntar no mesmo número (no n.º 1), com inteira lisura, tanto os órgãos da Administração Pública, como os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas não integrados na Administração Pública – sem necessidade de fazer referência aos chamados “*atos em matéria administrativa*”. Uns e outros órgãos estão assim irmanados pelo “*desempenho da atividade administrativa*”, apenas com a particularidade de no segundo caso esse desempenho ser accidental ou lateral no contexto das respetivas funções.

Ultrapassa-se desta forma um dos problemas do artigo vigente, que é o de, começando por conceder uma aparente primazia do critério orgânico, se ver depois forçado a efetuar um sucessivo ajustamento desse âmbito de aplicação primário – umas vezes para o ampliar, outras para o restringir – com base em três (ou mesmo quatro) critérios materiais, qual deles o mais problemático. Mormente:

- a) A ideia de *função materialmente administrativa*, para abranger os ditos atos em matéria administrativa (n.º 1);

- b) O conceito de *gestão pública* (n.º 1 e n.º 6);
- c) A noção de *poderes de autoridade* (n.º 3);
- d) O conceito de *atividade técnica*, como um *tertium genus* relativamente à gestão pública e à gestão privada (n.º 5).

**1.3.** O resultado deste jogo conceitual não é de fácil articulação. Se bem se entende o preceito em vigor, a *função materialmente administrativa* pode afinal ser prosseguida por entidades:

- a) de Direito Público;
  - i) que pertencem à Administração Pública, caso em que podem desempenhar aquela atividade em regime
    - de gestão pública,
    - ou de gestão privada,
  - ii) ou revestem a natureza de órgãos do Estado ou das Regiões Autónomas, que também podem (apesar de o preceito não o dizer) atuar em regime
    - de gestão pública,
    - ou de gestão privada,
- b) e de Direito Privado;
  - mas apenas quando exercem em concreto poderes de autoridade.

A ideia parece ser a de que, relativamente às entidades privadas, não pode haver verdadeiramente *gestão pública*, porque os poderes de autoridade que exercem são, não apenas avulsos, como sobretudo são emprestados pelo legislador. E a gestão pública, não obstante a diversidade de estratégias usadas para a sua delimitação, pressupõe disponibilidade de exercício, em



nome próprio, de poderes de autoridade, independentemente de estes serem ou não exercidos em concreto<sup>1</sup>.

Não obstante a letra do atual artigo 2.º, mais consensual será o facto de as entidades privadas que podem ser legalmente capacitadas para o exercício de poderes de autoridade – ficando, nessa medida, sujeitas ao regime do CPA – não se limitarem apenas às empresas concessionárias. A referência literal do n.º 3 aos atos praticados pelas concessionárias é manifestamente estreita. Outras pessoas coletivas privadas, de tipo empresarial, associativo ou fundacional – máxime as instituições particulares de interesse público (apesar do caos conceptual que reina neste domínio) – estão ainda, sempre que exerçam os tais poderes de autoridade, sob a alçada da totalidade do regime do CPA.

**1.4.** O novo artigo é, como se disse, bastante mais simples e organiza claramente o âmbito de aplicação do CPA em quatro níveis diferentes de extensão ou de intensidade:

- a) *Nível integral* (n.º 1), respeitante à atividade de gestão pública dos órgãos da Administração ou de outros órgãos públicos;
- b) *Nível alargado* (n.º 3), referente ao exercício de poderes de autoridade por quaisquer entidades, independentemente da sua natureza privada (ou pública);
- c) *Nível essencial* (n.º 4), relativo (de novo) à Administração, mas agora no tocante à sua atividade meramente técnica e de gestão privada;
- d) *Nível supletivo* (n.º 5), respeitante à aplicação do CPA aos procedimentos administrativos especiais.

A estes quatro níveis, o já referido n.º 3 do artigo 14.º, sobre administração eletrónica, parece ainda vir juntar um quinto nível, que, à falta de melhor designação, se poderá chamar *nível intermédio*, porque a meio caminho entre o nível alargado (acima) e os níveis essencial e supletivo (abaixo).

---

<sup>1</sup> LUÍS FÁBRICA, *Âmbito de aplicação do Código do Procedimento Administrativo*, in *Justiça Administrativa* n.º 82, 2010, págs. 6 e segs.

## 2. Nível integral

**2.1.** O n.º 1 do artigo 2.º abrange a totalidade da atividade administrativa de gestão pública, quer quando desempenhada por órgãos da Administração, quer quando desenvolvida lateral ou ancilarmente por órgãos do Estado e das Regiões Autónomas não integrados na Administração.

Quanto a estes órgãos do Estado, é evidente que se trata no essencial de órgãos constitucionais como o Presidente da República, a Assembleia da República e os Tribunais – a que o princípio da separação de poderes não permite o exercício ordinário da função administrativa –, bem como de órgãos simples em que alguns daqueles órgãos complexos por vezes se desdobram. Não se suscitarão aqui grandes dúvidas de regime, embora seja pertinente a interrogação sobre a melhor qualificação dos atos praticados pelos órgãos de gestão corrente dos serviços de apoio àqueles mesmos órgãos constitucionais.

Nas Regiões Autónomas, porém, não é líquido que se possa falar de órgãos não integrados na Administração Pública, porque afastados do exercício de competências administrativas pelo princípio da separação de poderes. É bom não esquecer que, nos Açores e na Madeira, as respetivas Assembleias Legislativas partilham com os Governos Regionais o exercício de competências regulamentares. Nos termos constitucionais, estes regulamentam a legislação regional, ao passo que aquelas têm o exclusivo da regulamentação das leis emanadas dos órgãos de soberania que se aplicam nos territórios insulares (artigo 227.º, n.º 1, alínea *d*), e artigo 232.º, n.º 1). É certo que, nos termos dos Estatutos Político-Administrativos, estas competências regulamentares se exercem sob a forma de decreto legislativo, mas a Constituição é clara em qualificar essa competência como regulamentar e o próprio Tribunal Constitucional não tem negado a natureza materialmente administrativa aos correspondentes diplomas<sup>2</sup>.

De qualquer forma – independentemente da questão de saber se as Assembleias Legislativas são ou não órgãos (também) integrados na Administração Pública –, o problema substantivo que o preceito em análise suscita é o de saber em que medida os artigos do CPA sobre procedimento e atividade regulamentar (93.º e seguintes e 132.º e seguintes) se podem aplicar, imediata ou supletivamente, aos Parlamentos Regionais. Lembre-se que a Constituição estabelece expressamente que os poderes regionais – onde naturalmente se inclui o poder regulamentar – devem ser definidos nos respetivos Estatutos Político-Administrativos (e não, avulsamente, noutros diplomas).

---

<sup>2</sup> Acórdão n.º 402/2008 (Estatuto Político-Administrativo dos Açores), ponto L-40.

**2.2.** Sem surpresa, o n.º 1 do artigo 2.º liga-se umbilicalmente ao n.º 2, que vem explicar o que são órgãos da Administração Pública para efeitos do CPA como um todo.

A novidade aqui é a entrada, para a alínea *c*), da chamada *Administração independente*, em consequência do percurso de afirmação no direito positivo que esta tem feito nos últimos anos – mormente ao abrigo do n.º 3 do artigo 267.º da Constituição –, e que lhe permitiu granjear uma posição *a se* no seio da Administração Pública, a par das tradicionais categorias da *Administração direta, indireta e autónoma*.

Simplesmente, se há traço comum que caracteriza esta Administração independente é a natureza muito heterogénea das instituições que a integram: umas têm consagração constitucional e são depois reguladas por lei; outras são apenas criadas e reguladas por lei ordinária; umas têm personalidade jurídica; ao passo que outras se apresentam apenas como meros órgãos (avulsos) da pessoa coletiva Estado. A este respeito, pense-se na Entidade Reguladora para a Comunicação Social (n.º 1 do artigo 39.º), por um lado, e na Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (n.º 2 do artigo 268.º), por outro lado<sup>3</sup>. E, por sua vez, confrontem-se estas duas instituições – cuja independência é o resultado (direto ou indireto) de imperativos constitucionais – com as entidades administrativas independentes com funções de regulação económica, cuja independência é meramente instrumental e deriva de uma opção política, ligada ao funcionamento dos mercados<sup>4</sup>. Nem sempre será fácil, aliás, distinguir algumas delas de certos órgãos do Estado claramente não integrados na Administração Pública – como sucederá, por exemplo, com o Provedor de Justiça.

Esta heterogeneidade está na origem da dificuldade que o legislador sentiu certamente na redação da alínea *c*), onde se pode ler que “*são órgãos da Administração (...) as entidades administrativas independentes ou os seus órgãos*”. Ora, não se afigura correto dizer que os órgãos são entidades (porque estas deverão ter personalidade e aqueles não), nem sequer que os órgãos são órgãos (dado que isso é óbvio). Assim, talvez se pudesse dizer apenas “*c*) os órgãos da administração independente”.

---

<sup>3</sup> Também sem personalidade, como a CADA, a recente Comissão de Fiscalização das Bases de Dados de Perfis de ADN (Lei n.º 40/2013, de 25 de junho).

<sup>4</sup> Num esforço de sistematização, a recente Lei n.º 63/2013, de 28 de agosto (Lei-quadro das Entidades Administrativas Independentes).

**2.3.** Por outro lado, o n.º 1 em análise liga-se também como o próprio artigo 1.º e com a definição de procedimento administrativo que aí figura. O âmbito de aplicação do CPA também se delimita materialmente pela atividade que desemboca, nos termos do n.º 1 do artigo 1.º:

- a) Na organização interna de entidades administrativas;
- b) Na obtenção de dados e informações;
- c) Na formação e manifestação da vontade de órgãos da Administração Pública.

O facto de o artigo 2.º dar primazia ao critério material facilita também a articulação com o artigo 1.º E, por sua vez, esta articulação explica o desaparecimento do texto do n.º 1 do artigo 2.º da atual referência às *“relações com os particulares”*.

A lei já não adianta aqui, porém, que – além da *“organização interna de entidades administrativas”* – podem igualmente estar em causa relações entre entidades administrativas diferentes, que hoje brotam um pouco por todo o lado dentro da Administração Pública, muitas vezes de forma desordenada e (ainda) sem o devido enquadramento normativo. Sem prejuízo do que mais adiante se diz na alínea *c)* do n.º 2 do artigo 61.º e sobre os acordos endo-procedimentais (artigo 62.º) e a conferência procedimental (artigo 67.º), fica por estabelecer de forma expressa, no pórtico do CPA, a integração no seu âmbito de aplicação (integral) dos múltiplos *arranjos organizativos e procedimentais interadministrativos*, quando possíveis legalmente.

### **3. Nível alargado**

**3.1.** Por um lado, este segundo nível representa uma extensão da zona de influência do CPA para fora daquele que seria o seu âmbito natural de aplicação numa perspetiva puramente orgânica. No fundo, do ponto de vista subjetivo, estão aqui em causa:

- a) Quaisquer entidades;
- b) Independentemente da sua natureza.

Abarcam-se assim todas as entidades públicas, privadas ou mistas, sejam elas de tipo empresarial, associativo, fundacional ou de qualquer outro tipo híbrido. O preceito está deliberadamente redigido em termos abrangentes, embora se saiba que ele não tem grande efeito útil em relação aos entes públicos (não empresariais) – porque na generalidade já cobertos pelo n.º 1 – e que tem um especial efeito útil relativamente às empresas concessionárias – dada a frequências com que estas têm a seu cargo o *exercício privado de funções públicas, com poderes de autoridade*. É este, aliás, o conceito chave, que preside a este nível aplicativo do CPA.

A abrangência dos sujeitos jurídicos agora envolvidos nesta norma permite o desaparecimento do atual n.º 4, referente às instituições particulares de interesse público. Ademais, esta disposição nunca teve um sentido útil positivo, porque nela se exige uma lei especial de extensão, mas podia eventualmente ter tido um sentido útil negativo, se se tivesse feito uma interpretação *a contrario* no confronto com o regime das concessionárias. Futuramente, estas e outras instituições privadas ficam *ope legis* sob a alçada do CPA sempre que chamadas a exercer poderes de autoridade.

**3.2.** Por outro lado, este nível de aplicação designa-se ainda *alargado* porque, coerentemente, determina a aplicação da maior parte do regime do CPA. Quer dizer:

a) Dos princípios gerais (parte I);

b) Das disposições sobre:

– procedimento (parte III);

– atividade (parte IV).

Só ficam de fora, por conseguinte, as disposições sobre organização administrativa (parte II), porque evidentemente incompatíveis com a natureza das pessoas coletivas privadas – estruturadas internamente pela lei civil ou comercial.

#### **4. Nível essencial**

**4.1.** Ao contrário do que sucede com o n.º 3, no n.º 4 do novo artigo 2.º o que está em causa é um encurtamento daquele que seria o âmbito natural de

aplicação do CPA numa perspetiva essencialmente orgânica. Encurtamento este justificado agora por se tratar de uma atividade administrativa exterior à gestão pública, mormente:

- a) De uma atividade de gestão privada;
- b) Ou de uma atividade meramente técnica (qualificada esta como um *tertium genus* em relação àquelas duas<sup>5</sup>).

Se o nível anterior respeita no essencial de *exercício privado de poderes públicos*, agora disciplina-se fundamentalmente o fenómeno inverso: Administração Pública ou *atividade administrativa de direito privado*. Por conseguinte, mesmo claramente fora da gestão pública, há um núcleo duro do CPA que, ainda assim, é imperativo e ao qual a Administração Pública não se pode furtar, uma vez que essa imperatividade decorre em larga medida do quadro constitucional vigente. Como se sublinhou de início, a Administração Pública pode por vezes agir à margem do Direito Administrativo, mas não pode nunca agir à margem da Constituição. Em certo sentido, podem hoje inverter-se os termos de uma velha frase, afirmando que, na perspetiva da Administração e da sua atividade, o Direito Administrativo passa, mas o Direito Constitucional fica.

Mais concretamente, de acordo com o n.º 4 do novo artigo 2.º, o legislador ordinário não pode dispensar a Administração Pública do cumprimento:

- a) Das disposições do CPA concretizadoras de normas constitucionais;
- b) Dos princípios gerais do CPA (que, em rigor, são mais do que “*princípios da atividade administrativa*”, dado que – como se verá adiante – a própria epígrafe do capítulo II da parte I é escassa para designar tudo o que lá se contém).

Apesar de o conteúdo do projetado n.º 4 do artigo 2.º corresponder ao n.º 5 em vigor, com alterações meramente de redação, duas notas parecem justificar-se.

---

<sup>5</sup> De novo, LUÍS FÁBRICA, *Âmbito de aplicação... cit.*, pág. 9.

**4.2.** Uma nota é para referir que não é líquido se a expressão “*Administração Pública*” que aqui figura deve ser interpretada à luz da definição do n.º 2 do próprio artigo 2.º – como seria de preceito –, ou se devem ser também tidos em conta os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas não integrados naquela, à semelhança do disposto no n.º 1.

Com efeito, não está excluído que estes órgãos possam também desenvolver uma atividade administrativa de gestão privada ou mesmo meramente técnica. E, nesse caso, faria sentido também a aplicabilidade de toda a parte imperativa do CPA.

**4.3.** A outra nota, porventura mais importante, será para dizer que a expressão “*disposições deste Código que concretizam preceitos constitucionais*” – que, aliás, não se contrapõe verdadeiramente aos princípios gerais do próprio Código – não parece ser a mais adequada. Isto porque ela dá a ideia de que o seu objeto de referência é constituído tão só por aquelas *normas constitucionais não exequíveis por si mesmas*, em que se exige do legislador uma intervenção concretizadora, sem a qual aquelas não são nem vinculativas da Administração nem invocáveis com sucesso pelos particulares. Sucede que aqui se não deveria curar apenas das disposições legais que, na ausência da sua própria emanção, gerariam uma verdadeira inconstitucionalidade por omissão, fiscalizável nos termos do artigo 283.º da Constituição.

Mais concretamente, aquela expressão deixa transparecer que a vinculação da Administração à Lei Fundamental – além dos princípios que também têm assento constitucional – respeita apenas aos denominados *direitos fundamentais dos administrados*, que o CPA efectivamente concretiza. A saber:

- a) Direito à informação (artigos 79.º e segs.);
- b) Direito à notificação (artigos 97.º e segs.);
- c) Direito à audiência dos interessados (artigos 120.º e segs.);
- d) Direito a uma decisão num prazo razoável (artigos 126.º e segs.);
- e) Direito à fundamentação (artigos 150.º e segs.);
- f) Direito de reclamação e de recurso (artigos 182.º e segs.).

Estas disposições do CPA são seguramente muito importantes, mas concentram-se quase em exclusivo no conteúdo jusfundamental dos artigos 267.º e 268.º Ora, a vinculação da Administração Pública à Constituição vai muito para além disso. Por força do n.º 1 do artigo 18.º, ela abrange todos os direitos fundamentais dos cidadãos, independentemente de eles necessitarem ou não de concretização, conformação ou delimitação legislativa, pelo CPA ou por qualquer outro diploma legal.

Nem se diga que da vinculação da Administração a esses outros direitos cura o próprio n.º 1 do artigo 18.º da Constituição e que o CPA não tem que se preocupar com isso. Tem sim, na medida em que nele se consagra um *procedimento justo*, assistido por um conjunto de garantias materiais, e que, na falta de outro específico, se constitui como um instrumento de tutela primária dos direitos fundamentais dos cidadãos. Assim como o instituto da responsabilidade civil – quer dos poderes públicos, quer no âmbito das relações privadas – constitui uma dimensão elementar da tutela secundária (ou terciária, se se considerar de permeio a tutela jurisdicional cautelar e principal) dos direitos fundamentais, assim também o procedimento administrativo é uma dimensão essencial à sua tutela primária. Ou seja, o procedimento é a garantia de primeira linha do respeito, da efetivação e da proteção dos bens jurídicos que estão no epicentro dos direitos fundamentais como um todo<sup>6</sup>.

Neste sentido, creio que seria importante alargar expressamente a imperatividade do Código por referência a todas as vinculações constitucionais da Administração Pública (e dos órgãos do Estado e das Regiões Autónomas não integradas na Administração). Particularmente:

a) Às disposições de densificação dos direitos fundamentais dos administrados *qua tale*;

b) A todas as disposições necessárias a uma tutela efetiva dos demais direitos fundamentais, quer na sua função primacial de direito de defesa, quer nas suas funções (secundárias, instrumentais ou laterais) de direitos a prestações (materiais), direitos de participação ou imperativos de proteção de bens jusfundamentais;

---

<sup>6</sup> Por todos, as obras paradigmáticas de: GOERLICH, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden, 1981; e BERGNER, *Grundrechtsschutz durch Verfahren*, München, 1998.



- c) Aos princípios constitucionais:
- da organização administrativa;
  - e da atividade administrativa.

## 5. Nível supletivo

Finalmente, a norma do n.º 5 sobre aplicação supletiva parece bastante conseguida. Torna-se mais claro que, na relação com os procedimentos administrativos especiais, todas as normas de conteúdo garantístico do CPA – e não apenas as que densificam direitos fundamentais dos administrados – se aplicam na ausência de uma norma equivalente do regime especial em apreço. Se se preferir, aplicam-se havendo lacuna de regulamentação no regime procedimental aplicável.

Isto significa que o problema é, antes de mais, de ausência de norma diretamente reguladora da relação procedimental e não de primazia do regime mais favorável. Mas também é evidente que as garantias do CPA podem ser convocadas por imperativo constitucional de proteção dos direitos fundamentais envolvidos, numa interpretação conforme à Constituição, para preencher um défice procedimental do regime especial – do que resultará, contas feitas, um regime mais favorável aos titulares daqueles mesmos direitos.

## II. PRINCÍPIOS GERAIS

### 1. Enquadramento

**1.1.** Em primeiríssimo lugar, é importante chamar a atenção para o facto de a epígrafe do capítulo II da parte I do CPA – onde se lê “*princípios gerais da atividade administrativa*” – ser claramente desajustada, porque demasiado apertada relativamente ao conteúdo que se lhe segue. Por três razões elementares:

- a) O Código tem uma parte – a parte IV – denominada “*atividade administrativa*” e os princípios elencados não se referem apenas a essa parte específica, mas a todo o regime do CPA, abrangendo “organização”, “procedimento” e “atividade”;

b) Há princípios do catálogo que têm uma clara dimensão organizativa, expressa na própria formulação literal adotada, como sucede:

– para além do princípio da legalidade, associado ao princípio da competência (artigo 3.º);

– com o princípio da boa administração (n.º 2 do artigo 5.º), onde se referem as ideias de aproximação aos cidadãos e de desburocratização;

– e com o princípio da imparcialidade (artigo 9.º), que também passa pela adoção de soluções organizativas adequadas;

c) E, finalmente, chamar a princípios como a igualdade e a proporcionalidade “*princípios gerais da atividade administrativa*” é algo curto. Eles são muito mais do que isso e não podem ser compreendidos sem todo o lastro teórico – designadamente no domínio constitucional – que esteve na sua origem e desenvolvimento, até chegarem ao dia a dia da atividade administrativa propriamente dita. Aliás, poucas são as especificidades que apresentam quando aplicados no âmbito do agir administrativo.

**1.2.** Rebatizando (se possível) o capítulo II simplesmente como “princípios gerais”, a análise na especialidade dos mesmos – consagrados dos artigos 3.º a 19.º – pressupõe a sua prévia arrumação em quatro grandes grupos, delimitados em termos aproximativos. Concretamente, há que considerar em separado os princípios:

a) *Fundamentais*, como a legalidade, a igualdade, a proporcionalidade, a imparcialidade, a boa-fé e a responsabilidade;

b) *Jusfundamentais*, que – como a participação, a decisão, a administração aberta e a segurança de dados – conferem expressão principiológica a direitos fundamentais dos administrados, consagrados essencialmente nos artigos 267.º e 268.º da Constituição;

c) *Retóricos*, visto que combinam em doses variáveis dimensões jurídico-programáticas com simples intenções pedagógicas e meras declarações piedosas, e ainda que

– alguns deles sejam *inevitáveis* – como os princípios da prossecução do interesse público e da justiça – dado que têm *qua tale* assento no próprio texto constitucional,

– e outras sejam claramente evitáveis – a boa administração, a razoabilidade, a colaboração com os particulares e com a União Europeia e a administração eletrónica – porquanto da exclusiva lavra do legislador ordinário, ainda que sob inspiração mais ou menos direta de fontes (e modas) estrangeiras e europeias;

d) *Ausentes* sendo que apesar de tudo podem do capítulo II,

– encontrar-se *em parte certa*, como sucede com a adequação funcional (que se encontra no artigo 54.º), com o inquisitório (no artigo 55.º) e até com a dignidade da pessoa humana (artigo 178.º, n.º 2),

– ou vaguear *em parte incerta*, como acontece com a proteção da confiança e a transparência, que estão mais ou menos disseminados por outros preceitos do Código sobre princípios e são, inclusivamente, tutelados por diversas regras ao longo do articulado do CPA,

– ou então estar *absolutamente ausentes* – como se verifica com os princípios da precaução e da sustentabilidade –, que apesar da sua novidade têm vindo a fazer um percurso de afirmação em textos normativos vários (internos e internacionais) e de afinação das respetivas metodologias de aplicação.

## 2. Princípios fundamentais

2.1. A concretização ou densificação legal de princípios com esta índole representa sempre para o legislador ordinário um grande dilema:

a) Nada dizer, porque eles são sempre maiores do que a letra da lei. Confiar-se na unidade da ordem jurídica e correr-se o risco de que os aplicadores do Código não especialistas em Direito se esqueçam deles;

b) Reconsagrá-los positivamente, correndo o risco da cristalização desses princípios em torno de uma formulação que será sempre algo redutora.

Tendo o legislador do CPA optado pela segunda alternativa – com algum realismo, diga-se –, o que interessa é aprimorar as formulações seguidas, de modo a que elas sejam tão precisas quando possível e tão abertas quando necessário.

**2.2.** No que diz respeito ao *princípio da legalidade* não se alterou nada. Todavia, afigura-se que a formulação do estado de necessidade padece eventualmente de um excessivo centramento nas disposições do próprio CPA e, também, na figura do ato administrativo. Mesmo quando, no n.º 2 do artigo 176.º (sob a forma de “extrema urgência”) e no n.º 2 do artigo 177.º, o Código retoma a figura do estado de necessidade, é apenas o *iter* procedimental da execução do ato administrativo que está em causa<sup>7</sup>.

Percebem-se as cautelas do legislador, mas é manifesto que a força validante do estado de necessidade vai bastante além da simples preterição das regras do próprio CPA na emanação e execução de atos administrativos. Basta pensar, mesmo no âmbito do Código, nas operações materiais propriamente ditas. De resto, a questão mais sensível é, por certo, a de saber a *exata medida* em que o estado de necessidade legitima – porque em alguma medida há de legitimar – atuações administrativas sem uma base legal suficientemente densificada, mas em conformidade com o Direito, mormente para atender a interesses constitucionais imperativos e em proteção de direitos fundamentais dos cidadãos.

**2.3.** Em matéria de *princípio da igualdade* salta à vista a taxatividade com que os critérios de diferenciação arbitrários foram e continuam a ser elencados no artigo 6.º

É sabido, com efeito, que o n.º 2 do artigo 13.º da Constituição é uma lista de critérios que historicamente foram sendo usados pelos poderes públicos e nas relações sociais como razões para efetuar discriminações arbitrárias entre pessoas – ainda que alguns deles não sejam em si mesmos arbitrários em todas as circunstâncias. Nesse sentido, querer fechar aquela lista é o mesmo que querer decretar o fim da história. Alguns dos critérios que lá figuram já

---

<sup>7</sup> SÉRVULO CORREIA, *Revisitando o estado de necessidade*, in *Em homenagem ao Prof. Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010, pp. 719 ss.

nenhum poder público se atreveria a usar no presente, mas isso não significa que a discriminação não persista socialmente. Por outro lado, a evolução social implica o surgimento de novas atitudes discriminatórias cuja censura jurídica se torna aos poucos mais ou menos consensual, como sucede com fatores como a doença ou a deficiência. Mas pode também dar-se um exemplo porventura menos pacífico, como sucede com a idade.

Com efeito, a idade é hoje um fator de discriminação muito frequente, sobretudo em matéria de entrada e saída do mercado de trabalho – daí a sua inserção no corpo do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição, relativo aos direitos dos trabalhadores –, mas não só (v.g., no acesso à educação e formação, no acesso a programas de prevenção da doença e de reabilitação). Apesar de a sociedade estar a envelhecer – ou, se calhar, por isso mesmo –, valoriza-se cada vez mais a juventude e desenvolvem-se atitudes negativas baseadas exclusivamente na idade, sobretudo quando se trata de idades mais avançadas. Por isso, é necessário olhar para o critério da idade como um critério de altíssimo risco de discriminação, contrariando uma certa tolerância social que contrasta flagrantemente com o que sucede com outros critérios, como a raça, o género ou a orientação sexual. Há até quem sublinhe que a discriminação fundada exclusivamente na idade – designada pelo neologismo *idadismo*, por aproximação a racismo, sexismo, homofobia, etc. – além de socialmente tolerada, é a única que continua legalmente consagrada, com a fixação rígida da idade de reforma em alguns setores de atividade. O que significa que as pessoas, atingido esse limite, são oficial e inilidivelmente declaradas velhas e incapazes e, por isso, impedidas de exercer livremente a profissão que escolheram. A própria linguagem parece fugir aqui à tendência politicamente correta, encarando-se com naturalidade que a Segurança Social pague “pensões de velhice”!

Não se pense que o critério da idade tem a seu favor o facto de, se tudo correr bem, todos chegarmos a velhos mais tarde ou mais cedo<sup>8</sup>. Nesta perspetiva, uma certa menorização dos idosos – todos por igual – funciona como uma espécie de contrapartida por uma coisa boa que lhes aconteceu, que foi o terem vivido uma vida longa. Muda-se naturalmente de idade, mas não se muda de sexo, de raça, de território de origem, que se apresentam assim como características intrínsecas e identitárias de cada um de nós. Contudo, há muitos fatores de discriminação que podem não acompanhar as pessoas do berço até à cova e que não deixam de ser inaceitáveis por isso: pode mudar-se de religião, de convicções políticas ou até assumir uma diferente

---

<sup>8</sup> SIBILA MARQUES, *A discriminação na terceira idade*, Lisboa, 2011, p. 51.

orientação sexual. Alguns dos fatores de discriminação inadmissíveis – ao contrário da idade, cujo curso é inelutável –, estão mesmo na própria disponibilidade das pessoas, que com esforço e determinação podem aumentar a sua instrução ou melhorar a sua situação económica e condição social. Isto quer dizer, portanto, que as condutas diferenciadoras têm de ser escrutinadas à luz do princípio da igualdade exclusivamente numa perspetiva sincrónica – aqui e agora, confrontando todos os cidadãos das diferentes idades ao mesmo tempo – e não numa perspetiva diacrónica, considerando a vida inteira das pessoas e cotejando exclusivamente velhos com velhos e jovens com jovens.

De certa forma, a discriminação em razão da idade, principalmente quando esta é muito avançada, merece aliás especial censura porque efetuada contra alguém que pode encontrar-se numa situação de particular fragilidade e, por isso, com maior dificuldade em fazer valer os seus direitos. Tal não sucede, na generalidade dos casos, com a discriminação em função do género, da raça ou da orientação sexual – em que as pessoas discriminadas não apresentam qualquer debilidade, podendo recorrer aos meios de tutela jurídica para corrigir as injustiças de que são alvo. Isto significa que a idade deve ser encarada – numa lógica de envelhecimento ativo, como a própria Constituição reconhece no seu artigo 72.º – como um fator justificativo de medidas de diferenciação positiva, quando efetivamente lhe estejam associadas razões que reduzam a autonomia dos cidadãos em causa. Ao mesmo tempo que, como se disse, deve também ser vista como um critério de elevadíssimo risco de discriminação negativa.

Importa pois olhar para este problema da rigidez dos ciclos de vida – jovens, ativos e idosos – sem dogmatismos. A União Europeia está muito atenta ao problema e o artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia já faz menção expressa à idade entre os termos de comparação proibidos. Também as diretivas antidiscriminação – como sucede com a Diretiva 2000/78/CE, que se aplica globalmente à Administração Pública – já incluem a idade entre os critérios eventualmente proscritos. E, nessa mesma linha, mesmo entre nós, o Código do Trabalho, no seu artigo 24.º, já integra a idade como fator de discriminação ilegítima, entre o estado civil, a situação familiar, a deficiência, a doença crónica, etc.

Numa palavra, mesmo que o legislador do CPA não queira juntar a idade (e outros critérios arbitrários mais específicos) aos que constam da lista do n.º 2 do artigo 13.º da Constituição, tem pelo menos que introduzir no artigo 6.º o advérbio “designadamente”.

2.4. No que respeita ao *princípio da proporcionalidade* do artigo 7.º – que é replicado mais adiante, no n.º 1 do artigo 178.º, a respeito da execução do ato administrativo – o legislador desdobrou a formulação ainda em vigor para autonomizar os conhecidos três testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Não obstante, o preceito continua centrado numa visão parcelar do princípio da proporcionalidade que o identifica com a ideia germânica de proibição do excesso. Daí a referência a uma colisão com “*direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares*”.

Ora, proporcionalidade e proibição do excesso não são conceitos sinónimos. Não é apenas uma diferença de terminologia. O princípio da proporcionalidade comporta simultaneamente um limite máximo de intervenção – a que se chama *proibição do excesso* – e um limite mínimo de tutela dos bens jurídicos em questão – que se designa usualmente por *proibição de défice ou de defeito*<sup>9</sup>. Assim a atuação decidida pela Administração seja tendencialmente agressiva dos direitos dos particulares, ou a incumbência a que aquela está vinculada seja de proteção de direitos dos cidadãos ou de tutela efetiva de certos bens jurídicos individuais ou coletivos. Pense-se paradigmaticamente numa intervenção policial: tanto viola o princípio da proporcionalidade, por excesso, se a polícia fizer uso intensivo da força para dispersar uma manifestação pacífica, como se, por defeito, não usar de toda da força contra uma manifestação violenta que ponha em causa os direitos à vida, à integridade física ou de propriedade de terceiros.

Repare-se que o problema aqui não é de adequação ou de necessidade – que na lógica dos três testes da proibição do excesso significam apenas eficácia e eficiência da medida escolhida<sup>10</sup>. É um problema de suficiência da intervenção administrativa de proteção, constitucional ou legalmente exigida, e de efetividade dessa mesma proteção. Em termos práticos, aliás, bastaria incluir no n.º 1 do artigo 7.º, a par dos comportamentos “adequados”, também os comportamentos “suficientes” à prossecução dos fins em questão. De certa forma, como refere aliás o n.º 1 do artigo 178.º, é preciso garantir “*a realização integral*” – ou, melhor se diria, *essencial* – dos objetivos prosseguidos.

<sup>9</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Interdição de proteção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Jorge Miranda*, Coimbra, 2012, pp. 185 ss.; MAYER, *Untermaß, Übermaß und Wesengehaltgarantie*, Baden-Baden, 2005, pp. 141 ss.

<sup>10</sup> FILIPA URBANO CALVÃO, *Princípio da eficiência*, in *III Encontro de Professores de Direito Público*, 2010, Porto, pp. 329 ss.

### 3. Princípios jusfundamentais

Saltando agora para os denominados princípios jusfundamentais – dado que quanto à imparcialidade, à boa-fé e à responsabilidade nada de particularmente relevante se oferece dizer –, cumpre referir que a designação escolhida visa sublinhar que em causa está a concretização dos já referidos direitos fundamentais dos administrados, no essencial consagrados nos artigos 267.º e 268.º Literalmente, na estrita lógica alexiana, temos aqui “*direitos fundamentais como princípios*”. Quer dizer, direitos fundamentais encarados como um todo, na sua complexidade estrutural, composta por dimensões objetivas e subjetivas, positivas e negativas, e na multiplicidade das suas funções jurídicas e jurígenas – e não tanto na sua configuração clássica (e unidimensional) de posições de defesa contra agressões do Estado à esfera individual de cada um. Sobre eles, três observações muito breves.

Uma, para referir que no artigo 13.º, sobre *princípio da decisão*, se junta no respetivo n.º 1 o direito a uma decisão administrativa (parte final do n.º 1 do artigo 268.º) e o direito de petição (artigo 52.º), mas o princípio fica-se mesmo por aí. Nos n.ºs 2 e 3 já não há princípio nenhum, mas sim duas regras muito precisas, com prazos e tudo, e que portanto poderiam ser mais bem arrumadas do ponto de vista sistemático nos artigos 126.º e seguintes.

Outra para dizer que não parece justificar-se a separação entre os artigos 17.º e 18.º, já que *administração aberta* e *segurança de dados* são duas faces de uma mesma moeda. No fundo, são o mesmo princípio, porque a ideia de administração aberta comporta constitucionalmente três tipos de exceções ou derrogações:

- a) As determinadas por interesses públicos relevantes, como a segurança interna e externa;
- b) As determinadas pelos imperativos de investigação criminal;
- c) As determinadas pelos direitos dos particulares, que não se limitam à preservação da sua intimidade (n.º 2 do artigo 268.º, *in fine*), mas incluem também, mais amplamente, a garantia da segurança e integridade dos respetivos dados pessoais (artigo 35.º).

Não há razão para autonomizar como princípio um direito fundamental que pode ser adequadamente enquadrado pelo princípio da administração aberta. Pode juntar-se perfeitamente o conteúdo do último segmento do n.º 2



do artigo 268.º e do artigo 35.º da Constituição – à semelhança, aliás, do que o artigo 13.º do CPA fez com os direitos a uma decisão e de petição.

A terceira observação é para notar a falta, nesta sede introdutória do Código, de outros direitos fundamentais dos administrados cuja estrutura principiológica se assemelha às ideias-chaves da participação, da decisão e da administração aberta. Basta pensar no direito à informação, no direito à fundamentação e, mesmo, no direito à notificação (n.ºs 1 e 3 do artigo 268.º) – tudo matérias que, naturalmente, o CPA concretiza mais adiante em regras jurídicas bastante precisas.

#### 4. Princípios retóricos

4.1. Em relação a estes princípios, o nome algo depreciativo escolhido é obviamente consequência de uma objeção de fundo quanto a todos eles e que é muito simples. Ao contrário do que por vezes parece ser timbre do legislador contemporâneo, não é verdade que *“os princípios ficam sempre bem”* ou que *“nunca são demais”*. Um princípio jurídico não deve ser positivamente consagrado se não tiver de todo – ou não tiver ainda, no estado presente da doutrina e da jurisprudência – critérios ou testes que garantam a sua operatividade com um mínimo de segurança. Mesmo com os princípios da igualdade e da proporcionalidade – para não falar já da proteção da confiança –, apesar da metodologia de aplicação que há muito os acompanha, a incerteza quando aos resultados é frequente, quanto mais quando se fala de:

- a) Prossecução do interesse público;
- b) Boa administração, pretensamente concretizada por ideias como economicidade e celeridade;
- c) Justiça e razoabilidade, supostamente por referência a uma dada ideia de Direito;
- e) Colaboração com particulares e instituições europeias.

O legislador incorre aqui – nalguns casos sem grande culpa própria, como se disse, porque se limita a seguir a Constituição – num certo “novo-riquismo principiológico”, com inevitáveis consequências na balança dos poderes na relação entre Administração e Jurisdição. Não haja dúvidas: estes princípios não são neutros. O seu efeito pedagógico é escasso, pelo que não

condicionam em termos sensíveis a atuação da Administração, que naturalmente entende sempre que prossegue o interesse público, de forma justa, razoável e colaborante. Mas a sua falta de neutralidade revela-se sobretudo no momento do controlo jurisdicional, ficando os tribunais com a possibilidade de aferir do mérito das decisões administrativas com uma intensidade até há bem pouco tempo não sonhada. Não é aceitável, por um lado, expressar preocupações com uma certa deriva dos tribunais no sentido da “*juristocracia*” e, ao mesmo tempo, servir-lhes de bandeja os instrumentos jurídicos para questionar a razoabilidade, a economicidade ou a conformidade com a ideia de direito das decisões administrativas, democraticamente legitimadas, decretando mesmo a sua invalidade<sup>11</sup>. Não se pode nuns dias criticar acidamente decisões jurisdicionais que impedem o Governo de tomar medidas de prossecução do seu programa – determinando coisas tão simples como a localização de um helicóptero de emergência médica, ou escolhendo as maternidades que encerram e as que abrem –, para noutros dias se estipular que os tribunais podem (cauteladamente até) controlar a conformidade dessas mesmas medidas governamentais com o princípio da boa administração.

É certo que se pode sustentar, transpondo considerações oriundas das teorias funcionalmente adequadas do princípio da separação de poderes, que existe aqui um desfasamento entre a *norma legal de ação* e a *norma legal de controlo* e que, portanto, estes princípios não podem ser controlados jurisdicionalmente em toda a extensão da sua força dirigente ou conformadora, que respeita unicamente à conduta administrativa<sup>12</sup>. Há um desdobramento da norma legal em dois níveis: um com maior densidade vinculativa; e outro com uma função meramente limitadora. Nesta linha, dir-se-ia que todos estes princípios por junto, não estando disponível uma metódica de aplicação específica e previamente definida, nunca poderiam permitir aos tribunais ir além da “*proibição do arbítrio*” ou do vetusto “*erro manifesto*”, efetuando um simples “*controlo de evidência*” do preenchimento dos princípios legais em questão.

Porém, o problema é que na realidade o desfasamento entre norma de ação e norma de controlo funciona rigorosamente ao contrário. Para a Administração estes princípios são “*wishful thinking*” ou, na melhor das hipóteses

---

<sup>11</sup> HIRSCHL, *The political origins of the new constitutionalism*, Indiana JGLS, 11-1, 2004, pp. 71 ss.

<sup>12</sup> GOMES CANOTILHO, *A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pp. 345 ss.; BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen*, in *Der Staat* 29, 1990.

“*soft law*”, cuja aplicação efetiva está sujeita às enormes dificuldades práticas da sua ação, à escassez de recursos humanos e materiais com que se debate e, naturalmente, às diretrizes políticas vindas de cima. Pelo contrário, para os tribunais, estão simplesmente em causa artigos de um código. Salvo prova em contrário, são princípios como os outros, como a igualdade ou a proporcionalidade, ou apenas preceitos postos em vigor pelo legislador democrático. Nem se pode dizer a um tribunal o que é “*soft*” ou que é “*hard law*”, porque em última análise é ele que conhece do Direito.

4.2. É verdade que alguns dos princípios aqui referidos já estão na Constituição – a prossecução do interesse público ou o princípio da justiça (n.ºs 1 e 2 do artigo 266.º) – ou constam mesmo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – como sucede com a ideia de boa administração. Apesar de tudo, há que distinguir.

Por um lado, as normas constitucionais têm, consabidamente, uma heterogeneidade estrutural que não é conveniente replicar numa lei ordinária, e menos ainda num código, que deve em regra ter um nível de precisão e de exequibilidade superior. Deste ponto de vista, é avisado deixar alguns princípios só na Constituição – envoltos nas dimensões prospetivas e programáticas desta –, precisamente para marcar a diferença. Assim se possibilita também, nesse plano, o labor da doutrina, que conscienciosamente vem explicitando o significado ético-jurídico desses princípios e apontando exemplos, pontuais, ou em situações-limite, da sua aplicação ao agir administrativo quotidiano<sup>13</sup>. E, sobretudo, é fundamental nunca colocar no mesmo enfiamento sistemático economicidade, igualdade, proporcionalidade e razoabilidade, como se estivessem todos no mesmo plano. Caso contrário, a consagração de princípios fracos podem ainda ter por efeito o enfraquecimento dos princípios jurídicos fortes.

Por outro lado, olhando ao artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais, o que se consigna é uma espécie de direito aglutinador – e não um princípio – que depois se desdobra em vários direitos parcelares, todos eles já com consagração expressa na ordem interna nas relações dos cidadãos com a Administração Pública portuguesa. Ou seja: o direito a uma decisão imparcial, equitativa e num prazo razoável, o direito de audiência dos interessados, o direito de acesso aos processos administrativos, o direito à fundamentação, o direito à reparação dos prejuízos sofridos. Não se trata, portanto,

---

<sup>13</sup> MARIA DA GLÓRIA GARCIA/ANTÓNIO CORTÊS, *Anotação ao artigo 266.º*, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, III, Coimbra, 2007, pp. 559 ss.

de erigir a eficiência, a economicidade, a celeridade – que mais adiante, no artigo 54.º, surgem integradas no princípio da adequação procedimental – ou quaisquer outros critérios equívocos ou subjetivos em parâmetros de aferição da legalidade da ação administrativa, permitindo aos tribunais substituir-se às apreciações e prognoses da máquina administrativa<sup>14</sup>.

**4.3.** Os chamados princípios da administração eletrónica merecem ainda uma referência à parte, tanto mais que o artigo que os consagra – o artigo 14.º – é de longe o mais desenvolvido e prolixo desta primeira parte do CPA. O que é obviamente um paradoxo, por cinco razões principais:

- a) A norma com estrutura típica de princípio jurídico resume-se, *qua tale*, ao n.º 1, sendo que praticamente tudo o resto no artigo 14.º é concretização, detalhe e apelo a verdadeiros princípios jurídicos fundamentais;
- b) Na verdade, ao longo dos diferentes números do preceito, vão-se convocando pontualmente princípios jurídicos fundamentais bastante mais relevantes – como a transparência, a proximidade aos cidadãos, a segurança de dados e a igualdade – num sincretismo conceptual e num entrelaçamento textual manifestamente excessivo;
- c) O n.º 3, como se disse já, contém uma norma sobre o âmbito de aplicação do próprio CPA, que, a ter justificação, deveria estar sistematicamente arrumada no artigo 2.º;
- d) É manifesta a impossibilidade de resolver nesta sede todas as questões suscitadas pelo fenómeno da administração eletrónica, sendo inevitável o tratamento da matéria noutros preceitos do CPA – artigos 58.º a 60.º – e eventualmente mesmo em lei especial;
- e) Por fim, alcandorar a administração eletrónica à categoria jurídica de princípios (no plural) tem um efeito de enaltecimento do fenómeno que nem sempre é confirmado pela prática. Pelo contrário, o resultado da administração eletrónica é muitas vezes uma administração

---

<sup>14</sup> Merece ainda referência, no que respeita às relações dos funcionários com o público, o *Código Europeu de Boa Conduta Administrativa*, JO, L267, de 20 de outubro de 2000.

desumanizada e sem rosto, em que não há ninguém com quem se possa falar cara a cara, a quem se possa pedir uma ajuda ou uma informação que não corresponda a uma “questão frequente”. Há uma página de internet, nem sempre particularmente intuitiva (ou amigável), e mais nada. Quantas vezes é uma administração profundamente discriminatória de quem tem mais dificuldade em lidar com as tecnologias da informação.

## 5. Princípios ausentes

Se, por um lado, o CPA tem agora princípios em excesso, tem por outro lado princípios em falta. Não será o caso dos princípios do procedimento propriamente dito – como o da adequação funcional (artigo 54.º) e o do inquisitório (artigo 55.º) –, mas o de princípios como a proteção da confiança e a transparência, que apesar de aflorarem na formulação textual de outros princípios e de serem protegidos por regras do próprio Código, não foram expressamente consagrados no capítulo II da sua parte I. E, eventualmente, estarão ainda em causa princípios jurídicos como a precaução e a sustentabilidade, que apesar de emergentes têm já um peso assinalável em determinados setores da atividade administrativa.

**5.1.** Assim, a *proteção da confiança* corresponde a um princípio consolidado na doutrina e na jurisprudência e, sobretudo, herdou do Direito Privado uma metodologia própria que, com as devidas adaptações, permite a sua aplicação com razoável rigor e previsibilidade – embora na prática isso nem sempre aconteça<sup>15</sup>.

Ele surge no projeto de revisão do CPA apenas aflorado como uma espécie de valor a ter em conta na aferição do respeito pelo princípio da imparcialidade (artigo 9.º) e pelo princípio da boa fé (n.º 2 do artigo 10.º). Mas a sua consagração autónoma e mais abrangente impõe-se, porque de outra forma falta no Código simultaneamente uma chave para a compreensão de certos institutos que este regula e um instrumento de flexibilização desses mesmos regimes. Em particular, não creio que sem o referencial da proteção da confiança seja possível explicar adequadamente:

---

<sup>15</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013 (regime de requalificação de trabalhadores do setor público).

a) A aplicação no tempo dos regulamentos e dos atos administrativos, designadamente no que respeita à sua aplicação retroativa e retrospectiva;

b) Os problemas da estabilidade, revisibilidade e revogação dos atos administrativos inválidos ou válidos, constitutivos de direitos.

Este princípio está ainda em evolução, mas precisamente por isso ele pode tornar no futuro os regimes do Código permeáveis às próprias mutações de uma sociedade que, cada vez mais, se afirma como uma sociedade de incerteza, com inúmeras refrações em domínios como o ambiente, o consumo, o urbanismo ou a investigação e desenvolvimento tecnológicos.

**5.2.** A consagração explícita do *princípio da transparência*, que também surge apenas incidentalmente a respeito da administração eletrónica (n.º 1 do artigo 14.º), permitirá sobretudo arrumar melhor este capítulo II da parte I. Na realidade, trata-se agora de um super-princípio ou de um princípio aglomerador sob cuja alçada poderiam cair vários direitos fundamentais dos administrados, que o Código trata por vezes como princípios e que regula sempre com pormenor ao longo do seu articulado, nomeadamente:

a) Direito à informação;

b) Direito à notificação;

c) Direito à audiência;

d) Direito à fundamentação;

e) E ainda, como é óbvio, direito de acesso aos arquivos e registos administrativos e, inclusivamente, alguns aspetos da administração eletrónica.

Em todos estes direitos e sub-princípios está sempre presente a mesma ideia, que Bobbio enfatizava dizendo que a democracia não é apenas o *governo do povo, pelo povo e para o povo*. É também o *governo à vista do povo*, com publicidade, em que os cidadãos podem verificar permanentemente – e, porventura, *on line* – o que está a passar-se dentro da Administração, como

é que os seus direitos e interesses são tratados, e como é que o interesse público é (ou não) prosseguido<sup>16</sup>.

**5.3.** Para o fim ficaram deliberadamente os *princípios da precaução e da sustentabilidade*. Precisamente para dizer que – apesar dos muitos esforços doutrinários que têm vindo a ser desenvolvidos nos últimos anos<sup>17</sup> –, em coerência com o que se disse antes em relação aos princípios retóricos, ainda é cedo para pensar em consagrá-los formalmente num diploma com a natureza e com a abrangência do CPA. Falta-lhes um significado unívoco e um campo de aplicação devidamente delimitado, assim como lhes falta também uma metodologia de aplicação – uma pequena bateria de “testes” – que permita antecipar, em termos objetivos, a solução de questões jurídicas concretamente submetidas à sua influência.

---

<sup>16</sup> NORBERTO BOBBIO, *Teoria geral da política*, trad., Rio de Janeiro, 2000, pp. 386 ss.

<sup>17</sup> MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O lugar do Direito na protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, pp. 372 ss., e pp. 476 ss. CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, pp. 246 ss.; JORGE PEREIRA DA SILVA, *Breve ensaio sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras*, in *Em homenagem ao Prof. Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010, pp. 459 ss.

# O procedimento administrativo

VASCO PEREIRA DA SILVA\*

Gostaria de começar por dizer que é para mim um grande prazer e uma grande honra participar nesta sessão sobre o projeto de revisão do Código de Procedimento Administrativo e, de seguida, fazer uma breve declaração de interesses

Em primeiro lugar, de todas as pessoas convidadas para intervir esta manhã, sou o único que participou na elaboração do Código do Procedimento Administrativo vigente. Mas apesar de ter participado, e também por ter participado, tenho continuado a intervir na discussão sobre a sua aplicação e tenho vindo a defender a necessidade da sua revisão. Portanto, estou particularmente à vontade, até do ponto de vista moral, por um lado, para afirmar a relevância “constituente” ou “fundadora” que teve para o Direito Administrativo português a elaboração do presente Código do Procedimento Administrativo, por outro lado, para defender a necessidade da sua revisão.

De resto, devo dizer que, na altura em que, há 20 e tal anos, fizemos o Código do Procedimento Administrativo, que em grande medida pode ser considerado o “Código de Freitas do Amaral” (e não “de Marcello Caetano”, como há pouco foi dito), dada a predominância das suas opiniões no seio da comissão, tal foi feito no quadro de uma lógica de grande neutralidade na formulação das soluções consagradas. Isto porque o Professor Freitas do Amaral raramente impôs a sua opinião – pelo contrário, a lógica do código foi a de procurar sempre soluções neutras, que não resolvessem problemas doutrinários e que permitissem todas as interpretações possíveis. E, nos poucos

---

\* Professor Catedrático Convidado da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa



casos, em que o Professor Freitas do Amaral impôs a sua opinião, a seguir, manifestou publicamente que essa opinião era a sua, chegando mesmo a afirmar que ela tinha tido a oposição de outros membros da comissão.

Sirva de exemplo uma das matérias essenciais, que é a da execução do ato administrativo, em que o Professor Freitas do Amaral, pelo seu próprio punho, na anotação feita pela comissão ao código, logo nas primeiras linhas, escreve que a interpretação do artigo aí sustentada «mereceu dúvidas a alguns dos autores do projeto, [e] foi contestada pelo Professor Vasco Pereira da Silva»<sup>1</sup>. Tal é bem sintomático do espírito de “neutralidade ideológica” do legislador e, ao mesmo tempo, de respeito pelas posições intelectuais díspares. Tal é a primeira declaração de interesses que eu quero fazer.

A segunda declaração de interesses tem a ver com a questão “geracional”, que é inevitável, depois do que disseram, antes de mim, os demais participantes desta mesa. O Dr. Rui Machete foi meu Professor, no curso de licenciatura, e com ele aprendi e aprendo sempre muito. Todos os outros, de uma maneira ou de outra, foram meus alunos. Até o Professor Luís Fábrica, que é da minha geração, uma vez que participei no júri de uma prova oral da disciplina de Contencioso Administrativo, no final do respetivo curso de licenciatura, pode ser considerado como tal, mesmo se, de todos, é aquele que menos aluno foi.

Ora, todos os outros, não apenas foram meus alunos, como também colaboradores e amigos, em quem deposito toda a confiança, devendo ainda dizer que ouvi-los é sempre uma coisa muito agradável. Quando, há bocado, ouvi o Dr. André Salgado de Matos a explicar aquilo que, segundo ele, estava bem e estava menos bem no projeto de reforma; quando acabei de ouvir o Dr. Jorge Pereira da Silva a falar sobre os princípios; quando a seguir ouvir o Professor Pedro Machete a falar da validade do ato administrativo, nas suas intervenções há muita coisa em que me reconheço. Mas há também aqui uma diversidade de gerações, um espírito de diálogo e de respeito recíprocos, que é uma “imagem de marca” do nosso direito administrativo. Entre todos, quer tenham sido nossos professores, como é o caso do Dr. Rui Machete, ou nossos alunos, como é o caso de todos os outros que participam esta manhã neste painel, há um espírito de diálogo permanente e uma lógica de grande respeito intelectual que me parece importante realçar.

---

<sup>1</sup> FREITAS DO AMARAL / JOÃO CAUPERS / JOÃO MARTINS CLARO / JOÃO RAPOSO / MARIA DA GLÓRIA GARCIA / PEDRO SIZA VIEIRA / VASCO PEREIRA DA SILVA, «Código do Procedimento Administrativo – Anotado», 6.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 264.

Ora bem, como vos disse há pouco, tenho desde há muito tempo defendido que o Código do Procedimento Administrativo necessita de revisão. E a última vez que o escrevi foi em 2011, quando organizei uma conferência internacional, que está publicada num *e-book* do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa<sup>2</sup>, que juntava administrativistas europeus como Sabino Cassese, Veith Mehde, Carol Harlow, Pascale Gonod, Steffano Battini, Gerdy Jürgens, em que procurámos discutir numa lógica comparada as questões que tinham a ver com a necessidade de reforma do Direito do Procedimento Administrativo. Nessa altura, elenquei três principais razões para a reforma do Código do Procedimento Administrativo.

Em primeiro lugar, a necessidade de adaptar e de refrescar os conceitos do Código de Procedimento Administrativo. O Código do Procedimento Administrativo, como todas as leis, foi feito num determinado momento, e portanto precisa de ser adaptado às mudanças, precisa de ter em conta as realidades que se vão alterando.

Eu dava, então, dois exemplos de realidades necessitadas de mudança, que me pareciam importantes e tinham a ver com duas dimensões diferentes. Uma era a não consideração, no momento em que se elaborou o Código, do fenómeno da automação, porque na altura as questões que tinham a ver com o uso de computadores por parte da Administração ainda estavam a começar a surgir. Hoje em dia, como é óbvio, esta é uma decisão datada e ultrapassada. É por isso que, entre outros, o Professor Marcelo Rebelo de Sousa e o Dr. André Salgado de Matos, nas lições que escreveram sobre direito administrativo, também realçam esta necessidade de integrar as questões da automação no âmbito de uma necessária reforma do procedimento administrativo.

O outro exemplo tem a ver com o que eu costumo chamar de “traumas da infância difícil” do Direito Administrativo. Havia uma série de noções e de termos datados, a começar pelo do ato definitivo e executório – “que Deus tenha em seu descanso” – que, de vez em quando, aflorava numa ou outra disposição e, designadamente, estava presente no tratamento dado às questões da execução do ato administrativo, em que se fazia ainda referência à executoriedade, mesmo se já se consagrava um princípio da legalidade quanto ao exercício desses poderes pela Administração.

---

<sup>2</sup> SABINO CASSESE / VEITH MEHDE / CAROL HARLOW / PASCALE GOUNOD / VASCO PEREIRA DA SILVA / STEFFANO BATTINI / GERDY JÜRGENS / DAVID DUARTE, «Lisbon Meeting on Administrative Procedure – Functions and Purposes of the Administrative Procedure: New Problems and New Solutions» (“e-book”), ICJP, Lisboa, 2011, <http://www.icjp.pt/publicacoes>.

A segunda razão pela qual eu achava que era necessário fazer uma revisão do Código do Procedimento Administrativo tinha que ver com as alterações legislativas ocorridas entre nós, designadamente em matéria de processo administrativo e em matéria de contratação pública. No caso do Contencioso Administrativo, a ação de condenação na prática do ato devido punha em causa, de forma definitiva, a ideia de “ato tácito”, que era (conforme aprendi com o Dr. Rui Machete) uma mera ficção legal, que não servia para nada e que, por isso mesmo, podia e devia ser abandonada. E só tenho pena que o legislador, agora, não tenha levado essa alteração até às suas últimas consequências e tenha mantido a ficção legal do ato tácito positivo – que, em termos cinéfilos, se pode dizer que tem melhores “efeitos especiais” –, e não tenha aproveitado para acabar com as duas modalidades da mesma figura.

Depois, havia a necessidade de, em função do Código dos Contratos Públicos, repensar se o código devia ser um verdadeiro código administrativo, como efetivamente era, ou se deveria limitar-se ao procedimento – se deveria ter uma lógica mais alemã ou mais espanhola ou, pelo contrário, se deveria adotar uma lógica mais italiana e mais francesa, em certo sentido.

Em terceiro lugar, razão para rever o Código do Procedimento Administrativo era ainda a necessidade de o adaptar ao direito europeu e global, em especial a necessidade de compatibilizar os respetivos preceitos com os da Diretiva “Serviços”, a qual justificou que, naquela altura (em 2011), tivesse havido uma reforma do código do procedimento alemão, assim como diversas outras mudanças também no direito do procedimento de outros países.

Terminava o referido artigo, lembrando por um lado a minha autoridade moral de membro da comissão que elaborou o Código do Procedimento Administrativo, com todo a honra e orgulho – pois foi uma experiência muito estimulante e gratificante, quer em termos científicos, quer em termos pessoais, tendo todos ficado amigos e até compadres, uns dos outros –, mas acrescentando que isso não impedia que eu entendesse que era preciso rever o Código, e revê-lo profundamente.

Isto dito, vou agora fazer um balanço daquilo que é este projeto, e vão-me permitir que eu use, na minha análise, estes três vetores, estas três razões, que eu considerava que justificavam a necessidade de reforma do Código do Procedimento Administrativo, para saber se as opções tomadas realizam ou não os objetivos pretendidos.

Em primeiro lugar, a necessidade de adaptação e de “refrescamento” do código. É verdade que houve alterações positivas a este nível. É verdade que houve aspetos novos que foram introduzidos e houve algum refrescamento em termos conceptuais. Mas é também verdade que, ao mesmo tempo que

houve esse refrescamento, houve também a criação de novos condicionamentos e novas limitações. Houve uma tendência para fechar muito do que andava a ser discutido nos últimos anos na doutrina portuguesa (como, há pouco, o Dr. André Salgado de Matos também fez referência).

É facto que há aspetos positivos em termos de adaptação e de refrescamento do código. Sem querer procurar ser exaustivo, é de referir:

– em matéria de automatização, ou de automação da Administração, consagra-se um conjunto de regras que, independentemente de melhorias de formulação ou arrumação, são importantes e devem constar de um código do procedimento, e não de uma qualquer lei avulsa;

– em matéria de princípios, há uma melhor formulação de princípios já consagrados – v.g., o princípio da proporcionalidade –, assim como há a consagração de novos princípios – o princípio de boa administração era inevitável, dado que pertence à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. No entanto, sou também obrigado a verificar que alguns destes princípios, sobretudo os novos, são apresentados segundo uma fórmula definitória fechada, deixando de fora tudo o que não cabe nessa formulação (pode-se dizer, em certo sentido, que isso é típico de um “código de professores”). Assim, quando se faz reconduzir o princípio da boa administração às dimensões da economia, da eficácia e da eficiência, tal acaba por ser uma versão pobre daquilo que, hoje em dia, no direito administrativo europeu, é o princípio da boa administração. Falta a “cláusula aberta” em matéria de direitos procedimentais (concretizadora de um “due process of law”), assim como a referência às ideias de confiança, de transparência, de prevenção e precaução – esta última é considerada por Paul Craig, no «European Administrative Law», como um dos novos princípios gerais do direito administrativo que resulta do princípio da boa administração. Tudo isso não “cabe” na definição dada pelo legislador, não obstante tenha sido correta a inclusão do princípio da boa administração;

– em matéria de conferências procedimentais, trata-se de uma opção com virtualidades, ainda que eu tivesse preferido que tais conferências tivessem uma lógica mais italiana (a qual, segundo o Dr. Rui Machete, teria sido considerada no âmbito da comissão, embora não integralmente adotada). Pelo contrário, a adoção de conferências

procedimentais destinadas à prática de “atos reguladores” parece-me grandemente criticável. Permitam-me o desabafo de considerar que esta ideia de ato regulador é uma coisa com a qual eu “embarro” – não é uma questão de natureza pessoal, mas de natureza científica, o ato administrativo tanto pode ser regulador, como não o ser –, daí que a ideia de reconduzir a conferência procedimental à lógica do ato regulador parece-me uma má opção;

– em matéria de execução, saúdo o desaparecimento da expressão executoriedade, que era um dos resquícios dos “traumas da infância difícil” do Direito Administrativo, e a consagração plena do princípio de legalidade, que vale também no domínio da autotutela da Administração;

– em matéria de formas de atuação administrativa, parece-me correta a ideia da regulação dos regulamentos. De resto, se bem me lembro, na versão primitiva do código, a regulação dos regulamentos (elaborada pelo Dr. João Raposo) era mais extensa e efetiva do que aquela que veio a ficar na versão final, por exigência do Governo de então. Mas, também aqui, se é importante tal regulação, também acho que ela foi demasiado “fechada”, até na própria lógica do âmbito de aplicação, ao definir-se o regulamento como geral e abstrato (pois os regulamentos também podem ser só gerais ou só abstratos). De novo o problema advém da definição, pois, em minha opinião, o legislador não deve definir, o legislador regula, o legislador não faz doutrina. Assim, este “excesso de definições” constitui, na minha perspectiva, um dos principais aspetos negativos de que este projeto enferma.

Depois disto, vejamos os aspetos negativos deste projeto de revisão do Código de Procedimento Administrativo. Em primeiro lugar, desaparece a executoriedade, mas continua a referência ao ato administrativo como parâmetro e limite da execução. Ou seja, mantém-se a velha história do Dirty Harry, que os meus alunos conhecem das primeiras aulas de direito administrativo. O Dirty Harry era um personagem, interpretado pelo Clint Eastwood, que violava a lei praticando formalmente atos administrativos. Isto, porque o Dirty Harry, antes de liquidar o criminoso apanhado em flagrante delito, praticava primeiro um ato administrativo: gritava “Come on, make my day!”, já depois de lhe ter dado um tiro numa perna e imediatamente antes da execução final. Assim, considerar que o ato administrativo pode

servir de limite e de parâmetro da atuação administrativa é ter uma noção de direito administrativo similar à do Dirty Harry, o que não me parece boa solução. Diga-se, de passagem, que esta minha “historinha” do Dirty Harry, já vem dos tempos do meu «*Em Busca do Acto Administrativo Perdido*», mas infelizmente, para além dos meus alunos, parece que não é muito ouvida.

Depois, regula os regulamentos, mas os mecanismos de participação regulamentar quase que não são tratados. E esse é o principal problema hoje do direito administrativo, designadamente do direito administrativo alemão. A sentença *Stuttgart 21* veio mostrar que não basta regular a participação no momento anterior ao regulamento, é preciso criar instrumentos de participação e instrumentos de audiência em todos os momentos do procedimento. E é esta a questão principal. Ainda esta semana, há dois dias, eu vim de uma conferência do SIPE, em que ouvi o meu querido colega e amigo, Hartmut Bauer, explicar que a questão da participação nos procedimentos de natureza regulamentar é a questão principal, a questão decisiva do procedimento administrativo, e eu verifico que nada disto é equacionado neste código.

Depois, o legislador toma uma série de opções teóricas em matérias que eu consideraria desnecessárias, em que não havia necessidade de mexer para introduzir apenas “aquela palavra” que, nalguns casos, não muda nada, mas que introduz sempre uma marca ideológica. O legislador esquece-se dos seus limites, que deve regular, mas não deve doutrinar. E isto é visível em muitos aspetos. Desde logo, no âmbito de aplicação: no artigo 3.º, n.º 2, quando se delimita o âmbito de aplicação do Código, lá vem um trauma da infância difícil do direito administrativo – o “exercício dos poderes administrativos de autoridade”. Mas para quê? Mas para quê repescar os poderes administrativos de autoridade para justificar o exercício da função administrativa? Tudo isto, confesso que não era necessário, havia outras expressões, havia outras fórmulas. Esta marca ideológica é uma das pechas deste projeto.

Depois, acerca da relação jurídica administrativa. Diz-se, e isto foi de certeza da pena do Dr. Rui Machete, que se superou a conceção de Otto Mayer, e eu não podia estar mais de acordo. Só que, a seguir, olho para o artigo 61.º, e vejo que sujeitos da relação jurídica procedimental são os órgãos; os particulares são meros interessados. Chamar alguma coisa aos particulares não interessa nada, o legislador até lhes podia ter chamado a todos de Maria Joaquina ou António Manuel, agora ter-lhes chamado interessados é, por um lado, o contrário daquilo que o legislador quis fazer, porque lhes atribuiu direitos e deveres, tratou-os como sujeitos processuais, o que não corresponde à denominação atribuída.

Isto é, se me permitem a ironia, substituir Otto Mayer por Maurice Hauriou. É a mesma coisa, ficamos na mesma. Abandona-se uma “conceção Otto Mayeriana” e adota-se uma “conceção Hauriousiana” (para parafrasear as expressões do preâmbulo). Hauriou é que dizia que o particular era um simples interessado no funcionamento da Administração e do Contencioso Administrativo; ele não era titular de direitos perante a Administração, cabendo-lhe por isso uma função similar à do Ministério Público, auxiliar da Administração e do Juiz administrativo; não era um objeto, mas era um interessado. Enfim, não ganhámos muito com a troca. E esta norma não apenas é absurda, como é inútil. Ao legislador não cabe atribuir “nomes” ao particular, antes regular a sua posição jurídica no procedimento, e ao atribuir-lhes direitos e deveres está a considerá-los como sujeitos procedimentais. Não há nenhuma razão para esta norma ideológica, que não tem qualquer significado útil.

Depois, o conceito de ato administrativo (uma norma de que eu gosto tanto, que é a do atual artigo 120.º), que tinha de ter lá agora uma pequena nota introduzida, que não muda quase nada, mas que aponta para a possibilidade de mudar quase tudo: a expressão “efeitos externos”. Ainda por cima a expressão efeitos externos, como explica Cassese, é a mais inútil do direito administrativo: hoje em dia, já não há nenhuma diferença entre a dimensão interna e externa do ato administrativo, porque tudo se vai tornando externo. E, de outra maneira, também é inútil que esteja lá, porque quando se diz “produção de efeitos”, os efeitos são realidades com dimensão externa, pelo que não precisam de ser qualificados como externos ou internos. Há aqui uma clara posição ideológica, que faz com que esta palavra seja incluída no artigo 120.º, sem qualquer utilidade, não serve absolutamente para nada, é inútil e inoperante, mas tem subjacente a “sugestão” de uma versão restritiva de ato administrativo como regulador.

Depois, também as alterações em termos de invalidade: desaparece a cláusula geral de nulidade (e cabe também perguntar porquê?) mas, desaparecida esta, o artigo 159.º continua a dizer “são nomeadamente atos nulos”? Então mantém-se o “nomeadamente”, o que significa que a referência é apenas exemplificativa, mas desaparece a cláusula geral de nulidade? Parece que há aqui uma discrepância e ainda bem, porque cria um “ponto de fuga” no procedimento administrativo, mas – e espero que isto não sirva para eliminar o “designadamente”, espero que estes comentários sirvam quanto muito para pensarem na cláusula geral – é a opção do legislador que me deixa algo perplexo.

Depois, o segundo argumento, o da necessidade de compatibilização do Código de Procedimento Administrativo com o Código do Processo nos

Tribunais Administrativos e com o Código dos Contratos Públicos. Em primeiro lugar, a compatibilização com o Código de Processo nos Tribunais Administrativos. A ação administrativa especial de condenação à prática do ato administrativo devido implicava o desaparecimento do chamado ato tácito negativo, nem era preciso mudar o código para isso, tal norma caducou, não faz sentido, não tem aplicabilidade, porque agora a questão resolve-se do ponto de vista processual.

Mas o legislador ficou-se por uma perspetiva minimalista. Apenas eliminou o denominado ato tácito negativo, mas manteve o denominado ato tácito positivo, que é igualmente mau, porque é dizer que, quando a Administração tem o dever de atuar, atuar ou não atuar é igual. A Administração tem o dever de decidir, este é reconhecido pelo código, mas se não atuar não há problema nenhum, “finge-se” que deferiu o pedido do particular. A figura da atribuição de efeitos positivos ao silêncio, em termos cinéfilos, pode-se dizer que “tem melhores efeitos especiais” do que a do negativo. Mas a ideia de que a Administração nada fazer pode corresponder a um efeito positivo (substantivo) para alguém é algo tão absurdo, que põe em causa o poder discricionário, a necessidade de ponderação de bens e valores, a responsabilidade da Administração, todo um conjunto de realidades que necessitam de ser consideradas. O que o código devia ter feito, tendo em vista alcançar o objetivo da celeridade, era regular as situações em que pode haver uma simples comunicação do particular com reserva de proibição, ou com reserva de confirmação pela Administração, mas isso não tem nada a ver com o ato tácito positivo. Ter mantido esta fórmula, na minha perspetiva, é uma má solução.

Depois, o legislador do procedimento também criou um pressuposto processual novo para o contencioso administrativo. Isto é ainda mais estranho, porque estamos a falar do legislador do procedimento, que vem criar pressupostos processuais que não estão previstos no código de processo administrativo, designadamente instituindo as impugnações administrativas necessárias. Não vou perder muito tempo com esta matéria, porque já me ouviram várias vezes, e em várias ocasiões, a explicar porque é que as impugnações administrativas necessárias são, em primeiro lugar, inconstitucionais, e em segundo lugar inúteis, já que em regra os atos são mantidos. Porquê, então, esta estranha obsessão do legislador com a impugnação administrativa necessária, porquê este “trauma da infância difícil do direito administrativo” continua a fazer mover o legislador?

E por outro lado falta fazer algo, que eu julgava impor-se a quem se ocupa das garantias administrativas, mas que não parece ter ocorrido ao legislador



do procedimento: a regulação das impugnações administrativas perante as autoridades independentes, essas sim suscetíveis de obter melhores resultados. Se olharmos para a lógica do direito anglo-saxónico, se olharmos para os “tribunals”, do direito britânico, ou para as “agencies”, do direito norte-americano, estamos perante essa lógica de garantia de impugnação perante órgãos independentes. Ora, entre nós, o legislador só se preocupou com a reclamação e com o recurso hierárquico. E preocupou-se em estabelecer o mesmo que já existia antes da reforma do contencioso administrativo, criando um pressuposto processual que não estava na legislação do processo – e que ele, enquanto legislador de procedimento não deveria ter criado.

Por último, a necessidade de conciliação com o Código dos Contratos Públicos. O legislador regula sem regular. Por um lado, aquilo que ele diz não serve para regular nada mas, por outro lado, não se limita apenas a remeter para o Código dos Contratos Públicos, ele pretende fazer doutrina. O que é dito, no artigo 198.º, visa “ressuscitar” a velha contraposição entre contrato administrativo e contrato de direito privado, fazendo ressurgir os contratos de direito privado da Administração. O legislador vem dizer que há contratos administrativos regulados pelo direito público – quando o Código dos Contratos Públicos estabelece um regime geral de direito público para todos os contratos correspondentes ao exercício da função administrativa, no qual se inserem os ditos contratos administrativos –, e que há outros regulados pelo direito privado – como se tal categoria, a existir, tivesse qualquer relevância jurídico-administrativa. Assim, o legislador, sem regular nada, acaba por estabelecer alguma coisa, pois, mesmo que se considere ser inútil o que diz, ainda assim consubstancia uma perspetiva ideológica.

Por último, quanto à Diretiva “Serviços” e à necessidade de abertura do procedimento administrativo português ao europeu e ao global. A diretiva “Serviços” justificou a última reforma do código de procedimento alemão, assim como implicou uma enorme discussão em diversos países europeus, que não temos tido em Portugal. É verdade que esta diretiva já está transposta na nossa ordem jurídica, mas o seu espírito e a sua letra deveriam estar mais presentes no Código do Procedimento Administrativo. É certo que o projeto de revisão fala no “balcão único”, no artigo 159.º, e faz muito bem. Tudo o mais que tem a ver com a Diretiva “Serviços” não se encontra aqui, seja o direito de obter uma resposta na língua de origem de quem faz um pedido à Administração, seja o princípio da simplificação – mesmo o que é simples tem de ser simplificado ainda mais, eliminando formalidades (velhas) burocráticas e (novas) informáticas, é o princípio básico da diretiva...

Mas, outras realidades europeias ou globais, também se encontram reduzidas ao mínimo. O princípio da boa administração está cá, mas reduzido ao seu conteúdo mínimo, conforme antes se referiu. Não há qualquer referência ao Código Europeu de Boas Condutas ou de Boas Práticas Administrativas (um “revolucionário” código de 10 artigos, elaborado sob a égide do Ombudsman europeu), de tanta relevância procedimental. E vejo-me forçado a concluir que o projeto de revisão do Código apresenta um grande défice de Europa e um grande défice de direito administrativo global.

É tempo de balanço. O legislador do projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo realizou uma tarefa que era necessária, o resultado introduz algumas melhorias, mas está longe de ter alcançado um resultado satisfatório. Eu só me lembrei, quando pensei em terminar esta minha intervenção, do título de um livro de que gosto muito, de John Steinbeck, que é «*O Inverno do Nosso Descontentamento*». Malgrado as expectativas, o legislador trouxe-nos o inverno do nosso descontentamento, mesmo se estamos em pleno verão. Ora, ainda que quiséssemos adotar a lógica shakespeariana, mais otimista, do trecho do livro de onde é retirado o título de Steinbeck, esperando que o inverno do nosso descontentamento se transforme num “glorious summer”, sempre precisaríamos de «Ricardo III».

Resta-me fazer votos para que, no inverno do nosso descontentamento trazido pelo projeto em apreço, a discussão permita ainda que, se não surgir o verão, pelo menos haja alguns “raios de sol”, introduzidos no Código do Procedimento Administrativo.

# A validade e eficácia do ato administrativo

PEDRO MACHETE\*

1. A iniciativa de rever o Código do Procedimento Administrativo afigura-se-me oportuna. Dezassete anos passados desde a última revisão, em 1996, é muito tempo; houve muita coisa que se passou, e a dialética das relações entre o sistema objetivo e o sistema subjetivo e, bem assim, das relações entre a lei e a realidade, justifica plenamente a iniciativa reformista que aqui nos congrega. Quanto ao mérito da iniciativa, numa apreciação global feita a partir de um ponto de vista dogmático, penso que se trata de uma atualização equilibrada e que incorpora bem muito do «adquirido doutrinal» (e jurisprudencial) do Direito Administrativo das últimas três décadas. Se seguirmos pelo caminho delineado, estou seguro de que a força normativa do Código sairá reforçada.

No que se refere, em especial, ao tema que me foi proposto abordar – a validade e eficácia do ato administrativo –, o mesmo respeita a uma matéria que já não tem que ver imediatamente com o procedimento administrativo, está para além dele. É um tema que releva mais da dogmática geral do direito administrativo, mas que na linha das codificações do procedimento espanhol ou alemão, ou depois também da portuguesa, pelas suas conexões com o procedimento tem sido objeto de tratamento legislativo juntamente com a disciplina geral do procedimento. Por outro lado, é também uma área, ou uma zona de regulamentação em que – não diria as perspetivas ideológicas,

---

\* Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional e Professor Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

mas pelo menos – os posicionamentos doutrinários de fundo avultam de um modo mais evidente. Este aspeto, todavia, não me causa grande embaraço, porque, como disse, a doutrina coexiste numa permanente dialética com a lei e, portanto, é natural que as “coisas”, também ao nível do sistema objetivo, se dinamizem.

2. A validade e a eficácia reportam-se a uma mesma realidade, ao ato administrativo, enquanto figura de direito substantivo; portanto, não é a figura procedimental da decisão final nem a figura processual do ato impugnável que estão em causa, mas antes aquela declaração produzida sob a invocação de normas de direito administrativo em vista da definição vinculativa de direitos e deveres do declarante e demais interessados numa dada situação. O ato administrativo, cuja eficácia e validade vão aqui ser consideradas, corresponde, por conseguinte, àquele conceito restrito de ato administrativo, enquanto estatuição autoritária, a que se reportava o saudoso Doutor Rogério Soares, ou seja, é uma decisão concreta imputável a um sujeito de direito administrativo.

Isto é importante, porque tanto a validade como a eficácia pressupõem a existência de um ato administrativo: para se falar da validade ou eficácia de um ato administrativo têm de estar reunidos os respetivos requisitos da qualificação. A eficácia consiste na efetiva produção de efeitos jurídicos correspondentes ao conteúdo do ato, portanto, à definição da situação jurídica, podendo haver atos de eficácia instantânea ou atos de eficácia duradoura. E a validade consiste na aptidão intrínseca, relacionada com a conformidade dos elementos estruturais da realidade “ato administrativo”, para produzir os efeitos jurídicos correspondentes ao seu conteúdo. Existe, por conseguinte, uma relação entre eficácia e validade. Há atos eficazes que são válidos, há atos eficazes que são inválidos – é o caso dos atos anuláveis –, há atos ineficazes que são válidos – como é o caso da eficácia diferida –, e há atos ineficazes que são inválidos – como é o caso da nulidade. Portanto, como veem, aqui posiciono-me em termos diversos daqueles que têm do ato administrativo uma visão amplíssima. A questão não é de somenos, uma vez que a formalização do procedimento administrativo tem em vista precisamente a formação do ato administrativo com esta noção precisa – e, em minha opinião, no essencial, isto já é assim hoje, face à versão em vigor do Código do Procedimento Administrativo. Todavia, no plano doutrinal, e como resultou evidente das intervenções anteriores, observamos uma pluralidade de entendimentos, sem que daí advenham quaisquer inconvenientes.

3. No domínio da validade e eficácia do ato administrativo, penso que o Projeto de Revisão introduz três inovações que enquadram toda a matéria (e que também já foram objeto de referência, designadamente na intervenção do Professor Vasco Pereira da Silva):

- 1.º A reformulação do conceito de ato administrativo;
- 2.º A consagração do conceito de relação jurídica procedimental;
- 3.º A eliminação do conceito amplo de executoriedade.

Todas estas inovações me parecem positivas. Analisemo-las.

Quanto à reformulação do conceito de ato administrativo, o artigo 146.º do Projeto de Revisão qualifica como ato administrativo apenas aquelas decisões que produzem efeitos externos. Isto não acontece, a meu ver, por um amor às definições. As definições legais também são uma técnica legislativa, na medida em que, em resultado de uma realidade ser subsumível a uma determinada definição, essa realidade fica depois submetida a certo regime jurídico. O conceito legal de ato administrativo presentemente consagrado no artigo 120.º do Código do Procedimento Administrativo suscita neste particular algumas dúvidas, sobretudo quando conjugado com a referência às “ordens dadas pelos superiores hierárquicos aos seus subalternos” contida no artigo 124.º, n.º 2. O Projeto de Revisão, a meu ver, procurou esclarecer bem essa questão. Portanto, ficam de fora do conceito de ato administrativo os atos organizatórios, os atos procedimentais e os atos pós-decisórios ou aqueles que visam integrar a eficácia do ato já praticado, como é o caso, por exemplo, da notificação.

Quanto à consagração do conceito de relação jurídica procedimental, penso que é uma das inovações muito importantes, porque tradicionalmente o ato administrativo é perspetivado em termos de relação bilateral. Ora, relativamente a uma grande, senão à maior, parte dos atos administrativos, isso não é assim: os seus efeitos projetam-se numa multiplicidade de direções. O conceito de relação jurídica procedimental, com a obrigação de notificar no início do procedimento os possíveis interessados na situação tal como ela venha a ser conformada pela decisão final do procedimento, chama precisamente à atenção para a multiplicidade de interesses que confluem no procedimento e que, por isso também, podem vir a ser afetados ou conformados pela decisão final do procedimento. À relação jurídica procedimental sucederão, na sequência da prática do ato administrativo, as

relações jurídicas poligonais. É importante que aqueles que são afetados por esses atos, pelos diferentes efeitos de um determinado ato – e ainda que afetados de forma diversa – possam participar num momento tão recuado quanto possível relativamente à decisão final do procedimento, na preparação e conformação dessa decisão final, e portanto já aí trazerem à ponderação do decisor os seus interesses. Penso que se trata de uma importante concretização do princípio da participação procedimental, somente possível no quadro de uma relação jurídica procedimental. Independentemente da terminologia, os interessados são, porque veem reconhecidos direitos procedimentais próprios, e em atenção a essa circunstância, obviamente sujeitos procedimentais.

Finalmente, a eliminação do conceito amplo de executoriedade. O Código do Procedimento Administrativo vigente, no n.º 1 do seu artigo 149.º, refere que os atos administrativos são executórios logo que eficazes. Ora, o conceito de executoriedade desaparece do Projeto de Revisão, em virtude da plena autonomização daquilo que é o procedimento de execução do ato administrativo. Embora tal autonomização não tenha reflexos ao nível da definição legal de procedimento dada no artigo 1.º, n.º 1, do Projeto de Revisão. Com efeito, aí só se fala na formação da vontade; mas a verdade é que o Projeto também trata da execução da vontade administrativa, aliás como acontece no Código em vigor.

**4.** Passo agora ao tema da eficácia, matéria que é tratada nos artigos 153.º a 158.º do Projeto.

Segundo consta da Exposição de Motivos do projeto de decreto-lei que incorpora o Projeto de Revisão do Código, o objetivo prosseguido é a clarificação normativa de situações que suscitaram dúvidas.

Eu, em relação a esta matéria da eficácia, começo por fazer três observações.

Primeira: mantém-se a regra da imediatividade dos efeitos jurídicos no artigo 153.º, isto é, mantém-se a referência à perfeição do ato, e, portanto, o ato é eficaz logo que estejam “preenchidos os seus elementos essenciais” (n.º 2). Não se faz referência aos atos anuláveis, mas o artigo 153.º tem de ser lido em articulação com o artigo 160.º, n.º 1, referente à nulidade (os atos nulos são ineficazes) e com o artigo 161.º, n.º 2, relativo à anulabilidade, que justamente prevê aquilo que já hoje se contém no artigo 127.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo em vigor, ou seja, os atos anuláveis também são eficazes, sem prejuízo de os efeitos por eles produzidos poderem vir a ser destruídos retroativamente.

A segunda observação – de caráter muito pontual – tem que ver com a deslocação dos atos administrativos de execução de sentenças anulatórias do regime da retroatividade *ex lege* para uma retroatividade por decisão do órgão incumbido de executar a sentença anulatória. Como sabem, no Código vigente estão previstos estes atos na alínea *b*) do artigo 128.º, n.º 2; agora, no Projeto de Revisão, os atos necessários à execução de decisões dos tribunais – portanto não apenas de execução de sentenças anulatórias – passam a poder ser dotados de eficácia retroativa [cf. o artigo 154.º, n.º 2, alínea *c*), do Projeto]. Penso que, atento o regime dos efeitos da anulação, se trata de uma boa solução, e que, portanto, aquele automatismo que resulta da disciplina atual do artigo 128.º é afastado. Na verdade, afigura-se-me mais adequada a solução de colocar na disponibilidade de quem executa as sentenças dos tribunais administrativos a atribuição de eficácia retroativa: este decidirá em função das circunstâncias e dos interesses contraditórios a considerar – posições de contra-interessados, da sua boa ou má-fé, etc. Cabe, deste modo, ao órgão competente para executar a sentença anulatória conformar essa mesma decisão de execução em função das circunstâncias concretas.

Não sei se, em todo o caso, não seria possível simplificar a redação deste artigo 154.º, uma vez que depois na alínea *d*) do n.º 2, no lugar paralelo onde agora se diz que o autor do ato pode atribuir eficácia retroativa quando a lei o permitir, nesta alínea acrescentou-se quando a lei “o permitir ou o impuser”, e se esta imposição não será suficiente para abranger os casos que o Projeto prevê na aludida alínea *c*) do n.º 2.

Por outro lado, ainda relativamente à mesma alínea *c*) do n.º 2 deste artigo 154.º do Projeto, penso que seria de incluir uma referência à anulação administrativa, de harmonia com os efeitos da anulação previstos no artigo 161.º, n.º 2, do Projeto. Uma outra opção seria incluir esta referência à anulação administrativa na alínea *b*) do artigo 154.º, n.º 2, do Projeto e eliminar a alínea *c*) do mesmo número, já que, em bom rigor, esta alínea consagra uma solução já prevista no artigo 173.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e, como referido, o seu alcance em termos de Código do Procedimento Administrativo já está acautelado pela referência à imposição legal constante da alínea *d*) do artigo 154.º, n.º 2, do Projeto.

A terceira observação respeita à clarificação feita no artigo 158.º do Projeto, a eficácia dos atos constitutivos de deveres ou encargos. Diz-se nesse artigo 158.º que, “independentemente da sua forma, os atos que imponham deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções aos particulares só são oponíveis aos destinatários a partir da respetiva notificação”. É exato: uma coisa é a eficácia, outra a oponibilidade. Concordo com a clarificação. E também

concordo com a sua relativização decorrente daquilo que se diz no artigo 99.º do Projeto de Revisão, a propósito da intervenção no procedimento, isto é, pressupõe-se a boa-fé daquele a quem serão oponíveis estes atos constitutivos de deveres ou encargos.

Contudo, tendo em conta o dever de notificação constitucionalmente consagrado (artigo 268.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa) e a regra do artigo 98.º do Projeto referente aos atos administrativos sujeitos a notificação, não percebo a razão pela qual não se estende este regime da inoponibilidade aos «atos que causem prejuízos», que também são referidos na alínea *b*), *in fine*, do artigo 98.º, e aos «atos que extingam ou diminuam direitos ou interesses legalmente protegidos, ou afetem negativamente o seu exercício». Estes atos também são autonomizados na alínea *c*) do artigo 98.º Assim, tal como está redigido este artigo 158.º do Projeto, por confronto com aquilo que se diz no artigo 98.º, parece-me que estes casos ficam de fora, quando a meu ver, por identidade de razão, também se justifica a respetiva inoponibilidade em caso de omissão de notificação.

**5.** Vou agora abordar a matéria da invalidade, que é objeto dos artigos 159.º a 163.º do Projeto de Revisão.

A propósito deste tema, refere a Exposição de Motivos que as modificações são mais profundas. E é verdade. O regime preconizado pelo Projeto, tal como o do Código em vigor, continua a assentar na dicotomia nulidade-anulabilidade. Os atos nulos são ineficazes, enquanto os atos anuláveis produzem efeitos, mas estes podem vir a ser destruídos. Esta dicotomia a meu ver não impede leis especiais que prevejam nulidades mistas, que combinem aspetos do regime da nulidade e da anulabilidade, invalidades sanáveis, ou invalidades sanáveis em certos termos. Aliás existem inúmeros exemplos jurídico-positivos desses regimes mistos.

A minha primeira crítica tem que ver com uma questão de arrumação sistemática. Porquê? Já foi referido que o Projeto de Revisão separa, autonomizando, a anulação administrativa da revogação. Podemos discutir se se justifica ou não esta autonomização, sendo que, segundo creio, a circunstância de no atual Código a revogação ser objeto de um tratamento unitário não obsta a que existam dois conceitos distintos, como aliás a doutrina e a jurisprudência têm evidenciado. Como ouvimos o Dr. André Salgado de Matos referir, há sobre isto opiniões divergentes. Porém, assentando o Projeto nesta autonomia da anulação administrativa, pergunto-me se o seu tratamento jurídico-positivo não deve ser todo ele feito nesta secção da invalidade, à semelhança do que acontece com a ratificação, reforma e conversão (cf.



o artigo 163.º do Projeto). A minha sugestão concreta é a de inclusão entre os artigos 161.º e 162.º do Projeto do tratamento da anulação administrativa, uma vez que esta está mais próxima da ratificação, reforma e conversão do que da revogação. Esta seria a via de evitar redundâncias, como ocorre a propósito de alguns efeitos do ato anulável, e, sobretudo, de obviar à separação entre aquilo que é o tratamento da anulação administrativa, enquanto ato administrativo, e o tratamento que depois é dado aos seus no artigo 162.º do Projeto.

**5.1.** Olhando depois mais em pormenor para os diferentes artigos que integram esta secção respeitante à invalidade, uma das alterações que salta mais à vista, e que já foi por diversas vezes referida, é a eliminação da cláusula geral que correspondia àquilo que normalmente se chamavam as «nulidades por natureza». No atual artigo 133.º, n.º 1, refere-se que “são nulos os atos a que falte qualquer dos seus elementos essenciais ou para os quais a lei – continua a segunda parte – determine essa forma de invalidade”. Agora, no Projeto de Revisão desaparece aquela cláusula geral. Na Exposição de Motivos diz-se que isso se deve a uma preocupação de certeza, mas a verdade é que estes elementos essenciais referidos no atual artigo 133.º, n.º 1, entendidos num sentido material – como por exemplo defende o Professor Mário Aroso de Almeida – e não num sentido estrutural, estes elementos essenciais dizia, correspondem a elementos ou requisitos de validade tão importantes que justificam em caso de inobservância que não sejam submetidos ao regime da anulabilidade. Isto é, a sua falta é tão grave que justifica que o ato seja nulo.

Discutia-se, na vigência do atual preceito, só para dar dois exemplos, se o desvio de poder para fim de interesse privado não seria causa de nulidade. Normalmente o desvio de poder tem como consequência a anulabilidade, mas no caso de o desvio de poder ser motivado pela prossecução de um interesse privado, por estar em causa um fim de interesse privado, o ato deverá ser anulado ou deverá ser nulo? Outro exemplo é o da omissão total de procedimento administrativo, fora das situações de estado de necessidade. Fala-se na absoluta ausência de forma legal, mas, no caso da omissão total do procedimento legalmente devido, não se diz nada. Será que esses vícios não serão tão graves que devam justificar a nulidade? Enfim, é uma matéria que é discutível e discutida...

Certo é que os casos tradicionais de nulidade que são elencados no atual n.º 2 do artigo 133.º e, bem assim, no n.º 2 do artigo 159.º do Projeto, são casos que correspondem a ilegalidades graves e evidentes, e outras poderá haver. Por exemplo, a Lei de Procedimento Administrativo alemã consagra

justamente como critério de nulidade esta ideia de gravidade associada a um critério de evidência. A mim, parece-me menos prudente eliminar uma «válvula de segurança» que se consubstanciava precisamente naquela cláusula geral. A sua formulação poderá não ser exatamente a dos «elementos essenciais», justamente porque a propósito da formulação “elementos essenciais” se suscitavam dúvidas sobre se estes elementos eram entendidos num sentido estrutural, um pouco à semelhança do que acontece no artigo 127.º, a propósito da imediatividade dos efeitos do ato administrativo, ou num entendimento material. Mas que deve haver e é prudente existir uma cláusula geral que possa funcionar como um «escape», isso parece-me evidente. É certo que na doutrina e na jurisprudência esta «válvula de segurança», designadamente para os casos de omissão total do procedimento devido, por exemplo, nunca foi usada: não conheço casos de declaração de nulidade de atos administrativos devido a essa circunstância. Mas isso não significa que não possa haver outras situações para além das expressamente previstas nas alíneas do artigo 133.º, n.º 2, do Código, ou do artigo 159.º, n.º 2, do Projeto de Revisão. De facto, o legislador não pode prever nem prevê tudo...

**5.2.** Quanto aos casos de atos nulos previstos no Projeto, parece-me de aplaudir a eliminação da referência aos atos consequentes [atualmente previstos na alínea *i*] do n.º 2 do artigo 133.º], por causa do regime dos efeitos da anulação. Parece-me também de aplaudir a inclusão dos atos cujo fim seja a prossecução de um interesse privado ilícito e dos atos certificativos de factos inverídicos ou inexistentes [respetivamente, alíneas *e*) e *j*), do artigo 159.º, n.º 2, do Projeto de Revisão]. Por mim, incluiria entre os atos nulos (*i*) aqueles que enfermem de desvio de poder para quaisquer fins de interesse privado [e não apenas os praticados em vista de fim privado ilícito – cf. a alínea *e*)]; e (*ii*) aqueles em que o procedimento devido tenha sido totalmente omitido fora das situações de estado de necessidade. Também não me parece justificada a qualificação da coação moral prevista na alínea *f*): a coação moral *qua tale* deveria ser suficiente.

Já no que respeita aos atos que criem obrigações pecuniárias sem base legal, estão agora previstos como atos nulos [cf. a alínea *k*] do artigo 159.º, n.º 2, do Projeto de Revisão]. Se se tratasse apenas de atos de liquidação de um imposto, não teria dúvidas; porém, no caso de taxas e de receitas parafiscais, penso que este preceito poderá criar dificuldades, pois frequentemente as situações não são tão claras. Além de que muitas dessas situações se encontram previstas em regulamentos habilitados legalmente. Acresce que a tutela cautelar em relação ao tipo de atos em causa é muito eficaz. O preceito

visa advertir a Administração para a necessidade de segurança e clareza neste domínio, no sentido de não serem antecipadas receitas indevidas. Receio, todavia, que a cominação de nulidade possa conduzir muitos que não tenham pago na altura devida com base na invocação do regime corresponsivo, a pagar caro tal atitude (devido aos juros moratórios). Como referi, o regime da nulidade é adequado para situações em que se verifica uma ilegalidade grave e evidente. No domínio das obrigações pecuniárias criadas por ato administrativo, frequentemente não se verificam esses dois pressupostos. Tudo somado, penso que a alínea *k*) do artigo 159.º, n.º 2, do Projeto deveria ser eliminada.

Finalmente, julgo que a flexibilização do regime da nulidade, por via da possibilidade de reforma ou conversão de atos nulos no prazo de um ano, prevista no n.º 2 do artigo 163.º do Projeto, é de aplaudir.

**5.3.** O regime da anulabilidade encontra-se previsto no artigo 161.º Para abreviar razões, não vou comentar os números 1 a 4 que, no essencial, consagram soluções que já hoje constam do Código do Procedimento Administrativo.

A grande novidade encontra-se nos números 5 e 6 deste artigo 161.º, na medida em que os mesmos admitem o afastamento do efeito anulatório pelo juiz administrativo em determinadas circunstâncias.

Os números em causa consagram normas de direito processual administrativo: trata-se de normas dirigidas exclusivamente ao juiz administrativo, conferindo-lhe uma dada faculdade (portanto, as mesmas normas não o obrigam a afastar o efeito anulatório). Por outro lado, porque se trata de normas exclusivamente processuais, as mesmas não são aplicáveis à anulação administrativa. Coloca-se, deste modo, uma primeira questão, que é a da conveniência de consagrar estas normas processuais no Código do Procedimento Administrativo.

**5.4.** Mas, deixando de lado esta questão, no que respeita às alíneas *c*) e *d*) do n.º 5, o Projeto de Revisão reproduz, no essencial, aquilo que já é hoje aplicável por força do artigo 45.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, por remissão do artigo 49.º do mesmo Código: portanto, o afastamento do efeito anulatório quando à execução da sentença obsta uma situação de impossibilidade absoluta ou quando se verifique que a execução da sentença anulatória origine um prejuízo de excepcional gravidade para o interesse público. Porém, na segunda parte da alínea *d*), o Projeto de Revisão alarga esta possibilidade de afastamento do efeito anulatório aos contra-

-interessados, nos seguintes termos: também pode ser afastado o efeito anulatório, quando se verifique que a anulação origina “danos de difícil ou impossível reparação para os contra-interessados, por ser manifesta a desproporção existente entre o seu interesse na manutenção da situação constituída pelo ato e a do interessado na concretização dos efeitos da anulação”. Isto é novo; não consta do Código de Processo. Há aqui, de facto, um alargamento.

Este alargamento parece-me excessivo, sobretudo quando não se exige nem se faz a distinção consoante os contra-interessados estejam de boa ou má-fé, tenham participado ou não no processo de impugnação. Eu penso que hoje em dia o regime de execução das sentenças anulatórias já salvaguarda suficientemente a posição dos contra-interessados, e portanto sendo dispensável esta tutela acrescida por confronto exclusivo entre o interesse do autor, do interessado na anulação, e o interesse do contra-interessado. É preciso não esquecer que estamos a falar de um ato ilegal, que foi impugnado a tempo, e em que, mercê do litisconsórcio necessário, o contra-interessado tem na esmagadora maioria dos casos oportunidade de se defender no processo.

Pelo menos, justifica-se a restrição às situações de boa-fé, para prevenir situações em que, não tendo sido possível ao autor suspender a eficácia do ato administrativo impugnado contenciosamente, os contra-interessados tenham “avançado” com base no mesmo ato (v.g., com a construção de casas, instalações industriais ou outras situações), procurando criar “factos consumados”. Perante um ato impugnado, existe o risco de o mesmo vir a ser anulado. Os contra-interessados não podem ignorar esse risco – aliás, também para se defenderem do mesmo, são chamados ao processo. Proteger os contra-interessados que aceitaram correr esse risco nos termos previstos no Projeto, relativiza a legalidade e a efetividade da sua tutela jurisdicional e deixa sem proteção suficiente os lesados que decidiram impugnar o ato em causa.

**5.5.** Depois, a segunda ordem de questões respeita às alíneas *a)* e *b)* do n.º 5 deste mesmo artigo 161.º do Projeto de Revisão. Se bem entendo a finalidade prosseguida, o que está em causa é a densificação da ideia do aproveitamento do ato administrativo. Ou seja, permite-se que o efeito anulatório seja afastado pelo juiz quando o conteúdo do ato anulável não possa ser outro, desde que não haja interesse relevante na anulação dos efeitos já produzidos pelo ato – alínea *a)* –; ou – alínea *b)* – quando se comprove que a anulabilidade decorrente de vício formal ou procedimental não teve qualquer influência na decisão. Ora bem, a ideia do aproveitamento do ato administrativo é presentemente praticada. Essa ideia não se confunde com a

degradação das formalidades essenciais em não essenciais, pois nesta o que está em causa é uma preocupação de eficiência administrativa. Admito que possa haver vantagens na precisão das «teorias» jurisprudenciais do aproveitamento do ato administrativo ou da inoperância dos vícios, tendo em vista uma aplicação uniforme. Aliás, parece ser esse o objectivo prosseguido, de acordo com a Exposição de Motivos.

As minhas dúvidas respeitam à distinção que se faz entre as alíneas *a)* e *b)*.

Com efeito, tal distinção, ao nível do regime consagrado, desvaloriza objectivamente os vícios de forma e procedimentais, por comparação com outros vícios formais *lato sensu* (*v.g.*, vícios de incompetência ou conexos com a ilegitimidade do autor do ato) e, parece-me, pode contender com a garantia de tutela jurisdicional efetiva. Se é certo que em todos os casos em que “o conteúdo do ato anulável não possa ser outro”, a haver vício formal ou procedimental, o mesmo não influiu na decisão; não se compreende por que é que em função da natureza do vício, o regime deva ser diferente, especialmente no tocante ao requisito negativo (“não haver interesse relevante na anulação dos efeitos já produzidos pelo ato”). Tanto mais que a lei reconhece direitos procedimentais e a respetiva violação releva para efeitos de responsabilidade civil.

Por outro lado, o juiz só pode ter a certeza de que o “vício formal ou procedimental não teve qualquer influência na decisão” nos casos concretos (incluindo, portanto, as situações de «redução da discricionariedade a zero») em que o conteúdo do ato anulável praticado não pudesse ser outro. Assim, havendo uma qualquer margem de escolha, não pode excluir-se liminarmente, por exemplo, que as razões aduzidas pelos interessados possam influenciar o sentido da escolha a realizar pela Administração.

A meu ver, o âmbito de aplicação do aproveitamento judicial do ato anulável deve ser apenas o do ato ilegal a renovar obrigatoriamente: de conteúdo vinculado (ou em que a discricionariedade de escolha se encontre reduzida a zero) e relativamente ao qual a Administração não disponha de discricionariedade quanto ao *an* da sua prática. E, em situações dessas, todas as causas de invalidade – formais e materiais (a coação, o erro...) – devem ser preteridas pela necessidade legal de o ato subsistir com o conteúdo com que foi praticado, ressalvados os casos em que haja interesse relevante na anulação dos efeitos já produzidos. Tal ressalva impõe-se em razão da garantia da tutela jurisdicional efetiva.

A referida dimensão da obrigatoriedade da prática do ato anulável de conteúdo renovável não parece estar contemplada no Projeto. E a questão

não parece de somenos: tal como está regulado o aproveitamento na alínea *a)*, o poder de decidir sobre a subsistência de atos que não são legalmente devidos é deferido ao juiz em substituição da Administração. Com efeito, só nos casos em que a renovação seja obrigatória é que o afastamento do efeito anulatório não compromete a consecução da situação atual hipotética a que se refere o artigo 173.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Na falta de tal pressuposto, poder-se-á estar a atribuir ao juiz o poder de colocar obstáculos à definição da dita situação.

Em suma, a minha sugestão vai no sentido da eliminação da alínea *b)* e de restringir a aplicabilidade da alínea *a)* aos atos anuláveis que sejam legalmente devidos e cujo conteúdo não possa ser outro. É esta a alínea que densifica a ideia de aproveitamento do ato administrativo, tal como a mesma tem vindo a ser praticada pela jurisprudência, mas não se justifica desvalorizar o procedimento, nem a forma do ato, nos termos em que isso aparece preconizado na alínea *b)* do n.º 5 do artigo 161.º

#### **5. 6.** Por fim, só mais duas notas.

No tocante aos efeitos da anulação regulados no artigo 162.º do Projeto de Revisão, parece-me que se trata de consagrar para a anulação administrativa um regime paralelo àquele que existe e que está consagrado no Código de Processo nos Tribunais Administrativos para a execução de sentenças anulatórias, portanto para os efeitos ultraconstitutivos das sentenças anulatórias.

Quanto à consagração no artigo 163.º do Projeto da ratificação, reforma ou conversão dos atos anuláveis, penso que não há nada a dizer, e que o n.º 5, que salvaguarda a possibilidade de conservação dos efeitos lesivos produzidos *medio tempore*, não contende com a garantia da tutela jurisdicional efetiva. Aliás, e como referido, a consagração, nesta secção dedicada à invalidade, da ratificação, reforma ou conversão é um argumento adicional para também a anulação administrativa ser tratada nesta sede de invalidade, e não em paralelo com a revogação, porque, na realidade, se trata realidades distintas.

Muito obrigado.

# Notas sobre a revogação no projecto de revisão do CPA

TIAGO MACIEIRINHA\*

## 1. Introdução

O regime da revogação do acto administrativo actualmente em vigor caracteriza-se pela adopção de soluções rígidas em face da tensão entre os princípios jurídicos que irremediavelmente se enfrentam nesta matéria: prossecução do interesse público, tutela da confiança dos particulares e legalidade. Assim, em traços grossos:

a) **Os actos administrativos válidos constitutivos de direitos são sempre irrevogáveis** (art. 140.º); neste caso, independentemente de qualquer razão de interesse público grave ou de alteração das circunstâncias à luz das quais o acto foi praticado, prevalece sempre a garantia da posição jurídica do particular;

b) **Os actos administrativos inválidos, mesmo que constitutivos de direitos, são sempre revogáveis dentro do prazo da acção de anulação** (art. 141.º); neste caso, independentemente da confiança depositada pelo particular no acto administrativo, prevalece sempre o interesse da reintegração da ordem jurídica. Por sua vez, para lá do prazo da acção de anulação, prevalece sempre a posição jurídica do particular, mesmo que fundada em má fé.

---

\* Assistente da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

O desafio que se coloca ao legislador de revisão é, portanto, o de ensaiar uma composição mais harmoniosa dos interesses em jogo e **que evite os rigores das soluções de “tudo ou nada”**, as quais não assentam bem em terreno tão preenchido por princípios jurídicos em potencial colisão. Diga-se, aliás, que, por *imposição constitucional*, o legislador não pode escapar à obrigação de ponderar os vários princípios desavindos que se enfrentam em matéria de revogação dos actos administrativos. Quer dizer-se, o regime de revogação dos actos administrativos não está na total disponibilidade do legislador. Exigências ligadas à tutela da confiança dos particulares depositadas na actuação dos poderes públicos – *maxime* da Administração – não podem estar alheadas de uma composição de interesses constitucionalmente adequada em sede de revogação.

## 2. As principais novidades

Vejam, então, as principais novidades trazidas pelo projecto de revisão do CPA em matéria de revogação:

### 2.1. Distinção entre *revogação* e *anulação administrativa*

Em ruptura com a longa tradição existente no Direito Administrativo português, o Projecto consagra uma concepção dualista do fenómeno revogatório. Assim, onde antes havia apenas *revogação*, passam agora a existir *revogação* e *anulação administrativa*. Segundo o artigo 164.º do Projecto, a revogação “*é o acto administrativo que determina a cessação dos efeitos de outro acto, por razões de mérito, conveniência ou oportunidade*”, enquanto a anulação administrativa é “*o acto administrativo que determina a destruição dos efeitos de outro acto, com fundamento em invalidade*”.

Isto corresponderia, no essencial, à distinção doutrinal já existente entre nós entre **revogação abrogatória**, fundada em razões de mérito e com eficácia *ex nunc*, e **revogação anulatória**, fundada em razões de legalidade e com eficácia *ex tunc*. Todavia, de forma inovadora, o Projecto eleva agora estas figuras a duas categorias diferentes de actos administrativos. É justamente este passo que não se pode acompanhar. Na verdade, do ponto de vista da sua natureza jurídica, apesar de fundados em fins diferentes e de produzirem, tendencialmente, efeitos com alcance diverso, quer a *revogação*, quer a *anulação*, reconduzem-se à mesma categoria ou tipo de acto administrativo.

Em ambos os casos, trata-se sempre de praticar um acto administrativo destinado a fazer cessar os efeitos de um acto anterior, a qual pode ou não



implicar a extinção dos efeitos jurídicos já produzidos. Nesta medida, quando se diz agora (art. 164.º, n.º 2) que a anulação administrativa “*determina a destruição dos efeitos de outro ato*” por oposição à revogação que “*determina a cessação dos efeitos de outro ato*”, não se pode deixar de assinalar uma imprecisão. Também a anulação determina a cessação dos efeitos de outro acto administrativo, mesmo quando assume, como é a regra, eficácia retroactiva.

Por outro lado, é o próprio Projecto de revisão que admite que a revogação também pode *destruir* os efeitos jurídicos de outro acto (cf. art. 171.º, n.º 1, do Projecto), assim como que a dita anulação pode produzir apenas eficácia *ex nunc* (cf. art. 171.º, n.º 2, do Projecto). Temos, portanto, que – mesmo raciocinando nos quadros apresentados pelo Projecto – é o próprio *legislador de revisão* a admitir que a definição proposta não tem correspondência integral com o regime fixado.

## 2.2. Clarificação do sentido do conceito de acto constitutivo de direitos

No plano da arrumação sistemática, seria melhor que a densificação deste conceito não aparecesse no artigo referente à revogação (art. 168.º, n.º 3), uma vez que tem igualmente aplicação no âmbito da chamada anulação administrativa.

Quanto ao conteúdo, são de notar as seguintes inovações fundamentais:

a) desaparece a referência aos **interesses legalmente protegidos**. Adopta-se, agora, a referência, mais genérica, a “*quaisquer situações jurídicas de vantagem*”, a qual merece o meu aplauso, uma vez que seria difícil conceber um acto constitutivo de interesses legalmente protegidos;

b) clarifica-se, no sentido já amplamente defendido na doutrina, que o acto constitutivo de direitos é também aquele que confirma posições de vantagem (não as criando, portanto) e elimina ou limita a imposição de deveres, ónus, encargos ou sujeições.

Em bom rigor, o acto constitutivo de direitos corresponde ao conceito de **acto favorável** utilizado na Alemanha. Assim é, porque o acto constitutivo de direitos não é apenas aquele que *constitui* posições jurídicas de vantagem, mas também aquele que *confirma* ou *elimina* situações de desvantagem, e não é apenas relativo a direitos no sentido estrito, cabendo aqui todas as posições subjectivas de vantagem.

O projecto optou, no entanto, por manter a *nomenclatura* tradicional, por razões que só se compreendem se atendermos ao enraizamento que o conceito de acto constitutivo de direitos adquiriu na nossa tradição. Em síntese, talvez tivesse sido melhor substituir o conceito de acto constitutivo de direitos pelo de acto favorável, o que dispensava o esforço de justificação que se faz no n.º 3 do artigo 168.º Ganhar-se-ia em rigor e limpeza do texto.

### 2.3. No plano da agora chamada revogação:

#### 2.3.1. Admissibilidade da revogação fundada em alteração objectiva das circunstâncias

É de saudar a inclusão da cláusula *rebus sic stantibus* no domínio do acto administrativo, tal como sucede no plano do contrato. O projecto acrescenta à alteração das circunstâncias a superveniência de conhecimentos técnicos e científicos em face dos quais os actos administrativos favoráveis não poderiam ter sido praticados (166.º, n.º 2, alínea c). Da leitura do preceito, pode concluir-se, numa primeira análise, que:

a) A alteração das circunstâncias é *objectiva*. A inclusão desta referência justifica-se apenas para afastar a possibilidade de incluir neste preceito as modificações das avaliações da realidade de facto levadas a cabo pela Administração. Esta alínea não comporta, portanto, a revogação fundada em novas interpretações do interesse público;

b) Parece também ficar de fora a contemplação da alteração das **circunstâncias de Direito** –, embora se admita que a letra do preceito possa albergar esta possibilidade, não parece ter sido essa a intenção do legislador de revisão, uma vez que o sentido comum da expressão alteração das circunstâncias circunscreve-se apenas à alteração dos factos e não do Direito. Se quisesse dizer coisa diferente, pensa-se que o legislador teria adoptado outra expressão;

c) Acrescenta-se na parte final da alínea o inciso “*em face dos quais eles não poderiam ter sido praticados*”. Diga-se, desde já, que a formulação adoptada é ambígua, uma vez não ser claro se aquela referência se dirige apenas à *superveniência de conhecimentos técnicos ou científicos* ou também à *alteração das circunstâncias*. Admito, no

entanto, a benefício da coerência interna do preceito, que aquele inciso se refere a ambas as circunstâncias;

d) Por outro lado, também não é claro o que se pretende exactamente significar com aquele inciso final. Pensa-se que esta referência só pode ser interpretada no **sentido normativo**, ou seja, no sentido em que a tutela do interesse público não toleraria a prática do acto administrativo em face do conhecimento dos novos elementos de facto. Convoca-se, portanto, **um juízo hipotético**, na medida em que a dita *impossibilidade* há-de ser aferida **ao tempo da prática do acto** e não ao momento da alteração das circunstâncias.

Que apreciação fazer desta alteração?

Em primeiro lugar, esta solução causa alguma perplexidade, uma vez que – se compreendemos bem o seu sentido exacto – faz depender a revogação da impossibilidade da prática do acto administrativo, certificada, como já se disse, com recurso a um juízo hipotético. Ora, sendo assim, mesmo que a alteração das circunstâncias conduza a uma ameaça **do interesse público actual**, a solução gizada pelo legislador da reforma autoriza a manutenção do acto administrativo, desde que a Administração pudesse tê-lo praticado em face de novas circunstâncias de facto à luz do **interesse público antigo**.

Diferentemente, nos termos da Lei alemã do procedimento administrativo (§ 49, 2, Nr 3), a Administração pode revogar actos administrativos com fundamento em alteração das circunstâncias, desde que, em face das novas circunstâncias de facto, pudesse não ter praticado o acto administrativo. O ponto relevante é, portanto, o do interesse público actual e não o do interesse público antigo.

Por outro lado, ao contrário da lei alemã, o Projecto não refere a necessidade de a alteração das circunstâncias **conduzir a uma ameaça do interesse público**. Apesar desta ausência expressa, pensa-se que tem irremediavelmente de ser assim, uma vez que a revogação só pode fundar-se em razões de mérito. Ou seja, não basta ocorrer uma alteração da realidade de facto. É ainda necessário que essa alteração faça perigar um determinado interesse público concreto.

Estranha-se, ainda, a ausência de qualquer referência à qualificação dos factos idóneos a gerar uma alteração das circunstâncias. Seria, pelo menos, exigível a referência aos factos determinantes para a decisão de praticar o acto.

Mais, pensa-se que a possibilidade de revogação deve ser sempre posta em confronto com a tutela da confiança, por imperativo constitucional. Ou seja, pode suceder que a alteração das circunstâncias de facto não ponha em perigo um interesse público relevante ou de importância fundamental em face do interesse do beneficiário do acto. Numa lógica de proporcionalidade, a revogação deve ser a *ultima ratio*. Interpretada sem estas cautelas penso que esta alínea não resiste ao teste da constitucionalidade, uma vez que toma partido pela prevalência absoluta pela tutela do interesse público, não exigindo a sua confrontação com a tutela da confiança, a qual merece apenas uma tutela indemnizatória. Uma leitura conforme à Constituição deste preceito conduz inevitavelmente a que a Administração, apesar do silêncio da lei, não se possa furtar à realização desta ponderação.

Quanto à solução indemnizatória, diz-nos o n.º 4 do artigo 166.º do Projecto que os beneficiários de boa-fé do acto administrativo revogado com fundamento em alteração das circunstâncias são indemnizados nos termos do regime da **indemnização pelo sacrifício**, ou seja, remete-se para o regime previsto no artigo 16.º da Lei da Responsabilidade Civil do Estado. Depois, no n.º 5 do mesmo artigo 166.º, diz-se que “*quando a afectação do direito, pela sua gravidade ou intensidade, elimine ou restrinja o conteúdo essencial desse direito, o beneficiário de boa-fé do ato revogado terá direito a uma indemnização correspondente ao valor económico do direito eliminado ou da parte do direito que tiver sido restringida*”. Se bem se compreende a formulação adoptada, o legislador pretendeu contemplar esta hipótese para os casos dos actos revogatórios com conteúdo análogo à expropriação.

### 2.3.2. Admissibilidade de revogação fundada em reserva de revogação

Esta possibilidade – também há muito reclamada – aparece com duas limitações (art. 166.º, n.º 2, alínea *d*):

- a*) A precarização do acto tem de ser consentida pelo “*quadro normativo aplicável*”. Ou seja, nem todos os actos administrativos podem ser sujeitos a uma reserva de revogação. Considerações de tutela da confiança e de proporcionalidade não são prescindíveis. Julgo que isto já resulta do preceito relativo às **cláusulas acessórias**, pelo que aqui seria desnecessário (cf. art. 147.º do Projecto);

b) Tem de verificar-se o circunstancialismo específico previsto na cláusula, ou seja, a reserva não pode ser genérica.

## **2.4. No plano da agora chamada anulação administrativa:**

### **2.4.1. Desvalorização da ideia de sanção do acto administrativo**

Merece destaque, desde logo, a circunstância de passar a ser possível a revogação de actos administrativos ilegais mesmo após o decurso do prazo de impugnação judicial (cf. art. 167.º, n.º 1, do Projecto). Ainda assim, a anulação não é admissível a todo o tempo, fixando-se agora o prazo de “*um ano, contado desde a data do conhecimento pelo órgão competente da causa de invalidade, ou, nos casos de invalidade resultante de erro do agente, desde o momento da cessação do erro*”. Esta solução afigura-se correcta, uma vez que, não estando em causa a protecção da confiança dos particulares – esta hipótese não se aplica aos actos constitutivos de direitos cujos destinatários estejam de boa fé –, não subsistem razões para perpetuar na ordem jurídica actos administrativos que violam a lei. Penso mesmo que se pode (e deve) ir mais longe em relação aos actos administrativos desfavoráveis.

### **2.4.2. Alargamento dos prazos de anulação**

Salvo se o beneficiário estiver de má fé – circunstância em que se aplica o prazo previsto no n.º 1 do artigo 167.º –, os actos administrativos inválidos constitutivos de direitos são revogáveis no prazo de um ano, contado da data da prática do acto (art. 167.º, n.º 2, 1.ª parte). Até aqui, o Projecto não inovou em relação à solução actualmente em vigor. Diz-se, depois, que, para além daquele prazo, o acto pode ser revogado no âmbito de um procedimento de impugnação administrativa ou até ao encerramento da discussão em processo judicial intentado contra o acto. Enquanto o CPA ainda em vigor abria a possibilidade de prolongamento do prazo de revogação até à resposta da entidade recorrida, diz-se agora que este prazo se arrasta até ao encerramento da discussão. Estas soluções permitem acautelar, a meu ver, a tutela dos interesses de *terceiros* prejudicados com o acto administrativo inválido e que o tenham impugnado atempadamente. Por outro lado, a confiança depositada por um particular sobre um acto administrativo impugnado não pode ser a mesma do que sobre um acto que não foi impugnado.

Já em relação aos **actos constitutivos do direito à obtenção de prestações periódicas no âmbito de uma relação continuada**, diz-se agora

que podem ser anulados (com eficácia apenas para o futuro) para além do prazo previsto no n.º 1, ou seja, para além do prazo de um ano a contar do conhecimento da invalidade (art. 167.º, n.º 3). Embora admita que o prazo de anulação possa ser mais alargado, não creio que esta solução – tal como está proposta – seja justificável. A falta de previsão de qualquer limite do prazo de anulação pode conduzir a soluções *aberrantes*, incompatíveis com o princípio da tutela da confiança. Mais uma vez, a previsão da possibilidade de anulação deve ser posta em confronto com as exigências próprias do princípio da tutela da confiança.

O mesmo se diga do regime agora gizado para a revogação dos **actos constitutivos de direitos de conteúdo pecuniário**. Nos termos do artigo 167.º, n.º 4, do Projecto, estes actos podem ser anulados dentro do **prazo de cinco anos**, com obrigação de reposição das quantias indevidamente auferidas. Esta solução parece ser manifestamente excessiva, uma vez que se aplica igualmente aos beneficiários de boa fé. Ao prever uma solução com esta latitude, o legislador de revisão parece desvalorizar os actos constitutivos de direitos de conteúdo pecuniário e o seu significado para a formação dos planos de vida dos respectivos beneficiários. Ora, nada justifica, a meu ver, o estabelecimento de um desvio de quatro anos em relação ao prazo geral de anulação dos actos constitutivos de direitos. Semelhante desvio gerará um clima de incerteza insuportável sobre a situação jurídica dos beneficiários, sujeitos durante um período de cinco anos à descoberta de uma ilegalidade, a qual, não se ignore, é da exclusiva responsabilidade da Administração no caso de os beneficiários estarem de boa fé.

### 2.4.3. Indemnização por violação da confiança

Nos termos do art. 167.º, n.º 5, do Projecto, o beneficiário de acto administrativo ilegal tem direito a ser indemnizado, embora apenas pelos **danos anormais** que tenha sofrido e desde que desconhecesse sem culpa a invalidade do acto. Como parece óbvio, esta solução só é aplicável aos beneficiários de boa fé, pelo que esta referência deve ser acrescentada ao preceito. Nem se diga que o conceito de boa fé se esgota no desconhecimento sem culpa da invalidade do acto.

Apesar de reconhecer o avanço, discordo da solução proposta, que peca, mais uma vez, por ser demasiado inflexível, na medida em que, perante a tensão entre a tutela da legalidade e a tutela da confiança, o legislador opta sempre pela preservação da primeira, garantindo apenas uma tutela *secundária* aos beneficiários de boa fé. Segundo se pensa, teria sido mais prudente admitir

em certos casos, em função de considerações ligadas à tutela da confiança, a manutenção do acto administrativo ilegal (*Bestandsschutz*) ou, pelo menos, aceitar a sua anulação com eficácia apenas para o futuro. Todavia, enquanto aquela hipótese é liminarmente excluída, esta só é admitida para os casos em que o acto se tornou inimpugnável por via judicial (art. 171.º, n.º 2).

O legislador de revisão parte da assunção – a meu ver errada – de que a reintegração da ordem jurídica prevalece sempre sobre a tutela da confiança, o que parece decorrer de uma visão legalista do *princípio da juridicidade*. Apenas para dar um exemplo, pense-se no caso de actos administrativos favoráveis ilegais por motivos de forma ou de procedimento. Será sempre adequada a solução revogatória com eficácia *ex tunc*?

### 3. Apreciação final

É tempo de terminar. Ficaram por analisar outras novidades trazidas pelo Projecto de revisão do CPA, mas atendendo às limitações de tempo, optei por tratar as que considere mais relevantes.

Em jeito de apreciação final, penso que, embora se desfaçam alguns dos rigores das soluções do CPA ainda em vigor – nesse sentido, são de saudar a introdução do instituto da alteração das circunstâncias e, em alguma medida, de um mecanismo de tutela da confiança no caso da anulação de actos ilegais –, se poderia ter ido mais longe no sentido de harmonizar os princípios constitucionais em conflito. Neste sentido, são criticáveis as soluções que desvalorizam – à partida – as exigências decorrentes da tutela da confiança, seja no plano da revogação, seja no domínio da agora chamada anulação, reservando-lhe apenas uma tutela *indemnizatória* e, como se viu, de alcance limitado. Mas também no plano da protecção do interesse público, é criticável a ausência de uma cláusula de salvaguarda que autorize a revogação de actos administrativos, mesmo que constitutivos de direitos, em caso de ameaça grave para o interesse público fora dos casos de alteração das circunstâncias. Esta possibilidade – admitida no domínio do contrato – seria sempre uma *ultima ratio* do sistema e só seria admissível através do pagamento de justa indemnização aos beneficiários do acto. Concedo, todavia, que esta omissão pode ser suprida com recurso ao instituto do estado de necessidade.

Por outro lado, ficam por resolver ainda algumas questões a que o Projecto não deu resposta, como sejam: alteração das circunstâncias de Direito, revogação sancionatória e revogação de actos administrativos com duplo efeito ou com eficácia para terceiros.

A terminar, diga-se que as críticas que aqui fiz ao Projecto de revisão pretendem apenas expressar um contributo modesto para a melhoria da sua qualidade e em nada desvalorizam o enorme apreço intelectual que tenho pelos ilustres membros da Comissão de revisão.



# O regime da execução do ato administrativo no Projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo

FILIPA URBANO CALVÃO\*

Antes de iniciar a apreciação da parte do Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo que me foi atribuída, a execução do ato administrativo, permitam-me que reserve uma palavra para o projeto *em geral*, e que é de franco elogio. Independentemente de entender que, num ou noutro ponto, o texto pode ser melhorado, saúdo a nova sistematização e a intenção garantística dos direitos e interesses dos cidadãos presente na maior parte das alterações introduzidas.

No que especificamente diz respeito à execução do ato administrativo, esta vertente garantística faz-se sentir de modo particular. O que não poderia deixar de suceder, por aquela traduzir uma intervenção administrativa capaz de assumir contornos especialmente robustos na esfera dos cidadãos.

Em sete artigos – artigos 175.º-181.º –, poucos dos quais recuperam a redação dos artigos 149.º a 157.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), o projeto apresenta um conjunto de disposições *de um modo geral* claras e sobretudo “despidas” de confusões terminológicas associadas ao

---

\* Professora Auxiliar da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

conceito de executoriedade (que na atual versão do CPA ainda persistem)<sup>1</sup>. Sobretudo, revela uma nova perspetiva da execução do ato administrativo. Começemos, pois, por indicar as principais novidades que este projeto traz.

### **1. O princípio da legalidade e a tipicidade dos efeitos jurídicos suscetíveis de execução coerciva**

No n.º 1 do artigo 175.º define-se o objeto da secção V do capítulo II da Parte IV do projeto: «o regime comum aplicável aos procedimentos administrativos dirigidos à obtenção, através de meios coercivos, da satisfação de obrigações e do respeito por limitações decorrentes de atos administrativos». E esse regime comum está, como melhor procurarei explicar em seguida, essencialmente centrado nos princípios que regem a atividade executiva da Administração, abrangendo também uma norma específica sobre o procedimento de execução e ainda a previsão de garantias contenciosas dos executados<sup>2</sup>.

Com o CPA, ficou claro que a autotutela executiva de que a Administração Pública dispõe está subordinada ao princípio da legalidade<sup>3</sup>. Embora não indo tão longe como propugnava boa parte da doutrina, o artigo 149.º, n.º 2 do CPA, veio reconhecer o poder genérico de execução coerciva da Administração Pública, vinculando-a a observar os termos e formas de execução previstos no código ou em lei especial. É precisamente em relação à

---

<sup>1</sup> Para uma clarificação dos vários sentidos imputados à expressão, *vide* ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1977/78, Coimbra, 1978, pp. 191-219.

<sup>2</sup> A opção por esta contenção regulatória do procedimento comum de execução poderá estar na base da definição de procedimento administrativo contida no artigo 1.º do projeto, que deixa de fora os atos e formalidades destinados à execução dos atos administrativos. Com efeito, o novo conceito abrange os procedimentos organizatórios, consultivos e os decisórios, mas, se bem interpreto o disposto na alínea c) do n.º 1, não os de execução. Esta solução de excluir do conceito do procedimento administrativo, que serve de base à delimitação do objeto do próprio Código, o de execução só é compreensível se pensarmos que, precisamente, o CPA, nesta nova versão, não pretende regular as formas e procedimentos de execução. Ainda assim, na medida em que define os princípios e algumas regras gerais àqueles aplicáveis, julgo que se justificava a inclusão deste tipo de procedimento naquele artigo.

<sup>3</sup> Sobre o tema, v. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II (com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal), 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 518-521.

extensão do princípio da legalidade, ou a medida do espaço próprio de decisão da Administração Pública quanto à execução coerciva, que o projeto em análise se revela inovador. Aquela habilitação legal geral, que deixa espaço para regimes jurídicos especiais, desaparece agora.

Mas vejamos em pormenor como se encontra disciplinada no projeto a execução dos atos administrativos.

Ao consagrar o princípio da legalidade da execução administrativa, o n.º 1 do artigo 176.º do projeto determina que a Administração Pública só pode executar coercivamente as obrigações ou outras limitações impostas por ato administrativo nos casos, e segundo as formas e termos, expressamente previstos na lei. Ora, a novidade do regime revela-se na consagração do princípio da tipicidade dos efeitos jurídicos suscetíveis de execução coerciva – a execução administrativa coerciva só pode ocorrer quando exista norma específica a prevê-la. Este preceito não é, pois, suficiente para servir de habilitação legal para a execução coerciva, ao contrário do que sucede com o n.º 2 do artigo 149.º do CPA<sup>4</sup>.

Como primeira consequência, não se encontra no projeto a identificação dos atos administrativos suscetíveis de execução coerciva pela Administração e daqueles que o não são. Donde a necessidade ou conveniência de uma norma – como a do artigo 181.º do projeto – a esclarecer que, sempre que os atos administrativos não sejam suscetíveis de execução coerciva pela Administração, ela deve solicitar a execução ao tribunal administrativo competente.

A segunda consequência desta opção legislativa manifesta-se na circunstância de o projeto não regular as formas de execução, ao contrário do que sucede no atual texto do CPA (com exceção da norma respeitante à execução de obrigações pecuniárias, a qual, porém, é essencialmente uma norma de remissão para legislação especial, tal como já sucede atualmente com o

---

<sup>4</sup> Seguindo-se assim a posição defendida por boa parte da doutrina portuguesa, de que me permito destacar ROGÉRIO SOARES, *op. cit., ibidem*; J. M. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, p. 337-343; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do ato administrativo perdido*, Coimbra, 1996, pp. 646 e ss.; CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra, pp. 91 e ss.; e mais recentemente, MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, tomo III – *Actividade Administrativa*, Lisboa, 2009, p. 233. Em sentido diferente, v., entre outros, FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, pp. 519-520. Sobre o tema, mais recentemente, v. DIOGO FREITAS DO AMARAL (coordenador e co-autor), *O poder de execução coerciva das decisões administrativas nos sistemas de tipo francês e inglês e em Portugal*, Coimbra, 2011, e RUI GUERRA DA FONSECA, *O fundamento da autotutela executiva da Administração Pública*, Coimbra, 2012.

artigo 155.º do CPA). E bem. Pois, se não há uma regra geral de execução coerciva, o projeto não tem de definir um verdadeiro regime geral de procedimento de execução, onde se indiquem as formas admissíveis de execução coerciva.

Todavia, esta nova configuração do regime da execução dos atos administrativos não é tão radical quanto à primeira vista poderia parecer. Seja porque, em termos práticos, o seu impacto fica reduzido pela existência, em certas áreas de atuação administrativa, de legislação específica habilitante da execução coerciva – como sucede com a atividade de polícia<sup>5</sup> –, seja porque o projeto prevê, no artigo 176.º, n.º 2, uma importante exceção à tipicidade do poder de execução coerciva: *as situações de extrema urgência*.

Na verdade, o projeto apresenta aqui uma “válvula de escape”, permitindo que a Administração Pública proceda à execução coerciva de obrigações se entender estar perante uma situação de extrema urgência, sem para o efeito depender de autorização legal específica. Por esta via, abre-se um espaço considerável de intervenção administrativa discricionária, na medida em que o conceito impreciso “situações de extrema urgência” comete à Administração o poder de decisão concreta de atuação.

É claro que este é um pressuposto aparentemente novo no nosso ordenamento jurídico, não coincidente com o estado de necessidade administrativo. E cujo preenchimento vai suscitar dúvidas várias. De todo o modo, num Estado de Direito como o nosso, essa decisão tem de estar fundamentada.

Além disso, o poder administrativo encontra-se delimitado, já que aquelas situações têm de se referir à execução de «obrigações impostas em estrita aplicação de determinações contidas em comandos normativos». A exigência de que a imposição dos deveres tenha base em lei ou regulamento administrativo é, apesar de tudo, uma limitação importante deste poder, assim restringido, se bem vejo as coisas, à execução de atos administrativos vinculados. Faço, todavia, notar que o facto de a imposição da obrigação poder assentar em previsão meramente regulamentar aconselha algumas cautelas, em face da possibilidade de as obrigações impostas pela Administração afectarem, em maior ou menor medida, direitos, liberdades e garantias dos executados.

O que o preceito parece afastar, ao referir-se a obrigações impostas *em estrita aplicação* de normas, é a hipótese de uma decisão administrativa

---

<sup>5</sup> Em relação às medidas de polícia de coação direta, o n.º 2 do artigo 175.º ressalva que a ela não se aplicam as regras constantes do CPA, remetendo para legislação especial.

impositiva tomada em estado de necessidade ser também executada coercivamente com fundamento na situação de extrema urgência. Conclusão que parece reforçada pelo cuidado revelado na adoção de uma expressão não coincidente com o conceito “estado de necessidade”.

## **2. A decisão de proceder à execução e o título executivo**

O projeto não esgota as suas novidades nos elementos descritos no ponto anterior. Dá ainda um especial destaque à *decisão de proceder à execução*. Embora esta já fosse referida no artigo 152.º do CPA, o artigo 177.º, n.º 2, do projeto vem agora tornar claro ter toda a execução administrativa de ser antecedida de uma decisão autónoma de proceder à execução (salvo estado de necessidade), para além do próprio ato administrativo exequendo. Será portanto nela que se apresenta a fundamentação da execução, bem como o conteúdo e termos da mesma<sup>6</sup>.

A autonomia da decisão de proceder à execução em relação ao administrativo exequendo vem reforçada pelo facto de a notificação destes dois atos ter de ocorrer em momentos distintos. Termina, pois, a possibilidade do “dois em um” que o n.º 2 do artigo 152.º do CPA admite ainda, destacando-se, assim, a intenção de fortalecimento da posição do executado perante a Administração, em prejuízo da eficiência administrativa. Pretende-se que o interessado seja notificado, primeiro, do dever de agir ou não agir (e de um prazo para cumprir voluntariamente o dever) e, num segundo momento, da decisão de execução da obrigação, com especificação do prazo razoável para o seu cumprimento, sob pena de execução coerciva. Apenas no caso de se verificar estado de necessidade numa atuação administrativa imediata, ficará Administração dispensada da decisão de proceder à execução e da respetiva notificação, como decorre do n.º 2 do artigo 177.º do projeto.

Uma das novidades do projeto passa pelo reconhecimento da força de título executivo a este ato administrativo que contém a decisão de proceder à execução. E, com isto, a negação de tal qualidade ao ato administrativo exequendo. Ora, este é um aspeto que me suscita dúvidas.

---

<sup>6</sup> A este propósito, sugeriria que o disposto no n.º 1 do artigo 177.º fosse deslocado para o artigo 176.º, por me parecer que a exigência de que a execução seja precedida do correspondente ato administrativo é ainda manifestação do princípio da legalidade. E, deste modo, o artigo 177.º fica limitado ao seu objeto próprio: a decisão de proceder à execução.

Por um lado, não posso deixar de manifestar alguma estranheza em ver negado ao ato administrativo impositivo (e eficaz) aquela que era uma sua característica típica, a da executividade – pois, se ela significa a suscetibilidade de execução, natural seria residir o título executivo naquele que define os efeitos jurídicos a executar<sup>7</sup>. O paralelismo entre o ato administrativo e a sentença judicial, tão útil na teorização do ato administrativo, vai assim esfumando-se cada vez mais. E o ato administrativo exequendo fica, nesta medida, remetido a um mero pressuposto da decisão de proceder à execução.

Por outro lado, esta solução não é homogênea, isto é, não vale para todos os atos administrativos impositivos. Com efeito, tal característica apenas vem reconhecida aos atos exequendos suscetíveis de execução coerciva pela Administração. Porque, quanto aos restantes, o artigo 181.º parece manter como título executivo o ato exequendo. Trata-se, pois, de uma incongruência, ou pelo menos de uma diferença de regime, para a qual não alcanço justificação.

A que acresce a circunstância de, nos procedimentos de execução de obrigações pecuniárias, a executividade estar atribuída a um outro ato jurídico: a certidão emitida pelo órgão administrativo competente e remetida por este à Administração tributária. A falta de uniformidade da natureza de título executivo nos diferentes procedimentos administrativos de execução é aspeto que merece, na minha perspetiva, reapreciação.

### **3. Os procedimentos administrativos de execução sujeitos a regulação específica**

Como resulta do que afirmei atrás, o projeto exceciona do regime comum, ou de algumas normas do regime comum, determinados procedimentos administrativos de execução.

O primeiro diz respeito à execução de medidas policiais de coação direta – sujeito a legislação própria, como determina o n.º 2 do artigo 175.º. O segundo, previsto no n.º 2 do artigo 176.º, prende-se com as situações de extrema urgência, pressuposto a que já aludi. O terceiro resulta da ressalva contida no início do n.º 2 do artigo 177.º: o estado de necessidade, que justifica não só a decisão e atuação executiva, como também a compressão ou dispensa de um procedimento de execução a iniciar-se com a decisão de proceder à execução e respetiva notificação. Finalmente, o quarto diz respeito

---

<sup>7</sup> Sobre o conceito de executividade, v. ROGÉRIO SOARES, *op. cit.*, p. 199, e FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pp. 319-320.

às obrigações pecuniárias, especificamente excepcionado no n.º 3 do artigo 176.º do projeto.

Detenho-me um pouco mais neste último procedimento, para chamar a atenção para dois ou três aspetos, que, em meu entender, merecem afinamento.

Começo pela referência à execução de obrigações pecuniárias no artigo 176.º. O n.º 3 do artigo 176.º determina que «a execução coerciva de obrigações pecuniárias é sempre possível, nos termos do artigo 179.º». Esta disposição quererá significar que os princípios e regras por que se pauta a execução coerciva de obrigações pecuniárias são específicos e encontram-se definidos no artigo 179.º. Mas a verdade é que esta previsão legal enquadra-se num artigo cuja epígrafe é «Legalidade da execução» e, portanto, parece apresentar-se como exceção ao princípio da legalidade da execução coerciva da Administração Pública, tal como ele está consagrado no n.º 1 do mesmo artigo (nos termos do qual as obrigações e limitações decorrentes de atos administrativos «só podem ser impostos coercivamente pela Administração nos casos e segundo as formas e termos expressamente previstos na lei»). Quando, realmente, o artigo 179.º do projeto remete a regulação deste tipo de execução para legislação especial, com o que também aqui a execução coerciva das obrigações só pode ocorrer nos casos e termos previsto na lei. Outra perspetiva, de que o n.º 3 é exceção ao disposto no n.º 1, pelo facto de o artigo 179.º aparentemente regular uma forma de execução, afigura-se ilusória: ao ter mantido parte da redação do artigo 155.º do CPA, o artigo 179.º contém, além da norma de remissão, uma mera indicação de tramitação procedimental inicial. Não mais do que isso.

Em relação ao disposto no artigo 179.º, aproveito para recordar que o ato impositivo de obrigações pecuniárias, nos termos do atual CPA – que remete para a lei processual tributária –, é um ato insuscetível de execução coerciva pela Administração. O projeto mantém, à primeira vista, a mesma conceção. Simplesmente, em virtude de alteração legislativa ocorrida há cerca de três anos, a execução coerciva de obrigações tributárias faz-se agora sem a intervenção decisória de um juiz. Nessa medida, a mera remissão, contida no n.º 1 do artigo 179.º, para o processo de execução fiscal tal como regulado na legislação do processo tributário, acaba por não retratar com rigor a realidade com que se deparam os executados.

Uma última crítica quanto à redação do artigo 179.º do projeto. Embora nesta parte o projeto se limite a reproduzir a redação do n.º 1 do artigo 155.º do CPA, é para mim incompreensível a que ato jurídico se refere a norma quando menciona a ordem da pessoa coletiva. Passo a explicar a minha

dúvida. O texto do n.º 1 do artigo 179.º estatui que «[q]uando, por força de um ato administrativo, devam ser pagas prestações pecuniárias a uma pessoa coletiva, ou por ordem desta, segue-se [...]». Ora, se bem leio a norma, as obrigações pecuniárias que hajam de ser cumpridas perante uma pessoa coletiva são constituídas por força de um ato administrativo. A possibilidade, em alternativa, de tais obrigações serem constituídas por ordem da pessoa coletiva mostrase redundante, pois que a ordem é ainda um ato administrativo (com efeitos externos, porque dirigida a uma pessoa jurídica diferente). Não conseguindo atinar com o significado desta referência, aproveito a oportunidade para sugerir a sua eliminação ou, pelo menos, a sua correção para que um normal declaratório seja capaz de apreender o seu significado.

#### 4. Considerações finais

A terminar, importa destacar que o projeto prevê no artigo 180.º o conjunto de *garantias contenciosas* que o executado tem ao seu dispor. Este é um preceito de grande utilidade para os particulares. Aqui se enunciam os meios processuais adequados à tutela dos interesses daqueles que são afetados por medidas de execução coativa ou temem vir a sê-lo. E destaca-se a ação de impugnação não apenas do ato administrativo exequendo, como também de outros atos administrativos adotados no procedimento de execução, como seja a decisão de proceder à execução, por vícios de legalidade próprios, *i.e.*, não reconduzíveis à ilegalidade do ato exequendo. Indica-se ainda a possibilidade de lançar mão da ação administrativa comum para prevenir operações materiais de execução lesivas ou para eliminar as alterações de facto por elas entretanto provocadas. Neste ponto, enunciam-se mesmo as circunstâncias em que uma operação material de execução pode ser tida por ilegal e, portanto, suscetíveis de fundamentar a propositura da ação. A que acresce, em ambos os tipos de ação, a indicação das providências cautelares adequadas.

No mais, o projeto não introduz alterações significativas. Mantém-se a subordinação do procedimento de execução ao princípio da proporcionalidade e a específica limitação da coação direta pelo respeito pelos direitos fundamentais e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, agora reunidos no artigo 178.º

Resta-nos, pois, esperar para verificar em concreto qual o verdadeiro impacto da principal inovação nesta matéria, a dependência de uma previsão legal específica para a execução coerciva pela Administração.



# Os procedimentos administrativos de controle

LUÍS SOUSA DA FÁBRICA\*

1. Apesar das severas, mas inevitáveis, limitações temporais ao discurso sobre o tema proposto, não é possível resistir a alguns brevíssimos alinhavos relativamente ao processo de revisão do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e aos seus resultados.

Sinal destes tempos em que o inglês vai substituindo o latim nos discursos jurídicos, começamos por invocar a advertência originariamente feita, ao que parece, por um velho fazendeiro americano: *“If it ain’t broken, don’t fix it”*.

O aviso deve ser escutado com especial atenção naqueles países, como o nosso, em que persiste uma fé inabalável na reforma da sociedade através da reforma das leis. Da mesma forma como um feiticeiro vodu crê que espetando agulhas num boneco causa efeitos num ser humano, continuamos a acreditar – contra todas as evidências – que mudando as leis, mudamos a realidade, e melhorando as leis, melhoramos a realidade.

No caso do CPA, quais as partes que não funcionam e precisam de ser reparadas? E quais as modificações de regime que podem produzir, com probabilidade aceitável, melhorias efectivas no funcionamento da Administração e no seu relacionamento com os particulares?

---

\* Professor Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

O projecto de revisão modifica a sistematização do Código, modifica a numeração dos preceitos e modifica o conteúdo de quase todas as normas. Mas há assim tanta coisa no CPA que já não funcione e necessite correcção? E é plausível sustentar relativamente às numerosíssimas alterações propostas que se vão traduzir todas elas em reais melhoramentos para a actividade administrativa e para os direitos e interesses dos particulares?

Aqui, como em tantas outras situações, torna-se evidente a pouca atenção que damos aos estudos de impacte legislativo. Qualquer académico tem decerto o seu *cahier de doléances* pessoal contra o CPA, composto por um elenco maior ou menor de críticas e propostas de alteração. Mas o que de facto interessa em sede de procedimento legiferante é saber o que na lei funciona e o que não funciona, assim como aquilo que pode vir a funcionar melhor por efeito de uma modificação legislativa. Ora, a resposta a estas questões – que são as decisivas – depende menos da evolução das concepções doutrinárias, em Portugal ou na Alemanha, e mais do acervo de experiências aplicativas que a jurisprudência, a Administração, os advogados, recolheram ao longo de mais de duas décadas de vigência do CPA.

É que a decisão do poder político não foi a de fazer um código novo, mas a de rever o código existente. Tivesse a decisão sido a de fazer um código novo e pareceria justificado utilizar as páginas em branco para redigir a melhor lei possível, recorrendo ao instrumentário técnico-jurídico mais actualizado, combinando soluções testadas com o risco de algumas inovações, arrumando os preceitos de acordo com os novos objectivos e os novos princípios orientadores. Mas a decisão não foi essa – e não tendo sido essa, dir-se-ia que este projecto de revisão, de excelente qualidade técnica, enferma de um equívoco de base.

O equívoco, como diria o velho agricultor, de ter reparado tudo quanto podia ser reparado, em vez de ter reparado só o que estava avariado.

**2.** Entrando agora no tema específico dos procedimentos administrativos de controle, cumpre anunciar que a exposição subsequente se irá restringir, por força dos condicionalismos de tempo, a algumas questões nucleares suscitadas pelo regime das reclamações e recursos decorrentes da actividade da Administração a que corresponde a forma do acto administrativo. Situar-nos-emos, pois, no contexto dos chamados procedimentos administrativos de segundo grau, promovidos pelos particulares.

**3.** Na matéria das reclamações e recursos de actos administrativos, destacamos duas ordens de críticas a que o CPA tem sido sujeito.

A primeira, de natureza formal ou sistemática, refere-se à adopção de um critério questionável na separação entre as disposições comuns e as disposições específicas de cada um dos meios, tendo como resultado um número escasso de normas de aplicação genérica, em contraste com um número artificialmente elevado de normas próprias de cada meio, obrigando o intérprete a um esforço aplicativo redobrado para estender a sua aplicação aos restantes.

Já as críticas de natureza material dirigem-se sobretudo à limitação do CPA a meios de reacção com estrutura impugnatória, dirigidos à eliminação (ou eventualmente modificação) de actos administrativos com fundamento na sua ilegalidade ou na sua inoportunidade ou inconveniência. Tal carácter impugnatório dos meios graciosos adequava-se ao contencioso tradicional, também ele construído em torno de providências eliminatórias – obtidas pela via do recurso contencioso de anulação –, mas as suas insuficiências tinham-se tornado notórias em face das novas exigências constitucionais e legais, especialmente após a reforma do contencioso e a publicação do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

Adiante-se já que não parece que o projeto responda de forma satisfatória, ou plenamente satisfatória, às duas ordens de críticas – sendo obviamente mais importantes os reparos quando às questões de regime.

**4.** Ao arrepio da sua tendência geral, o projecto prevê para a matéria das reclamações e recursos um número de artigos inferior ao que actualmente se encontra no CPA. Porém, a redução de vinte para dezasseis artigos (ou dezassete, se incluirmos o artigo relativo à impugnação de regulamentos) parece compensada pelo aumento da sua extensão média.

Também não se verificam modificações relevantes no referente à colocação sistemática da regulamentação.

Note-se a este propósito que a sistematização do CPA segue, no essencial, o esquema da relação jurídica: i) Sujeitos; ii) Objecto (o procedimento); iii) Facto (regulamento e acto administrativo); iv) e Garantia. Compreensivelmente, as reclamações e recursos aparecem reguladas a seguir ao facto jurídico a que dizem respeito, ou seja, ao acto administrativo. As reclamações e os recursos encontram-se, por isso, regulados na secção final do capítulo II da Parte IV, dedicado aos actos administrativos, acolhendo as garantias dos particulares perante os actos administrativos praticados no procedimento regulado na Parte III. Já a singeleza do actual regime dos regulamentos explica que não se prevejam no CPA as correspondentes garantias dos particulares.

Parte das normas relativas à impugnação dos actos administrativos agrupam-se numa curta subsecção introdutória, formada por apenas três artigos de aplicação genérica: i) sobre o princípio geral de impugnabilidade de actos administrativos; ii) sobre os fundamentos da impugnação; iii) sobre a legitimidade para impugnar. A esta subsecção seguem-se outras três, formadas pelos preceitos próprios dos diversos meios impugnatórios: i) reclamação; ii) recurso hierárquico; iii) recurso hierárquico impróprio e recurso tutelar.

5. O projecto continua a enquadrar as reclamações e os recursos na secção final do capítulo dedicado ao acto administrativo. Verifica-se, porém, uma ampliação significativa das disposições de aplicação genérica e uma diminuição, *grosso modo* correspondente, das disposições específicas.

Assim, aos artigos referentes ao princípio geral de impugnabilidade, aos fundamentos e à legitimidade, o projecto adiciona, enquanto disposições comuns a todas as reclamações e recursos, artigos com o conteúdo seguinte: i) natureza necessária ou facultativa do meio; ii) prazo de impugnação; iii) início de contagem do prazo de impugnação; v) efeitos da impugnação sobre a eficácia dos actos impugnados; e vii) efeitos da impugnação sobre os prazos relativos a formas subsequentes de reacção.

Outra inovação no plano sistemático é a deslocação do regime dos efeitos preclusivos da aceitação do acto administrativo sobre o direito de impugnação, que passa do artigo sobre a legitimidade para iniciar ou participar no procedimento (actual art. 53.º, n.º 4) para uma localização apesar de tudo mais adequada, em sede de legitimidade para reclamar ou recorrer (embora seja questionável que se trate de uma questão de legitimidade).

6. Em geral, as modificações propostas revelam-se acertadas e correspondem a uma efectiva melhoria técnica do articulado – que elas justifiquem por si uma alteração da sistematização já é questão que só pode ser respondida no contexto mais amplo da apreciação da estratégia global do projecto.

Em todo o caso, talvez o projecto devesse ter ido mais longe e ser mais consequente na reordenação das disposições entre a parte genérica e a parte específica de cada meio. Por exemplo, os motivos de rejeição (actual art. 173.º) continuam a ser previstos na subsecção específica do recurso hierárquico, apesar de o seu alcance se estender a todos os restantes meios. O mesmo se diga, de algum modo, dos poderes do órgão que decide o recurso (actual art. 174.º). Não se compreende, pois, porque não passaram também para a sede das disposições genéricas, com as inerentes vantagens teóricas e aplicativas.

Por contraste, ter-se-á porventura ido longe de mais na passagem de algumas matérias das subsecções específicas para as disposições genéricas. Parece discutível, com efeito, a opção de inserir nas disposições genéricas um artigo prevendo os diversos prazos previstos para as reclamações e os recursos. Se cada meio tem o seu prazo ou os seus prazos, então tais prazos ficariam melhor na correspondente subsecção e não em sede de disposições genéricas.

7. Passando agora à matéria substantiva, devem sublinhar-se os relevantes elementos de continuidade entre as soluções hoje em vigor e o texto do projecto.

Sem preocupações de exaustividade, pode destacar-se a subsistência dos seguintes elementos:

- a) Manutenção do elenco dos meios tradicionais de reacção em sede administrativa – desaparecendo, porém, a designação de “recurso hierárquico impróprio”, dissolvida no conceito mais amplo de “recursos especiais”;
- b) Manutenção da dicotomia clássica entre meios necessários e meios facultativos;
- c) Manutenção da dicotomia entre fundamentos de legalidade e fundamentos de mérito;
- d) Manutenção, no essencial, dos casos de legitimidade;
- e) Manutenção do regime dos efeitos da interposição dos diversos meios sobre a eficácia dos actos impugnados;
- f) Manutenção do regime dos efeitos da interposição dos diversos meios sobre os prazos de interposição dos subsequentes meios de contestação, gratuitos ou contenciosos;
- g) Manutenção dos amplos poderes decisórios do superior hierárquico, balizados apenas pelas suas competências materiais;
- h) Manutenção dos prazos de interposição e de decisão;

i) Manutenção como figura de aplicação geral do recurso do delegado (ou subdelegado) para o delegante (ou subdelegante);

j) Manutenção da restrição dos recursos hierárquicos impróprios e recursos tutelares (recursos administrativos especiais, segundo o projecto) aos casos expressamente previstos na lei.

**8.** Igualmente numerosas são, todavia, as soluções com maior ou menor grau de inovação, designadamente as seguintes:

a) Alargamento do objecto das reclamações e recursos às omissões de actos administrativos;

b) Consequente alteração drástica da estrutura e natureza desses meios, que passam de estritamente impugnatórios a petitórios, ou também petitórios;

c) Excepcionalidade da imposição do ónus de prévia utilização dos meios de reacção da fase administrativa, incluindo os previstos em normas especiais anteriores ao projecto;

d) Previsão, para os casos de reclamações e recursos regulados em lei especial, de um regime contendo soluções unitárias em matéria de necessidade ou facultatividade da utilização, assim como dos respectivos prazos e efeitos;

e) Obrigatoriedade, e não facultatividade, da apresentação do recurso hierárquico ao autor do acto;

f) Consagração expressa do alargamento às reclamações e recursos do regime geral da apresentação do requerimento a órgão incompetente;

g) Consagração expressa da *reformatio in pejus* na decisão do recurso pelo superior hierárquico (mas não pelo autor);

h) Afastamento das decisões fictas de indeferimento resultantes da falta de decisão expressa no prazo fixado;

- i) Consagração da identidade entre o acto administrativo impugnado em sede graciosa e em sede contenciosa, no sentido de que o objecto da impugnação contenciosa não é o acto de indeferimento do recurso, mas o acto impugnado nesse mesmo recurso;
- j) Consagração expressa da impugnabilidade de regulamentos em sede graciosa (assim como do respectivo regime, ainda que de forma fragmentária).

9. Algumas destas inovações assumem uma relevância considerável e justificam sobejamente uma reflexão atenta, que todavia só aqui pode ser feita em termos demasiado perfunctórios.

Norma fundamental desta parte do projecto é a do n.º 1 do art. 182.º, que tem por epígrafe “Princípio geral”:

“Os interessados têm o direito de solicitar a revogação, a anulação ou a modificação de atos administrativos, assim como de reagir contra a omissão ilegal de atos administrativos, em incumprimento do dever de decisão.”

Salta à vista o abandono da estrutura impugnatória da reclamação e do recurso, por força da admissibilidade de espécies com conteúdo petitório. O objecto da reclamação ou do recurso não é necessariamente um acto administrativo e o pedido formulado não vai necessariamente dirigido à eliminação (ou modificação) desse acto. A “pré-história” (para utilizar a expressão de Weyreuther) de uma reclamação ou de um recurso tanto pode ser constituída pela prática de um acto administrativo, como pela sua omissão indevida; e um e outro dos meios de reacção passam a poder veicular não apenas pedidos de eliminação de actos administrativos, mas também pedidos dirigidos à sua prática, que se entende ter sido ilegalmente omitida pela Administração.

Concretamente, existem no projecto reclamações ou recursos com conteúdo defensivo e negativo e existem reclamações ou recursos com conteúdo pretensivo e positivo; existem reclamações ou recursos em que o particular se dirige à Administração para obter a eliminação de um acto que foi praticado e existem reclamações ou recursos em que o particular se dirige à Administração para obter a prática de um acto ilegalmente omitido.

Depois desta drástica alteração, justifica-se concluir que a reclamação e o recurso perderam o seu carácter unitário e a sua identidade impugnatória, passando a definir-se ambiguamente como meios destinados a reagir contra actos ou omissões da Administração, dentro da própria Administração. Essa reacção desagrega-se depois em diversas configurações, em razão da diversidade, ou mesmo oposição, de objectos e de pedidos.

Não parece, todavia, que o modelo seguido pelo projecto seja o da “oposição” (*Widerspruch*) da lei alemã do processo administrativo, porque o objecto dessa “oposição” em sede graciosa são apenas actos administrativos, incluindo actos de indeferimento. Ao invés do que sucede no projecto nacional, não há “oposição” no caso de comportamentos omissivos da Administração.

**10.** À primeira vista, dir-se-ia que o projecto visa estabelecer uma articulação harmónica entre a estrutura das formas de reacção em sede graciosa e em sede contenciosa. Do mesmo modo como no caso da prática de actos administrativos os meios graciosos e os meios contenciosos têm idêntica estrutura impugnatória, também no caso das omissões a estrutura será petítória quer em sede administrativa, quer depois em sede contenciosa. Por outras palavras, quando as reclamações ou recursos constituam reacções contra omissões ilegais, antecedem a utilização em juízo de meios contenciosos condenatórios.

Veremos, todavia, que esta articulação harmónica não existe de facto.

**11.** Antes disso, uma breve referência ao carácter não linear do conteúdo da norma transcrita. Quer dizer: na 1.<sup>a</sup> parte, estabelece-se que perante um acto administrativo os interessados podem pedir a sua revogação, anulação ou modificação; na 2.<sup>a</sup> parte, em vez de se dizer que perante uma omissão do acto devido os interessados podem pedir a sua prática, lê-se apenas que os interessados podem “reagir” contra essa omissão – omitindo estranhamente qualquer referência ao conteúdo ou à forma dessa reacção.

**12.** Mais perturbadoras são, porém, as dúvidas quanto ao enquadramento atribuído aos actos de indeferimento. Perante actos deste tipo, os particulares devem pedir ao órgão *ad quem* a sua eliminação (ou modificação), ou também a sua eliminação? Ou devem pedir apenas a prática do acto devido?

Uma e outra das respostas encaminham forçosamente o intérprete para soluções incongruentes sob o ponto de vista sistemático.

De facto, se aos actos de indeferimento corresponderem meios graciosos impugnatórios, ou seja, se os interessados deverem pedir a eliminação desses actos, verifica-se uma incongruência entre a estrutura dos meios utilizados em sede graciosa e dos meios utilizados em sede contenciosa. Em sede graciosa, o interessado pede, tal como no passado, a eliminação do acto de indeferimento; depois, em sede contenciosa (se a reclamação ou o recurso não tiverem sucesso), pede a condenação à prática do acto. O mesmo conflito material em torno de uma pretensão positiva do interessado é configurado



em termos impugnatórios no CPA e em termos petitórios no CPTA. Incongruência, pois, entre o CPA e o CPTA.

É verdade que um dos pedidos admitidos no CPA, também para os casos de impugnação de actos administrativos, é a modificação do acto, e não a sua eliminação. Porém, o acto de deferimento a que o interessado aspira não pode ser visto como uma simples modificação do acto de indeferimento. Sob pena de esbatimento dos elementos identificadores de um acto administrativo, torna-se forçoso reconhecer que o acto de deferimento não é um acto de indeferimento modificado: é, sim, um acto novo e diferente, é um acto primário, e não um acto secundário.

Quanto à solução oposta, de fazer corresponder aos actos de indeferimento meios petitórios, pode invocar em seu favor não apenas a adequação à lógica do CPTA, mas ainda o poder, que continua a ser atribuído ao superior hierárquico, de substituir o acto impugnado por outro (art. 195.º do projecto, correspondente ao actual art. 174.º). Ou seja, perante um acto de indeferimento, o órgão *ad quem* pode substituir a recusa pelo acto devido.

Mas ainda aqui as incongruências persistem, agora já não entre o CPA e o CPTA, mas dentro do próprio CPA, tal como redesenhado no projecto.

Por um lado, tal solução seria incongruente com a norma estruturante do art. 182.º do projecto, atrás transcrita, que estabelece uma correspondência entre actos administrativos e meios impugnatórios, dirigidos à eliminação ou modificação dos actos, e entre omissões e meios petitórios, dirigidos à prática do acto omitido. Teríamos, pois, com os actos de indeferimento, situações em que, apesar de existirem actos administrativos e não omissões, se utilizam meios petitórios. Por outro lado, verificar-se-ia também uma incongruência entre o conteúdo do pedido dos interessados e o conteúdo das decisões dos órgãos *ad quem*. Incongruência, por outras palavras, entre os pedidos admitidos no caso de existirem actos administrativos – eliminação ou modificação do acto – e as correspondentes decisões – substituição do acto de indeferimento pelo acto devido. Perante a contestação (procedente) a um acto de indeferimento, o órgão *ad quem* deveria adoptar uma decisão que o interessado não podia pedir...

Todas estas perplexidades decorrem, parece, de o projecto se restringir à dicotomia entre actos administrativos e omissões, esquecendo que há uma categoria de actos administrativos, os actos de indeferimento, que reclama um tratamento específico.

**13.** Como resulta do já exposto, caso se interprete o sistema de meios de reacção ao dispor do particular no sentido de que correspondem aos actos de

indeferimento pedidos de conteúdo eliminatório – ainda que eventualmente combinados com outros, de conteúdo petitório –, torna-se forçoso concluir que o projecto não se articula coerentemente com o CPTA, pois este exclui a existência de pedidos e de providências eliminatórias perante actos de indeferimento (especialmente claro o teor do n.º 2 do art. 66.º).

A ser assim, as dificuldades de articulação entre o procedimento e o processo que dantes eram atribuídas às modificações introduzidas na lei processual, passariam com o projecto a ser atribuídas à vontade consciente do legislador.

Ora, uma explicação plausível para a intencionalidade desta aparente desarticulação é que o CPTA vai também ser alterado, pela mesma comissão. E alterado num sentido que traduz uma adequação retrospectiva ao novo texto do CPA, ou seja, de retorno a soluções mais próximas dos modelos impugnatórios.

Iremos assistir então, porventura, à inclusão de um momento eliminatório na sentença de condenação à prática de acto devido, tendo por objecto o acto de indeferimento. Ou até, mais amplamente, a uma reformulação desta acção no sentido do recurso de plena jurisdição francês ou de uma separação do tratamento processual das omissões e dos actos de indeferimento.

Mas a legitimidade constitucional de semelhante evolução suscita dúvidas, uma vez que no art. 268.º, n.º 4, da Constituição se encontra uma contraposição clara entre, por um lado, a impugnação e anulação de actos administrativos e, por outro, a condenação à prática de actos administrativos devidos. Daqui resulta, designadamente, que nos casos em que haja lugar, para uma tutela eficaz dos administrados, à condenação à prática do acto devido – sendo indiferente que na “pré-história” da lide exista uma omissão ou um acto de indeferimento –, não há inversamente lugar à impugnação e anulação de actos administrativos. Perante actos de indeferimento, diz a Constituição que a tutela é estritamente condenatória, e não anulatória (ou também anulatória).

**14.** Merece também reparo o facto de o art. 182.º do projecto, dentro da lógica tradicional, só referir a impugnação e omissão de actos administrativos, e não de outras formas de actuação.

Ora, como o âmbito actual do contencioso administrativo se alargou a todas as actuações da Administração, vai gerar-se desse modo uma discrepância entre o âmbito das garantias graciosas e o âmbito das garantias contenciosas. Aparentemente, existe um conjunto de contestações relativas a certas formas de actuação administrativas que passam directamente ao

contencioso, sem possibilidade ou necessidade de reapreciações em sede graciosa – assim sucederá, por exemplo, com as omissões de prestações diversas de actos administrativos.

**15.** Ainda em temas de constitucionalidade, tem sido invocado que a compatibilidade constitucional da impugnação administrativa prévia passa pela eficácia suspensiva dos actos impugnados. Tal eficácia suspensiva justificaria que as impugnações necessárias merecessem a qualificação tradicional de garantias dos particulares (e não meros ónus) e adequaria o instituto às exigências do princípio da tutela jurisdiccional efectiva.

Ora, no caso dos actos de indeferimento – e obviamente no caso das omissões – não se produz eficácia suspensiva. Continua a justificar-se impedir o acesso directo ao tribunal nestes casos? Uma resposta afirmativa, que é a do projecto, revela-se especialmente duvidosa no caso das omissões, uma vez que o particular já está a suportar as consequências de um comportamento ilegal da Administração.

**16.** Não é claro, por outra parte, que significado atribuir ao facto de alguns preceitos do projecto (o art. 186.º, por exemplo) utilizarem a expressão “impugnação” para abranger também a reacção contra omissões – reacção que não tem, por força das coisas, estrutura impugnatória.

Uma interpretação possível é ver nessas normas o sinal de que não apenas a reclamação e o recurso perdem no projecto a natureza estritamente impugnatória, como o próprio conceito de impugnação passa a surgir dissociado de providências eliminatórias, que o caracterizavam essencialmente.

**17.** Para concluir, uma nota positiva.

A norma do n.º 4 do art. 196.º do projecto dispõe nos seguintes termos:

“O indeferimento do recurso hierárquico necessário ou o decurso dos prazos referidos nos n.ºs 1 e 2 sem que haja sido tomada uma decisão conferem ao interessado a possibilidade de impugnar contenciosamente o ato do órgão subalterno ou de fazer valer o seu direito ao cumprimento, por aquele órgão, do dever de decisão.”

Resulta da norma transcrita a consagração expressa do princípio da identidade entre o acto ou omissão do subalterno e o objecto da acção contenciosa, pois o recurso necessário não tem por efeito substituir o acto ou a omissão do subalterno.

De facto, se está constitucionalmente garantido o direito de impugnar todos os actos lesivos; e se o acto de indeferimento do superior não constitui

em si um acto lesivo – pois lesiva é a omissão do acto devido –, então é o acto do subalterno que tem de ser impugnado contenciosamente, pois é esse o acto lesivo, apesar de ter de ser previamente submetido a uma apreciação administrativa.

Não há, pois, “absorção” do acto do subalterno pelo acto de indeferimento do superior hierárquico. O acto do superior não é “verticalmente definitivo”, não constitui o único acto impugnável, antes perde, ao invés, toda a relevância contenciosa.

**18.** Em suma, a parte relativa às reclamações e recursos revela, tal como a generalidade do projecto, grande qualidade técnica e introduz efectivas melhorias nalguns aspectos da regulamentação em vigor.

Mas também à semelhança do que sucede com a generalidade do projecto, é questionável, nestas matérias específicas, a necessidade de certas modificações e, acima de tudo, a pertinência de outras, especialmente quando consideradas na perspectiva da sua articulação com o regime do CPTA.

# Implicações no âmbito dos contratos da Administração Pública

MARIA JOÃO ESTORNINHO\*

Aceitei, com muito gosto, partilhar algumas reflexões sobre três artigos deste projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo que incidem sobre a atividade contratual da Administração Pública, os artigos 198.º, 199.º e 200.º do referido projeto.

Antes, porém, quero saudar todos os presentes e prestar a minha homenagem à comissão que preparou este projeto de Código do Procedimento Administrativo, comissão integrada por várias pessoas que muito admiro, a quem me ligam, em alguns casos, relações de amizade, e dizer o quanto admiro a disponibilidade para submeter o projeto a audição pública, expondo-o à apreciação da comunidade científica, na busca de soluções que sejam o mais adequadas possível às realidades dos nossos dias e aos problemas que há que enfrentar e resolver.

Em relação aos contratos da Administração Pública, no artigo 198.º identificam-se várias espécies de contratos, no artigo 199.º estabelecem-se regras sobre procedimentos pré-contratuais e no artigo 200.º alguns princípios sobre o regime substantivo aplicável a tais relações contratuais.

Em primeiro lugar, salientaria dois aspetos com os quais me identifico. O primeiro, diz respeito à opção *minimalista* do projeto de não ter a pretensão de chamar ao CPA o regime jurídico aplicável à atividade contratual

---

\* Professora Catedrática Convidada da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

da Administração Pública, antes estabelecendo apenas alguns princípios e fazendo remissões para outros diplomas, específicos da contratação pública. Julgo que é a opção acertada, no atual ordenamento jurídico português. Pena é, contudo, como veremos mais adiante, que o projeto de Código do Procedimento Administrativo não seja ainda mais *minimalista* nestas matérias da atividade contratual pública.

O segundo, e pese embora isso não tivesse resultado claro na primeira leitura que fiz destes artigos, prende-se com o facto de, no fundo, parecer estar subjacente ao projeto a vontade de deixar expresso que, em última instância, todos os contratos celebrados pela Administração Pública – sejam eles quais forem – são formas de atuação administrativa e estão sujeitos à aplicação dos princípios gerais da atividade administrativa, em particular, dos princípios constitucionais da atividade administrativa. Essa é, naturalmente, como veremos mais adiante, uma afirmação com a qual me identifico inteiramente.

Dito isto, passaria agora a referir dois ou três pontos de dissonância relativamente às disposições que estamos a analisar: as espécies de contratos da Administração Pública que se identificam no projeto e, em particular, a opção pela consagração da dicotomia entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração Pública e, por outro lado, a forma de articular o Código do Procedimento Administrativo com o Código dos Contratos Públicos.

Sem querer, naturalmente, aborrecer o auditório com uma longa exposição dogmática sobre a natureza jurídica dos contratos da Administração Pública, que não seria oportuna nesta breve intervenção, não posso deixar, no entanto, de tecer umas brevíssimas considerações sobre essa questão.

Confesso que não posso, por dever de ofício e por dever de consciência, deixar de dizer que estranhei muito que o artigo 198.º do projeto de CPA viesse hoje, em 2013, consagrar expressamente a distinção, no universo dos contratos da Administração Pública, entre os contratos administrativos e os *contratos de direito privado da Administração Pública*. Essa estranheza é tanto maior quanto é certo que, se olharmos para trás, pese embora a doutrina desde há muitos anos se preocupe com esta distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração Pública, o legislador nunca a consagrou expressamente desta forma no nosso ordenamento jurídico. Na verdade, o legislador sempre se preocupou em consagrar – pense-se por exemplo no Código Administrativo de 1940, ou no Código do Procedimento Administrativo nos anos 1990, ou ainda na legislação do contencioso administrativo ao longo de décadas –, definições ou elencos de

critérios para identificar os chamados *contratos administrativos*. Subjacente a isso estava, na lógica tradicional de inspiração francesa, a ideia de que haveria *contratos de direito privado da Administração*. Mas o legislador não consagrava expressamente esta figura. Incompreensível é, a meu ver, que o venha fazer agora em 2013.

Fácil é de perceber que, pela minha parte, não posso acompanhar tal opção desde 1988, ano em que escrevi o *Requiem pelo Contrato Administrativo* (Almedina, Coimbra, 1990).

Nessa altura, tive o que começou por ser uma *intuição*, que pude ir depois fundamentando ao longo dos anos, de que havia uma aproximação, no universo dos contratos da Administração Pública, entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado da Administração Pública. *Requiem pelo Contrato Administrativo* tem por objeto a teoria – clássica e de inspiração francesa – do contrato administrativo e procura desmistificar o mito do critério único de identificação do *contrato administrativo*, percorrendo de forma crítica inúmeros critérios utilizados, ao longo de décadas, para identificar o contrato administrativo e defendendo, em simultâneo, o reconhecimento da existência, já na época, de uma crescente jus-publicização dos chamados *contratos de direito privado da Administração*. Logo na p.15, a terminar a introdução (escrita a 28 de Dezembro de 1988), se defende a existência de «um movimento de sentido convergente, através do qual se tem vindo a reconhecer que nem o “contrato administrativo” é tão exorbitante quanto isso nem os “contratos privados da administração” são exactamente iguais aos contratos celebrados entre particulares, o que reflecte desde logo uma eventual aproximação entre todos os contratos da Administração». Em 2008, o Código dos Contratos Públicos, na esteira do Direito Europeu, vem uniformizar regimes jurídicos aplicáveis a contratos tradicionalmente considerados como exemplos paradigmáticos de *contratos administrativos* (ex. empreitada de obras públicas) e a *contratos de direito privado* da Administração (ex. locação ou aquisição de bens móveis). A título de curiosidade, refira-se por exemplo que a própria doutrina francesa – bastião último da teoria clássica do contrato administrativo – tem vindo a reconhecer uma evolução no sentido «de la *formation* du contrat administratif à sa *déformation*» (CHRISTOPHE GUÉTTIER, *Droit des Contrats Administratifs*, PUF, Paris, 3.<sup>a</sup> ed., 2011).

Quer por influência do direito europeu quer, sobretudo, por influência dos princípios constitucionais da atividade administrativa, defendi sempre a publicização dos chamados *contratos de direito privado* da Administração Pública. Alguns anos mais tarde, em 1996, quando escrevi *A Fuga para*

*o Direito Privado*, aprofundi mais este aspeto defendendo que nenhum contrato da Administração Pública deve, do meu ponto de vista, ser visto verdadeiramente como um *contrato de direito privado*. *A Fuga para o Direito Privado* (Almedina, Coimbra, reimp., 2009) ocupa-se da temática da atuação *jurídico-privada* da Administração Pública e trata – pela primeira vez em Portugal, de forma específica – do fenómeno qualificado pela doutrina alemã como *Verwaltungs Flucht ins Privatrecht*. Em meados dos anos noventa, num ambiente de profundas transformações do Estado e da Administração Pública, *A Fuga para o Direito Privado* ocupa-se das formas jurídico-privadas de organização e de atuação administrativas, defendendo a sua vinculação aos princípios jurídico-constitucionais da Administração Pública. No momento atual, de profunda reestruturação da Administração Pública, a temática ganha nova atualidade.

Em suma, em matéria de contratos de entidades públicas não é, assim, a meu ver, oportuno o legislador reconhecer – em 2013 – a existência de *contratos de direito privado da Administração Pública*, ainda que a intenção seja submetê-los, em parte, a um regime de direito público. Diria que este artigo 198.º do projeto correria o risco de se prestar a equívocos e iria reacender uma antiga polémica, que vem do séc. XIX e que já fez correr *rios de tinta* na doutrina, que é a questão do critério do contrato administrativo ou, neste caso, do *critério do contrato de direito privado da Administração Pública*. Não quero propositadamente reiniciar tal polémica. Pela minha parte, recusar-me-ei a dispendir tempo e energia nessa questão, quando há tantas questões urgentes a resolver em matéria de *sustentabilidade* da contratação pública em Portugal.

Incontornável, a propósito deste projeto de Código do Procedimento Administrativo, é a necessidade de tornar as opções subjacentes ao projeto mais coerentes com o Código dos Contratos Públicos. Pela minha parte, o projeto de Código do Procedimento Administrativo, em vez dos artigos 198.º, 199.º e 200.º, poderia ter apenas uma única disposição que afirmasse que a atividade contratual da Administração Pública, enquanto forma de atuação administrativa, se encontra vinculada aos princípios gerais e constitucionais da atividade administrativa, e remetesse para o Código dos Contratos Públicos as questões relativas quer à formação quer à execução dos contratos públicos (os quais, na aceção ampla consagrada no nosso ordenamento jurídico, abrangem os contratos da Administração Pública).

Em 2008, o legislador português fez a opção de, a pretexto ou a propósito da transposição das diretivas europeias de 2004 em matéria de contratos públicos, elaborar um Código dos Contratos Públicos, aproveitando para



codificar os regimes jurídicos e revogar uma série de legislação avulsa nessa matéria e também as disposições do Código do Procedimento Administrativo que tratavam da atividade contratual. A opção podia ter sido diferente, à semelhança do que aconteceu noutros países, como o Reino Unido ou a Alemanha, onde a transposição das diretivas de 2004 não deu lugar à feitura de códigos sobre a atividade contratual destas entidades adjudicantes. Podia-se, de facto, ter apenas transposto as diretivas, em dois diplomas específicos, sobre os contratos dos *setores clássicos* e os contratos dos *setores especiais*, continuando a matéria da atividade contratual pública a ser regulada no Código do Procedimento Administrativo e noutros diplomas. Mas não foi essa a opção. Bem ou mal, hoje temos um Código dos Contratos Públicos que tem de ser articulado com aquilo que se decida incluir no Código do Procedimento Administrativo. Devo dizer que, tendo sido muito crítica na altura relativamente a muitas das soluções do Código dos Contratos Públicos, estou agora bastante à vontade para dizer que a opção, em si mesma, de avançar para a codificação me pareceu acertada. Aliás, tinha já defendido a figura de um Código dos Contratos Públicos, na obra *Direito Europeu dos Contratos Públicos* (Almedina, Coimbra, 2006), entendendo que era chegado o momento de se avançar para um tratamento sistematizado, em termos de regime jurídico, de toda a matéria do universo dos chamados contratos públicos.

Uma das dificuldades prende-se com a delimitação do universo de contratos de que estamos a falar. O projeto fala, no título deste capítulo III, em “Contratos da Administração Pública” expressão que me é *simpática*, referindo-se a um universo alargado a todos os contratos da Administração Pública, mas tal universo tem de ser compatibilizado com a opção que foi feita no Código dos Contratos Públicos, pela noção de *contrato público*. E aí, os artigos 199.º e 200.º do projeto em análise suscitam muitas dificuldades. Pela minha parte, a expressão “contratos públicos” no Código dos Contratos Públicos deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo quer contratos de entidades públicas quer contratos de entidades privadas. O universo dos contratos das entidades públicas pode reconduzir-se a esse universo amplo dos chamados *contratos públicos*, os quais abrangem contratos inter-administrativos, ou seja, entre entidades públicas, abrangem contratos que tradicionalmente eram contratos administrativos e contratos que tradicionalmente eram qualificados como contratos de direito privado. O próprio Código dos Contratos Públicos, que optou por manter a expressão *contrato administrativo*, qualifica expressamente como contrato administrativo uma aquisição de um bem móvel ou uma aquisição de serviços, os quais eram

contratos tradicionalmente qualificados como contratos de direito privado da Administração Pública.

Por outro lado, o universo dos *contratos públicos* abrange não apenas contratos da Administração Pública, contratos de entidades públicas, mas também contratos celebrados por genuínas entidades privadas. Muitas vezes lê-se *contrato público*, no sentido de contrato aberto a exigências de publicidade, de transparência, na esteira dos princípios do Direito Europeu. Salvo o devido respeito, a expressão *contrato público* não deve ser identificada apenas com esse universo de contratos que, nos termos do Direito Europeu, estão sujeitos a determinados procedimentos adjudicatórios. O contrato é *público* em função de vários critérios, critérios subjetivos, critérios teleológicos, que se prendem com a prossecução de fins de interesse público o que, em alguns casos, é transversal a contratos de entidades públicas e a contratos de entidades privadas que, por exemplo, operam em determinados sectores.

O Código dos Contratos Públicos terá de ser revisto, a médio prazo, a pretexto das novas diretivas europeias em matéria de contratos públicos que se avizinham (uma nova diretiva para os sectores clássicos, uma nova diretiva para os sectores especiais e, pela primeira vez, uma diretiva sobre concessões). Será a ocasião para, com coragem, rever as disposições do Código dos Contratos Públicos relativas, entre outros aspetos, ao elenco das entidades adjudicantes, aos critérios de escolha dos procedimentos pré-contratuais, ao princípio de liberdade de escolha da Administração Pública nessas matérias, à panóplia de procedimentos e à teia de subprocedimentos, num emaranhado que não poderia nunca conduzir a bons resultados, ao regime de invalidade dos contratos públicos ou ao regime de responsabilidade contratual e pré-contratual.

Tenham-se, por exemplo, presentes as principais opções do Código dos Contratos Públicos relativamente à delimitação do seu próprio âmbito de aplicação:

- a) O Código dos Contratos Públicos assenta numa distinção entre dois universos de contratos, parcialmente sobrepostos (artigo 1.º, n.º 1): por um lado, adotou um conceito amplo de *contrato público*, aparentemente de inspiração europeia, e, por outro lado, optou por manter a expressão que era tradicional em Portugal, adotando um conceito mais restrito de *contrato administrativo*;

b) O Código dos Contratos Públicos distingue *contrato público* e *contratação pública* (identificando esta última expressão com o universo dos procedimentos de formação dos contratos públicos);

c) Na economia subjacente ao Código dos Contratos Públicos, o conceito de contrato público é especialmente importante para efeitos de aplicação das regras sobre a formação dos contratos, previstas na Parte II sob a epígrafe *Contratação pública* (artigo 1.º, n.º 2), ao passo que o conceito de contrato administrativo é utilizado na Parte III, relativa ao regime de execução dos contratos (artigo 1.º, n.º 5);

d) O Código dos Contratos Públicos aplica-se quer aos contratos dos chamados *sectores clássicos* quer aos contratos dos chamados sectores especiais;

e) O Código dos Contratos Públicos aplica-se quer aos contratos abrangidos pelas diretivas europeias sobre contratos públicos quer a contratos que estão fora do âmbito de aplicação das referidas diretivas;

f) No artigo 4.º, excluem-se expressamente do âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos, vários contratos (por exemplo, entre outros, contratos de trabalho em funções públicas ou contratos relativos a bens imóveis);

g) No artigo 1.º, n.º 2, os contratos públicos são definidos como «todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código». O legislador adotou, assim, uma noção de contrato público baseada na natureza das partes, ou seja, num critério subjetivo;

h) As entidades adjudicantes estão elencadas no artigo 2.º e no artigo 7.º (sectores especiais) e os contraentes públicos nos artigos 3.º e 8.º (sectores especiais);

i) Pese embora o legislador, no artigo 1.º, n.º 2, identifique o universo dos contratos públicos com os contratos que ficam sujeitos à Parte II, sob a epígrafe *Contratação pública*, logo de seguida, no artigo 5.º e 6.º (e, no caso dos *sectores especiais*, nos artigos 11.º e 13.º), exclui

da sujeição a essas regras de formação de contratos, um longo elenco de contratos; o critério que, antes de mais, o legislador invoca (por exemplo, no artigo 16.º) para efeitos de sujeição aos procedimentos previstos na Parte II é o do objeto do contrato abranger prestações que estejam ou sejam suscetíveis de estar sujeitos à concorrência de mercado; cf., também, o artigo 5.º;

j) Em sentido contrário, por exemplo nos artigos 275.º a 277.º, o Código dos Contratos Públicos estende o âmbito de aplicação da Parte II a determinados contratos celebrados por entidades que não são qualificadas pelo Código dos Contratos Públicos como entidades adjudicantes;

k) No artigo 1.º, n.º 6, o contrato administrativo é definido como um acordo de vontades, celebrado por contraentes públicos e co-contratantes ou entre contraentes públicos entre si (critério subjetivo), que se identifica em função de vários critérios alternativos: critério da qualificação legal; critério da vontade das partes; critérios materiais (contratos com objeto passível de ato administrativo, contratos sobre o exercício de poderes públicos, contratos que confirmam poderes especiais sobre coisas públicas ou ainda contratos que confirmam o exercício de funções dos órgãos do contraente público); critério do regime jurídico (submissão a um regime jurídico de direito público, no que diz respeito ao procedimento de formação e/ou ao regime substantivo).

Numa matéria em que se impunham soluções claras e precisas, as opções do legislador quanto à delimitação do âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos suscitam, em sede de apreciação crítica, vários reparos:

a) O facto de, no que diz respeito à delimitação do seu próprio âmbito objetivo de aplicação, ou seja, à questão de saber a que contratos se aplica, o Código dos Contratos Públicos, na Parte I, sob a epígrafe Âmbito de aplicação, se espriar por 15 longos (e confusos) artigos (aos quais se juntam depois ainda vários outros, dispersos pelo Código, indo uns no sentido de alargar o âmbito de aplicação definido à partida e outros, pelo contrário, no sentido de o restringir);

b) A indesejável mistura entre verdadeiras normas jurídicas e meras definições (que deveriam constar de um glossário inicial);

c) A opção por tratar em simultâneo, e a par e passo, dos contratos dos setores clássicos e dos sectores especiais traduzida numa desmultiplicação de regras e de exceções à regra;

d) A indefinição relativamente ao regime aplicável aos contratos que não estão expressamente abrangidos pelas diretivas europeias;

e) A adoção de uma noção muito ampla de *contrato público*, logo esvaziada, em grande parte, por um imenso elenco de contratos excecionados do âmbito de aplicação da Parte II;

f) A delimitação pouco clara e ambígua entre o âmbito de aplicação da Parte I e da Parte II do Código, sendo que nem todos os contratos sujeitos à Parte I ficam sujeitos à Parte II e vice-versa, sem que tal esteja claramente definido;

g) O facto de a manutenção da expressão tradicional *contrato administrativo* poder induzir em erro, levando a pensar que tal universo coincide ainda com o dos contratos que, antes do Código dos Contratos Públicos, eram considerados como os típicos contratos administrativos; ora, tal não é verdade (basta ter presente que contratos como a locação de bem móvel ou a aquisição de serviços, tradicionalmente considerados pela doutrina dominante como contratos de direito privado da Administração, são no Código dos Contratos Públicos qualificados expressamente como contratos administrativos);

h) A pluralidade de critérios e consequente nebulosidade na definição do *contrato administrativo*.

Decisiva é hoje, em Portugal, a questão da sustentabilidade da contratação pública. Não apenas a sustentabilidade financeira, mas também a sustentabilidade social e ambiental. Haverá que, ao rever o Código dos Contratos Públicos, aperfeiçoar as normas relativas às especificações técnicas e aos critérios de adjudicação, abrindo novas possibilidades de utilizar os contratos públicos para a prossecução de políticas públicas instrumentais, de fomento à inovação, de promoção das pequenas e médias empresas, através, por exemplo, da utilização de critérios sociais ou de critérios ambientais, na lógica do chamado *Green Public Procurement*. Em tempos de crise, é flagrante, mais do que nunca, que as entidades adjudicantes públicas têm

a obrigação de exercer o seu poder de compra de modo financeira, social e ambientalmente responsável. A sustentabilidade da contratação pública deve ser vista nessas suas diversas dimensões. Quando os recursos públicos são especialmente escassos, é indispensável assegurar a sua utilização o mais eficiente possível, sendo intoleráveis quaisquer desperdícios ou fenómenos de corrupção (a este propósito, *vide* MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, reimp. 2013).

# A revisão do CPA: balanço e perspetivas

DIOGO FREITAS DO AMARAL\*

Antes de mais, gostaria de cumprimentar todos os presentes e agradecer as palavras do Professor Mário Aroso de Almeida, que considero justas até certo ponto, mas porventura um pouco exageradas. De facto, o Código de 1991 foi preparado por uma comissão, a que tive o gosto e a honra de presidir: cada qual fez a sua parte; eu fiz a minha parte e depois fiz a coordenação geral e a negociação com o Governo.

Porém, gostaria aqui também de lembrar o nome do Professor Rui Machete, aliás aqui presente, porque, verdadeiramente na origem dos trabalhos que ao longo de duas décadas conduziram ao primeiro Código do Procedimento Administrativo, estão projetos e anteprojetos da sua autoria. Designadamente, a partir de 1980 foi ele quem assumiu a elaboração do então chamado Código do Processo Administrativo Gracioso, cuja primeira revisão foi feita por nós os dois nessa altura. Depois houve um debate público, do qual resultou a segunda versão desse projeto de Código, também da responsabilidade do Professor Rui Machete, e só passados 7 ou 8 anos é que o Governo da época me pediu para concluir os trabalhos de elaboração de um Código do Procedimento Administrativo.

Tratava-se de um projeto que estava a ser preparado há mais de 20 anos – tinha chegado a ser prometido numa Lei de Meios, no tempo do Doutor Salazar – e o Governo de então, caracterizado por pragmatismo e capacidade de decisão, pediu-me para juntar os projetos elaborados pelo Professor Rui

---

\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Machete e apresentar um projeto final de Código do Procedimento Administrativo. Não foi tarefa fácil, mas nessa altura foi possível aprová-lo e publicá-lo; depois, em 1996, conseguiu-se fazer uma revisão do Código, mas que foi minimalista, porque dos milhares de consultas que se enviaram para entidades administrativas, praticamente todas as pessoas coletivas públicas existentes ao tempo em Portugal, não houve mais do que 15 ou 20 respostas. Ora, a revisão de 1996 queria sobretudo tomar em conta a experiência prática dos primeiros anos de aplicação do Código, mas a amostra de respostas que chegou às nossas mãos não foi representativa.

Hoje estamos perante um projeto de revisão mais amplo, mais ambicioso e que coloca desde logo a questão de saber se se trata de uma revisão do Código de 1991 ou se se trata de um novo Código do Procedimento Administrativo. Deixo esta questão em aberto, para responder no final da minha intervenção.

Pela parte que me toca, quero afirmar aqui que me parece oportuno o momento de proceder a uma revisão do Código do Procedimento Administrativo. Felicito a comissão pelo trabalho de qualidade que produziu, muito embora tenha, como é natural, algumas divergências de opinião. É um trabalho sério, de bom nível, pelo que gostaria de felicitar todos os membros da comissão, e em especial o seu presidente. Aproveito ainda para esclarecer que tudo o que eu disser de crítica em relação ao projeto não tem rigorosamente nada de pessoal, porque dos membros da comissão há dois ou três que eu não conheço, mas, em relação a todos os outros, não só os conheço como sou colega, amigo e de alguns até muito amigo, há cerca de 50 anos.

Gostaria de começar por dizer que, a meu ver, o projeto de revisão tem muitos aspetos positivos.

Desde logo, a alteração que foi mais noticiada na comunicação social – o alargamento da aplicação dos princípios gerais do direito administrativo às entidades privadas que exerçam poderes de autoridade pública, sejam esses princípios de fonte constitucional ou de fonte legal. Esta era uma solução já permitida pelo Código do Procedimento Administrativo de 1991, que previa a faculdade de o legislador alargar o âmbito de aplicação dos princípios fundamentais do Código às entidades privadas que desenvolvessem atividades de interesse público, mas, que eu saiba, essa abertura não foi aproveitada por nenhum legislador, nem por nenhum partido da oposição. Por isso, considero acertado que o projeto de revisão do Código imponha agora essa solução, que de resto vem na sequência de conclusões muito válidas da dissertação de doutoramento da Prof.<sup>a</sup> Doutora Maria João Estorninho, também aqui presente, quando ao falar da *Fuga para o Direito Privado*, expôs alguns



dos inconvenientes enormes para o interesse público da tendência de fuga das Administrações públicas para a actuação por formas de Direito Privado, como método de subtração da sua atividade, das suas contas, dos seus atos e contratos, do seu pessoal e dos seus orçamentos aos regimes de Direito Público, nomeadamente de Direito Administrativo e de Direito Financeiro. Quantas associações, fundações, cooperativas e outras entidades não surgiram por esse país fora apenas para fugir ao Código do Procedimento Administrativo e, sobretudo, às regras da contabilidade pública e à possibilidade de fiscalização pelo Tribunal de Contas...

Na sequência desse alerta, que creio que convenceu praticamente todos os juristas teóricos, mas que foi bastante ignorado pelo legislador, acho ótimo que o projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo venha agora impor a sujeição das entidades privadas que exerçam poderes públicos aos princípios do Código. Não sei até se não se deveria ser um pouco mais explícito, mais desenvolvido, para não deixar nenhuma dúvida a ninguém.

Também me parece importante, embora compreenda as críticas feitas, que o projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo não tenha ignorado por completo a atividade contratual da Administração Pública, e tenha optado pela solução de remeter, fundamentalmente, para o Código dos Contratos Públicos, não sem estabelecer um certo enquadramento e algumas regras.

Terceira inovação que me parece muito importante, talvez a mais importante delas todas, se entretanto for acompanhada de algo que já vou referir a seguir, é a criação da solução inovadora – pelo menos em Portugal, não sei se é inspirada em qualquer solução estrangeira – da figura da “conferência procedimental”, como forma de juntar dois ou mais órgãos da Administração Pública cuja vontade tenha de convergir para a produção de um ato administrativo – também pode ser de um regulamento, mas não será tão relevante. É um problema que surge em todos os casos em que se fala de um despacho conjunto de dois ou mais ministros, e em todos os casos – que hoje são a maioria na nossa Administração Pública – em que é preciso, para obter um licenciamento, colher pareceres favoráveis de várias entidades (umas que dão parecer vinculativo, outras que dão parecer obrigatório mas não vinculativo), e leva anos até se conseguir chegar à decisão final. Todos os prazos são sistematicamente violados pela Administração Pública, enquanto o particular continua à espera, à espera que chova... Sabe-se, por exemplo, há estatísticas publicadas, que em matéria de licenciamento de hotéis, mesmo que declarados de utilidade turística, o prazo máximo previsto na lei

são 6 meses, o prazo médio de obtenção do licenciamento, na prática, é de 5 anos! Depois as pessoas perguntam porque é que o país não cresce mais rapidamente, porque é que os investidores vão para Espanha ou para a Europa do Leste: é porque lá são rápidos nas decisões.

Esta ideia da conferência procedimental, chamando à entidade líder órgãos de outras entidades cuja posição seja necessária para se emitir um ato final, parece-me uma excelente ideia, sobretudo pela consciência que revela do problema. Depois de 50 anos a estudar a Administração Pública, cheguei à seguinte conclusão: 80 a 90% dos atrasos crónicos da nossa Administração Pública resultam da falta de entendimento entre dois ou mais ministérios, entre dois ou mais institutos públicos, entre ministérios e câmaras municipais, entre institutos públicos e câmaras municipais, entre ministérios, câmaras e institutos públicos, e assim por diante. Não tenho nenhum dado estatístico de fonte empírica, mas creio que a maior parte dos atrasos resulta disso: cheguei a viver casos desses no Governo, e levaram anos... escusadamente.

E quem não conhece os casos passados entre a Câmara Municipal de Lisboa e a Administração do Porto de Lisboa? Ou entre o Ministério que então se chamava das Obras Públicas, a Câmara Municipal de Lisboa e a Administração do Porto de Lisboa, relativos à zona ribeirinha? Demoraram tanto, tanto, que quase sempre acabavam pela não decisão! Portanto, há na Administração Pública um emaranhado de serviços, órgãos, entidades, organismos que, a vários títulos, vão sendo chamados a intervir no procedimento administrativo, quer na fase instrutória, quer na fase da decisão, e que atrasam o procedimento, sem que esteja prevista qualquer possibilidade de o cidadão exigir a alguém que resolva o problema.

Por tudo isso me parece que a ideia da conferência procedimental é muito interessante. Mas penso que, para ser prática, para ser útil, seria necessário todo um capítulo, ou secção, com duas ou três dezenas de artigos, que explicassem muito bem como é que o sistema funciona: primeiro, como é que se inicia o incidente por iniciativa particular; segundo, onde e como é que se juntam os vários órgãos decisórios dentro da mesma matéria; terceiro, que prazo têm para chegarem a uma decisão; e, quarto, o que é que acontece se não chegarem a uma decisão. Quem desempata?

Para esta última questão, creio que é fácil arranjar, por analogia, uma solução se se tratar de uma divergência entre vários ministérios, ou dentro do mesmo ministério, porque aí podemos mandar aplicar o que o Código do Procedimento Administrativo estabelece sobre a resolução de conflitos de competências: se se tratar de dois órgãos do mesmo ministério, o ministro resolve; se se tratar de vários ministérios ou de institutos públicos dependentes

de vários ministérios, o Primeiro-Ministro resolve. Porém, quando entram em jogo autarquias locais ou empresas públicas, a solução será muito mais complicada. Por isso julgo que é indispensável que a comissão revisora clarifique estes aspetos e, sobretudo, estabeleça de uma forma clara os prazos adequados, e diga quem é que resolve um conflito se, na conferência, não se chegar a acordo. E, repito, se o problema não é difícil se as entidades em conflito estiverem sob a tutela ou sob a supervisão do Governo, pode ser difícil se envolver autarquias locais ou se envolver regiões autónomas. O legislador não pode dizer que, em caso de desacordo entre duas ou mais câmaras municipais, é o Governo que decide num determinado sentido; nem pode remeter para os tribunais, porque os tribunais decidem questões de direito, mas não podem determinar a prevalência da solução que entendam ser a mais correta de entre três políticas públicas diferentes, ou de entre três posições diferentes sobre uma política pública.

Por isso, há aqui de facto um problema muito difícil: é, creio eu, o maior problema que existe hoje em dia nas grandes organizações públicas e privadas: como é que se consegue chegar a uma decisão final, sobretudo nos casos em que não há relações hierárquicas, nem de superintendência, nem de tutela?

Por mim, entendo que, tratando-se de articular as vontades de entidades públicas independentes, a única forma de resolver o problema é conferir ao tribunal administrativo competente o poder de, em acção intentada por qualquer dos interessados, ou por todos, declarar a existência de interesse público numa decisão e fixar para as partes chegarem a acordo um prazo razoável. Na sua decisão, o tribunal deveria poder explicitar quais as vinculações legais a respeitar e quais os temas a decidir pela Administração Pública. Se esta desrespeitar o prazo, e não podendo conferir-se poderes de decisão aos tribunais em matéria discricionária, estes deveriam informar o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais sobre os impasses existentes, o que constaria de um relatório anual a enviar por esse órgão à Assembleia da República, ao Governo e à Comunicação Social.

Passo agora aos aspetos que me parecem menos positivos. Como o dia já vai longo, vou concentrar-me naquele que é o aspeto mais negativo, em minha opinião: é o problema da velha questão do “privilégio da execução prévia” ou, como se diz modernamente, da autotutela declarativa e executiva, sobretudo da autotutela executiva.

Não sei se todos repararam, mas num pequeno artigo, aliás bem redigido, acaba-se com o privilégio da execução prévia como princípio geral do Direito

Administrativo português. Diz-se que tal poder, ou privilégio, só pode ser exercido nos casos expressamente previstos por lei; e admite-se uma exceção a esta regra, aliás redigida em termos muito restritivos, só permitindo o uso do privilégio em casos de extrema urgência devidamente fundamentada. O que, como é evidente, dá abertura a alguns casos, mas não dá abertura a todos os casos em que ele é indispensável. Até porque o fundamento prático do privilégio de execução prévia não é apenas a urgência da atuação administrativa, mas por vezes é antes a necessidade da atuação administrativa, mesmo que não seja urgente ou muito urgente.

No entanto, eu gostaria de chamar a vossa atenção para aquilo que ouvimos dizer desde o primeiro ano de Direito, que o legislador de uma penada pode deitar abaixo décadas de doutrina e de jurisprudência, e isto está prestes a acontecer neste caso. Se as minhas contas não me falham, este artigo a que me refiro corta com 200 anos de tradição do Direito Administrativo português, inspirado no Direito Administrativo francês, sem dúvida alguma, o qual também inspirou, pelo menos, o da Espanha, da Itália, da Áustria, da Alemanha, da Suíça e da Bélgica (deixando de fora a Holanda e os países nórdicos, que cedo aderiram ao modelo anglo-saxónico). Ora, em nenhum dos países inspirados no modelo francês se acabou, até hoje, com o privilégio da execução prévia. Nem mesmo na Alemanha: as leis alemãs que regulam esta matéria são uma dos anos 1950 e outra dos anos 1960, ambas continuam em vigor, e estabelecem como regra geral, para todas as entidades administrativas, quer federais, quer estaduais, quer municipais, o privilégio da execução prévia.

É certo que o projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo determina que tudo o que for das atribuições da polícia continua a ser regulado pela legislação da polícia, e esta prevê muitas situações em que a autoridade policial pode usar o referido privilégio. E também é certo que, através da exceção acima referida, cobrir-se-iam as situações de extrema urgência devidamente fundamentada. Porém, ainda tenho esperança de que, se a abolição do privilégio da execução prévia for por diante, a comissão revisora atenuar um pouco esta ideia da “extrema urgência” e altere a redação para abranger os “casos de urgência ou necessidade devidamente fundamentadas”, o que já tornaria o projeto um pouco melhor.

Mas, tal como se encontra a redação da norma, e se não for alterada, o que é que ela significa? Não vou discutir aqui a questão teórico-dogmática, pois essa discussão está feita por quase todos nós. Não há nenhum professor português de Direito Administrativo que não tenha tomado posição sobre isso. O que me preocupa é, primeiro, que nós vamos fazer uma mudança

de sistema que não me parece devidamente fundamentada no preâmbulo – a única coisa que se diz no preâmbulo é que esta alteração corresponde à opinião de uma boa parte da doutrina. Quase me apetecia perguntar se corresponde à opinião da parte “boa” da doutrina, porque a solução que está atualmente em vigor no Código do Procedimento Administrativo corresponde à opinião de outra parte da doutrina: será esta a má?

Em segundo lugar, importa perguntar aos autores do projecto: porque é que de repente se faz esta substituição de sistema? Portugal passa de um sistema de tipo francês para um sistema de tipo anglo-saxónico, apenas pela razão invocada de haver uma parte da doutrina que o defende? Só por isso? Ou há uma necessidade evidente de se tornar excepcional ou rara a utilização do privilégio da execução prévia, em comparação com os termos que constam do atual Código do Procedimento Administrativo? Não conheço nenhum problema prático. Há jurisprudência abundante do Supremo Tribunal Administrativo que se insurja contra a existência de tal privilégio? Não conheço. Há alguma decisão do Tribunal Constitucional declarando que a solução em vigor é inconstitucional? Não conheço. Há algum clamor público no sentido de que a Administração portuguesa deixe de ter o privilégio da execução prévia? Não conheço. Há algum partido político – mesmo da oposição mais radical – que tenha feito tal proposta e venha constantemente a insistir nela? Não conheço. Então, qual é a grave razão que nos leva, ao fim de 200 anos de pertença a um sistema administrativo de tipo francês – e em boa companhia –, a decidir agora dar o salto através da Mancha para o sistema administrativo de tipo anglo-saxónico? A verdade é que nós não pertencemos a esse sistema. Nós sabemos do direito comparado que há o sistema romano-germânico e que há o sistema anglo-saxónico, este último nascido dos celtas e dos *vikings*, ao passo que o sistema romano-germânico nasceu do direito romano: é desse que nós descendemos, é a ele que nós pertencemos, quer no Direito Público, quer no Direito Privado: todo o Direito Público e privado português pertence a essa família, porque a história assim nos fez.

Estar a aplicar a países latinos ou germânicos – como nós, ou a Espanha ou a Itália, ou ainda a Alemanha e a Áustria – um sistema que está pensado para países muito diferentes (onde as autoridades convivem com os cidadãos como que no seio de uma família), parece-me perigoso. E desnecessário.

No Reino Unido vigora, é certo, o princípio de que a Administração Pública só pode atuar mediante autorização prévia por parte de um tribunal, mas já se fizeram tantas centenas e centenas de leis – calculo que devam ser mais de um milhar – a preverem casos, em todos os setores da vida pública, em que a norma confere à Administração a faculdade de usar de “reasonable

force”, que, na prática, o âmbito de aplicação do privilégio da execução prévia não é mais restrito do que o do sistema continental (embora tenha custos legislativos enormes). Por exemplo, um louco anda a criar perigo na rua; há uma autoridade que o detém e que o leva a um centro de saúde; por decisão de um médico psiquiatra, ele pode ser imediatamente sujeito a internamento compulsivo, sem obviamente passar pela cabeça dos ingleses que se deva pedir, previamente, uma autorização ao tribunal! Curiosamente, a lei que dá esse poder de execução imediata, pela força se necessário, do internamento compulsivo, acrescenta que, se o interessado ou a sua família não concordarem, poderão sempre recorrer para um “administrative tribunal” – que é uma espécie de comissão arbitral – que confirmará ou não o internamento compulsivo: mas trata-se de uma validação *a posteriori*, e não é feita pelos tribunais judiciais. Para estes só pode recorrer-se, no exemplo apontado, se o “administrative tribunal” confirmar a decisão de internamento, e o interessado ou a família decidirem impugnar tal decisão nos *courts of law*.

Portanto, eu diria que há aqui dois grandes perigos. O primeiro é o da paralisia da Administração Pública: onde não houver lei – e não haverá lei durante muito tempo para a maior parte dos casos – ficamos paralisados. O segundo é o de despejarmos uma avalanche de processos em cima dos tribunais administrativos, que já não estão bem, apesar da grande reforma que o Professor Mário Aroso de Almeida conseguiu fazer passar através de dois Governos de cores diferentes e de três ministros da Justiça: a verdade é que todos nós sabemos que os nossos tribunais administrativos estão afogados em papéis, sobretudo nalgumas primeiras instâncias. Imaginem como não será, depois da entrada em vigor deste novo Código, se houver umas largas centenas de casos por dia a pedir autorização ao tribunal para executar uma decisão administrativa. Eu nem quero pensar no que poderá acontecer, mas prevejo, por um lado, uma grande paralisia do Estado e, por outro, o afundamento cada vez maior da justiça administrativa.

Talvez esteja a ser um pouco exagerado, mas penso que as consequências serão muito mais negativas do que positivas – numa matéria onde não há em Portugal, tirando uma dezena de professores de Direito, nenhuma reivindicação neste sentido! E repito: nunca o salto do sistema de tipo francês para o de tipo anglo-saxónico foi dado, no séc. xx ou XXI, em Portugal, nem em Espanha, nem na Itália, nem na França, nem na Suíça, nem na Áustria, nem na Alemanha – as leis que instituem o privilégio da execução prévia na Alemanha datam dos anos 1950 e dos anos 1960, como já disse, atravessaram incólumes o período da “desnazificação”, estão plenamente em vigor e são aplicadas diariamente sem problema de consciência para ninguém!

Por isso, o meu apelo é o de que, no âmbito desta revisão, se repense bem esta matéria. A solução que mais me agradava, evidentemente, era a de que continuasse em vigor o princípio geral do privilégio da execução prévia, mesmo que se passasse a denominar “poder de autotutela executiva”, o que seria aliás uma boa atualização da linguagem; se isso não for possível, e se tiver chegado o momento de Portugal atravessar o canal da Mancha e passar a ser, pelo menos no campo do Direito Administrativo, um país integrado no sistema anglo-saxónico, então que pelo menos as exceções não sejam apenas para casos de extrema urgência devidamente fundamentada, mas sirvam para casos em que haja necessidade pública, ou urgência, devidamente fundamentadas – mas sem dificultar tanto a aplicação da exceção, porque senão eu julgo que as consequências poderão ser muito nocivas.

A última nota é esta. Quando se passa de um Estado autoritário para um Estado democrático, como aconteceu em Portugal, em 1974-1976, é evidente que é necessário dismantelar todo um aparelho repressivo e substituí-lo por um sistema de garantias eficazes dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Isso não está em causa. Teve de ser feito, e foi feito, ao longo de quatro décadas. Agora, há algo que não se pode esquecer: é que o Estado democrático precisa tanto de exercer poderes de autoridade pública como o Estado autoritário; talvez precise ainda de mais legitimidade e coragem para exercer a autoridade pública. Porque no Estado autoritário, *ça va de soi*, e se as pessoas não respeitarem, são logo presas ou desaparecem. Ao passo que no Estado democrático tem de haver mecanismos que permitam à Administração Pública, que prossegue o interesse geral, fazer cumprir as suas decisões, mesmo que os particulares não o queiram ou não estejam de acordo, ou ofereçam resistência, sem prejuízo de depois os tribunais se pronunciarem e eventualmente reporem as coisas como são.

Para terminar, responderei à questão afluída no início desta palestra: trata-se, neste projeto, de um novo Código do Procedimento Administrativo, ou apenas da revisão do texto de 1991?

A minha resposta é simples e frontal: se o privilégio da execução prévia se mantiver como princípio geral do nosso Direito Administrativo, acho que se tratará de uma revisão (embora ampla) do Código atualmente em vigor; se esse princípio geral for abolido – retirando Portugal do sistema administrativo de tipo francês e transferindo-o para o sistema anglo-saxónico (a que nunca pertencemos) –, então penso que se tratará de um novo Código. E, em minha opinião, não será um bom Código.

**© Universidade Católica Editora | Lisboa 2013**  
**Edição** Universidade Católica Editora, Unipessoal  
**Revisão editorial** Helena Romão  
**Composição** Magda Macieira Coelho  
**Data** Novembro 2013  
**ISBN** 978-972-54-0397-6

Universidade Católica Editora, Unipessoal, Lda.  
Palma de Cima – 1649-023 LISBOA  
tel. (351) 217 214 020 fax (351) 217 214 029

[www.uceditora.ucp.pt](http://www.uceditora.ucp.pt) | [uce@uceditora.ucp.pt](mailto:uce@uceditora.ucp.pt)