

*O Princípio do Aproveitamento do Acto Administrativo no Direito Administrativo da Região Administrativa Especial de Macau**

Ana Celeste Carvalho**

I. Nota introdutória

O aproveitamento do acto administrativo não é um tema novo no ordenamento jurídico português, não sendo desconhecido, quer da doutrina¹, quer da jurisprudência administrativa. Não obstante, não mereceu até hoje um estudo metodológico.

O mesmo se verifica em relação à Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), já que embora seja aplicado pelos seus tribunais administrativos, inexistente qualquer análise doutrinária sobre o tema.

* O presente baseia-se no nosso texto, “*Os vários caminhos da jurisprudência administrativa na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo*”, in Estudos de Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, pp. 9-44. Atenta a relevância do tema, decidimos analisá-lo à luz do direito administrativo da Região Administrativa Especial de Macau.

** Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul, Portugal; Coordenadora da Jurisdição Administrativa e Fiscal e Docente do Centro de Estudos Judiciários, Portugal

¹ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “*O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*”, Almedina, pp. 307-336; RUI MACHETE, “*A relevância processual dos vícios procedimentais no paradigma da justiça administrativa portuguesa*”, in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, III, 2006, pp. 851-878; VITALINO CANAS, “*O vício de forma no acto administrativo*”, Revista Jurídica da AAFDL, nºs 9/10, Jan./Jun. 1987, pp. 135-186; PEDRO MACHETE, “*A audiência dos interessados no procedimento administrativo*”, Universidade Católica Editora, 1995, pp. 528-529 e “*Os limites do aproveitamento do acto administrativo*”, Cadernos de Justiça Administrativa (CJA) n.º 101, Set./Out. 2013, pp. 64-67; ISABEL CELESTE FONSECA, “*Tramitação e formalidades: (proposta de) golpes às garantias procedimentais fundamentais dos interessados?*”, CJA n.º 100, Jul./Ago. 2013, pp. 87-97; NATÁLIA TORQUETE MOURA, “*Reflexões sobre o princípio do aproveitamento do ato administrativo procedimentalmente viciado*”, in O Direito 145º (2013), I-II, pp. 207-250 e INÊS RAMALHO, “*O princípio do aproveitamento do acto administrativo*”, in <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1004-2427.pdf>

A aprovação do novo Código do Procedimento Administrativo (CPA) em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro², entrado em vigor em 8 de Abril de 2015, aliada à sua enorme relevância prática, dão-nos o ensejo para revisitar o tema, na óptica da análise da jurisprudência administrativa emanada dos tribunais administrativos portugueses e da RAEM.

Merece ser questionado se o disposto no n.º 5 do artigo 163.º do novo CPA português poderá influenciar os termos da aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo por parte dos tribunais na RAEM.

O actual contexto propicia esta reflexão por o anterior CPA português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, que influenciou a aprovação do Código de Procedimento Administrativo de Macau, pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de Outubro, não consagrar expressamente este princípio.

Assim, em total sintonia de regimes, quer o CPA português/91, quer o CPA da RAEM/99, não assumiam em letra de lei o princípio do aproveitamento do acto administrativo.

Tal circunstância não obstou que, em ambos os ordenamentos, esse princípio fosse reconhecido e aplicado pelos tribunais administrativos.

A novidade que ocorre na actualidade decorre de o novo CPA português/2015, consagrar pela primeira vez o princípio do aproveitamento do acto administrativo, até aqui de fonte doutrinal e de aplicação exclusivamente jurisprudencial³.

Por isso, o CPA da RAEM espelha a realidade que existia no ordenamento jurídico português no momento antecedente à entrada em vigor do seu novo CPA.

² Cfr. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&nversao

³ A teoria do aproveitamento do acto administrativo tem sido globalmente aceite noutros ordenamentos, nuns casos sustentada pela doutrina e assente na prática jurisprudencial, como se verificou em Portugal até à entrada em vigor do novo CPA e se verifica na RAEM e em França e, noutros casos, como na Alemanha, com consagração expressa na lei.

Tal motiva a análise da relevância da entrada em vigor do novo CPA português na RAEM, especificamente no tocante à aplicação deste princípio geral de direito administrativo.

A consagração do princípio do aproveitamento do acto administrativo no novo CPA introduz alterações no regime da invalidade do acto administrativo, designadamente, da anulabilidade, passando a estar definidas as situações em que não se produz o efeito anulatório do acto administrativo.

Pela primeira vez o legislador veio tomar posição sobre o âmbito de aplicação do princípio do aproveitamento do acto, enunciando as situações que traduzem restrições ao regime de anulabilidade do acto.

Tal assume uma enorme relevância no contexto do exercício dos poderes públicos de autoridade, assim como no que respeita ao regime de validade dos actos administrativos, determinando o interesse do confronto entre o que o legislador vem agora consagrar e a prática jurisprudencial administrativa.

Como melhor se explicitará, como se verificou em Portugal até ao momento de entrada em vigor do novo CPA, também na RAEM o princípio do aproveitamento do acto administrativo assume uma *natureza processual*, por não ter consagração legal e ser de aplicação exclusiva por parte dos tribunais administrativos, não sendo aplicado pela Administração Pública para efeito da revogação de acto administrativo.

II. Breve enquadramento dogmático do princípio do aproveitamento do acto administrativo

O princípio do aproveitamento do acto administrativo, que se exprime pela fórmula latina *utile per inutile non vitiatur*, também designado de princípio de inoperância dos vícios ou de princípio de economia dos actos públicos, tem sido tratado na doutrina a propósito do regime de invalidade do acto administrativo e da relevância das formalidades e do procedimento na formação e manifestação da vontade administrativa.

A sua discussão doutrinal foi introduzida no diálogo comparativo da relevância da *substância* sobre a *forma* e sobre o *procedimento*, permitindo a construção das teorias da relevância limitada dos vícios de forma e de procedimento, das formalidades essenciais e não essenciais e da degrada-

ção ou irrelevância das formalidades não essenciais, no âmbito da discussão da força normativa dos preceitos que prescrevem as formas e formalidades e da relevância invalidante dos vícios de forma⁴.

Embora a doutrina se incline para estender a sua aplicação a outras formas de actuação administrativa, como o regulamento, o contrato ou outras formas de actuação procedimentalizadas da Administração⁵, a realidade tem ditado a aplicação jurisprudencial do princípio quase exclusivamente ao acto e no âmbito da acção administrativa impugnatória⁶, correspondente ao recurso contencioso previsto no artigo 20.º do Código de Processo Administrativo Contencioso⁷ (CPAC), vigente na RAEM.

O novo CPA português, acolhendo esta realidade, veio estabelecer o princípio do aproveitamento do acto administrativo no n.º 5 do artigo 163.º, inserido na Secção III, “*Da Invalidade do acto administrativo*”, do Capítulo II, “*Do ato administrativo*”, da Parte IV “*Da Actividade Administrativa*”, não estendendo a sua aplicação às demais formas de actuação administrativa.

⁴ Nas teses gerais sobre a relevância invalidante dos vícios de forma, a doutrina tem distinguido as teses, *formalista* e *substancialista*. Segundo a primeira todo e qualquer vício de forma invalida o acto, independentemente de o seu conteúdo ser ou não conforme ao direito, mas para a segunda o vício de forma só invalida o acto se tiver, directa ou indirectamente, influenciado o conteúdo ilegal do acto ou impedir a apreciação da legalidade do conteúdo do acto - VITALINO CANAS, “*Vicio de ...*”, pp. 153 e segs. Na maior parte dos ordenamentos, vigoram as citadas teses sob forma mitigada.

⁵ Vide, RUI MACHETE, “*A relevância ...*”, pp. 853.

⁶ O Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_strutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=439&nversao=&tabela=leis], entrado em vigor em 2 de Dezembro de 2015. Uma das suas principais alterações traduz-se na eliminação da dicotomia entre acção administrativa *comum* e *especial*, correspondente à distinção entre o contencioso das acções e o contencioso dos actos e das normas administrativas. Esta alteração implica que todas as pretensões a que não corresponda forma especial passam a correr sob a forma da acção administrativa, enquanto processo declarativo comum e único meio processual não urgente no contencioso administrativo português, no âmbito do qual recaem a maior parte dos litígios administrativos, a que acrescem formas especiais, todas submetidas ao regime da urgência. Sobre o tema, cfr. ANA CELESTE CARVALHO, “*O regime processual da nova acção administrativa: aproximações e distanciamentos ao Código de Processo Civil*”, CJA n.º 113, Set./Out. 2015, pp. 13-24 e “*O objecto e a modificação do objecto da nova acção administrativa*”, CJA n.º 114, Nov./Dez. 2015, pp. 3-15.

⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/99/M, de 13 de Dezembro.

Porém, os artigos 283.º n.º 4 e 283.º-A do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro⁸, que regulam o regime de invalidade do contrato, prevêm o princípio do aproveitamento do contrato, permitindo que o efeito anulatório do contrato possa ser afastado por decisão judicial ou arbitral, quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença e a gravidade da ofensa geradora do vício do acto procedimental em causa, a anulação do contrato se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé ou quando se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjectiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial.

Decorre do exposto que a aplicação do princípio do aproveitamento não é restrita ao acto, podendo ocorrer em relação a outras formas de actuação dos poderes públicos, designadamente, sob a forma contratual e que no ordenamento jurídico português, antes mesmo do novo CPA, já o direito substantivo, no CCP, reconhecia o princípio do aproveitamento do contrato.

Significa que o legislador prevê o princípio do aproveitamento também ao contrato, permitindo que o tribunal não invalide o contrato quando se demonstre inequivocamente que o vício de que enferma não implicaria uma modificação subjectiva no contrato celebrado, nem uma alteração do seu conteúdo essencial.

Assim, no ordenamento jurídico português a lei substantiva prevê a aplicação do princípio do aproveitamento do *acto* administrativo, no novo CPA e do *contrato*, no CCP.

Sendo o acto e o contrato inválidos, verificadas as circunstâncias legais previstas, o tribunal não declara a sua invalidade, antes mantendo tais actuações jurídicas na ordem jurídica como se fossem válidas.

No que se refere ao direito vigente na RAEM, embora sob outro quadro normativo, a realidade não é diferente.

Sabido que o CPA da RAEM não consagra expressamente o princípio do aproveitamento no tocante ao acto administrativo, é nesta forma de actuação dos poderes públicos que a aplicação do princípio se faz sentir.

⁸ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=2063&nversao=&tabela=leis.

Como em Portugal, a inexistência de norma jurídica referente ao princípio do aproveitamento não impediu os tribunais da RAEM de o aplicar, com ou sem invocação expressa, como se extrai da análise *infra* da sua jurisprudência⁹.

No âmbito da jurisprudência de Macau, *vide* o Acórdão do Tribunal de Última Instância (TUI) da RAEM, Processo n.º 45/2011, de 12 de Outubro:

“II – No procedimento administrativo contratual haverá uma situação de irrelevância do vício de procedimento sempre que (e na medida em que) os fins específicos que a imposição legal (ou regulamentar) da formalidade visava atingir tenham sido comprovadamente alcançados, no caso concreto, ainda que por outra via.

III – Nos concursos públicos de empreitada de obras públicas e de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública a exclusão de uma proposta ou de uma candidatura por causa de um aspecto meramente formal e de pormenor pode violar o princípio da proporcionalidade.”¹⁰.

Assim, no âmbito de um procedimento administrativo de formação de contratos, foi decidida a “irrelevância” do vício de procedimento, “sempre que (e na medida em que) os fins específicos que a imposição legal (ou regulamentar) da formalidade visava atingir tenham sido comprovadamente alcançados, no caso concreto, ainda que por outra via.”.

Sem invocação expressa do princípio do aproveitamento do acto administrativo, a mais alta instância jurisdicional da RAEM procedeu à aplicação da sua doutrina, não extraindo o efeito invalidatório típico do vício de procedimento dado por demonstrado em juízo.

Significa que sem lei escrita, os tribunais da RAEM aplicam o princípio do aproveitamento do acto, inclusivamente, no âmbito do procedimento administrativo de formação de contratos.

Não obstante a vigência de quadros normativos não coincidentes, perante a ausência de um CCP e de leis administrativas que prevejam a sua aplicação na RAEM, ambos os ordenamentos assumem interpretações e aplicações semelhantes do princípio do aproveitamento.

⁹ Analisamos a jurisprudência do TUI da RAEM, nos últimos quinze anos e do Tribunal de Segunda Instância (TSI), nos últimos cinco anos.

¹⁰ Cfr. <http://www.court.gov.mo/sentence/pt-5397c6328b563.pdf>

Em ambos os sistemas jurídicos e judiciários, sem consagração legal, o princípio do aproveitamento do acto administrativo não tem deixado de vigorar como princípio geral de direito administrativo e de ser aplicado pelos tribunais, justificando que se transponha para a RAEM a análise e o entendimento que até ao novo CPA vigorou em Portugal.

O princípio do aproveitamento do acto administrativo conjuga um conjunto de temas próprios do âmbito do direito administrativo, perpassando a matéria do regime de invalidade, da relevância da substância, do procedimento e da forma, do exercício dos poderes vinculados e dos actos discricionários e fazendo apelo a diversa ordem de considerações, como o princípio da celeridade, o princípio da utilidade na anulação de actos administrativos ou o princípio da economia processual ou de meios, de modo a extrair-se da anulação os seus efeitos típicos.

Segundo a doutrina portuguesa, o princípio corresponde “a uma dimensão autónoma da relevância limitada do vício de forma”¹¹, embora não seja exclusiva deste tipo de vícios, por se poder “colocar em relação a qualquer defeito do acto administrativo, designadamente em caso de vícios de fundo por erro de facto ou de direito quanto aos pressupostos ou aos motivos”¹².

Tendo a reforma do contencioso administrativo em Portugal, de 2002/2004, introduzido uma crescente dimensão da defesa das posições subjectivas dos particulares, tornando-se o contencioso administrativo acentuadamente de natureza subjectiva, com expressão processual na acção de condenação à prática do acto devido, tal pretensão permite assinalar as diferenças ao nível da tutela do direito das formas e formalidades.

Por a condenação à prática do acto devido ser centrada na pretensão do interessado e não no acto administrativo, como na impugnação de acto administrativo, os vícios formais ou de procedimento, reconduzíveis ao regime da anulabilidade, não são directamente tutelados, não constituindo fundamento para a procedência do pedido de condenação.

Embora na RAEM assuma grande relevância o recurso contencioso, de natureza eminentemente objectiva, destinado à anulação, declaração

¹¹ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “O dever ...”, pp. 326.

¹² *Op. loc. cit.*

de nulidade ou de inexistência jurídica¹³ do acto, em que os vícios de forma e de procedimento são directamente tutelados, o CPAC também prevê a acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos.

Esta pretensão introduzida no CPAC, entrado em vigor em 1999, corresponde à acção de condenação à prática do acto devido, prevista no CPTA, entrado em vigor em 2004.

Como a jurisprudência administrativa portuguesa tem decidido¹⁴, deduzida pretensão material cuja tutela processual seja assegurada através do pedido de condenação à prática do acto devido, prevalece a dimensão substantiva do direito do autor, pelo que não relevam as eventuais invalidades formais ou procedimentais que, em regra, não são aptas a obter a condenação da entidade competente à prática de um acto ilegalmente omitido ou recusado.

Por outras palavras, sendo deduzido o pedido de condenação à prática de acto devido, em consequência do indeferimento, da recusa ou da omissão da sua prática, releva apurar se a pretensão do autor é fundada, ou seja, se o autor tem direito à prática do acto positivo que dê satisfação material à sua pretensão, não relevando o vício de natureza formal ou procedimental, por esse vício, ainda que exista, não tutelar a sua posição jurídico-substantiva.

Deste modo, na actualidade, tal como no passado, a maior relevância, quer teórica, quer prática, dos vícios formais e procedimentais, ocorre, sobretudo, no âmbito da impugnação de acto administrativo, correspondente ao recurso contencioso no CPAC, dirigida à invalidade de actos de conteúdo positivo, cujo conteúdo não se esgote na mera recusa na emissão de acto administrativo¹⁵.

¹³ O novo CPA eliminou a inexistência jurídica do regime da invalidade do acto administrativo, prevendo apenas a nulidade e a anulabilidade, e a reforma do CPTA eliminou a inexistência jurídica do objecto da acção de impugnação, passando essa pretensão a ser deduzida na acção de simples apreciação. Assim, tendo a inexistência jurídica sido abolida do direito substantivo, não o foi no direito processual.

¹⁴ Cfr. os Acórdãos do STA, n.º 0232/12, de 16/01/2013 e na segunda instância, do TCA Sul n.º 04275/08, de 02/02/2012 e 06421/10, de 20/06/2013 e do TCA Norte, n.º 00045/05.4BECBR, de 12/10/2012.

¹⁵ Perante um acto de indeferimento ou de conteúdo puramente negativo não é possível pedir a sua impugnação, sendo a acção para determinação/condenação da prática de acto devido a forma processual própria para reagir contra o acto negativo, omissão e recusa (cfr. artigos 103.º e 104.º do CPAC e 51.º, n.º 4 e 66.º, n.ºs 1 e 2 do CPTA).

Por este motivo, a introdução no direito processual administrativo da acção de determinação/condenação à prática de acto devido, quer na RAEM, quer em Portugal, assume relevância para a discussão do tema da aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo pelos tribunais, já que ao ampliar-se a natureza subjectiva do contencioso administrativo, limita-se a relevância processual dos vícios formais e procedimentais em relação aos vícios substanciais.

Nesta relação de proximidade entre o princípio do aproveitamento e o contencioso administrativo não será ainda de estranhar a origem jurisprudencial do princípio e a importância que o contencioso administrativo tem assumido na formulação de princípios gerais de direito administrativo.

Sem previsão legal em norma jurídica, tem sido a jurisprudência que através da decisão do caso concreto tem alimentado e dado vida ao princípio do aproveitamento do acto administrativo, motivo pelo qual se mostra essencial o conhecimento das decisões proferidas pelos tribunais.

III. Algumas dimensões do princípio do aproveitamento do acto administrativo na lei

Não tendo o princípio surgido por consagração expressa da lei, não se questiona que se encontre reflectido num conjunto de normas do ordenamento jurídico.

A interpretação dos ordenamentos jurídicos permite extrair a existência do princípio do aproveitamento do acto administrativo, assim como a sua relevância operacional, seja ao nível das normas materiais, seja ao nível do direito adjectivo, o que explica merecer aplicação jurisprudencial antes de ter consagração legal.

Em Portugal, destaca-se o artigo 266.º da Constituição, que consagra o princípio de prossecução do interesse público, pautado por uma actuação administrativa racional, eficiente e célere, e o desenvolvimento desse princípio num conjunto alargado de normas no CPA, como os princípios da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos (artigo 4.º) e da boa administração, que apela a critérios de eficiência, economicidade e celeridade da Administração

(artigo 5.º), entre outros preceitos¹⁶, enquanto aflorações implícitas do princípio do aproveitamento.

Na RAEM não prevendo a Lei Básica disposição similar ao citado artigo 266.º, relevam os preceitos do CPA que consagram os princípios gerais da actividade administrativa, como o artigo 4.º, que prevê o princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos residentes, assim como aflorações implícitas nos artigos 23.º, 126.º e 135.º.

Além das citadas normas materiais, encontramos reflexos do princípio do aproveitamento do acto administrativo em termos mais vastos, do aproveitamento dos actos jurídicos, no direito adjectivo, no artigo 193.º do Código de Processo Civil (CPC) português, ao prever-se em caso de erro na forma do processo, o aproveitamento dos actos processuais que não traduzam uma diminuição das garantias do réu.

No direito da RAEM releva o artigo 145.º do CPC que consagra princípio idêntico, segundo o qual, “O erro na forma do processo importa unicamente a anulação dos actos que não possam ser aproveitados ...”.

Porém, a principal relevância prática do princípio do aproveitamento do acto administrativo emerge do procedimento administrativo e das finalidades que lhe estão associadas, quanto à prática de um conjunto ordenado de actos e de formalidades que visam a formação, exteriorização e execução da vontade administrativa, e segundo o princípio de que todas as formalidades legalmente prescritas são essenciais¹⁷, cuja preterição ou inobservância gera a ilegalidade do acto administrativo, mas sem que aí se esgote a sua aplicação.

IV. O princípio do aproveitamento do acto administrativo no novo CPA

O princípio do aproveitamento do acto administrativo tem sido aplicado, sobretudo, a propósito de vícios formais e procedimentais, como a

¹⁶ Cfr. os artigos 28.º (inobservância das disposições sobre convocação de reuniões), 164.º (ratificação, reforma e conversão) e 174.º (possibilidade de rectificação de actos administrativos a todo o tempo, por erro de cálculo ou erro material manifestos), a que correspondem, com alterações, os artigos 23.º, 126.º e 135.º do CPA da RAEM.

¹⁷ Vide FREITAS DO AMARAL, “*Curso de Direito Administrativo*”, II, 2ª ed., Almedina, 2011, pp. 387.

preterição da forma legal prescrita e a preterição de formalidades anteriores ou concomitantes à prática do acto, colocando-se, com maior incidência, na preterição de audiência prévia e na falta de fundamentação¹⁸.

A maioria da jurisprudência tem excluído a aplicação do princípio no caso de verificação de vícios materiais ou de violação de lei.

Porém, as ilegalidades procedimentais e formais não esgotam o âmbito de aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo, como o legislador do novo CPA vem agora reconhecer.

Adopta o n.º 5 do artigo 163.º do novo CPA a seguinte redacção:

“5 - Não se produz o efeito anulatório quando:

a) O conteúdo do ato anulável não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível;

b) O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via;

c) Se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo.”

Excluindo a alínea b), do n.º 5 do artigo 163.º, que se refere expressamente aos vícios formais e procedimentais, as alíneas a) e c) consentem que o princípio do aproveitamento seja aplicado a actos que enfermem de vícios de outra natureza, designadamente, materiais, conquanto se verifiquem os pressupostos legais previstos.

Ocorrendo uma ilegalidade formal, procedimental ou também material ou substantiva, decorrente da violação de normas ou de princípios que regulam a forma de organização, funcionamento e actuação da Ad-

¹⁸ VITALINO CANAS, obra cit., pp. 172 e segs., analisa a relevância de um conjunto de vícios de forma para a validade do acto administrativo, de entre os quais, os vícios causados por carência *absoluta* de forma e por carência *relativa* de forma. Nestes últimos, distingue os vícios por falta de formalidades de iniciativa e por falta de formalidades instrutórias (por falta de audiência de pessoas, pareceres, notificações ou autorizações), vícios quanto à formalidade de fundamentação e vícios quanto à parte identificadora do acto (falta de identificação do autor do acto, falta de assinatura, falta de menção da delegação de poderes, falta de menção de data...), entre outros, assumindo que “*a sistematização compete, em última análise, à doutrina e não à jurisprudência*”.

ministração, está o juiz habilitado, nos casos e condicionalismos previstos nas alíneas do n.º 5 do artigo 163.º, a permitir que o acto continue a produzir os seus efeitos jurídicos.

Está em causa o tomar em consideração ponderativa valores que ultrapassam a estrita legalidade, restringindo, limitando ou mesmo evitando a destruição do acto ilegal.

Considerando a natureza instrumental das formas e formalidades, permite-se a *irrelevância* invalidante deste tipo de vícios, quando a preterição ou a omissão tenham permitido a verificação do objectivo previsto na lei, ou porque outras circunstâncias tornaram inútil a renovação do acto, por o conteúdo do acto não poder ser outro ou porque sem o vício, o acto teria sido praticado com o mesmo conteúdo, pelo que, desse modo, tornaram igualmente inútil a anulação judicial desse acto.

Verifica-se nestes casos a irrelevância do vício ou uma degradação ou desvalorização das formalidades essenciais, porque prescritas na lei, em formalidades não essenciais, permitindo-se que em honra de considerações ponderativas de economia, celeridade, racionalidade e eficiência, o acto não seja destruído, apesar de ilegal.

Segundo a jurisprudência portuguesa, “não se justifica a anulação de um acto, mesmo que enferme de um vício de violação de lei ou de forma, quando a existência desse vício não se veio a traduzir numa lesão em concreto para o interessado cuja protecção a norma visa, designadamente, no caso de um vício procedimental, quando a sua ocorrência não teve qualquer reflexo no procedimento administrativo”¹⁹.

Por isso, nos casos em que o princípio do aproveitamento tem aplicação, tudo se passa como se o acto não se mostrasse eivado de invalidade ou se o vício nunca tivesse existido, não obstante a ilegalidade do acto ao reconhecimento da sua produção de efeitos.

Num balanço entre o princípio da legalidade e os valores que emergem do princípio do aproveitamento, sobrepõem-se o peso das considerações decorrentes da eficácia, do custo-benefício e da celeridade, eficiência e economia, decorrentes da ponderação dos interesses públicos e privados em presença.

¹⁹ Cfr. Acórdão do STA, n.º 0161/07, de 22/05/2007.

Seguindo PAULO OTERO, “Se a inconstitucionalidade e as situações de nulidade decorrentes da violação da legalidade ordinária permitem que certos efeitos possam ser ressalvados, conferindo a ordem jurídica ao juiz um poder modulativo ou manipulador dos efeitos das suas sentenças, por maioria de razão, atendendo a uma exigência de unidade do sistema jurídico em torno dos valores da segurança, equidade e interesse público de excepcional relevo, não pode deixar de se reconhecer ao juiz a faculdade de adoptar uma de duas condutas:

- Procedendo à anulação de um acto, ressaltar situações já produzidas ao seu abrigo, fixando os efeitos da anulação com alcance mais restritivo do que os resultantes da retroactividade da “destruição” do acto anulável;

- Apesar de reconhecer a invalidade do acto, afastar, todavia, o efeito anulatório, permitindo que o acto continue a produzir efeitos como se fosse válido.”²⁰.

O princípio do aproveitamento do acto administrativo permite evidenciar a relevância do papel do juiz na realização do Direito, mediante não apenas a aplicação da lei escrita, mas mediante a formulação de juízos de ponderação dos interesses e valores em presença.

Subjacente a todas as hipóteses previstas nas alíneas do n.º 5 do artigo 163.º, está a consideração ponderativa de que no caso de se poder afirmar, “*sem margem para dúvidas*”, que não obstante o vício em que o acto incorreu, não houve lesão do interesse público, nem prejuízo relevante para o impugnante porque através de outra via se alcançaram, no caso concreto, os fins que se visavam atingir ou porque o conteúdo do acto não pode ser outro ou se comprova que o acto teria sido praticado com o mesmo conteúdo, não deve ser destruído o acto administrativo.

Se não existem vantagens para o interesse público na anulação, nem vantagens para os particulares, onde se incluem os contra-interessados²¹ titulares de interesses legítimos na manutenção do acto, incluindo o im-

²⁰ “*Manual de Direito Administrativo*”, I, Almedina, 2014, pp. 564-565.

²¹ Os contra-interessados a quem o provimento do processo impugnatório possa directamente prejudicar ou que tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado são partes no processo (artigos 57.º do CPTA e 39.º do CPAC). Segundo o Acórdão do TUI, Processo n.º 121/2014, de 04/11/2015, “*1. A falta manifestamente indesculpável de identificação dos contra-interessados é uma das causas de rejeição liminar do recurso contencioso – art.º 46.º n.º 2, al. f) do CPAC.*” [http://www.court.gov.mo/pt/subpage/tui-yong?cc=121/2014]

pugnante, por não lhe aproveitar os efeitos típicos da anulação, não existem razões que imponham a anulação.

A anteceder esse juízo, deve o juiz analisar se a Administração, perante as circunstâncias do caso concreto e no quadro legal definido, iria decidir do mesmo modo ou se renovaria o acto caso este fosse anulado, devendo responder a estas questões do ponto de vista jurídico, como questões de direito e não como uma prognose fáctica ou questões de facto.

Como questão de direito ou como critério decisório, não recaem meios de prova sobre os pressupostos da aplicação do princípio.

No caso de se considerar, no caso concreto, que o conteúdo do acto não pode ser outro ou que aquele concreto vício em que o acto incorreu não teve qualquer influência no sentido ou no conteúdo da decisão, o tribunal não anula o acto administrativo.

A expressão “sem margem para dúvidas”, referida na alínea c) do n.º 5 do artigo 163.º, apela a uma ideia de forte convicção do julgador, que afasta qualquer margem de incerteza ou dúvida, equivalente a um grau de certeza.

Questiona-se se essa comprovação será também de aplicar às alíneas a) e b) e se essa comprovação deverá ser do mesmo grau.

Apesar de o legislador não se referir expressamente, essa comprovação deve valer para todas as alíneas do n.º 5 do artigo 163.º, não existindo razões que determinem menor exigência quanto à comprovação dos pressupostos das alíneas a) e b), em relação à alínea c).

O cerne da questão consiste em saber se certo vício, que não teve influência no acto praticado, deve conduzir necessariamente à anulação pelo tribunal ou se assiste a este o poder e, porventura, o dever de recusar essa anulação, por considerar o vício irrelevante, por aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo.

Concretizando, haverá discricionariedade judicial ou haverá um poder-dever de não anulação do acto?

Antes do novo CPA devia entender-se que assistia ao juiz o poder ou a faculdade de não anular o acto administrativo, sendo duvidoso o carácter de obrigatoriedade de aplicação do princípio do aproveitamento.

Acentuava-se o papel do juiz, assumindo o princípio do aproveitamento uma dimensão eminentemente processual.

Doutro modo se entende agora em relação ao n.º 5 do artigo 163.º do novo CPA, ao consagrar-se o efeito ope legis ou por mera decorrência da lei, de não se produzir o efeito anulatório do acto administrativo nas circunstâncias previstas na lei.

Segundo a redacção legal agora aprovada não se concede ao juiz a faculdade de anular ou não anular o acto administrativo, tendo o juiz o imperativo legal de não anular sempre que se verifiquem os pressupostos previstos na lei.

Além disso, a norma legal passa a ser dirigida quer ao tribunal, quer à Administração Pública, em sintonia com o demais regime previsto no artigo 163.º, ficando delimitadas as circunstâncias em que não se pode anular, judicial ou administrativamente, o acto administrativo²².

Por este motivo, ao invés da dimensão processual, acentua-se agora a dimensão material ou substantiva do princípio do aproveitamento, assumindo a lei, ao invés de remeter para o juiz, o afastamento do efeito anulatório do acto.

A solução legal visa clarificar o âmbito de intervenção do juiz, pretendendo conferir maior certeza e segurança jurídica em relação ao status quo anterior, em que era muito fluida e imprecisa a dimensão aplicativa do princípio do aproveitamento do acto administrativo, apenas podendo afastar-se o efeito anulatório nas situações enunciadas nas alíneas a) a c), do n.º 5 do artigo 163.º do novo CPA.

Por força da consagração legal das situações em que não se produz o efeito anulatório, no âmbito do regime da anulabilidade e da opção pela sua dimensão material ou substantiva, a norma legal passa a ser dirigida ao juiz e à Administração, clarificadora quanto à consagração de um poder-dever de não anulação, sem deixar de caber um papel relevante à

²² O novo CPA distingue a *anulação administrativa*, da *anulação judicial* e assume que o mero decurso do prazo de impugnação judicial não torna válido o acto anulável, permitindo em certas condições a anulação administrativa de actos inimpugnáveis contenciosamente. Substitui-se a revogação de actos válidos, pela *revogação* e a revogação de actos inválidos, pela *anulação administrativa* (artigos 129.º e 130.º do CPA da RAEM).

jurisprudência na concretização das situações gerais e abstractas previstas na lei.

No que respeita à influência que o novo CPA português poderá exercer sobre a aplicação do direito administrativo na RAEM, a mesma decorrerá da proximidade que existe entre os dois ordenamentos jurídicos.

Esta influência é natural entre ordenamentos jurídicos que têm uma origem comum, assim como no contexto da influência que, de um modo geral, o direito comparado exerce sobre os vários ordenamentos jurídicos.

Considerando a origem do direito procedimental vigente na RAEM, será natural que este absorva algumas das soluções introduzidas no direito administrativo português.

V. Excursão pela jurisprudência administrativa: análise crítica

Tendo por base os contributos da doutrina, tem cabido à jurisprudência dar relevância prática ao princípio do aproveitamento do acto administrativo, designadamente, no momento em que não se encontrava positivado no ordenamento jurídico, sendo pela análise da decisão judicial que se encontra a sua dimensão aplicativa.

Do universo das decisões judiciais analisadas, verifica-se divergir a jurisprudência em questões tão relevantes como o âmbito de aplicação do princípio do aproveitamento ou as razões enformadoras da sua criação e que justificam a sua aplicação jurisprudencial.

1. Princípio do aproveitamento do acto administrativo como princípio geral de direito

Enquadrando o princípio do aproveitamento do acto administrativo como princípio geral de direito, existem variadíssimos acórdãos dos tribunais administrativos portugueses.

Todos comungam do entendimento de o princípio resultar do ordenamento jurídico e revestir diversas designações, estando o juiz habilitado à sua aplicação, sob a invocação de fundamentos nem sempre coincidentes.

- Ac. do STA, n.º 046611, de 07/02/2002:

“O princípio do aproveitamento do acto administrativo é, no domínio de apreciação de invalidade dos actos administrativos, o corolário do princípio da economia dos actos públicos, refração do princípio geral de direito que se exprime pela fórmula *utile per inutile non vitiatur*, servindo o interesse de que não devem ser tomadas decisões sem alcance real para o impugnante, porque a economia de meios é, também em si, um valor jurídico, correspondendo a uma das dimensões indispensáveis do interesse público ...”²³.

- Ac. do STA, n.º 01521/02, de 11/10/2007, veio sintetizar os argumentos invocados pela jurisprudência:

“... é jurisprudência deste Supremo Tribunal Administrativo que nem sempre a verificação de uma ilegalidade tem eficácia invalidante, ainda que para tanto recorra a fundamentos muito diversificados:

(i) há uma grande variedade de casos em que é sublinhada a identidade dos efeitos produzidos pelo acto (inválido) e os que decorreriam de uma decisão futura sobre os mesmos pressupostos – cfr. o acórdão de 28-5-97, recursos 37051; 8-6-93, rec. 31832; 18-10-94, rec. 33966 e 2-3-97, rec. 27930;

(ii) há casos em que a irrelevância do erro de facto e de direito é justificada com a invocação do princípio do aproveitamento do acto perante uma dupla fundamentação, quando um dos fundamentos é exacto e suporá a legalidade do acto - acórdão de 12-5-88, rec. 25001; 23-1-2002, rec. 45967; 22-7-82, rec. 16746 e de 20-3-97, rec. 27930;

(iii) há ainda casos em que a irrelevância do erro de facto ou de direito emerge da coincidência entre o acto e os seus pressupostos vinculados (decisão imposta por lei) – acórdão de 28-4-99, rec. 35821; 24-3-87, recurso 23576; 15-10-87, recurso 18585, 3-4-97, rec. 21232 e 10-2-98, rec 42216;

²³ Nos Acórdãos do STA, n.ºs 0161/07, de 22/05/2007 e 0383/07, de 12/07/2007 resulta: “O princípio da conservação dos actos jurídicos é um princípio geral de direito, com origem no direito romano, expresso posteriormente na máxima “*utile per inutile non vitiatur in actibus dividuis et separabilibus est vulgata regula*”.

(iv) há casos em que a justificação é feita com apelo à degradação da preterição de formalidades não essenciais – cfr. acórdão de 28-5-98 rec. 41522 de 14-5-98, recurso 41373;

(v) há finalmente situações, menos frequentes, em que se tem admitido a relevância da extinção do direito subjectivo pretensamente violado pelo acto inválido – cfr. o ac. da 2ª Secção de 21-3-2001, rec. 25107 ...

Alguma jurisprudência deste Supremo Tribunal tem entendido que em todos estes casos aflora o mesmo princípio “*utile per inutile non vitiatur*”, de que é exemplo o acórdão do Pleno da 1ª Secção de 12-11-2003, proferido no recurso 041291: “Este Supremo Tribunal Administrativo tem vindo a aplicar frequentemente o princípio geral de direito que se exprime pela fórmula latina *utile per inutile non vitiatur*, e que, com essa ou com outras formulações e designações (como a de princípio da inoperância dos vícios, a de princípio antiformalista, a de princípio da economia dos actos públicos e a de princípio do aproveitamento do acto administrativo), tem sido aplicado frequentemente por este Supremo Tribunal Administrativo”.

Em Portugal, o princípio do aproveitamento também obtém expressão nos tribunais de segunda instância administrativa, os Tribunais Centrais Administrativos (TCA)²⁴.

Assim, sob invocação de diferentes razões, os tribunais têm sido unânimes no reconhecimento do princípio do aproveitamento do acto administrativo como princípio geral de direito, com tradução em diversas normas do ordenamento jurídico.

A sua aplicação tem permitido manter actos administrativos na ordem jurídica, sem prejuízo da ilegalidade de que enfermem, não sendo a argumentação igual em todos os casos, divergindo consoante as circunstâncias do caso concreto.

2. Âmbito de aplicação: actos vinculados e actos discricionários

Aspecto essencial do regime do princípio do aproveitamento do acto administrativo é o do seu âmbito de aplicação.

²⁴ Vide o Acórdão do TCA Norte, n.º 00462/2000-Coimbra, de 22/06/2011.

Não obstante se reconhecer que não existem actos exclusivamente vinculados, nem exclusivamente discricionários, tem-se procurado saber se o princípio do aproveitamento pode ter aplicação aos actos praticados no exercício de poderes predominantemente discricionários ou, como preconiza alguma doutrina e se extrai de alguma jurisprudência, apenas quando esteja em causa um acto praticado ao abrigo de poderes estritamente vinculados.

A falta de unanimidade quanto a esta questão não ocorre apenas na jurisprudência portuguesa, já que a doutrina também se divide²⁵.

Para alguma jurisprudência administrativa portuguesa a natureza do acto não releva para a aplicação do princípio.

Admitindo a aplicação do princípio no domínio dos actos discricionários, destacamos:

- Ac. do STA, n.º 046611, de 07/02/2002:

“O seu âmbito de aplicação não se determina mecanicamente pela antítese vinculação <-> discricionariedade, em termos de sempre ser de excluir no domínio dos actos praticados no exercício de um poder discricionário. Limitando-nos ao erro (nos pressupostos ou na base legal) porque é desse tipo o vício em causa, há erros respeitantes a actos praticados no uso de um poder discricionário cuja anulação o juiz administrativo pode abster-se de decretar por invocação do referido princípio, atendendo à razão que o justifica. Mesmo neste domínio, o tribunal pode negar relevância anulatória ao erro, sem risco de substituir-se à Administração²⁶, quando, pelo conteúdo do acto e pela incidência da sindiciação que foi chamado a fazer, possa afirmar, com inteira segurança, que a representação errónea dos factos ou do direito aplicável não interferiu com o conteúdo da decisão adminis-

²⁵ J. C. VIEIRA DA ANDRADE nega a possibilidade de aplicação do princípio do aproveitamento a actos discricionários, apenas admitindo a sua aplicação quando o juiz “considerar uma solução como sendo a única conforme ao Direito, de modo a excluir a eventualidade de a Administração ter decidido ou vir a decidir de outra maneira através de um acto devidamente justificado”, pelo que, “onde haja poderes discricionários ou espaços de escolha administrativa, não poderá o juiz aproveitar um acto formalmente viciado, porque não está em condições de declarar aquele conteúdo como a única decisão legítima”, in “O dever ...”, pp. 330-331.

²⁶ Cfr. Prof. Afonso Queiró, RLJ-117º, pags. 148 e segs.

trativa porque não afectou as ponderações ou as opções compreendidas (efectuadas ou potenciais) nesse espaço discricionário.”.

- Ac. do STA, n.º 01521/02, de 11/10/2007:

“A mais frequente fundamentação é, contudo, a de aceitar a irrelevância de vícios procedimentais sempre que a decisão tomada seja a única possível, mesmo perante actos praticados no exercício do poder discricionário, como se pode ver, no acórdão de 7-2-2002, proferido no recurso 46.661...”²⁷.

Nestes arestos, o tribunal foi assertivo quanto ao facto de o princípio do aproveitamento tanto poder operar no caso de actos praticados no exercício de poderes vinculados, como de poderes discricionários.

Porém, em sentido divergente, restringindo a sua aplicação aos actos vinculados, pronuncia-se a maioria da jurisprudência portuguesa:

- Ac. do STA, n.º 01618/02, de 23/05/2006 (Pleno):

“... só se admite que o tribunal administrativo deixe de decretar a anulação do acto que não deu prévio cumprimento ao dever de audiência, aproveitando-o, quando ele, de tão impregnado de vinculação legal, não consente nenhuma outra solução (de facto e de direito) a não ser a que foi consagrada, isto é, quando esta se imponha

²⁷ *Vide* Acórdão do TCA Norte, n.º 00462/2000-Coimbra, de 22/06/2011: “Tal princípio habilita o julgador ... a poder negar relevância anulatória ao erro da Administração [seja por ilegalidades formais ou materiais], mesmo no domínio dos actos proferidos no exercício de um poder discricionário, quando, pelo conteúdo do acto e pela incidência da sindicância que foi chamado a fazer, possa afirmar, com inteira segurança, que a representação errónea dos factos ou do direito aplicável não interferiu com o conteúdo da decisão administrativa, nomeadamente, ou porque não afectou as ponderações ou as opções compreendidas (efectuadas ou potenciais) nesse espaço discricionário, ou porque subsistem fundamentos exactos bastantes para suportar a validade do acto [v.g., derivados da natureza vinculada dos actos praticados conforme à lei], ou seja ainda porque inexistente em concreto utilidade prática e efectiva para o impugnante do operar daquela anulação visto os vícios existentes não inquinarem a substância do conteúdo da decisão administrativa em questão não possuindo a anulação qualquer sentido ou alcance. Comprovado e demonstrado que as ilegalidades cometidas não influenciam os resultados do concurso, por não darem lugar à alteração da ordenação dos candidatos a ponto da recorrente ficar posicionada em lugar que a habilite a ser admitida, tornam-se as mesmas irrelevantes ou inoperantes para efeitos de anulação do acto recorrido.”.

com carácter de absoluta inevitabilidade: um tipo legal que deixe margem de discricionariedade, dificuldades na interpretação da lei ou na fixação dos pressupostos de facto, tudo são circunstâncias que comprometem o aproveitamento do acto pelo tribunal.”²⁸.

A análise da jurisprudência revela que em Portugal os tribunais consideram, maioritariamente, que o princípio do aproveitamento apenas tem aplicação no domínio de actos praticados no exercício de poderes vinculados.

A razão de negar-se a aplicação do princípio aos actos discricionários baseia-se na circunstância de não ser seguro dizer quanto a este tipo de actos que não obstante o vício de que enfermam, ainda assim teriam sido praticados, sendo o poder judicial cauteloso, recusando proceder a considerações ponderativas próximas às do poder administrativo, excluindo juízos de oportunidade e mérito administrativo.

Se por razões de certeza e de segurança jurídica, estabilidade das relações jurídicas, celeridade, eficiência da Administração, utilidade e economia processual de meios e à luz do princípio de conservação dos actos jurídicos é mais fácil ter argumentos para a manutenção de um acto vinculado, não deverá ser a natureza do acto impugnado que deve ditar ou não a aplicação de um princípio geral de direito.

Relevante é o entendimento maioritário da jurisprudência, quanto à existência de uma margem de livre decisão da Administração afastar a aplicação do princípio do aproveitamento do acto, tendo este o seu âmbito limitado de aplicação aos actos vinculados e àqueles em que a margem de discricionariedade foi reduzida a zero - cfr. Acórdãos do STA n.º 0282/06, de 12/12/2006, 032214, de 30/03/1995 e 045623, de 02/02/2000.

Acolhendo este entendimento jurisprudencial, previu-se na alínea a) do n.º 5 do artigo 163.º, que o acto seja vinculado ou a redução a zero da discricionariedade administrativa, mas não se exclui que existam situações que se subsumam à alínea b) e, sobretudo, à alínea c), em que o acto não seja totalmente vinculado, permitindo que o princípio do aproveitamento tenha aplicação a actos discricionários.

²⁸ No mesmo sentido, cfr. os Acórdãos do STA, n.ºs 0418/03, de 04/07/2006; 0425/06, de 22/11/2006; 0779/07, de 29/05/2008 e 01129/08, de 05/03/2009.

Donde, à luz do novo CPA, a natureza do acto, vinculado ou discricionário, em si mesma, não constitui critério de aplicação ou recusa do princípio do aproveitamento do acto administrativo.

No que respeita à jurisprudência da RAEM, assinala-se a aplicação do princípio do aproveitamento apenas em relação aos actos praticados no exercício de poderes vinculados.

O TUI, no Processo n.º 77/2013, de 18/12/2013, afirmou:

“V - O princípio do aproveitamento dos actos administrativos pelo tribunal, não invalidando o acto, apesar do vício constatado, só vale na área dos actos vinculados, o que não se verifica no domínio ... das penas disciplinares da função pública, que comporta uma margem de discricionariedade.”²⁹

Já antes, o mesmo Tribunal, nos Processos n.ºs 48/2012, de 25/07/2012 e 11/2012, de 25/04/2012, decidiu:

“Sempre que, no exercício de poderes vinculados por parte da Administração, o tribunal conclua, através de um juízo de prognose póstuma, que a decisão administrativa tomada era a única concretamente possível, a falta de audiência do interessado, prevista no artigo 93.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, degrada-se em formalidade não essencial do procedimento administrativo. ... tem-se entendido que, por força do princípio do aproveitamento dos actos administrativos proferidos no uso de poderes vinculados, o tribunal não deve invalidar o acto administrativo, apesar do vício de violação de lei (ou outro) constatado, se o sentido da decisão do acto for aquele que o direito imporia.”³⁰

No Processo n.º 23/2011, de 10/06/2011, o TUI decidiu igualmente:

“IV - O princípio do aproveitamento dos actos administrativos pelo tribunal, não invalidando o acto, apesar do vício constatado, só vale na área dos actos vinculados ... se o tribunal considerar que um dos dois factos em que assentou a sanção não existe, tem de anular o acto, não lhe competindo opinar que o outro facto provado justificaria a mesma sanção. É à Administração que compete fazer tal avaliação.

²⁹ Cfr. <http://www.court.gov.mo/sentence/pt-53590d0e290ba.pdf>

³⁰ Cfr. <http://www.court.gov.mo/sentence/pt-53590d07ba67f.pdf> . Com declaração de voto.

ção, em sede de execução da sentença anulatória, tanto podendo, em abstracto, manter a sanção, como atenuá-la, como, até, não aplicar sanção alguma. Não cabe é ao tribunal invadir a área reservada à Administração ... numa zona em que à Administração é reconhecida uma margem de livre decisão, pelo que nunca estaria em causa o princípio do aproveitamento dos actos administrativos”³¹.

Antes o TUI julgou no Proc. n.º 10/2007, de 30/04/2007:

“V – Uma decisão judicial não pode anular acto administrativo com fundamento em ilegalidade de regulamento administrativo, por alterar decreto-lei, se a própria decisão judicial reconhece que o sentido do acto administrativo foi aquele que se imporia face ao mesmo decreto-lei e ao direito aplicável e se as normas do decreto-lei pertinentes para a resolução do caso não foram alteradas pelo regulamento administrativo. VI – Se, em recurso contencioso de anulação, o interessado não tem o direito que se arroga, o Tribunal, por força do princípio do aproveitamento dos actos administrativos proferidos no uso de poderes vinculados – segundo o qual não se deve invalidar o acto administrativo, apesar do vício de violação de lei constatado, se o sentido da decisão do acto for aquele que o bom direito imporia – deve negar provimento ao recurso contencioso, ainda que o acto administrativo tivesse aplicado mal a lei ou tivesse invocado normas legais ou regulamentares inaplicáveis.”

No mesmo sentido e em vários arestos tem decidido o TSI, como no Processo n.º 588/2012, de 28/02/2013:

“Tratando-se de acto de conteúdo vinculado e por força do princípio do aproveitamento dos actos administrativos e do da eficiência, a formalidade de audiência do interessado degrada-se em não essencial, pelo que a sua omissão não inquina o procedimento administrativo, nem invalida o respectivo acto administrativo.”³².

Assim, a divergência jurisprudencial portuguesa entre actos praticados no exercício de poderes vinculados e actos praticados no exercício de poderes discricionários, contrasta com a jurisprudência dos tribunais da RAEM, unânimes na aplicação do princípio apenas aos actos vinculados.

³¹ Cfr. <http://www.court.gov.mo/sentence/pt-5397c632813f6.pdf>

³² Cfr. <http://www.court.gov.mo/sentence/pt-53590d460e800.pdf>

3. Cont.: vícios formais-procedimentais e vícios materiais

Quanto à questão de saber se o princípio do aproveitamento do acto administrativo pode ter aplicação para além dos casos em que se verifiquem vícios formais ou procedimentais, também se denota alguma hesitação na jurisprudência portuguesa, existindo acórdãos em ambos os sentidos.

Não existem dúvidas de que em função da natureza e do seu escopo, o princípio do aproveitamento terá maior aplicação no caso de existirem vícios de natureza formal e procedimental, respeitando estes vícios à falta ou omissão de requisitos exteriores ao acto.

Maior dificuldade se coloca ao nível dos vícios materiais, sendo em relação a estes que se verifica divergência jurisprudencial.

Admitindo a aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo, por vícios de forma e por vícios materiais, destacamos:

- Acórdãos do STA, n.º 0161/07, de 22/05/2007 e n.º 01521/02, de 11/10/2007:

“À face deste princípio não se justifica a anulação de um acto, mesmo que enferme de um vício de violação de lei ou de forma, quando a existência desse vício não se veio a traduzir numa lesão em concreto para o interessado cuja protecção a norma visa, designadamente, no caso de um vício procedimental, quando a sua ocorrência não teve qualquer reflexo no procedimento administrativo. ... nos casos em que se apurar em concreto, com segurança, atentas as específicas circunstâncias do caso, que não ocorreu uma lesão dos direitos procedimentais dos interessados, por a sua intervenção no procedimento não poder ter virtualidade, à face da lei, para influenciar o sentido da decisão, não se justificará a anulação do acto.”

- Acórdão do STA, n.º 0121/09, de 28/10/2009:

“... Tem sido este o entendimento deste STA considerando irrelevante o erro de facto e de direito face ao “princípio do aproveitamento do acto”, em casos de plurima fundamentação, quando um ou alguns dos fundamentos são exactos e suficientes para suportar a legalidade do acto, os acórdãos deste Supremo Tribunal de 23-1-2002, recurso

45967; 22-7-82, recurso 16746 e de 20-3-97, recurso 27930, este último sublinhando que “(...) o referido princípio conduz à validade do acto quando apesar de apoiado este em um fundamento ilegal, outro ou outros fundamentos também invocados, estes legais, conduzem à introdução no ordenamento jurídico dos efeitos pretendidos por lei”.³³

Parece-nos correcto o entendimento assumido, quanto a não se limitar a aplicação do princípio do aproveitamento a actos enfermos de vício de forma ou de procedimento.

Em rigor, apenas a alínea b), do n.º 5 do artigo 163.º do novo CPA prevê a situação do acto enfermo de vício procedimental ou formal, nada obstando que nos casos das alíneas a) e c) se identifiquem vícios de natureza material.

Quanto à jurisprudência analisada dos tribunais da RAEM, verifica-se a aplicação do princípio a actos enfermos de vícios de forma e de procedimento, como o Acórdão do TSI, Proc. 483/2012, de 24/04/2014:

“1. A formalidade da audiência dos interessados mostra-se degradada face à desnecessidade de uma instrução integrante da actividade administrativa de forma a carrear factos e novos elementos úteis para a tomada da decisão final, não se devendo a Administração prestar à prática de actos inúteis, só fazendo sentido se aqueles interessados puderem contribuir para uma outra decisão, através de uma efectiva possibilidade de apresentação de factos, razões ou motivos susceptíveis de inverter o indeferimento do pedido de atribuição do subsídio de residência, especialmente se a Administração está apenas vinculada à interpretação da lei.”³⁴

Não se encontrou jurisprudência que aplique expressamente o princípio a actos enfermos de vício de violação de lei.

³³ No Acórdão n.º 00462/2000-Coimbra, de 22/06/2011, do TCA Norte, retira-se: “Tal princípio habilita o julgador ... a poder negar relevância anulatória ao erro da Administração [seja por ilegalidades formais ou materiais] ... quando, pelo conteúdo do acto e pela incidência da sindicância que foi chamado a fazer, possa afirmar, com inteira segurança, que a representação errónea dos factos ou do direito aplicável não interferiu com o conteúdo da decisão administrativa...”

³⁴ Cfr. <http://www.court.gov.mo/sentence/pt-53708d939cd11.pdf>

4. Cont.: actos anuláveis e actos nulos

Importa saber se o princípio do aproveitamento do acto administrativo pode ter aplicação no caso de acto ferido de nulidade.

Em Portugal, negando expressamente essa possibilidade, pronunciaram-se os Acórdãos do STA, proferidos no Processo n.º 0805/03, de 07/04/2005 (Secção) e de 22/06/2006 (Pleno), com um voto de vencido.

No Acórdão do Pleno do STA, analisou-se se a nulidade que caberia declarar “não deverá ser afastada ou limitada nos seus efeitos”.

Justificou-se esta questão por apelo ao princípio do aproveitamento do acto administrativo, segundo o qual “a anulação de um acto viciado não será pronunciada quando seja seguro que o novo acto a emitir, isento desse vício, não poderá deixar de ter o mesmo conteúdo decisório que tinha o acto impugnado.”.

Decidiu o Pleno do STA que o princípio do aproveitamento não pode ser aceite quanto às infracções mais graves, que incluem os casos de nulidade, a que se associa “por via interpretativa, os de anulabilidade especialmente grave”, como aqueles em que “a norma de procedimento está ao serviço de um direito substantivo particularmente relevante”, pois nestes casos são os próprios fundamentos do sistema que são postos em crise, constituindo a atribuição de efeitos jurídicos ao acto nulo uma “entorse intolerável na estrutura normativa do Estado de Direito”.

Neste sentido, a jurisprudência portuguesa tem recusado a aplicação do aproveitamento aos actos nulos.

Na RAEM, nos processos analisados no período em causa, não se colocou esta questão.

Perante a epígrafe do artigo 163.º do novo CPA, ao referir-se aos “*Actos anuláveis e regime da anulabilidade*” e ao corpo do seu n.º 5, prevendo o “*efeito anulatório*”, não existem dúvidas quanto a estarem exclusivamente em causa actos anuláveis e situações cobertas pelo regime de anulabilidade.

Assim, não há dúvidas quanto à inaplicabilidade do n.º 5 do artigo 163.º aos actos nulos, não se conferindo qualquer margem decisória ponderativa ao juiz quanto à eventual manutenção do acto nulo, devendo ser declarada a sua nulidade, sem possibilidade de aplicação do princípio do aproveitamento.

Tal decorre do regime legal dos actos nulos, os quais, independentemente da declaração de nulidade, não são produtores de efeitos jurídicos³⁵.

Sendo o n.º 5 do artigo 163.º limitado aos actos anuláveis, não fica esgotada a questão de saber se podem ser aproveitados alguns efeitos decorrentes de situações *de facto* de actos nulos.

O novo CPA altera o regime dos actos nulos, passando a admitir a sua *reforma e conversão*³⁶.

Significa que em relação aos actos nulos, passa a ser possível expurgar a sua parte ilegal e manter a parte que se conforme com a lei, assim como aproveitar os elementos válidos do acto ilegal, compondo outro acto.

Este novo regime legal dos actos nulos permite que em relação a um acto nulo, que “não produz quaisquer efeitos jurídicos”, possam ser aproveitados elementos válidos, numa possibilidade de sanação ou supressão da ilegalidade do acto.

Quer a reforma, quer a conversão são manifestações do princípio do aproveitamento do acto administrativo, sendo actos secundários que versam directamente, por terem por objecto, um acto primário, traduzindo-se no poder conferido à Administração de ao invés de proceder à sua anulação administrativa, sanar o acto nos aspectos que conflituam com a lei, mantendo-o total ou parcialmente na ordem jurídica.

Como refere a doutrina, “A insusceptibilidade de ratificação, reforma ou conversão de actos nulos ou inexistentes era tida, no direito administrativo, como uma impossibilidade jurídica, não uma determinação ou proibição legal (...) na prática, nada impediria que o acto nulo também pudesse ser objecto de sanação, como o é o acto anulável - o que, aliás, sucede no direito civil, quanto à redução e conversão de actos nulos (ver arts. 292.º e 293.º do respectivo Código). O facto de a ilegalidade do acto nulo (ou inexistente) não poder ser sanada não significa que não possam aproveitar-se passos ou formalidades do procedimento onde ele

³⁵ Por razões de protecção do princípio da confiança, boa-fé, proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente, associados ao decurso do tempo, podem atribuir-se efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos (artigo 162.º, n.º 3 do novo CPA).

³⁶ Cfr. artigos 166.º n.º 1, a) e 164.º n.º 2.

se gerou, para os integrar como elementos do procedimento tendente à prática de um novo acto legal.”³⁷.

Donde o n.º 5 do artigo 163.º ter aplicação limitada aos actos feridos de anulabilidade, mas não estar vedada a possibilidade de se aproveitarem certos efeitos dos actos nulos, em face do seu novo regime legal previsto no artigo 164.º do novo CPA.

Através da prática de actos de reforma ou de conversão, será possível manter ou aproveitar a parte do acto nulo não enfermada de ilegalidade, determinando que o princípio do aproveitamento não se esgote no regime da anulabilidade, projectando-se também sobre os actos nulos.

O CPA da RAEM não reflecte esta evolução do regime de invalidade dos actos administrativos, quer quanto aos actos anuláveis, quer quanto aos actos nulos, vigorando o regime que se encontrava previsto no anterior CPA em Portugal, acentuando-se a diferença de regime entre as duas leis procedimentais administrativas.

VI. Conclusões

A aplicação do princípio do aproveitamento pelos tribunais administrativos, no âmbito de acções de impugnação de acto administrativo e do recurso contencioso de anulação, permite ressaltar os efeitos decorrentes da invalidade administrativa, conformando a actuação inválida da Administração.

A razão de ser do aproveitamento reside no princípio da economia dos actos ou de meios, em razões de celeridade e de eficiência, não devendo ser proferida decisão sem alcance prático, real ou útil, que seja apta a produzir efeitos desnecessários ou não se adequem aos interesses relevantes, públicos e privados, em presença.

Não se apresenta uniforme o significado e alcance do princípio do aproveitamento do acto administrativo, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, existindo divergências em relação a aspectos centrais do seu âmbito.

³⁷ M. ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / J. PACHECO AMORIM, “*Código do Procedimento Administrativo*”, 2ª ed., Almedina, pp. 663-664.

A prática dos tribunais portugueses e da RAEM tem ditado uma aplicação parcimoniosa do princípio, incidente sobretudo sobre os vícios de natureza formal e procedimental, no âmbito do exercício de poderes vinculados e fora do quadro dos actos discricionários.

Da análise da jurisprudência é frequente a dicotomia entre actos vinculados e actos discricionários, assim como a que distingue os actos enfermos de vícios formais e de procedimento, dos vícios materiais.

Maioritariamente, o princípio do aproveitamento tem sido aplicado pelos tribunais no caso de actos vinculados ou de redução a zero da discricionariedade administrativa, assim como aos actos enfermos de vício de forma ou de procedimento, excluindo-se tendencialmente a sua aplicação aos actos discricionários e enfermos de vícios materiais.

Não são estas diferenças que permitem delimitar o âmbito de aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo, por o mesmo poder ter aplicação nuns casos e noutros, como a maioria da doutrina e alguma jurisprudência admitem e o legislador vem agora consagrar no novo CPA.

Relevante quanto à possibilidade de aplicação do princípio do aproveitamento do acto, segundo o n.º 5 do artigo 163.º do novo CPA, é que esteja em causa acto anulável, em que se verifique uma situação em que o conteúdo do acto apenas podia ser aquele, em que o fim visado pela exigência de forma ou de procedimento tenha sido alcançado por outra via ou em que, mesmo sem o vício, o acto teria sido praticado com o mesmo conteúdo.

O novo CPA opera uma definição legal do regime, com vantagens para a certeza e segurança jurídica.

Apresentava-se duvidoso que antes do novo CPA se pudesse falar num verdadeiro dever de aproveitamento do acto, sendo mais adequado falar num poder que assistia ao juiz de aplicar tal princípio.

Assim, perante a ausência de norma legal expressa, o princípio do aproveitamento do acto administrativo assumia uma dimensão ou natureza jurídico-processual.

Actualmente é clara a consagração no novo CPA de um regime de natureza material ou substantiva, que prevê um efeito *ope legis* de aplicação do princípio de aproveitamento nas situações especificadas na lei.

A partir do novo CPA, em Portugal, deixa de se poder falar em discricionariedade judicial ou numa faculdade de não anulação, para se falar num regime cujos pressupostos legais foram definidos, cuja verificação determina o dever de não anulação.

A introdução de norma legal no ordenamento jurídico não determina menor relevância ao papel da jurisprudência, cabendo-lhe a tarefa de concretizar as situações gerais e abstractas previstas na lei.