

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- 277-307 **João de Oliveira Geraldes**
Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- 309-325 **José Luís Bonifácio Ramos**
Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- 327-355 **Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- 357-389 **Luís de Lima Pinheiro**
O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- 391-405 **Mario Serio**
Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- 407-445 **Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- 447-465 **Peter Techet**
Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- 467-489 **Pierluigi Chiassoni**
Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- 491-539 **Rafael Oliveira Afonso**
O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- 541-560 **Renata Oliveira Almeida Menezes**
A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- 561-608 **Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)
-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights
-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia*

Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order

Rafael Oliveira Afonso**

Resumo: O presente estudo analisa a posição processual do particular quando este visa reagir jurisdicionalmente contra uma decisão administrativa. Procura-se determinar em que medida o contencioso administrativo português e o da União Europeia assumem uma função subjetiva enquanto expressão do princípio da tutela jurisdicional efetiva. Para tal, serão cotejados dois pressupostos processuais que correspondem a critérios de acesso ao juiz: a impugnabilidade e a legitimidade.

Palavras-chave: particular; ato administrativo; impugnabilidade; legitimidade; tutela jurisdicional efetiva.

Abstract: This paper analyses the procedural position of private applicants when they react judicially against an administrative decision. The goal is to determine if the Portuguese and the EU legal order protects individuals rights as expression of the principle of effective judicial protection. Hence, it will be compared two admissibility conditions: the notion of reviewable act and the right to bring legal proceedings.

Keywords: private applicant; administrative act; reviewable act; standing to bring proceedings; effective judicial protection.

* O presente texto, ora adaptado, corresponde ao relatório de mestrado apresentado no âmbito da unidade curricular de Direito do Contencioso Administrativo, sob a orientação do Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva, no ano letivo de 2018/2019. A redação é conforme ao novo acordo ortográfico.

Abreviaturas mais utilizadas: CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; CPA – Código de Procedimento Administrativo; CPTA – Código do Processo nos Tribunais Administrativos; CRP – Constituição da República Portuguesa; ETJUE – Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia; Proc. – Processo; TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; TG – Tribunal Geral; TJ – Tribunal de Justiça; TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia; TUE – Tratado da União Europeia; UE – União Europeia.

** Mestrando em Direito e Ciência Jurídica, Especialidade de Direito da União Europeia, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

Sumário: 1. Introdução; 2. Premissas Dogmático-Comparativas; 2.1. Coordenadas Histórico-Conceptuais; 2.2. (Breve) Enquadramento Substantivo; 3. Caracterização do ato administrativo impugnável; 3.1. Ato administrativo impugnável no CPTA; 3.2. A impugnabilidade definida pelo TFUE (e pelo TJUE...); 3.3. Balanço Comparativo; 4. O *locus standi* dos particulares: entre legitimidade e interesse; 4.1. O interesse direto e pessoal do CPTA; 4.2. A afetação direta e individual do TFUE; 4.3. Balanço Comparativo; 5. Conclusões.

1. Introdução

A presente investigação visa identificar as diferenças e semelhanças entre o regime português da impugnação de atos administrativos (artigos 50.º a 65.º do CPTA) e o mecanismo processual previsto no artigo 263.º do TFUE, no que concerne à posição do particular. Cumpre, porém, assinalar que este último possui um campo de aplicação mais abrangente, na medida em que através dele pleiteiam-se não só atos individuais e concretos, como também atos normativos. Por conseguinte, cingir-se-á ao estudo dos primeiros. Para tal, é necessária uma pré-compreensão substantiva, pelo que um dos pontos de partida será procurar delinear, em termos não exaustivos, a figura do ato administrativo na ordem jurídica europeia e cotejá-la com o seu homónimo português (artigo 148.º do CPA).

A que se deve o pendor comparatista do presente estudo? Sendo inegável que a atual ciência jus-administrativista enfrenta um fenómeno de europeização, é também irrefutável a constatação do processo inverso, ou seja, a repercussão do Direito e do Contencioso Administrativo de cada Estado-membro na ordem jurídica europeia¹. É, portanto, perante este contexto de dupla reciprocidade que se pretende estudar o que aproxima e distancia os referidos meios processuais.

¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 106 e ss., referindo-se ao binómio da “dependência administrativa do Direito Europeu e da “dependência europeia do Direito Administrativo” (pp. 113-114). No mesmo sentido, FAUSTO DE QUADROS/ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 26, explicitam que o “Contencioso da União Europeia é fortemente influenciado pelos contenciosos administrativos nacionais, mas também ele influencia os contenciosos administrativos nacionais”. Por seu turno, PAULO OTERO, “A dimensão histórico-cultural da União Europeia”, in *Liber amicorum Fausto de Quadros*, II, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 563-585, observa, em nota, que “ninguém hoje conhece bem o Direito Administrativo se não conhecer o Direito da União Europeia” (p. 585).

Refira-se, por sua vez, que a análise comparativa que se empreenderá não se estenderá à globalidade dos regimes jurídicos identificados. Sendo o escopo desta investigação indagar da tutela subjetiva do contencioso administrativo nacional e do contencioso euro-unionista, focar-se-á no estudo de dois pressupostos processuais: a impugnabilidade e a legitimidade. Optou-se por delimitar esta investigação em função desses pressupostos por ambos corresponderem a critérios de acesso ao juiz, e, portanto, constituírem referências do respeito do princípio da tutela jurisdicional efetiva, o qual deve nortear um sistema de justiça administrativa de teor subjetivista.

É também devido fixar uma questão terminológica. Adota-se o termo *particular*, e não *cidadão* ou *indivíduo*, por nele se inserirem as pessoas singulares e coletivas que dirigem uma pretensão à Administração e depois procuram a sua tutela jurisdicional².

Por fim, considerando que se empreenderá uma abordagem de Direito Comparado, é essencial assinalar a metodologia adotada. Em cada secção iniciar-se-á por analisar o regime português e, em seguida, debruçar-se-á sobre o Direito da União, para, no fim, apresentar-se um balanço em relação a cada um dos pressupostos processuais que vão ser analisados. Para o efeito, pensa-se ser necessário estabelecer, previamente, as premissas históricas e substantivas em que se situam os mecanismos contenciosos em cotejo.

2. Premissas Dogmático-Comparativas

2.1. Coordenadas Histórico-Conceptuais

I. Apesar de uma maior amplitude da previsão normativa do artigo 263.º do TFUE, tanto essa via contenciosa como a ação administrativa contemplada nos artigos 50.º e seguintes do CPTA partilham a mesma finalidade: visam controlar a legalidade das decisões administrativas.

Essa identidade finalística não causa estranheza, na medida em que ambos os regimes possuem um progenitor comum.

A ação de impugnação de atos administrativos é a sucessora da ultrapassada figura do recurso de anulação³, o qual, por sua vez, remonta ao “*recours pour excès*

² Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo – O poder administrativo e os direitos dos particulares*, vol. II, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 55-56.

³ Cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A impugnabilidade dos atos administrativos no Anteprojeto de Revisão do CPTA”, in *O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*

de pouvoir”. Também o mecanismo processual consagrado no citado artigo 263.º foi influenciado pelo recurso por excesso de poder⁴.

Ora, se no contexto do Contencioso Administrativo português se pode afirmar que o recurso de anulação se encontra superado, devendo ser “analisado e estudado como instituto do passado, de reconhecida importância histórica”⁵, já no Direito Processual Administrativo da União Europeia essa ascendência genealógica é ainda bem evidente.

O primeiro aspeto que se pode identificar dessa continuidade histórica, ao nível europeu, é a própria nomenclatura da figura contenciosa em análise que, propositadamente, se tem vindo a evitar de apelidar.

A doutrina jus-europeia predominante designa o instituto contemplado no artigo 263.º do TFUE de “recurso de anulação”⁶ (à semelhança do antepassado da ação de impugnação do Direito português). Apenas um reduzido setor doutrinário o qualifica de “ação de anulação”⁷.

Com o devido respeito, julga-se que nenhuma das denominações se afigura correta, pois à semelhança do anterior recurso contencioso de anulação do ordenamento português, está em causa “um nome herdado da história” na medida em que esse instituto euro-unionista “não é um recurso, nem é apenas de anulação”⁸.

e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate, Lisboa, AAFDL Editora, 2014, pp. 349-374, afirmando que a impugnabilidade é a herdeira da recorribilidade (p. 249, n. 1). Contudo, alguma jurisprudência utiliza ainda a primeira das terminologias: “Havendo ato administrativo contenciosamente recorrível” – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de outubro de 2018, proc. 089/17.3BEFUN 01191/17 [www.dgsi.pt].

⁴ FAUSTO DE QUADROS/ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, p. 135, MIGUEL PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu – A Convergência Dinâmica no Espaço Europeu de Justiça Administrativa*, Lisboa, Coimbra Editora, 2011, p. 150, aludindo a uma “paternidade francesa”.

⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, p. 321.

⁶ MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, p. 149, FAUSTO DE QUADROS/ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, p. 135, MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, p. 161, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 413, LUÍS FILIPE MOTA ALMEIDA, “Nótulas sobre o conceito de acto administrativo da União Europeia”, in *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, n.º 3, maio de 2018, pp. 95-116, p. 99.

⁷ JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 596, COLAÇO ANTUNES, “Um tratado francês lido em alemão? O acto administrativo no direito comunitário e na sua jurisprudência”, in *O Acto no Contencioso Administrativo – Tradição e Reforma*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 75-116, p. 90, mas não segue rigidamente essa terminologia (por exemplo, fala também em ação de impugnação ou usa expressões como “ato recorrível” e “recorribilidade” – p. 92, *passim*).

⁸ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, p. 319.

Apesar de ser a própria terminologia do TFUE que indicia estar-se perante um recurso⁹ e um processo de anulação¹⁰, a substância do artigo 263.º não permite acolher esses qualificativos.

Primeiro, não é um recurso¹¹ uma vez que os tribunais nacionais não se encontram habilitados para avaliar a invalidade de um ato da União¹². Logo, será sempre o TJUE o primeiro (e o único) a proceder à apreciação jurisdicional da conformidade jurídica de um ato adotado por uma entidade europeia.

Por sua vez, uma vez que, em regra, são da competência exclusiva do Tribunal de Justiça os “recursos interpostos” por um Estado-membro ou uma instituição da União contra atos legislativos ou atos do Parlamento Europeu, do Conselho Europeu, do Conselho ou da Comissão (artigos 256.º do TFUE e 51.º do ETJUE), concluiu-se que, nesses casos, o legislador de Lisboa apenas consagrou um único grau de jurisdição¹³. Não há, deste modo, possibilidade de obter uma reponderação jurisdicional de uma decisão judicial que tenha incidido sobre tais atos, pelo que haverá ação e não recurso.

De igual forma, são ações (e não recursos) todos os atos trazidos a juízo e julgados pelo TG¹⁴. Quando se esteja perante um ato cuja litigância já tenha sido discutida nessa instância e se pretenda a sua reapreciação pelo Tribunal de Justiça, aí sim, haverá recurso (§ 2.º do artigo 256.º do TFUE).

Segundo, não está em causa a figura da anulação porque os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal da União Europeia são os característicos da nulidade e não da anulabilidade¹⁵. Em conjugação, refira-se que, através do artigo 263.º do TFUE,

⁹ Atente-se, por exemplo, nas seguintes expressões: “para conhecer dos recursos” (artigo 263.º/§ 2.º e 3.º); “recursos contra os atos” (artigo 263.º/§ 4.º); “regras específicas relativas aos recursos” (artigo 263.º/§ 5.º) e, por último, “recursos previstos no presente artigo” (artigo 263.º/§ 6.º).

¹⁰ São várias as disposições que se referem ao “ato anulado”: § 1.º, *in fine* e § 2.º do artigo 264.º e a 1.ª parte do § 1.º do artigo 266.º).

¹¹ Divergentemente, FAUSTO DE QUADROS/ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, p. 136, afirmam que se está perante “um verdadeiro recurso”.

¹² É o que resulta da jurisprudência *Foto-Frost*: os órgãos jurisdicionais nacionais “não têm poder para declarar inválidos os actos das instituições comunitárias” – Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de outubro de 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, proc. C-314/85, n.º 15 [www.curia.europa.eu].

¹³ Criticamente quanto a esta opção, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, p. 413.

¹⁴ Por exemplo, em matérias como auxílios de Estado, política comercial comum e PESC (travessões do § 1.º do artigo 51.º do ETJUE).

¹⁵ MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia* pp. 199-200. Em sentido divergente, FAUSTO DE QUADROS, “A relevância para o contencioso administrativo do ato administrativo comunitário e do ato administrativo nacional contrário ao Direito da União Europeia”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 1027-1054,

é possível às partes em juízo obter não só a declaração de nulidade como, quando o ato se encontra afetado por vícios graves e evidentes, a declaração de inexistência jurídica¹⁶.

Em suma, propõe-se que a via processual consagrada no artigo 263.º do TFUE seja designada de *ação de impugnação*: *ação* porque, salvo quando o TJUE se pronuncia sobre uma decisão anterior tomada pelo TG, está sempre em causa a apreciação do ato controvertido em primeira instância; *de impugnação* pois, identicamente com o que sucede com o processo previsto no artigo 50.º do CPTA, o resultado final do processo pode conduzir à declaração de nulidade ou de inexistência.

III. A repercussão do *recours pour excès de pouvoir* em relação às ações de impugnação, a nacional e a europeia, não se limita a uma questão de nomenclatura, projetando-se em outros aspetos processualísticos. Porém, em conformidade com a delimitação explicitada na introdução, analisar-se-à somente a influência francófona no que concerne às características da decisão administrativa trazida a juízo e em que condições é atribuída legitimidade ao particular para esse efeito.

Todavia, seria metodologicamente incorreto circunscrever essa análise ao contencioso francês. Na verdade, também o contencioso administrativo alemão influi nos institutos processuais em cotejo.

Com efeito, uma abordagem histórica conduz à conclusão de que, na Europa continental, registaram-se dois paradigmas de justiça administrativa¹⁷:

- (i) por um lado, o modelo objetivista, protagonizado pelo contencioso francês, cuja papel predominante consistia na mera verificação da legalidade e do interesse público por parte do decisor administrativo;
- (ii) por outro lado, o modelo subjetivista, encabeçado pelo processo administrativo alemão, em que a incumbência preponderante do juiz fundava-se na proteção dos direitos substantivos dos particulares.

Em consequência das diferentes funções que esses padrões históricos visavam prosseguir, os diversos pressupostos processuais da impugnação de decisões administrativas assumiam também uma arquitetura diversa.

asseverando que deve “concluir-se que a sanção da anulabilidade foi pensada pelos Tratados como a forma-regra da invalidade (p. 1034).

¹⁶ Apesar de não existir base normativa, a inexistência é um desvalor que tem vindo a ser reconhecido jurisprudencialmente sempre que um ato seja afetado por vícios particularmente graves e evidentes – Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 27 de fevereiro de 1992, *BASF c. Comissão*, proc. T-79/89, n.º 68 (invocando vários arestos) [www.curia.europa.eu].

¹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, pp. 13-14.

No contencioso administrativo objetivo, o objeto do processo concretizava-se numa visão atocêntrica, isto é, assentava no postulado de processo feito ao ato, uma vez que o particular intervinha em juízo, não para obter a tutela face a um direito violado, mas para auxiliar o tribunal no controlo da legalidade. Em rigor, ao particular não lhe era reconhecida a titularidade de uma posição jurídica subjetiva, mas somente a detenção de uma posição de facto¹⁸ perante a autoridade administrativa, sendo que a ambos era negada¹⁹ a qualidade de parte²⁰.

Já a conceção do processo perfilhada pela corrente subjetiva de justiça administrativa era gizada pela alegação de uma posição subjetiva violada pelo ato administrativo²¹. O processo administrativo assumia uma dimensão relacional, ou seja, o particular e o decisor administrativo encontravam-se em juízo no âmbito de uma relação jurídica em que se averiguava se a atuação deste último tinha lesado os direitos do primeiro²².

Estas perspetivas díspares do objeto do litígio refletiam-se também numa diferente abordagem dogmática na noção de ato administrativo (impugnável) e na conceção de legitimidade processual do particular.

No Direito Administrativo francês, vigora um conceito lato de ato administrativo, entendido como conduta administrativa de alcance individual e concreto²³ produtora de efeitos jurídicos, e, por conseguinte, eram impugnáveis, ou segundo a terminologia francófona, eram recorríveis as decisões administrativas suscetíveis de causar uma lesão (“*décisions susceptibles de faire grief*”)²⁴.

Já a conceção alemã de ato administrativo assenta, em termos substantivos, no postulado de regulação, ou seja, apenas se subsomem ao conceito de ato

¹⁸ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares – Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 122 (e ss., para maiores desenvolvimentos).

¹⁹ RUI MACHETE, “A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. III, Lisboa, Coimbra Editora, 2006, pp. 851-879, pp. 855 e 864-865.

²⁰ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, pp. 255-256.

²¹ VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, pp. 13-14.

²² VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, p. 92.

²³ MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa*, III, 2ª ed., Alfragide, Dom Quixote, 2009, p. 86.

²⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 599-600, esclarecendo que esta conceção ampla procurava “proteger as autoridades públicas das intromissões dos tribunais” (p. 574). Com o mesmo prognóstico, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, vol. III, p. 86, afirmando que o ato administrativo foi concebido como “um instrumento de protecção da administração pública” no intuito de o subtrair “à apreciação dos tribunais comuns”.

administrativo os atos que regulam uma situação individual com eficácia externa (“*Verwaltungsakt*”)²⁵. A ideia de ato regulador, no plano material, vigora também no cenário processual e, portanto, não são sindicáveis os atos preparatórios e os atos confirmativos²⁶.

No que concerne à legitimidade do particular no quadro do *recours pour excès de pouvoir*, esse poder de demandar não depende da titularidade de um direito subjetivo, sendo apenas necessário que se esteja perante um interesse ofendido (“*intérêt froissé*”)²⁷. Assim, a legitimidade do recorrente verifica-se caso demonstre que possui um interesse na anulação do ato²⁸. Há, portanto, uma interseção entre interesse em agir e legitimidade, sendo verossímil asseverar que esta última consiste num pressuposto processual de funcionalidade objetiva²⁹.

Pelo contrário, o contencioso administrativo alemão acentua a dimensão subjetiva desta condição de admissibilidade, ao fazer depender a legitimidade contenciosa da titularidade de um direito subjetivo³⁰, *rectius*, o particular é considerado parte legítima sempre que alegue em juízo o reconhecimento de um direito subjetivo lesado³¹.

IV. Apresentadas estas coordenadas histórico-conceituais, incumbe sintetizar o perfil dos paradigmas históricos em referência e indagar por qual deles deve um sistema de justiça administrativa optar.

O contencioso administrativo de cariz objetivo não almeja a resolução de um conflito entre dois sujeitos processuais, antes outorga ao juiz o papel de controlar

²⁵ MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, pp. 77, 83 e 85.

²⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, pp. 592-593, sublinhando que o conceito alemão de ato administrativo (regulação da posição do particular) coincidia com o conceito de ato recorrível (caráter externo e lesivo) e que esta concepção se deve ao paradigma germanófilo de “assimilação das actuações administrativas às sentenças judiciais” (p. 591). Sobre a “crise” deste conceito restritivo vigente no Direito alemão, *vide*, na mesma obra do Autor citado, pp. 608-609.

²⁷ RUI MACHETE, “A relevância processual dos vícios procedimentais...”, p. 855, explicando que a lógica do “*intérêt froissé*” expressa a “ideia de que se não quis, por razões práticas, permitir indiferentemente o recurso a qualquer pessoa”.

²⁸ MIGUEL PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, pp. 158 e 417, salientando a preocupação do modelo objetivista francês com os direitos individuais, mas negligenciou essa veia subjetivista optando por realçar a dimensão da prossecução do interesse público (p. 161).

²⁹ COLAÇO ANTUNES, “Um tratado francês lido em alemão?”, pp. 101-102.

³⁰ MIGUEL PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, p. 417.

³¹ RUI MACHETE, “A relevância processual dos vícios procedimentais...”, p. 855.

a conformidade normativa (“*légalité*”) do agir administrativo. Por seu turno, o modelo subjetivista concebe o processo administrativo como a pacificação de um litígio entre duas partes, em regra, o decisor administrativo e o sujeito privado, em que a atuação do primeiro ofendeu os direitos materiais do segundo.

Face a esta dualidade dogmática, poderia responder-se que é preferível, *prima facie*, perfilhar a segunda das vertentes, na medida em que a corrente objetivista conduz a uma instrumentalização do particular, pois negligencia os seus direitos³².

Com efeito, aderindo ao entendimento segundo o qual o Direito e o Contencioso Administrativo não devem ser perspetivados como um direito e uma garantia especial da Administração³³, conclui-se que, uma vez que está em causa a satisfação de necessidades coletivas (função administrativa)³⁴, o universo jus-administrativista deve ser dirigido ao serviço dos cidadãos e não encarado como um engenho de amparo da autoridade administrativa. Nessa medida, justifica-se a opção pelo sistema subjetivista, premissa reforçada pelo facto de a jurisdição administrativista surgir cada vez mais como uma “via para dirimir interesses privados conflituantes”³⁵, ou seja, os particulares socorrem-se dessa jurisdição para fazerem valer perante a Administração direitos subjetivos que embatem com a esfera jurídica de outros particulares³⁶.

Todavia, não se pode ignorar a existência, tanto na ordem jurídica nacional como no Direito da União Europeia, de relações jurídicas inter-administrativas. Neste âmbito, em que as diferentes entidades administrativas se relacionam entre si impõe-se a operatividade de um modelo de teor objetivista, sob pena de se desprover de conteúdo o princípio da legalidade (ou, de juridicidade) que legitima e vincula a atuação daquelas entidades.

³² MIGUEL PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, pp. 418-419.

³³ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*, p. 97. Assim também, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, p. 87: “os tribunais administrativos são hoje garantias (...) das posições jurídicas subjectivas dos particulares e não garantias da administração”.

³⁴ Cfr., por todos, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Introdução e Princípios Fundamentais*, vol. I, Alfragide, Dom Quixote, 2004, pp. 35 e 49, associando o Direito Administrativo à função administrativa: “o direito administrativo pode ser definido como o *direito comum da função administrativa*” – itálico do original (p. 49).

³⁵ MIGUEL PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, p. 410.

³⁶ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, p. 198, MIGUEL PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, p. 410, realçando que a única diferença entre a jurisdição civil e a jurisdição administrativa reside na circunstância de, nesta última, o interesse público se associar a um dos particulares, reforçando a proteção dos seus direitos.

Em resultado desta ordem de ideias, entende-se que um determinado sistema de justiça administrativa deve resultar da conjugação dos paradigmas objetivo e subjetivo, ainda que este último mereça um especial enfoque³⁷. Assim o determina o imperativo jus-fundamental da tutela jurisdicional efetiva (n.º 4 do artigo 268.º da CRP, e artigo 47.º da CDFUE), bem como a bitola que intermedeia o agir administrativo, norteado pela prossecução do interesse público (e, numa adaptação para o contexto europeu, dir-se-ia prossecução do interesse geral da União³⁸), com o respeito e garantia das posições subjetivas dos particulares (n.º 2 do artigo 266.º da CRP e, acredita-se ser também legítimo avocar, o artigo 41.º CFUE, ainda que excecionando, a este respeito, o seu n.º 4).

Em suma, é por força dessa atenção reforçada que este estudo comparativo é dedicado à posição do particular. Assim sendo, indagar-se-á em que medida os pressupostos processuais da impugnabilidade e da legitimidade corporizam, ou não, a tutela subjetiva do contencioso impugnatório português e euro-unionista.

2.2. (Breve) Enquadramento Substantivo

I. Assinalou-se na Introdução que, em virtude de uma maior amplitude da ação de impugnação consagrada a nível europeu³⁹, esta investigação focar-se-ia aos atos administrativos da União Europeia⁴⁰.

³⁷ Identicamente, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 44: “É, em todo o caso, reconhecido que a mais importante das dimensões em que se desdobra a tutela que os tribunais administrativos são chamados a assegurar é a dimensão de proteção de direitos e interesses individuais”.

³⁸ Expressão que não é desconhecida dos Tratados: cfr. 1.ª parte do n.º 1 do artigo 17 do TUE, e o § 2.º, *in fine* do artigo 285.º e o n.º 4, *in fine*, do artigo 300.º, ambos do TFUE.

³⁹ Pois, ao contrário do regime previsto nos artigos 50.º e ss. do CPTA, que se restringe à sindicância de atos administrativos, através desse mecanismo processual contestam-se também atos normativos, o que no ordenamento jurídico lusófono é reservado a outras vias contenciosas, como por exemplo, a jurisdição constitucional para o caso de normas legislativas (artigos 277.º a 283.º da CRP) ou a ação impugnatória regulada nos artigos 72.º a 76.º CPTA para o caso de normas regulamentares.

⁴⁰ A nomenclatura flutua consoante o autor: LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito do Procedimento Administrativo e Formas de Actuação da Administração – Parte Geral*, Lisboa, AAFDL Editora, 2016, p. 416, referindo-se a ato administrativo da União Europeia ou, simplesmente, a ato administrativo europeu; já FAUSTO DE QUADROS, “A relevância para o contencioso administrativo nacional...”, p. 1027 e RICARDO ALONSO GARCÍA, “El acto administrativo comunitário: imprecisión normativa, y luces y sombras al respecto en la doctrina del Tribunal de Justicia”, in *O Acto no Contencioso Administrativo – Tradição e Reforma*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 43-62, p. 47, referem-se ao “ato administrativo comunitário”.

Nesse seguimento, é essencial, antes da análise comparada dos regimes jus-processuais em exame, esboçar um breve enquadramento substantivo da figura do ato administrativo no plano nacional e euro-unionista.

II. No Direito português, essa forma de atuação administrativa encontra-se regulada no artigo 148.º do CPA.

No âmbito dos Tratados da UE, não se encontra idêntico homónimo ainda que se encontrem referências esporádicas na jurisprudência e na legislação⁴¹. Não obstante, das várias fontes de Direito derivado elencadas no artigo 288.º do TFUE é plausível reconduzir a decisão (§ 4.º dessa disposição) ao conceito de ato administrativo⁴². É esse o raciocínio da doutrina⁴³ como do próprio Direito secundário⁴⁴.

Contudo, essa associação entre ato administrativo e a figura da decisão, ainda que apresentem componentes constitutivas consonantes, não é dogmaticamente perfeita. Desde logo, porque os Tratados da União Europeia não estabelecem uma demarcação clara entre atos normativos e atos administrativos⁴⁵. Outras dificuldades

⁴¹ Por exemplo, o artigo 8.º/n.º 1/§ 1.º do Regimento do Conselho (aprovado pela Decisão n.º 937/2009 do Conselho, de dezembro de 2009) emprega a expressão “actos administrativos”.

⁴² *Vide*, com maior desenvolvimento sobre o conceito de ato administrativo na jurisdição europeia, LUÍS FILIPE MOTA ALMEIDA, “Nótulas sobre o conceito de acto administrativo da União Europeia”, pp. 101-112.

⁴³ No mesmo sentido, FAUSTO DE QUADROS, “A relevância para o contencioso administrativo nacional...”, p. 1030, afirmando que “a decisão cabe (...) no tipo legal do acto administrativo”. No mesmo sentido, COLAÇO ANTUNES, “Um tratado francês lido em alemão?”, p. 78.

⁴⁴ É o que sucede com o Regulamento (UE) n.º 952/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de outubro de 2013, que estabelece o Código Aduaneiro da União, o qual define a decisão como o “ato de uma autoridade aduaneira (...) que decida sobre um caso concreto e produza efeitos jurídicos relativamente à pessoa ou pessoas em causa” (artigo 5.º/n.º 39). Sublinhe-se, no entanto, que o antecessor do referido Código (o Código Aduaneiro Comunitário, aprovado pelo Regulamento (CEE) n.º 2913/92 do Conselho, de 12 de outubro de 1992 e revogado pelo artigo 186.º do Regulamento (CE) n.º 450/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008) consagrava idêntica definição, mas utilizava a expressão “ato administrativo” (cfr. o artigo 4.º/n.º 5). A redação em vigor omite o vocábulo “administrativo”.

⁴⁵ Cfr. RICARDO ALONSO GARCÍA, “El acto administrativo comunitário...”, p. 47, que, não obstante, refere que tal distinção já foi trabalhada pelo TJUE, ainda que encetando uma apreciação caso a caso. O Autor critica esse método pretoriano por ser uma “abordagem assistemática” (p. 48). Também LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito do Procedimento Administrativo...*, pp. 417 e 419, realça que a diferenciação entre ato individual e norma já foi trabalhada pela magistratura europeia, identificando e explicando quatro aspetos que refletem essa contraposição: o regime da responsabilidade da administração, o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, o regime da fundamentação e o âmbito de aplicação da exceção de ilegalidade (pp. 426-428).

conceptuais existem, que serão abordados a propósito de cada um dos elementos caracterizadores do ato administrativo.

Nos termos do artigo 148.º do CPA, o ato administrativo é uma decisão que assenta na individualidade de destinatários (aplica-se a sujeitos determináveis) com uma incidência concreta sobre situações da vida.

A este respeito, a decisão não é absolutamente subsumível ao conceito de ato administrativo, pois nem sempre designa os destinatários (2.ª parte do § 4.º do artigo 288.º do TFUE). Quando assim suceda, estar-se-á perante um ato com alcance geral, com indeterminabilidade dos destinatários, o que não se compatibiliza com a ideia de uma decisão individual e concreta⁴⁶.

III. O conceito de ato administrativo pressupõe também um elemento funcional, ou seja, o desempenho da função administrativa⁴⁷.

Em momento anterior, já se abordou o significado da função administrativa. A problemática coloca-se a propósito do Direito da União Europeia. Por um lado, porque os Tratados em nenhum momento aludem a uma função administrativa⁴⁸, antes empregam a expressão função de execução (n.º 1 do artigo 17.º do TUE) ou competências de execução (n.ºs 2 e 3 do artigo 291.º do TFUE). Por outro lado, porque esse elemento funcional presume a existência de uma Administração Pública, a qual, no seu sentido clássico, não existe no âmbito dos Tratados, o que “dificulta o recorte da noção de acto administrativo”⁴⁹.

Ora, dificultar a conceptualização da figura do ato administrativo euro-unionista devido à ausência de uma administração no seio da UE é um raciocínio que não merece acolhimento. Não sendo este o lugar oportuno para discutir o conceito de administração europeia, é irrefutável que a mesma existe, ainda que à luz de um fenómeno de dispersão, concretizando-se em modelos de administração

⁴⁶ LUÍS FILIPE MOTA ALMEIDA, “Nótulas sobre o conceito de acto administrativo da União Europeia”, p. 104.

⁴⁷ O artigo 148.º do CPA refere-se ao “exercício de poderes jurídico-administrativos”. A este respeito, acompanha-se as considerações de JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A impugnabilidade dos atos administrativos...”, pp. 359-360, que defende que se deve falar em função e não em poder administrativo, porque a referência a poder corresponde ao regresso de uma conceção autoritária do Direito Administrativo, além de que é tecnicamente imperfeito afirmar que os atos administrativos advêm do exercício de poderes, pois os poderes manifestam-se sendo o resultado do exercício de uma competência.

⁴⁸ Sobre este silêncio dos Tratados, FAUSTO DE QUADROS, “A relevância para o contencioso administrativo nacional...”, p. 1033, afirma existir “um receio (...) em fazerem referência literal à função administrativa”.

⁴⁹ LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 418.

direta, indireta e co-administração⁵⁰. Além do mais, o elemento subjetivo (ou se se preferir, o elemento orgânico) assume, atualmente, uma relevância diminuta na delimitação da figura em análise. É o que se deduz tomando como paralelo a noção prevista no artigo 148.º do CPA, segundo a qual são considerados atos administrativos “todo um conjunto de manifestações jurídicas, emitidas por órgãos públicos que não integram a Administração Pública ou por entidades privadas”⁵¹.

Em conjugação, apesar de os Tratados se furtarem a fazer uma menção expressa à função administrativa, é também incontestável que a mesma existe. Na verdade, consubstanciando-se essa função na prestação de serviços, produção de bens e gestão dos recursos materiais e humanos⁵², é possível identificar essas tarefas em várias disposições dos Tratados⁵³.

Por fim, tanto o ato administrativo como a decisão coincidem quanto ao atributo consequencial, ou seja, possuem um âmbito de eficácia plurisubjetivo (projetam os seus efeitos sobre terceiros)⁵⁴.

Esta questão será desenvolvida a propósito da eficácia externa enquanto parâmetro da impugnabilidade.

3. Caracterização do ato administrativo impugnável

3.1. Ato administrativo impugnável no CPTA

I. Tanto na jurisdição nacional como no Direito da União Europeia não basta que se esteja perante uma decisão administrativa para que a mesma possa ser pleiteada. É ainda necessário que se verifique a impugnabilidade dessa decisão.

Contudo, no processo administrativo nacional esta última afirmação deve ser lida no pretérito. Cotejando as normas definitórias (artigo 148.º do CPA e o n.º 1 do artigo 51.º do CPTA) observa-se uma propensa simetria entre o conceito

⁵⁰ Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de administração europeia e respetivos modelos, *vide*, por todos, LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito do Procedimento Administrativo...*, pp. 401-416 (com variadas indicações bibliográficas).

⁵¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 266-267.

⁵² MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, p. 35.

⁵³ Cfr. LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 418, que apresenta um levantamento de alguns enunciados normativos que demonstram a existência de competências executivas da Comissão.

⁵⁴ Cfr. LUÍS FILIPE MOTA ALMEIDA, “Nótulas sobre o conceito de acto administrativo da União Europeia”, pp. 108-109 (e ss., para um maior desenvolvimento).

procedimental e processual de ato administrativo⁵⁵, que não ocorria nos regimes anteriores. Entre o revogado artigo 120.º do CPA de 1991 (que corresponde ao atual artigo 148.º) e a redação do artigo 51.º do CPTA anterior à reforma de 2015⁵⁶ registava-se uma divergência entre os planos substantivo e processual, correspondendo o primeiro a uma conceção restritiva de ato administrativo e o segundo a uma visão ampla.

Na legislação em vigor, esse antagonismo atenua-se, pois a semelhança entre ambas as definições (concebem os atos administrativos como “decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”), manifesta-se em duas alterações:

- (i) por um lado, a mutação do elemento orgânico. Na definição inicial do CPA de 1991 (artigo 120.º) constituíam atos administrativos todas as manifestações de vontade dos órgãos da Administração Pública, enquanto o CPTA alargava o conceito de ato administrativo aos atos em matéria administrativa, i.e., decisões proferidas por entidades não integradas na Administração ou por sujeitos privados que atuassem ao abrigo de normas de direito administrativo (artigo 51.º/n.º 2). Já no esquema legislativo vigente, em ambos os diplomas o critério da autoria converge no sentido de considerarem atos administrativos os atos praticados pelo sujeito que, independentemente da sua natureza pública ou privada, atue no exercício da função administrativa (artigo 148.º do CPA de 2015 e n.º 1 do artigo 51.º do CPTA)⁵⁷;

⁵⁵ Em sentido convergente, VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa – Lições*, 15ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 169: “o conceito processual de *acto administrativo impugnável* tende a coincidir com o conceito de acto administrativo para afeitos substanciais e procedimentais” [itálico do original], MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, p. 266: “desde que (...) tenhamos um ato administrativo, temos um ato impugnável”; MARCO CALDEIRA, “A impugnação de actos no novo CPTA: âmbito, delimitação e pressupostos”, in *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, 3ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pp. 577-607, alude a uma “uniformização entre o CPA e o CPTA” traduzida “na correspondência do conceito (processual) (...) com o conceito (substantivo/procedimental)”, p. 582; JOÃO PACHECO AMORIM, “Sobre os conceitos de ato administrativo e ato administrativo impugnável no CPA e no CPTA”, in *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, 3ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pp. 93-141, alude à existência de um “conceito único de ato administrativo”, pois os artigos 148.º do CPA e 51.º do CPTA “são uma e a mesma coisa” [itálico do original].

⁵⁶ Efetivada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

⁵⁷ Em relação a esta alteração, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Algumas alterações e inovações «científicas» no novo Código do Procedimento Administrativo”, in *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, 3ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pp. 53-60, considera que se está perante uma “total inocuidade da solução legal”. (p. 56). Já MARCO CALDEIRA, “A impugnação de actos no novo CPTA...”, p. 582, fala na “desnecessidade do critério orgânico”.

- (ii) por outro lado, a confluência no que concerne ao requisito da eficácia externa. Os anteriores CPA e CPTA apresentavam como ponto em comum a necessidade de uma decisão produzir efeitos jurídicos para ser considerada um ato administrativo. Conquanto, se o CPTA impunha a natureza externa desses efeitos (“são impugnáveis os actos administrativos com eficácia externa” – 2.º parte do n.º 1 do artigo 51.º), o CPA omitia essa exigência (“são actos administrativos as decisões (...) [que] visem produzir efeitos jurídicos”)⁵⁸. Observando os atuais artigos 148.º do CPA e n.º 1 do artigo 51.º do CPTA conclui-se que a produção de efeitos jurídicos externos é um pressuposto uniforme.

Em suma, a proximidade dos referidos dispositivos normativos exprime a superação do dogma da dualidade conceptual entre a lei material e o regime adjetivo subjacente ao conceito ao ato administrativo.

II. A evolução traçada evidencia que a noção de ato impugnável foi revelando uma maior amplitude. Porém, nem sempre o conceito processual demonstrou essa abertura. Antes da entrada em vigor do CPTA reinava, no Contencioso Administrativo, a inveterada fórmula que apresentava o ato recorrível como ato definitivo e executório. Este binómio foi abandonado pela 2.º Revisão Constitucional (1989)⁵⁹, mas apenas foi expurgado do Processo Administrativo com o início de vigência do mencionado Código uma vez que a legislação⁶⁰ continuava a fazer-lhe alusão⁶¹.

De facto, o inciso inicial do n.º 1 do artigo 51.º do CPTA, quer na redação originária⁶² como na atual, afasta logo a ideia de definitividade. Inicialmente

⁵⁸ Apesar desta omissão, JOÃO PACHECO AMORIM, “Sobre os conceitos de ato administrativo e ato administrativo impugnável...”, p. 94, defende que a externalidade era “um dado adquirido na sistemática” do anterior CPA na medida em que o n.º 1 do seu artigo 2.º estatua que esse diploma se aplicava apenas e por regra à atividade externa da Administração.

⁵⁹ O texto inicial da CRP estabelecia no n.º 2 do seu artigo 269.º: “É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos definitivos e executórios”. Dando conta que idêntica garantia se encontrava plasmada na Constituição de 1933 (artigo 8.º, n.º 21), *vide* CARLA AMADO GOMES, “A justiça administrativa (1976/2016)”, in *40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 171-169, (p. 161).

⁶⁰ Cumpre reter o preceito: “Só é admissível recurso dos actos definitivos e executórios” (artigo 25.º/n.º 1 LPTA – Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de julho).

⁶¹ Por isso, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, p. 626, sustentou a caducidade da disposição citada (n. supra) por inconstitucionalidade superveniente.

⁶² Que estabelecia: “Ainda que inseridos num procedimento administrativo”. A este propósito, MARCO CALDEIRA, “A impugnação de actos no novo CPTA...”, p. 582, afirma que está em causa

teorizada pela doutrina como o resultado final do procedimento administrativo este atributo do ato recorrível foi, posteriormente, sofisticado no princípio da “tripla definitividade”, que se desdobrava em três dimensões cumulativas⁶³:

- (i) a definitividade horizontal, assente num critério temporal e que correspondia ao conceito primitivo, ou seja, a ideia de que só era recorrível a decisão administrativa que colocava termo à marcha sequencial prosseguida pela Administração;
- (ii) a definitividade vertical, que apelava a uma lógica hierárquica na medida em que só se podia trazer a juízo o ato administrativo praticado pelo órgão que se encontrava no ápice da pirâmide administrativa e, portanto, os atos do subalterno eram irrecorríveis;
- (iii) e, por fim, a definitividade material que se apoiava no conteúdo do ato administrativo, isto é, somente a decisão que definia a situação jurídica do particular face à Administração (ou vice-versa) era considerada recorrível.

Perante esta sistematização, conclui-se que o citado artigo 51.º, ao estatuir que são impugnáveis os atos administrativos “[a]inda que não ponham termo a um procedimento”, bem como a alínea a) do n.º 2 do artigo 51.º, representam um desvio à definitividade horizontal por permitir pleitear atos propulsores e atos intermédios, que antes se encontravam excluídos do controlo jurisdicional.

Assim, a impugnação contenciosa opera relativamente a atos finais como a atos intermédios. Todavia, independentemente no momento temporal em que se localizam (no início, durante ou no fim do procedimento) é essencial que esses atos possuam eficácia externa.

É o que se depreende quando o n.º 1 do artigo 51.º do CPTA estabelece como impugnáveis as decisões que “visem produzir efeitos jurídicos externos”. Deste modo, se o ato se projetar na esfera jurídica de terceiros, i.e., se afetar negativamente a posição substantiva de um sujeito exterior à entidade que o proferiu, encontra-se preenchido o requisito em análise. Saliente-se que esses efeitos jurídicos podem ocorrer não só no relacionamento da Administração com os particulares como também se podem situar no âmbito de relações inter-administrativas (entre entidades públicas).

uma “alteração essencialmente estilística, sem grande relevância”. Mencione-se que a impugnação de atos intermédios resultava também do anterior n.º 3 do artigo 51.º do CPTA.

⁶³ Cfr., pelo exposto, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, pp. 632-633 em geral, e sobre o conceito de definitividade horizontal (pp. 632-638), vertical (638-642) e material (642-645).

Mas, atentando na alínea b) do n.º 2 do artigo 51.º do CPTA infere-se que a externalidade não é um elemento absoluto da impugnabilidade. Dessa disposição resulta a sindicabilidade dos atos intra-administrativos, aqueles que, por se enquadrarem no âmbito de relações interorgânicas ou de hierarquia, repercutem os seus efeitos na esfera da pessoa coletiva a que pertence o seu autor⁶⁴.

Resulta da 1.ª parte do n.º 1 e da alínea a) do n.º 2 do artigo 51.º do CPTA a possibilidade de impugnação de atos interlocutórios, a qual obedece ao regime previsto no n.º 3.

Desse enunciado normativo deduz-se a índole facultativa que revesta a impugnação desse tipo de atos. Com efeito, o interessado pode optar por litigar o ato intermédio ou o ato final, invocando as ilegalidades que afetam o primeiro. Todavia, se preferir a impugnação autónoma do ato interlocutório só o pode fazer “durante a pendência” do procedimento, o que significa que a prática do ato final preclui o exercício dessa faculdade.

Por sua vez, já não se está perante uma faculdade, mas um ónus de impugnar o ato intermédio em duas hipóteses: nos casos em que esse ato exclua o interessado do procedimento ou sempre que legislação especial imponha a impugnação autónoma⁶⁵.

III. A eficácia externa tem de ser atual ou potencial? Atendendo ao elemento literal do n.º 1 do artigo 51.º – “decisões (...) que *visem* produzir efeitos jurídicos externos” – é possível retorquir que a eficácia externa corresponde a uma mera suscetibilidade de produção desses efeitos.

Porém, o n.º 1 do artigo 54.º do CPTA estabelece, como regra geral, que o ato administrativo tem de, efetivamente, produzir efeitos jurídicos externos no momento da sua impugnação, o que significa que a eficácia do ato constitui pressuposto da sua impugnabilidade⁶⁶. As exceções a essa norma genérica encontram-se previstas nas duas alíneas do n.º 1 do artigo 54.º do CPTA:

- (i) a alínea a) permite impugnar o ato administrativo cujos efeitos ainda não se tenham produzido quando o mesmo seja ilegalmente executado ou esteja em vias de execução. Em síntese, estão em causa situações em que um ato ineficaz provoca uma lesão efetiva na esfera do particular;

⁶⁴ Cfr., para uma distinção entre atos externos e internos, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 269 e 275; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, p. 99.

⁶⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 277-279.

⁶⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEDINA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 365, consideram que está em causa o interesse em agir.

- (ii) a alínea b) faculta a impugnação imediata do ato cuja operatividade se receie, com certeza ou forte probabilidade, acarretar consequências lesivas. Sumariamente, o preceito estabelece a impugnabilidade de atos administrativos de eficácia diferida, mas dos quais se julgue resultar uma ameaça de lesão⁶⁷.

O requisito da eficácia externa merece ainda uma observação de ordem histórica. Antes da alteração legislativa de 2015, o n.º 1 do artigo 51.º do CPTA determinava que eram impugnáveis “os actos administrativos com eficácia externa, especialmente aqueles cujo conteúdo seja susceptível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos”. Na interpretação deste segmento textual surgiram dois posicionamentos.

Por um lado, advogava-se que a eficácia externa constituía o parâmetro definidor da impugnabilidade contenciosa, sendo a “lesividade (subjéctiva)” remetida “para mero critério de aferição dessa impugnabilidade”. Concluindo-se que “para ser contenciosamente impugnável a decisão administrativa não tem de ser lesiva de direitos ou interesses legalmente protegidos bastando-lhe ter eficácia externa”⁶⁸. Esta corrente explicava que os atos lesivos de posições substantivas se inseriam no conceito de ato impugnável, dando cumprimento à garantia constitucional prevista no n.º 4 do artigo 268.º da CRP, mas a qual foi “estendida pelo legislador ordinário a todos aqueles atos que, mesmo não sendo lesivos de direitos subjéctivos (...) são dotados de eficácia externa”⁶⁹. Em suma, o critério da suscetibilidade de lesão representava uma simples especificação do princípio geral da externalidade⁷⁰.

Divergentemente, sustentava-se que a externalidade e a lesividade correspondiam a critérios independentes, com diferentes funcionalidades, criticando-se a formulação do n.º 1 do artigo 51.º do CPTA por conduzir à perceção de uma maior amplitude

⁶⁷ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 292-296. Na jurisprudência, Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 31 de maio de 2012, proc. 08797/12 [www.dgsi.pt].

⁶⁸ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 17 de setembro de 2015, proc. 12440/15 [www.dgsi.pt].

⁶⁹ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 17 de setembro de 2015. No mesmo sentido, os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul, de 14 de maio de 2015, proc. 12005/15 e do Tribunal Central Administrativo Norte, de 20 de setembro de 2009, proc. 01503/05.6BEPRT e de 3 de junho de 2016, proc. 0221/15.1BEBRG. Estes dois últimos realçando que a lesividade é “mero critério”, mas “talvez o mais importante de aferição da impugnabilidade” [www.dgsi.pt].

⁷⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16 de dezembro de 2009, proc. 0140/09, [www.dgsi.pt]: “hoje, a impugnabilidade do acto administrativo, depende apenas da sua *externalidade* (...) *podendo* afectar a ordem jurídica exterior, em especial no âmbito das relações entre a administração e os particulares (*lesividade potencial*)” [itálico do original].

do primeiro⁷¹. Deste modo, revelava-se essencial distinguir duas hipóteses. Caso a ação a intentar fosse destinada à “tutela de um direito (...) do particular em face da Administração” operava como critério de impugnação a “lesão dos direitos dos particulares”. Já “nos casos da ação pública e da ação popular” a impugnabilidade dependia “da eficácia externa do acto administrativo”⁷². Esta orientação doutrinária justificava a autonomia dos dois critérios, pois “segundo a Constituição, a função principal da justiça administrativa é a da protecção jurídica subjectiva” como também porque, o artigo 54.º do CPTA ao prever a “impugnação de actos desprovidos de eficácia externa (...) desde que lesivos”, comprovava “que o critério da lesão funciona para além do da eficácia”⁷³.

À luz da nova redação do n.º 1 do artigo 51.º, poder-se-ia concluir pela improficuidade da discussão supra uma vez que o critério da suscetibilidade de lesão foi suprimido. Parece que o legislador optou pela primeira das linhas de pensamento e considerou impugnáveis todos os atos externos (e também os internos, nos termos do n.º 2) lesivos ou não.

Entende-se que a omissão do requisito da lesividade ao conceito de ato impugnável é censurável.

Primeiro, porque a alteração legislativa faz transparecer uma inferiorização do critério do ato lesivo, *rectius*, suscetível de lesão, o qual não desapareceu totalmente do CPTA (cfr. n.º 3 do artigo 51.º), pelo que não se percebe o motivo de tal omissão. A este respeito, Carlos Cadilha elucida que o “ato contenciosamente impugnável (...) é agora caracterizado por referência ao conceito material de ato administrativo que consta do artigo 148.º” e “[p]or isso é que desapareceu do conceito de ato impugnável a referência à *lesividade*”⁷⁴.

Não se pode acompanhar esta explicação. A circunstância de os elementos constitutivos do ato administrativo coincidirem, em larga medida, nos planos procedimental e contencioso, não pode justificar a ausência do critério da lesividade. A suscetibilidade de lesão não é uma característica imanente da decisão administrativa, mas antes um parâmetro destinado a aferir de um pressuposto processual (a

⁷¹ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, pp. 344-345.

⁷² VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, p. 344.

⁷³ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, p. 345. Destacando, também, que sob um ponto de vista quantitativo “a maior parte dos processos julgados nos tribunais administrativos correspondem a acções para defesa de direitos, sendo muito menos frequentes os casos de acção pública e de acção popular”.

⁷⁴ CARLOS CADILHA, “Repercussões do novo Código de Procedimento Administrativo no direito processual administrativo”, in *A Revisão do Código De Processo Nos Tribunais Administrativos* (e-book), II, CEJ, abril de 2017 [disponível em www.cej.mj.pt], pp. 27-40 (p. 28 – itálico do original).

impugnabilidade). Igual raciocínio apõe-se à externalidade: não é por a eficácia externa integrar, para efeitos de legislação procedimental, uma das propriedades do ato administrativo, que fundamenta a sua menção exclusiva no artigo 51.º do CPTA, pois, nos termos do n.º 2, um ato interno é sindicável apesar de o artigo 148.º do CPA não o considerar como um ato administrativo, para efeitos da sua aplicação.

Segundo, a opção legislativa em não fazer alusão aos atos lesivos desvirtua a garantia prevista no n.º 4 do artigo 268.º da CRP. Ao consagrar o direito de impugnar qualquer ato administrativo lesivo, para a lei fundamental é-lhe indiferente que o ato seja externo ou interno (o que não sucede em relação ao direito de impugnar normas administrativas – no n.º 4 do artigo 268.º da CRP que alude expressamente a “normas administrativas com eficácia externas lesivas”), e é por isso que ambos são impugnáveis nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 51.º do CPTA, respetivamente. A Constituição pressupõe que um ato externo, embora produza efeitos fora do procedimento, pode não causar nenhuma lesão. Já um ato lesivo tanto pode corresponder a um ato externo como também pode ser uma decisão intra-administrativa pelo que o legislador devia ter privilegiado o critério da suscetibilidade de lesão, que como se demonstra abrange ambas as realidades, na cláusula geral de impugnabilidade, e não o da externalidade. Em rigor, é o requisito da lesividade que se revela mais amplo e não o especificado na lei⁷⁵.

IV. Em termos conclusivos, cabe proceder a uma sistematização do conceito de ato impugnável.

Numa delimitação positiva, podem ser trazidos a juízo todos os atos de conteúdo decisório e inovatório (n.º 1 do artigo 53.º do CPTA), independentemente da sua forma, da natureza pública ou privada do seu autor e da projeção interna ou externa dos seus efeitos. É também irrelevante o momento procedimental em que a decisão administrativa se situa.

Negativamente, não são impugnáveis os atos instrumentais (pareceres não vinculativos, comunicações, propostas) nem as operações materiais, por não serem decisórios, nem os atos confirmativos, pois não são inovatórios, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 53.º do CPTA.

⁷⁵ Parece também ser essa a posição de JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A impugnabilidade dos atos administrativos...”, p. 356, ao considerar como dispensável a referência à eficácia externa.

3.2. A impugnabilidade definida pelo TFUE (e pelo TJUE...)

I. Como caracterizar, no Contencioso da União Europeia, o conceito de ato impugnável? Na resposta a esta questão opera o critério da autoria e o critério do conteúdo.

O primeiro atende ao autor do ato, ou seja, é fundamental que se esteja perante um ato emanado por uma instituição, órgão ou organismo da UE. Quer isto significar, que se a medida for imputável ao decisor nacional, ainda que atuando no sentido de dar execução a uma norma europeia, o TJUE não possui competência para o apreciar⁷⁶.

A única atuação interna que pode ser sindicada no Tribunal da União é a decisão de demissão do governador de um banco central nacional, conforme prevê a 2.º parte do n.º 2 do artigo 14.º dos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu (Protocolo n.º 3 do TFUE, que nos termos do artigo 51.º do TUE tem valor jurídico de direito originário)⁷⁷.

Este critério é também relevante para resolver o problema de atos adotados pelos representantes dos Estados-membros. A este respeito o TJUE asseverou que “os actos adoptados pelos representantes dos Estados-membros agindo na qualidade de representantes do respectivo Governo, e não na de membros do Conselho (...) não estão sujeitos à fiscalização de legalidade a efectuar pelo Tribunal de Justiça”⁷⁸.

O segundo critério centra-se nos efeitos do ato, isto é, apenas se considera impugnável o ato dotado de eficácia externa. Na verdade, esta exigência que só foi codificada pelo Tratado de Maastricht, mantendo-se até ao Tratados vigentes, já resultava de jurisprudência anterior: são “passíveis de recurso” os “actos [que] visam produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros”⁷⁹.

⁷⁶ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 4 de fevereiro de 1998, *Bernard Laga c. Comissão*, proc. T-93/95, n.º 33 decidiu-se que os atos adotados pelos órgãos dos Estados-membros encontram-se “normalmente submetidos à fiscalização do juiz nacional” mesmo que, como sucedia no caso, esses atos visem “implementar determinadas medidas no âmbito da Política Agrícola Comum” (n.º 41) [www.curia.europa.eu].

⁷⁷ Em tom crítico, MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, p. 166, considera esta exceção “uma solução esdrúxula que, supostamente, visa garantir a independência dos bancos centrais nacionais, representa, afinal, uma injustificada entorse ao modelo descentralizado de aplicação da justiça na União Europeia”.

⁷⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 1993, *Parlamento Europeu c. Conselho e Comissão*, proc. C-181/91 e C-248/81, n.º 12 [www.curia.europa.eu].

⁷⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de abril de 1986, *Partido Ecologista “Os Verdes” c. Parlamento Europeu*, proc. C-294/83, n.º 27 (e, em específico sobre os atos do Parlamento, *vide* n.º 25 *in fine*) [www.curia.europa.eu].

II. Note-se, contudo, que o requisito da externalidade nem sempre foi exigido. Nos primórdios da sua jurisprudência, o juiz de Luxemburgo concebeu uma noção ampla de ato sindicável, asseverando que deve “ser possível o recurso de anulação de todas as disposições tomadas pelas instituições que se destinem a produzir efeitos jurídicos, quaisquer que sejam a respectiva natureza ou forma”⁸⁰. Infere-se desta transcrição que a eficácia jurídica do ato podia ser interna ou externa.

De facto, o aresto citado realça a sindicabilidade de um ato no seu conteúdo, subtraindo-a à regra da tipicidade ao consagrar a possibilidade de impugnação “de todas as disposições, quaisquer que sejam a respectiva natureza ou forma”⁸¹, tendo sido assumido pela doutrina e por alguns Advogados-Gerais⁸² como uma interpretação liberal e flexível do Tribunal de Justiça apenas justificada por se estar perante um litígio intrainstitucional.

Em seguida, o TJUE foi circunscrevendo a impugnabilidade aos atos externos. No preenchimento desse pressuposto, formulou uma jurisprudência restritiva ao sentenciar ser necessário que a medida contestada produza⁸³ “efeitos jurídicos obrigatórios que possam afetar os interesses do demandante, modificando de forma caracterizada a sua situação jurídica”⁸⁴. Esta fórmula foi sendo reiterada, registando-se algumas flutuações em casos pontuais. Por exemplo, no caso *Sunzest Europe e Sunzest Netherlands c. Comissão* o Tribunal muda o segmento final pela

⁸⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 31 de março de 1971, *Comissão c. Conselho*, proc. C-22/70, n.º 42. No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de março de 1980, *Sucrimex e Westzucker c. Comissão*, proc. C-133/79, n.º 15 [consultada a versão em francês] onde se afirma que uma decisão só constitui um ato impugnável se for “suscetível de produzir efeitos de direito”. No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 de março de 1997, *República Francesa c. Comissão*, proc. C-57/95, n.º 7 (com jurisprudência) [disponíveis in www.curia.europa.eu].

⁸¹ O que, na verdade, configura uma primitiva enunciação do princípio da irrelevância da forma.

⁸² Conclusões do Advogado-Geral, 21 de março de 2002, FRANCIS G. JACOBS, proc. C-50/00 P, n.º 68 declarando que no acórdão em referência “o Tribunal de Justiça estava disposto a fiscalizar a legalidade dos procedimentos do Conselho (...) com fundamento, essencialmente, em que o objectivo do processo de controlo jurisdicional estabelecido no artigo 173.º do Tratado CEE – que é o de assegurar o respeito da lei na interpretação e aplicação do Tratado – não seria atingido se não se pudesse impugnar todas as medidas, independentemente da sua natureza ou forma, que visassem produzir efeitos jurídicos” [www.curia.europa.eu].

⁸³ Ou vise produzir, como explicita Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de outubro de 1999 *Reino dos Países Baixos c. Comissão*, proc. C-308/95, n.º 27 ao ter decidido que não é impugnável o ato que “não é susceptível de produzir efeitos jurídicos e também não visa produzir esses efeitos” [www.curia.europa.eu].

⁸⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de novembro de 1981, *IBM c. Comissão*, proc. C-60/81, n.º 9 [www.curia.europa.eu, consultada a versão em espanhol].

expressão “devido a uma clara alteração da sua situação jurídica”⁸⁵. Em outras decisões, limita-se a requerer que esses efeitos sejam “susceptíveis (...) de afectar os interesses dos recorrentes”⁸⁶, omitindo o inciso da modificação caracterizada. Todavia, tal omissão é tão-só aparente na medida em que acaba por ser exigida: é o que se deduz quando no acórdão citado se conclui que o ato trazido a juízo (uma carta da Comissão) não era impugnável porque “não alterou, de modo algum, a situação jurídica” do demandante⁸⁷.

O predicado da modificação caracterizada afigura-se criticável. Desde logo, pela sua redundância, isto é, se para que um ato possa ser impugnado requer-se que o mesmo produza efeitos jurídicos, pressupõe-se já a ocorrência de uma alteração no mundo dos acontecimentos, pois caso nada se altera significa que o ato nada exteriorizou. O pleonasma é evidente: um ato que produz efeitos exprime já uma projeção modificativa.

Por sua vez, exige-se que a modificação seja caracterizada. O Tribunal da União Europeia esclarece que para apurar se um ato produz efeitos jurídicos vinculativos há que atender à sua essência, ao seu conteúdo. Porém, nunca explicita qual o critério a empregar para determinar os casos em que uma modificação é caracterizada e aqueles em que ocorre uma simples modificação. Em rigor, da recolha que se empreendeu do vasto acervo jurisprudencial, verificou-se que esse critério não existe, pois sempre que o TJUE constata que um ato produz efeitos jurídicos vinculativos, declara também que se verificou uma modificação caracterizada⁸⁸.

Pelo contrário, não se encontrou, da pesquisa efetuada, nenhum aresto em que o Tribunal, reconhecendo a produção desses efeitos, decidiu que os mesmos não acarretaram uma alteração particularizada⁸⁹. Produzir efeitos jurídicos obrigatórios e a modificação caracterizada da posição jurídica do litigante correspondem à mesma realidade, o que evidencia ainda mais o carácter pleonástico do cânone jurisprudencial⁹⁰.

⁸⁵ Despacho do Tribunal de Justiça, de 13 de junho de 1991, *Sunzest Europe e Sunzest Netherlands c. Comissão*, proc. C-50/90, n.º 12 [www.curia.europa.eu].

⁸⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de outubro de 1999, *Reino dos Países Baixos c. Comissão*, proc. C-308/95, n.º 26 [www.curia.europa.eu].

⁸⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de outubro de 1999, n.º 29.

⁸⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de outubro de 2011, *Deutsche Post e República Federal da Alemanha c. Comissão*, proc. C-463/10 P e C-475/10 P, n.º 45 [www.curia.europa.eu].

⁸⁹ Na linha da nota anterior, sempre que considera que uma determinada medida não produz efeitos jurídicos vinculativos, o Tribunal conclui pela sua inimpugnabilidade. Cfr., por exemplo, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 17 abril de 2008, *Cestas c. Comissão*, proc. T-260/04, n.º 76 [www.curia.europa.eu].

⁹⁰ Identicamente, COLAÇO ANTUNES, “Um tratado francês lido em alemão?”, p. 95, asseverando que o requisito da produção de efeitos jurídicos e o da modificação caracterizada da situação jurídica

Um outro argumento de censura à construção pretoriana reside na sua promiscuidade entre condições de admissibilidade (pressupostos processuais) e condições de procedência. Com efeito, para averiguar se a decisão trazida a juízo produziu efeitos jurídicos, modificando de forma caracterizada a esfera jurídica do demandante, o TJUE debruça-se sobre o mérito da causa, o que inverte a lógica da natureza dos pressupostos processuais. Na verdade, essa averiguação assoma-se como um juízo material, isto é, uma análise de direito substantivo da qual depende o reconhecimento da pretensão do particular⁹¹ e não como “um juízo preliminar sobre a questão da admissibilidade da acção”⁹².

Por fim, este cânone da modificação caracterizada da situação jurídica do impugnante é também criticável atentando à sua “mobilidade processualística”. O Tribunal de Luxemburgo flutua no exame desse atributivo, ora analisando-o a propósito da impugnabilidade, ora averiguando-o a propósito da legitimidade⁹³.

Retomando o raciocínio deste excursus, conclui-se que os atos internos⁹⁴ encontram-se excluídos do conceito de ato impugnável (por duas vezes, o § 1.º do artigo 263.º do TFUE estabelece a fiscalização da legalidade dos atos “destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros”).

O Tribunal de Justiça da União Europeia justifica a sua inimpugnabilidade por entender que as medidas que “produzem efeitos unicamente na esfera interna da administração, não criam direitos ou obrigações na esfera jurídica de terceiros” e, portanto, “não constituem decisões lesivas de interesses jurídicos”⁹⁵.

Ora, utilizando um exemplo da sua própria jurisprudência é possível contestar essa argumentação. No aresto *República Francesa c. Comissão*, estava em causa uma ordem de

do interessado correspondem a exigências “interdependentes, uma vez que a necessidade de ponderação de efeitos jurídicos encontra a sua concreção na exigência de uma alteração substancial da situação jurídica do autor”.

⁹¹ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 51-52.

⁹² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 213-214.

⁹³ Cfr., por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de outubro de 2011, *Deutsche Post e República Federal da Alemanha c. Comissão*, procs. C-463/10 P e C-475/10 P, n.º 38 [www.curia.europa.eu].

⁹⁴ Entendidos como “aqueles que esgotam a sua eficácia no âmbito do órgão que os adoptou: ou porque incidem sobre relações entre superior hierárquico e subordinados, ou porque se trata de directivas a seguir no interior da instituição para adopção da decisão definitiva, ou, por fim, enquanto actos de auto organização do órgão” – Conclusões do Advogado-Geral, de 12 de julho de 1990, GIUSEPPE TESAURO, proc. C-366/88, n.º 13 [www.curia.europa.eu].

⁹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de fevereiro de 1988, *Partido Ecologista “Les Verts” c. Parlamento Europeu*, proc. C-190/84, n.º 8 [www.curia.europa.eu].

serviço⁹⁶ aprovada por aquela instituição dirigida aos seus subalternos relativas a técnicas a aplicar por estes últimos na recolha e análise de amostras, no âmbito de verificações locais previstas no artigo 9.º/n.ºs 1 e 2 do Regulamento (CEE) n.º 729/70 do Conselho, de 21 de abril de 1970, de produtos financiados pelo Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola (FEOGA). A Comissão sustentou a inadmissibilidade da ação por as instruções controvertidas serem “desprovidas de qualquer efeito jurídico e financeiro para os operadores em questão e para os Estados-membros e são, como o nome indica, meramente internas”⁹⁷. O TJUE lembrou que a ação de impugnação era “possível relativamente a todas as disposições tomadas pelas instituições, quaisquer que sejam a respectiva natureza e forma, que se destinem a produzir efeitos jurídicos” e que as “instruções internas não criam direitos ou obrigações na esfera jurídica de terceiros” pelo que “não são decisões causadoras de prejuízo”⁹⁸. Reconheceu, contudo, que o “acto impugnado distingue-se de uma simples instrução de serviço”⁹⁹ uma vez que “não se limita a explicitar as regras fixadas” no artigo 9.º do regulamento supra identificado, pois “amplia o texto [dessa] disposição”, conferindo poderes à Comissão para os quais só o Conselho se encontrava habilitado¹⁰⁰. O Tribunal conclui que a “medida impugnada é uma decisão tomada por uma autoridade incompetente”¹⁰¹ decidindo pela sua anulação.

O caso narrado demonstra que um ato que aparentava ser de vinculação interna, repercutia, porém, efeitos externos, dado que a recolha das amostras pressuponha “necessariamente o correspondente dever, para os Estados-membros e para os operadores económicos” de garantirem o acesso e consentirem na recolha das amostras pelos agentes da Comissão. Assim não sendo, “o acto seria de todo o modo destituído de sentido, mesmo na sua dimensão interna”¹⁰².

Contrariando a explicitação do TJUE, os atos internos podem ser suscetíveis de afetar posições subjetivas de “terceiros não destinatários aparentes”¹⁰³ ainda que esses efeitos lesivos não sejam imediatos.

⁹⁶ Que consiste num ato administrativo de comando “que vincula o destinatário (...) a adoptar uma conduta de serviço” (MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, p. 105).

⁹⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de outubro de 1990, *República Francesa c. Comissão*, proc. C-366/88, n.ºs 7 e 13 [www.curia.europa.eu].

⁹⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de outubro de 1990, n.ºs 8 e 9.

⁹⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de outubro de 1990, n.º 10.

¹⁰⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de outubro de 1990, n.ºs 23 (citado) e 24.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de outubro de 1990, n.º 25.

¹⁰² Conclusões do Advogado-Geral, de 12 de julho de 1990, GIUSEPPE TESAURO, proc. C-366/88, n.º 22 [www.curia.europa.eu].

¹⁰³ Conclusões do Advogado-Geral, de 12 de julho de 1990, n.º 31 concluindo que o ato sindicado “é já em si lesivo de interesses de terceiros”.

III. Para além dos dois critérios delimitativos na noção de impugnabilidade, a jurisprudência europeia permite identificar um outro: o da definitividade (horizontal). Com efeito, são várias as decisões judiciais que condicionam a aplicabilidade do artigo 263.º do TFUE às “medidas que fixam definitivamente a posição” das instituições “no final do procedimento”¹⁰⁴. E, por isso, os atos preparatórios e os atos intermédios não são sindicáveis.

A primeira categoria de atos ao possuírem um carácter provisório significa que não produzem nem visam produzir efeitos jurídicos¹⁰⁵, o que, à luz do critério do conteúdo, obsta à admissibilidade da ação¹⁰⁶. Na visão do juiz da UE, uma medida preliminar é “insusceptível de causar prejuízos aos direitos processuais da recorrente” pelo que “não pode ser considerada um acto recorrível”¹⁰⁷.

O segundo tipo de atos não é pleiteável, pois por visarem “preparar a decisão final (...) exprimem uma opinião provisória da instituição”¹⁰⁸. É esse posicionamento transitório que fundamenta a inimpugnabilidade das medidas intermédias na medida em que admitir a sua apreciação jurisdicional podia forçar o tribunal a “antecipar os debates quanto ao fundo” da causa conduzindo a uma confusão de fases do “procedimento administrativo e do processo judicial” incompatível com “as exigências de uma boa administração da justiça e de um desenvolvimento regular do procedimento administrativo”¹⁰⁹. Neste sentido, o TJUE declara que a ilegalidade ligada ao ato intermédio deve ser “invocada como fundamento de um recurso dirigido contra a decisão final”, o qual “assegurarà uma proteção jurisdicional suficiente”¹¹⁰.

Conquanto, os magistrados da União admitem a impugnação de uma medida propulsionadora ou intermédia do procedimento, independentemente “de saber se exprime ou não uma opinião provisória”, quando produza “efeitos jurídicos autónomos”¹¹¹.

¹⁰⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de novembro de 1981, *IBM c. Comissão*, proc. C-60/81, n.º 10 [www.curia.europa.eu, consultada a versão em espanhol]. Reiterado no acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 10 de julho de 1990, *Automec c. Comissão*, proc. T-64/89, n.º 42 [www.curia.europa.eu].

¹⁰⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 2000, *Reino dos Países Baixos c. Comissão*, proc. C-147/96, n.º 35 [www.curia.europa.eu].

¹⁰⁶ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 10 de julho de 1990, *Automec c. Comissão*, proc. T-64/89, n.º 42 (com referências jurisprudenciais anteriores) [www.curia.europa.eu].

¹⁰⁷ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 10 de julho de 1990, n.º 58.

¹⁰⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de outubro de 2011, *Deutsche Post e República Federal da Alemanha c. Comissão*, proc. C-463/10 P e C-475/10 P, n.º 50 (com jurisprudência). [www.curia.europa.eu].

¹⁰⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de outubro de 2011, n.º 51.

¹¹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de outubro de 2011, n.º 53.

¹¹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de outubro de 2011, n.º 54.

Considera-se que esta delimitação negativa na noção de ato impugnável gizada pelos juízes europeus é censurável.

Primus, se os critérios do autor e do conteúdo do ato são sustentados pela letra do Tratado, o mesmo não sucede em relação ao requisito da definitividade que, assim, carece de suporte normativo. Reconhece-se, não obstante, a fragilidade ou a pouca relevância deste argumento tendo em conta que a jurisprudência europeia se tem desenvolvido para lá de elementos textuais, como sucede com a doutrina do efeito direito e do princípio do primado.

Secundus, admitir a impugnabilidade de decisões não finais apenas quando estas ocasionem efeitos legais autocéfalos (leia-se, efeitos autónomos) corresponde a uma visão de “atocentrismo”, há muito abandonada no Direito Administrativo nacional, que menospreza o procedimento enquanto realidade composta por um conjunto de atos e formalismos “interligados e conexos, dotados de maior ou menor autonomia”¹¹². Ao contrário do entendimento do juiz da União, julga-se que todas as condutas que perfazem o itinerário procedimental são normativamente autónomas, ainda que com diferentes intensidades, e porquanto individualmente litigáveis quando afetem as posições subjetivas do particular¹¹³. Por exemplo, no caso *Reino dos Países Baixos c. Comissão* encontrava-se em juízo uma decisão daquela instituição que excluía as Antilhas Neerlandesas de uma lista que elencava os países terceiros que podiam importar leite, ou produtos dele derivados, para a extinta Comunidade Europeia (§ 3.º, *in fine* do artigo 1.º do TUE). O governo holandês, invocando a ilegalidade dessa decisão, nomeadamente, por vícios de fundamentação e preterição de formalidades essenciais, alegou que essa exclusão atingia nefastamente a posição das Antilhas porque entravava a exportação dos produtos lácteos para os Estados-membros¹¹⁴. Incompreensivelmente, o Tribunal de Justiça declarou inadmissível a ação porque o ato controvertido constituía uma medida provisória que, não expressando a vontade definitiva da instituição demandada, não era “susceptível de produzir efeitos jurídicos, nem visa produzir tais efeitos”¹¹⁵. A incoerência é evidente: se a não inclusão na lista em causa obstou à importação dos produtos (como o governou salientou – n.º 13 do acórdão) como negar-lhe a produção de efeitos jurídicos?

¹¹² PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, Coimbra, Almedina, 2016, p. 47.

¹¹³ Em sentido convergente T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law – An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Union*, 8ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 357, advogando que os atos preliminares só podem ser considerados inimpugnáveis na medida em que, independentemente da decisão final, não afetem os direitos do demandante.

¹¹⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 2000, *Reino dos Países Baixos c. Comissão*, proc. C-147/96, n.ºs 20 e 23 [www.curia.europa.eu].

¹¹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 2000, n.º 35.

Tertius, ainda que admitindo que nem todos os atos do procedimento possuam efeitos jurídicos autónomos, os quais, como Yves Bot elucida, ocorrem, quando uma “decisão produza directamente efeitos jurídicos diferentes dos da decisão final”¹¹⁶, não se considera conforme aos princípios da boa administração e da tutela jurisdicional efetiva (artigos 41.º e 47.º da CDFUE, respetivamente) admitir apenas a impugnabilidade do ato final¹¹⁷. Nas situações em que a decisão inicial ou intermédia não goza de autonomia da resolução final, porque projetam o mesmo efeito ou supondo que o ato preliminar enferma de uma ilegalidade que viciará todo o procedimento¹¹⁸, será razoável constranger a parte demandante a aguardar pelo fecho do procedimento para reagir judicialmente contra uma atuação ilegal? Pensa-se que essa solução não protege suficientemente os interesses dos intervenientes, algo que é confirmado pela própria jurisprudência do TJUE. No julgamento que opôs a empresa *AZKO Chemie* contra a Comissão, pleiteou-se uma decisão desta última em que transmitia a um terceiro (*a Engineering and Chemical Supplies*, uma outra empresa do setor) alguns documentos que constituam prova de que a primeira tinha exercido um abuso de posição dominante, infringindo o artigo 102.º do TFUE¹¹⁹. Na sua decisão, o euro-tribunal, embora tendo considerado que a decisão impugnada pertencia à fase de instrução (portanto, não era uma decisão final que declararia, ou não, a exploração abusiva de uma posição dominante), sentenciou que a “possibilidade de que dispõe a empresa de interpor recurso contra uma decisão final que declare que as regras de concorrência foram infringidas não é de molde a conceder-lhe uma protecção adequada dos seus direitos nesta matéria” uma vez que “o processo administrativo pode não conduzir a uma decisão que declare a existência de uma infracção” e a impugnação da medida do desfecho do processo “não concede, de qualquer forma, à empresa um meio de prevenção contra os efeitos irreversíveis que seriam provocados por

¹¹⁶ Conclusões do Advogado-Geral, de 30 de junho de 2011, YVES BOT, proc. C-463/10 P e C-475/10 P, n.º 47 [www.curia.europa.eu].

¹¹⁷ Também em tom crítico, T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, pp. 356-357. O Autor sugere que se devem distinguir dois cenários, reconhecendo que não é essa a abordagem do TJUE. HARTLEY propõe que a impugnabilidade dos atos procedimentais deve ser aferida pela sua natureza vinculativa, isto é, se a medida intermédia não adstringir o conteúdo da decisão final a mesma não carece de ser atacada judicialmente porque não afeta a posição jurídica de ninguém. Já se esse ato intermédio corresponde a uma decisão preliminar, o mesmo deve ser considerado impugnável porque restringe o poder do decisor final.

¹¹⁸ Porque, por exemplo, a autoridade decisória é incompetente.

¹¹⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 24 de junho de 1986, *AZKO Chemie BV e AZKO Chemie UK c. Comissão*, C-53/85, n.ºs 5 e 11 [www.curia.europa.eu].

uma comunicação irregular de alguns dos seus documentos”, pelo que declarou a propositura da ação admissível¹²⁰.

O aresto invocado contradiz o próprio juiz da União quando este assevera que uma medida preparatória não se revela lesiva às posições subjetivas dos particulares e acentua a ilogicidade de só se admitir ações contra medidas que fixem, em definitivo, a posição das instituições, órgãos e organismos da União.

Quartus, a aplicação jurisprudencial do critério da definitividade horizontal não se tem revelado uniforme. A jurisdição euro-unionista tem admitido, em determinados setores, a possibilidade de impugnação de medidas preparatórias¹²¹. No domínio do Direito da Concorrência, o julgador europeu tem considerado que a decisão que dá início ao procedimento de suspensão de auxílios de Estado (n.º 2 do artigo 108.º do TFUE) é suscetível de ser impugnada. Em vários acórdãos, a Comissão alega que essa medida inicial é um mero ato preparatório da decisão final, que não modifica a posição jurídica das empresas afetadas¹²². A instância de Luxemburgo considerou, no entanto, que essas decisões primárias são dotadas de efeitos jurídicos autónomos por suspenderem a concessão dos auxílios estatais pelo que não constituem simples medidas preparatórias. Assim, admitir apenas a impugnação da decisão que põe termo ao procedimento não asseguraria uma proteção jurisdicional suficiente na medida em que não permitiria sanar as consequências da suspensão do auxílio¹²³. Por isso, o TJUE admite a

¹²⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 24 de junho de 1986, n.ºs 20 (citado) e 22. Elogiando esta decisão, T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, p. 359, na medida em que admitir apenas a impugnação da decisão final não seria uma via adequada à proteção do particular, pois o dano (a transmissão de documentos confidenciais) já se teria consumado.

¹²¹ No acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de outubro de 1986, *V. R. c. Comissão*, proc. C-75/85, n.ºs 1 e 9 o demandante, um ex-funcionário estagiário da Comissão, peticionou a anulação da decisão de despedimento, bem como dos atos preparatórios e confirmativos dessa decisão, não tendo o Tribunal suscitado a inadmissibilidade desses atos preliminares não definitivos. Aliás, analisou conjuntamente o mérito da decisão de despedimento bem como as medidas antecedentes e posteriores julgando, em concreto, que a “fundamentação dos actos atacados” não era contraditória (n.º 16) [www.curia.europa.eu].

¹²² Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 1992, *Reino de Espanha c. Comissão*, proc. C-312/90, n.º 6 [www.curia.europa.eu], de 30 de outubro de 1992, *República Italiana c. Comissão*, proc. C-47/91, n.º 13 [www.eur-lex.europa.eu] e de 9 de outubro de 2000, proc. *República Italiana c. Comissão*, C-400/99, n.º 36 [www.curia.europa.eu].

¹²³ Identicamente, Conclusões do Advogado-Geral, de 29 de março de 2001, CHRISTINE STIX-HACKL, proc. C-400/99, n.º 7, mencionando que a decisão propulsora do procedimento é “um acto lesivo cujos efeitos jurídicos não podem ser eliminados com a mesma eficácia através da impugnação da decisão final” [www.eurlex.europa.eu].

sindicabilidade da resolução em iniciar o procedimento previsto no artigo 108.º do TFUE¹²⁴.

Da conjugação deste recorte jurisprudencial com o caso *AZKO Chemie c. Comissão* resulta que a impossibilidade de impugnação de medidas preparatórias, a não ser que possuam eficácia jurídica autónoma, revela-se um raciocínio artificial por depender de um critério casuístico, como reconhece o Advogado-Geral Walter Van Gerven: “a questão de saber se um recurso de anulação contra um acto determinado deve poder ser interposto num estágio precoce é uma questão que deve ser examinada *in concreto*, caso a caso”¹²⁵.

Essa apreciação de cada caso concreto é reprovável. Por um lado, demonstra a incongruência de não se aceitar a sindicabilidade de medidas não definitivas que podem ser tão ofensivas como as decisões finais. Em situações pontuais, o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia já teve de considerar admissível uma ação contra uma decisão intercalar em nome da tutela jurisdicional efetiva. Assim, em vez de ser a situação da vida a subsumir-se à juridicidade, são os factos concretos que moldam a normatividade. Por outro lado, a definição e a aplicação do Direito caso a caso coloca em causa o princípio da igualdade e a preocupação do TJUE em assegurar a harmonização da euro-legalidade fica comprometida. O grupo de casos concernentes aos auxílios de Estado e o acórdão Reino *dos Países Baixos c. Comissão* são similares, visto que em ambos a decisão desencadeadora do procedimento possui um efeito interruptivo. Assim sendo, porque é que na primeira das hipóteses o TJUE admite a impugnação do ato propulsor e no segundo negou essa possibilidade?

Quintus, o Tribunal da UE sustenta que todas as irregularidades que viciem uma medida interlocutória devem ser invocadas no momento em que se impugna a decisão final. Mas e se o procedimento encadeado não culminar numa decisão de fundo, ficarão as partes carentes de proteção jurídica? O julgador da União responde que na ausência dessa decisão os interessados “poderão, se considerarem ter sofrido um prejuízo causado por um acto ilícito susceptível de implicar a responsabilidade extracontratual das Comunidades, propor uma acção de indemnização”¹²⁶. Não se vislumbra que esta constitua uma boa solução. A via indemnizatória

¹²⁴ Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 1992, *Reino de Espanha c. Comissão*, proc. C-312/90, n.º 21 e 23-24 [www.curia.europa.eu], de 30 de outubro de 1992, *República Italiana c. Comissão*, proc. C-47/91, n.º 27-28 e 30 [www.eur-lex.europa.eu] e de 9 de outubro de 2000, proc. *República Italiana c. Comissão*, C-400/99, n.º 62-63 e 68 [www.curia.europa.eu].

¹²⁵ Conclusões do Advogado-Geral, de 18 de março de 1992, WALTER VAN GERVEN, proc. C-312/90, n.º 9 [itálico do original] [www.curia.europa.eu].

¹²⁶ Despacho do Tribunal de Primeira Instância, de 2 de junho de 2004, *Pfizer c. Comissão*, proc. T-123/03, n.º 29. Neste julgamento, o TPI declarou não impugnável uma decisão daquela entidade

(artigos 268.º e § 2.º e 3.º do artigo 340.º do TFUE) apresenta pressupostos processuais assaz restritivos¹²⁷ pelo que a probabilidade de o particular ser ressarcido é “mais ilusória do que real”¹²⁸.

IV. Em síntese, para que se verifique a impugnabilidade de uma determinada decisão administrativa o artigo 263.º TFUE estabelece dois critérios. Um primeiro critério concernente à autoria do ato, ou seja, é necessário que o decisor administrativo seja uma instituição, órgão ou organismo da União Europeia. Um segundo critério que se reporta à eficácia externa, ou seja, não são sindicáveis os atos que produzam efeitos jurídicos internos. Procurou-se demonstrar que esta exigência de produção de efeitos jurídicos em relação a terceiros, de origem pretoriana e hoje positivada no TFUE, revela uma certa inutilidade. No balanço comparativo que se segue desenvolver-se-á esta questão.

Por outro lado, além desses requisitos que resultam da letra do Tratado, o Tribunal de Justiça da União Europeia aditou um outro requisito à definição da impugnabilidade da medida que o particular pretenda trazer a juízo, a saber, a definitividade horizontal. No último excurso, intentou-se evidenciar as fraquezas desse atributo adicional.

3.3. Balanço Comparativo

I. Em ambos os regimes em cotejo, o critério da eficácia externa surge como premissa de impugnabilidade das decisões administrativas.

Na legislação nacional, essa premissa ainda que consagrada na cláusula geral (n.º 1 do artigo 51.º do CPTA) é depois excepcionada por via da alínea b) do n.º 2 dessa disposição, ainda que essa exceção seja limitada ao nível das relações interorgânicas.

institucional que dava início a um procedimento de autorização de introdução de medicamentos no mercado (n.ºs 26-27). Finalizando que “a inadmissibilidade” da ação intentada não “privará as sociedades *Pfizer* de protecção jurisdicional” já que “cabem-lhes-á contestar a legalidade do procedimento (...) por ocasião de um eventual recurso contra uma decisão final (...) ou, tal sendo o caso, propor uma acção de indemnização” (n.º 33) [www.curia.europa.eu].

¹²⁷ A jurisprudência do TJUE exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a ilegalidade (qualificada) do comportamento imputado à instituição da União, a existência de um dano (real, certo e quantificável) e o nexo de causalidade (direto e imediato). *Vide*, para mais desenvolvimentos, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, pp. 209-224, MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, pp. 297-323 e, em específico, AFONSO PATRÃO, *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Coimbra, Almedina, 2008.

¹²⁸ MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, p. 299.

A jurisprudência europeia prende-se, neste aspeto, à letra do Tratado que estabelece o controlo jurisdicional dos atos “destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros” (§ 1.º do artigo 263.º do TFUE). Procurou-se demonstrar que os juízes europeus podiam, neste aspeto, ir além dos elementos textuais, como têm feito a propósito da elaboração dos princípios gerais que regem o Direito da União Europeia, e admitir a sindicabilidade dos atos internos, em vez de, erroneamente, considerar que esses atos não se revelam lesivos aos direitos dos particulares.

II. Na verdade, e em linha com o defendido por alguma doutrina¹²⁹, a diferenciação entre atos administrativos internos e externos assenta numa linha ténue (como demonstra o acórdão *República Francesa c. Comissão*, em que se litigava uma ordem de serviço interna cujos efeitos se repercutiam, também, em relação a terceiros), o que nos leva a concluir que um ato interno produz também efeitos para fora da entidade administrativa que o proferiu, ainda que, em certos casos, apenas em termos mediatos.

Nessa medida, constata-se que existe uma tendência¹³⁰ para os atos administrativos serem, quanto à sua eficácia, atos híbridos. Por isso, entende-se que a impugnabilidade das decisões administrativas não deve ser delimitada em função da natureza dos seus efeitos (internos ou externos). Salvo melhor opinião, pensa-se que deve ser privilegiado o critério da suscetibilidade de lesão (“*faire grief*”) enquanto bitola de impugnabilidade por ser o que melhor se coaduna com o princípio da tutela jurisdicional efetiva (n.º 4 do artigo 268.º da CRP e artigo 47.º da CDFUE)¹³¹.

Por sua vez, em conformidade com a evolução da justiça administrativa lusófona, que abandonou a máxima do ato administrativo definitivo e executório, seria desejável que a magistratura da UE abandonasse o requisito por si adicionado na aferição da impugnabilidade dos atos administrativos euro-unionistas: a definitividade horizontal, pois, como se procurou demonstrar, padece de fragilidades, nomeadamente, por não acautelar os direitos dos particulares, privando-os do acesso à justiça.

¹²⁹ SABINO CASSESE, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Turim, Einaudi, 1989, pp. 247-248. Também, T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, p. 353 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, p. 277: “é imprecisa a linha divisória pela qual passa a delimitação do conceito de eficácia externa”.

¹³⁰ SABINO CASSESE, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, pp. 247-248.

¹³¹ Contra, COLAÇO ANTUNES, “Um tratado francês lido em alemão?”, p. 98 (para o Autor a lesividade deve ser critério de legitimidade e não de recorribilidade).

III. Em suma, no processo administrativo português o ato impugnável caracteriza-se por uma certa amplitude. Ainda que o parâmetro da lesividade tenha desaparecido, com a revisão do CPTA de 2015, da cláusula geral, essa omissão não significa necessariamente que não se garanta as posições jurídicas dos particulares. Essa amplitude permite conceber o contencioso administrativo lusófono como um contencioso subjetivo que garante a tutela jurisdicional efetiva.

A mesma conclusão não pode ser deduzida em relação ao contencioso da União Europeia, que assume uma abordagem objetiva e institucionalista em relação ao conceito de impugnabilidade, pois foca-se na estrutura do ato, no seu conteúdo (atocentrismo), ignorando a posição do particular na sua relação com o decisor administrativo. Vigora, portanto, uma visão restrita próxima da noção de ato regulador¹³².

4. O *locus standi* dos particulares: entre legitimidade e interesse

4.1. O interesse direto e pessoal do CPTA

I. O Código de Processo nos Tribunais Administrativos caracteriza-se por uma pluralidade de normas sobre legitimidade ativa que se diferenciam não só conforme o objeto da ação, como também variam consoante o sujeito ativo do litígio¹³³. Por exemplo, o regime da impugnação de atos administrativos estabelece regras diversas ao poder de demandar, as quais se distinguem em função de autor (*vide* as várias alíneas do artigo 55.º do CPTA).

No que concerne ao *locus standi* do particular, rege a alínea a) desse enunciado normativo e da qual resulta que a legitimidade do particular configura-se no plano da alegação, o que significa que basta ao autor da ação afirmar, com plausibilidade, a titularidade de uma posição substantiva lesada¹³⁴.

A interpretação do interesse direto e pessoal, constante dessa disposição, não reúne consenso doutrinário.

Por um lado, advoga-se que o poder de demandar dos particulares nas ações de impugnação de atos administrativos afere-se pela existência de meros interesses

¹³² COLAÇO ANTUNES, “Um tratado francês lido em alemão?”, p. 98.

¹³³ Concordando com estes “critérios variáveis” (p. 217), MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 215-217.

¹³⁴ A lei optou, portanto, pela teoria da possibilidade em detrimento da teoria da concludência, que exige a afirmação perentória da lesão do direito. Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*, p. 128 e pp. 268-269.

de facto¹³⁵, ou seja, sempre que um ato se repercute de modo desfavorável na posição jurídica do autor e da anulação ou declaração de nulidade desse ato resulte um benefício jurídico ou económico, encontra-se preenchido o pressuposto processual em análise. Esta orientação doutrinária apresenta o interesse fático enquanto parâmetro atributivo de legitimidade baseando-se na contraposição subjacente à letra da lei, ou seja, se os direitos e interesses legalmente protegidos são apenas um exemplo possível¹³⁶ de se encontrar verificada a presença de um interesse direto e pessoal, significa que esse esse legitimador¹³⁷ pode também corresponder a um interesse fático¹³⁸.

Por outro lado, defende-se que se dá cumprimento à previsão da alínea a) do n.º1 do artigo 55.º do CPTA com a alegação da titularidade de um direito subjetivo, entendido como uma posição jurídica de vantagem no âmbito de uma relação administrativa¹³⁹. Este setor da doutrina considera injustificada a distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos (e interesses difusos), pois ambos reconduzem-se à fruição, pelo particular, de uma posição substantiva atribuída¹⁴⁰

¹³⁵ BENJAMIM BARBOSA, “A revisão dos requisitos gerais do regime da impugnabilidade dos actos administrativos (actos confirmativos, ineficazes e legitimidade) no Anteprojecto do CPTA”, in *O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate*, Lisboa, AAFDL Editora, 2014, pp. 375-399, esclarecendo que a pretensão deduzida em juízo deve corresponder a “interesse atendível” o qual pode não se reconduzir ao conceito de direito subjetivo (p. 379).

¹³⁶ Pelo uso do vocábulo “designadamente”.

¹³⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEDINA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 371.

¹³⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 224-225 (o Autor não utiliza a expressão interesses de facto, mas da sua explicação infere-se que se enquadra nesta corrente), VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, pp. 178-179 e notas 403 e 406 (sublinhando que a lei não exige a titularidade de uma posição subjetiva lesada, bastando um simples interesse comprovadamente diferenciado), SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, pp. 720-721. Na jurisprudência, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, de 20 de junho de 2012, proc. 0230/12 – “o critério para se ajuizar da legitimidade é a utilidade ou vantagem que se pode retirar da anulação contenciosa do acto lesivo” –, e de 29 de outubro de 2009, proc. 01054/08 [www.dgsi.pt].

¹³⁹ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, pp. 263-264 e 369-370, JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A «legitimidade» do Interesse na Legitimidade Activa de Particulares para impugnação de actos administrativos”, in *Instituto de Ciências Jurídico-Políticas – Publicações*, pp. 1-19 [disponível em www.icjp.pt] (pp. 4 e 13 e ss., referindo estar em causa “qualquer posição jurídica subjectiva activa” – p. 15).

¹⁴⁰ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, pp. 264-270 (com várias objeções e sugerindo um “«conceito-quadro» de direito subjectivo” – p. 270), JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A «legitimidade» do Interesse...”, p. 14 (salientando que “desde que ela seja identificável” uma vantagem “pouco importa que seja tratada como «direito», «interesse legalmente protegido»”).

e rejeita a ideia de um interesse de facto legitimar o acesso ao juiz. Com efeito, os interesses meramente fácticos, que remontam à lógica em que a Administração intervinha em juízo dotada de prerrogativas de poder negando-se aos indivíduos o gozo de direitos, detendo apenas interesses¹⁴¹, são desprovidos de normatividade¹⁴² pelo que podem ser “qualquer coisa”¹⁴³.

II. A divergência elencada repercute-se no sentido a subsumir aos predicativos “direto” e “pessoal” e, paralelamente, na identificação do verdadeiro pressuposto processual que lhes subjaz.

Para uns, o interesse direto prende-se com a necessidade do impugnante se encontrar numa situação de lesão atual e efetiva, o que, na verdade, corresponde à questão de saber se o particular se encontra carente de tutela judiciária¹⁴⁴. Por conseguinte, não está em causa a legitimidade processual, mas antes o problema do interesse em agir (ou interesse processual)¹⁴⁵. Já o atributivo pessoal é interpretado no sentido de se determinar se o particular reivindica uma utilidade para si próprio¹⁴⁶.

Para outros, o carácter direto é reconhecido quando o particular alcança de modo imediato um benefício especificado, admitindo-se que é um problema fronteira entre ao poder de demandar e a necessidade de proteção judicial. O interesse pessoal advém se o demandante obtiver um benefício para a sua própria esfera jurídica¹⁴⁷.

¹⁴¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, pp. 264-270.

¹⁴² Na expressão de JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A «legitimidade» do Interesse...”, p. 4, correspondem a “algo de *ajurídico*” [itálico do original].

¹⁴³ JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A «legitimidade» do Interesse...”, p. 14, dando um exemplo ilustrativo da irracionalidade em se admitir situações fácticas como habilitadoras do acesso ao juiz.

¹⁴⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEDINA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 376.

¹⁴⁵ BENJAMIM BARBOSA, “A revisão dos requisitos gerais do regime da impugnabilidade dos actos administrativos...”, p. 380, realçando que o interesse assume um papel nuclear para a definição de legitimidade.

¹⁴⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, pp. 225-226, MÁRIO AROSO DE ALMEDINA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, p. 374. Na jurisprudência, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 20 de junho de 2012, proc. 0230/12 [www.dgsi.pt] que identifica na alínea d) do n.º 2 do artigo 55.º do CPTA “a necessidade de tutela judicial efectiva” contra o ato lesivo e perfilhando a ideia de atualidade e efetividade ao mencionar que o interesse não pode ser “meramente longínquo, eventual ou hipotético”.

¹⁴⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, p. 179 e n. 404. Na jurisprudência, Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 17 de junho de 2010, proc. 0122/09.2BEMDL [www.dgsi.pt].

Salvo melhor opinião, a interpretação da alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA deve ser norteada de acordo com as seguintes premissas.

A ideia de titularidade de um interesse de facto enquanto fonte de legitimidade é de recusar. Desde logo, porque não se compreende qual o alcance do seu significado. Seguidamente, o interesse fáctico é, por natureza, uma posição não juridificada. Partindo do pressuposto de que o Direito “não deve imiscuir-se em todos os aspetos da vida social, mas limitar-se a proteger (...) os chamados bens jurídicos”¹⁴⁸ qual o fundamento excecional de, a propósito da impugnação de atos administrativos, se atribuir tutela a singelas situações factuais? Na mesma linha, se o legislador constitucional (artigo 20.º/n.º 1 e, especificamente para o Contencioso Administrativo, artigo 266.º/n.º 4) consagrou, aos particulares, a garantia de tutela jurisdicional para a defesa das suas posições subjetivas (concedidas por normas), que razão terá influenciado o legislador infra-constituente a ir além da lei fundamental conferindo proteção jurídica a interesses não jurídicos? Uma vez que não se consegue identificar tal motivo, é forçoso concluir que o “interesse direito e pessoal” não pode ser considerado como uma posição de factualidade, mas antes e necessariamente uma situação jus-subjetiva.

Em conjugação, é plausível formular o seguinte paralelo. Se a legitimidade do particular para deduzir um pedido de condenação à prática de ato administrativo carece da alegação de um direito subjetivo ou de um interesse legalmente protegido (alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º do CPTA), será uma solução razoável que, a propósito da impugnação de atos administrativos, a legitimidade seja reconduzida à alegada titularidade de um interesse direto e pessoal, o qual, no entender de certo setor doutrinário, não tem de ser necessariamente uma posição subjetiva? Alguma doutrina justifica este raciocínio do legislador “na medida em que os actos administrativos de conteúdo positivo tendem a ser potencialmente lesivos de um maior número de pessoas e a suscitar necessidades acrescidas de controlo”, rematando que os pedidos de condenação “têm, pois, uma carga de tutela subjectiva (...) muito superior àquela que (...) corresponde aos pedidos de anulação”¹⁴⁹. Com o devido respeito, tal explicação é um contrassenso. Ora, se os atos administrativos positivos são, hipoteticamente, suscetíveis de causar uma lesividade quantitativamente mais intensa, o que fundamenta, segundo esse entendimento, que um interesse de facto constitua título legitimante para a sua impugnação, como compreender então que os pedidos condenatórios apresentem uma proteção subjetiva de maior densidade?

¹⁴⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 66.

¹⁴⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, p. 234.

Considera-se que do cotejo da alínea a) do n.º 1 do artigo 51.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º do CPTA resulta uma dissonância sistemática do contencioso do ato administrativo. Caso um ato administrativo ofenda a esfera jurídica do particular, a sua legitimidade impugnatória depende da titularidade de um interesse direto e pessoal – o que se vislumbra algo redundante, pois se um particular se sente nefastamente afetado por uma determinada decisão administrativa, a sua presença em juízo sempre será motivada para a defesa dos seus interesses¹⁵⁰ – já para deduzir um pedido de condenação à prática de um ato administrativo ao particular é ainda exigível alegar a titularidade de uma posição substantiva, “de um direito susceptível de ser satisfeito com a emissão”¹⁵¹ desse ato. Esta diferença de regras, em que o *locus standi* do particular para a impugnação de atos administrativos se define em função de um “interesse substancializado”¹⁵², afigura-se desprovida de sentido a partir do momento em que a lei fundamental garante a tutela jurisdicional efetiva dos particulares, nomeadamente, para impugnar atos administrativos lesivos dos seus direitos subjetivos (n.º 4 do artigo 238.º da CRP)¹⁵³.

Por sua vez, determinar se a posição jurídica que o particular pretende fazer valer em juízo configura um direito subjetivo ou um interesse legalmente protegido é um exercício infrutuoso. Não sendo este o lugar para justificações desenvolvidas sobre o assunto, adere-se à corrente que reputa por um tratamento unitário das referidas categorias dado que, entre as quais, não existem “diferenças de natureza, mas – quando muito – de conteúdo”¹⁵⁴. De facto, uma abordagem sistemática pelo Direito Constitucional¹⁵⁵ e pelo Direito Administrativo procedimental¹⁵⁶ e

¹⁵⁰ Ou nas palavras de VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, p. 369, que esclarece que, na alínea d) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA, está em causa “o exercício do direito de acção por privados, que actuam para a defesa de interesses próprios”.

¹⁵¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, p. 403.

¹⁵² VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, p. 260.

¹⁵³ De acordo com este enunciado da Constituição “É garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos” para a “impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem [os seus direitos subjetivos]”.

¹⁵⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, p. 286. Parece também ser essa a posição de MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, pp. 204-207. Os Autores reconhecem que a distinção em análise “não pode (...) ser levada demasiadamente longe” por estar apenas em causa “diferentes graus de tutela conferida pela ordem jurídica” (p. 206) pelo que a “utilidade não pode ser muita” (p. 205). Com argumentação idêntica, JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A «legitimidade» do Interesse...”, pp. 9-10, n. 34, aludindo a “uma *mania das distinções*” [itálico do original].

¹⁵⁵ Avocam-se as seguintes disposições da CRP: n.º 2, *in fine* do artigo 18.º; n.º 1 do artigo 20.º; n.º 2 do artigo 202.º; n.º 1, *in fine* do artigo 266.º; n.ºs 1, 4 e 6 do artigo 268.º e n.º 1 do artigo 271.º.

processual¹⁵⁷ demonstra que os direitos subjetivos e os interesses legalmente protegidos “andam sempre de mão dada”, obedecendo ao mesmo regime. Dos vários normativos percorridos não emergem consequências jurídicas diferenciadas para nenhum dos conceitos pelo que se deduz que se está perante uma figura conceptual una.

III. Já especificamente no que diz respeito ao sentido a subsumir aos atributos direto e pessoal há que atender a uma contextualização histórica. O ponto de origem surge no ordenamento jurídico francês e pela mão de Maurice Hauriou. A propósito do “*recours pour excès de pouvoir*”, o Autor teorizou o poder de demandar do particular através de uma regra tríplice, ou seja, da demonstração de que, alegadamente, possuía a titularidade de um interesse direto (ou imediato), pessoal e legítimo na anulação do ato administrativo. Esta tripla construção foi acolhida na ordem jurídica portuguesa: inicialmente no Código Administrativo de 1940¹⁵⁸ e, mais tarde, no Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo¹⁵⁹.

A receção lusófona da teorização francófona foi objeto de várias objeções. Sinteticamente, eram apontadas as seguintes fragilidades ao interesse direto, pessoal e legítimo.

Primeiro, porque concebia o interesse como condição de legitimidade, o que significava que a intervenção do particular em juízo não era fundamentada pela defesa de uma posição jurídica substantiva, mas pela simples existência de um interesse de facto.

Por outro lado, as qualidades que eram exigidas à verificação desse interesse, com exceção da natureza direta, eram consideradas de “prestabilidade duvidosa”¹⁶⁰

¹⁵⁶ Avocam-se as seguintes disposições do CPA: *in fine* do artigo 40.º; n.º 2 do artigo 7.º; n.º 4 do artigo 14.º; n.º 5 do artigo 62.º; n.ºs 1 e 4 do artigo 68.º; n.ºs 1 dos artigos 100.º e 110.º; alínea d) do n.º 1 do artigo 144.º; n.º 1 dos artigos 131.º, 141.º, 147.º; alínea a) do n.º 1 do artigo 152.º; alíneas a) e c) do n.º 2 do artigo 156.º; n.º 5 do artigo 164.º; n.º 3 do artigo 170.º; n.º 2 do artigo 172.º; n.º 3 do artigo 173.º.

¹⁵⁷ Avocam-se as seguintes disposições do CPTA: 1.ª parte do n.º 2 do artigo 2.º; n.º 3 do artigo 39.º; n.º 6 do artigo 64.º; alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º; alínea g) do n.º 1 e alínea b) do n.º 3 do artigo 77.º-A; alínea d) do n.º 1 do artigo 123.º e do n.º 2 do artigo 173.º.

¹⁵⁸ Aprovado pelo Decreto-lei n.º 31:095 e cujo artigo 821.º/§ 2.º estatuiu: “Os recursos a que se refere o artigo anterior podem ser interpostos: (...) Pelos titulares de interesse directo, pessoal e legítimo no provimento do recurso.”

¹⁵⁹ Aprovado pelo Decreto n.º 41 234, que no seu artigo 46.º determinava: “Os recursos podem ser interpostos: 1.º Pelos que tiverem interesse directo, pessoal e legítimo na anulação de acto administrativo susceptível de recurso directo para a secção”.

¹⁶⁰ JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A «legitimidade» do Interesse...”, p. 8.

uma vez que uma posição jus-subjetiva é, por definição, uma posição pessoal e sendo atribuída por uma norma é, inevitavelmente, uma posição legítima.

Por sua vez, a densificação desses qualificativos pressupunha analisar a relação jurídica material e, porquanto, já não desempenhava a função de pressuposto processual¹⁶¹.

Apesar destas críticas, o interesse gizado por Hauriou vigora ainda na legislação (ainda que desmembrado¹⁶²) e na jurisprudência¹⁶³. E também na doutrina: a ideia de atualidade e efetividade, a que Mário Aroso de Almeida faz apelo¹⁶⁴, corresponde ao significado que o Administrativista francês atribui o conceito de interesse direto.

Não se vislumbra ser essa a interpretação correta. Por um lado, é importante não olvidar que em análise está a legitimidade ativa, a qual como qualquer outro pressuposto processual, é avaliada pela forma como a factualidade é descrita pelo autor na petição inicial¹⁶⁵. Ora, determinar se uma situação jurídica ativa é atual e efetiva é algo que extravasa o plano da alegação e que pertence ao domínio da procedência do julgamento, é já uma questão do mérito da causa¹⁶⁶. Por outro lado, há uma falta de correspondência semântica entre o vocábulo “direto”, que significa ausência de intermediários, com a expressão atual e efetivo.

¹⁶¹ Cfr., pelo exposto, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*, pp. 122-126 (realçando que, apesar de se negar ao particular a titularidade de direitos no seu relacionamento com a Administração, “a definição do interesse aproxima[va]-se, em muito, da de um direito – p. 125), JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A «legitimidade» do Interesse...”, pp. 8-9.

¹⁶² O CPTA suprimiu a referência ao “legítimo”. Ainda assim é possível encontrar o interesse direto, pessoal e legítimo na Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto): n.º 3 do artigo 1.º, alínea b) do n.º 5 do artigo 6.º, n.º 4 do artigo 7.º e n.º 1 do artigo 38.º.

¹⁶³ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29 de outubro de 2009, proc. 01054/08 – “visto ser necessário que esse interesse seja *directo e pessoal* e, além disso, seja *legítimo*, isto é, tenha a cobertura do direito” [itálico do original]. Corroborado, exatamente nos mesmos termos, pelos Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, de 20 de junho de 2012, proc. 0230/12 e de 13 de fevereiro de 2014, proc. 1902/13, e do Tribunal Central Administrativo Sul, de 12 de setembro de 2013, proc. 07710/11. Também o acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 17 de junho de 2010, proc. 0122/09.2BEMDL – “Para se poder fazer um juízo positivo sobre a legitimidade activa, é suficiente que o autor da acção impugnatória alegue, de um modo fundamentado, ser titular de interesse legítimo, directo e pessoal na impugnação de determinado acto administrativo” [todos *in* www.dgsi.pt].

¹⁶⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, p. 225.

¹⁶⁵ RITA LOBO XAVIER/INÊS FOLHADELA/GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª ed., Porto, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 181-182 e, em nota (n.8), realçam que a “*ilegitimidade substantiva ou material* (...) não obsta ao desenvolvimento da lide, devendo antes conduzir à improcedência do pedido”.

¹⁶⁶ Identicamente, JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A «legitimidade» do Interesse...”, p. 11.

Entende-se, também, que o interesse direto possa ser reconduzível ao interesse em agir.

Primeiramente, por força de um argumento formal. A epígrafe, e a subsecção, do artigo 55.º do CPTA são claras: está em causa a legitimidade, o poder de demandar enquanto o interesse processual se encontra previsto no artigo 39.º.

Sob um ponto de vista material, mencione-se que o interesse em agir desdobra-se na indispensabilidade da tutela judiciária e na idoneidade da via processual e detém um conteúdo de correlatividade de interesses, i.e., o benefício que o sujeito ativo do litígio obtém com a proteção judicial surge como um prejuízo para o sujeito passivo¹⁶⁷. Ora, suponha-se que um ato administrativo (ilegal) que já produz efeitos jurídicos vai infligir uma lesão na esfera do particular num futuro próximo. Estar-se-ia perante um ato impugnável que não poderia ser trazido a juízo porque a lesividade é ainda uma hipótese remota e, por conseguinte, o destinatário não teria interesse em agir porque não se verifica a necessidade de proteção judicial. O mesmo resultado ocorreria perante uma decisão administrativa que não tenha começado a produzir efeitos jurídicos e que iminentemente provocará uma lesão na posição do particular. Também neste exemplo estar-se-ia perante um ato administrativo ineficaz, mas impugnável (n.º 2 do artigo 54.º do CPTA), que não poderia ser sindicado porque o autor ainda não carece da tutela do tribunal.

Com estes exemplos, pretende-se demonstrar-se que ler o interesse direto como um interesse atual e efetivo reconduzível ao interesse em agir conduz a uma contraditoriedade normativa. Porque é que uma lesão tem de ser atual para efeitos de legitimidade-interesse enquanto o pressuposto da impugnabilidade admite uma ameaça de lesão, lesão potencial?

4.2. A afetação direta e individual do TFUE

I. É possível distinguir no regime que resulta do artigo 263.º do TFUE três categorias de *locus standi*¹⁶⁸:

¹⁶⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lisboa, Lex, 1995, pp. 98-101, RITA LOBO XAVIER/INÉS FOLHADELA/GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil*, pp. 186-188. Divergentemente, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil – Conceitos e princípios gerais à luz do novo código*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 34-35, n. 17, entendendo o interesse processual “enquanto exigência dum interesse sério para o recurso a juízo, mas independentemente da espécie de ação que se venha a propor” (p. 35).

¹⁶⁸ Segue-se a terminologia proposta por MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, pp. 172-176.

- (i) legitimidade plena, que se caracteriza pela desnecessidade das partes em demonstrar o interesse em agir, mesmo que pretendam impugnar um ato de que não sejam destinatários¹⁶⁹. A sua titularidade reside nos Estados-membros e em todas as instituições da União elencadas no § 2.º, *in fine* do artigo 253.º. São os chamados impugnantes privilegiados¹⁷⁰;
- (i) legitimidade condicionada, que constitui o resultado da defesa das prerrogativas de determinadas entidades, a saber, o Tribunal de Contas, o Banco Central Europeu e o Comité das Regiões (§ 3.º do artigo 263.º), que se apresentam como impugnantes semi-privilegiados;
- (ii) legitimidade ordinária, a qual investe a parte (em regra, um particular que tanto pode ser uma pessoa singular como coletiva) no ónus de provar que existe interesse processual (§ 4.º do artigo 263.º).

O primeiro e o segundo são litigantes institucionais que desempenham uma função contenciosa objetiva, de mera defesa da legalidade e do interesse da União. O presente estudo será centrado nos litigantes ordinários.

II. A legitimidade ativa dos particulares é delimitada pelo critério do destinatário formal (1.ª parte do § 4.º do artigo 263.º do TFUE) ou material (2.ª parte do § 4.º desse artigo)¹⁷¹.

O primeiro verifica-se quando um ato é expressamente endereçado a um particular, o que significa que se estará perante um ato de incidência individual. Este critério não suscita nenhum problema na medida em que se compreende que se uma pessoa, singular ou coletiva, é destinatária de uma decisão administrativa, inerentemente, encontrar-se-á legitimada para a impugnar judicialmente. Assim o impõe o princípio do Estado de Direito (ou, em termos adaptados para o contexto europeu, o princípio da União de Direito) e da dignidade da pessoa humana que proíbem que os cidadãos sejam perspetivados como um mero objeto das decisões tomadas pelos poderes públicos.

¹⁶⁹ T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, p. 367, PAUL CRAIG/GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law – Text, Cases, and Materials*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 514.

¹⁷⁰ A doutrina fala em recorrentes privilegiados, semi-privilegiados e ordinários (MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, pp. 150 e ss.). Em conformidade com a designação que se propôs para o meio processual regulado no artigo 263.º TFUE (supra 2.1., II.), opta-se por expurgar qualquer terminologia derivada da ideia de recurso/recorribilidade.

¹⁷¹ Uma vez que este estudo é circunscrito ao contencioso de atos administrativos, omitiu-se a parte final do § 4.º do artigo 263.º do TFUE na medida em que um ato regulamentar, de acordo com a interpretação do TJUE, é um ato de alcance geral não legislativo – Acórdão do Tribunal de Justiça, 3 de outubro de 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e outros c. Parlamento Europeu e Conselho*, proc. C-583/11 P, n.ºs 60-61 [www.curia.europa.eu].

De maior problematização se revela o destinatário material, em relação ao qual a letra do Tratado distingue entre afetação direta e afetação individual, sendo imperativo jurisprudencial principiar pela indagação da segunda¹⁷². Por questões de clareza e sistematização da exposição, não se inverterá a ordem prevista no TFUE.

Desde logo, esclareça-se uma questão terminológico-conceptual. Alguma doutrina refere-se aos requisitos em exame como interesse direto e individual ou, em colisão com o elemento literal do TFUE, alude a um interesse direto e pessoal¹⁷³.

Opta-se por seguir a nomenclatura de afetação direta e individual¹⁷⁴. Com efeito, é necessário diferenciar a legitimidade processual do interesse em agir uma vez que correspondem a pressupostos processuais distintos. Além de que a letra do artigo 263.º não fala em interesse, mas antes em atos “que lhe digam direta e individualmente respeito”. Ora, um ato que diga respeito a alguém em nada se relaciona com a ideia de interesse. Está em causa determinar se um ato com um destinatário identificado se refere (direta e individualmente) a um terceiro não nomeado, e não estabelecer se um individuo possui razões jurídicas (diretas e individuais) para litigar¹⁷⁵ uma medida dirigida a outrem.

Na interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia, a afetação direta apenas ocorre quando uma medida euro-unionista “produza efeitos directos na situação jurídica do particular e que não deixe qualquer poder de apreciação aos destinatários dessa medida encarregados da sua implementação, já que esta é de carácter puramente automático e decorre apenas da regulamentação comunitária, sem aplicação de outras regras intermediárias”¹⁷⁶.

¹⁷² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de julho de 1963, *Plaumann c. Comissão*, proc. C-25/62, p. 283 – “Em primeiro lugar, deve examinar-se se a segunda condição de admissibilidade está preenchida, uma vez que se torna inútil, se a decisão não diz individualmente respeito à recorrente, procurar saber se a atinge de forma directa” [www.curia.europa.eu]. Advirta-se, porém que o julgador europeu nem sempre assim procede: acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de novembro de 1971, *Werner A. Bock c. Comissão*, proc. C-62/70, n.ºs 6-8 (sobre afetação direta) e n.ºs 9-11 (afetação individual) [www.curia.europa.eu]; acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 3 de maio de 2002, *Jégo-Quéré c. Comissão*, proc. T-177/01, começa por abordar a afetação direta (n.º 26) e só depois analise a afetação individual (n.º 27) [www.eur-lex.europa.eu].

¹⁷³ É o caso de MIGUEL PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, p. 421.

¹⁷⁴ Assim também, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, pp. 150-153, MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, p. 177.

¹⁷⁵ Cfr., a noção de interesse proposta por JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A «legitimidade» do Interesse...”, pp. 5-7 (explorando, desenvolvidamente, as várias aceções possíveis).

¹⁷⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de maio de 1998, *Glencore Grain c. Comissão*, C-404/96 R, n.º 41 (identificando um exaustivo acervo jurisprudencial no mesmo sentido) [www.curia.europa.eu].

Uma leitura rápida parece indicar que o critério da afetação direta se desdobra em três elementos. Em termos rigorosos, a sua aplicação pressupõe, na prática, o preenchimento cumulativo de duas vertentes¹⁷⁷:

- (i) a afetabilidade (“*affectability*”) determinada pela repercussão do ato impugnado na esfera do particular. Do emprego da expressão “situação jurídica” deduz-se que o particular tem de ser atingido na sua posição legal, o que exclui a sua intervenção em juízo fundamentada em interesses de facto¹⁷⁸;
- (ii) e a causalidade (“*causation*”) que implica a existência de um nexo direto entre a eficácia da medida contestada e o prejuízo sofrido pelo demandante. Essa conexão calcula-se pela dispensabilidade de atos de execução ou, na hipótese de não ser possível abdicar desses atos, pelo desempenho de uma competência estritamente vinculada.

Ao interpretar desta forma o conceito de afetação direta, o Tribunal de Justiça da UE visa alcançar duas finalidades. Primeiro, pretende “viabilizar o exercício do direito de recurso pelo particular no caso de um acto jurídico auto-suficiente que produz efeitos sem necessidade de acto subsequente de execução ou desenvolvimento”¹⁷⁹. Segundo, delimitar a jurisdição competente nos casos de decisões não exequíveis: consoante a autoridade habilitada à adoção de medidas subsequentes de implementação seja europeia ou nacional, tais medidas devem ser contestadas junto do TJUE ou dos tribunais nacionais, respetivamente.

Quanto ao critério da afetação individual rege a fórmula *Plaumann* que vigora desde 1963 e segundo a qual: “[o]s particulares que não sejam destinatários de uma decisão só podem afirmar que esta lhes diz individualmente respeito se os afectar devido a certas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de facto que os caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim os individualiza de maneira análoga à do destinatário”¹⁸⁰.

Da complexidade desta formulação resulta que o particular tem de demonstrar que o ato impugnado, apesar de não lhe ser dirigido, coloca-o na posição de

¹⁷⁷ Segue-se, com adaptações, DAMIAN CHALMERS/GARETH DAVIES/GIORGIA MONTI, *European Union Law – Cases and Materials*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University, 2010, p. 416. Também se referindo a dois critérios cumulativos, MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, p. 184.

¹⁷⁸ No mesmo sentido, DAMIAN CHALMERS/GARETH DAVIES/GIORGIA MONTI, *European Union Law*, p. 416.

¹⁷⁹ MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, p. 184.

¹⁸⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de julho de 1963, *Plaumann c. Comissão*, proc. C-25/62, p. 284 [www.curia.europa.eu].

destinatário de facto¹⁸¹ ou de um quase-destinatário¹⁸², ou seja, os efeitos da decisão individualizam-no em relação a todos os outros indivíduos.

III. À hermenêutica que a magistratura da União Europeia outorga aos conceitos de afetação direta e individual pode-se apontar algumas fragilidades.

Em relação à afetação direta, acompanha-se a crítica de T.C. Hartley. O Autor explica que perante a existência de um poder discricionário na implementação de um ato, não é o simples facto de esse poder ser exercido que afeta a esfera jurídica do particular¹⁸³. Com efeito, a posição do particular é afetada, favorável ou nefastamente, em razão dos efeitos que um determinado ato produz, e não em função do teor vinculado ou discricionário do exercício de determinado poder.

Além de que aferir o carácter direto de uma determinada medida consoante a mesma seja de implementação automática ou careça de atos de execução é um raciocínio censurável. A partir do momento em que um determinado ato do decisor administrativo se revela lesivo aos direitos dos particulares, estes deverão considerar-se partes legítimas para impugnar aquele ato, ainda que o mesmo careça de execução. Uma vez que não faz sentido constranger o particular a aguardar que essas medidas executórias sejam adotadas para as poder, legitimamente, impugnar, quando deveria poder atacar logo, junto do juiz, a decisão base. O princípio da tutela jurisdicional (artigo 47.º da CDFUE), para que seja efetivo, requer a imediatividade no exercício do direito de ação¹⁸⁴.

Em relação à afetação individual, acompanha-se as críticas apontadas à fórmula “*plaumanniana*”.

Em primeiro lugar, a expressão qualidade ou situação de facto que são de natureza a individualizar não é clara nem o TJUE esclareceu o seu sentido¹⁸⁵ e sempre se poderia assinalar que a fórmula *Plaumann* não encontra fundamento textual no Tratado¹⁸⁶.

Em segundo lugar, o teste *Plaumann* afigura-se assaz censurável por corresponder a uma autêntica *probatio diabolica*. Abstraindo dos atos gerais por não integrarem

¹⁸¹ T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, p. 369.

¹⁸² PAUL CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2002, p. 521 (“*quasi-désinataire*”).

¹⁸³ T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, p. 387.

¹⁸⁴ Também crítico em relação ao conceito de afetação direta (ou de interesse direto, segundo a terminologia do Autor), ainda que em termos não coincidentes com os aqui explicitados, MIGUEL PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, p. 422.

¹⁸⁵ FAUSTO DE QUADROS/ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, p. 160.

¹⁸⁶ DAMIAN CHALMERS/GARETH DAVIES/GIORGIA MONTI, *European Union Law*, p. 422.

o objeto deste estudo, a aplicação daquele teste investe o particular no ónus de demonstrar que, na adoção de um ato dirigido a outrem (o destinatário formal), o decisor administrativo tomou em conta características fácticas que o distinguem daquele destinatário, o que se revela “extremamente difícil”¹⁸⁷.

Em terceiro lugar, a aplicação da jurisprudência *Plaumann* varia “em função do caso concreto” privando “os particulares de uma expectativa de recurso baseada em critérios mínimos de certeza jurídica, sobre a sua condição de recorrentes, o que, decerto, afecta o princípio da tutela jurisdicional efectiva”¹⁸⁸.

E, por fim, também se poderia sublinhar que o silogismo *plaumanniano* é pautado por um certo anacronismo, pois, ao circunscrever-se à equiparação entre terceiro não identificado e destinatário formal, não tem em linha de conta o fenómeno da multiplicidade de destinatários das atuações administrativas, ou seja, o “surgimento de decisões administrativas que afectam não apenas os privados que nelas são directamente mencionados como também outros particulares”¹⁸⁹.

4.3. Balanço Comparativo

I. É inegável a semelhança entre os binómios interesse direto e pessoal, expresso na alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA, e afetação direta e individual, consagrada no § 4.º do artigo 263.º do TFUE. Com efeito, ambos os normativos foram moldados pela regra do interesse direto, pessoal e legítimo, proveniente do *recours pour excès de pouvoir*, e ambos se desprenderam do último desses atributos.

Todavia, a densificação do significado dos qualificativos direto e pessoal/individual não é coincidente, nem o poderia ser dado o contexto jurídico e espacial¹⁹⁰ em que cada um dos mecanismos processuais em cotejo se insere, apesar de tanto no contencioso português como no contencioso da União o pressuposto processual da legitimidade assumir, em certa forma, as vestes do interesse em agir.

¹⁸⁷ MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, pp.176 e 180 (citada).

¹⁸⁸ MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, p. 181. Também DAMIAN CHALMERS/GARETH DAVIES/GIORGIA MONTI, *European Union Law*, p. 397, são críticos da jurisprudência *Plaumann*, pois da sua casuística resultam distinções entre operadores económicos, o que se revela ser altamente restritivo.

¹⁸⁹ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, p. 202.

¹⁹⁰ Não se pode olvidar que o Direito e o Tribunal da União Europeia assumem uma dimensão internacional.

II. Tanto o processo administrativo nacional como o sistema contencioso euro-unionista concebem a legitimidade e o interesse como figuras processuais autónomas. No primeiro, esses pressupostos processuais encontram-se previstos, respetivamente, na alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º e no artigo 39.º do CPTA, e no segundo, no § 4.º do artigo 263.º do TFUE e no § 1.º do artigo 40.º do ETJUE¹⁹¹.

Os pressupostos processuais em análise assumem funcionalidades diferenciadas. A legitimidade visa selecionar os “sujeitos de direito admitidos a participar em cada processo levado a tribunal”¹⁹². O interesse em agir procura determinar “se existem factos objetivos que tornem necessário o recurso à via judicial”¹⁹³.

Para que este último pressuposto se encontre preenchido tanto a jurisprudência nacional¹⁹⁴ como a jurisprudência europeia¹⁹⁵ interpretam as normas citadas no sentido de exigir que da impugnação do ato administrativo resulte um benefício para o particular.

Ora, esta exigência do interesse em agir imiscui-se, em ambas as ordens jurídicas, com o pressuposto da legitimidade.

Em Portugal, certo setor doutrinário bem como os acórdãos dos tribunais administrativos¹⁹⁶ subsumem a referência ao interesse direto na alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA – normativo que regula a legitimidade do particular – enquanto carência de tutela judiciária e, portanto, como se reportando ao interesse processual.

Na União Europeia, depara-se com a teorização do “interesse processual qualificado”¹⁹⁷, o qual implica que o particular demonstre que da eventual anulação

¹⁹¹ Cumpre reter o preceito: “(...) É reconhecido o mesmo direito [de intervir em juízo] (...) a qualquer pessoa, desde que demonstrem o interesse na resolução da causa submetida ao Tribunal. (...).”

¹⁹² Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 20 de dezembro de 2013, proc. 00839/12.4BEAVR [www.dgsi.pt].

¹⁹³ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 28 de setembro de 2018, proc. 02790/15.7BELSB [www.dgsi.pt].

¹⁹⁴ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15 de fevereiro de 2018, proc. 13132/16 – Para que se verifique o interesse processual é “necessário que [o autor da ação] retire da lide alguma vantagem da procedência do pedido” [www.dgsi.pt].

¹⁹⁵ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 17 outubro de 2005, proc. T-28/02, n.º 34 – “Esse interesse pressupõe que a anulação desse acto seja susceptível, por si só, (...) de conferir um benefício à parte que o interpôs” [www.curia.europa.eu].

¹⁹⁶ Cfr., a título de exemplo, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 10 de março de 2016, proc. 12908/16, que, a propósito da impugnação de atos administrativos, assevera que “o interesse em agir não logrou consagração autónoma, encontrando-se integrado na legitimidade” [www.dgsi.pt].

¹⁹⁷ MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, p. 176.

lhe decorre uma vantagem (interesse), como tem ainda que demonstrar, quando pretenda impugnar um ato de que não é formalmente o destinatário¹⁹⁸, a exigência dúplice da afetação direta e individual (legitimidade).

Nessa medida, em ambos os ordenamentos jurídicos o interesse em agir assoma-se como condicionante da legitimidade processual.

Embora ambas as figuras sejam pressupostos processuais subjetivos, isto é, referentes aos sujeitos da relação jurídica controvertida, considera-se que abordar a legitimidade na perspetiva do interesse (ou vice-versa) é um raciocínio metodológico erróneo. Como foi exposto, esses pressupostos assumem operatividades diferentes pelo que a promiscuidade jus-processualística a que se assiste tanto na ação de impugnação nacional como na europeia conduz a um desvirtuamento do princípio da tutela jurisdicional.

Asseverar que um particular só é parte legítima caso careça de proteção judiciária corresponde a um tratamento uno de requisitos contenciosos cuja apreciação se requer separada¹⁹⁹. Na verdade, a qualidade para agir é propulsionada por uma alegada interferência ablativa do decisor administrativo na esfera jurídica do particular²⁰⁰, seja por imposição de um dever, seja por restrição a um direito, pelo que averiguar se, da factualidade descrita pelo autor, essa interferência é atual e efetiva e, por conseguinte, carente de proteção a ser conferido pelo juiz constitui um juízo autónomo.

É nesse sentido que se julga censurável a conexão estabelecida entre legitimidade e interesse direto na alínea d) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA (inclusive a pleonástica fórmula do interesse pessoal). Igual censura merece a conceptualização do interesse processual qualificado, pois a afetação direta e individual representa uma questão independente do problema de determinar se da invalidação de uma decisão administrativa, que afeta direta e individualmente um particular, decorre uma vantagem para este último.

Saliente-se, por sua vez, que como foi expresso supra, a diferenciação entre direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos deve ser reconduzida a uma noção unitária de posição de vantagem.

¹⁹⁸ Pois nos casos em que o impugnante é destinatário da decisão, estar-se-á perante um simples interesse processual: acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 25 de março de 1999, *Gencor c. Comissão*, proc. T-102/96, n.º 42 – “A circunstância de a recorrente ser a destinatária da decisão impugnada (...) confere-lhe um interesse em agir” [www.curia.europa.eu].

¹⁹⁹ Em tom coloquial, dir-se-ia que se está a tratar de duas realidades distintas (legitimidade e interesse) como se fossem “uma e a mesma coisa”.

²⁰⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, p. 60: “os processos administrativos são desencadeados por particulares (...) que se dirigem aos tribunais administrativos alegando a ofensa de um direito subjetivo (...) por parte de uma entidade pública”.

O Tribunal da UE tem-se furtado a tomar posição sobre essa distinção, declarando que os direitos conferidos aos particulares pelo Direito da União devem ser assegurados pelos órgãos jurisdicionais nacionais “sendo certo que compete à ordem jurídica de cada Estado-membro (...) qualificar esses direitos segundo os critérios do direito interno”²⁰¹.

III. Em síntese, tanto no contencioso administrativo lusófono como no contencioso da União europeia a legitimidade do particular é delimitada pelo critério do *intérêt pour agir*. Essa promiscuidade de pressupostos processuais é, em termos jurídico-dogmáticos, errónea.

O *locus standi* dos particulares deve ser determinado não pela circunstância de existir um interesse, uma vantagem na impugnação do ato administrativo (o que significaria ignorar que o particular sofreu uma lesão pela prática de um ato do decisor administrativo). A bitola que deve constituir título legitimante para os particulares intervirem em juízo deve ser a ofensa da atuação administrativa da esfera individual dos cidadãos.

Por isso, julga-se que seria preferível, *de jure condendo*, que a primeira alínea do artigo 55.º do CPTA estabelecesse: “Quem alegue ser titular de um direito ou interesse legalmente protegido lesado pelo ato administrativo”. Já no Direito da União Europeia seria também desejável uma alteração do acervo jurisprudencial *plaumanniano* e recuperar o aforismo do caso *Jégo-Quééré*²⁰², segundo o qual um ato afeta individualmente um sujeito quando dele resultar a privação de uma situação jurídica ativa seja por restringir um direito ou por impor uma obrigação.

5. Conclusões

Tanto o regime português de impugnação de atos administrativos como o regime da UE foram gizados em torno do contencioso administrativo francês e alemão.

Em Portugal vigora atualmente um conceito amplo de ato administrativo impugnável, que abrange atos internos e externos, atos definitivos e intermédios.

²⁰¹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de dezembro de 1968, proc. *Salgoil c. Ministério do Comércio Externo*, proc. C-13-68, p. 910 [www.curia.europa.eu].

²⁰² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 3 de maio de 2002, *Jégo-Quééré c. Comissão*, proc. T-177/01, n.º 51 – “deve considerar-se que uma disposição comunitária de carácter geral que diz directamente respeito a uma pessoa singular ou colectiva lhe diz individualmente respeito se a disposição em questão afectar, de forma certa e actual, a sua situação jurídica, restringindo os seus direitos ou impondo-lhe obrigações” [www.eur-lex.europa.eu].

A cláusula geral da impugnabilidade é desde a revisão do CPTA de 2015 aferida pelo critério da eficácia externa, o que desvirtua o comando constitucional que elege a lesividade enquanto parâmetro aferidor de impugnabilidade

Na União Europeia, rege um conceito fechado de decisão administrativa impugnável, pois apenas são sindicáveis as medidas do decisor administrativo europeu que produzem efeitos jurídicos em relação a terceiros. Neste âmbito o regime euro-unionista devia-se aproximar do regime português que admite a sindicabilidade de atos internos, desde que suscetíveis de ofender os direitos dos particulares.

Por sua vez, a jurisprudência do TJUE adiciona um critério a impugnabilidade, apenas admitindo que sejam trazidos a juízo atos horizontalmente definitivos, o que se revela incompatível com a máxima da tutela jurisdicional efetiva.

No que concerne à impugnabilidade, o regime lusófono aproxima-se mais da matriz francesa e do critério de decisões *faire grief*. Já o contencioso europeu assenta na lógica restrita do ato regulador que vigora no direito alemão.

Quanto à legitimidade é marcante a influência do interesse direto, pessoal e legítimo teorizado por Maurice Hauriou em ambos os ordenamentos. Ainda que o regime português revele uma maior abertura e assente a legitimidade da alegação de direitos subjetivos, à semelhança do direito alemão.

Não obstante, é possível caracterizar o contencioso impugnatório português como um contencioso subjetivo. Já no âmbito europeu verifica-se uma lógica objetiva de tutela da legalidade fomentada pela jurisprudência restritiva do TJUE.