



# Revista de Legislação e de Jurisprudência

## Antigos Directores

Manuel Chaves e Castro (*Fundador*)  
 Guilherme Moreira  
 José Alberto dos Reis  
 Fernando A. Pires de Lima  
 J. J. Teixeira Ribeiro  
 João de Matos Antunes Varela

## Director e Compropietário

Manuel Henrique Mesquita

## Redactores e Compropietários

(Professores da Faculdade de Direito de Coimbra)

Rogério Guilherme Ehrhardt Soares  
 Francisco Manuel Pereira Coelho  
 António Castanheira Neves  
 Jorge de Figueiredo Dias  
 Mário Júlio de Almeida Costa  
 Rui Nogueira Lobo de Alarcão e Silva  
 José Joaquim Gomes Canotilho  
 Guilherme Freire Falcão de Oliveira  
 Manuel Carlos Lopes Porto  
 Jorge Ferreira Sinde Monteiro  
 António Joaquim de Matos Pinto Monteiro  
 Manuel da Costa Andrade  
 Fernando Alves Correia

Rui Manuel Gens de Moura Ramos  
 João Calvão da Silva  
 José Carlos Vieira de Andrade  
 José Francisco de Faria Costa  
 Vital Martins Moreira  
 José Casalta Nabais  
 João Carlos da Conceição Leal Amado

## Comissão de Redacção

Manuel Henrique Mesquita  
 António Joaquim de Matos Pinto Monteiro  
 José Carlos Vieira de Andrade  
 José Francisco de Faria Costa

---

## Sumário

---

### Secção de doutrina

- O "jurisprudencialismo" — proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. (*Cont. do n.º 3956, pág. 252*) — A. CASTANHEIRA NEVES..... 314
- A nulidade administrativa, essa desconhecida. — J. C. VIEIRA DE ANDRADE..... 333

### Secção de jurisprudência

- T.R.P., Acórdão de 30 de Setembro de 2004. (*Consignação em depósito e aquisição tendente ao domínio total de sociedade*) — CALVÃO DA SILVA..... 350



Coimbra Editora

jurídicas não é materialmente uma problemática constitucional e sim especificamente uma problemática jurídica. E só não é sempre explícito o reconhecimento desta conclusão, com as suas implicações capitais, porque a compreensão dos mesmos direitos, princípios e demais referências jurídicas de posituação constitucional é envolvida por uma particular ambiguidade: o histórico consenso sobre todas essas entidades jurídicas não leva a pôr o problema do seu sentido, fundamento e normatividade, como nós acabamos de pôr, e a sua posituação constitucional só reforça e dá garantia a esse consenso — entre a constituição e as suas pressuposições normativo-jurídicas como que deixa de haver distância problemática. Mas essa problemática, ainda que oculta, não fica eliminada. Podem iludi-la as constituições, digamos, consensuais — como terão sido, p. ex. e no seu momento histórico, a constituição federal americana de 1776 e a *Grundgesetz* alemã do pós-guerra, de 1949 —, mas ela ressalta com toda a sua gravidade no caso das constituições de ruptura e revolucionárias, as quais nem sempre se inibem, como a história tem mostrado e também a nossa, de ideológico-politicamente sobreporem imediatas intenções políticas e mesmo, a favor dessas intenções ideologicamente discriminatórias, de repelirem direitos e princípios jurídicos civilizacional-culturalmente irrenunciáveis, porque adquiridos como dimensões do próprio sentido, e sentido autónomo, do direito. Problemática e consequências estas, pois, que se têm de reconhecer sempre, na diferença e tensão que lhes vão implicadas entre o político e o direito, não só perante as constituições “más”, digamo-lo assim, mas como possibilidade perante todas as constituições — e pelas razões que foram, também em geral, enunciadas. Daí que se possa subscrever esta conclusão do malgrado pensador-jurista que foi René Marcic, e que, nem por parecer soar demasiado enfática, deixa de ser válida: “absoluta não é a constituição, absoluto é o direito”. E na coerência do que — permito-me ainda acrescentar e atrevendo porventura alguma outra surpresa — a constituição, nos seus momentos especificamente jurídicos, deverá ser interpretada conforme o direito, desde que compreendido este na sua

autonomia axiológico-normativa e na sua normatividade específica, como adiante se enunciará. Se é já comum o cânone da “interpretação conforme a constituição” relativamente à lei, no pressuposto de ser a constituição a última instância no sistema político-jurídico, analogamente a última instância que, por tudo o que foi justificado, será o direito perante a constituição jurídica imporá que esta, sem ver minimizado o seu relevo político, mas reconhecendo que juridicamente não é a última palavra, se assuma e interprete na sua validade jurídica em referência ou conforme o direito (e não por estritos critérios políticos).

Posição esta que, aliás, vê atenuado o seu isolamento se convocarmos o caso paralelo (embora só paralelo no ir além da constituição, já que o nosso plano é exclusivamente jurídico e não político) de John Rawls (*Political Liberalism*, 1993, Part Two, §§ 6 e 7), quando refere o *overlapping consensus*, a superar e integrar os limites da constituição, enquanto o último critério político-juridicamente hermenêutico e mesmo a instância final chamada a definir os princípios fundamentais da comunidade política no seu todo.

E considerado tudo isto, para concluir nos bastará uma só palavra: a constituição não nos oferece necessariamente o sentido do direito, assim como a juridicidade que criticamente ansiamos não no-la dá sem mais a constitucionalidade.

(Continua)

A. CASTANHEIRA NEVES

## A nulidade administrativa, essa desconhecida (\*)

### Introdução

Desde sempre que a doutrina e a jurisprudência nacionais convivem habitualmente

(\*) O presente escrito destina-se a ser publicado nos «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral».

com a nulidade, no contexto da avaliação da conformidade das actuações administrativas com o Direito, mas a figura jurídica não deixa por vezes de surpreender, quando se tem de escolher o comportamento certo a adoptar perante ela em algumas situações da vida, quando se trata de conseguir a solução justa de determinados litígios ou, numa dimensão mais reflexiva, quando se pretende definir-lhe com maior rigor os contornos dogmáticos.

Isso resulta porventura de nem sempre se observar a nulidade administrativa “com olhos de ver”, sobretudo desde que o Código do Procedimento Administrativo (CPA) a define e regula, dedicando-lhe alguns preceitos, que se tomam por tranquilizadores e se aplicam mais ou menos automaticamente, como se o problema se esgotasse na exegese legal, sem atender às inquietações que a opção legislativa afinal levanta.

Se uma relativa inércia doutrinal juspublicista se pode justificar pela vertigem causada pela sua genealogia, marcada pela teoria das invalidades do direito civil, certo é que se torna indispensável meditar na complexidade da categoria jurídica, tomando na devida conta as mutações genéticas impostas pela sua vivência no mundo administrativo — desde logo, as diferenças causadas pela relevância fundamental do interesse público na actividade e nas relações jurídicas administrativas, pelas refacções teóricas e normativas que separam intencionalmente o *posse* do *licere*, a ilegalidade administrativa da ilicitude, a invalidade e a ineficácia de decisões de autoridade dos desvalores da vontade negocial.

Tanto mais que, no domínio particular do direito administrativo, a doutrina se defronta neste aspecto com distinções de família que ultrapassam a clássica diferença entre os modelos anglo-saxónicos e os euro-continentais: mesmo no território dos sistemas de administração executiva, a construção da nulidade do acto administrativo apresenta divergências importantes, que, por exemplo, afastam o paradigma germânico e hispânico das invalidades, tendencialmente dualista, onde se demarca claramente a nulidade da anulabilidade, do tradicional paradigma francês e italiano, hoje em mudança, onde a invalidade surge tendencialmente unitária, remetendo para a figura

da inexistência certos desvalores, atípicos ou mais graves, da actuação administrativa.

Nas breves páginas que se seguem não pretendemos, no entanto, senão desfiar algumas reflexões críticas, dogmáticas e práticas, sobre o conceito e sobre o regime da nulidade, que vamos pensadamente limitar ao âmbito do ordenamento jurídico nacional, tendo como ponto de partida os referidos preceitos do CPA, naturalmente enquadrados e articulados com os princípios jurídicos fundamentais que regem as relações jurídicas administrativas.

É dizer que iremos sobretudo expor problemas e dúvidas relativos à coerência e à racionalidade operativa da figura, em referência restrita ao acto administrativo, onde eles e elas se suscitam em primeira linha — com a consciência reconfortada pela inclinação normativa, expressa no recente Código dos Contratos Públicos, para a aplicação do regime das invalidades do acto às invalidades próprias de todos os contratos administrativos <sup>(1)</sup>, a acrescer à importância dos actos pré-contra-tuais na invalidade dos contratos públicos derivada de anomalias verificadas no respectivo procedimento de formação <sup>(2)</sup>.

## 1. O espaço da nulidade e o fantasma da inexistência

### 1.1. Uma questão de natureza jurídica

A primeira dúvida quanto ao âmbito da figura da nulidade, tal como é construída pelo CPA, tem a ver com o significado normativo dos preceitos contidos no artigo 133.º

---

<sup>(1)</sup> E não apenas aos contratos com objecto passível de acto administrativo ou, em geral, sobre o exercício de poderes públicos — referimo-nos ao artigo 284.º, n.º 2, do referido Código, que comina a nulidade dos contratos administrativos quando se verifique algum dos fundamentos previstos no artigo 133.º do CPA para a nulidade dos actos administrativos.

<sup>(2)</sup> Lembre-se que o exercício dos poderes típicos do contraente público na execução do contrato reveste agora por determinação legal a natureza de acto administrativo, sujeito, por isso, ao respectivo regime de invalidade. Fora do objecto de análise fica, no entanto, o desvalor dos regulamentos, aos quais se aplica um outro regime de invalidade, apesar de (*et pour cause*) a tradição francesa os incluir no conjunto dos “actes administratifs”.

Até então, vigorava entre nós a regra da tipicidade dos actos nulos: a nulidade dependia de expressa cominação legal; agora a lei estabelece uma cláusula geral de nulidade ou um conceito genérico de actos nulos (“actos a que falte qualquer dos elementos essenciais”), embora mantenha a referência às nulidades por determinação legal (“ou actos para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade”).

Neste contexto, põe-se a questão de saber se a exemplificação contida n.º 2 do artigo 133.º (“são designadamente, actos nulos”) deve ser considerada como concretização do paradigma substancial da nulidade ou como um conjunto de hipóteses típicas de determinações político-legislativas.

A enumeração de actos nulos — que repete, em larga medida, o catálogo anteriormente estabelecido na lei para os actos das entidades da administração local (3), acrescentado com hipóteses propostas pela doutrina e pela jurisprudência (4) — engloba, no essencial, situações que sempre foram e à primeira vista continuam a ser consideradas de nulidade por natureza (5), embora algumas delas, pelo menos parcialmente e numa interpretação literal, pudessem ser consideradas casos de anulabilidade se aí não estivessem expressamente previstas (6).

Assim, em face da decisão legislativa de estabelecer um conceito tipológico, julgamos que o problema do âmbito da nulidade no CPA se há-de pôr, em primeira linha, como questão de *natureza jurídica*, independente da qualificação legal das espécies — os tipos de

invalidade são caracterizados por momentos substanciais próprios, sem prejuízo de a lei ter autoridade para equiparar espécies concretas de imperfeição ou deficiência a um ou outro dos desvalores tipificados, sujeitando-as à aplicação do respectivo regime.

E, neste quadro, a enumeração legal pode ser entendida como uma concretização de nulidades substanciais, a interpretar adequadamente (se for caso disso até restritivamente (7)), em função do respectivo critério geral, que a lei, pela primeira vez, entendeu formular — as nulidades por determinação legal serão então aquelas que leis especiais resolvam engendrar, por opção política, designadamente em situações que de outro modo o não seriam (8).

## 1.2. O carácter “excepcional” da nulidade administrativa

A procura de um conceito operativo de nulidade tem partido, com naturalidade, da convicção do seu carácter especial ou excepcional, em relação à anulabilidade, vista como a regra da invalidade dos actos administrativos nos sistemas de administração executiva.

A ideia da anulabilidade como regra geral ou, pelo menos, como regime típico da invalidade do acto administrativo, em contraposição com o regime típico da nulidade do negócio jurídico de direito privado, parece, à primeira vista paradoxal, tendo em conta, como já Kelsen salientou, a especial vinculação da Administração à legalidade e ao interesse público, mas tem resistido aos tempos — primeira associada à *autoridade* administrativa como privilégio público, revive em contexto democrático como garantia da *segurança jurídica* e da *praticabilidade*, num universo em que se desenvolvem exponencialmente as áreas

(3) A enumeração das nulidades constava originariamente apenas do Código Administrativo e, mais tarde, da Lei das Autarquias Locais. No entanto, a jurisprudência, com apoio da doutrina, estendia a aplicação desses preceitos a todos os actos administrativos.

(4) Por exemplo, FREITAS DO AMARAL sugeriu a nulidade do acto por ofensa do caso julgado, a propósito da execução de sentenças anulatórias, e JORGE MIRANDA considerou nulo o acto praticado com violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais.

(5) Por exemplo, a incompetência absoluta (falta de atribuições), a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais, a impossibilidade do objecto.

(6) Como, por exemplo, a coacção moral e a falta relativa (momentânea) de quórum.

(7) No sentido de uma interpretação restritiva de idêntico preceito na lei espanhola, quanto aos vícios no procedimento e na formação da vontade de órgãos colegiais, v. R. BOCANEGRA SIERRA, *La teoría del acto administrativo*, 2005, p. 187 e ss.

(8) As nulidades também podem naturalmente resultar de *preceitos especiais* de direito da União Europeia, quando esteja em causa a aplicação de normas comunitárias (por exemplo, em caso de violação da proibição de ajudas de Estado).

de intervenção administrativa e aí ganha importância decisiva a actividade autorizativa e concessória.

Mesmo que à ideia de poder se tenha sobreposto a de serviço e que a administração fechada e autocrática tenha sido substituída por uma administração participada e respeitadora dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, são justamente os direitos dos particulares que exigem agora, em grande medida, a *força estabilizadora* do acto administrativo e um regime de invalidade que a assegure de forma consequente, seja através de um ónus de impugnação pelos interessados num prazo curto, seja através da limitação dos poderes de auto-tutela administrativa da legalidade.

Neste contexto, ainda que não se configure a anulabilidade como uma regra em sentido próprio, a nulidade sempre há-de ser a resposta normativa para situações contadas — para aquelas situações em que o desvalor da actuação administrativa revista especial gravidade, de tal modo que o respeito pela legalidade deva prevalecer sobre a segurança e a estabilidade.

A nulidade pressupõe, assim, por definição, uma desconformidade particularmente grave com o paradigma normativo do acto jurídico, a provocar um desvalor que o legislador não pode (ou não quer) submeter ao regime da anulabilidade — isto é, para o qual não é aceitável uma produtividade normal do acto, ainda que provisória, cuja manutenção dependa da vontade de particulares interessados e seja assegurada por um ónus de impugnação em prazo curto, sob pena de formação de caso decidido.

Ou, dito agora pela positiva, um desvalor tal que o interesse público da legalidade (juridicidade) implique a improdutividade normal do acto e a possibilidade ou o dever do conhecimento oficioso da invalidade, a todo o tempo, pelo menos enquanto o vício não for eliminado.

Podemos assim avançar a partir da asserção segundo a qual a nulidade do acto administrativo por natureza se baseia em uma razão substantiva de prevalência firme da legalidade sobre a estabilidade e segurança, e está ligada a um regime que visa garantir essa prevalência.

### 1.3. A delimitação primária dos casos de nulidade: invalidade e inexistência

Como vimos, o CPA veio estabelecer, pela primeira vez entre nós, uma cláusula geral contendo um critério para definição dos casos de nulidade, até então sujeitos a uma regra de estrita tipicidade legal.

O conceito escolhido para o efeito — “falta de elemento essencial” — é, no entanto, susceptível de gerar alguma ambiguidade, na medida em que a expressão tem sido utilizada na literatura jurídica, quer com um sentido primário estrutural, quer com um sentido primário substancial.

Por um lado, a ideia de elementos essenciais pode remeter para uma concepção lógico-estrutural do acto, em que tais elementos seriam os momentos definitórios do próprio conceito de acto administrativo — caso em que a definição legal de nulidade pela respectiva *falta* nos pode arrastar para o problema da ausência ou imperfeição estrutural e, portanto, para o da inexistência do acto.

O alcance normativo da absorção, por esta via, de situações de inexistência pela nulidade é reconhecido por alguma doutrina e pela jurisprudência<sup>(9)</sup>, e até parece confirmar-se através de algumas das hipóteses concretizadas no próprio preceito legal, designadamente, as de coação física e de usurpação de poder, que implicariam a inexistência do acto, por falta de manifestação de vontade de um órgão da Administração ou por não se tratar do exercício da função administrativa<sup>(10)</sup>.

Uma tal absorção da figura da inexistência pela da nulidade, ainda por cima parcial e relativa<sup>(11)</sup>, suscita, porém, dúvidas de deli-

<sup>(9)</sup> V. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2007, p. 141 e ss., e jurisprudência aí citada.

<sup>(10)</sup> Note-se que a tendência é, entre nós, para um conceito orgânico de inexistência jurídica, abrangendo as situações em que não há manifestação de vontade imputável a um órgão administrativo. A situação de falta de quórum também tem sido considerada como geradora de inexistência do acto, por falta de órgão (quanto a nós, indevidamente).

<sup>(11)</sup> Pois que se admite que a figura da inexistência continua a existir, seja para casos de não-actos ou actos

mitação e de coerência de regime, para além de distanciar a solução normativa do CPA tanto do paradigma dualista alemão, em que à primeira vista se filia, como das soluções francesa e italiana, ao misturar e aplicar o mesmo regime a situações de inexistência e de invalidade, que ambos os paradigmas distinguem, ainda que em termos diferentes (12).

Por outro lado, a expressão “elementos essenciais” pode ser entendida em sentido substancial, referida especificamente aos aspectos nucleares do acto, cuja “falta”, num modelo prático-funcional, significa que o acto sofre de uma malformação especialmente grave e importante.

Esta leitura substancialista, feita por parte da doutrina (13), tem a vantagem de, aproximando a solução portuguesa da alemã e da espanhola, acentuar a coerência e a razão de ser da figura invalidatória da nulidade, com base em critérios de gravidade e de evidência — que visam primordialmente distinguir a nulidade da anulabilidade, e não da inexistência, pressupondo que, afinal, só para actos existentes se põe o problema da sua invalidade.

Causas de nulidade são, nessa perspectiva, “as infracções do ordenamento jurídico especialmente graves e manifestas, no sentido de

---

incompletos ou em outras situações de aparência de acto — o que seria comprovado pelo regime estabelecido no Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) para a declaração de inexistência de acto administrativo, a par da declaração de nulidade, no contexto da acção administrativa especial de impugnação de actos (artigos 46.º, n.º 2, al. a), e 79.º, n.º 3).

(12) No paradigma alemão, distingue-se o acto nulo do “não acto” — v. WOLFF / BACHOF / STOBER, *Verwaltungsrecht* I, 12.ª ed., 2007, p. 556. Na Itália, a inexistência reporta-se a desvalores administrativos, mas distingue-se da invalidade, mesmo nas recentes hipóteses de nulidade legalmente estabelecidas — v., por último, FABRIZIO LUCIANI, “L’invalidità dei provvedimenti amministrativi: profili generali”, in CERULLI IRELLI / LUCA DE LUCIA, *L’Invalidità Amministrativa*, 2009, p. 5 e ss. Em França, a inexistência jurídica reporta-se tradicionalmente a irregularidades muito graves e não sujeitas a prazo de impugnação contenciosa, distinguindo-se da nulidade (que, no fundo, segue o regime da anulabilidade) — v., por todos, LAUBADÈRE / / VENEZIA / GAUDEMET, Tomo I, 13.ª ed., 1994, p. 594 e ss.

(13) V. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., 1997, p. 641 e ss.

que um cidadão médio não possa considerá-las como uma actuação legítima do Estado” (14). A essencialidade refere-se, assim, ao padrão normativo violado e denota, não apenas a especial gravidade da ofensa, mas também a evidência dessa mesma gravidade substancial, medida pela sua compreensibilidade ao alcance de todas as pessoas razoáveis — um exemplo paradigmático seria o da violação manifesta de princípios jurídicos fundamentais (15).

Por nossa parte, entendemos que, na definição do modelo nacional, se tem de começar por distinguir categoricamente as situações de *inexistência* das situações de *invalidade* do acto.

A *inexistência de acto administrativo* verifica-se em todas as situações em que, pelas mais variadas razões (16), não há ou ainda não há uma decisão de autoridade formalmente imputável a um ente administrativo (17). E esta situação não deve confundir-se sequer com a construção jurídica do *acto administrativo inexistente*, em que a inexistência é vista, em si ou por qualificação legislativa expressa, como uma forma extremamente grave de invalidade de uma decisão imputável à Administração (18).

É certo que pode haver situações em que alguém, em regra um órgão administrativo, pretenda fazer valer como acto administrativo algo que o não é — nesse caso, até poderá admitir-se, para assegurar uma tutela judicial efectiva do interessado, o pedido judicial de declaração da inexistência de acto no quadro

---

(14) V. R. BOCANEGRA SIERRA / J. GARCÍA LUENGO, “La eficacia y la validez de los actos administrativos”, in TOMÁS CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones — Derecho Administrativo*, 2009, Tomo III, Vol. I, p. 195.

(15) Sobre essa infracção como manifestação de evidência, v. WOLFF / BACHOF / STOBER, *ob. cit.*, 2007, p. 554.

(16) Porque há inércia ou silêncio, porque o acto não está constituído ou não é uma decisão ou é um acto privado ou de um privado não detentor de poderes públicos.

(17) FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2001, p. 415, prefere utilizar a figura da tipicidade: há inexistência quando a falta de elemento essencial impeça que se reconheça o *tipo legal* a que o acto se reconduz.

(18) V. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, 1987, p. 233 e ss., e também M. ESTEVES DE OLIVEIRA *et alii*, *ob. cit.*, p. 638 e s.

de uma acção administrativa especial impugnatória, como se houvesse um acto administrativo inexistente, isto é, um acto deformado por uma invalidade estruturalmente grave<sup>(19)</sup>. Mas, em rigor, no actual contencioso administrativo de plena jurisdição, a posição do particular face a situações de inexistência deveria ser tutelada através de pretensões condenatórias ou declarativas, eventualmente no âmbito de uma acção administrativa comum, como acontece, por exemplo, nas situações de via de facto, por não se tratar de uma pretensão emergente da *prática* de um acto administrativo.

Outra é a questão de saber se, dentro das formas de invalidade do acto, se podem distinguir as situações de acto nulo das de acto inexistente — aceitando a inexistência como forma de invalidade.

É neste contexto que o CPA parece ser contraditório: por um lado, taxa de nulidade, em geral, a falta de elementos essenciais, parecendo que afasta a autonomia da inexistência como figura de invalidade; por outro lado, seguido pelo CPTA, refere-se a vários propósitos à figura dos actos inexistentes, a par dos actos nulos.

Procurando harmonizar os preceitos legais, e tendo em conta também que o regime escolhido para a nulidade, na sua dimensão radical, se aproxima ou se iguala na prática ao das situações de inexistência, poderá entender-se que a figura do “acto inexistente” se reporta a nulidades específicas, absolutas ou gravíssimas: o acto nulo-inexistente será aquele ao qual deve ser aplicado, de forma irrestrita, o regime da nulidade, seja quando a lei o qualifique expressamente como tal, seja em casos excepcionalmente graves, de carência absoluta de elementos essenciais<sup>(20)</sup>.

Assim, por exemplo, seriam, entre nós, geradoras de nulidade-inexistência a coacção

absoluta ou a usurpação de poder<sup>(21)</sup>, tal como a falta territorial de atribuições.

#### 1.4. As situações de nulidade

Decisiva é, em nosso juízo, a circunstância de a lei portuguesa ter adoptado um modelo de tipo ou de cláusula geral, que há-de significar a escolha de uma concepção *substantial* da nulidade, a qual, tendo como razão de ser, como vimos, a prevalência da legalidade sobre a segurança e a estabilidade, há-de reportar-se à gravidade dos vícios do acto, comparada com as situações mais comuns e veniais de ilegalidade.

A construção legal foi pensada para actos administrativos que regulam situações jurídicas, designadamente das que envolvem direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, e visa a garantia de valores comunitários e interesses substantivos importantes — uma construção que se inscreve na luta pela consolidação dos valores do Estado de Direito Democrático no contexto das relações jurídicas administrativas<sup>(22)</sup>.

Devem, pois, ser considerados nulos por natureza aqueles actos que sofram de um vício especialmente grave, avaliado em concreto em função das características essenciais de cada tipo de acto — será nulo um acto que contenha uma ilegalidade tão grave que ponha em causa os fundamentos do sistema jurídico, não sendo, em princípio, aceitável que produza efeitos jurídicos, muito menos efeitos jurídicos estabilizados, pelo menos enquanto tal vício subsista.

De facto, como a jurisprudência portuguesa hoje admite numa formulação feliz, “a

(19) Poderá valer porventura para esse efeito a prova da aparência exigida no 79.º, n.º 3, do CPTA.

(20) Nos restantes casos de vícios graves e evidentes, poderia aplicar-se o regime da nulidade em termos mais maleáveis, como veremos mais tarde, admitindo a produção de efeitos putativos e até, embora entre nós apenas *de iure condendo*, a conversão ou a convalidação dos actos.

(21) Diferentemente do que sucede na generalidade dos outros países, quer em França e na Itália, onde são incluídas na inexistência, quer na própria Alemanha, onde são consideradas situações de não-acto.

(22) Vejam-se, por exemplo, os termos em que GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ configuram a nulidade de desvio de poder para fim privado: “uma verdadeira apropriação da organização e dos seus instrumentos pelo agente em seu exclusivo benefício individual, uma usurpação de poderes administrativos indigna de qualquer protecção e cuja depuração não pode depender do arbítrio do particular concretamente afectado pelo acto produzido” (*Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., 1983, p. 580).

nulidade haverá sempre de reportar-se a *um desvalor da actividade administrativa com o qual o princípio da legalidade não pode conviver*, mesmo em nome da segurança e da estabilidade, como acontece no regime-regra da anulabilidade” (23).

O problema que se põe é o de saber se o critério de *gravidade* deve ser complementado, à alemã, por uma ideia de *evidência* para o cidadão médio, avaliadas as circunstâncias, quer do vício, quer da sua gravidade (24) — característica que, para além de constituir uma garantia da excepcionalidade e de uma maior certeza na identificação da figura, está intimamente associada ao regime de invocação universal da nulidade. Julgamos que o critério da evidência não será decisivo para a qualificação do desvalor do acto como nulidade, mas será relevante para efeitos de regime, em termos que veremos melhor, sobretudo no que respeita à declaração administrativa de nulidade e ao seu conhecimento pelos interessados.

Sendo a gravidade substantiva definida pela lei por referência aos “elementos essenciais” do acto, deve tal entender-se como uma menção relativa aos momentos estruturais, mas compreendidos numa perspectiva valorativa, funcional e prática — a gravidade dos vícios mede-se relativamente aos aspectos principais do sujeito, do objecto, do fim, do conteúdo, da forma e do procedimento, de modo que o acto, pressuposta a sua existência, será nulo quando os vícios de que sofre impliquem ou se equiparem à falta de algum desses elementos, em função do respectivo tipo legal.

Impõe-se, neste quadro normativo, uma construção coerente do sistema de nulidades, que deve incluir a interpretação teleologicamente adequada das disposições legais que

qualificam as nulidades, dando a atenção devida à jurisprudência e à doutrina (25).

Nesta perspectiva, será possível estabelecer uma conexão, ainda que meramente tendencial, entre os diversos vícios detectados na experiência prática e os tipos de invalidade dos actos, em função do momento estrutural afectado.

Assim, quanto aos vícios relativos ao *sujeito*, serão nulos por natureza, em princípio, os actos praticados fora das atribuições, por órgão territorialmente incompetente (pelo menos na administração descentralizada) (26) ou com faltas graves de legitimação (falta de convocatória do órgão colegial ou falta de reunião, falta de investidura do titular). Já será discutível, no entanto, como sempre defendemos, que a mera falta momentânea de quórum deva sempre conduzir à nulidade (27).

Relativamente ao objecto, serão nulos, em regra, os actos cujo objecto (mediato) seja impossível (física ou juridicamente) ou indeterminado, tal como aqueles em que se verifique a impossibilidade, a ilicitude muito grave e a incompreensibilidade do conteúdo (objecto imediato). Não haverá dúvidas, pois, independentemente da qualificação legal, de que são nulos os actos cujo conteúdo constitua um crime ou os que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental.

Quanto ao fim, embora os vícios relativos aos pressupostos legais conduzam em regra à anulabilidade, podem provocar nulidades em situações mais graves (por exemplo, quando a falta de base legal seja absoluta e se equipare à falta de atribuições). Nesta linha de entendimento cabe perfeitamente a atribuição da consequência da nulidade a actos administrativos que estejam viciados por *desvio de poder para realização de interesses priva-*

(23) Cf. o Acórdão do STA de 17-02-2004, P. 1572/02, cuja leitura é especialmente elucidativa.

(24) Um vício de tal modo grave que não possa esperar-se de nenhum cidadão *médio* que cumpra ou respeite a decisão tomada — v. WOLFF / BACHOF / STOBER, *ob. cit.*, p. 555. A teoria da evidência, que se consagrou na Alemanha do pós-guerra, já teria raízes na doutrina do início do século, inclusivamente em França — cf. J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, 2002, p. 111 e ss.

(25) A preocupação doutrinal vai frequentemente no sentido de evitar uma extensão excessiva da nulidade — R. BOCANEGRA SIERRA / J. GARCÍA LUENGO, *ob. cit.*, p. 195 e ss. (p. 198).

(26) Assim acontece na Espanha, bem como na Alemanha, embora aí só quando referido a bens imóveis ou a direitos “situados”.

(27) Nessa parte, haverá quando muito uma nulidade por determinação legal (na medida em que se entenda não fazer uma interpretação restritiva do preceito do CPA).

dos, comparado com o desvio de poder para outros fins públicos — figura que há bastante tempo é defendida na doutrina nacional <sup>(28)</sup>, embora não resulte claramente dos textos legais <sup>(29)</sup>.

No quadro de uma construção valorativa prático-funcional percebe-se ainda que seja relevante a distinção entre as invalidades substanciais e formais-procedimentais, em razão da instrumentalidade das formas, designadamente num contexto subjectivista de controlo da juridicidade. Serão, por isso, mais raras as situações de nulidade por vício de forma e de procedimento: só a carência absoluta de forma legal ou a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais procedimentais devem gerar a nulidade — quando a forma ou o procedimento preterido sejam imprescindíveis para a protecção de um direito subjectivo ou para a satisfação de uma exigência fundamental do Estado de Direito.

Os elementos essenciais são os indispensáveis para que o acto administrativo seja *juridicamente capaz de produzir os efeitos que visa*, incluindo os que caracterizam cada tipo de actos legalmente previstos. Por isso, uma teoria das invalidades substancialmente coerente deve ter em consideração a espécie de actos em causa, num plano estrutural e funcional.

Assim, por exemplo, numa verificação constitutiva, enquanto acto certificativo, deve ter-se por elemento essencial a veracidade dos factos certificados, sendo a falsidade equiparável à carência absoluta de objecto ou de conteúdo <sup>(30)</sup>. Do mesmo modo, num acto *san-*

*cionatório*, o procedimento tem de incluir necessariamente, por determinação constitucional, a oportunidade de defesa do destinatário <sup>(31)</sup>. Tal como um acto administrativo que vise impor uma *obrigação pecuniária* aos particulares, *maxime* a liquidação de um imposto, tem como elemento essencial do tipo a respectiva base legal impositiva, cuja falta deve implicar a nulidade <sup>(32)</sup>. E o mesmo se diga ainda de um parecer vinculante sem fundamentação, pois que a indicação dos fundamentos é co-essencial a este tipo de pronúncia decisória <sup>(33)</sup>.

## 2. O regime da nulidade

### 2.1. O regime puro

Nos termos da lei geral <sup>(34)</sup>, o acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade; a nulidade dos actos administrativos é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer tribunal ou por qualquer órgão administrativo; os actos nulos (ou inexistentes) não são susceptíveis de ratificação, reforma e conversão.

E, a partir destas características legalmente definidas, a doutrina e a jurisprudência têm concluído naturalmente que o acto nulo não tem qualquer força jurídica — não é vinculativo, não tem força executiva, nem força executória —, de modo que nenhum órgão ou agente administrativo teria de o acatar (o subalterno não deveria obediência a ordens

<sup>(28)</sup> V. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, 1980, pp. 547 e 579. FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, 2001, p. 421, embora defendesse a solução da anulabilidade com base no direito positivo, chamava a atenção para a necessidade de repensar a solução para combater a corrupção.

<sup>(29)</sup> É que, nessa situação, não só não se cumpre o fim legal como se revela que o agente administrativo utiliza os poderes públicos que lhe foram confiados para proveito pessoal ou, de todo o modo, para satisfazer interesses privados de alguém, e isso é *especialmente grave* e, em regra, “evidente numa avaliação razoável das circunstâncias” (para utilizar a terminologia da lei alemã) — é dizer que viola gravemente a ordem jurídica, em termos que são equiparáveis à carência absoluta de fim legal.

<sup>(30)</sup> Nesse sentido, v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et alii*, *ob. cit.*, p. 642.

<sup>(31)</sup> Como sustentamos em “Validade”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, p. 587. Sobre o conceito de sanção e a distinção de medidas administrativas desfavoráveis, v. MARCELO MADUREIRA PRATES, *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*, 2005, p. 131 e ss.

<sup>(32)</sup> Defendemos isso em anotação discordante a um Acórdão do STA em *CJA*, n.º 43, p. 48.

<sup>(33)</sup> A questão da nulidade pode suscitar-se no plano interadministrativo ou mesmo em tribunal relativamente a pareceres vinculantes, na medida em que obrigam o órgão competente para a decisão final. O problema não se põe na generalidade dos pareceres, que, não sendo vinculativos, não constituem decisões.

<sup>(34)</sup> V. os artigos 134.º e 137.º, n.º 1, do CPA.

nulas do superior, mesmo que não implicassem a prática de um crime) e os particulares poderiam desobedecer-lhe, exercendo o seu direito de resistência.

Retiram-se consequências lógicas do princípio de que o acto nulo é absolutamente improdutivo e de que a declaração de nulidade não será mais do que o reconhecimento de uma evidência jurídica — no fundo, tudo parece passar-se como se o acto administrativo não existisse ou não existisse como acto jurídico.

Em primeiro comentário à configuração legal do regime da nulidade, deve dizer-se que um regime com esta dureza é mais próprio da inexistência do que de uma invalidade <sup>(35)</sup>.

Na generalidade dos países em que se adopta a distinção, a nulidade, ao contrário da anulabilidade, implica a *ineficácia* da decisão, e uma ineficácia absoluta e perpétua, pois que o acto nulo não é susceptível de convalidação, não se admitindo a sanção dos vícios com efeitos retroagíveis ao momento da prática do acto <sup>(36)</sup>.

O panorama apocalíptico associado ao regime legal da nulidade compreender-se-á numa perspectiva histórica, na medida em que o regime foi elaborado tendo em mente os actos da “administração agressiva” (e, entre nós, da administração local) e com base numa enumeração, taxativa e concreta, das situações ou dos vícios geradores de nulidade — mas é excessivamente radical e não responde em termos adequados à realidade dos tempos de hoje, em que se impõe a consideração das

relações jurídicas estabelecidas pelos actos administrativos.

Por um lado, o regime puro não funciona bem perante o alargamento do conceito e das espécies de acto administrativo, agora muitas vezes actos constitutivos de direitos e interesses legalmente protegidos, que exigem a produtividade ou merecem a estabilidade da situação de facto originada pelo acto. Por outro lado, não se coaduna com a definição qualitativa das nulidades por natureza e com o conseqüente carácter problemático da qualificação da invalidade — menos ainda entre nós, quando a definição legal de nulidade substancial se refere à falta de elementos essenciais, em termos que abrangem uma diversidade relevante de situações.

Como vimos, a questão da invalidade dos actos administrativos e dos respectivos efeitos constitui um problema, a resolver através da ponderação entre os valores da legalidade, de um lado, e os da segurança jurídica e da estabilidade das decisões, por outro lado — sendo especialmente relevante a protecção da boa fé e da confiança dos cidadãos quando estejam em causa decisões que lhes sejam favoráveis.

E não pode esperar-se que esse problema possa ser resolvido em abstracto, mediante a identificação de situações (excepcionais) de nulidade, quando o legislador utiliza conceitos indeterminados que necessitam de ser preenchidos, ou que essa ponderação possa ser realizada através da aplicação de um regime radical, que pressupõe a possibilidade de ignorar completamente os valores da segurança e da estabilidade <sup>(37)</sup>.

Face à diversidade de situações e devido às exigências da realidade e do tempo, não é razoável nem justa uma leitura formalista dos requisitos de invalidade, que se limite a separar os casos de nulidade dos de anulabilidade, aplicando aos primeiros indiscriminadamente um regime radical, como consequência automática da ilegalidade.

Torna-se necessário reconhecer a dificuldade problemática, mesmo para os juristas,

<sup>(35)</sup> Isso corresponde, aliás, de algum modo, a um entendimento tradicional, porventura inteiramente aceitável quando os casos de nulidade estavam taxativamente fixados na lei — MARCELLO CAETANO entendia que “a nulidade é equiparada nos seus efeitos à inexistência jurídica do acto” (*Manual de Direito Administrativo*, I, 9.ª ed., p. 491).

<sup>(36)</sup> Contudo, em Itália, onde desde 2005 existem várias hipóteses de nulidade administrativa determinadas por lei, admite-se a convalidação, pelo menos quando a lei o preveja, e pode até exigir-se a declaração da nulidade ou impor-se um ónus de impugnação (um direito de acção prescritível em prazo longo), a par do reconhecimento de alguns efeitos colaterais do acto, justamente para distinguir a invalidade da inexistência — cf. F. LUCIANI, *ob. cit.*, p. 18 e ss.

<sup>(37)</sup> Nesse sentido, v. PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, Vol. III, 1992, p. 206 — um problema a resolver em concreto, em que é requisito a segurança jurídica.

em distinguir ou qualificar hoje os actos nulos, e introduzir alguma flexibilidade na aplicação dos regimes de invalidade, em função da diversidade de situações — o que justifica propostas de diferenciação interna e de modulação de regime nas distintas situações.

É dizer que a opção legislativa por uma categoria da nulidade, a par da anulabilidade, no que respeita à invalidade das actuações administrativas, não justifica iniquidades ou injustiças de resultado, nem deve dispensar os operadores jurídicos de pensarem e de actuar racionalmente de acordo com os valores e interesses em jogo nas relações reais da vida social.

## 2.2. A moderação legal do regime

Nesse mesmo sentido, é a própria lei que admite algumas compressões e restrições no que respeita ao regime puro da nulidade.

A compressão manifesta-se, desde logo, na circunstância de a lei processual administrativa, por razões de tradição e de protecção dos direitos dos particulares, reconhecer os chamados “efeitos formais” do acto nulo, decorrentes da sua aptidão para encerrar o procedimento, ao prever a impugnação judicial e a suspensão da eficácia de actos nulos (e inexistentes), apesar de a sentença ter efeitos meramente declarativos.

Mais importantes são, no entanto, as restrições previstas na lei substantiva, ao limitar a nulidade de actos consequentes perante interesses legítimos de contra-interessados, e, muito em especial, ao reconhecer a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto duradouras criadas por actos nulos, por consideração de princípios jurídicos fundamentais e de direitos dos particulares<sup>(38)</sup>.

No que respeita aos actos consequentes, embora à primeira vista não se trate de uma verdadeira limitação do regime da nulidade, mas de uma limitação do alcance das decisões anulatórias de actos administrativos, verifica-se a introdução, na esfera da nulidade, de momentos de ponderação de interesses, de

acordo com princípios jurídicos fundamentais, a temperar meros juízos lógicos de aplicação de conceitos legais — o conceito de acto consequente passa a ser entendido como um conceito funcional-material, excluindo-se a generalização indiscriminada da nulidade, com as suas consequências arrasadoras, e impondo-se um dever de avaliação dos interesses em presença nas situações da vida cuja reconstituição é determinada pela anulação de um acto administrativo. No entanto, é de lamentar que a recente lei processual administrativa<sup>(39)</sup>, com a pretensão de resolver um problema de ponderação, tenha adoptado uma solução formalista e potencialmente desequilibrada em favor da execução, na medida em que a situação jurídica dos beneficiários de actos consequentes do acto anulado, mesmo nos casos de anulação por vícios formais, só é garantida quando os danos causados pela anulação sejam de difícil ou impossível reparação e se, além disso, for manifesta a desproporção entre o interesse na manutenção da situação e o interesse na execução da sentença anulatória, tanto mais que tal benefício só é considerado se os actos tiverem sido praticados há mais de um ano e os terceiros *desconhecerem* sem culpa a precariedade da sua situação — quando uma ponderação razoável dos interesses dos terceiros apontaria para a protecção efectiva da sua *boa fé* e da confiança legitimamente depositada na actuação administrativa<sup>(40)</sup>.

A principal morigeração do regime da nulidade reside, porém, na admissão directa da *atribuição de efeitos putativos* a actos nulos, fundada nos *princípios da protecção da con-*

<sup>(38)</sup> Cf. o artigo 133.º, n.º 2, al. *i*), *in fine*, e o artigo 134.º, n.º 3, do CPA.

<sup>(39)</sup> V. o artigo 173.º do CPTA, que contém regras de direito substantivo, aplicáveis à decisão judicial que deva ser proferida (não apenas em sede de execução, mas no próprio processo declarativo, quando tenha havido cumulação, com o pedido impugnatório, do pedido de condenação ao restabelecimento da situação que existiria se o acto ilegal não tivesse sido praticado), bem como à correspondente decisão administrativa.

<sup>(40)</sup> E não do desconhecimento: de facto, o beneficiário do acto consequente do acto anulado, ainda que não tenha qualquer responsabilidade na ilegalidade cometida, não poderá em regra desconhecer a precariedade da sua situação quando exista uma acção impugnatória do acto “causante”.

fiança, da boa fé, da proporcionalidade — e até porventura em razões de *interesse público*, desde que à conduta do requerente se não possa imputar dolo ou má fé <sup>(41)</sup>.

É certo que a lei se refere apenas aos princípios gerais de direito que permitem a relevância jurídica do decurso do tempo, o que poderia ser interpretado como se estivesse em causa a mera relevância do tempo como facto jurídico-administrativo, no quadro tradicional da prescrição aquisitiva — mas uma interpretação actualizadora leva-nos a concluir que a lei abre caminho a muito mais, que se trata da admissão da produtividade jurídica de actos nulos, alicerçada em princípios jurídicos fundamentais e envolvendo o reconhecimento de posições jurídicas subjectivas dos cidadãos, no quadro de uma tarefa de *ponderação* dos valores e interesses em presença nos casos concretos <sup>(42)</sup>.

O princípio da protecção da confiança legítima, que tem hoje consagração legal expressa entre nós como desenvolvimento do *princípio da boa fé*, e que se vem afirmando na jurisprudência nacional como um parâmetro fundamental do controlo das actuações administrativas (em parte por influência das decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias), consubstancia talvez o esteio mais importante para a limitação dos efeitos da nulidade.

O alcance deste princípio, na dimensão da boa fé dos administrados, pode ser sintetizado na seguinte formulação: “não se trata apenas de situações em que se tenha desencadeado um qualquer tipo de convicção psicológica no particular beneficiado por uma determinada actuação administrativa, mas sim

quando essa convicção se fundamente em sinais externos emanados da Administração, que se revelem suficientemente razoáveis para que se possa confiar na respectiva legalidade” — circunstância que ganha especial relevo quando, no contexto da ponderação dos interesses públicos e privados em jogo, se venha a demonstrar que da declaração de nulidade “resultam para o património do beneficiário prejuízos que o mesmo não teria de suportar se não fosse a confiança que depositou na Administração” <sup>(43)</sup>.

Num Estado de Direito, os cidadãos têm o direito de poder confiar nos efeitos das decisões públicas verosimilmente válidas, com base nas quais alicerçaram e estabilizaram a sua actuação — o princípio da confiança consubstancia, assim, o valor da segurança jurídica na perspectiva do indivíduo.

Além deste princípio, há ainda a considerar o *princípio da proporcionalidade*, como princípio constitucional, designadamente na sua dimensão de *equilíbrio*, que impõe uma avaliação comparativa da importância ou premissência do fim que se pretende alcançar (a reintegração da legalidade) com a gravidade do prejuízo que resulta da declaração de nulidade <sup>(44)</sup>.

Na realidade, o juízo de ponderação do tribunal <sup>(45)</sup>, nos casos em que é solicitado a reconhecer efeitos putativos a um acto nulo, deve atender a todas as circunstâncias relevantes: de um lado, a todos os interesses públicos (e eventualmente interesses privados legítimos) associados à reintegração da legalidade, que, para além da reafirmação formal da regra, podem constituir, conforme os casos, bens

<sup>(41)</sup> Cf. ESTEVES DE OLIVEIRA *et alii*, *cit.*, p. 655 — esta condição, que está na base da protecção da confiança legítima, constitui, de resto, uma das diferenças assinaladas pela doutrina que distingue entre a nulidade e a inexistência. No entanto, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, 2003, p. 1033 e ss. (1035), admite tal relevância por imperativos de justiça, embora apenas nos casos que considera de “inexistência jurídica derivada ou consequente”.

<sup>(42)</sup> Sobre a ponderação de bens no direito administrativo, v., por todos, KARL-HEINZ LADEUR, *Abwägung. Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, 1984.

<sup>(43)</sup> V. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Administrativo y sistema de fuentes*, 2009, p. 46. Sobre o princípio, v., entre nós, REBELO DE SOUSA / SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2.ª ed., 2004, p. 220 e ss. Em outras situações, o princípio pode justificar a estabilização de expectativas, a eliminação ou redução de uma obrigação, ou o direito à indemnização por prejuízos especiais. Sobre a aplicação do princípio na nossa jurisprudência, v. o Ac. do STA de 05-12-2007 (P. 0653/07).

<sup>(44)</sup> V., sobre o princípio da proporcionalidade, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*, 2004, p. 178 e ss.

<sup>(45)</sup> Ou da Administração, se for esta a proferir a declaração de nulidade, nos termos do n.º 2 do artigo 134.º

muito ou moderadamente valiosos; do outro lado, além da protecção da confiança do destinatário do acto, a eventual lesão de posições jurídicas de terceiros <sup>(46)</sup>, bem como os prejuízos para outros interesses públicos.

A racionalidade judicial não pode hoje deixar de tomar conhecimento da realidade e de ponderar, em termos de prognose, os efeitos das suas decisões — só assim realiza integralmente o direito, em especial nas situações em que o juiz exerce efectivamente um poder.

Nas situações em que se ponha o problema do reconhecimento jurídico da situação de facto decorrente de actos nulos, o juiz não pode alegar que a sua tarefa é puramente hermenêutica, que só visa aplicar uma solução previamente definida na lei — ele não se limita a conhecer, decide a solução do caso concreto e é juridicamente responsável por ela, devendo, para além de evitar injustiças extremas e situações de impraticabilidade (contra a ideia antiga de *fiat iustitia, pereat mundus*), respeitar a *proibição do excesso*, pois que só atendendo aos *efeitos reais* da decisão se alcança a paz social que a justiça sempre almeja.

A circunstância de as nulidades serem avaliadas em sentenças meramente declarativas não obsta a que o tribunal possa e deva considerar o tipo de ilegalidade do acto (por exemplo, formal ou substancial) e as repercussões decorrentes não só da sentença, mas também da respectiva *execução* <sup>(47)</sup> — designadamente quando opera sobre factos que ocorreram há algum tempo, e em que a aparente eficácia do acto nulo originou a consolidação de expectativas, cujo grau de legitimidade o tribunal tem de ponderar na decisão.

E — importa voltar a sublinhá-lo, em conclusão — em todas estas situações de atribuição de efeitos a actos nulos, não estamos

perante o mero reconhecimento de uma juridicidade de facto, mas perante a operatividade de princípios jurídicos que moderam o alcance do regime legal da nulidade <sup>(48)</sup> — o tempo representa aqui o factor e a prova da estabilidade e há-de, por isso, entender-se como o tempo *razoável* para a geração, nas circunstâncias concretas, da confiança digna de protecção, ou o tempo *suficiente* para fundar o juízo do excesso.

### 2.3. Um regime bem temperado

Como acabamos de ver, é a própria lei a aceitar que a dureza do regime puro da nulidade não é compatível com as necessidades da adaptação à variedade de situações concretas, que a justiça material impõe — o regime de improdutividade *total* e de invocação *perpétua* da nulidade é por demais rígido, sendo susceptível de afectar de forma desrazoável interesses dignos de protecção jurídica.

Mas a previsão legal da possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, mesmo que interpretada nos termos mais amigos da ponderação principiológica de valores e interesses, como atrás procurámos fazer, não é suficiente para conferir uma flexibilidade aceitável ao regime, designadamente quando se trate de situações que não sejam de nulidade-inexistência.

Não se percebe, por exemplo, por que razão se proíbe em termos absolutos a *conversão* dos actos nulos, conferidos os respectivos pressupostos, designadamente a verificação no caso concreto dos elementos essenciais de outro acto <sup>(49)</sup>.

<sup>(48)</sup> Note-se, por exemplo, que a não declaração da nulidade do acto não exclui necessariamente a eventual indemnização de lesados, por facto ilícito.

<sup>(49)</sup> Seja para benefício dos particulares, seja para garantia do interesse público (por exemplo, conversão da ordem de demolição em uma proibição de uso). A conversão de actos nulos é admitida, em determinadas condições, em Espanha (v. R. BOCANEGRA SIERRA, *La teoría...*, cit., p. 192), bem como na Alemanha (WOLFF / BACHOF / STOBER, *ob. cit.*, pp. 565-6). Note-se que, entre nós, apesar da remissão para o regime da invalidade dos actos, a lei determina que todos os contratos administrativos e, em especial, os contratos sobre o *exercício de poderes públicos* são

<sup>(46)</sup> No sentido de que a aplicação do direito deve também assentar em juízos de prognose que atendem nos efeitos provocados sobre o bem-estar das pessoas, v. DOMÉNECH PASCUAL, «Principios, proporcionalidad y análisis económico», in LUIS ORTEGA / SUSANA DE LA SIERRA, *Ponderación y derecho administrativo*, cit., p. 162.

<sup>(47)</sup> Para cujo efeito a declaração de nulidade se não distingue da sentença de anulação do acto — cf. FABRIZIO LUCIANI, *ob. cit.*, pp. 20-21. Na lei portuguesa, a forma de acção é, aliás, a mesma.

Tal como, em rigor, não se compreende uma proibição absoluta da *convalidação* de actos nulos — a sanção do vício deveria admitir-se, quando possível, pelo menos em casos específicos e autorizada por lei, tal como é admitido em alguns ordenamentos jurídicos administrativos e aceite entre nós relativamente a negócios jurídicos no direito civil e mesmo a certos actos de autoridade, como os actos notariais <sup>(50)</sup>.

Uma tal rigidez do regime parece ser um produto ideológico — da lógica de uma ideia fixa de nulidade — aceitável numa época em que as nulidades eram casos contados em pequeno número, que só se justificará hoje nos casos mais graves de actos nulos-inexistentes.

Além disso, o desconforto de boa parte dos autores perante um regime tão rígido e insensível à consideração da realidade e dos valores e interesses em jogo revela-se ainda quanto a outros aspectos do regime, nomeadamente perante razões práticas que implicam a necessidade de proteger os particulares interessados contra eventuais erros ou abusos de qualificação administrativa de vícios de actos administrativos como geradores de nulidade.

Um conjunto de problemas deste género respeita à declaração de nulidade, que, na letra da lei, pode ser feita a todo o tempo por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal.

Ninguém duvida hoje que o preceito legal tem de ser objecto de uma interpretação restritiva ou de uma redução teleológica, em função da diferença entre a *declaração formal* e o *conhecimento* da nulidade — se é admissível, em princípio, a competência de *qualquer* órgão

ou de *qualquer* tribunal para *conhecimento* da nulidade (e conseqüente desaplicação do acto), já só os órgãos administrativos competentes para a decisão ou os tribunais administrativos têm poder para *declarar* a nulidade de um acto administrativo <sup>(51)</sup>.

Mas, ainda que bem interpretada, justifica-se perguntar se a lei não deveria regular a declaração de nulidade por via administrativa em termos mais restritivos, aplicando-lhe, com as devidas adaptações, os princípios subjacentes ao regime da revogação anulatória.

Assim, por exemplo, deveria recusar-se ou limitar-se em certas hipóteses a competência administrativa para a declaração de nulidade, designadamente quando não é evidente a existência desse tipo de invalidade <sup>(52)</sup> ou, relativamente a determinados vícios, quando estes sejam inteiramente imputáveis ao órgão administrativo <sup>(53)</sup> — exigindo-se então a declaração de nulidade por via judicial.

Tal como talvez não devesse admitir-se a todo o tempo a declaração de nulidade de actos favoráveis — quando se tenham produzido de facto esses efeitos, em especial os correspondentes a direitos subjectivos —, mas apenas num *prazo razoável*, contado do conhecimento do vício, dentro de um limite temporal máximo, medido em função da boa fé do particular beneficiado. Estas preocupações manifestam-se especialmente em determinadas áreas, sendo uma delas justamente a do direito do urbanismo, perante a necessidade de, após um período de um certo fundamen-

susceptíveis de conversão independentemente do respectivo desvalor, é dizer, mesmo em caso de nulidade (285.º, n.º 3, do CCP) — o que cria uma disparidade injustificada, designadamente quando se trate de contratos substituídos de actos administrativos.

<sup>(50)</sup> Note-se que as nulidades agora previstas em Itália abrangem casos como “falta de requisitos mínimos do acto”, “cometimento de ilícitos” e as chamadas “nulidades textuais” — cf. FABRIZIO LUCIANI, *ob. cit.*, p. 18. V. ainda o artigo 293.º do Código Civil, e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, “Direito do Notariado”, in PAULO OTERO / PEDRO GONÇALVES (coords.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. II, 2009, p. 135 e ss. (p. 190 e ss.).

<sup>(51)</sup> Neste sentido, no entendimento, que não nos parece necessário, de que se trata de uma interpretação em conformidade com a Constituição, v. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO MATOS, *ob. cit.*, p. 203.

<sup>(52)</sup> A declaração deve entender-se já, em princípio, *impossível*, quando a nulidade resulta da aplicação de lei alegadamente inconstitucional — v. o nosso artigo *Validade*, no *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, cit., p. 591.

<sup>(53)</sup> Designadamente quando configure um aproveitamento abusivo de vícios provocados pelo próprio autor do acto, em termos de representar um intolerável *venire contra factum proprium*, inadmissível em face da obrigação de actuação de acordo com as regras da boa fé — embora, ao avaliar a boa fé administrativa, se possa ter em consideração, quer a mudança de titular do órgão, quer a legítima, desejável e até devida alteração da concepção do interesse público em face das circunstâncias.

talismo público, assegurar um equilíbrio razoável entre a restauração da legalidade urbanística (e a garantia dos diversos e relevantes bens públicos que visa assegurar) e a estabilidade das situações jurídicas e protecção da confiança associada a direitos e interesses legítimos dos particulares — preocupações que levaram mesmo o legislador, em 2007, a criar um regime especial, fixando um prazo de caducidade de 10 anos para a declaração administrativa de nulidade de actos urbanísticos, bem como para a propositura da correspondente acção judicial pelo Ministério Público <sup>(54)</sup>.

### 3. A invocação da nulidade

Um dos principais problemas que se suscita na prática é o de saber quais os pressupostos ou as condições de admissibilidade da *invocação* da nulidade por qualquer interessado.

Os destinatários do acto podem, obviamente, invocar a nulidade da decisão (em regra, a todo o tempo) perante as autoridades administrativas ou judiciais competentes, para que estas declarem ou conheçam a nulidade.

O problema é o de saber se têm o ónus de fazê-lo se quiserem evitar ou reagir contra a modificação da *situação de facto* que o acto nulo muitas vezes produz, uma vez que, de acordo com a lei, o acto nulo não produz quaisquer efeitos, “independentemente da declaração de nulidade”.

Ou seja, como devem os destinatários comportar-se perante um acto que *considerem nulo*?

O artigo 21.º da Constituição consagra o *direito de resistência* dos cidadãos, passiva e defensiva, perante quaisquer ordens que ofendam os seus direitos, liberdades e garantias <sup>(55)</sup>

— mas na lei nada se diz relativamente a outras situações, que não digam respeito a actos impositivos ou ablativos, ou que não ofendam o conteúdo essencial de direitos fundamentais.

Tem de entender-se, no entanto, que o regime da nulidade não inclui a possibilidade de os destinatários — sejam os particulares ou outros órgãos administrativos — pura e simplesmente ignorarem ou desobedecerem a uma decisão de um órgão administrativo dotado de poderes de autoridade, como se esta não existisse, por considerarem que, em seu juízo ou opinião, o acto é nulo.

Não pode generalizar-se o poder de conhecimento autónomo da nulidade e a consequente *liberdade, direito ou poder de desaplicação do acto nulo*, sobretudo quando a identificação da figura se tornou um problema de solução não evidente, com a multiplicação dos casos controversos e de difícil juízo, mesmo para os especialistas — e o *risco* de um juízo errado há-de correr por conta do destinatário que não cumpra a decisão, não podendo justificar-se com a simples boa fé <sup>(56)</sup>.

Uma vez mais, há que distinguir as situações, só se justificando a radicalidade do regime nos casos mais graves de nulidade-inexistência, precisamente quando seja *evidente* para um cidadão médio a ofensa insuportável de valores básicos de legalidade.

Em nosso entender, o *conhecimento* da nulidade pelos destinatários, com a consequente desaplicação do acto, há-de pressupor o exercício de um *direito* próprio anterior (um direito ou liberdade radicado na esfera jurídica do particular) <sup>(57)</sup> ou de uma *competência* própria do órgão ou agente administrativo

nistrativas. O preceito constitucional não pode, no entanto, ser interpretado no sentido de conceder aos particulares um poder *normal* de controlo dos actos das autoridades públicas — é um meio que só tem sentido como *ultima ratio* e de que o particular deve fazer uso prudente, quando esteja convencido, pela gravidade e evidência da ofensa, de que há violação do conteúdo essencial do seu direito fundamental, até porque o risco de erro corre por sua conta.

<sup>(56)</sup> Nesse sentido, também WOLFF / BACHOF / STÖBER, *ob. cit.*, p. 560.

<sup>(57)</sup> Ainda que a invocação da nulidade não tenha de limitar-se aos vícios que ofendam o direito do particular.

<sup>(54)</sup> V. a redacção actual do artigo 69.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 555/99 (RJUE).

<sup>(55)</sup> Permite justificar juridicamente certos factos, excluindo, por exemplo, a aplicação das disposições penais relativas ao crime de desobediência (artigo 348.º do Código Penal), quando um particular se oponha, ignore, ou, em situações excepcionais, se defenda de actos evidentemente inconstitucionais (nulos) das autoridades admi-

(incluindo uma competência própria de execução) (58).

Assim, é óbvio que o requerente não pode ignorar o indeferimento da licença ou dispensa requerida que considere nulo (59): o particular tem de reagir judicialmente perante o acto (hoje, através de uma acção de condenação à prática de acto devido, armada com as respectivas providências cautelares), visto que (ainda) não adquiriu o direito a exercer a actividade — não será assim, em princípio, no caso de se tratar de uma autorização permissiva, porque o particular já é titular do direito embora na prática possa haver obstáculos ao exercício efectivo do direito na falta da colaboração administrativa.

Já não é tão claro, mas algo de semelhante deverá valer, em regra, nos casos em que o acto desfavorável considerado nulo seja um acto de segundo grau, que anula ou declara nulo um acto anterior constitutivo de direitos ou poderes — o particular ou o órgão administrativo não podem ignorar ou desaplicar o acto administrativo secundário e exercer o direito ou o poder conferido pelo acto de 1.º grau, a não ser que se trate de um caso de nulidade-inexistência, em que não possa haver dúvidas razoáveis sobre a nulidade, por o vício ser evidente e especialmente grave (60).

Esta limitação do conhecimento universal da nulidade dos actos administrativos de autoridade aos casos de nulidade especialmente grave e evidente (nulidade-inexistência) valerá do mesmo modo se estiverem em causa actos ablativos, proibitivos ou impositivos de obrigações, quando não esteja envolvido o exercício de direitos, liberdades e garantias: o particular não goza do direito constitucional de

(58) Desde que esse direito ou essa competência não dependam, eles próprios, da eficácia da decisão considerada nula.

(59) Em princípio, mesmo no caso de recusa de renovação de licença, embora aí possa haver um interesse legalmente protegido.

(60) Pense-se, por exemplo, num caso em que o acto de segundo grau seja nulo por violar claramente uma decisão judicial transitada em julgado — embora, mesmo aí, o particular possa ser na prática obrigado a obter a declaração judicial de nulidade, por o exercício da actividade em causa depender de pronúncias administrativas subsequentes.

resistência e será, muitas vezes ou até em regra, obrigado a suportar os *efeitos de facto* das decisões administrativas nulas que a Administração pretenda executar, se for caso disso, coercivamente — cabe-lhe obter, por via judicial, protecção contra a actuação administrativa, bem como a reconstituição da situação de facto anterior, caso o tribunal confirme a existência de nulidade.

Torna-se, por isso mesmo, fundamental a garantia de uma tutela judicial efectiva do particular nestas situações — daí que a lei preveja, apesar da ilogicidade, a impugnação judicial e, sobretudo, a própria suspensão da eficácia de actos nulos (61), sendo certo que, actualmente, para além da concessão quase automática da providência requerida, quando se impugne “acto manifestamente ilegal”, se admite, designadamente em situações graves e urgentes, a convoção do processo cautelar, permitindo ao juiz antecipar o juízo sobre a causa principal (62).

A garantia de um amparo judicial, principalmente em situações de urgência, permite evitar o risco de uma invocação errada pelos particulares, com prejuízo para eles e para o interesse público, pois que mesmo nos casos que envolvam ofensa de direitos fundamentais deve haver um uso prudente do direito de resistência.

A questão do conhecimento e da invocação da nulidade dos actos administrativos não surge, porém, apenas no âmbito das relações externas, entre a Administração e os cidadãos, ganhando outra dimensão quando se trate da aplicação do regime nas relações administrativas internas — aí perdem espaço os direitos dos particulares e entram em consideração valores de disciplina, de segurança jurídica e de eficácia associados à organização e ao funcionamento das instituições.

Embora a doutrina administrativa ainda se divida sobre o assunto (63), parece-nos que

(61) Que oferece a vantagem de desencadear a proibição de execução do acto pela mera notificação judicial da apresentação do requerimento de suspensão.

(62) Cf. os artigos 120.º, n.º 1, al. a), e 121.º do CPTA.

(63) FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, II, 2001, p. 405.

o dever de obediência do agente ou titular de órgão sujeito a hierarquia <sup>(64)</sup> há-de em princípio prevalecer, mesmo nos casos de nulidade, justamente para assegurar a disciplina e o normal funcionamento dos serviços públicos <sup>(65)</sup> — ressalva-se naturalmente a hipótese de a execução do acto envolver a prática de um crime e, porventura outras situações evidentes de nulidade-inexistência como aquelas em que esteja em causa o conteúdo essencial de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, embora, sobretudo nestas últimas hipóteses, se exija sempre a prudência do agente ou titular, que há-de possuir conhecimentos jurídicos e estar convencido da ofensa ao valor constitucional <sup>(66)</sup>.

Situação diferente é, no entanto, a de um órgão, mesmo que subalterno, quando seja titular de uma competência própria, ainda que seja de mera execução, no exercício da qual poderá conhecer da nulidade do acto executando <sup>(67)</sup>.

#### 4. Alguns problemas específicos

Referimo-nos até agora a problemas gerais suscitados pelo regime legal da nulidade dos actos administrativos, tal como resulta do CPA.

Há, no entanto, uma série de questões especiais, substantivas e processuais, que depen-

dem do sentido e alcance da nulidade administrativa, fazendo apelo a uma construção coerente e a uma aplicação prudente e razoável do respectivo regime, das quais nos limitaremos a enunciar, a título de exemplo, as que se reportam a soluções legislativas encontradas em duas áreas especialmente relevantes.

4.1. Um dos domínios em que se puseram de modo mais intenso os problemas da nulidade dos actos administrativos foi o da gestão urbanística, onde se defrontam interesses públicos e privados de grande relevância.

Nesta matéria, tendo em conta a necessidade de salvaguardar valores e interesses comunitários complexos e de primeira grandeza, associados ao ordenamento do território e à gestão do espaço urbano, o legislador optou por determinar a nulidade de actos por vícios procedimentais e substanciais que, mediante a aplicação das regras gerais, seriam apenas anuláveis. No entanto, também aí se perfilam interesses particulares especialmente valiosos — seja por se tratar de uma importante actividade empresarial, seja pela circunstância de estarem em causa, de uma maneira ou de outra, direitos relativos à propriedade privada —, que solicitam uma protecção jurídica adequada.

Essa tensão forte entre interesses e valores vitais para a comunidade e para os particulares implica soluções específicas, capazes de assegurar um equilíbrio razoável — e se, num primeiro momento, houve uma compreensível preocupação dominante de garantia da legalidade urbanística planificada, percebeu-se depois, com a maturidade decorrente da experiência, que a iniciativa urbanística privada carecia de uma protecção adequada, não apenas como direito ao aproveitamento do solo, mas também como uma actividade de colaboração dos particulares com as entidades públicas na execução da política de ordenamento do território <sup>(68)</sup>.

Se, por um lado, a importância dos valores comunitários envolvidos justifica a sanção

<sup>(64)</sup> O dever de obediência não respeita apenas às ordens, mas também aos actos que o subalterno deva desenvolver ou executar, que contêm implicitamente uma instrução de cumprimento.

<sup>(65)</sup> V., por último, no sentido do texto, ANA NEVES, *O direito disciplinar da função pública* (tese de doutoramento, policop.), 2007, Cap. II, Secção II, 3.3.3.1.3.a)6. Claro que o agente pode reclamar perante o superior e exigir uma ordem escrita de execução do acto, que o isente de responsabilidade civil.

<sup>(66)</sup> É esse o comportamento que é “razoável” exigir a um titular de órgão ou agente “zeloso e cumpridor”, tal como é definido para efeitos de responsabilidade civil ou disciplinar.

<sup>(67)</sup> Suscita-se um problema paralelo quanto à possibilidade de desaplicação de regulamentos ilegais (nulos) por outros órgãos administrativos, com fundamento na nulidade das normas — em que se desenvolvem argumentos semelhantes, designadamente quanto ao dever de obediência dos órgãos subalternos — cfr. RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, 1999, pp. 194-203.

<sup>(68)</sup> No caso dos operadores económicos, porque mobilizam significativos recursos para o desempenho da sua actividade, assumindo integralmente o risco da promoção dos projectos.

da nulidade dos actos que os ofendam, por outro lado, os direitos dos empresários e dos proprietários tornam insuportável a aplicação radical do regime da nulidade — por isso, como já lembrámos antes, a lei acabou por estabelecer um prazo para a arguição da nulidade dos actos de gestão urbanística.

Na mesma linha de moderação se situava já, de resto, a tendência legislativa para diminuir as situações de nulidade — alteração que trouxe consigo o problema da eventual aplicação retrospectiva das normas legais que degradassem nulidades (por determinação da lei) em anulabilidades.

Na realidade, o princípio geral de aplicação das leis no tempo, segundo a qual a invalidade de um acto se aprecia de acordo com a lei vigente no momento da sua prática (*tempus regit actum*), associado à aplicação rígida do regime da nulidade, levaria a resultados absurdos e injustos — como a doutrina exemplarmente denunciou e demonstrou<sup>(69)</sup>.

Aqui se comprova, pois, com nitidez, a necessidade de mitigar o regime puro da nulidade, tanto na sua definição, como na sua aplicação — a mera lógica dedutiva a partir de um conceito radical não produz resultados juridicamente aceitáveis, isto é, justos.

4.2. O Código dos Contratos Públicos regula a invalidade dos contratos administrativos decorrente de actos pré-contratuais inválidos e, a propósito, determina que a nulidade dos actos procedimentais implica a nulidade do contrato, embora só se tiver sido ou ainda puder ser *judicialmente declarada* (pelo tribunal competente)<sup>(70)</sup>.

Esta solução revela, no entanto, um automatismo lógico-formal que não tem justificação teleológica nem racionalidade prática.

Desde logo, a nulidade do acto pré-contratual não deveria acarretar sempre invari-

velmente a nulidade do contrato: a comunicação da nulidade do acto ao contrato só deveria ter lugar em relação aos vícios de conteúdo que fossem *comuns* ao acto e ao contrato<sup>(71)</sup>.

Além disso, nos outros casos, a nulidade exclusiva do acto pré-contratual, sobretudo se fosse decorrente de vício formal ou de procedimento, deveria ter o mesmo regime da anulação, originando, em regra, a anulabilidade do contrato, com as ressalvas estabelecidas no n.º 4 do artigo 283.º que fossem aplicáveis<sup>(72)</sup> — solução que permitiria conciliar a defesa eficaz dos direitos de terceiros interessados, que podem impugnar o contrato no prazo de seis meses do conhecimento do vício, com a protecção da estabilidade dos contratos celebrados, cuja manutenção pode ser de imperioso interesse público e justa da perspectiva da confiança do co-contratante privado<sup>(73)</sup>.

## Conclusão

Através das reflexões anteriores procurámos simplesmente transmitir uma tripla mensagem.

Em primeiro lugar, a de que a nulidade, ainda que englobe os casos mais graves de falta de elementos essenciais, constitui uma invalidade e não se deve confundir com as situações de inexistência, aconselhando-se um aprofundamento doutrinário da distinção.

Em segundo lugar, a de que a nulidade, por não englobar apenas os casos mais graves de falta de elementos essenciais, deve ter um

<sup>(69)</sup> PEDRO GONÇALVES / F. PAULA OLIVEIRA, "A nulidade dos actos administrativos de gestão urbanística", in *CEDOUA*, Ano II, 1. 99, p. 17 e ss. (p. 31 e ss.).

<sup>(70)</sup> V. o artigo 283.º do CCP. Não é clara, porém, a solução legal em caso de falta de declaração judicial da nulidade de actos pré-contratuais, designadamente quanto aos poderes reconhecidos aos órgãos administrativos competentes.

<sup>(71)</sup> Situações que, em rigor, não consubstanciam "invalidades derivadas", mas "invalidades comuns", que também são próprias do contrato, ainda que não exclusivas dele.

<sup>(72)</sup> Na realidade, a solução encontrada para os casos de nulidade torna-se menos compreensível se atentarmos em que o CCP, nas outras situações de invalidade derivada, visou justamente corrigir essas graves deficiências do anterior regime do CPA, ao prever a ponderação de interesses e a avaliação da gravidade dos vícios, evitando formalismos injustificados e automatismos cegos.

<sup>(73)</sup> Pense-se, por exemplo, numa deliberação de contratar cujo único vício seja a carência absoluta de forma legal, ou numa adjudicação feita por um órgão colegial que não tinha momentaneamente *quorum*, embora a solução fosse consensual entre os membros.

regime diversificado e flexível e não um regime equivalente ao das situações de inexistência, impondo-se uma maior abertura legislativa.

Em terceiro lugar, a de que o regime da nulidade, enquanto forma de invalidade, não pode ser aplicado rigidamente como consequência automática da qualificação da ilegalidade, cabendo à jurisprudência fazer uma análise específica da qualidade da violação da lei e ter em conta os valores e interesses em jogo nos casos concretos da vida, num quadro que envolve necessariamente a aplicação de todos os princípios jurídicos fundamentais relevantes.

A tendência comportamental da doutrina e da jurisprudência, bem como do legislador, perante a nulidade administrativa é muitas vezes a da vertigem nihilista — o acto é nulo, logo, não produz efeitos, é como se não existisse; não é preciso pensar, nem distinguir, nem adequar à realidade.

Só que assim não se consegue, como tentámos mostrar, nem uma solução adequada para a actual construção da nulidade administrativa, nem uma metodologia correcta para a realização do direito e da justiça.

J. C. VIEIRA DE ANDRADE

## Secção de jurisprudência

### Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 30 de Setembro de 2004

**Sumário:** 1. *A consignação em depósito da contrapartida de aquisição tendente ao domínio total de sociedade exigida no art. 490.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais não tem de ser judicial (art. 841.º do Código Civil e art. 1024.º do Código de Processo Civil); 2. A consignação em depósito prevista no art. 841.º do Código Civil visa o interesse do devedor, ao passo que a prevista no art. 490.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais protege o interesse do credor da contrapartida; 3. A norma contida no n.º 3 do art. 490.º do Código das Sociedades Comerciais não está ferida de inconstitucionalidade, não desrespeitando os princípios constitucionais da igualdade, da livre iniciativa e da propriedade privada.*

Acordam na Secção Cível do Tribunal da Relação do Porto:

#### I — Relatório

No 3.º Juízo Cível da Comarca de Santa Maria da Feira, B... intentou acção declarativa sob a forma de processo ordinário contra C..., pedindo que seja declarada nula a aquisição feita pela R, através de escritura pública por si outorgada, nos termos do disposto no artigo 490.º do C.S.C., de 415.551 acções que a A. detinha no capital social da sociedade “D...” ou, subsidiariamente, que a R. seja conde-

nada a pagar-lhe a quantia de 7.882\$00, como contrapartida da aquisição de cada uma das referidas acções.

Para tanto, alegou, em suma, que o R.O.C. que elaborou o relatório a que alude o artigo 490.º, n.º 2, do C.S.C. não era independente da requerida (como prevê este artigo), por se tratar do Fiscal Único desta à data da elaboração do relatório, bem como o Fiscal Único de quase todas as holdings que detinham as participações da sociedade “D...” e que no referido relatório não foi calculada a real e justa contrapartida de aquisição, que teria que atingir o valor de 7.882\$00, o que torna nula a aquisição em causa, por falta de preenchimento de requisitos essenciais previstos no artigo 490.º do C.S.C., nos termos do disposto no artigo 295.º do C.Civil.

Alega, ainda, que o artigo 490.º do C.S.C. é materialmente inconstitucional, dado que ofende o disposto nos artigos 13.º, n.ºs 1 e 2, 61.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, da C.R.P.

Defende, também, que a aquisição em causa foi precedida de uma fraude à lei (já que a R. era detida, antes da mesma, por uma sociedade gestora de participações sociais e adquiriu acções desta, por interposta pessoa) e que violou o disposto no artigo 397.º do C.S.C., o que também acarreta a nulidade do acto.

Por fim, invoca ter existido abuso de direito por parte da R., dado que a aquisição potestativa não foi efectuada por esta com a intenção de evitar conflitos no interior da sociedade (até porque os sócios livres sempre cooperaram e concordaram com o