

A Nulidade do Acto Administrativo

LUIZ CABRAL DE MONCADA *

Sumário: I Introdução; II A figura da nulidade; III A distinção entre a inexistência e a nulidade; IV O critério da nulidade; V O regime da nulidade do acto administrativo; VI A situação dos particulares; VII Os incontornáveis efeitos do acto nulo; VIII A aproximação entre os regimes da nulidade e da anulabilidade; IX Conclusões.

I Introdução

A nulidade é um desvalor do acto administrativo e seguramente o mais polémico. Coexiste com a anulabilidade e a inexistência do acto administrativo.

Cabe-lhe um regime jurídico específico que se distingue a montante do que é próprio da inexistência e a jusante do que é próprio da anulabilidade do acto. Mas na separação das águas deparamos com zonas pouco claras. A distinção das figuras está cada vez mais longe de ser simples e evidente e disso se ressentem o regime jurídico que lhes deve caber. O que se pretende com este estudo é contribuir para o esclarecimento das questões, e muitas são, levantadas.

A análise não deve perder de vista o contexto histórico em que a teoria das invalidades apareceu no direito administrativo. Como disciplina jurídica o direito administrativo é relativamente recente se comparado com outras e daí que tenha importado a dogmática que se desenvolveu noutros ramos do direito, desde logo no direito privado. Mas esta importação não se fez sem custos e assimetrias. Com efeito, o direito administrativo é todo ele marcado pela presença do interesse público definido pelo

JURISMAT, Portimão, n.º 2, 2013, pp. 117-138.

* Professor, ULHT & ISMAT.

legislador e arvorado a uma posição superior ao interesse privado pois que beneficia da autoridade que lhe confere a palavra da lei. A lei é o critério da conduta administrativa e as invalidades do direito administrativo decorrem da desconformidade da conduta administrativa com a lei *rectius*, com o amplo «bloco» da legalidade que a vincula e apenas secundariamente da desconformidade com os pressupostos que devem orientar a formação e expressão da vontade constitutiva das relações jurídicas administrativas. A teoria das invalidades originária do direito privado foi pensada para relações marcadas pela igualdade entre as partes intervenientes no negócio jurídico e valorizando a formação e a expressão da vontade e não se transpõe sem dificuldades para relações desiguais marcadas pela autoridade legítima da Administração da lei decorrente e vocacionadas para a intervenção unilateral, autoritária e até, por vezes, executória, na esfera privada e para a conformação do todo social e económico. O *telos* das invalidades não é o mesmo num ramo do direito votado à protecção da vontade das partes intervenientes numa relação jurídica tendencialmente igualitária e num ramo do direito marcado pela predominância do interesse público legal na relação jurídica e marcado pela desigualdade.

Por outro lado, no contexto actual de um direito administrativo dirigido para a conformação económica e social, dominado pela figura da prestação, gerado descentralizadamente, cada vez menos unilateral e cada vez mais igualitário, plural e participado, as figuras da invalidade que eram coevas do seu nascimento servem com dificuldade nas condições actuais. A rigidez do regime jurídico das invalidades administrativas adaptava-se bem a uma conjuntura em que a Administração actuava pouco mas quando o fazia era pela via unilateral e executória, *maxime* policial, e de modo agressivo da esfera jurídica do particular súbdito, com consequências gravosas do ponto de vista dos direitos e interesses dos cidadãos. Ora, hoje a Administração entra em relações muito mais complexas com os particulares a tender para uma cada vez mais nítida paridade a pedir adequada tutela e de que resultam até efeitos atendíveis exteriores aos que afectam as entidades directamente intervenientes. O regime jurídico das invalidades deve ser assim construído de modo diversificado e os respectivos efeitos devem ser equacionados numa perspectiva abrangente que se não fica pela simples consideração da relação entre as entidades directamente visadas.

O ponto de vista da doutrina tradicional era este; a nulidade do acto compreendia os casos mais graves de desconformidade da actividade administrativa com a lei e a disciplina que se lhe assacava era a mais pesada. A necessidade desta disciplina arrimava-se à natureza agressiva da actividade administrativa própria do período liberal, como se disse. Nestas condições, uma rígida disciplina da nulidade permitia fulminar os actos mais acentuadamente gravosos dos particulares. O regime da nuli-

dade do acto era, ao fim e ao cabo, o da inexistência.¹ Para a anulabilidade ficavam as invalidades mais leves, as mais frequentes, aliás.

Ora, o tradicional dualismo no regime jurídico das invalidades do acto administrativo assente na distinção radical entre nulidade e anulabilidade não serve o direito administrativo actual. Este necessita de uma dogmática própria em matéria de invalidades permeável a regimes jurídicos elásticos compatíveis com a vastidão das questões suscitadas, sempre despertos para a complexidade dos problemas práticos a decidir e dos valores e interesses a levar em conta.

Assim sendo, o regime jurídico da nulidade do acto administrativo (e do contrato administrativo) nem sempre pode ser aplicado à letra. Impõem-se distinções em nome da valia de determinados princípios gerais de direito quais sejam a boa-fé, a tutela da confiança, o peso de conspícuos interesses públicos, como os ambientais, e dos direitos e interesses privados, a exigir a estabilidade do acto administrativo, a protecção de terceiros, etc..., mediante uma adequada ponderação das soluções a dar pela Administração e pelos tribunais administrativos.

O regime geral da anulabilidade do acto adapta-se perfeitamente a estas necessidades mas o tradicional regime geral da nulidade do acto administrativo nem sempre pois que foi pensado para situações diferentes das que hoje ocorrem e por isso não é o mais adequado.

Por outro lado, a nulidade deve ser avaliada em função do tipo legal de acto administrativo que se considere. O regime respectivo não pode ser o mesmo para um acto lesivo dos direitos do cidadão ou para um acto vantajoso, para um acto meramente certificativo ou para um parecer, para um acto preparatório ou integrativo da eficácia ou para uma decisão final. Do mesmo modo, os elementos do acto não relevam todos da mesma maneira nos vários tipos legais de actos. Nuns relevam mais os vícios relacionados com os sujeitos, noutros com a forma e com o procedimento, noutros ainda com o conteúdo ou com o fim legal do acto.

A nulidade não tem de deixar de se apresentar dentro de um regime jurídico unitário e homogéneo mas este deve dar mostras da elasticidade suficiente para permitir soluções diferenciadas de acordo com critérios de ponderação, como se verá.

¹ Nas palavras de Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, I, 10ª ed., Coimbra, 1984, p. 512, *a nulidade é equiparada nos seus efeitos à inexistência jurídica do acto* (it. nosso), muito embora o A. distinga nas páginas anteriores entre a inexistência e a nulidade num plano abstracto. No mesmo sentido, Marcelo Rebelo de Sousa, O Regime do Acto administrativo, Revista de Direito e Justiça, VI, 1992, p. 44.

Claro está que na avaliação do regime da nulidade não se pode cortar com o passado. Este é determinante na nossa pré-compreensão das coisas e, portanto, critério da verdade hermenêutica. Deve partir-se da teoria clássica das invalidades do acto jurídico mas adaptando-a às necessidades actuais do direito administrativo. O contrário seria insistir na incoerência dos regimes jurídicos perante as necessidades da prática e dos interesses em jogo, tudo em nome de um geometrismo indesejável porque cego. Não se deve nestas matérias ceder à «jurisprudência dos conceitos» com a consequência dela própria que é o famigerado «método da inversão» que consiste em deduzir as soluções para a realidade apenas de noções abstractas tudo fazendo para nestas a encaixar, como se a diversidade do «mundo da vida» se arrimasse apenas à legalidade abstracta do entendimento.

Importa dizer que os problemas postos pela adequação do regime da nulidade às necessidades estão equacionados. E ninguém poderá ter a pretensão de dizer a este respeito novidades. A solução passará sempre pela remissão para o juiz em função das necessidades postas pelo caso concreto, a pedir distinções. Estamos perante um conflito entre os valores axiais da ordem jurídica, de um lado a certeza da legalidade naquilo que esta tem de mais sagrado e pelo outro a defesa de situações atendíveis a requerer a ponderação dos direitos e interesses dos lesados e de terceiros. Nesta matéria mal vão as soluções gerais e homogéneas. Não há outro remédio senão confiar no papel pretoriano do juiz e esperar do bom senso dos agentes da Administração atitude semelhante.

O papel do legislador, sempre responsável pelo regime da nulidade que engendra, deve ser, neste complexo contexto, seguro mas maleável ao mesmo tempo. Ao juiz, como intérprete autêntico do direito, caberá sempre a última palavra. E, portanto, não há aqui muito a dizer senão confiar na prudência. E sobre aquilo de que não se pode falar, distantes do caso concreto como estamos, o melhor é calar.

II A figura da nulidade

1. Enquanto desvalor máximo do acto administrativo a nulidade deve assentar na compreensão material das razões que a exigem. Tais elas são que justificam a aplicação de um regime que prevê a impugnabilidade da figura a todo o tempo, o seu conhecimento officioso, a insusceptibilidade de sanação dos vícios que a corporizam e a amplíssima legitimidade activa para o pedido da sua declaração pelo tribunal.

Tal regime jurídico há-de ser justificado pela especial gravidade da invalidade que a desencadeou, seja ela substancial seja formal.

A primeira nota é, portanto, esta; a nulidade resulta de uma especial gravidade dos vícios do acto praticado, a tal ponto que a ordem jurídica não pode tolerar que lhe

sejam imputáveis quaisquer efeitos, mesmo que provisórios.² O princípio da legalidade da actividade administrativa prevalece em absoluto sobre quaisquer outras considerações. A tal ponto assim é que a figura da simples anulabilidade do acto não seria curial porque a respectiva impugnação depende sempre de um prazo legal findo o qual se forma «caso decidido» e a legitimidade para a mesma não é universal. O regime jurídico da anulabilidade do acto cede à estabilidade das situações constituídas, o que seria insuportável na nulidade, tal a ofensa cometida.

A nulidade resulta assim de considerações relativas à natureza anómala do acto praticado, manifestada através da gravidade especial do vício que o inquina, a tal ponto que a ordem jurídica o fulmina com quanta força pode para ele apresentando um regime jurídico especialmente gravoso.

A nulidade baseia-se em considerações materiais sobre a natureza verdadeiramente anómala do acto praticado, independentemente da qualificação dos vícios que a suscitam, sejam eles substanciais ou formais, e isto pela simples razão de que por vezes a qualificação do vício de um acto administrativo como formal (ou procedimental) é apenas isso mesmo, uma qualificação obedecendo às exigências de uma determinada dogmática e não a última palavra sobre a verdadeira natureza do desvalor em causa. Mas o assunto não pode ser aqui abordado.

2. Claro está que as situações de gravidade especial do vício que inquina o acto são, por definição, relativamente escassas, pelo que a nulidade não pode ser a regra. Mais vulgar é forçosamente a anulabilidade do acto. Mas a nulidade também não tem que ser a excepção.

A gravidade especial do vício do acto não é seguramente a situação mais comum. Gravidade especial e natureza excepcional não se equivalem. Mas claro está que coincidem parcialmente. A questão não é puramente dogmática dependendo da conduta da Administração. O mais que se pode dizer é que se a Administração for atenta à lei e diligente raramente praticará actos nulos.

3. Em conformidade, o regime jurídico da nulidade fulmina um acto, não uma mera impostura, cuja invalidade é facilmente reconhecível por todos e assim impede que possa ser sanado pela Administração ou pelo decurso do tempo, atenua a obediência que lhe devem os funcionários, permite aos particulares opor-lhe um direito de resistência passiva, possibilita o seu conhecimento a título principal ou incidental pelo tribunal e a sua invocação por qualquer interessado, para além da sua declaração oficiosa, assim o distinguindo da mera anulabilidade do acto.

² Vai neste sentido o Acórdão do STA de 17/2/2004, proc. 1572/02.

4. O legislador estabelece no n° 1 do art. 133° do Código do Procedimento Administrativo (CPA) que são nulos os actos *a que falte qualquer dos elementos essenciais*. Os elementos do acto são os respectivos pressupostos legais ou seja, um conjunto de invariáveis estruturais de que a lei faz depender o acto. Sem eles não existe acto administrativo ou melhor, não existe uma decisão tomada pela Administração de que seja legítimo inferir alcance jurídico, tal é a anomalia patente.

Naquela conformidade, o legislador escolheu um critério material da nulidade «por natureza». Os exemplos que dela apresenta nas várias alíneas do n° 2 do mesmo art. são apenas isso mesmo, exemplos, quando muito tipos, que concretizam aquele critério legal substancial da nulidade, mas sem a pretensão de o esgotar completamente.³

Independentemente disso, o referido n° 1 do art. 133° dá ao legislador a possibilidade de cominar *expressamente* a nulidade para certas invalidades em especial. É natural que assim seja pois que o legislador europeu e nacional deve beneficiar da possibilidade de prever aquele vício do acto para situações que considere especialmente graves, independentemente da natureza do vício do acto praticado.⁴ Estamos agora perante uma nulidade «por determinação da lei» ou contingente. E o legislador português não foi peço na utilização desta possibilidade como o demonstram o direito do urbanismo e do ambiente.

Agora não foi necessariamente a natureza particularmente grave do vício do acto que determinou a qualificação legal. Mas também nada impede que o tenha sido. A vontade do legislador é soberana. Só se exige, pelo que ao legislador nacional toca, que a indicação legislativa seja expressa, o que retira liberdade interpretativa ao juiz, à Administração e ao particular.

A liberdade de o legislador cominar a nulidade expressamente para determinados vícios do acto tem de ser entendida como a resposta às exigências do interesse público que justifica aquela invalidade e a prova *a contrario* está na respectiva oscilação, ocorrendo até casos de transformação da nulidade em simples anulabilidade, precisamente por o interesse público passar a bastar-se com uma invalidade mais suave.⁵

5. Note-se que a liberdade legislativa de cominar com a nulidade determinados actos em homenagem a necessidades conjunturais tem inúmeras vantagens. Permite, desde

³ Assim José Carlos Vieira de Andrade, *A Nulidade Administrativa, essa desconhecida*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010, p. 766.

⁴ É o caso dos actos administrativos de fomento económico, desde logo os subsídios, que contrariem as normas europeias da concorrência.

⁵ Sobre o tema, Pedro Gonçalves e Fernanda Paula de Oliveira, *A Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística*, CEDOUA, Ano II, 1. 99, p. 33 e ss.

logo, uma adaptação às circunstâncias que o critério da nulidade «por natureza» nem sempre facilitaria.

Assim se compreende, p. ex., que o vício do desvio de poder quando lhe presidem interesses meramente privados em vez de interesses públicos diferentes daqueles que o legislador teve em vista ao atribuir o poder discricionário, poderia e deveria ser fulminado com a nulidade em vez de com a simples anulabilidade.⁶ O mesmo se diga de uma pena disciplinar aplicada sem audiência prévia do arguido, coisa que continua a acontecer. Queremos confiar em que muitos tribunais não terão dúvidas em declarar a nulidade do acto de aplicação da pena mas, à cautela, seria bom que a lei a consagrasse expressamente.

III A distinção entre a inexistência e a nulidade

1. Sendo os alicerces da nulidade parcialmente materiais, como se viu, e boas razões há para que sejam, levanta-se um problema de difícil resolução e que consiste na distinção entre a nulidade do acto e a inexistência.

A questão agrava-se se a nulidade não está sempre, como entre nós, taxativamente fixada na lei. Sendo assim, há que separar a inexistência da nulidade com base em critérios materiais. Se a nulidade fosse sempre a consequência de uma decisão legislativa avulsa tudo seria mais fácil de resolver mas como não é coloca-se com pertinência o problema daquela distinção.

Assim sendo, poderíamos supor que a inexistência ficaria reservada para as patologias mais graves e a nulidade para as menos graves. Mas esta tese não colhe. A figura da inexistência não compreende sequer uma aparência de acto administrativo, tão evidente é a patologia de que padece. O acto pressupõe uma determinada estrutura delimitada por certas invariáveis que são precisamente os seus referidos *elementos essenciais*, como ficou escrito. Ora, na inexistência nem sequer deparamos com a estrutura do acto administrativo de tal modo que não é possível identificar uma decisão administrativa porque não estão presentes os elementos indispensáveis relativamente aos sujeitos, ao objecto, ao conteúdo, ao fim, à forma escrita e às formalidades a observar. Não estão presentes aqueles elementos invariáveis, próprios da estrutura do acto administrativo e que identificam os requisitos da pertença (*membership*) à ordem jurídica, necessários para que o acto integre um comando enunciativo de uma regra de dever-ser, para empregar linguagem hartiana, de natureza substancial, organizatória e teleológica.⁷

⁶ Sobre o tema J. C. Vieira de Andrade, ob. cit., nota 28, referindo doutrina nacional conforme.

⁷ Sobre o tema, Pedro Moniz Lopes, Princípio da Boa-Fé e Decisão Administrativa, Coimbra, 2011, p. 145.

Claro está que como o CPA não nos fornece um conceito preciso de inexistência nada impede que a jurisprudência vá consolidando o que por tal se deva entender.⁸

Pelo contrário, na nulidade esses elementos estruturais estão presentes pelo que existe um acto administrativo apesar de tudo identificável como tal mas apresentando-se eivado de anomalia tamanha que se justifica um regime particularmente gravoso para a invalidade que lhe cabe. A estrutura é a do acto administrativo embora lhe faltem um ou mais *elementos essenciais* ou fira de tal modo a ordem jurídica que esta exige uma sanção especialmente pesada. Estamos perante qualquer coisa com estrutura de acto administrativo muito embora eivado de anomalias imperdoáveis e facilmente detectáveis.

Mas o problema não acaba aqui. Pelo contrário, começa. É que o regime tradicional da nulidade é de tal modo radical que pouco ou nada fica para a inexistência. De maneira que das duas uma; ou se logra um regime da nulidade do acto mais moderado que a permita distinguir da inexistência ou se atribuem em geral à nulidade os efeitos próprios da inexistência.

Supomos que a melhor solução é a primeira. A inexistência fica reservada para as hipóteses mais anómalas e radicais de desconformidade com a lei quais sejam, a total ausência de forma, a ininteligibilidade do pedido, a impossibilidade do objecto, a insusceptibilidade de atribuir a conduta a uma entidade administrativa, etc... Em todos estes casos não chegou sequer a existir um acto administrativo porque a ordem jurídica não chegou a reconhecê-lo como tal. Da conduta não resultaram os requisitos mínimos para que a ordem jurídica nela se revisse como acto administrativo. A inexistência resulta desse critério objectivo que é a «natureza das coisas». Em conformidade, qualquer actuação administrativa inexistente não é sequer jurídica é uma simples conduta material ou «via de facto»,⁹ incapaz de gerar efeitos jurídicos e se é declarável a todo o tempo por qualquer tribunal ou pela Administração é apenas por razões de segurança do particular lesado e não por imperativo dogmático.

A vantagem desta separação de águas, já de si turvas, é a de nos deixar as mãos livres para construir uma figura moderada da nulidade compatível com a consideração dos efeitos gerados pelo acto administrativo em nome dos princípios gerais relevantes, designadamente a tutela da confiança e os interesses de terceiros, cardiais no

⁸ Cfr. as sentenças referidas por Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª ed. revista, Coimbra, 2007, p. 294 e 295.

⁹ Assim, Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, Código do Procedimento Administrativo, 2ª ed., actualizada, revista e aumentada, Coimbra, 1997, p. 638.

contexto de uma actividade administrativa intervencionista e conformadora, princípios esses que não poderiam ser convocados no caso da pura e simples inexistência.

É que a inexistência não consente rectificação, revogação, conversão nem reforma do acto.

A noção moderada de nulidade não enjeita necessariamente um critério geral da nulidade «por natureza» mas é compatível com diversas posições, à medida das exigências próprias da aplicação do direito pela Administração e pelo juiz.

Numa posição oposta, a doutrina tradicional motivada pelo compreensível desejo de erradicar os maiores atropelos à legalidade, aproximou muito a nulidade do acto da inexistência, como se disse, considerando que a melhor maneira de tratar os vícios mais graves do acto era imputar-lhes o regime da inexistência assim perdendo de vista que o regime da inexistência não pode deixar de ser predicado de uma situação em que nem sequer há acto administrativo a que imputar vícios com as respectivas consequências, sejam elas quais forem.

2. Esta última solução não satisfaz hoje. Necessitamos de uma figura de invalidade com o regime próprio da nulidade do acto mas que permita ao mesmo tempo *nuan-ces* assim abrindo a porta à consideração de determinados valores jurídicos fundamentais que a inexistência não permitiria considerar.

Mas a rigidez do regime da nulidade é inconveniente em determinadas situações, como se verá.

3. A distinção entre a inexistência e a nulidade do acto tem, portanto, uma vantagem assinalável que é a de colocar a nulidade na situação que lhe convém, a da invalidade do acto administrativo, a distinguir da patologia de um não acto, compatível com um tratamento menos radical do que o da inexistência mas mais vigoroso do que o da anulabilidade. Esta posição é a que serve a nulidade. Seja como for, está aberta a porta para a desejável ponderação de bens jurídicos na disciplina da nulidade permitindo soluções diferenciadas.

Note-se que a nulidade não fica assim numa posição intermédia entre a inexistência e a anulabilidade. Não. A nulidade é a mais grave patologia do acto administrativo e se o regime respectivo se aproxima do da inexistência é por mera conveniência graciosa ou contenciosa que isso acontece ou seja, porque sendo a nulidade o vício mais grave do acto administrativo, tem de se lhe aplicar um regime tão pesado que se aproxima do regime do não acto, precisamente por ser inconveniente outro menos grave.

O terreno continua a ser escorregadio. A partir daqui há várias soluções possíveis; o legislador pode apresentar um critério geral da nulidade «por natureza» assacando-lhe uma disciplina uniforme, pode enveredar por casos específicos de nulidade relevando de uma mesma disciplina ou com soluções diferenciadas ou pode, mantendo o critério geral, aceitar soluções distintas à medida da ponderação legislativa e judicial.

Por nós preferimos a última solução que é, aliás, a do CPA, como se viu.

4. Apesar de não fazermos da inexistência do acto uma espécie da sua invalidade mas sim o atributo de um não acto, isso não prejudica que o particular afectado por uma aparência de acto não possa pedir ao tribunal administrativo a declaração da respectiva inexistência, tal como prevê o n.º 1 do art. 50.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). Compreensíveis razões de segurança o podem aconselhar. Mas esta via processual não tem implicações substantivas ou seja, não nos obriga a fazer do acto inexistente aquilo que ele não é; um acto administrativo.

E o mesmo se diga da possibilidade que o particular tem de pedir uma indemnização em acção administrativa comum para se ressarcir dos efeitos indesejáveis da inexistência. É que a conduta que lhe deu azo integra a função administrativa pelo que está justificada a competência contenciosa dos tribunais administrativos, mas não é um acto administrativo.

IV O critério da nulidade

1. Colocada a nulidade no terreno da invalidade do acto administrativo que lhe convém, vamos agora averiguar do critério da nulidade «por natureza».

O que dizer do critério da falta dos *elementos essenciais* do acto administrativo? Compreende ele todos os casos de nulidade?

O critério legal necessita de ser interpretado em termos hábeis. Dentro dos *elementos essenciais* do acto, cuja falta importa nulidade, temos de incluir considerações materiais sob pena de o critério em causa ser incompleto. É que há actos cuja subsistência na ordem jurídica é de tal modo insuportável de uma perspectiva substancial que a nulidade surge como a invalidade adequada. É o caso dos actos administrativos que ferem o conteúdo essencial de um direito fundamental, como se conhecem vários.

O critério da nulidade não é, portanto, uniforme e não pode olhar apenas para dentro do acto administrativo apreciado nas suas componentes estruturais. Deve olhar-se para fora e apreciar o acto administrativo no contexto das decisões e dos compromissos axiais da ordem jurídica no seu todo. É a esta luz que devem ser considerados os referidos *elementos essenciais* do acto cuja falta gera nulidade.

Urge, portanto, interpretar a fórmula legal da nulidade do acto medida pela falta dos referidos elementos nela incluindo considerandos materiais, sob pena de incompletude. A alínea d) do nº 2 do art. 133º do CPA ao considerar nulos os actos *que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental* acolhe este entendimento.

2. Aquela chamada de atenção justifica-se contra a tentação de uma interpretação apenas formalista do referido preceito do nº 1 do art. 133º do CPA ao dizer-nos que o acto é nulo quando *lhe falte qualquer dos elementos essenciais*.

Ao mesmo tempo, a noção de *elementos essenciais* do acto cuja falta gera nulidade deve ser vista numa perspectiva ampla tendo como pano de fundo a ordem jurídica no seu todo, como ficou escrito. A violação dos preceitos axiais da ordem jurídica gera sempre nulidade do acto por *lhe faltar um elemento essencial daquela reportado ao respectivo conteúdo* pois que o acto pode ser completamente correcto à face da lei e, no entanto, violar preceitos constitucionais relativos à efectividade dos direitos, liberdades e garantias, p. ex., o que reclama a nulidade.¹⁰

O critério da nulidade dever ser, portanto, interpretado também em termos materiais.¹¹

3. Independentemente do critério geral da nulidade do acto administrativo por natureza, permite o CPA que lei especial comine a nulidade para certos actos, como se viu, com as vantagens inerentes à solução que também já foram referidas.

V O regime da nulidade do acto administrativo

1. Como dissemos, preferimos a solução, pelo que respeita à configuração dogmática da nulidade, que parte de uma noção geral com tratamento homogéneo mas que admite, não obstante, diversas graduações perante o caso concreto em função da ponderação a fazer pelo juiz e pela Administração.

Tudo isto requer uma previsão legal do regime da nulidade que, não facilitando no essencial, deixe as mãos livres ao juiz e à Administração para uma ponderação no caso concreto das valores e interesses a respeitar de acordo com soluções materialmente adequadas.

¹⁰ Só se o preceito constitucional violado fosse directamente aplicável é que o acto administrativo teria na norma constitucional o seu conteúdo predeterminado, o que não é corrente.

¹¹ Em sentido próximo, Mário Aroso de Almeida, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Coimbra, 2012, p. 196, aderindo a uma tese substantiva alicerçada na *essencialidade* (it. no original) do desvalor do acto nulo.

2. Importa saber se o tratamento legislativo do regime da nulidade faz eco destas exigências. De um ponto de vista prático importa mais o regime do que a posição a assumir quanto à questão da cláusula geral ou da taxatividade da nulidade do acto administrativo.

Passamos agora para o plano do direito positivo. Estará ele à altura do que dele se espera?

De acordo com o nº 1 do art. 134º do CPA, o acto nulo *não produz quaisquer efeitos*.

Esta asserção quer dizer que do acto nulo não resultam efeitos e que, consequentemente, ele não vincula ninguém, Administração e particulares, mesmo antes de ter sido declarado como tal pelo tribunal ou pela Administração. Daí também se infere que o acto nulo não é revogável porque não haveria efeitos a revogar.

Mas, claro está que na prática as coisas não se passam assim. Voltaremos ao assunto.

3. A enumeração legal dos casos de nulidade tem a vantagem de clarificar a ocorrência respectiva. Assim se configuram situações de nulidade em que estamos próximos da certeza. Serão os casos dos actos *estranhos às atribuições dos ministérios ou das pessoas colectivas referidas no artigo 2º em que o seu autor se integre*, de acordo com a alínea a) do nº 2 do art. 133º, dos actos *cujo objecto seja impossível, ininteligível ou constitua um crime*, nos termos da alínea c) dos actos praticados *sob coacção*, conforme reza a alínea e), dos actos *que careçam em absoluto de forma legal*, visados pela alínea f), das *deliberações dos órgãos colegiais que forem tomadas tumultuosamente ou com inobservância do quórum ou da maioria legalmente exigida*, ao que diz a alínea g), dos actos *que ofendam os casos julgados*, como assevera a alínea h) e dos *actos consequentes de actos administrativos anteriormente anulados ou revogados, desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente*, como confirma a alínea i).

Mas não há a mesma certeza pelo que toca aos actos *que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental* previstos na alínea d) do mesmo artigo e a que acrescentaríamos a nulidade do acto que ofenda o mesmo conteúdo de um direito resultante do direito europeu. Muito pelo contrário. No exemplo dado, entendemos que um acto disciplinar praticado sem essa formalidade essencial que é a audiência prévia é pura e simplesmente nulo por violação de um direito fundamental com chancela constitucional mas nada nos espante que haja quem assim não entende. Seja como for, nada dispensa um cuidadoso trabalho jurisprudencial de densificação do que seja o *conteúdo essencial* de um direito fundamental e que a qui não pode ser sequer encetado. Mas persiste a incerteza referida no número anterior.

4. Apesar de apoiarmos a solução que dá ao legislador a possibilidade de fixar casuisticamente determinados casos de invalidade mais grave do acto administrativo deparamos com situações pouco claras cuja qualificação dentro da invalidade é polémica. E resta saber se algum dia o legislador o poderá fazer, tendo em atenção que não lhe cabe tomar posição sobre os problemas doutrinários que tal qualificação implicaria.

É o caso dos actos administrativos que violentem normas europeias e dos actos administrativos inconstitucionais.

Pelo que toca aos primeiros, a desconformidade do acto administrativo com o direito europeu não produz necessariamente a nulidade do acto apenas gerando a obrigação de a Administração e o juiz nacionais o desaplicarem com consequências muito mais suaves e que não passam obviamente pela remoção dos respectivos efeitos.¹²

Poderia pôr-se a questão de saber se a Administração não está vinculada a um dever de revogação de actos administrativos desconformes com o direito europeu com fundamento na respectiva invalidade, neste caso, na nulidade, solução que defendemos, mas o tema não pode ser aqui desenvolvido

Pelo que aos segundos toca, a inconstitucionalidade do acto é uma forma agravada de invalidade que deve qualificar-se como nulidade e o respectivo conhecimento caberá ao Tribunal Constitucional se o acto tiver forma normativa e aos tribunais administrativos nos outros casos desde que possa conceber-se uma violação directa do texto constitucional pelo acto em causa o que ocorrerá se a norma constitucional reunir as condições para poder ser fonte directa de actos administrativos.¹³

5 Os efeitos do acto nulo resultam claramente da referida presunção de legalidade do acto administrativo e da supremacia hierárquica dos escalões superiores da Administração. É isto o que se verifica na prática e qualquer incerteza joga a favor da Administração. Daqui se infere que a declaração da nulidade do acto oficiosa ou pelo tribunal é muito frequentemente indispensável.

Dizer que os actos nulos não produzem efeitos¹⁴ é um corolário da noção de nulidade mas, como pura abstracção que é, não atende às realidades, como já se tinha dito. Ora, o bom-senso aconselha-nos a olhar para as realidades mesmo que isso

¹² Sobre o tema, Miguel Prata Roque, *Direito Processual Administrativo Europeu*, Coimbra, 2011, p. 483 e ss.

¹³ Sobre o tema, Dinamene de Freitas, *O Acto Administrativo Inconstitucional, Delimitação do Conceito e Subsídio para um Contencioso Constitucional dos Actos Administrativos*, Coimbra, 2010, p. 207 e ss.

¹⁴ Efeitos *putativos* lhes chamam Mário Esteves de Oliveira e outros, *ob. cit.*, p. 654.

tenha consequências demolidoras no plano dogmático. É que se admitirmos, como devemos admitir, que do acto nulo resultam frequentemente efeitos o regime da nulidade aproxima-se muito do da anulabilidade pois que tais efeitos por inválidos devem ser destruídos em consequência de sentença judicial ou de decisão administrativa ou então mantidos em obediência a determinados valores.

Perante isto de nada vale dizer que os efeitos do acto nulo não são jurídicos mas meramente materiais, assim permitindo salvar a pureza da construção dogmática da nulidade não lhe imputando efeitos jurídicos. Só que, mais uma vez, continuamos no plano puramente abstracto da metafísica. É que do ponto de vista do particular lesado a situação é rigorosamente idêntica; sejam os efeitos do acto jurídicos ou não eles lá estão. Suponhamos que o membro de uma corporação profissional foi expulso ou suspenso do exercício da sua actividade na sequência de uma decisão disciplinar tomada sem audiência prévia. Poderá o lesado continuar a sua actividade profissional como se nada fosse? Se entendermos que o acto é nulo, não há dúvida que sim. No entanto, os actos administrativos beneficiam de uma presunção de legalidade que o lesado terá de contrariar pelo que continuam a produzir efeitos jurídicos até que seja declarada a respectiva nulidade pelo tribunal ou pela Administração. No mesmo sentido vai a incerteza quanto à consequência do vício de que padece o acto. Será o acto nulo ou apenas anulável? Desta situação de incerteza beneficia também a Administração o que vai a favor da produtividade dos efeitos do acto. Certamente que ninguém pretenderá que o membro de uma corporação profissional expulso ou suspenso sem audiência prévia não tem nada a recear porque o acto é nulo. E, no entanto, os clientes já debandaram, o seu prestígio ficou afectado e deixou de poder pagar o telemóvel. Ficam muito caras as abstracções.

Note-se ainda que o simples facto de o membro da corporação afectado por um acto nulo poder pedir uma indemnização à Administração com fundamento em responsabilidade civil por facto ilícito já evidencia à saciedade que daquele resultaram efeitos que urge reparar.

Daqui se conclui que, ao fim e ao cabo, o regime da nulidade aproxima-se frequentemente do da anulabilidade pelo menos quando deparamos com efeitos jurídicos do acto nulo que é imperioso erradicar ou compensar. A tarefa do apagamento daqueles efeitos cabe aos tribunais ou à Administração consoante a nulidade seja declarada judicial ou oficiosamente.

6. De acordo com o n.º 2 do art. 134.º do CPA, a nulidade é invocável a todo o tempo. Se o acto é insuportavelmente inválido e se esta invalidade é manifesta e evidente, como é suposto ser, não há qualquer justificação para que ele possa consolidar-se na ordem jurídica pelo simples decurso do tempo pelo que a nulidade respectiva deve poder ser invocada e declarada a todo o tempo, assim reintegrando a ordem jurídica.

Nesta conformidade, a possibilidade da declaração da nulidade a todo o tempo não pode deixar de ser a regra.

No entanto, é facilmente compreensível que esta lógica nem sempre vinga se dermos atenção à realidade. Situações há em que se justifica que a nulidade apenas possa ser invocada dentro de certo prazo, em vista dos efeitos jurídicos que o decurso do tempo consolidou na esfera dos cidadãos por ele afectados. A tutela da confiança dos mesmos interessados na estabilidade de uma situação constitutiva de direitos ou que lhes seja favorável é um valor a ter em conta na limitação do tempo dentro do qual a nulidade pode ser invocada pelos detentores de interesses opostos ou pelo Ministério Público.

O direito positivo já deu mostras de sensibilidade a estas considerações e precisamente em sectores em que a presença de direitos e interesses privados dignos de nota a aconselhava. No âmbito do urbanismo, p. ex., a possibilidade da declaração da nulidade a todo o tempo seria insuportável à face da adequada tutela dos interesses constituídos dos particulares designadamente quando a construção já está de pé e habitada.¹⁵ É preferível esta solução à admissibilidade de uma declaração judicial da nulidade a todo o tempo mas que se veria depois prejudicada pela alegação da impossibilidade da execução da sentença, como tantas vezes sucedeu.

7. A nulidade pode ser declarada por qualquer tribunal ou oficiosamente pela Administração. É este o regime geral justificável pela gravidade do vício em causa. É indispensável que o leque das entidades competentes para declarar a nulidade seja assim o mais alargado possível. O legislador não pode deixar de o consagrar como regime geral.

Mas, mais uma vez, a ponderação das realidades pode aconselhar moderação. Seriam assim justificáveis situações em que a nulidade só pudesse ser declarada pelos tribunais e, dentro deles, apenas pelos administrativos.

Assim sendo, a impossibilidade de a nulidade ser declarada pela Administração pode justificar-se relativamente a vícios de natureza formal a ela imputáveis de modo a evitar que a Administração possa lançar mão de um vício de forma se a manutenção do acto deixou de lhe convir em detrimento do particular e assim erradicar o *venire contra factum proprium*.¹⁶ O mesmo se poderá justificar para casos em que a nuli-

¹⁵ O n.º 4 do art. 69.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16/12 que aprova o Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (RJUE), várias vezes alterado, prevê um prazo de 10 anos, sob pena de caducidade, para que a Administração possa declarar oficiosamente a nulidade de actos urbanísticos e para que o MP possa instaurar a correspondente acção judicial.

¹⁶ Nestes termos, J. C. Vieira de Andrade, ob. cit., p. 783 em nota. O Autor acrescenta ainda (nota 53) um caso em que a declaração da nulidade de um acto administrativo pela Administração não é possível por resultar da aplicação ao caso de uma lei inconstitucional, tendo em vista a

dade não é evidente como sucede quando o acto afecta o conteúdo essencial de um direito subjectivo. Justifica-se nestes casos uma reserva de jurisdição.

Noutros casos a Administração apenas poderia desaplicar o acto nulo sem o poder declarar como tal, ficando a declaração respectiva reservada ao tribunal.

8. A nulidade não é sanável. A natureza particularmente grave do vício em causa o justifica que do acto por ele afectado nada possa restar. Esta é e deve ser a regra geral. Mas, mais uma vez, a consideração de interesses públicos e privados dignos de nota pode recomendar soluções mais hábeis.

Releva aqui sobremaneira a distinção entre os actos favoráveis e desfavoráveis aos particulares. Nos primeiros casos a sanação do acto nulo poderia ter consequências indesejáveis, designadamente se o vício em causa for de natureza formal ou procedimental e mais ainda se o pedido da declaração da nulidade do acto já deu entrada no tribunal. É que as exigências formais existem sobretudo para protecção do particular e possibilitar à Administração sanar um vício de forma já invocado em tribunal pelo particular seria desvalorizar a sua tutela judicial e os valores que com ela se pretende resguardar. Mas se o acto for desfavorável ao particular nada impede a convalidação do mesmo pela Administração.

9. Os actos nulos não podem ser convertidos noutros. Esta regra geral justifica-se pelas mesmas razões do regime genérico das nulidades. Esta é um vício tão grave que não seria curial admitir que do acto por ele afectado pudesse ficar algo de aproveitável.

Mas a protecção do interesse público e dos particulares pode pedir uma solução mais moderada.

Se o legislador admitiu no nº 3 do art. 285º do Código dos Contratos Públicos (CCP) que os contratos administrativos afectados de nulidade, mesmo aqueles cujo objecto incide sobre o exercício de poderes públicos ou sejam substitutivos de actos administrativos, possam ser convertidos noutros em homenagem à estabilidade da «coisa contratada», porque não admitir o mesmo para os actos administrativos? Agora não é o regime do acto que deve ser invocado a favor do contrato mas sim o inverso em nome de razões materiais.

A possibilidade de converter um acto nulo noutro poderia ser utilizada para dar abrigo a interesses e valores dignos de consideração. Só no caso concreto seria possível

competência reservada do Tribunal Constitucional para aquela declaração, muito embora a competência deste Tribunal para o conhecimento de um acto administrativo apenas ocorra quando o acto assume forma normativa.

ajuizar. Mas a hipótese não deveria ser afastada pelo que nada há contra a sua previsão legal.

10. A aceitação de um regime da nulidade moderado não pode ser feita sem benefício de inventário. O mesmo é dizer que deve ser o legislador a identificar, pelo menos em geral, as situações em que tal é possível. O elenco destas situações em que a ponderação dos interesses relevantes, designadamente a tutela da confiança e a boa-fé dos particulares, a primeira mais objectiva do que a segunda, justifica atenuações do regime geral da nulidade deve ficar para normas especiais, de natureza obviamente legislativa, derogatórias do regime geral. Mas nada impede que o legislador confie aos tribunais a concretização daquele regime moderado da nulidade.

VI A situação dos particulares

1. Perante um acto nulo em que posição ficam os particulares por ele afectados? Já se sabe que não se pode evitar clinicamente a questão com o argumento meramente formal de que do acto nulo não resultam efeitos e que, portanto, o particular não tem nada a temer.

Relativamente ao funcionário público a questão é de solução mais simples; no âmbito das relações hierárquicas e perante um acto nulo prevalece o dever de obediência ou o da (reintegração da) legalidade? Se entendermos que o segundo prevalece, a obediência não é devida mas isso implica atribuir à Administração, designadamente aos seus escalões inferiores, uma prerrogativa de avaliação da legalidade do acto de que eles não dispõem e que geraria ampla incerteza na aplicação do direito e uma situação próxima do colapso nas relações internas. Sendo assim, deve entender-se que a legalidade apenas prevalece em casos contados ou seja, se o acto administrativo coenvolver a prática de um crime, prevalecendo a obediência se não for esse o caso.¹⁷

O funcionário está sujeito ao dever de obediência a um acto nulo só devendo dele demarcar-se se o acto corporizar a prática de um crime. Neste caso, existe mesmo um dever de desobediência do funcionário. Fora daí prevalece a obediência em nome da estabilidade no funcionamento dos serviços públicos.

Mas relativamente ao particular a questão é muito mais complicada. O particular está, as mais das vezes, desarmado: não sabe se o acto é ou não nulo e fica impressionado com a autoridade da Administração e com a presunção de legalidade de que os seus actos beneficiam.

¹⁷ Neste sentido Mário Esteves de Oliveira e outros, ob. cit., p. 652.

Que pode então fazer? Certamente que pode lançar mão dos meios graciosos pedindo a revogação do acto com fundamento em nulidade e dos meios contenciosos pedindo a declaração da respectiva nulidade. Mas e até lá?

Os particulares não gozam de qualquer poder de desaplicação dos actos administrativos que repute nulos não se considerando por eles vinculados se assim o entenderem. Estão sujeitos a um dever de obediência a um comando de autoridade e contrariar este dever é muito arriscado podendo originar sanções de diversa ordem, risco a que o particular não quererá sujeitar-se.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra no seu art. 21º um *direito de resistência* dos cidadãos a *qualquer ordem* que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias, norma que parece suficientemente ampla para nela caberem as ofensas causadas por muitos actos administrativos nulos agressivos da esfera jurídica dos particulares.¹⁸ Mas é bom de ver que o legislador teve o cuidado de não concretizar suficientemente esta norma para que ela não pudesse servir de obstáculo aos actos nulos que é como quem diz, aos seus efeitos desfavoráveis aos particulares, o que configura uma verdadeira omissão constitucional.

VII Os incontornáveis efeitos do acto nulo

1. Que do acto nulo resultam efeitos e jurídicos, não apenas de facto, reconhecem-no, bem vistas as coisas, várias normas procedimentais e processuais dispersas pelo CPA e pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

O reconhecimento dos efeitos do acto nulo resulta, em geral, do já referido direito de resistência e ainda da norma do nº 3 do art. 134º do CPA. Aí se consagra a possibilidade geral de atribuição de efeitos a *situações de facto decorrentes de actos nulos por força do simples decurso do tempo* e de harmonia com os *princípios gerais* de direito.¹⁹

¹⁸ Sobre o tema, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa anotada, artigos 1 a 107, I, 4ª ed. revista, Coimbra, 2007, p. 421 para quem quando a resistência for activa está sujeita ao princípio da proporcionalidade. No mesmo sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição da República Portuguesa anotada, I, Coimbra, 2005, p. 208. Maria da Assunção Esteves, a Constitucionalização do Direito de Resistência, Lisboa, 1989, p. 236 e ss, aponta muito bem que este direito se exerce quer contra actos executórios quer contra actos de execução e que a sua consagração constitucional expressa desvaloriza o dogma do privilégio da execução prévia da Administração.

¹⁹ Mário Esteves de Oliveira e outros, *ibidem*, p. 655, dizem-nos a propósito (it nosso) que a consideração dos efeitos em causa demonstra-nos *quão falaciosa é, do ponto de vista jurídico-prático, a ideia de que o acto nulo não produz efeitos*.

A redacção não é feliz. A referência aos efeitos *de facto* visa «tapar o sol com a peneira» ou seja, evitar a constatação dos efeitos jurídicos do acto nulo transmutando-os em efeitos de facto de modo a resguardar a pureza de uma construção abstracta, já denunciada. Mais grave é a admissibilidade apenas dos efeitos decorrentes do *decurso do tempo* afastando outros não relacionados com ele. Não se compreende por que razão é que apenas esse facto natural que é o decurso do tempo justifica a manutenção dos efeitos do acto nulo até porque a lei ao remeter para os referidos *princípios gerais* de direito a fim de manter os mesmos efeitos convoca muitas outras considerações, desde logo as ligadas à boa-fé do beneficiários do acto nulo, à tutela da sua confiança, ao não locupletamento à custa alheia e até ao próprio interesse público.²⁰

O reconhecimento expresso dos efeitos do acto nulo resulta também do CPA a propósito do regime geral da nulidade dos actos consequentes ao acto anulado.

A alínea i) do nº 2 do art. 133º do CPA estabelece a regra da nulidade dos actos consequentes ao acto anulado, salvo se existirem *contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente*.

A norma vale para os actos consequentes ao acto anulado pelo tribunal ou revogado com fundamento na sua anulabilidade. E se a norma assim dispõe é porque afinal dos actos nulos sempre resultavam bons efeitos para os particulares.

2. O relevo dos efeitos do acto nulo resulta também do CPTA ao admitir, ao menos de modo implícito, a suspensão da eficácia do acto nulo.

Ao pedir a título cautelar a suspensão dos efeitos do acto o particular pode alegar que ele é nulo assim corporizando o *fumus boni juris* cuja prova lhe cabe e o tribunal não deve recusar a apreciação do pedido com base no facto de do acto nulo não resultarem efeitos que se possam suspender.²¹

A prova dos efeitos do acto nulo resulta ainda da possibilidade de o lesado interpor um pedido de indemnização em acção administrativa comum com fundamento nos danos decorrentes de acto nulo.

O dano pode resultar dos efeitos produzidos pelo acto nulo e o tribunal não deve afastar a indemnização com o fundamento nos termos do qual do acto nulo não

²⁰ Como muito bem indicam Mário Esteves de Oliveira e outros, *ibidem*.

²¹ Como notam Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, Comentário, cit., p. 660, o provimento do pedido cautelar não pode ter por base apenas a nulidade e a consequente ausência de efeitos do acto administrativo. O CPTA exige um complexo juízo judicial que não pode ser afastado apenas com aquele fundamento.

resultam efeitos e, portanto, danos. A prova respectiva cabe ao lesado autor na acção e o tribunal deve aceitá-la se convincente.

Bem vistas as coisas, a próprio pedido de declaração judicial da nulidade do acto nulo só faz sentido se admitirmos que dele podem resultar efeitos *maxime* jurídicos. Na mesma linha de entendimento se percebe que o particular possa pedir ao tribunal a condenação da Administração ao *restabelecimento da situação que existiria* se o acto nulo não tivesse sido praticado, ao abrigo da alínea a) do n.º 2 do art. 4.º do CPTA. Na verdade, o particular não se satisfaz as mais das vezes com a mera declaração judicial da nulidade. Quer mais; quer apagar os efeitos produzidos.

3. Num modelo de justiça administrativa de feição acentuadamente subjectivista, como é o caso do nosso actual modelo, deve reconhecer-se ao lesado a possibilidade de uma efectiva tutela contra o acto nulo. Esta passa não apenas pela declaração judicial ou oficiosa da nulidade mas principalmente pela condenação da Administração a indemnizar e a repor a situação existente antes da prática do acto nulo, nos termos da alínea j) do n.º 2 do art. 2.º do CPTA, ambas corporizando pedidos na acção administrativa comum.

No mesmo sentido vai a norma do n.º 3 do art. 173.º do CPTA que veio introduzir uma regra processual que serve de complemento em sede de execução de sentença de anulação de actos administrativos à referida norma da alínea i) do n.º 2 do art. 133.º do CPA. Lá se diz que os beneficiários de actos consequentes ao acto anulado que, recorde-se, são nulos, praticados há mais de um ano e *que desconheciam sem culpa a precariedade da sua situação têm direito a ser indemnizados pelos danos que sofram em consequência da anulação*.

Verificando-se aquele condicionalismo a situação dos titulares de interesses legítimos de boa-fé prevalece sobre a do interessado na anulação do acto e isto por homenagem aos efeitos favoráveis do acto consequente nulo, estando o beneficiário de boa-fé.

E mais se diz no referido n.º 3 do art. 173.º que a situação dos referidos beneficiários não pode ser posta em causa se os danos forem *de difícil ou impossível reparação* e for manifesta a *desproporção existente entre o seu interesses na manutenção da situação e o interesse na execução da sentença anulatória*.²² Neste caso o princípio da proporcionalidade exige que os interessados possam conservar a respectiva situa-

²² Salvo se o contra-interessado no acto consequente é também o contra-interessado no acto anulado ou revogado, como indicam Mário Esteves de Oliveira e outros, Código, cit., p. 651.

ção jurídica favorável,²³ apesar da nulidade, o que dá origem a uma situação de causa legítima de inexecução daquela sentença anulatória por impossibilidade jurídica de satisfação da pretensão do interessado na execução da mesma sentença. E tudo isto em nome de quê? Dos efeitos favoráveis do acto nulo.

VIII A «aproximação» entre os regimes da nulidade e da anulabilidade

1. Quanto mais moderado ou temperado é o regime da nulidade, à medida da consideração de determinados valores que caracterizam a ordem jurídica, mais o respectivo regime se assemelha ao da anulabilidade, muito embora esta asserção careça de um esclarecimento adiante prestado. A consagração de um prazo, maior ou menor, para a invocação da nulidade nos tribunais ou para a Administração revogar o acto, a consideração de efeitos que não devem ser retroactivamente destruídos em nome da boa-fé ou da tutela da confiança, a possibilidade eventual da sanação de atos nulos, a reserva da competência dos tribunais administrativos para a respectiva declaração, etc... fazem da nulidade uma espécie da invalidade cada vez mais aberta à ponderação dos respectivos efeitos, chamem-lhes jurídicos ou de facto e, nessa medida, cada vez mais próxima da anulabilidade. Julgamos que é esta a boa direcção.

2. A «aproximação» entre os dois regimes não significa que os vícios do acto geradores da nulidade sejam, a final, menos graves ou menos evidentes do que se pensava e se assemelhem aos que geram apenas anulabilidade do acto. Não é isso que se verifica. Os vícios geradores da nulidade são obviamente mais graves do que os outros apenas sucedendo que os efeitos da nulidade do acto são branqueados em atenção a outros valores com protecção constitucional e legal, como se viu. Não é, em rigor, a nulidade que se aproxima da anulabilidade mas sim o relevo de determinados valores que exige uma ponderação do regime da nulidade do acto administrativo. A referida «aproximação» não é das figuras dogmáticas da nulidade e da anulabilidade mas apenas a dos respectivos regimes jurídicos.

3. A atenuação do regime da nulidade que defendemos é a consequência, em síntese, de uma contenda não entre princípios gerais e normas mas sim apenas entre princípios gerais, devendo a norma legal deixar, como se viu, a ponderação final das soluções ao critério do juiz e da Administração.

IX Conclusões

²³ Assim nos Acórdãos do STA, 1ª Secção, de 17/1/1993 e de 22/2/1994. De acordo com o primeiro, a nulidade dos actos consequentes apenas deve compreender o acto que seja estritamente necessário atingir para reconstruir a situação hipotética, devendo os restantes actos manter-se.

A rigidez do regime tradicional da nulidade nem sempre se justifica nas condições do moderno Estado Social intervencionista. Necessário se torna um regime mais moderado que contemple a possibilidade de ressalvar efeitos favoráveis aos beneficiários da actividade administrativa e a terceiros em nome dos valores juridicamente atendíveis da boa-fé e da tutela da confiança, entre outros.

Assim sendo, a nulidade deve apartar-se da figura da inexistência, reservada esta para as situações mais anómalas em que não estamos perante um acto jurídico com pretensões a sê-lo. A cuidadosa distinção entre as duas figuras permite atribuir à nulidade um regime jurídico mais bem temperado e mais suave.

Nada impede que a lei apresente um conceito geral de nulidade «por natureza», como sucede entre nós, mas sem que isso prejudique a possibilidade de o legislador imputar a nulidade a situações que considere adequadas à medida da evolução das conjunturas e dos interesses públicos. A maleabilidade do legislador é indispensável.

A final o regime da nulidade, para ser distinto do da inexistência, aproxima-se, por vezes, do da anulabilidade e disso não resulta qualquer prejuízo dogmático, justificado como está pela atenção aos valores relevantes e às realidades, de acordo com o prudente critério do legislador e do juiz.