

Os Vícios do Acto Administrativo¹

José António Pinheiro Torres,
Professor Auxiliar Convidado
Faculdade de Direito da Universidade de Macau

1. A RELEVÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO

Para a resolução do problema dos vícios do acto administrativo não será nunca demais afirmar a relevância fundamental do interesse público².

Assim, a importância do interesse público releva, desde logo, para o efeito da qualificação da própria actividade administrativa como *função*. Se à Administração são atribuídos determinados poderes o certo é que, só por referência a um interesse público, esta poderá exercitá-los. Daí que se possa afirmar que tais poderes não são simples concessões da ordem jurídica, facultades para alterar as situações jurídicas existentes cujo exercício concreto é deixado à disposição do agente; pelo contrário, à situação activa de poder acresce o dever de fazer face à necessidade de ordem pública de prosseguir o interesse público. É o que se pretende traduzir com a ideia de *poder-dever*³.

Mas a ordem jurídica não se basta com a imposição de um poder-dever à Administração. Não se basta com o facto de, em face de uma situação de tensão de um concreto interesse público, a Administração agir, exercitando aqueles seus poderes no sentido de encontrar *uma* solução. Exige-se-lhe que encontre *a melhor* solução e esta há-de ser a que melhor satisfaça o interesse público concreto que está em causa. Ao agente, e à Administração, impõe-se não apenas um dever mas um especial *dever de boa administração*, que o obriga a encontrar a *melhor solução* do ponto de

¹ Sumários das lições preleccionadas aos alunos do 2º ano jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, na cadeira de Direito Administrativo I, no ano lectivo de 1992/93.

² Sobre a noção de interesse público, *vide* Rogério Soares, *Direito Administrativo I*, Lições sem data policopiadas para apoio dos alunos do Curso de Direito da Universidade Católica – Centro Regional do Porto, págs. 3 e seg. e 43 e *Direito Público e sociedade técnica*, Atlântida Editora, Coimbra, 1969, págs. 46 e segs.

³ Numa perspectiva diferente, a dos poderes funcionais dos agentes da Administração, mas com o mesmo sentido, *vide* João Alfaia, *Conceitos fundamentais do regime jurídico do funcionalismo público*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1985, págs. 431 e segs.



vista do interesse público.

Para alcançar um tal objectivo – de satisfação do interesse público – a ordem jurídica fixa um determinado conjunto de regras que entende imprescindíveis para a sua tutela. Só que, tais regras nem sempre se afirmam como normas jurídicas: por vezes, ao legislador impõe-se, nos limites do dever de boa administração assinalado, a remissão do agente para *preceitos não jurídicos* de forma a poder garantir a tutela do interesse público que quer ver prosseguido.

Deste modo, o interesse público há-de ser o *critério* último para a determinação da *validade* do acto. É por referência a ele que a actividade administrativa se encontra regulamentada. Consequentemente, deverá ser sempre por referência a ele que, conforme se verá adiante, se haverão de determinar os possíveis efeitos da eventual desconformidade da actuação administrativa com os preceitos que a regulamentam.

2. LEGITIMIDADE, LEGALIDADE E MÉRITO⁴

O ponto focal da regulamentação da actividade administrativa é, pois, para os efeitos que nos preocupam, sempre o interesse público.

Para a sua prossecução, e acredita-se que só deste modo ela será conseguida, a ordem jurídica remete o agente para todo um conjunto de preceitos que disciplinam os seus actos sob a consideração desse mesmo interesse público.

Chega-se, deste modo, a um primeiro conceito que importa reter: o conceito de *legitimidade*. Legitimidade é a conformidade, a correspondência fundamental de um acto às regras que o disciplinam sob a consideração do interesse público, de que resulta a suposição de que, por seu intermédio, ele será alcançado. Será legítimo, portanto, o acto administrativo que esteja de acordo com os preceitos que o regulam com vista à tutela de um determinado interesse público.

Acontece que as regras que disciplinam a actividade administrativa, que definem os *poderes* da Administração e as *condições* do seu exercício em vista de um determinado interesse público, e para as quais o agente é remetido, não são sempre da mesma natureza. Se, por um lado, a actividade administrativa se rege por preceitos de natureza jurídica (normas externas e internas), ela está, por outro lado, sujeita a regras de natureza não jurídica, a regras de boa administração, de que resulta a satisfação material do interesse público.

Ao conceito de legitimidade devem, portanto, acrescentar-se outros dois, que o integram: os conceitos de *legalidade* e de *mérito*. O primeiro aparece-nos como uma adesão imediata do acto a um determinado esquema fornecido pela ordem jurídica — todo o seu sentido se esgota numa perfeita subsunção dos elementos do acto nos elementos típicos requeridos por uma norma jurídica. Já o *mérito* se determina pela correspondência do conteúdo do acto a regras de boa administração, a preceitos

⁴ Para a redacção deste ponto n.º 2 consultou-se principalmente Rogério Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, págs. 259 e segs., onde se foram buscar as ideias e, em grande medida, a forma de as expressar.



não jurídicos, para cuja observância o agente é remetido, expressa ou tacitamente, pelas normas jurídicas. Se no primeiro caso a concordância ou discordância com a ordem jurídica é apreciada imediatamente, já no segundo a sua apreciação só pode ser feita mediante o confronto com essas regras não jurídicas. Mas, em ambos os casos, vem a assumir sempre um significado jurídico.

Sendo um certo interesse público o ponto fulcral da actividade administrativa, *legalidade* e *mérito* são apenas processos de garantir a tutela desse interesse público e, só com vista a esse fim, tem sentido a extracção de consequências jurídicas da referida adequação ou inadequação do acto aos preceitos que lhe são propostos.

Do que vai dito não deve, contudo, retirar-se que a relevância da legalidade e do mérito seja, em sede de legitimidade, a mesma. A relevância da *legalidade* impõe-se imediatamente, pois a norma que empresta qualificação ao acto é uma norma jurídica. Já a relevância do *mérito* só mediatamente se impõe, pois o acto tem que ser ajuizado em primeiro plano através de um confronto com normas não jurídicas, regras elásticas, de boa administração, de mérito, para as quais o agente é remetido por um preceito jurídico e que ele deve individualizar, constituir, em face do caso concreto.

Isto não significa que essas regras não jurídicas sejam menos vinculantes e insusceptíveis, por isso, de produzir o vício do acto. A ilegitimidade por mérito é, antes, requerida por cada preceito legal que, abstendo-se de determinar completamente a fisionomia do acto, concede em certos espaços em branco a primazia a princípios de outra natureza que, todavia, impõe que sejam respeitados. Em todo o caso, se todo o acto ilegal resulta ilegítimo, o mesmo não sucede necessariamente com o acto defeituoso no mérito: aqui, só determinado grau de divergência pode consubstanciar uma ilegitimidade.

Por outro lado, se é certo que tanto as normas que se preocupam com a legalidade como as que remetem o agente para regras não jurídicas se determinam pela ideia de servir o interesse público, a fisionomia que este assume em face de cada uma delas não é inteiramente a mesma, pois a perspectiva com que é encarado em cada caso é diversa.

Com efeito, as normas jurídicas que visam proteger o interesse público fixam as condições imprescindíveis da sua realização, de tal modo que qualquer divergência entre o acto e os seus preceitos não pode deixar de produzir uma *ilegitimidade*. Para essas normas, o interesse público que é tido em consideração é apenas o que resulta do enquadramento *rígido* e *abstractizado* numa situação concreta no esquema fixo que, por aquelas, é fornecido. Se para essas normas o interesse público tem que ser sempre real e concreto, no sentido de que deve corresponder a uma efectiva e actual necessidade pública, não pode todavia ser integral — têm de dar-se por satisfeitas quando numa certa conjuntura da vida social puderam descobrir aqueles elementos, já cristalizados, que representam as coordenadas dum interesse público a proteger. Deste modo, as exigências que a lei imponha para a sua protecção têm sempre que ser entendidas como condições *necessárias* e *suficientes* da sua tutela.

O mesmo não se passa quando a lei remete o agente para regras não jurídicas. Agora ele vai receber o interesse público da norma, mas fica com o encargo de, mantendo-se nos limites do tipo, encontrar na realidade a sua dimensão e consistência, de descobrir na vida as necessidades e os interesses sempre flexíveis que o



constituem. O interesse público, deve dizer-se, não é diverso, apenas é encarado numa perspectiva diferente, microscópica. Desaparecem, pois, os contornos nítidos e esqueléticos que no confronto com a norma se podiam patentear e, com isso, a possibilidade de uma determinação precisa, em todos os casos, das exigências impostas. O que seja o interesse público, di-lo ainda a lei; mas já não como ele seja: só um sujeito em permanente contacto com a realidade o pode captar.

Deste modo, para a determinação de divergências em relação a normas não jurídicas, assumem particular significado aqueles dois momentos do mérito a que já se fez referência, quando se estudou a questão da escolha do conteúdo do acto e da sua adequação ao respectivo fim⁵. Ciente de que se encontra perante uma situação de interesse público — o que reconhece perante a verificação, em concreto, dos *pressupostos* — ao agente cabe, antes do mais, individualizar os interesses que o compõem para, num segundo momento, os ponderar e valorar de modo a fazê-los influir no conteúdo do acto. No primeiro caso, ele está apenas perante o quadro dos *futuros motivos* e só depois, no segundo momento, é que pode proceder à definitiva *arrumação dos motivos*, no lugar exacto que o fim legal lhes impõe⁶.

É só em face deste segundo problema que se pode pôr a questão da ilegitimidade do acto; só a partir deste momento é que há um interesse público determinado em sede de mérito. Logo, é para estes casos que se reserva a expressão *vícios de mérito*.

3. INVALIDADE E IRREGULARIDADE⁷

Caracterizada a *ilegitimidade* como a situação resultante de uma divergência de um comportamento da Administração em face das normas que o tutelam com vista à protecção do interesse público, cabe agora perguntar quais as *consequências* jurídicas que daí resultam. Por outras palavras, que meios predispõe a ordem jurídica para garantir a protecção de um interesse público lesado por um comportamento ilegítimo?

Todas as regras de legitimidade, todas as normas de regulamentação, todos os preceitos instrumentais, se referem a uma qualificação da actividade administrativa sob o signo da *possibilidade*, isto é, constituem sempre determinações respeitantes à *concessão de um poder jurídico* ao agente e às *condições do seu exercício*. Daqui resulta que a consequência duma lesão de tais preceitos há-de vir a ser considerada, pelo menos de uma forma imediata, sob a espécie de uma maior ou menor adequação ao interesse público dos efeitos do exercício desses poderes.

⁵ Rogério Soares, *Direito Administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1978, pág. 299 e segs. e ainda *Sentido e limites da Administração Pública*, Registo das lições aos alunos do Curso de Extensão Universitária, a publicar pelos SAFF.

⁶ *Pressupostos* são, na perspectiva do texto, “circunstâncias histórico-ambientais, definidas como factos ou situações jurídicas que, uma vez verificados, significam ao agente a ocorrência de um interesse público que ele deve actualmente servir”. Já os *motivos* são os interesses que em cada caso integram a situação de interesse público concreta (cfr. Rogério Soares, *Direito Administrativo*, págs. 273 e 300 e segs.).

⁷ Principalmente, Rogério Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, págs. 270 e segs.



Assim sendo, a primeira consequência pensável é a de o acto não ser capaz de produzir os efeitos a que se destinava. Pode, todavia, suceder, naquelas hipóteses de lesão mais profunda e substancial dos preceitos em jogo, que os efeitos não possam produzir-se imediata e definitivamente, que desde o momento da sua emanção o acto esteja condenado a não desempenhar o papel que lhe competia. E pode acontecer, em outro tipo de circunstâncias, que o acto possa produzir desde logo os seus efeitos ficando, contudo, sujeito a ser alvo de um ataque posterior, que pondo em relevo o vício de que enferma, é capaz de apagar os efeitos produzidos, reconduzindo-o, deste modo, àquela situação de impotência jurídica em que estaria se o vício fosse reconhecido e feito valer desde o início.

Em ambas as hipóteses, de *nulidade* no primeiro caso, de *anulabilidade* no segundo, estamos perante situações de *invalidade*. Invalidade que consiste, por isso, no facto de um acto administrativo, em virtude de uma divergência com as normas que o disciplinam com vista à protecção de um interesse público, não poder produzir os efeitos a que se destinava ou não poder produzi-los com um carácter de estabilidade, ao menos durante um certo período de tempo.

Se a invalidade é, nos termos vistos, uma consequência possível da ilegitimidade, nem sempre o interesse público a proteger exige uma solução tão rigorosa. Pode, com efeito, acontecer que em certo número de casos a divergência com os preceitos estabelecidos para o exercício do poder não vai influir na consistência do acto, mas apenas determinar-lhe uma especial qualificação de *irregularidade*, com possíveis consequências laterais. Trata-se de vícios que produzem uma tão pequena lesão do interesse público que seria, do ponto de vista dele, anti-económico tolher a possibilidade de normal produção dos efeitos jurídicos do acto. A garantia que o preceito procurava oferecer ao interesse público é de tal modo insignificante que este ficará melhor tutelado com a perduração do acto, impecável sob outros pontos de vista, do que com a improdução dos seus efeitos só por causa desse vício.

Daqui resulta que se aceita a distinção entre *vícios invalidantes* e *vícios não invalidantes (irregularidades)*.

Acontece que esta distinção tem de fazer-se com vista ao interesse público a proteger e não pode ser estabelecida com atenção somente a considerações de pura lógica formal ou com a subordinação a princípios gerais de valor duvidoso. É o que acontece com a afirmação de que todas as *formalidades*⁸ são uma garantia para o administrado e que, por isso, qualquer preterição delas importa necessariamente a

⁸ Não é uniforme na doutrina do Direito Administrativo o conceito de formalidades. Assim, se para certos autores o termo é entendido em sentido amplo, significando “todo o acto ou facto, ainda que meramente ritual, inserido no processo administrativo gracioso” (v. g., Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Danúbio, Lisboa, 1982, pág. 382, Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 10ª edição, 1991, pág. 469 e segs. e Gomes de Pinho, *Manual elementar de Direito Administrativo de Macau*, CFM, Macau, 1996), outros entendem que deve evitar-se a utilização da expressão “formalidades” para referir também problemas relacionados com o procedimento, preferindo utiliza-la com um sentido restrito, para significar as exigências postas por lei para que a declaração se rodeie de certas circunstâncias de facto (Rogério Soares, ob. cit., págs. 279 e seg. e 309).



invalidade do acto.

A verdade é que os preceitos que regulam a actividade da Administração em sede de possibilidade não se destinam a assegurar qualquer protecção do particular contra actos da Administração. Essa ideia, que representa uma sobrevivência das preocupações do Estado de Polícia, tem que ser hoje substituída pela ideia de que, com a fixação de princípios legais à actuação administrativa, se pretende apenas vinculá-la à melhor satisfação do interesse público. Em qualquer caso, mesmo que aquele princípio fosse verdadeiro, sempre haveria que demonstrar a relação necessária da invalidade com a protecção dos interesses dos particulares, quer dizer, demonstrar que a invalidade protege sempre os interesses dos particulares. O que está longe de acontecer.

O único critério correcto é, pois, o de pôr em confronto a lesão do preceito com o interesse público que com ele se visa proteger e verificar se, no caso, este fica substancialmente prejudicado. Ora, se é facto que na maioria das hipóteses tal prejuízo se verifica, isso não exclui a possibilidade de irrelevância, para este efeito, do vício.

Deste modo se afirma a não coincidência entre os conceitos de *legitimidade* e *validade*. Se com o primeiro se pretende traduzir a *situação estática* de adequação a um certo tipo de preceitos, com o conceito de validade o que se pretende é significar uma *consideração dinâmica* do acto, assinalar a sua possibilidade de produzir efeitos jurídicos normais.

Dois pontos importa, contudo, reter. Em primeiro lugar, dizer que determinados vícios não têm como consequência a invalidade do acto a que respeitam não significa que são, em todo o caso, irrelevantes. Conforme tivemos oportunidade de ver, a ilegitimidade em que o vício sempre se traduz pode não acarretar a invalidade do acto praticado mas isso não quer dizer que nenhuma consequência dele resulte. O que se pretendeu afirmar foi tão só que determinados vícios não são, por si, susceptíveis de invalidar o acto, sem prejuízo, no entanto, da existência de outros efeitos, laterais, da lesão dos preceitos que visam, em primeira linha, tutelar o interesse público. É o que acontece frequentemente, quando a ordem jurídica, em casos de irregularidade, à qualificação em sede de legitimidade junta uma outra em sede de *licitude*. O acto, mantendo embora os seus efeitos normais, não deixa de aparecer, pelo que pode ser encarado como *facto* e nessa medida, porque contrário ao direito, importar para o seu autor sanções de ordem diversa.

Um outro ponto que pode, nesta sede, levantar dúvidas é o da distinção entre *validade* e *eficácia*. Com efeito, se de uma invalidade resulta a não produção de efeitos a que o acto tendia, não se poderá então afirmar que o acto é *ineficaz* e, em consequência, que se trata de um problema de *eficácia*? Sobre o problema da distinção entre validade e eficácia houve já oportunidade de tecer algumas considerações para as quais se remete agora⁹. Sempre se recordará, contudo, que se defendeu então a adopção de um conceito restrito de eficácia, pelo que o seu problema só se põe em relação a actos válidos.

⁹ Rogério Soares, ob. cit., pág. 180 e segs.



4. INVALIDADE POR VÍCIOS DE MÉRITO¹⁰

Ao construir-se o conceito de *legitimidade* nele se incluiu o elemento *mérito*, ao lado da *legalidade*. Uma violação das normas jurídicas ou das normas não jurídicas para que o agente é remetido terá sempre, no entender do legislador, a consequência de uma tutela defeituosa do interesse público. Só que, vimos também, as reacções que a ilegitimidade pode provocar sobre a consistência dos actos não são sempre da mesma natureza e que, se em grande parte dos casos é capaz de influir decisivamente sobre a própria vida do acto, retirando-o do comércio jurídico como instrumento produtor de efeitos duradouros (*invalidade*), já em outras hipóteses origina apenas uma especial qualificação de desfavor, com efeitos puramente laterais, permitindo ao acto o desempenho do seu papel normal (*irregularidade*).

Se a reacção da ordem jurídica perante uma ilegitimidade não é sempre a mesma, pode pôr-se a questão de saber se a ilegitimidade por mérito pode originar uma invalidade ou, pelo contrário, terá que contentar-se em ser causa de uma mera irregularidade. É que uma resposta positiva ao problema da ilegitimidade por mérito não importa necessariamente a aceitação de uma invalidade por mérito.

Haverá, então, motivo para sustentar que o mérito possa dar origem à invalidade dos actos?

Para responder à questão posta, que a maioria da doutrina responde, hoje em dia, de modo afirmativo, importa averiguar se o interesse público que se quer proteger com a remissão do agente para normas não jurídicas exige, quando posto em causa, a inutilidade do acto, ou se, pelo contrário, se contenta em impor limitações anexas, sem todavia influir na sua consistência e estabilidade.

Observe-se, antes do mais, que não está em causa a possibilidade de *nulidade* de um acto por vício de mérito. Conforme se terá oportunidade de ver, no direito administrativo a nulidade só em casos raros e particularmente graves pode ser acolhida. Trata-se de uma sanção extremamente severa, que só violações insuportáveis do interesse público podem causar. Daí que o legislador se sinta obrigado a consigná-la em normas jurídicas. Pode fazê-lo de forma expressa ou tácita, mas não pode nunca esquecer-se de o fazer. Donde, a *nulidade* do acto administrativo só pode resultar da violação de uma norma jurídica.

Mas a questão mantém-se: haverá algum obstáculo a que formas menos graves de invalidade possam ser provocadas pela violação de preceitos de mérito?

Pensa-se que não. Se o legislador, que sempre quer a satisfação do interesse público, julgou ser a solução mais idónea a de subordinar a escolha do seu conteúdo e das suas exigências a regras de mérito, é porque, com isso, pretendeu atribuir a estas um relevo especial. Não se deu o caso de que ele se desinteressasse do problema; pelo contrário, interessou-se tanto que receou que a lei pudesse vir a comprometer a escolha da melhor solução e, por isso, concedeu a palavra a regras não jurídicas. Do ponto de vista do interesse público primário, não se trata de uma demissão do legislador, mas tão somente de uma delegação. Não se vê, pois,

¹⁰ Principalmente, Rogério Soares, *Interesse público...*, pág. 331 e segs.



qualquer impedimento sério que permita acreditar que a remissão para normas de mérito seja capaz de motivar uma invalidade (*anulabilidade*) directa.

Uma boa parte da relutância em admitir que as normas de mérito possam dar origem a uma invalidade provem do defeito metodológico, já por diversas vezes assinalado ao longo do curso, que consiste em construir o direito administrativo com recurso aos quadros do direito privado, esquecendo que as exigências postas num e noutro caso são inteiramente diversas e até, em certo ponto, antagónicas.

No direito privado, as regras não jurídicas não têm que ser tomadas em consideração independente pelo legislador, pois o seu uso, bom ou mau, desde que dentro dos limites positivamente fixados, faz parte da *autonomia do sujeito*. A insindicabilidade dos fins lícitos postula necessariamente a incontrolabilidade dos meios e ao particular é permitido que, dentro de certos limites fixados pelo legislador, se afaste do modelo do homem médio: a melhor ou pior economia dos seus actos é irrelevante para a lei. Não surpreende, pois, que no direito privado a única consideração que assume relevo seja a da legalidade e que a invalidade seja consequência necessária de uma ilegalidade. O mesmo não se passa no direito administrativo onde, como houve oportunidade de ver, ao legislador interessa, não uma qualquer solução mas a melhor solução possível. Por isso, o mérito assume aqui um valor que não tem no direito privado, valor esse que não pode deixar de ser reconhecido.

Por outro lado, não pensamos ser de acolher o argumento de que o juízo de invalidade supõe necessariamente uma verificação por uma autoridade diferente da que produz o acto, o que seria incompatível com o juízo de valor em que o juízo de mérito sempre se traduz. Ora, é isso que está exactamente por demonstrar, a incompatibilidade entre declaração de invalidade e juízo de valor, que prejudicaria de forma irremediável a questão da invalidade por mérito. A razão da adesão ao ponto de vista referido reside, uma vez mais, na consideração de que, como no direito privado, a invalidade apenas pode efectivar-se através do recurso jurisdicional e que este só pode lançar mão de puras verificações. Se assim fosse, teríamos que aceitar a doutrina em causa. Repare-se, contudo, que o emprego de regras não jurídicas não é estranho à apreciação jurisdicional, mesmo no que toca ao direito privado; e não se esqueça, por outro lado, que no direito italiano se conhece uma sindicabilidade judicial por mérito e que aí se procede a uma autêntica anulação. Por último, refira-se que no direito administrativo a anulação pode produzir-se independentemente do recurso jurisdicional.

Finalmente, não se argumente com o facto de que a invalidade por mérito serviria para colocar nas mãos da Administração um perigosíssimo instrumento, com o qual lhe seria possível abalar a segurança jurídica, destruindo toda a consistência do acto administrativo (PAPALLARDO). É que, a invalidade por mérito nunca pode vir a traduzir-se na concessão ao administrador de “voltar com a palavra atrás”, quando e como lhe apeteça. Se ela pode ser acolhida pelo ordenamento jurídico, este há-de, em sede do interesse público, determinar-lhe os limites e precisar-lhe o alcance.

Se, como vimos, a possibilidade de invalidade por vício de mérito não se encontra, por princípio, excluída, resta-nos ver se a ordem jurídica acolhe, ou não, hipóteses em que atribui ao mérito a virtualidade de criar uma situação que tenhamos



que reconhecer como invalidade, do tipo anulabilidade¹¹.

É certo que, no sistema jurídico português, a invalidade por mérito não está sujeita a apreciação contenciosa¹². Mas não existirão outras situações em que um acto administrativo, em virtude da sua desconformidade com preceitos de mérito, poderá ficar numa situação tal que a sua consistência jurídica esteja sujeita a dissolver-se?

Pensa-se que sim. É o que pode suceder com o *acto de aprovação*, com a *anulação oficiosa* e com o *recurso hierárquico*, situações em que havendo violação de normas não jurídicas se pode, com esse fundamento (*vício de mérito*), extinguir *ab initio* os efeitos ao acto.

No primeiro caso, do *acto de aprovação*, trata-se de um controlo *ex post* que todavia é, em certo sentido, preventivo, pois até à sua prática a eficácia do acto a aprovar fica suspensa¹³. Nesta figura manifesta-se um tipo de controlo de legalidade e, fundamentalmente, de mérito, pois se se recusa a outorga da aprovação sem que haja qualquer ilegalidade, por simples motivos de mérito, não restam dúvidas de que se verificam os requisitos para que se possa falar de uma invalidade: o controlo to-lheu definitivamente a vida do acto, porque reconheceu um vício intrínseco do próprio acto que o colocara desde o início numa situação de fragilidade e de improdutividade potencial.

Um outro campo em que se projecta a invalidade por vício de mérito é, como se disse, o da *anulação oficiosa*, anulação operada pela própria Administração. A figura nem sempre tem sido tranquilamente aceite, em virtude, sobretudo, da vassalagem ao preconceito de que a invalidade só pode ser feita valer em sede judicial. Ora, o facto de o mecanismo judicial ser, principalmente, proposto – é hoje admitida, entre nós, a figura da acção de reconhecimento de direito ou interesse legítimo¹⁴ – à tutela da validade dos actos, não implica que esse seja o único meio para alcançar esse objectivo. E, efectivamente, assim não é.

A protecção que se quis assegurar ao interesse público *secundário* provocou a instituição de uma duplicidade de meios, que se justificam de forma diversa. Por um lado, reconheceu-se que o interesse público podia coincidir com um interesse particular, de tal modo que a satisfação de um acarreta a prossecução do outro. Assim, instituiu-se num mecanismo em que, enquanto se preordena a defesa do particular se garante a tutela do interesse público.

Só que, este processo encontra *duas limitações importantes*. Por um lado,

¹¹ Ainda que a essas situações se dê outros nomes. É o caso, por exemplo, da revogação *anulatória*, em que se destroem os efeitos do acto “revogado”, mesmo os efeitos já produzidos (Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, vol. III, pág. 359). No mesmo sentido, os artigos 122º, nº 1 e 125º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo.

¹² Para Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, vol. II, pág. 41, o dever de boa administração será um dever imperfeito na justa medida em que não “comporta uma solução jurisdicional”.

¹³ Cfr. artº 129º, nº 1, alº c), do Código do Procedimento Administrativo.

¹⁴ Cfr. artigos 69º e 70º da *Lei do Processo nos Tribunais Administrativos* (LPTA), aprovada pelo Decreto-Lei nº 267/85, de 16 de Julho. Trata-se, contudo, de um meio subsidiário que só pode ser proposto “quando os restantes meios contenciosos, incluindo os relativos à execução da sentença, não assegurem a efectiva tutela jurisdicional do direito ou interesse em causa” (artº 69º, nº 2).



confia-se na diligência do particular e, por outro, limita-se, no nosso sistema, o controlo àquelas lesões do interesse público que se traduzam na violação de preceitos jurídicos. Uma tal limitação põe em risco a tutela do interesse público, daí que se tenha de reconhecer uma outra possibilidade de controlo que consiga superar as limitações apontadas.

Por isso, tem que se reconhecer à Administração a capacidade de auto-controlo dos seus próprios actos, para que, desse modo, possa reintegrar o interesse público porventura lesado. Ora, aqui nada impede que o controlo se possa estender às próprias lesões motivadas por vícios de mérito.

Resta-nos uma referência ao *recurso hierárquico*¹⁵. A hierarquia é um processo predisposto à garantia do interesse público e não deve, por isso, limitar-se a manter a sua tutela formal - tem, pelo contrário, de admitir-se que o poder do superior hierárquico abrange também o conhecimento do mérito do acto. E tem, além disso, que se lhe reconhecer a capacidade de, com base numa desconformidade do acto com preceitos de mérito, o anular, sob pena de ele não poder realizar satisfatoriamente a tarefa que lhe incumbe, de tutela do interesse público.

Em qualquer das três situações descritas verificam-se, ou podem verificar-se, os três *requisitos essenciais* para que possamos falar em anulação por vícios de mérito: ter havido violação de normas não jurídicas, estar um acto sujeito a um controlo que possa conhecer do mérito e, finalmente, ter esse controlo o poder de, fundando-se unicamente no vício de mérito, extinguir *ab initio* os efeitos do acto.

Em síntese, dir-se-á que a questão inicialmente posta, da possibilidade de existência de invalidades por mérito, não pode deixar de merecer resposta positiva, posto que se entenda que invalidade não significa susceptibilidade de definição jurisdicional. Mas, acrescenta-se, a resposta àquela questão não pode deixar de ser procurada, antes do mais, na própria lei que pode, para certas hipóteses, excluir a possibilidade de controlo do mérito.

5. TIPOS DE INVALIDADE¹⁶

Chegou o momento de dar resposta ao problema das formas, ou tipos de invalidade, para em seguida resolver outro que com este anda ligado: o do nexos entre os modos de ilegitimidade e as formas de invalidade que se vão analisar agora.

O modo correcto de pôr o problema é, quanto a nós, aquele que é encarado no sentido de se dirigir a procurar *tipos* ou *paradigmas* e não no da fixação de *categorias* de invalidade. É que, na verdade, saber se um acto é válido ou inválido não postula a utilização de uma aparelhagem lógica, mas o conhecimento da especial resposta que a ordem jurídica quer dar. E, nas hipóteses em que o acto contraria o

¹⁵ Pensamos ser este, também, a posição de Freitas do Amaral, *ob. cit.*, vol. II, pág. 41, quando admite a possibilidade de o mérito do acto administrativo ser controlado em sede de “recurso gracioso”.

¹⁶ Principalmente, Rogério Soares, *Interesse Público, legalidade e mérito*, pág. 270 e segs. e Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, pág. 362 e segs.

direito, a sua reacção não se desenvolve em termos matemáticos, mas de acordo com as exigências de protecção dos interesses latentes naquela particular circunstância. É necessário, portanto, interrogar o direito positivo para saber como vai reagir perante actos que o violem. Só a partir daí se pode encontrar uma solução para o problema dos *tipos de invalidade*.

Nos regimes administrativos como o nosso, são *duas* as reacções típicas do ordenamento jurídico, em sede de invalidade: ou o acto não pode produzir, desde logo, os efeitos normais a que tendia; ou pode produzi-los, mas fica sujeito a vê-los desaparecer desde o início se a invalidade for declarada por um órgão competente. No primeiro caso, diz-se que o acto é *nulo*; no segundo, que ele é *anulável*.

Nulidade e anulabilidade são, pois, as formas típicas que a invalidade pode assumir no nosso ordenamento jurídico e distinguem-se unicamente através da *desnecessidade* (nulidade) ou *necessidade* (anulabilidade) da existência de uma declaração da entidade competente, para que a invalidade produza os seus efeitos. Quer dizer, o acto *nulo* não carece de qualquer declaração para que a improdutividade dos seus efeitos se verifique, enquanto que no acto *anulável* a não produção de efeitos está dependente da declaração da invalidade por órgão competente.

Certas outras características, que frequentemente se referem para distinguir nulidade de anulabilidade, como a possibilidade de resistência aos actos nulos¹⁷ ou a relatividade da anulação (*maxime*, da anulação judicial e, em certos casos, da anulação pela própria administração, que está dependente de certos prazos), constituem apenas momentos normais cujo valor tem que ser ajuizado em face da particular circunstância em que se desenvolve cada tipo de sanção. Pois as figuras de invalidade apresentadas mais não representam do que esquemas gerais.

Exclui-se, deste modo, das formas típicas de reacção da ordem jurídica a figura das *invalidades mistas*, situação só possível quando aquelas sejam encaradas como meras categorias. Trata-se de situações em que o legislador, sancionando embora um determinado vício com o regime típico de uma das sanções apontadas, nele inclui características do outro regime. Encarada do ponto de vista apontado, temos para nós que a *invalidade típica* ou se reconduz a uma nulidade (improdução de efeitos independentemente de uma declaração nesse sentido) ou a uma anulabilidade (quando haja necessidade de tal declaração).

Vejamos, em todo o caso, quais as características que, *em regra*, se podem encontrar em cada um dos *tipos* de invalidade apontados.

5.1. Nulidade

A nulidade, sanção utilizada pelo legislador para aqueles casos de lesão mais

¹⁷ Tem sido levantada a questão da possibilidade de os particulares não deverem obediência a actos nulos, podendo opor resistência passiva à sua execução sem que a sua conduta possa ser encarada como crime de desobediência. Discute-se, nomeadamente, o problema da possibilidade de os funcionários públicos desobedecerem, sem que tal desobediência constitua infracção disciplinar, a ordens contidas em actos nulos. Para uma resposta afirmativa, *vide* Marcello Caetano, *Manual...*, vol. II, pág. 735.

grave do interesse público, traduz-se, como se disse, no facto de o acto não produzir, desde o início, quaisquer efeitos jurídicos. Por outras palavras, tais actos não constituem, não modificam e, ou, não extinguem quaisquer relações jurídicas. A nulidade produz-se, portanto, de pleno direito, ou seja, desde o momento da produção do acto.

Reputa-se, assim, o acto nulo como se nunca tivesse sido produzido. Como acto administrativo *é como se nunca tivesse existido*, o que não significa que nulidade e inexistência (figura sobre a qual tivemos já oportunidade de nos debruçar e que então rejeitamos¹⁸) sejam uma e a mesma realidade. Sempre se dirá, no entanto, que o acto, apesar de nulo, pode sempre ser encarado como *facto*¹⁹ e, nessa medida, ser susceptível de desencadear consequências jurídicas, nomeadamente em sede de ilicitude.

O que caracteriza a nulidade é, como se disse, a desnecessidade de uma declaração tendente a invalidar o acto²⁰. Isto não significa, contudo, que não possa ser conveniente, nomeadamente para os particulares, a obtenção de uma declaração, judicial ou administrativa, nesse sentido, havendo mesmo quem considere que, em caso de execução de acto nulo por parte da Administração, sobre o particular recai o *onus* de deduzir impugnação através de recurso contencioso para declaração de nulidade (GARCIA ENTERRIA). Mas já significa que a declaração de nulidade terá sempre a natureza de um acto meramente *declaratório* e não a natureza de um acto *constitutivo*. Quer dizer, limita-se a declarar uma situação de carência absoluta de efeitos que já se verificava.

A nulidade pode, ainda, ser feita valer a todo o tempo e por qualquer meio. Significa isto que a interposição de recurso tendente a obter a sua declaração pode ser feita por qualquer interessado e não está dependente de qualquer prazo²¹. E significa também, que pode ser feita valer quer por *via de acção* (mediante interposição de acção tendente a obter esse efeito) quer por *via de excepção* (como meio de defesa - *defesa por excepção*). E a nulidade pode, além disso, ser conhecida oficiosamente, quer dizer, independentemente de ter sido alegada.

5.2. Anulabilidade

Tipificamos a anulabilidade como aquela forma de invalidade em que o acto anulável produz os seus efeitos desde o momento em que é praticado (ou, evidentemente, desde o início da sua eficácia quando este e aquele não sejam coincidentes), mas fica sujeito a vê-los desaparecer, desde o início, se houver declaração nesse sentido por entidade competente. Quer dizer isto que, a produção de efeitos do acto fica na dependência da existência ou não de um *acto anulatório*, de onde resulta que à Administração está aberta a possibilidade de o executar, eventualmente de forma coactiva, sem que aos particulares ofendidos seja lícito opor-lhe resistência.

¹⁸ Vide Rogério Soares, *Direito Administrativo*, pág. 233 e segs. Admitindo a figura da *inexistência*, vide Cândido de Pinho, *ob. cit.*, pág. 95 e Freitas do Amaral, *ob. cit.*, vol. III, pág. 335 e seg., que, salvo o devido respeito, cita um exemplo que não convence: se o que está em causa é um acto praticado “por quem não seja órgão da Administração” então do que se trata é de um acto que *não* é administrativo!

¹⁹ Cfr. artº 115º, nº 3, do Código do Procedimento Administrativo.

²⁰ Cfr. artº 115º, nº 1, do Código do Procedimento Administrativo.

²¹ Cfr. artº 115º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo.

E significa ainda — sem o que não poderia considerar-se uma forma de invalidade — que os efeitos da anulação se retrotraem ao momento constitutivo do acto anulado, destruindo *ex tunc* a situação jurídica que, provisoriamente, havia resultado da produção de efeitos do acto anulado. Deste modo, o acto de anulação é um *acto constitutivo*, porquanto cria (*constitui*) uma situação jurídica nova ao destruir os efeitos de direito que até aí persistiam.

Por outro lado, a anulabilidade só pode ser feita valer em processo contencioso por *via de acção* ou em sede de auto-controlo administrativo. Em caso de recurso contencioso só pode ser invocada pelo “*Ministério Público*” (artº 821º, do Código Administrativo), “*pelos titulares de interesse pessoal, directo e legítimo no provimento do recurso*” (idem, artº 821º, nº 2) e, em caso de acção popular, por “*qualquer eleitor ou contribuinte...*” (idem, artº 822º).

E está, por outro lado, sujeita aos prazos previstos no artº 28º do Decreto-Lei nº 267/85, de 16 de Julho (LPTA), no que respeita a Portugal e, em relação a Macau, ao prazo previsto no artº 18º, nº 5²², do Estatuto Orgânico de Macau. Ou seja, aos prazos de dois meses, quatro meses ou um ano, em Portugal, e ao prazo de quarenta e cinco dias em Macau²³.

Decorridos estes prazos (*de caducidade*) do recurso contencioso sem que este seja interposto, o acto que, até então, vinha produzindo os seus efeitos normais (embora de uma forma precária, no sentido de que estes podiam ser atacados), mantem-nos, tornando-se, deste modo, *inopugnável*, inatacável perante os tribunais. Dizer que o acto se tornou inopugnável não significa, no entanto, dizer que ele se tornou válido. Com a *sanatória do acto* (conceito que pretende traduzir a ideia de que, pelo decurso do prazo sem que tenha sido anulado, o acto se converte num acto válido) o vício fica sanado sob a espécie de invalidade, quer dizer, a partir desse momento, com base nesse vício, não se poderá mais deixar de se considerar como produtor dos efeitos a que se dirige. De vícios de legalidade ou de mérito que, porventura existissem, não pode, a partir desse momento, extraír-se consequências no que toca à normal e directa eficácia do acto. Mas isto não pode significar que o vício tenha desaparecido; se o acto era ilegal, por exemplo, por ter sido praticado por autoridade que não era competente, não foi o decurso do prazo que o tornou conforme à lei, no exemplo dado que tornou competente a autoridade que o não era; por outro lado, se era inoportuno ou inconveniente, não se tornou adequado só porque

²² No original, referia-se também o artº artº 39º, nº 1 e 2 do Decreto-Lei nº 23/85/M, de 23 de Março (Regime do Acto Administrativo), diploma revogado pelo Código do Procedimento Administrativo, que não trata de matéria contenciosa, limitando-se a remeter para a “*legislação reguladora do contencioso administrativo*”. (artº 117º, nº 2).

²³ Pensamos que o prazo de quarenta e cinco dias previsto no artº 18º, nº 5 do Estatuto Orgânico apenas se aplica ao recurso contencioso de actos praticados pela Administração Pública de Macau, interpretação que parece ter apoio na letra do artº 39º, do Regime do Acto Administrativo (entretanto revogado se bem que a doutrina nele contida se tenha mantido no artº 2º do decreto preambular que aprovou o Código do Procedimento Administrativo). Significa isto que em relação aos residentes de Macau, o prazo de reacção contenciosa contra actos administrativos praticados pelas autoridades da República é o prazo de quatro meses, previsto no artº 28º, nº 1, al. b), da LPTA. É o que, parece-nos, resulta da ressalva que esse mesmo dispositivo estabelece relativamente ao prazo previsto no Estatuto Orgânico de Macau, conjugada com a referida alínea b) que mantém o prazo de quatro meses para os residentes de Macau.



decorreu um certo período de tempo²⁴. Quer dizer, o decurso do prazo não produz, em rigor, uma sanatória do acto; o que se passa é que o vício deixa de ser considerado pela ordem jurídica. Ou seja, o acto não deixa de ser inválido, ou não deixa necessariamente, pelo facto de se ter tornado inopugnável.

A validação do acto só ocorrerá pela *sanação* do vício, que é possível em relação a actos anuláveis (e, portanto, em relação à anulabilidade) através, nomeadamente, de um acto da Administração (*confirmação, ratificação, reforma, etc.*²⁵) ou da aceitação do acto, expressa ou tácita, pelo particular.

Há que considerar, por outro lado, que o decurso do prazo só afecta, em princípio, a possibilidade de impugnação do acto em sede de recurso contencioso. Ou seja, com excepção dos *actos constitutivos* de direitos, de todo inatacáveis, por anulabilidade, uma vez decorridos os prazos do recurso contencioso²⁶, em relação a todos os outros a Administração mantém sempre a possibilidade de anulação.

6. A RELAÇÃO ENTRE ACTOS VICIADOS E TIPOS DE INVALIDIDADE²⁷

Resolvido o problema das formas de invalidade, que se viu constituírem *tipos* de invalidade, resta tratar este outro, que lhe é conexo, da relação entre a ilegitimidade e os tipos de invalidade.

Também aqui o problema nem sempre tem sido bem posto pela doutrina: os erros que se apontaram no número antecedente têm, também neste capítulo, originado soluções defeituosas. Na base de uma construção lógico-dogmática estava a convicção de que a cada categoria ilegitimidade deveria corresponder uma outra categoria de sanção. Deste modo, confundiam-se os dois problemas apontados.

Ora, o certo é que, também neste domínio tem que valer uma consideração *teleológica* e a relação a estabelecer entre a ilegitimidade e os tipos de invalidade não pode pautar-se por critérios apriorísticos e meramente formais, nitidamente insatisfatórios. Aquela relação não pode, pois, ser uma relação puramente lógica, matemática, deve antes ser uma relação ideológica, tendencial e não necessária.

Vigora no sistema de direito administrativo vigente a regra de que o acto administrativo é, em princípio, apenas anulável²⁸. Daqui não deve retirar-se que, sempre que a lei não indique taxativamente o tipo de invalidade a aplicar, nos devamos decidir, de “olhos fechados”, pela anulabilidade. E isto porque, se o legislador pode

²⁴ Embora aqui não possa deixar de considerar-se que o *factor tempo* pode ter uma importância determinante e, nesse sentido, possa fornecer um elemento de real *convalidação* por oportunidade. Cfr. artº 118º, do Código do Procedimento Administrativo.

²⁵ No original referiam-se os artigos 22º e 23º do Regime do Acto Administrativo. Actualmente, *vide* o artº 122º do Código do Procedimento Administrativo.

²⁷ Bibliografia principalmente consultada: Rogério Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, pág. 295 e segs. e Sérvulo Correia, *Noções...*, pág. 358 e segs. e 368 e segs.

²⁸ Cfr. artº 116º do Código do Procedimento Administrativo. Sobre os diversos sentidos em que este princípio tem sido acolhido na doutrina, *vide* Vieira de Andrade, *O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos*, Coimbra, 1991, pág. 286 e segs.



expressamente cominar a sanção da *nulidade*, a sua determinação geral e exaustiva é impossível e, quando se pretenda levá-la a cabo ou se cai na enunciação de evidências supérfluas ou se fecham as portas à possibilidade de dar o tratamento mais adequado a certas situações de lesão do interesse público. É, deve ser, pois, ao intérprete que cabe a delicada tarefa de descobrir a *essencialidade* ou *gravidade* do vício, mediante o recurso, não a considerações de ordem formal, mas ao quadro de uma insuportável lesão dos interesses que, no caso, se pretendiam assegurar.

Critica-se, deste modo, a ideia de que os casos de nulidade sejam apenas aqueles que a lei expressamente especifique como tal, que resultem de aplicação extensiva da lei (*vide*, nomeadamente, as tentativas de extensão dos preceitos do Decreto-Lei nº 100/84, que consagrou o Estatuto das Autarquias Locais, aos actos da Administração Central²⁹) e aqueles que conduzam a crime³⁰ (FREITAS DO AMARAL) e, ou, ofendam direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos³¹ (JORGE MIRANDA), como se tem defendido na doutrina corrente portuguesa. E que, por aplicação do *princípio da anulabilidade*, todos os outros sejam apenas anuláveis.

O critério a adoptar não deverá deixar de ser o do *interesse público* e o da *gravidade da lesão* que este sofre por força da desconformidade do acto em relação às regras que o regulamentam em vista daquele. Deste modo, e se é certo que não pode deixar de atender-se à lei, seriam nulos todos aqueles actos que, por vício interno, contendessem de forma grave e insuportável com o interesse público (*critério da gravidade*). Critério que deve, contudo, ser temperado por um outro, que em relação a ele se mantém numa posição de acessoriedade: um *critério de evidência*.

Em face de uma lesão grave e evidente do interesse público, a sanção deverá, pois, assumir a forma mais grave da *nulidade*. E só então deve intervir a regra da anulabilidade. Sem que possamos esquecer que nem a todos os vícios, nem a todas as ilegalidades, tem que corresponder um dos dois tipos de invalidade, podendo tratar-se de um mero caso de *irregularidade*.

Das considerações tecidas resulta, ainda, que não se possa, ou não se deva, estabelecer *a priori* a classificação dos vícios do acto administrativo³². Como se fez entre nós, mediante a importação automática do modelo jurisprudencial francês do séc. XIX, ditado pelo desejo de alargar *os casos de abertura*, isto é, os fundamentos típicos que davam acesso ao recurso *por excesso de poder*, por definição o recurso destinado à anulação de actos administrativos ilegais. Sobretudo, se com isso se pretende esgotar os possíveis vícios do acto com as figuras propostas, a saber, a *incompetência* (falta dos poderes exigidos para a prática do acto), o *vício de forma* (preterição da forma ou das formalidades legalmente exigidas), o *desvio do poder* (quando o motivo principalmente determinante do exercício de poderes discricionários não condiz com o fim para que a lei criou tais poderes) e *violação de lei* (desconformidade entre

²⁹ A referência é válida apenas para o direito português.

³⁰ *Vide* o artº 114º, nº 2, alª c), *in fine*, do Código do Procedimento Administrativo.

³¹ *Idem*, alª d).

³² Tem sido esta, contudo, a orientação da doutrina portuguesa corrente, que tem encontrado apoio na lei e na jurisprudência, não só de Portugal com também de Macau.



os pressupostos e, ou, o conteúdo do acto e as normas aplicáveis), além da *usurpação de poder*, que consiste na prática, pela Administração, de actos incluídos nas atribuições do poder judicial³³.

Com efeito, se a ilegitimidade e, portanto, a invalidade resulta de um vício interno do acto, a construção que se faça dos *vícios do acto administrativo* há-de necessariamente ser analisada no confronto com os *momentos estruturais* do acto administrativo, com a sua estrutura.

O modelo a construir tem que se estruturar por forma a dar resposta a finalidades de ordem prática, atendendo, por um lado, a uma necessidade de cientificidade mas, por outro, à sempre diversa realidade em que se move a actividade administrativa. De resto, o apelo à *violação de lei* traduz bem a ideia proposta, pois violação de lei, bem vistas as coisas, é tudo.

Deste modo, o “esquema” a propor de vícios do acto administrativo, há-de relacionar-se com a estrutura do acto e não deve pretender, de forma alguma, ser esgotante. Em cada um dos momentos estruturais tenta surpreender-se um quadro de possíveis lesões para, num segundo momento, e tendo estas em conta, determinar-lhes as consequências. Que, como houve oportunidade de referir, se relacionam com os vícios apenas de uma forma tendencial. Daí que esteja excluída a possibilidade de se pretender que as que a adiante se indicarão³⁴ tenham que ser necessariamente essas. Devem funcionar aqui, como dissemos, os critérios de *gravidade e evidência* propostos

7. A ESTRUTURA DO ACTO. RELAÇÃO COM OS VÍCIOS³⁵

Como se referiu, o problema dos vícios do acto administrativo está intimamente relacionado com o da estrutura do acto, já estudado anteriormente. Não nos compete aqui voltar a ele, mas, pensa-se, será útil recordar os “momentos significativos” em que se pode analisar o acto administrativo. Tenha-se presente que, como então se alertou, a decomposição do acto numa série de peças ou componentes não serve a satisfação duma curiosidade meramente construtivística mas, muito para além disso, pretende mostrar os terrenos de fixação de eventuais aleijões.

São três os “momentos” ou “perspectivas” estruturais em que se pode analisar o acto: o *sujeito*, o *objecto* e a *estatuição*. Analisemos então as determinações que o direito põe em relação a cada um desses momentos.

7.1. O sujeito

Os sujeitos públicos são as pessoas colectivas a quem a ordem jurídica comete a cura de um leque mais ou menos aberto de interesses públicos, através do

³³ Rigorosamente, de actos incluídos nas atribuições do poder legislativo ou judicial (Cândido de Pinho, *ob. cit.*, pág. 103 e Freitas do Amaral, *ob. cit.*, vol. III, pág. 296). A maior proximidade entre poder judicial e Administrativo, quanto ao tipo (concreto) de actos que praticam, por oposição aos actos abstractos do legislativo, justifica a limitação do texto.

³⁴ *Infra*, nº 8.

³⁵ Seguimos de perto a lição de Rogério Soares, *Direito Administrativo*, Lições..., pág. 229 e segs.



reconhecimento de poderes correspondentes. Deste modo, a aceitação pela ordem jurídica duma pessoa colectiva (dum sujeito) exprime a individualização dum “centro de referência” de um ou vários interesses fundamentais. Para exprimir a relação entre o interesse público e o sujeito que o serve lança-se mão do conceito de *função* que, juridicamente, se define como *atribuição*, querendo com isto significar-se que o direito entregou, atribuiu, a uma figura que cria, uma função ou um conjunto de funções. Saber se o acto praticado se enquadra nas atribuições do sujeito há-de ser, pois, indagação que não pode deixar de fazer-se, em sede de determinação dos possíveis vícios do acto ao nível do sujeito.

Mas não basta. Porque cada função se integra de vários interesses particularmente equilibrados, torna-se necessário identificar esquemas de actos que sejam capazes de contribuir para realizar a função, segundo os vários planos em que ela se manifesta e, em seguida, construir *figuras organizatórias* (órgãos), ou seja, quadros abstractos (Governador, Director de Serviços, Presidente da Câmara, etc.) que possam suportar a imputação dos actos tipificados. Só falta, agora, ligar a cada uma das figuras criadas a possibilidade de praticar uma conjunto daqueles actos julgados importantes para a realização da função. Por outras palavras, conferir-lhes o poder de praticar esses actos. É o que se designa por *competência*. Um órgão é uma figura organizatória dotada duma competência. Ora, saber se o órgão que pratica o acto tem poder para o fazer é problema que não se confunde com o das atribuições mas que pode, de igual modo, determinar a discordância do acto com as regras que o regem em vista da satisfação do interesse público em causa.

Mas ao nível do sujeito pode levantar-se um terceiro problema que não se confunde com os anteriores: o da sua *legitimação*. Pode acontecer, com efeito, que um órgão só possa actuar, isto é, exercitar as suas competências, depois de ser ter verificado um certo acto ou facto, ou, inversamente, deixe de poder actuar se acontecer um evento determinado. É o que acontece quando a lei faz depender a prática de um certo acto da *autorização* de um outro órgão, ou, em geral, com a *investidura do titular*³⁶; e é o que acontece com a situação de *impedimento*³⁷ do agente quanto aos actos em que intervenha ou com a situação de *falta de quórum* dos órgãos colegiais. Em todos os exemplos referidos, que não esgotam obviamente o elenco das situações possíveis, estamos perante casos em que o órgão terá competência mas não a pode exercitar enquanto não se verificar o facto de que a lei faz depender essa possibilidade (*legitimação positiva*). Ou, inversamente, casos em que a competência deixa de poder ser exercida em virtude da ocorrência de certos factos que o determinam (*legitimação negativa*). Seja como for, não é um problema de incompetência mas de *falta de legitimação*.

Temos, deste modo, que as desconformidades do acto com as normas que o regem podem, ao nível do sujeito, surgir no plano das atribuições, no da competência ou no da legitimação. E que, conseqüentemente, se possa falar em vício de *falta de atribuições*, de *incompetência* ou de *falta de legitimação*. Estar-se-á perante o

³⁶ Salvaguarda-se aqui a situação dos *funcionários de facto* (sobre a figura, vide por todos Marcello Caetano, *Manual...*, vol. II, pág. 643 e segs.)

³⁷ Cfr. artigos 44º e segs. do Código do Procedimento Administrativo.



primeiro quando o órgão que pratica o acto o faça para satisfação de interesses que não se inscrevam nas atribuições da pessoa colectiva a que pertence, ainda que, em abstracto, se possa afirmar competente para a prática daquele tipo de actos. Já o vício de *incompetência* estaria reservado para aqueles casos em que, não se exorbitando o âmbito das atribuições da pessoa colectiva se ultrapassam os poderes conferidos por lei ao respectivo órgão. E finalmente a *falta de legitimação*: aqui o acto inscreve-se nas atribuições do sujeito, não extravasa os limites da competência do órgão, mas, por qualquer razão, essa competência não pode ser exercitada. Dir-se-á, o órgão é competente mas não está legitimado para agir. Porque, por exemplo, carece de auto-ritização para o efeito.

7.2. Objecto

A segunda “perspectiva” em que o acto pode ser analisado é a do objecto. Por objecto entende-se “o ente que directamente suporta os efeitos do acto”³⁸. Objecto é, neste sentido, “aquilo”, uma coisa ou uma pessoa, que sofre as transformações jurídicas produzidas pelo acto.

Ao nível do objecto coloca-se, antes do mais, o problema da sua possibilidade: o objecto deve ser possível. Isso significa, desde logo, uma possibilidade *de facto*. Será impossível, neste sentido, o objecto a que falte o substrato pessoal (por exemplo, impossibilidade de se nomear um morto) ou o substrato material (por exemplo, impossibilidade de classificação de um imóvel que já não existe). Mas significa também possibilidade *jurídica*. Que pode resultar da lógica imanente do direito (por exemplo, a revogação de um acto nulo ou anulado³⁹). Mas pode ainda acontecer que esta impossibilidade jurídica resulte duma *não idoneidade* do objecto para suportar os efeitos a que tende o acto. Tome-se como exemplo a alienação de bens do domínio público, que são indisponíveis. O objecto é em si mesmo possível e os efeitos do acto são juridicamente reconhecidos; o que acontece é que aquele objecto – ali fisicamente ao alcance do administrador – não é susceptível de suportar aqueles particulares efeitos – que são, em todo o caso, reconhecidos pela ordem jurídica, desde que referidos a outros bens. Do que se trata, então, é dum não reconhecimento da relação objecto-conteúdo.

Quanto a certos casos de impossibilidade jurídica por inidoneidade do objecto, pode ainda considerar-se a hipótese de o objecto se poder tornar idóneo em virtude de um qualquer acto ou facto que lhe confira esse *status*. Pense-se no exemplo que decorre da admissão de alguém a concurso, que torna possível em relação a esse concorrente a prática de uma série de actos subsequentes, como sejam a inclusão

³⁸ Rogério Soares, *Direito Administrativo*, Lições..., pág. 263 e segs. Como este autor adverte (pág. 264), o termo “objecto” tem sido utilizado na doutrina para significar aquilo que adiante designaremos por “fim” (a satisfação dum determinado interesse público), ou para significar o “conteúdo” do acto, ou seja, as transformações jurídicas que o acto desencadeia. Com um sentido amplo, que envolve este último significado, vide o artº 105º, nº 1 e 2, do Código do Procedimento Administrativo.

³⁹ Cfr. o artº 120º, nº 1, alº a) e b), do Código do Procedimento Administrativo. A lei não o diz, mas trata-se obviamente de um caso de impossibilidade: não é possível pretender “apagar” os efeitos de um acto que, por definição, os não produz – os actos nulos (artº 115º, nº 1) – ou cujos efeitos já foram “apagados” por uma decisão judicial anterior — os actos anulados.



nas listas de classificação e a eventual nomeação. Para estes casos, idênticos aos de legitimação do sujeito, poder-se-á também reservar a expressão *legitimação*. Desde que não se julgue que a legitimação é necessariamente referida ao sujeito, podem então dizer-se que são factos legitimantes do objecto.

Deste modo, a par com os vícios de *impossibilidade* (de facto e jurídica) e *inidoneidade* do objecto é possível pensar-se em *falta de legitimação*.

7.3. Estatuição

Finalmente a estatuição. Isto é, o acto em sentido estrito, a declaração que o sujeito produz em vista das transformações jurídicas que pretende introduzir no mundo jurídico com vista a gravar a situação jurídica do objecto.

Ao contrário do que aconteceu antes, a análise do “momento” estatuição implica a identificação de certas perspectivas que põem em relevo situações juridicamente significativas, isto é, exigências que a ordem jurídica põe à declaração e que se manifestam em planos diversos. O que nos obriga a arrumar o estudo da estatuição em *fim*, *procedimento*, *conteúdo* e *forma*.

Quanto ao *fim*, importa que se recorde que o acto administrativo, neste sentido a estatuição, pretende alcançar uma transformação jurídica que dê pacificação a uma certa necessidade que se identificou já como um interesse público. Ora, neste momento interessa-nos assinalar a incidência autónoma e imediata desse interesse público sobre o acto. Todo o acto administrativo só tem sentido se for posto ao serviço de um interesse público real. E não de uma quimera ou um sonho de interesse público.

Deste modo, assumem particular significado os *pressupostos* do acto. Quer dizer, as “circunstâncias histórico-ambientais, definidas como factos ou situações jurídicas que, uma vez verificadas, significam para o agente a ocorrência de um interesse público que ele deve actualmente servir”. Dado que, no entanto, o legislador actua no plano abstracto e a Administração no plano concreto, importa distinguir entre *pressupostos hipotéticos* e *pressupostos reais* ou *de facto*, para significar: com os primeiros, a previsão do legislador das circunstâncias em que exige um acto do administrador que, em suma, indicam um interesse público abstracto; com os segundos, as parcelas da vida que, delimitadas pela sua concordância com o quadro hipotético, são a prova plástica de que o interesse público que o legislador quer ver actuado está ali, que naquele momento há uma necessidade que é preciso satisfazer. Só quando coincidam, na realidade, os pressupostos de facto e os pressupostos hipotéticos é que o agente poderá exercer as competências que lhe estão predispostas para pacificação daquela situação de interesse público, agora real.

Compreender-se-á, assim, que se possam identificar vícios relativos ao *fim*. E que as desconformidades do acto com as normas que o regem se possam traduzir-se em vícios de *falta de pressuposto hipotético*, naquelas situações em que falta, em absoluto, a base legal, em que a prática do acto e a actuação do agente se devam a uma sua “fantasia” ou em vícios de *falta de pressuposto real*, sempre que a situação prevista pelo legislador não exista ou não seja subsumível na situação pressuposta pelo legislador.

Na perspectiva do *procedimento*, tema que já anteriormente foi estudado, importa salientar que a formação sucessiva do acto tem um sentido que implica com o valor da estatuição. Nesta perspectiva, mesmo que se negue ao procedimento dimensão substancial, solução que se defendeu, o modo da criação e crescimento do acto não é irrelevante.

Quando a lei estabelece um procedimento necessário, isso há-de ter o sentido de que o acto principal só aparece irrepreensível se se verificarem todos os trâmites pedidos e se se cumprirem sem distorções. Mas ainda quando o procedimento seja voluntário, a circunstância de a Administração ter rodeado o acto principal de outros actos que a lei não pedia não será irrelevante porquanto, ao fazê-lo, veio afirmar uma perspectiva segundo a qual tais actos são importantes para a determinação da fisionomia do acto principal e este seu juízo terá de ser considerado. Mas o relevo da eventual desconformidade é num e noutro caso diverso. No primeiro, o não acatamento da tramitação exigida significa o não cumprimento do comando legal e vai, por isso, implicar o aparecimento de uma ilegalidade. Já no caso dos procedimentos voluntários o que se põe em destaque é, não a desobediência directa ao legislador, mas um vício no cotejo ordenado pela Administração, vício que surge porque os elementos são em si mesmo defeituosos ou porque se atentou contra a lógica do procedimento. Em qualquer dos casos, parte-se da suposição de que o acto administrativo, enquanto instrumento da realização do interesse público, só será prestável se estiver acompanhado de um procedimento isento de vícios. Sem que, com isto, queiramos afirmar que esses vícios determinem sempre a improdutividade do acto.

Significa isto que, também nesta sede, da análise da estatuição na perspectiva do procedimento, se poderão detectar desconformidades com a ordem jurídica que gravem indelevelmente o acto considerado. Vícios que podem ser, basicamente, de dois tipos: *vícios do procedimento*, quando, nos procedimentos necessários, se não cumpram os trâmites legais exigidos e, nos procedimentos facultativos, se não respeite a lógica do procedimento; e *vícios nos actos do procedimento*, que assumem relevo sobretudo no caso de procedimentos voluntários, e que se traduzem na produção defeituosa dos respectivos actos.

Quanto ao *conteúdo* do acto, as transformações jurídicas que ele produz, os seus efeitos, assume especial relevo a distinção entre actos vinculados e actos discricionários. No primeiro caso, o legislador não se limita a indicar ao agente o interesse público que quer ver prosseguido, indica-lhe ainda o acto que quer ver praticado – quer dizer, vincula-o a praticar um acto com certo conteúdo. Nestas hipóteses, de vinculação, quem estabelece a relação conteúdo-fim é o próprio legislador, pelo que o relevo dos vícios do conteúdo terá aqui pouco significado. Estará essencialmente reservado para aquelas situações em que o agente provê de modo diferente daquele que lhe era imposto pelo legislador.

Já no que respeita aos actos discricionários ou, talvez melhor, na parte discricionária dos actos⁴⁰, o legislador remete para o agente a possibilidade de ser ele,

⁴⁰ Recordar-se que o conteúdo dos actos administrativos é, no sistema vigente em Macau como nos sistemas latino-germânicos, *típico*, no sentido de que a Administração só pode recorrer a modelos de

em maior ou menor medida, a escolher o conteúdo que melhor se adequa ao interesse público. Agora, exigir-se-á antes do mais que, para além de legal, o conteúdo do acto seja *compreensível e possível*. Parece evidente, com efeito, que a ordem jurídica não sancione as pretensões cujo sentido não se alcance ou aquelas que se demonstrem irrealizáveis⁴¹. E exige-se-lhe, outrossim, que seja *lícito*⁴².

Ainda nesta sede, dos actos discricionários, assumem particular relevo os vícios de mérito já referidos. É que aqui, ao contrário do que acontece nos actos vinculados, quem estabelece a relação entre o conteúdo (discricionário) e o fim (vinculado) é o agente.

E como é que o faz? Antes do mais, avaliando a real dimensão do interesse público em causa e identificando os interesses concretos de que ele se integra; depois, escalonando-os pela ordem da sua preponderância para a satisfação do interesse público. Com o que tocamos uma vez mais o conceito de *motivos*. Ou seja, os interesses devidamente ponderados que o agente assumiu como determinantes do conteúdo que encontrou para o acto. Ora, pode acontecer que os motivos invocados não subsistam ou não correspondam a interesses reais; e pode acontecer que os motivos sejam incongruentes ou que envolvam erros de raciocínio, de tal modo que não justificam o conteúdo escolhido. Deste modo, a *motivação falsa* e a *falta de nexa na motivação* são vícios do conteúdo discricionário. Vícios que, note-se, são judicialmente controláveis, porquanto não postulam o controle da bondade da solução encontra (o mérito do acto) nem tão pouco o controle da ponderação feita pelo agente; limitam-se a fazer saliente o facto de o agente não ter identificado devidamente os interesses que compunham aquela situação de interesse público, no primeiro caso, ou o facto, no segundo, do processo conducente à decisão estar em si viciado. Em qualquer caso, é ainda a legalidade do fim (vinculado) que se controla⁴³.

Anote-se, por último, que, estando aqui em causa um problema de escolha e de arrumação dos motivos, podem relevar nesta sede certos *vícios da vontade*. É o caso do *dolo*, caso em que o agente intencionalmente elege como motivo da sua conduta interesses diversos dos que são requeridos pelo fim legal⁴⁴, o *erro*, caso em que o agente assume erroneamente certos motivos, convencido de serem eles relacionados com o fim legal e a *coacção*⁴⁵.

actos predeterminados. Daí que a discricionariedade se traduza, ou na escolha do acto a praticar, caso em que os efeitos se desenvolverão do modo tipificado na lei, ou acrescentar ao conteúdo típico do acto *cláusulas particulares* que vão contribuir para o desenho final sem que ponham em causa a parte típica do conteúdo (neste sentido Rogério Soares, *ob. cit.*, pág. 281 a 283).

⁴¹ Por exemplo, uma concessão em que não se especifique o que se concede ou a atribuição de poderes militares a um privado (cfr. Rogério Soares, *ob. cit.*, pág. 284).

⁴² Não pode a ordem jurídica reconhecer valor a uma habilitação para o exercício duma profissão ilegal, por exemplo, carteirista (cfr. ainda Rogério Soares, *loc. cit.*).

⁴³ Sobre o assunto, de forma mais alargada, Rogério Soares, *Sentido e limites da Administração Pública*, registo..., edição a publicar pelos SAFP.

⁴⁴ Note-se que o tradicional “desvio de poder” não cobre todas as situações pensáveis de dolo. Com efeito, o que aí se pretende sancionar é tão só a situação em que o motivo *principalmente determinante* do exercício de poderes discricionários não condiz com o fim para que a lei criou tais poderes. De fora ficam todas aquelas situações em que o agente tem em vista finalidades que não coincidem com o fim legal mas que não constituem *motivo principalmente determinante*.

⁴⁵ Quando haja coacção deve entender-se existir sempre uma ilegalidade: o que aqui se torna significativo é a própria coacção em si, como indicio de que o agente não actuou com livre determinação. Para estes casos, de coacção, a sanção legal é a nulidade (artº 114º, nº 2, alº e), do Código do Procedimento Administrativo.

Finalmente, considere-se a *forma*. Por forma deve entender-se o modo de exteriorização do acto administrativo (ROGÉRIO SOARES)⁴⁶.

Rigorosamente, os problemas que se poderiam colocar nesta sede deveriam relacionar-se unicamente com o respeito ou desrespeito pela forma legalmente exigida. Acontece, porém, que muitas vezes a lei exige que o órgão público que pratica o acto nele inclua elementos que, se rigorosamente não o externam, informam sobre as circunstâncias relacionadas com a sua emanção⁴⁷. Aí se incluem indicações que permitem atribuir o acto a determinado sujeito ou que tornam patente o órgão que interveio, referências que respeitam às circunstâncias de tempo e de lugar em que foi praticado, à indicação dos destinatários, etc. Menções que, não fazendo parte da estatuição, poderão ser indispensáveis para a compreensão do valor do acto e que, por isso, apesar de não constituírem forma em sentido próprio, enquadram-se e são lidadas como elemento formal. Daí que por “vício de forma” se entenda não apenas a preterição da forma legal mas também a das formalidades legalmente exigidas⁴⁸.

Assim, estar-se-á perante vício de forma não apenas quando se não acate a forma legalmente exigida para a prática do acto, mas ainda quando se preterirem outras formalidades também exigidas por lei. Vício de forma que pode, assim, traduzir-se em *carência absoluta de forma legal* (artº 114º, nº 2, alª f) ou em mera *preterição de formalidades*.

De entre as exigências legais acima referidas assume especial importância o *dever de fundamentação* do acto administrativo⁴⁹. Dever cujo cumprimento implica a apresentação, pelo agente, de duas declarações distintas, uma relacionada com os pressupostos, outra com os motivos⁵⁰. Assim, temos em primeiro lugar a *justificação*, isto é, a declaração que exprime a intenção justificadora do seu agir e que passa pela indicação da ocorrência concreta dos pressupostos legais; e em segundo lugar a *motivação*, a declaração que visa explicitar o conteúdo do acto e que passa pela apresentação da composição dos interesses (motivos) considerados para adoptar a medida adequada à satisfação do interesse público no caso⁵¹. Os vícios que aqui podem surgir hão-de estar relacionados com a pura e simples *falta de fundamentação* ou com a *fundamentação defeituosa*, caso em que a esta se apresenta *obscura, incongruente ou insuficiente*⁵².

⁴⁶ Vigora em Macau o princípio de que, salvo os actos praticados por órgãos colegiais, os actos administrativos obedecem à forma escrita (artº 104º, nº 1 e 2). Para uma crítica à opção legislativa, vide Rogério Soares, *A propósito dum projecto legislativo: o chamado Código de Processo Administrativo Gracioso*, in Revista de Legislação e Jurisprudência nº 3694, 3695, 3699, 3702, 3703, 3716 e 3720.

⁴⁷ Vide, neste sentido, o artº 105º, do Código do Procedimento Administrativo

⁴⁸ Note-se, contudo, que é tradição na doutrina incluir no conceito de “formalidades” exigências legais que dizem respeito ao procedimento (cfr. *supra*, nota 8). Naturalmente, não entendemos que esses sejam problemas que digam respeito à forma, nem mesmo no sentido amplo referido no texto.

⁴⁹ Cfr. artº 106º, do Código do Procedimento Administrativo. No sentido de que a não fundamentação do acto constitui vício de forma, vide Marcello Caetano, *Manual...*, vol. I, pág.

⁵⁰ Vide, neste sentido, Vieira de Andrade, *O dever de fundamentação expressa do acto administrativo*, Coimbra, 1991, pág. 20.

⁵¹ Naturalmente, o peso relativo destas declarações para é variável conforme o acto seja praticado no uso de poderes vinculados ou discricionários.

⁵² Sobre o significado destas expressões e o critério último para a apreciação da compreensibilidade da fundamentação (o critério do destinatário normal ou razoável ainda que colocado na situação concreta), vide Vieira de Andrade, *ob. cit.*, pág. 232 e segs.



8. RELAÇÃO ENTRE ACTOS VICIADOS E TIPOS DE INVALIDIDADE. CONCLUSÃO

Depois da incursão que se fez pela estrutura do acto, com o propósito de aí surpreender as perspectivas em que o acto se pode analisar e as exigências que a ordem jurídica faz em cada um desses momentos, resta-nos concluir tentando estabelecer a relação entre os vícios do acto administrativo (tal como os compreendemos) e as consequências que a ordem jurídica determina em face da sua ocorrência, *maxime* as consequências que se traduzem na invalidade dos actos.

Antes, contudo, importa que se recorde aquilo que anteriormente se disse no que respeita às reacções da ordem jurídica perante as ilegitimidades patenteadas pelos actos: o problema que ora nos propomos analisar não se resolve mediante a aplicação cega de critérios apriorísticos e meramente formais, antes deve pautar-se por considerações de ordem teleológica; a relação que nos propomos estabelecer não é puramente lógica, antes ideológica, não é necessária, antes tendencial. Coerentemente, não nos deixaremos enredar no espartilho da lei, nomeadamente no do princípio da anulabilidade. Sem deixarmos de apontar a solução legal, não nos cingiremos a ela.

8.1. Vícios relativos ao sujeito

O primeiro momento estrutural que se referiu foi o do sujeito. Aí se teve oportunidade de referir que as exigências da ordem jurídica se punham essencialmente quanto a três aspectos: atribuições do sujeito, competência do órgão e legitimação para agir. Consequentemente, os vícios aí pensáveis serão o de *falta de atribuições*, o de *incompetência* e o de *falta de legitimação*⁵³.

Quanto ao primeiro, da falta de atribuições, a regra é a de que o acto é *nulo*. Coincidimos, neste ponto, com a solução legal (artº 114º, nº 2, alª b), do CPA). Mas não se julgam impensáveis, ao contrário, agora, da lei, situações em que, dada a proximidade das atribuições e a fluidez dos seus limites, a nulidade pudesse ser afastada para dar lugar a uma consequência do tipo *anulabilidade*.

Quanto ao vício de incompetência a regra será a de que geram apenas a *anulabilidade*, solução que, por aplicação do princípio da anulabilidade (artº 116º, CPA), coincide com a da lei. Mas pensamos que outra deveria ser a solução legal para certos casos de *incompetência territorial*: aqui, por aplicação dos critérios de gravidade e evidência antes referidos, justificar-se-ia a solução *nulidade*. É certo que a questão poderá ter menos relevo em Macau, dada a exiguidade dos limites territoriais; mas não vemos, em todo o caso, que não possa deixar de ser grave para o interesse público, nomeadamente quando se tenha em conta que as autarquias locais são sujeitos públicos de substrato territorial e populacional⁵⁴, que um órgão de um município possa exorbitar o âmbito territorial das suas competências; e que, caso não haja reacção

⁵³ Na perspectiva dos “casos de abertura” referidos, os vícios do sujeito caberiam no vício de incompetência (a falta de atribuições, a incompetência *strictu sensu* e certos casos de falta de legitimação) e no vício de violação de lei (demais casos de falta de legitimação). Sobre o elenco dos vícios que podem caber na violação de lei, *vide* Freitas do Amaral, *ob. cit.*, vol. III, pág. 340 e seg.

⁵⁴ Sobre as autarquias locais no direito português, *vide* Marcello Caetano, *Manual...*, vol. I, pág. 308 e segs.



atempada, o acto possa passar a valer como se de um acto válido se tratasse.

Também quanto ao vício de falta de legitimação a regra é a *anulabilidade*. Mas não é de excluir que situações mais graves de falta de legitimação, como por exemplo a falta de convocatória de um órgão colegial⁵⁵ ou a falta de investidura do agente, pudessem originar a sanção *nulidade*. Em sentido inverso, e em contrário ao disposto na lei (artº 114º, nº 2, alª g), parte final), não nos repugnaria a solução *anulabilidade* para os casos de falta de quorum que não ofenda a colegiabilidade do órgão. Solução que de algum modo recebe o apoio do artº 22º, nº 2, do CPA, na medida em que se possa considerar que nele se relativiza o valor essencial da exigência legal de quorum.

8.2. Vícios relativos ao objecto

Detenhamo-nos agora nos vícios do objecto. Vícios que, como se viu, podem ser a *impossibilidade (física ou jurídica) do objecto*, a *falta de idoneidade* e a *falta de legitimação*⁵⁶.

Quanto à impossibilidade do objecto coincidimos com o legislador (cfr. ainda o artº 114º, nº 2, alª c)) no sentido de que regra é aqui a *nulidade* do acto. Nulidade que, de resto, o seria por natureza (FREITAS DO AMARAL), isto é, consubstancia um caso em que, “por razões de lógica jurídica, o acto não pode deixar de ser nulo”⁵⁷.

Já quanto aos restantes casos, de falta de idoneidade ou de falta de legitimação a regra deverá ser a *anulabilidade* do acto.

8.3. Vícios relativos à estatuição

Restam-nos os vícios da estatuição que, numa aproximação à doutrina tradicional, podemos analisar em *vícios substanciais*, para designar os vícios relativos ao fim e ao conteúdo, e *vícios formais*, conceito que abarca os vícios do procedimento e os vícios de forma propriamente ditos.

Quanto aos vícios relativos ao fim, importa antes do mais ter presente que só têm relevo autónomo no domínio do actos vinculados. Em relação a actos discricionários, o relevo da falta de pressuposto projecta-se na relação conteúdo-fim, sendo apenas relevante, portanto, na influência que exerce sobre o conteúdo do acto (*distorção da motivação*). Quando a discricionariedade ocorra nos pressupostos (caso, por exemplo, de conceitos imprecisos), e estes faltem, estaremos perante uma situação de *conteúdo ilegítimo*.

Feito o reparo, dir-se-á que os vícios relativos ao fim do acto se esgotam na falta de pressupostos. Na falta de pressuposto hipotético, caso em que falta ao acto base legal, em que a prática do acto e a actuação do agente se devam a uma sua “fantasia” ou na falta de pressuposto real, sempre que a situação prevista pelo legislador não existe ou o pressuposto concreto invocado não é subsumível na situação

⁵⁵ Tenha-se presente, contudo, o disposto no artº 21º do Código do Procedimento Administrativo.

⁵⁶ Ou, na perspectiva tradicional, violação de lei. Note-se, contudo, que a doutrina não individualiza a este nível do objecto senão o vício da impossibilidade do objecto.

⁵⁷ *Ob. cit.*, vol. III, pág. 333.

pressuposta. Em ambos os casos o tipo de invalidade em causa é, em regra, a *anulabilidade*.

Já nos vícios relativos ao conteúdo importa, antes do mais, referir os que se traduzem na impossibilidade e ilicitude, caso em que a regra será a *nulidade* do acto. Quanto aos restantes, de que cumpre salientar os vícios relativos ao conteúdo discricionário do acto que, recorda-se, traduzem uma deficiente identificação ou ponderação dos interesses (motivos) em jogo, determinarão, em princípio, a *anulabilidade*⁵⁸.

E terminamos referindo os vícios formais. Dando conta, desde já, que se assiste hoje, na doutrina portuguesa, a um movimento de degradação das formas essenciais em formas não essenciais, naqueles casos em que a preterição da formalidade não tenha impedido a verificação do facto ou a realização do objectivo que com ele se pretendia alcançar⁵⁹. E aceita-se, no mesmo sentido, que destinando-se as formalidades essenciais à garantia dos particulares ou à garantia de boa administração, entende-se que, salvaguardada qualquer destas finalidades, não faria sentido provocar a invalidade de um acto com conteúdo válido (sobretudo, nos casos de acto devido, com conteúdo vinculado)⁶⁰.

Mas detenhamo-nos nos vícios relativos ao procedimento. Uma primeira possibilidade pensável é de um acto ser praticado sem que seja, de todo, precedido do respectivo procedimento, *maxime* quando este seja exigido por lei se bem que a hipótese se possa pôr, também, para os casos em que ele não esteja excluído por natureza. Nestas situações, pensa-se que a sanção adequada é a *nulidade* do acto. Solução que, parece, encontra apoio na lei, ao menos se se entender, como certa doutrina⁶¹, que consubstancia um caso de acto que carece em absoluto de forma legal.

Depois, importa considerar os vícios do procedimento que, podendo ser de índole muito diversa, determinam por isso mesmo uma maior dificuldade em definir com precisão os contornos da sanção mais adequada. Assim, se a regra não deverá deixar de ser a da *anulabilidade* (por exemplo, na hipótese de faltar um acto do procedimento obrigatoriamente exigido por lei) não são de excluir situações de lesão grave do interesse público merecedoras, por isso, de serem sancionadas com a *nulidade* (a título de exemplo, casos graves de falta de audiência dos particulares⁶²). E não são também de excluir excepções à regra de sentido inverso: pode, com efeito, acontecer que, atenta a pequena relevância em termos de lesão do interesse público, a falta de um acto do procedimento possa gerar apenas uma situação de *irregularidade*.

No domínio, ainda, dos vícios relativos ao procedimento, cumpre referir os vícios nos actos do procedimento, por exemplo, uma verificação irregular ou uma avaliação deficiente. Nestes casos, o vício não releva autonomamente mas apenas na

⁵⁸ Vícios no conteúdo discricionário dos actos que não se esgotam, como se viu, no tradicional “desvio de poder”.

⁵⁹ Sobre este processo, *vide* Vieira de Andrade, *ob. cit.*, pág. 306 e segs.

⁶⁰ Neste sentido, Sérvulo Correia, *Noções...*, pág. 386.

⁶¹ Esteves de Oliveira - Pedro Gonçalves - Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo comentado*, vol. II, Almedina, 1995, anotação ao artº 133º, pág. 157.

⁶² Com dúvidas sobre se nesta situação não estaremos também perante um vício de “ausência absoluta de forma legal”, mas defendendo a posição contrária, *vide* autores e obra citada na nota anterior, pág. 157.



medida da influência que venham a exercer sobre o acto. Destinando-se a generalidade dos actos do procedimento, sobretudo os actos preparatórios, a dotar o administrador de todos os elementos necessários à produção da decisão final, pode acontecer que o vício venha a ser determinante mas também pode acontecer que nenhum relevo tenha. Em qualquer dos casos, o que será sancionado não será, autonomamente, o vício no acto do procedimento mas os seus reflexos no acto final.

Sobram os vícios relativos à forma. Que podem ser, recorda-se, a ausência absoluta de forma legal e aquilo que designamos por preterição de formalidades.

Quanto aos primeiros, a regra é a *nulidade*. Nisso convimos com a lei (artº 114º, nº 2, alª f), do CPA) e com a generalidade da doutrina. As dificuldades que neste domínio surgem são de outra índole: a de saber que vícios ali cabem. Para além do já referido vício de ausência absoluta do procedimento e de desrespeito grave pelas formalidades do procedimento, que tratamos em outra sede, parece que nele deverá integrar-se, desde logo, o não acatamento de forma solene que seja legalmente exigível; mas nele se incluem ainda, para certa doutrina, o acto não oficioso que não seja precedido de requerimento, os actos praticados por um órgão colegial fora duma reunião formal e oficialmente realizada e outras situações similares⁶³.

Quanto aos demais vícios, poderão determinar a *anulabilidade* ou constituir mera *irregularidade*, sem consequências sobre a produtividade do acto. Enquadrar-se-á nesta hipótese a falta das menções previstas no artº 105º, do CPA, do mesmo modo que lá cabe a violação do dever de fundamentação (artº 106º). Quanto a este último, convém reter duas notas: a primeira, a de que se trata de um dever formal que se cumpre mediante a apresentação das razões (justificação e motivação) da prática do acto com aquele conteúdo – a adesão à realidade, porém, escapa ao domínio dos vícios formais; a segunda, a de que à falta de fundamentação se devem equiparar as situações de insuficiência, de obscuridade e de incongruência da fundamentação apresentada⁶⁴. Em qualquer destes casos, a sanção será, em regra, a *anulabilidade*.

⁶³ *Idem*, pág. 157.

⁶⁴ Era claro, neste sentido, o artº 8º, nº 2, do Regime do Acto Administrativo, entretanto revogado.

Nota do Autor: Inicialmente pensados e escritos para servir de apoio aos alunos de Direito Administrativo I, os apontamentos que ora se publicam reflectem necessariamente essa sua intenção principal. Intenção que se pretende manter e que se nota, nomeadamente, em aspectos como a remissão para matérias anteriormente estudadas e a indicação genérica da bibliografia de apoio, mediante a remissão em bloco para as obras principalmente consultadas. Houve, contudo, que proceder a algumas alterações. Porque, por um lado, os seus potenciais destinatários são agora um público que não se restringe aos alunos: impõe-se, por isso, que sem lhe adulterar o carácter de “sumário das lições” se proceda a algumas modificações do texto original, por forma a torná-lo acessível a quem não frequentou as aulas, nomeadamente as aulas respeitantes a matérias que na sistemática do plano da disciplina precedem o tema dos “vícios do acto administrativo” e cujo conhecimento é dado por adquirido. Não é de estranhar, assim, que para além de pequenas alterações de forma – de maior monta na parte final que originalmente se encontrava redigida sob a forma de tópicos –, se remeta o leitor para referências bibliográficas que se põem em nota de pé de página, porventura em medida maior do que aquela que seria desejável num trabalho desta natureza. Por outro lado, também a entrada em vigor do Código do Procedimento Administrativo e a consequente revogação do Decreto-Lei nº 23/85/M, de 23 de Março, nos obriga a alterar o texto original, por forma a adaptá-lo àquele diploma.

