

Impugnabilidade dos actos praticados ao abrigo do art. 128.º, n.º 2, do CPTA e inconstitucionalidade da norma habilitante

1 – Identificação e enquadramento da questão

1.1 – A questão que se intenta esclarecer por via do presente estudo passa por apurar se é processualmente admissível, e, caso a resposta se mostre positiva, em que termos, que o destinatário de *actos* praticados pelas autoridades administrativas, em ordem a dar cumprimento ao dever que lhes incumbe por força do disposto no art. 128.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), proceda à respectiva impugnação jurisdicional autónoma junto dos tribunais administrativos.

Na verdade, de acordo com o estabelecido no art. 128.º, n.º 1, do CPTA, «quando seja requerida a suspensão da eficácia de um acto administrativo, a autoridade administrativa, recebido o duplicado do requerimento, não pode iniciar ou prosseguir a execução, salvo se, mediante resolução fundamentada, reconhecer, no prazo de 15 dias, que o diferimento da execução seria gravemente prejudicial para o interesse público».

Acrescenta-se, por sua vez, no n.º 2 do mesmo preceito legal que, «sem prejuízo do previsto na parte final do número anterior, *deve a autoridade que receba o duplicado impedir, com urgência, que os serviços competentes ou os interessados procedam ou continuem a proceder à execução do acto*».

No fundo, de acordo com o disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 128.º do CPTA, as autoridades administrativas requeridas no contexto de providências cautelares de suspensão da eficácia de actos administrativos encontram-se adstritas ao

cumprimento de um *duplo dever*: por um lado, ficam proibidas, por si próprias, de iniciar ou prosseguir com a execução do acto suspendendo; por outro lado, ficam incumbidas de impedir, com urgência, que os serviços competentes ou os interessados o façam ou, de harmonia com a letra da lei, *procedam ou continuem a proceder à execução do acto*.

O que releva para a economia do presente estudo é, porém e sobretudo, esta segunda dimensão ou componente do aludido dever e que se consubstancia, afinal, na obrigação de impedir que o acto suspendendo seja objecto de “execução” por um qualquer terceiro interessado beneficiário dos efeitos jurídico-administrativos que do mesmo acto se desprendem.

Com efeito, o que está em causa é, precisamente, a adopção – sem que tenha havido prévia *resolução fundamentada* – de “operações de execução” de um acto administrativo (cuja suspensão de eficácia foi requerida) por parte do respectivo destinatário: *v. g.*, construção de uma casa ao abrigo de uma *licença urbanística*; exercício de profissão após *inscrição* em ordem profissional ou de actividade comercial após *licença de exploração*; montagem de estrutura ao abrigo de *licença de utilização privativa de domínio público*; destruição de árvores na sequência de *autorização de corte ou arranque*.

Suponha-se então que um *terceiro* em relação a qualquer um desses actos (vizinho, associação ambiental, concorrente, Ministério Público, actor popular) requer a suspensão da respectiva

eficácia e que a autoridade competente – por sua iniciativa espontânea ou após determinação judicial – notifica o destinatário do acto, a determinar-lhe o cumprimento do dever previsto no art. 128.º, n.º 2, do CPTA, emitindo, *v. g.*, uma ordem de embarco da obra, uma proibição do exercício da profissão ou uma proibição do abate de árvores, ou praticando acções materiais que têm implícita uma ordem desse tipo.

A questão que se coloca consiste em apurar se o destinatário se encontra em condições de impugnar esses actos que as autoridades competentes praticam em ordem a garantir a observância do dever, que lhes incumbe, de impedir a “execução” do acto administrativo cuja suspensão de eficácia foi requerida.

Trata-se, como se conclui, de “segundos actos”, que se revelam “contrários” a actos anteriores da mesma autoridade administrativa.

1.2 – Antes de avançarmos, impõe-se um esclarecimento sobre o âmbito normativo do art. 128.º, n.º 2, do CPTA, na parte em que se refere ao facto de os interessados procederem ou continuarem a proceder “à execução do acto” – alusão que se apresenta aliás coerente com o teor da epígrafe do artigo: “proibição de executar o acto administrativo”.

Pois bem, afigura-se indiscutível que a actuação desenvolvida “ao abrigo” de um acto administrativo favorável pelo respectivo beneficiário não representa uma *execução* desse acto administrativo. A actividade de construção de uma casa não corresponde à execução do acto administrativo de licenciamento; nem, tão-pouco, a prática de actos médicos se traduz na execução do acto de inscrição na ordem profissional. Nesses casos – como em geral, em todos os casos idênticos –, o acto administrativo consubstancia-se no momento em que a Administração concede, permite ou descondiciona o exercício de uma *actividade privada* ⁽¹⁾. Numa palavra, actuar ao

(1) Se o acto administrativo assume um conteúdo impositivo (ordem ou proibição), a actividade (privada) do

abrigo de actos dessa natureza não é sinónimo de “proceder à execução” dos mesmos, correspondendo, antes e em alternativa, ao exercício de uma actividade privada. Ao contrário, num sentido dogmático rigoroso, a execução de actos administrativos é ainda uma *actividade pública*, da responsabilidade da Administração Pública e que se materializa em operações de execução.

As considerações anteriores reclamam que se interprete a alusão do art. 128.º, n.º 2, do CPTA à execução do acto pelo interessado como referindo-se a toda e qualquer actuação exercida ou desenvolvida pelo interessado “ao abrigo” ou “com fundamento” no acto administrativo. Verdadeiramente, não se nos afigura que possa ser outro o sentido útil da norma em equação.

2 – Da qualificação dos “segundos actos” como actos administrativos

2.1 – Na interpretação que aqui se acolhe, os por nós designados “segundos actos” – praticados ao abrigo do art. 128.º, n.º 2, do CPTA – devem ser perspectivados como actos administrativos em sentido estrito, autonomamente lesivos da esfera jurídica dos respectivos destinatários.

De facto, concorrem neles todos os caracteres que a doutrina (hoje pacífica) individualiza como elementos estruturalmente constitutivos desta forma de actuação da Administração.

Defrontamo-nos, em ambos os casos, no estrito rigor dos termos e na esteira de ROGÉRIO SOARES, com uma «*estatuição autoritária, praticada por um sujeito de direito administrativo no uso de poderes jurídico-administrativos, relativa a um caso concreto e destinada a produzir efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos*» ou, caso se prefira, com uma «*estatuição de autoridade (“reguladora”)*,

particular destinatário traduz o *cumprimento* ou *acatamento* do disposto no acto.

produzida por um órgão administrativo, que visa definir estavelmente a situação jurídica dos particulares num caso concreto, com “efeitos externos”»⁽²⁾.

Em equação está sempre, em última instância e no fundo, a definição unilateral, autoritária e inovadora, por um sujeito de direito administrativo e ao abrigo de normas de direito público (essencialmente normas de competência), dos efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos, relativos a uma determinada situação individual e concreta⁽³⁾.

Ora, a decisão de uma autoridade administrativa que impede o beneficiário de uma concessão, licença ou autorização de desenvolver a actividade concedida, licenciada ou autorizada corresponde, inequivocamente, a um acto administrativo desfavorável de carácter impositivo (*proibição* ou *ordem*) cujos efeitos se repercutem na esfera jurídica do beneficiário daqueles “primeiros actos”.

Acresce, por outro lado, que esses “segundos actos” se perspectivam como *actos secundários* ou de 2.º grau, porquanto encerram em si mesmos a virtualidade de, na prática, suspenderem a eficácia dos “primeiros actos”. Na verdade, por força dos mesmos, o respectivo destinatário vê-se efectivamente privado do direito de beneficiar da eficácia jurídica favorável dos “primeiros actos” (licença, concessão, autorização, inscrição, etc.). Aos “segundos actos” preside a intenção delibe-

rada de interferirem na situação jurídica criada pelos “primeiros”.

Até aí, até ao momento de notificação dos “segundos actos”, a situação jurídica criada pelos “primeiros” mantinha-se intocada, uma vez que, é de vital importância recordá-lo, a apresentação do requerimento para decretamento da suspensão da eficácia de actos administrativos o mais que implica é o dever automático, imediatamente decorrente da lei, para a autoridade administrativa requerida, de não iniciar ou prosseguir com a execução do acto; e, além disso, a obrigação de, impedir que terceiros (contra)-interessados o façam.

Dito de outro modo, com a apresentação da providência cautelar destinada a suspender a eficácia de acto administrativo há apenas lugar à produção de um efeito legal inovatório que visa operar num plano material, traduzido, mais especificamente, na proibição de execução do acto administrativo suspendendo. Mas não se verifica qualquer suspensão automática, ainda que a título provisório, dos efeitos jurídico-administrativos do acto suspendendo – daqui decorre que a execução do acto contra a proibição da lei (no caso da Administração) ou contra a proibição administrativa (no caso de interessados) é ilegal, não por não estar ancorada num título jurídico eficaz, mas sim por infringir um comando legal ou administrativo.

O que significa, insiste-se, que a suspensão dos efeitos do acto opera apenas com a eventual decisão judicial de efectivo provimento da providência, mantendo-se, até lá, intacta a operatividade jurídica plena do acto suspendendo⁽⁴⁾.

(2) J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 2011, pp. 129 e segs.

(3) Essencialmente nestes moldes, v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., 1997, pp. 546 a 567, bem como, ainda que em diferente contexto, J. M. SÉRVULO CORREIA, “Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, 2001, pp. 1169 e 1182, que refere, a este propósito, que «o acto administrativo conforma – que é o mesmo que dizer que define inovatoriamente ou regula – a relação jurídica administrativa», acrescentando, ainda, mais adiante, que o acto administrativo corporiza o «exercício de competências administrativas de definição unilateral imperativa de situações jurídicas administrativas».

(4) Sustentando que não há qualquer margem para afirmar uma suspensão provisória da eficácia do acto em virtude da simples apresentação do requerimento cautelar, v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., 2010, p. 855, e, no mesmo sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 2011, pp. 320-321 (n. 872).

Se assim é, como parece não poder seriamente questionar-se, então tal significa que os destinatários dos actos objecto de pedidos de suspensão de eficácia só podem ficar impedidos de retirar todos os efeitos aos mesmos associados no caso de haver lugar à adopção de *medidas administrativas* que toquem inovatoriamente a sua esfera jurídica, criando para eles a obrigação de não exercer o poder ou direito em que foram investidos através da outorga da concessão, licença, autorização, etc.

Assim, enquanto para a autoridade administrativa requerida o dever de não iniciar ou prosseguir com a execução do acto suspendendo deriva, directa e imediatamente, da lei (confrontamo-nos aqui com uma *obrigação negativa* fundada *ex lege*), já o mesmo não sucede com os interessados particulares, porquanto estes últimos não são directamente afectados pela norma em questão (art. 128.º, n.º 2, do CPTA); a norma dirige-se à autoridade administrativa, impondo-lhe a prática de actos com um conteúdo especificado.

Estes actos – “segundos actos” –, ainda que produzidos em aplicação directa de uma norma jurídico-processual (que actua aqui, algo atipicamente, como *norma de competência*), vão desencadear um severo efeito constrictor da esfera jurídica dos respectivos destinatários, conformando-a unilateral, imperativa e inovatoriamente. Tudo isto necessariamente determina que nos confrontemos com actos dotados de efeitos externos e autonomamente lesivos dos direitos e interesses dos destinatários.

2.2 – O que vem de se dizer vale *nos mesmos termos* para os casos em que a proibição de execução do acto resulta de iniciativa espontânea da autoridade administrativa e para aqueles em que a mesma é “determinada” ou imposta a essa mesma autoridade por despacho do tribunal.

Com efeito, a existir, um despacho judicial a “determinar” à autoridade administrativa o cumprimento do dever de proibição previsto no

art. 128.º, n.º 2, do CPTA carece de qualquer conteúdo dispositivo autonomamente conformador da relação processual em causa, o que faz dele, sobretudo, um *despacho de mero expediente* [art. 156.º, n.º 4, do Código de Processo Civil], uma vez que a sua vocação é, tão-somente e quando muito, contribuir para o esclarecimento de uma dúvida processual específica, e não a composição da lide ou do conflito de interesses entre as partes processuais. Um despacho que se limita, pois, a prover ao andamento regular do processo sem interferir no conflito de interesses entre as partes, o que significa, afinal, que é de rejeitar a sua qualificação, nesta sua apontada projecção, como *despacho-sentença*.

Com o que se quer dizer que o que está verdadeiramente em questão não são actos da Administração praticados “em execução de uma decisão judicial”, mas, antes e em contrapartida, decisões administrativas de carácter autoritário, unilateral e inovatório ditadas “em directa e imediata execução da lei”, que, por se apresentarem como decisões administrativas revestidas de efeitos externos e dotadas de uma capacidade lesiva autónoma dos direitos e interesses legalmente protegidos dos seus destinatários, se devem ter como passíveis de impugnação junto da jurisdição administrativa em actuação da respectiva função processual ou contenciosa ⁽⁵⁾.

2.3 – Por fim, uma nota complementar para sublinhar a natureza *vinculada* do acto praticado ao abrigo do art. 128.º, n.º 2. A letra da lei é esclarecedora quanto a este ponto: «*deve* a autori-

⁽⁵⁾ Pelo que concerne à função processual ou contenciosa do acto administrativo, que se analisa na circunstância de este levar, por princípio, associada uma garantia constitucional e legal de intervenção fiscalizadora dos tribunais através de uma forma específica de acção, v. J. M. SÉRVULO CORREIA, *ob. cit.*, pp. 1155 a 1187, e J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, 2001, pp. 1212 a 1216.

dade ... impedir (...). Uma *inacção* corresponde, neste caso, ao *incumprimento de um dever legal*. Vale isto por dizer que o acto a praticar configura um *acto administrativo legalmente devido de conteúdo vinculado*; na verdade, além de impor à autoridade a adopção de um acto administrativo, a lei indica ainda o conteúdo que esse acto deve assumir: «impedir que os interessados procedam ou continuem a proceder à execução do (primeiro) acto».

3 – Da inconstitucionalidade do art. 128.º, n.º 2, do CPTA

Enquanto actos administrativos, os actos que as autoridades competentes praticam ao abrigo do art. 128.º, n.º 2, do CPTA, são impugnáveis nos tribunais da jurisdição administrativa.

E há boas razões para os impugnar. Na verdade, julgamos que os actos praticados ao abrigo daquela disposição do CPTA padecem de um *vício substancial* concretizado na *falta de base legal*. Como se procurará demonstrar a seguir, a referida disposição é inconstitucional, por violação do preceituado nos arts. 20.º e 268.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Na verdade, o princípio da tutela jurisdiccional efectiva, nas suas múltiplas refrações, implica, desde logo, como seu predicado indefectível, que todo o processo deva estar informado pelo «*princípio da equitatividade*»⁽⁶⁾.

Trata-se de uma exigência que tem por destinatário directo o legislador e que significa, basicamente, que o processo deve ser estruturado em termos substantivamente justos, ou seja, o postulado do processo equitativo impõe «a con-

formação do processo de forma materialmente adequada a uma tutela judicial efectiva»⁽⁷⁾.

O *princípio do processo equitativo* ou o *direito a um processo equitativo* tem, por sua vez, outros corolários essenciais, havendo que destacar, neste contexto e tendo em atenção a sua relevância para a economia do presente estudo, «(i) o *direito à igualdade de armas* ou *direito à igualdade de posições no processo*, com proibição de todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias, e (ii) o *direito de defesa* e o *direito ao contraditório*, traduzidos fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar as provas da outra parte, pronunciar-se sobre o valor e resultado destas provas(...)

⁽⁸⁾.

Ora, o que se passa é que o preceito sob análise, o n.º 2 do art. 128.º, ao arripio da lógica global que preside à conformação jurídico-normativa de toda a tutela cautelar (*v. g.*, arts. 120.º, n.os 2 e 3, 124.º, 125.º, 126.º, 131.º e 132.º do CPTA) e que assenta justamente na preocupação de garantir a ponderação material e devida articulação processual entre os interesses contrastantes dos diversos protagonistas do processo – requerentes e requeridos (aí incluídos os contra-interessados) –, padece de um *défice manifesto de consideração dos interesses dos contra-interessados*, que aí são, pode bem dizer-se, completamente ignorados ou desprezados⁽⁹⁾.

O regime da tutela cautelar moldado pelo CPTA renuncia, neste segmento específico, a conceder qualquer protecção mínima aos contra-interessados, «visto que não toma em consideração os seus interesses na execução imediata do acto, que podem ser comparativamente mais

⁽⁶⁾ Por relação ao princípio da tutela jurisdiccional efectiva, nas suas variadas projecções, *v. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa (Anotada)*, vol. I, 2007, pp. 406 a 419, e vol. II, 2010, pp. 827 a 834, bem como J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa, cit.*, pp. 141-158.

⁽⁷⁾ Assim, *v. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit.*, vol. I, p. 415.

⁽⁸⁾ *Idem, ibidem.*

⁽⁹⁾ Considerando, justamente, a *ponderação de todos os interesses em jogo* como um dos predicados indefectíveis da tutela cautelar, *v. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, A Justiça Administrativa, cit.*, pp. 310 a 313.

relevantes e merecedores de tutela do que os do requerente»⁽¹⁰⁾.

Ou seja, o legislador esquece, ostensivamente, ao contrário do que sucede, por exemplo, com a lei processual alemã, os problemas específicos e especialmente complexos, verificados sobretudo no contexto das relações jurídico-administrativas de natureza urbanística, ambiental e concorrencial, levantados pela existência de relações poligonais ou multipolares, em que em jogo não estão apenas os interesses bilaterais e linearmente contrapostos dos requerentes e da Administração requerida, mas igualmente os de terceiros (contra-interessados), que podem vir a ser directamente afectados pela resolução que vier a ser tomada no quadro destes processos em que se confrontam interesses de vária ordem de natureza conflituante.

Só uma ponderação material complexa destes vários interesses contrastantes, emergentes de relações multipolares ou poligonais, tomando como horizonte de referência a situação de facto concretamente em causa, permite sopesar e temperar, em termos adequados, as posições jurídicas subjectivas dos vários intervenientes no processo, em ordem a aferir qual ou quais delas devem merecer preferência ou preponderância em face dos prejuízos (maiores ou menores) para as mesmas decorrentes da proibição (ou não) da execução do acto.

Assim, fácil é concluir que a bondade da solução legal estaria inteiramente dependente de haver lugar a esta ponderação de prejuízos ou de danos, devendo privilegiar-se a posição dos requerentes se fossem os direitos ou interesses destes que saíssem em concreto mais prejudicados da execução imediata do acto ou, em alternativa, conferir prevalência à posição dos requeridos (aí incluídos os contra-interessados) se acaso fossem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos a sofrer maior dano por força da não execução imediata do acto.

⁽¹⁰⁾ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, cit., p. 320 (n. 871).

Em lugar de assim fazer, o legislador optou, deliberadamente, por atribuir, em abstracto e à margem de quaisquer considerações de justiça material, *prevalência sistemática, automática e sem excepção*, aos interesses dos requerentes por relação aos dos contra-interessados, não abrindo qualquer espaço à ponderação jurisdicional, que potenciaria, com toda a certeza, a construção de soluções mais equilibradas em função das circunstâncias específicas de cada caso concreto.

Confrontamo-nos, deste modo, com um claro tratamento discriminatório e de favor, arbitrariamente dispensado pelo legislador aos interesses dos requerentes da providência de suspensão de eficácia de actos, no que se configura uma discriminação injustificada e arbitrária da sua posição por relação à dos contra-interessados, sem que estes tenham, sequer, o direito de ser ouvidos ou de exercer o contraditório, expondo, designadamente, as suas razões de facto e de direito sobre a solução a perfilhar pelo juiz em cada situação.

E nem se diga, desvalorizando o nosso argumento, que as posições jurídicas substantivas sustentadas pelos contra-interessados no processo beneficiam sempre de uma espécie de tutela *reflexa* ou *indirecta* em função da sua necessária convergência ou coincidência com o interesse público prosseguido no processo pelas autoridades requeridas, as quais estariam sempre em condições de lançar mão do expediente da “resolução fundamentada”, desde que para o efeito invocassem razões de interesse público devidamente justificadas.

Na verdade, esta coincidência ou convergência de interesses é, não raras vezes, meramente aparente ou eventual, sendo o interesse público em muitos casos relativamente indiferente ou mesmo neutral por relação aos interesses privados dos contra-interessados, que se vêem, por essa forma, relegados para uma *situação de total e absoluta indefesa* no que concerne à protecção dos seus direitos ou interesses legítimos.

Em termos práticos, o cenário que se nos oferece é o seguinte: um qualquer particular obtém,

a seu pedido, uma concessão, uma licença ou uma autorização ou um outro acto que o investe no poder de desenvolver uma determinada actividade. Este mesmo particular prepara-se para começar ou começa mesmo a desenvolver a actividade para que foi habilitado e, em determinado momento, vê ser pedida no tribunal a suspensão da eficácia do acto administrativo ao abrigo do qual ele vem exercendo a actividade.

A autoridade administrativa requerida, eventualmente por não ver razões para invocar grave prejuízo para o interesse público, não avança com a “resolução fundamentada” e, *como legalmente devido*, proíbe o particular de exercer ou de continuar a exercer a actividade que ela mesmo concedeu, licenciou ou autorizou. Tudo isto, sempre, sem que os interesses do particular especificamente em causa tenham sido (ou devessem, sequer, legalmente tê-lo sido) ponderados ou tomados em consideração e sem que o mesmo, em algum momento, pudesse apresentar as suas razões para justificar a *preponderância*, no caso concreto, dos seus interesses próprios sobre os dos requerentes.

Dito noutros termos, porventura mais impressionantes, ainda que, por um lado, a providência cautelar apresentada se revelasse manifestamente infundada e, com toda a probabilidade, o requerente viesse a decair na acção cautelar e, por outro lado, os prejuízos sofridos pelo particular contra-interessado fossem de difícil reparação ou conduzissem a uma situação de facto consumado, deveriam, em qualquer caso, prevalecer os interesses do requerente ⁽¹¹⁾.

Em síntese, temos uma situação em que a lei confere aos requerentes de providências cautelares um *poder soberano de veto* sobre o exercício de actividades privadas devidamente concedidas, licenciadas ou autorizadas, ficando, por sua vez, os titulares das concessões, licenças ou

autorizações inteiramente cativos das *investidas cautelares* – ainda que dispondo de um título jurídico plenamente válido e eficaz. E a situação de total sujeição de uma das partes ao poder de veto da outra vale mesmo que a *investida cautelar* se revele abusiva e despida, por isso, de qualquer fundamento legal sério ou juridicamente relevante. Seria difícil imaginar, em contexto judicial, um cenário de poder mais soberano de um particular sobre outro particular.

Todo este chocante quadro, diga-se, potenciado, ou melhor, criado, em bom rigor, por um legislador que não teve, pura e simplesmente, em devida linha de conta os direitos e interesses legalmente protegidos dos contra-interessados em matéria de proibição da execução do acto administrativo por simples efeito da apresentação de uma providência cautelar destinada a suspender a sua eficácia, sacrificando-os ou imolando-os, sem qualquer razão aparente, em homenagem aos interesses, misteriosamente elevados a um patamar de intangível supremacia, dos requerentes de providências cautelares, cuja posição, independentemente da sua efectiva consistência material e independentemente também da densidade dos interesses de que são titulares, apenas pode ceder em caso de resolução fundamentada das autoridades administrativas requeridas.

Claro está que é fácil entrever que uma norma alicerçada em fundamentos tão débeis, neste caso particular porque em frontal contradição com a Constituição, não pode superar o teste da sua conformidade com o articulado da lei fundamental, devendo, por isso, ser tida como uma norma materialmente inconstitucional por infracção do disposto nos arts. 20.º e 268.º ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Qualificando esta situação como chocante, v. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa, cit.*, p. 320 (n. 871).

⁽¹²⁾ Inclinando-se definitivamente neste sentido, ainda que em termos puramente incidentais e sem ser a propósito da norma especificamente em causa, v. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, vol. II, p. 949.

Daí resulta, concomitantemente, a invalidade dos actos praticados ao seu abrigo, por *falta de base legal*.

Esta é, em boa verdade, a sanção cominada por lei para o acto administrativo que efectiva a aplicação de uma norma inconstitucional, discutindo-se apenas, aliás abundantemente, na doutrina se o acto de aplicação de uma norma

inconstitucional deve, por essa razão, ser considerado um acto administrativo nulo ou, simplesmente, anulável⁽¹³⁾.

Em qualquer cenário, os actos administrativos em causa padecem sempre de um vício invalidante, independentemente de ao caso caber a sanção da nulidade ou, em alternativa, da anulabilidade, conforme se afigura preferível.

PEDRO COSTA GONÇALVES

BERNARDO AZEVEDO

(13) Propendendo declaradamente para a primeira das consequências apontadas, no contexto de uma abundante reflexão sobre o quadro de alternativas equacionáveis, v. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*, 2004, pp. 413 a 433 (com especial incidência para o que se sustenta nas pp. 426 a 433), e, em sentido divergente, optando pela consequência da mera anulabilidade, por erro sobre os pressupostos de direito, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *ob. cit.*, p. 643.