

ANOTAÇÃO

FUNDAMENTAÇÃO DE ACTOS VINCULADOS

Pelo Dr. José Osvaldo Gomes

1. No Supremo Tribunal Administrativo vinha-se firmando uma corrente jurisprudencial, segundo a qual *era irrelevante a fundamentação concreta do acto praticado no exercício de poderes vinculados, quando os efeitos jurídicos por ele produzidos correspondessem à decisão que se impunha em face dos pressupostos existentes.*

Nesta linha foi decidido, além do mais, o seguinte:

— É válido o acto que recusou atribuir uma determinada categoria a funcionário com fundamento na falta de habilitações, se a lei não permitir tal atribuição em face da situação ou categoria que o interessado detinha à data da publicação do diploma em causa — v. Ac. Trib. Pleno, de 14-9-1979, in *A.D.* 218/224 (1)(2).

(1) Neste aresto discutia-se a legalidade de uma acto administrativo praticado em 9 de Junho de 1976, isto é, antes da publicação do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho.

A avocação dos argumentos nele assumidos é ilegítima, pois à data da prática do acto não existia o dever de fundamentação expressa.

(2) No Ac do S.T.A., de 6-3-980 defendeu-se o princípio do aproveitamento dos actos administrativos, mas não o aplicou ao caso *sob judice* — v. *Ac. Dou.* 227/1238 e *Rev. Leg. Jur.*, ano de 113.º, n.º 3679, pp. 338 e segts.

- «Na hipótese concreta em apreço, o Secretário de Estado não conheceu do recurso hierárquico porque erradamente interpretou a declaração de vontade do recorrente no sentido de uma reclamação para o autor do acto.

Mas, se correctamente a tivesse entendido como o desejo de interpor recurso hierárquico, não devia tomar conhecimento dele, por isso que o recurso foi ilegalmente interposto perante a autoridade *a quo* e chegou junto da autoridade *ad quem* depois de esgotado o prazo de interposição do recurso.

Quer dizer: no ordenamento jurídico foram introduzidos os efeitos que a lei impõe. Logo, não houve violação de Lei» — Ac. S.T.A. de 10-11-983, in *A.D.* 267/300 e *Rev. Ord. Adv.*, Ano 45, Lisboa, Abril 1985, p.p. 199;

- «Para ser aberta farmácia em localidade com menos de 10 000 habitantes, é necessário a verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

- a) Que depois da abertura da nova farmácia, haja a proporção de uma farmácia para um mínimo de 7000 habitantes, no concelho;
- b) Que não haja, na povoação onde se pretende abrir a nova farmácia, outra já aberta ao público.

Tendo o despacho recorrido indeferido o pedido de abertura de nova farmácia, com o fundamento de se não verificar nenhum daqueles requisitos, quando na verdade só se não verificava o segundo, é aquele despacho de ser mantido, em homenagem ao princípio geral do direito administrativo do aproveitamento dos actos administrativos, praticados na área de poderes vinculados, pois sempre a pretensão do requerente tinha de ser indeferida» — Ac de 29-11-984, in *A.D.* 290/125;

- O princípio do aproveitamento do acto administrativo «conduz à validade de acto administrativo praticado com apelo à legislação revogada, quando os pressupostos estabelecidos na lei nova coincidem com os fixados nas leis antigas e que o acto tomou como base de decisão» — Ac. S.T.A. de 21-1-986, in *A.D.* 293/560;

- «O despacho de indeferimento de um pedido de concessão de reserva em prédio rústico expropriado que diz «indeferido por extemporaneidade» não está fundamentado de modo a satisfazer as exigências legais relativas à fundamentação dos actos administrativos.

Esse defeito, porém, é irrelevante por a Administração, ao indeferir esse pedido, apresentado em 26 de Fevereiro de 1981, estar vinculada pelo disposto no artigo 7.º/1 do Decreto-Lei n.º 81/78, de 29 de Abril (estabelece os prazos de caducidade para requerer a atribuição de reservas na zona da reforma agrária) — v. Ac. S.T.A., de 13-3-986, in *Bol. Min. Just.*, 355/231 (3);

- Os incentivos do SIII não podem ser concedidos se à data do requerimento estava já ultrapassada a fase do projecto, sendo irrelevante a fundamentação concreta do acto praticado no exercício de poderes vinculados, quando os efeitos jurídicos por ele produzidos correspondem à decisão que se impunha em face dos pressupostos existentes — Ac. S.T.A. (2.ª Secção de 14-10-987, in *A.D.* 325/49 (4)).

A tese enunciada não tinha fundamento legal e levava a consequências inaceitáveis, pelo que se saúda a nova orientação consagrada no Acórdão em anotação, embora ainda nos pareça insuficiente (5).

(3) Este acórdão da 1.ª Secção foi revogado pelo Ac. do Pleno, de 21-6-988, que anulou o acto recorrido por falta de fundamentação.

(4) O princípio do aproveitamento dos actos administrativos nos casos referidos foi também defendido nos Acórdãos do S.T.A. de 14-10-87, *A.D.* 325/49 e 314/209; Ac. do Trib. Pleno de 23-7-87, *Bol.* 369/571; de 13-3-86, *Bol.* 355/231; de 21-01-86, *A.D.* 293/569; de 17-10-85, *A.D.* 294/679 e 292/400; de 3-2-83, *A.D.* 258/739; de 6-3-80, *A.D.* 227/1231; de 30-11-78, *Bol.* 304/456.

(5) Esta nova orientação foi, segundo julgamos, consagrada primeiramente no Ac. Trib. Pleno, de 21-6-988 (Rec. 16 712) e foi seguida, entre outros, no Ac. Trib. Pleno, de 25-10-988, em anotação; no Ac. da 1.ª Secção, de 19-1-989 (Rec. n.º 22 383) e no Ac. do Tribunal Tributário de 2.ª Instância, de 7-3-989 (Proc. n.º 58 786).

2. Nos termos do artigo 268.º/3 da Constituição ⁽⁶⁾, os actos administrativos de eficácia externa carecem de fundamentação expressa quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

O dever de fundamentação dos actos administrativos está consagrado, em termos amplos, no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, o qual, após enunciar vários tipos de actos sujeitos a fundamentação (n.º 1), estatui o seguinte:

2. *A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anterior parecer, informação ou proposta, que neste caso constituirão parte integrante do respectivo acto.*
3. *É equivalente à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto.*

Antes deste diploma legal, a fundamentação legal era exigida por vários normativos, visando a protecção dos arguidos em processo disciplinar e dos direitos e interesses dos administrados em certas situações.

Assim, exigia-se a fundamentação, nos seguintes casos: decisões proferidas em processos disciplinares, sempre que a entidade competente discordasse da proposta ou das conclusões formuladas no relatório do instrutor (v. artigos 56.º, § 1.º, do Estatuto Disciplinar dos Funcionários Cívicos e 403.º do Estatuto dos Funcionários Ultramarinos); a aplicação de penas (v. Estatuto Judiciário) ou de certo tipo de penas (v. artigo 379.º do EFU); homologação ministerial das resoluções dos corpos administrativos tomadas em processos disciplinares instaurados pelos inspectores

⁽⁶⁾ Corresponde ao artigo 268.º/2, alterado pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro.

Refira-se que, por força da primeira parte deste normativo, os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, sendo agora irrelevante, para efeitos contenciosos, a sua publicação, mesmo quando redigida por Lei.

administrativos ou de finanças (v. § 2.º do artigo 605.º do Código Administrativo); decisões de júris de concursos de provimento em certos cargos (v. Portaria n.º 22 624, de 7 de Abril de 1967, artigo 48.º) (7).

Por outro lado, e em sede de Direito do Urbanismo, muitas foram as disposições que consagraram tal dever: o Regulamento Geral das Edificações Urbanas impunha que as decisões das câmaras municipais que envolvessem recusa ou condicionamento com base em razões de estética fossem fundamentadas em parecer da respectiva comissão municipal de arte e arqueologia (v. artigo 127.º); as resoluções de indeferimento ou deferimento condicionado de pedidos de licenciamento, aprovação de projectos de obras ou de loteamentos urbanos têm sempre de ser fundamentadas, mencionando claramente as razões de recusa ou as condições a observar (v. artigo 15.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 166/70, de 15 de Abril; artigos 7.º, n.º 2, e 12.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho; cf. artigo 4.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 46 673, de 29 de Novembro de 1965) (8); a recusa do alvará de construção civil (v. artigo 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 582/70, de 24 de Novembro); em certos casos, a lei exigia que mesmo certos actos preparatórios — pareceres desfavoráveis — fossem fundamentados (v. artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho).

Face a a tais dispositivos, a nossa doutrina (9) e a nossa jurisprudência (10), embora pronunciando-se pela inexistência de um princípio geral, foram, pouco a pouco, avançando algumas pistas importantes (11).

(7) Sobre o alcance deste preceito, v. Acórdão do STA de 7 de Fevereiro de 1974, na *Colecção*, p. 203.

(8) V. o nosso *Comentário ao Novo Regime de Licenciamento de Obras*, p.p. 111 e segts.

(9) V. Prof. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª ed., Tomo I, p. 155; Dr. Robin de Andrade, *A Revogação dos Actos Administrativos*, p. 346; Prof. André Gonçalves Pereira, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, p. 187.

(10) V. Acórdãos de 1 de Abril de 1976, *A.D.*, 176-177/1112; de 6 de Novembro de 1975, *A.D.*, 186-177/1112; de 6 de Novembro de 1975, *A.D.*, 170/212; de 23 de Outubro de 1975, *A.D.*, 171/342; de 13 de Julho de 1972, *A.D.*, 132/1702; de 18 de Março de 1971, *A.D.* 144/844.

(11) V. a nossa *Fundamentação do Acto Administrativo*, 2.ª ed., pp. 37 e segts.

Depois da publicação do Decreto-Lei n.º 256-A/77, a legislação continuou a consagrar o dever de fundamentar os actos administrativos, nomeadamente, nos seguintes casos:

- O Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março (Lei das Autarquias) determina no seu artigo 83.º:

«As deliberações dos órgãos das autarquias locais, bem como as decisões dos titulares dos seus órgãos, que indefiram petições de particulares serão obrigatoriamente fundamentadas nos termos da lei geral» (12).
- O Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro (*nova lei dos loteamentos*) consagra o dever de fundamentar, entre outros, nos artigos 16.º/2, 17.º/2, 20.º/6, 21.º/2, 29.º/2, 30.º/2, 40.º/2 e 50.º/3;
- O Decreto-Lei n.º 328/86, de 30 de Setembro e o Decreto Regulamentar n.º 8/89, de 21 de Março estabelecem o dever de fundamentar os pareceres e decisões desfavoráveis respeitantes à construção, instalação e funcionamento dos estabelecimentos hoteleiros, dos meios complementares de alojamento turístico, dos conjuntos turísticos, dos empreendimentos de animação, culturais e desportivos de interesse para o turismo, bem como dos estabelecimentos similares dos hoteleiros.

3. No Projecto do Código de Processo Administrativo Gracioso propõe-se:

Artigo 166.º

(Fundamentação do acto)

1. Para além dos casos em que a lei especialmente o exija, devem ser fundamentados os actos administrativos que, total ou parcialmente:

- a) Nuguem, extingam, restrinjam ou, por qualquer modo, afectem direitos ou interesses legítimos ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

(12) Repete quase textualmente o art. 104.º da Lei n.º 79/77, de 25 de Outubro.

- b) Decidam reclamações ou recursos;
- c) Decidam em contrário de pretensão ou oposição formulada por interessado, ou de parecer, informação ou proposta oficial;
- d) Decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais;
- e) Impliquem revogação, modificação ou suspensão de acto administrativo anterior.

2. Salvo disposição da lei em contrário, não carecem de ser fundamentadas nos termos do número anterior as deliberações dos juizes e a sua homologação.

3. A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituirão, neste caso, parte integrante do respectivo acto.

4. Equivale à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto./

5. A fundamentação dos actos orais abrangidos no n.º 1 que não constem de acta deve, a requerimento dos interessados, e para efeitos de impugnação, ser reduzida a escrito e comunicada integralmente àqueles, no prazo de cinco dias, através da expedição de ofício sob registo postal ou de entrega do mandado de notificação pessoal, a cumprir no mesmo prazo.

6. O não exercício, pelos interessados, da faculdade conferida pelo número anterior não prejudica os efeitos da eventual falta de fundamentação do acto.

7. Na resolução de assuntos da mesma natureza poderá utilizar-se qualquer meio mecânico que reproduza os fun-

damentos das decisões, desde que tal não envolva diminuição das garantias jurídicas dos interessados (13).

4. Do cotejo dos dispositivos legais em vigor, podem formular-se as seguintes conclusões com interesse para o tema em análise:

- *Os diplomas legais que dispensarem a fundamentação expressa de actos administrativos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos são inconstitucionais por violação do artigo 268.º/2 da Lei fundamental (14).*
- *A fundamentação dos actos administrativos quando exigível, deve ser expressa, suficiente, clara e congruente (v. art. 1.º/2 e 3 do Decreto-Lei n.º 256-A/77).*

5. Face ao quadro legal descrito, a nossa jurisprudência tem entendido — e bem — que «a fundamentação é um conceito relativo que varia em função do tipo legal do acto administrativo e das circunstâncias em que o mesmo foi praticado» (15).

A afirmação de que a fundamentação é um conceito relativo, apenas sublinha que tem de ser apreciada *in concreto*, não podendo implicar o afastamento das exigências legais.

(13) V. *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 362, pp. 100.

Sobre as divergências entre o regime proposto e o estatuído no Decreto-Lei n.º 256-A/77, v, a nossa *Fundamentação do Acto Administrativo*, 2.ª ed., pp. 45 e segts.

(14) Aplicando este princípio, o Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade material superveniente das normas dos artigos 1.ºs do Decreto-Lei n.º 356/79, de 31 de Agosto e do Decreto-Lei n.º 10-A/80, de 18 de Fevereiro, que consideravam suficientemente fundamentados os actos de transferência ou exoneração de funcionários, praticados legalmente no uso de poderes discricionários, independentemente de qualquer ilícito disciplinar, quando o fundamento invocado fosse da conveniência de serviço (v. Ac. n.º 266/87, in *D.R.*, I Série, de 28-8-1987 e *Bol. Min. Just.* 369/211).

(15) Ac. Trib. Pleno, de 21-1-82, *A.D.* 256/528 e Ac. Trib. Pleno de 25-10-88, *A.D.* 327/371.

Por outras palavras: *em nenhum caso a fundamentação, poderá deixar de ser expressa, suficiente, clara e congruente.*

Na verdade, só satisfazendo tais requisitos, a fundamentação permitirá esclarecer o «itinerário cognoscitivo e valorativo» da autoridade que praticou o acto, de modo que o seu destinatário possa apreender, em condições normais, a motivação relevante para o efeito de saber se foi ou não cometida qualquer ilegalidade, para usarmos expressões do douto Acórdão do S.T.A., de 16 de Julho de 1981 (16).

6. O S.T.A. vinha entendendo que os actos administrativos praticados no exercício de poderes vinculados eram válidos, independentemente da sua concreta fundamentação.

Partindo desta premissa, parece que a função do Tribunal consistiria em apurar, em primeiro lugar, se o acto foi ou não praticado no exercício de um poder vinculado. Em caso afirmativo e dado que a fundamentação concreta era irrelevante, ter-se-ia de concluir imediatamente pela sua validade.

Este *iter* cognoscitivo marginalizaria completamente as ilegalidades do acto recorrido, ou, se preferirmos, os vícios alegados pelo recorrente.

Dando-se conta que esta via levaria necessariamente à afirmação injustificada e absurda da validade dos actos praticados no exercício de poderes vinculados, os nossos Tribunais não só apreciam os demais vícios, como aferem a sua validade face aos pressupostos fixados na lei, procurando apurar se os efeitos jurídicos produzidos pelo acto correspondem à decisão que se impunha em face de tais pressupostos.

No fundo, o tribunal começa por interpretar a lei e fixar os pressupostos da sua aplicação, para depois apurar se eles se verificam *in casu*.

Na hipótese afirmativa, rejeita o recurso considerando o acto válido; na hipótese negativa, dará provimento ao recurso com base em erro nos pressupostos e não em falta de fundamentação.

(16) V. *Rev. Dir. Adm.* n.ºs 8-9/234.

Daqui resulta que, embora se afirme a irrelevância nestes casos da concreta fundamentação do acto, o tribunal vem a fundamentá-lo, descobrindo e enunciando os seus motivos de direito e de facto.

O tribunal, ao contrário do que se refere no Acórdão do Tribunal Pleno de 21 de Junho de 1988, não vai «suprir, por mera presunção, o pensamento e a vontade do autor do acto em causa, como se porventura tivessem sido essas as razões *realmente determinantes da sua prática*», mas vai *descobrir e enunciar os fundamentos de facto e de direito que ele considera relevantes* (17).

Em resumo: *o tribunal dispensa a Administração de fundamentar expressamente os actos praticados no exercício de poderes vinculados, depois de apurar que se verificam os pressupostos fixados na lei, isto é, depois de ter descoberto e enunciado os seus fundamentos legais.*

7. A tese enunciada assenta no princípio do aproveitamento dos actos administrativos, e invoca em seu favor os seguintes argumentos principais:

- «... tendo a Administração que agir vinculadamente, é o rigor de observância dos pressupostos legais que interessa à validade do acto, não os concretos fundamentos que tenham sido adoptados» (18).

(17) Foi a orientação seguida em França pela jurisprudência dos «moyens inopérants» e que actualmente é rejeitada, especialmente a partir da Lei n.º 79-587, de 11 de Julho de 1979, que estabeleceu o dever de fundamentação escrita de certos tipos de actos.

V. André CALOGEROPOULOS, *Le Contrôle de la Legalité Externe des Actes Administratifs Unilatéraux*, Paris, 1983, pp. 281 e segts.

V. nossa *Substituição de Motivos do Acto Administrativo* e doutrina aí citada.

(18) V. Prof. Afonso Queiró, in *Rev. Direito e Estudos Sociais*, ano III, p. 137; cfr. Acs do S.T.A. de 14-10-87, *A.D.* 325/49 e 314/209; Ac. Trib. Pleno de 23-7-87, *Bol.* 369/571; de 13-3-86, *Bol.* 355/231; de 21-01-86, *A.D.* 293/560; de 17-10-85, *A.D.* 294/679 e 290/400; de 3-2-83, *A.D.* 258/739; de 6-3-80, *A.D.* 227/1231; de 30-11-78, *Bol.* 304/456.

- é «irrelevante a fundamentação concreta do acto praticado no exercício de poderes vinculados, quando os efeitos jurídicos por eles produzidos correspondem à decisão que se impunha em face dos pressupostos existentes» (19);
- «Anular o acto de rejeição porque foi praticado com base num fundamento jurídico erróneo, para facultar à autoridade recorrida praticar juridicamente o mesmo acto, invocando o fundamento jurídico correcto, seria pôr o Tribunal a tomar decisão sem nenhum alcance prático para o recorrente. O que o Tribunal devia fazer e fez era manter o acto de rejeição considerando-o válido para todos os efeitos, como se tivesse sido praticado com base no único fundamento jurídico que o poderia justificar» (20).

Estas razões não me parecem procedentes, conforme demoradamente referi noutro local (21), e pelos motivos que sucintamente aqui se registam:

- a) A fundamentação tem de ser *expressa*, como resulta agora do próprio artigo 268.º/3 da Constituição, não sendo aceitáveis fundamentações antecipadas ou *a posteriori*;

Como se escreveu no Acórdão n.º 266/87 do Tribunal Constitucional, «A CRP, quando impôs no n.º 2 do artigo 268.º a obrigatoriedade de fundamentação expressa, não quis seguramente consagrar a exigência de uma qualquer fundamentação.

O preceito constitucional impõe que a *fundamentação expressa* se reporte ao conceito de fundamentação elaborado pela dogmática administrativa, o qual, segu-

(19) V. Ac. 2.ª Secção, de 14-10-87, A.D. 325/53.

(20) Prof. Afonso Queiró, in *Rev. Leg. e Jur.*, ano 117.º., n.º 3722, p.p. 148. V. Prof. Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, I, pp. 403 e segts. e 465 nota (2).

(21) *Rev. da Ord. Adv.*, Ano 45, Abril 1985, pp. 194 e segts.

ramente, foi considerado pelo legislador constituinte aquando da fixação daquela norma.

O efeito útil daquela imposição constitucional, traduzido num maior rigor da decisão administrativa, numa inteira transparência e frontalidade democráticas dos actos da Administração e numa mais segura protecção dos administrados, não seria alcançado se a fundamentação não comportasse, em todas as circunstâncias, os requisitos que se deixaram assinalados» (clareza, suficiência e congruência) ⁽²²⁾.

- b) A exigência legal da fundamentação é aplicável a todos os tipos de actos, nada permitindo distinguir entre actos praticados no exercício de poderes vinculados e actos praticados no exercício de poderes discricionários;
- c) A fundamentação, embora seja mais relevante na segunda categoria de actos, não é de modo nenhum dispicienda na primeira, pois a lei confere sempre à Administração certa discricionariedade, reconhecendo-se em todos os casos o poder de, dentro de certos limites, modelar o conteúdo do acto administrativo face às situações conflituantes da vida.

Já o Prof. Marcello Caetano sublinhava que a «fundamentação exerce no acto resultante do exercício de poderes vinculados o mesmo papel que na sentença; mostra como os factos provados justificam a aplicação de certa norma e a dedução de determinada conclusão, esclarecendo o objecto do acto» ⁽²³⁾;

- d) O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos consagrado no artigo 268.º/2 da Constituição não pode ser derogado por normas de direito administrativo ordinário, nem por princípios gerais de direito administrativo.

Aliás, é muito discutível a existência do princípio do aproveitamento dos actos administrativos, face à

⁽²²⁾ V. *Diário da República*, I Série, n.º 197, de 28-8-1987, pp. 3337.

⁽²³⁾ *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª ed., tomo I, pp. 478.

garantia do recurso contencioso, ao princípio da legalidade consagrados nos arts. 268.º/4 e 266.º da Constituição (24);

- e) O objecto do recurso é um certo acto administrativo, com determinado conteúdo (25), no qual se integra obviamente a respectiva fundamentação.

O Tribunal ao considerar irrelevante, nestes casos, a concreta fundamentação do acto está a alterar o *petitum* e a *causa petendi*. Se o recorrente tivesse tido conhecimento dos fundamentos do acto invocados *a posteriori* pelo Tribunal poderia ter optado pela aceitação da sua legalidade, não interpondo o recurso contencioso (26);

- f) A anulação do acto não se traduziria numa decisão sem nenhum alcance prático, ou num acto inútil proibido pelo artigo 137.º do Código de Processo Civil, pois, por um lado, a anulação contenciosa tem sempre utilidade,

(24) Este «princípio» não é sequer enunciado pela nossa doutrina e porá em causa a garantia do acesso à justiça administrativa para tutela dos direitos ou interesses, legalmente protegidos, dos administrados (V. art. 268.º/5 da Constituição).

V. Prof. A. Rodrigues Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1978, pp. 310-311; Prof. Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa, 1982, pp. 82.

Na doutrina estrangeira pode ver-se: J.M.AUBY e R. DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif*, 2.ª ed., vol. II, pp. 336 e segts.; JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, 7.ª ed., pp. 76 e segts.; A. DEMICHEL, *Le Droit Administratif*, pp. 84 e segts.; E. GARCIA DE ENTERRIA e T. TAMÓN FERAMDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., vol. I, pp. 73 e segts.

(25) V. Prof. Marcello Caetano, *Manual Direito Administrativo*, 9.ª ed., II Vol., pp. 1329.

(26) No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 256-A/77 escreveu-se:

«... a falta de fundamentação das decisões da Administração dificulta, muitas vezes, a sua impugnação ou sequer uma opção consciente entre a aceitação da sua legalidade e a justificação de um recurso contencioso».

V. Ac. S.T.A. de 27-10-983, *Bol. Min. Just.* 331/584.

No caso de o Tribunal proceder à substituição de motivos, parece-me que seria de aplicar o disposto no artigo 52.º da LPTA e assegurar o cumprimento dos princípios do dispositivo (v. art. 660.º/2 e 664.º do C.P.Civil) e do contraditório.

Aliás, nunca se justificaria, nestes casos, a condenação do recorrente em custas.

pelo menos, no plano pedagógico (27). Além disso, o novo acto não terá em princípio eficácia retroactiva e a anulação contenciosa implicará sempre uma nova reappreciação da situação face às normas legais então em vigor e às condições de facto existentes.

Este entendimento põe em causa a verdadeira função da exigência legal de fundamentar os actos administrativos e a própria função jurisdicional — «le juge passe du rôle de censeur à celui de collaborateur de l'Administration», como refere expressivamente Bernard PACTEAU —, pois estamos perante um contencioso de mera anulação e não de plena jurisdição (28);

- g) As razões invocadas para afastar o dever legal de fundamentar aplicar-se-iam de igual forma para afastar quaisquer outros vícios formais ou orgânicos do acto vinculado.

Na verdade, se considerassemos, na esteira da referida jurisprudência do S.T.A., que tendo a Administração de agir vinculadamente o que importa para aferir a validade dos actos vinculados é que os efeitos jurídicos produzidos correspondam à decisão que se impunha em face dos pressupostos existentes, teríamos obrigatoriamente de concluir serem os actos vinculados apenas impugnáveis com fundamento em vício material.

(27) Já M. LETOURNER sublinhava o «valor moral e educativo» da censura a certos vícios do acto mesmo nos casos de competência vinculada (*compétence liée*) — v. *L'Etendue du Contrôle du Juge de L'Excès de Pouvoir*, E.D.C.E., 1962, pp. 51.

Por seu turno, J.M. AUBY e R. DRAGO, depois de afirmarem ser chocante que nestes casos o juiz «ferme les yeux» em presença de uma ilegalidade, advertem: «En admettant même que l'annulation ne comporte aucun effet pratique elle aurait le caractère d'une sanction infligée à l'administration qui, sans cela, serait portée à ne prendre aucun soin des actes à propos desquels elle exerce sa compétence liée. Les inconvenients seraient encore beaucoup plus grands au cas où il ne s'agirait pas de compétence liée par les lois et règlements mais de compétence liée par le juge.»

V. *Traité de Contentieux Administratif*, 2.ª ed., Paris, 1975, pp. 202, 365 e segts.

(28) V. A nossa *Substituição de Motivos do Acto Administrativo*, in *Rev. da Ord. Adv.*, ano 45, Lisboa, Abril de 1985, pp. 199 e segts.

Se o acto tivesse sido praticado por órgão incompetente, com preterição de formalidades e/ou com falta absoluta de forma legal, também se produziriam os efeitos jurídicos correspondentes à decisão imposta por lei, pelo que tais vícios seriam, na esteira da tese impugnada, irrelevantes.

8. O douto aresto em anotação, afastando-se da orientação jurisprudencial referida, veio, no seguimento do Acórdão do Pleno da Secção de 21 de Junho de 1988 (Rec. n.º 16 612), defender — e bem — o seguinte entendimento:

«... mesmo em situações de poderes vinculados, prevalece e impõe-se a exigência normativa de fundamentação expressa sob pena de anulabilidade por vício de forma, qualquer que seja o regime jurídico substantivo aplicável»⁽²⁹⁾.

Para se determinar o verdadeiro alcance deste juízo, importa distinguir quatro situações relativamente aos actos administrativos sujeitos a fundamentação⁽³⁰⁾:

- a) o acto recorrido não contém quaisquer fundamentos de facto ou de direito;
- b) o acto recorrido contém fundamentos só de facto ou só de direito;
- c) o acto recorrido contém apenas um fundamento de facto e de direito;
- d) O acto recorrido contém pluralidade de fundamentos de facto e de direito.

9. Na primeira hipótese — *falta absoluta de fundamentos* —, o tribunal deverá julgar inválido o acto, por força do disposto no artigo 268.º/3 da Constituição e no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 256-A/77.

Neste caso, a aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo não se traduziria numa *substituição de moti-*

⁽²⁹⁾ A.D. 327/380.

⁽³⁰⁾ Não consideramos aqui os casos em que não existe o dever legal de fundamentar.

vos, mas numa fundamentação *a posteriori* pelo Tribunal, claramente contrária à exigência legal da fundamentação expressa e escrita.

10. Na segunda hipótese — *fundamentação só de facto ou só de direito* —, estamos perante uma fundamentação insuficiente.

Na verdade, o artigo 1.º/2 do Decreto-Lei n.º 256-A/77 determina que a fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão.

Ora, se do acto constam apenas razões de direito, invocando-se um determinado preceito legal sem especificar as razões de facto que integram no caso concreto a sua previsão, ou, segundo outra fórmula, sem «a enunciação sucinta dos factos que integram os pressupostos que justifiquem a aplicação da norma»⁽³¹⁾, estaremos perante uma fundamentação insuficiente⁽³²⁾.

Do mesmo modo, não é suficiente a enunciação apenas das razões de facto, devendo apontar, pelo menos, a doutrina legal, os princípios jurídicos em que o acto se baseia ou a possibilidade de referência inequívoca do acto a um quadro legal determinado⁽³³⁾.

11. Na terceira hipótese — *o acto contém apenas um fundamento de facto e de direito* —, é necessário distinguir entre *actos de conteúdo singular* e *actos de conteúdo múltiplo ou complexo*.

No primeiro caso, estamos perante uma única decisão, pelo que, em princípio, é admissível enunciar apenas um fundamento de facto e de direito. Nestes casos, o que importa averiguar é se a concreta fundamentação satisfaz os requisitos legais da suficiência, clareza e congruência.

(31) V. Ac. S.T.A., de 27-10-82, A.D. 256/528.

(32) V. Acs. S.T.A. de 20-10-87, A.D. 324/1484; de 16-12-986, A.D. 308-309/1143; de 26-6-86, A.D. 306/780; de 28-3-84, A.D. 274/1178; de 21/7/83, B.M.J. 330/532; de 22-4-81, A.D. 242/227; de 8-11-79, A.D. 219/307; e de 29-3-79, A.D. 214/837.

(33) V. Acs. S.T.A., de 4-3-87, A.D. 319/849; de 24-11-84, B.M.J. 332/489; de 29-2-84, A.D. 276/1437; e de 21-2-80, A.D. 220/457.

Se por exemplo, o acto indeferir o pedido de licenciamento de obras, com fundamento na falta de licença de loteamento, invocando o disposto no artigo 15.º/1/c) do Decreto-Lei n.º 166/70, de 15 de Abril, está satisfeita a exigência legal.

No caso de existir licença de loteamento, o acto deve ser anulado não por falta de fundamento, mas por erro nos pressupostos.

Relativamente aos *actos de conteúdo múltiplo ou complexo*, entendemos que o dever de fundamentar abrange todo o conteúdo ou as decisões nele, expressa ou implicitamente, incluídas (34).

Em relação a todas e cada uma delas tem de haver uma fundamentação expressa.

No caso, por exemplo, de ser declarada a expropriação com carácter de urgência e autorizada a posse administrativa dos prédios a expropriar (v. arts. 9.º, 14.º e 17.º do Código das Expropriações), estamos perante um acto com várias decisões (35).

Daí resulta que tem de ser enunciada uma pluralidade de razões de facto e de direito, capazes de fundamentar a expropriação, mas também o seu carácter urgente e a posse administrativa, pois a lei estabelece requisitos específicos para cada uma destas decisões.

O Supremo Tribunal Administrativo já decidiu — e bem — que «os actos que declarem a urgência da expropriação por utilidade pública devem ser fundamentados pela narração, ainda que sucinta, dos factos que constituem os motivos específicos que determinaram a autoridade a usar o poder discricionário de fazer tal declaração» (36).

Por seu turno, dependendo a posse administrativa de requisitos específicos — indispensabilidade para o início imediato ou a prossecução ininterrupta dos trabalhos necessários à execução

(34) V a nossa *Revogação Implícita de Actos Tácitos Positivos*, Lisboa, 1980, e *Revogação Implícita do Acto Administrativo*, in *Rev. Ord. Adv.*, ano 46, Abril 1986, pp. 146 e segts.

(35) Outros exemplos se podem figurar: aplicação de uma sanção disciplinar e multa; deferimento de uma pretensão com vários condicionamentos, etc.

(36) V. Ac. de 12-05-87, in *Rev. Dir. Público*, ano III, n.º 5, p.p 140; e Ac. de 19-1-89, Rec. 22 383.

do projecto de obras aprovado (v. art. 17.º/1 do Código das Expropriações) —, a sua autorização tem de ser fundamentada com invocação expressa das razões específicas que concorrem no caso concreto.

Do exposto resulta que no caso de não terem sido enunciadas razões de facto e direito que fundamentem todas e cada uma das decisões contidas no acto, este enferma de insuficiência de fundamentação.

12. Na última hipótese — *pluralidade de fundamentos* —, temos de distinguir duas situações:

- a lei exige pluralidade de fundamentos;
- a lei prevê pluralidade de fundamentos, mas é suficiente a invocação de um deles.

Anote-se que na primeira sub-hipótese estamos perante um acto de conteúdo singular, pois se fosse de conteúdo múltiplo a fundamentação tinha de abranger, conforme referimos, cada uma das decisões nele incluídas.

É o caso da aplicação da pena de demissão a um funcionário público com base na alínea *a*) do n.º 4 do art. 26.º do Estatuto Disciplinar. Neste caso, é preciso enunciar fundamentos de facto e de direito relativamente à violação do segredo profissional e à verificação de prejuízos materiais ou morais para a Administração ou para terceiros.

Nos casos em que a lei exija uma pluralidade de fundamentos, «uma correcta fundamentação implica a ponderação da situação concreta, face a cada um dos pressupostos tidos por relevantes, tendo em vista demonstrar os verificados e os não verificados, e, além disso, o valor atribuído a uns em confronto com os outros» (37).

(37) V. Act. S.T.A. de 15-11-984, A.D. 280/415.

Nesta linha, o Ac. Trib. Pleno, de 29-1-987 decidiu que «está insuficientemente fundamentado o acto que indefere um pedido de conservação da nacionalidade portuguesa, por a situação do recorrente não se inserir «no âmbito da Resolução do Conselho de Ministros n.º 347/80, tendo, nomeadamente, em atenção o estipulado na sua alínea *b*)», não se indicando as razões por que tal situação não se inseria nas restantes alíneas da Resolução (A.D. 312/1584).

Se num determinado acto se invocarem várias razões de facto e de direito, pode acontecer que elas não sejam suficientes, claras e congruentes e, nesse caso, haverá falta de fundamentação. Mas se tais fundamentos forem inexactos, o acto deve ser anulado não por falta de fundamentação, mas por erro nos pressupostos, quando este for relevante.

No caso de só parte dos fundamentos invocados não satisfizer os requisitos legais ou ser inexacta, o acto deve ser mantido se as demais razões de facto e de direito constituírem fundamentação válida.

Nesta linha, o S.T.A. decidiu que tendo sido indeferido o pedido de abertura de uma nova farmácia com dois fundamentos — mínimo de 7000 hab. por farmácia e existência de outra farmácia na povoação —, o despacho deve ser mantido se só o segundo for exacto, em homenagem ao princípio geral do aproveitamento dos actos administrativos ⁽³⁸⁾.

Creemos que neste caso, não havia necessidade de invocar o referido princípio, pois o fundamento exacto era suficiente e claro, falando a doutrina francesa, nestas situações, na excepção do «motif surabondant» ⁽³⁹⁾.

13. Ao considerar válidos os actos vinculados praticados sem fundamentação, o Tribunal mais não faz do que proceder à sua fundamentação *a posteriori*.

Na verdade, ao apurar se os efeitos jurídicos por ele produzidos correspondem à decisão que se impunha em face dos pressupostos existentes, o Tribunal tem de interpretar a norma e verificar se ela se aplica ao caso concreto.

⁽³⁸⁾ V. Ac. de 29-11-984, A.D. 290/125. Neste caso não estamos *summo rigore* a aplicar o referido princípio, mas perante uma *pluralidade de fundamentos* em que apenas um deles constitui fundamentação válida. V. ainda Ac. Trib. Pleno de 29-11-87, A.D. 308-309/1162 e B.M.J. 363/568; Ac. S.T.A. de 29-11-84, A.D. 290/125-132; Ac. Trib. Pleno de 2-5-84, A.D. 279-311; Acs. S.T.A. de 16-3-80, A.D. 227/1231; de 15-12-78, A.D. 199/846; de 31-3-77, A.D. 190/875; de 9-12-76, A.D. 188-189/707; de 4-5-72, A.D. 128/1204; e de 2-3-72, A.D. 125/616.

⁽³⁹⁾ Bernard PACTEAU, *Le Juge de l'Excès de Pouvoir et les Motifs de l'Acte Administratif*, pp. 107 e segts.

Por outras palavras: tem de apurar e enunciar os fundamentos de facto e de direito da decisão.

Pelas razões acima expostas, cremos que este procedimento é inaceitável, e subverte totalmente a exigência da fundamentação expressa e a sua função, bem como a própria função do contencioso administrativo.

14. Para além destas situações, importa ainda referir as questões que se prendem com a *substituição de motivos* e que se podem formular nos seguintes termos:

Praticado um acto administrativo com certos fundamentos, poderá o tribunal substituir os fundamentos invocados? Em caso afirmativo, em que limites se pode operar tal substituição?

Neste domínio, creio que valem as seguintes conclusões:

- *a substituição de motivos apenas poderá respeitar a actos fundamentados, pois, quando do acto administrativo não constem as razões de facto e de direito, não há substituição de fundamentos, mas fundamentação a posteriori;*
- *nos casos em que a lei imponha a obrigatoriedade de fundamentação expressa não é lícito ao tribunal proceder à substituição de motivos, devendo anular o acto sempre que os fundamentos expressamente invocados não sejam suficientes, claros e congruentes* (40).

Nos casos de falta absoluta de fundamentação, não se pode falar em *substituição de fundamentos* e, por isso, o acto mesmo que praticado no exercício de poderes vinculados deve ser anulado, *ex vi* do artigo 268.º/2 da Constituição e do artigo 1.º/2 do Decreto-Lei n.º 256-A/77.

Tendo havido *fundamentação expressa*, tem-se entendido que «se o poder exercido é vinculado, o que interessa é a conformidade entre o efeito de direito criado e as normas aplicáveis em confronto com os pressupostos de facto realmente existentes. Deste modo, ainda que a autoridade administrativa mostre, pela fun-

(40) Estas conclusões foram por nós justificadas em *Substituição de Motivos do Acto Administrativo*, Lisboa, 1985.

damentação enunciada, haver-se equivocado quanto às normas jurídicas aplicáveis ou à situação de facto concreta sobre que se propôs intervir, a validade do acto não ficará afectada se as normas realmente existentes devessem ditar um acto com o mesmo conteúdo daquele que foi emitido. Face à prova perante ele produzida, o tribunal administrativo pode reconstituir os pressupostos de facto tal como na realidade se verificam. E se o tribunal pode dar aos factos alegados pelo recorrente uma qualificação diversa daquela a que este procede, obviamente, poderá também substituir a sua qualificação jurídica dos factos àquela que se manifesta através da fundamentação de direito contida no acto» (41).

Este entendimento não me parece de perfilhar na sua globalidade.

Antes, porém, de analisarmos a posição do ilustre administrativista cumpre referir que ele exige uma *fundamentação enunciada* ou expressa, o que afastaria todos os casos de falta absoluta de fundamentação (42).

Mas a lei exige não só que a fundamentação seja expressa, mas também que seja suficiente, clara e congruente.

Ora, se o tribunal tem de reconstruir os pressupostos de facto tal como na realidade se verificam é porque a fundamentação não satisfaz tais requisitos.

Se os fundamentos forem insuficientes, obscuros ou incongruentes, haverá falta de fundamentação (cfr. art. 1.º/3 do Decreto-Lei n.º 256-A/77) e o tribunal estará a proceder a uma fundamentação *a posteriori*.

Mas os fundamentos de facto e de direito podem, em si mesmo considerados, constituir fundamentação válida do acto, mas serem inexactos.

É o caso, por exemplo, de o pedido de aprovação de um projecto ser indeferido por inconformidade com o plano parcial de urbanização, de acordo com o artigo 15.º/1/a) do D.L. 166/70.

(41) Prof. Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, I, pp. 403-404.

(42) V. Ac. Trib. Tributário de 2.ª Instância, de 7/3/989 (Proc. n.º 58 786) de que foi relator o Dr. Manuel Fernando dos Santos Serra.

O tribunal verifica, porém, que à data da prática do acto recorrido não existia plano parcial, mas apenas um plano de pormenor devidamente aprovado, que a entidade recorrida erradamente invocou.

Os fundamentos enunciados são em si mesmo suficientes, claros e congruentes, mas inexactos. Dado que a desconformidade com plano de pormenor aprovado constitui fundamento de indeferimento de projectos (v. art. 7.º/3 do D.L. 560/71, de 17-12), entendemos que o tribunal deverá manter o acto, pois existe fundamentação e o erro é irrelevante.

Refira-se ainda que o tribunal não pode livremente «reconstituir os pressupostos de facto tal como na realidade se verificam».

Antes do mais só pode atender aos factos tal como se verificavam no momento da prática do acto, sendo irrelevantes todas as alterações supervenientes.

Este juízo assume particular importância e nitidez no Direito Tributário, pois, como sublinha o Prof. Alberto Xavier, «o acto tributário é um *facto complementar* ao facto tributável», pelo que é este e não aquele «que fixa o conteúdo da obrigação do imposto; é, em suma, o momento de realização do facto tributável que define o momento ao qual se há-de referir a aplicação do direito, fixando a norma a aplicar e a situação devida que neste se há-de subsumir» (43).

Nesta linha, os nossos tribunais têm decidido — e bem — que só devem apreciar o concreto acto de liquidação praticado, sem atender a outras situações de facto susceptíveis de estarem sujeitas a tributação pelo mesmo imposto.

Conforme doutamente se decidiu no Acórdão do Tribunal Tributário de 2.ª Instância, de 26 de Novembro de 1986, «embora a presente lide possa eventualmente revelar a existência de outra situação fáctica passível de tributação e, portanto, justificativa da liquidação de contribuição predial, ao julgador está vedado o caminho conducente a uma tal revelação, pois, de outro modo, o tribunal, ao atender a uma situação material diferente da que foi concretamente considerada na liquidação efectuada e ora

(43) *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, Coimbra, 1972, pp. 584-549.

impugnada, estaria a substituir-se à Administração na criação de um novo acto tributário, por diverso do que fora praticado e aqui posto em crise sob o fundamento da inexistência do facto tributável» (44).

Do mesmo modo, se o pedido de licenciamento de obras for indeferido com base em desconformidade com o plano geral de urbanização (v. art. 15.º/1/a) do D.L. 166/70), não pode o tribunal manter o acto, invocando a falta de licença de loteamento, pois estaria a «praticar» um novo acto com fundamentos de facto e de direitos distintos.

Igualmente não poderá invocar-se um plano geral de urbanização aprovado depois da prática do acto, pois a legalidade deste tem de apreciar-se face aos pressupostos de facto e de direito existentes no momento da sua emissão.

No caso de os fundamentos satisfazerem os requisitos legais, mas serem inexactos, o acto não será anulado por falta de fundamentação, mas por erro de interpretação ou aplicação de uma norma ou nos pressupostos de facto, sempre que tal erro seja relevante.

No tocante à fundamentação de direito cumpre deixar aqui algumas notas complementares.

Em primeiro lugar e conforme referimos, não é necessário indicar expressamente a norma legal, sendo suficiente a referência à doutrina legal, aos princípios jurídicos em que o acto se baseia ou ainda a um quadro legal determinado.

Em segundo lugar, havendo fundamentação válida, mas erro na interpretação ou aplicação de norma importa averiguar a sua relevância.

Se o erro é irrelevante, o acto deve ser considerado válido.

No caso de o erro ser relevante, deverá ser anulado o acto (45). Nestes casos, pode mesmo acontecer que a fundamentação seja incongruente ou obscura.

(44) *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 343/345, pp. 504-505.

V. Act. S.T.A. (2.ª Secção), de 15-3-978, A.D. 200-201/1079.

(45) V. Prof. Marcello Caetano, *Manual...*, 10.ª ed., tomo I, pp. 480; Prof. André Gonçalves Pereira, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, pp. 160 e segts.

Nesta linha, parece-me incongruente fundamentar o indeferimento do pedido de licenciamento de obras com referência a um artigo do Código Penal, ou a uma norma que não existe, mas já será suficiente invocar uma norma legal revogada que contenha solução idêntica à norma aplicável ao caso ⁽⁴⁶⁾, ou o princípio jurídico, mesmo indicando uma norma legal não aplicável.

Nestes casos haveria erro de direito irrelevante e, consequentemente, o acto deve ser julgado válido.

O Tribunal poderá, neste quadro, proceder à substituição dos fundamentos, desde que haja fundamentação expressa e esta satisfaça os requisitos fixados no artigo 1.º/3 do Decreto-Lei n.º 256-A/77.

José Osvaldo Gomes

Cascais, 14 de Maio de 1989.

(46) V. Act. S.T.A. de 21-1-86, A.D. 293/560.