

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 266/87 — Processo n.º 78/86. — Acordam no Tribunal Constitucional (T. Const.):

I — **A questão.** — 1 — O procurador-geral da República-adjunto em exercício no T. Const., por delegação do procurador-geral da República, veio requerer, ao abrigo do disposto nos artigos 281.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e 82.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a declaração, com força obrigatória geral, da «inconstitucionalidade das normas do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, de 31 de Agosto, bem como do Decreto-Lei n.º 10-A/80, de 18 de Fevereiro», com o fundamento de que tais normas já foram julgadas inconstitucionais orgânica e materialmente nos Acórdãos n.ºs 109/85 (processo n.º 117/84, *Diário da República*, 2.ª série, de 10 de Setembro de 1985), 190/85 (processo n.º 166/84, *Diário da República*, 2.ª série, de 10 de Fevereiro de 1986) e 78/86 (processo n.º 23/84, *Diário da República*, 2.ª série, de 14 de Junho de 1986).

O requerimento foi instruído, em conformidade com o legalmente disposto sobre o processo aplicável à repetição do julgado, com cópias das correspondentes decisões.

2 — Em cumprimento do disposto no artigo 54.º da Lei n.º 28/82, foi notificado o Governo, órgão de que dimanaram as normas impugnadas, para, querendo, se pronunciar sobre o pedido, nada, porém, em tempo útil, vindo a aduzir.

Cabe agora apreciar e decidir.

Todavia, considerando que a situação jurídico-normativa informadora do pedido se reveste de alguma complexidade, especialmente adveniente da sucessão temporal das normas a sindicar e outrossim das alterações entretanto introduzidas no texto constitucional pela revisão de 1982, cumpre proceder liminarmente a uma esquemática delimitação das questões a considerar nos desenvolvimentos ulteriores.

II — **Enquadramento temático.** — 1 — Nos acórdãos que serviram de suporte ao pedido julgaram-se inconstitucionais as normas dos artigos 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 e 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80.

Em conformidade com o disposto nos artigos 281.º, n.º 2, da CRP e 82.º da Lei n.º 28/82, o pedido de declaração de inconstitucionalidade ali previsto terá por objecto norma ou normas já julgadas inconstitucionais em três casos concretos pelo próprio T. Const. Porque nos arestos citados o juízo de inconstitucionalidade sobre a norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 se limitou sempre ao segundo estágio da sua vigência, isto é, ao período temporal posterior à produção de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/80, poderia agora colocar-se a questão de saber se na indagação ulterior deve ou não ser compreendida a primeira fase em que aquela norma vigorou.

A resposta há-de seguramente ser de sinal positivo.

Na verdade, a fiscalização abstracta de constitucionalidade refere-se a normas e, no caso especial dos artigos 281.º, n.º 2, da CRP e 82.º da Lei n.º 28/82, tem por força de coincidir com o campo concretamente definido, *a esse nível*, nos acórdãos que constituíram o pressuposto da respectiva fiscalização abstracção.

Nesta perspectiva é de apreciar efectivamente, e por referência à CRP, a validade da norma do artigo 1.º

do Decreto-Lei n.º 356/79, quer no primeiro momento, quer no segundo momento da sua vigência, pois que em *qualquer desses momentos* estará sempre em causa uma só e mesma norma. Uma limitação de ordem temporal no exame da norma em causa constituiria algo de incongruente com o sistema de fiscalização abstracção, que visa a expurgação do sistema jurídico, e em toda a dimensão, das normas que conflituem com a CRP (problema diferente seria o da exclusão desse conhecimento relativamente à primeira fase da vigência do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 por razões de pura inutilidade, problema que não se vê motivo para aqui ser colocado).

Pouco importa assim que aqueles acórdãos se tenham quedado, por implicação dos próprios casos a decidir, pelo julgamento da norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 apenas na segunda fase da sua vigência.

Neste processo, e sem restrições de ordem temporal, há, pois, que apreciar e decidir se as normas dos artigos 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 e 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80 — que os mencionados arestos do T. Const. entenderam infringirem o disposto nos artigos 17.º, 18.º, 167.º, alínea c), e 269.º, n.º 2, da CRP, na sua versão originária — são ou não inconstitucionais.

No campo da motivação interessa recordar, porém, o princípio contido no artigo 51.º, n.º 5, da Lei n.º 28/82, segundo o qual o T. Const., ao declarar a inconstitucionalidade de normas cuja apreciação lhe tenha sido requerida, pode fazê-lo com fundamentação na violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada. E, porque este princípio se insere na secção onde se compendiam as disposições comuns aos diversos tipos de processos de fiscalização abstracta, dúvidas não pode haver de que ele vale também para a espécie processual em particular aqui considerada.

Vale isto por dizer que *in casu* é possível declarar a inconstitucionalidade das normas em causa em função de normas ou princípios constitucionais diversos dos constantes na motivação contida nos acórdãos que serviram de base ao pedido, o qual, aliás, cumpre assinalar, no plano da fundamentação nada acrescentou à desenvolvida naqueles arestos.

De outro lado, pode também afirmar-se que, não obstante os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concreta terem aferido a legitimidade constitucional das normas controvertidas sempre à luz da versão originária da Constituição, nenhum obstáculo impede que esse aferimento possa agora também ter por padrão de medida o texto constitucional ora vigente.

2 — Isto dito, importa passar a averiguar se as referidas normas dos artigos 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 e 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80 violam os preceitos constitucionais invocados nos já referidos Acórdãos n.ºs 109/85, 190/85 e 78/86 ou quaisquer outros, mesmo que apenas inscritos na actual versão do texto constitucional.

Tendo em conta que o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80 dispõe expressamente que «o presente diploma entra em vigor na data da sua publicação», deve deixar-se desde já assinalado que, atento o seu conteúdo meramente instrumental, qualquer eventual declaração de inconstitucionalidade de que possa vir a ser objecto há-de resultar reflexa e consequencialmente da norma do artigo 1.º do mesmo diploma.

Por conseguinte, a exposição subsequente, no plano imediato, vai centrar-se na averiguação da legitimidade constitucional da norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, no duplo período da sua vigência, e da norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80.

Se for caso disso, projectar-se-á a eventual inconstitucionalidade desta última norma sobre o artigo 2.º do mesmo diploma.

3 — Para uma rigorosa percepção do enquadramento temático que se vem tentando alcançar, impõe-se agora traçar um breve esforço sobre a evolução do nosso ordenamento jurídico do regime legal da fundamentação do acto administrativo, nele situando os Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80.

Vejamos então.

Não existia no direito administrativo português até à publicação do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, qualquer preceito de aplicação geral que impusesse à Administração o dever de fundamentar, e daí a aplicação pela nossa jurisprudência do princípio *pas de motivation sans texte*.

todavia, a protecção dos arguidos em processo disciplinar e a dos administrados em relação à amplificação dimensional e potencial dos poderes públicos impuseram a consagração legal da obrigação de fundamentar certos tipos de actos, tais como decisões proferidas em processos disciplinares e em sede de direito do urbanismo (cf. José Osvaldo Gomes, *Fundamentação do Acto Administrativo*, 2.ª edição, pp. 37 e seguintes).

Depois de assinalar a inexistência da obrigação de fundamentar, Marcelo Caetano considerava como regra o dever de motivar os despachos lançados sobre pareceres de órgãos consultivos quando discordem das propostas nestes formuladas, visto esses pareceres constituírem uma fundamentação que importa substituir quando não seja aceite (cf. *Manual de Direito Administrativo*, título I, 1.ª edição, Rio de Janeiro, pp. 435 e seguintes).

O Decreto-Lei n.º 256-A/77 veio alterar significativamente este quadro legal, reforçando de modo expressivo as garantias de legalidade administrativa e dos direitos individuais perante a Administração Pública.

Depois de no preâmbulo se evidenciar que 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, enumeram-se no artigo 1.º os actos administrativos para os quais se exige fundamentação, a qual, como do mesmo preceito se extrai, «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» (cf. n.º 2 do artigo 1.º).

De outro lado, adverte-se no n.º 3 do mesmo normativo que «é equivalente à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto».

O ordenamento legal estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 256-A/77, nomeadamente no seu artigo 1.º, foi entretanto objecto de *explicitação* concretizada pelo Decreto-Lei n.º 356/79.

Por ser essencial à compreensão e apreciação da matéria em análise, deixa-se de seguida transcrita parte do preâmbulo deste diploma.

Assim: «Importa, no entanto, explicitar o alcance do artigo 1.º do supracitado Decreto-Lei n.º 256-A/77, a fim de pôr cobro a dúvidas surgidas na sua aplicação, designadamente no respeitante a actos de transferência e exoneração praticados legalmente no uso de poderes discricionários relativamente a funcionários de escala superior da Administração Pública, dos institutos públicos autónomos e das empresas públicas.

Na verdade, a fundamentação daqueles actos reconduz-se quase sempre a uma avaliação global da actividade desenvolvida pela entidade substituída nas suas funções, no tocante ao maior ou menor grau de eficiência demonstrada, às perspectivas de actuação esboçadas, às omissões reveladas. De tudo isto se infere a existência ou não de conveniência para o serviço na manutenção ou substituição do elemento em causa. Assim deve ser interpretado o Decreto-Lei n.º 256-A/77.»

Na sequência destes considerando preambulares, dispôs-se o seguinte nos dois preceitos que integram o articulado: «Artigo 1.º Os actos de transferência ou exoneração de funcionários da Administração Pública, de institutos autónomos ou de empresas públicas, quando praticados legalmente no uso de poderes discricionários, independentemente de qualquer ilícito disciplinar, e se refiram a funcionários nomeados discricionariamente, consideram-se suficientemente fundamentados quando o fundamento invocado for o da conveniência de serviço.

Art. 2.º O presente diploma vale como lei interpretativa do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho.»

Não foi no imediato longa a vigência do Decreto-Lei n.º 356/79, porquanto o Decreto-Lei n.º 502-E/79, de 22 de Dezembro, determinou a sua revogação, atendo-se, como do seu preâmbulo reza, à seguinte consideração: «O Decreto-Lei n.º 356/79, de 31 de Agosto, ao interpretar o dever de fundamentação imposto pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, veio contrariar o espírito e a letra do referido diploma e também a orientação jurisprudencial dominante sobre a mesma matéria.»

Logo, porém, o Decreto-Lei n.º 10-A/80 veio revogar o Decreto-Lei n.º 502-E/79, repondo em vigor o Decreto-Lei n.º 356/79.

Requerida, entretanto, a sujeição a ratificação do Decreto-Lei n.º 10-A/80, a Assembleia da República (AR), pela Resolução n.º 180/80, aprovada em 20 de Maio e publicada no *Diário da República*, 1.ª série, de 2 de Junho de 1980, concedeu a ratificação, mantendo-se em vigor o Decreto-Lei n.º 356/79.

Diversos projectos de lei foram ulteriormente apresentados na AR intentando a revogação daquele diploma (cf. os projectos de lei n.ºs 90/III e 98/III, in *Diário da Assembleia da República*, 2.ª série, n.º 10, de 28 de Junho de 1983, pp. 271 e 293), sem que qualquer deles houvesse atingido os objectivos propostos.

4 — No plano deste quadro jurídico-normativo, os três acórdãos que serviram de suporte ao pedido do procurador-geral da República-adjunto sustentaram, no essencial, argumentação similar àquela que de seguida se expõe:

a) O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, desde que veio dispensar a motivação verdadeira e própria dos actos administrativos praticados no exercício de poderes discricionários, está desde logo ferido de inconstitucionalidade por *ofensa do direito ao recurso contencioso*, garantido no artigo 269.º, n.º 2, da CRP, no

seu texto originário, na medida em que aquela constitui garantia mínima deste;

b) A fundamentação limitada à invocação da *conveniência de serviço* traduz-se numa substancial restrição injustificada (ou, ao menos, desproporcionada) do direito à fundamentação dos actos administrativos — concebido este como um direito autónomo, independente do direito ao recurso contencioso e tendo como fonte apenas a lei, ou seja, o Decreto-Lei n.º 256-A/77 —, restrição, por isso, traduzida numa violação do regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias previsto nos artigos 17.º e 18.º da CRP, com o que também, por esta via e independentemente de qualquer referência ao direito ao recurso contencioso, se terá de desembocar na conclusão de inconstitucionalidade;

c) O Decreto-Lei n.º 356/79, aprovado sem credencial parlamentar, ao introduzir alterações no texto do Decreto-Lei n.º 256-A/77 — esse, sim, emitido ao abrigo de uma autorização legislativa —, por forma a afectar o regime legal de um direito integrado no âmbito dos direitos, liberdades e garantias constitucionais e beneficiando do seu regime, violou a reserva de competência legislativa da AR, definida na alínea c) do artigo 167.º da versão originária da CRP, sendo, por outro lado, irrelevante a ratificação concedida pela AR ao Decreto-Lei n.º 10-A/80, que revogou o Decreto-Lei n.º 502-E/79 e ripristinou o Decreto-Lei n.º 356/79, pois a ratificação parlamentar dos diplomas legislativos governamentais, com a natureza que essa figura apresentava na versão originária da CRP, não detinha, ainda quando assumia a forma de ratificação expressa, a virtualidade de convalidar, nem mesmo com efeitos só para o futuro, um decreto-lei originariamente inconstitucional, por violador da área de competência parlamentar reservada.

Encerrada esta exposição temática, passará agora a averiguar-se o rigor da doutrina perfilhada nos referenciados arestos, não só ao nível da versão originária, mas também à luz do actual texto constitucional.

III — A fundamentação. — A) *Os artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80 face ao artigo 269.º, n.º 2, do texto primitivo da CRP.* — 1 — Sem embargo do decidido a esse respeito nos Acórdãos n.ºs 109/85, 190/85 e 78/86, teve este Tribunal ensejo em outras ocasiões (cf. os Acórdãos n.ºs 86/84, 150/85 e 32/86, *Diário da República*, 2.ª série, de 2 de Fevereiro de 1985, de 19 de Dezembro de 1985 e de 9 de Maio de 1986, respectivamente) de afirmar que quer a norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 quer a norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80, que a repôs em vigor, não infringiam o artigo 269.º, n.º 2, da primitiva redacção da CRP, continuando esta linha jurisprudencial a afirmar-se como maioritária no T. Const., sendo defendida com base na argumentação que sinteticamente se passa a expor.

2 — Ainda que seja incontestável a existência de uma real correlação entre a fundamentação do acto administrativo e o direito de recurso contencioso, de tal modo que o exercício deste direito, simples especificação do direito de acesso aos tribunais (artigo 20.º, n.º 1, da CRP, texto originário), pode passar por dificuldades no caso de faltar ou de não ser bastante a motivação das decisões da Administração, certo é, todavia, que, não obstante isso, tal direito de recurso contencioso, nem por via do artigo 1.º do Decreto-Lei

n.º 356/79, nem por via do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80, que o ripristinou, foi de qualquer modo tocado.

Na realidade, e como se escreveu no citado Acórdão n.º 150/85, «a fundamentação dos actos administrativos não constitui pressuposto juridicamente necessário, ou condição insuprível, do exercício do direito ao recurso contencioso, mas unicamente condição ou factor de uma sua maior viabilidade prática». Há assim uma diferença de planos entre o direito à fundamentação e o direito ao recurso contencioso que, em termos genéricos, não pode ser ultrapassada, a menos que se queira, e illogicamente, reduzir o heterogéneo ao homogéneo.

E precisamente porque existe tal desnível — desnível que consequenciou que no actual artigo 268.º, n.ºs 2 e 3, da CRP o direito à fundamentação de certos actos administrativos e o direito ao recurso contencioso fossem encarados como realidades distintas — é que já no parecer n.º 20/81 da Comissão Constitucional (C. Const.) (*Pareceres*, volume 16.º, p. 185) se notava que «a interposição de recurso não é afectada, de modo algum, por tal fundamentação; com ela ou sem ela, ou com outra bem diversa, recurso há sempre; a possibilidade de os interessados levarem a questão aos tribunais não lhes é nunca retirada».

E igualmente se referindo à alteração da ordem jurídica provocada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, salientava, a propósito, a C. Const. no seu Acórdão n.º 451 (*Apêndice ao Diário da República*, de 23 de Agosto de 1983): «Esta modificação, em si só, não parece violadora da ordem jurídico-constitucional: por desvio de poder [...] será sempre possível recorrer do acto administrativo discricionário que se baseia na conveniência de serviço.»

Em resumo, pode concluir-se que nem a norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, em qualquer das fases da sua vigência, nem a norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80 infringem o disposto no artigo 269.º, n.º 2, da CRP, na sua redacção originária.

Mas, se a este nível não se observa ofensa constitucional, não será de se chegar a conclusão oposta quando o confronto for estabelecido com o texto actual do artigo 268.º, n.º 2, da CRP?

B) *Os artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80 face ao artigo 268.º, n.º 2, do texto actual da CRP.* — 1 — Nenhum dos acórdãos em que o pedido se suportou — necessariamente limitados no plano da análise pela própria vertente temporal dos casos concretos — se debruçou sobre a questão da conformidade dos artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80 com o texto actual do artigo 268.º, n.º 2, da CRP.

No entanto, como preliminarmente se notou, sendo possível a declaração de inconstitucionalidade daquelas normas da lei ordinária por razões diversas das constantes dos mencionados arestos, não se podia deixar agora de orientar a investigação no sentido do inteiro esclarecimento da matéria em apreço também neste ângulo de visão.

Na sequência da revisão operada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, o n.º 2 do artigo 268.º da CRP passou a dispor o seguinte: «Os actos administrativos de eficácia externa estão sujeitos a notificação aos interessados, quando não tenham de ser oficialmente publicados, e carecem de fundamentação

expressa quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos.»

Esta norma teve o propósito de alargar os direitos e garantias dos administrados em alguns planos fundamentais, nomeadamente no da fundamentação expressa dos actos administrativos (cf. as intervenções dos deputados Nunes de Almeida, Vital Moreira e Margarida Salema na reunião plenária da AR de 22 de Julho de 1982, in *Diário da Assembleia da República*, 1.ª série, n.º 125, pp. 5268 e 5269).

Concedeu-se dignidade constitucional a um dever geral da Administração: o dever de fundamentar os seus actos administrativos de eficácia externa.

Mas qual o conteúdo preciso deste dever, quais os requisitos mínimos da fundamentação?

Nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 256-A/77, 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.

Por outro lado, é equivalente à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto (cf. o n.º 3 do artigo 1.º do mesmo diploma legal).

Constituindo a fundamentação do acto administrativo a obrigação de enunciar expressamente os motivos de facto e de direito que determinaram o seu agente, parece manifesto, à luz da redacção do transcrito preceito do Decreto-Lei n.º 256-A/77, que o motivo do acto se distingue do seu fim, pois, enquanto aquele respeita às razões determinantes do seu autor, este refere-se ao *para quê* da sua conduta. O *fim* tem que ver com a realização do interesse público posto por lei a cargo do agente; os *motivos* são as razões de facto e de direito que determinaram o agente a actuar de certo modo, e não de outro, sem curar da realização do interesse público específico consagrado na lei. Assim, os motivos do acto constituem um importante meio para averiguar se o fim previsto na lei foi ou não prosseguido no caso concreto (cf. José Osvaldo Gomes, *ob. cit.*, p. 51).

A fundamentação assume papel de especial importância na apreciação da legalidade dos actos administrativos praticados no exercício de poderes discricionários, sem embargo da sua importância no domínio dos poderes vinculados.

Como escreveu Marcelo Caetano (*ob. cit.*, p. 435), «a fundamentação exerce no acto resultante do exercício de poderes 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.

Mas, se o poder exercido é discricionário, tem ainda maior importância, pois vem revelar as razões que levaram o órgão a escolher uma solução, em vez de outra, de entre as que lhe estavam facultadas».

Aliás, bem poderá dizer-se que não existem actos simplesmente discricionários ou simplesmente vinculados. A discricionariedade e a vinculação estão invariavelmente presentes em *todos* os actos administrativos: acontece que, por vezes, os elementos discricionários logram primazia, verificando-se a situação inversa em outras ocasiões.

Como quer que seja, resulta do n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 256-A/77 que o conteúdo do dever de fundamentação (dos actos discricionários ou vinculados) deve ser claro, suficiente e congruente.

A fundamentação deve ser clara, permitindo que, através dos seus termos, se conheça com segurança o processo lógico e jurídico que determinou a prolação do acto.

A suficiência da fundamentação impõe que através dela se tenha um conhecimento concreto da motivação do acto, isto é, as razões de facto e de direito que determinaram o agente a actuar do modo como actuou.

Finalmente, a decisão deve impor-se como conclusão lógica e necessária dos motivos invocados como sua justificação, não podendo existir contradição entre os fundamentos e a decisão, sob pena de incongruência.

Sabe-se que os actos discricionários podem ser invalidados, não apenas por desvio de poder, mas também por violação de lei de competência ou vício de forma, justamente porque, como já se referiu, com elementos de discricionariedade neles convivem elementos de vinculação (a competência e o conhecimento exacto da situação de facto e de direito).

Assim, os actos discricionários devem alinhar em todos os casos os pressupostos de facto e de direito que estão na origem da sua prática, sob pena de a respectiva fundamentação ser havida por *insuficiente*.

A esta óptica, o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, quando considera suficientemente fundamentados os actos a que se reporta com a mera invocação da conveniência de serviço, coadunar-se-á com o n.º 2 do artigo 268.º da CRP?

Seguramente que não.

A fundamentação baseada tão-somente na conveniência de serviço não pode deixar de se considerar insuficiente.

Com efeito, limita-se a invocar o *fim* a que tende o acto administrativo, ou seja, o bom funcionamento dos serviços, a conveniência de serviço, sem minimamente referenciar a *motivação concreta* do agente, as *razões de facto e de direito* que determinaram a sua decisão.

É insustentável afirmar-se que as motivações que conduziram o autor do acto de exoneração ou transferência à formulação do juízo positivo de existência de conveniência de serviço são insindicáveis, porque a conveniência de serviço constituiria então o *motivo determinante* do acto e só este interessaria como suporte da fundamentação.

E é insustentável porque a mera conveniência de serviço não constitui fundamentação suficiente do acto administrativo, pois o *motivo determinante* não se situa no bom funcionamento dos serviços, na conveniência de serviço, utilizando a terminologia da lei, mas sim no *juízo de avaliação negativa* feito pelo agente relativamente à «avaliação global da actividade desenvolvida pela entidade substituída nas suas funções no tocante ao maior ou menor grau de eficiência demonstrada, às perspectivas de actuação esboçadas, às omissões reveladas», como se refere no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 356/79.

A simples invocação da *conveniência de serviço*, conceito vago, indeterminado e impreciso, como fundamento do acto poderá preencher o seu fim, mas não preenche os *motivos* que conduziram e serviram de suporte à eleição desse fim, o que equivale a dizer ine-

xistir então fundamentação suficiente, com a consequente ilegalidade do respectivo acto.

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, seguramente, 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.

2 — Os funcionários a que se reporta o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 — e com referência a esta norma fica automaticamente abrangido, no domínio da matéria agora em apreciação, o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80, que o reintroduziu na ordem jurídica — são, no essencial, funcionários dos quadros do pessoal dirigente da Administração Pública, membros dos órgãos directivos dos institutos autónomos e gestores das empresas públicas.

Não parece possível afirmar-se que o seu estatuto seja semelhante ou afim ao dos chamados *funcionários ou agentes políticos*.

Como desde logo se extrai da estrutura orgânico-funcional em que se integram e do conteúdo de direitos que no respectivo exercício a lei lhes atribui (cf. os Decretos-Leis n.ºs 191-F/79, de 20 de Junho, e 464/82, de 9 de Dezembro).

A todos eles assiste um *interesse juridicamente protegido* na conservação do lugar, beneficiando, em consequência, da tutela constitucional.

Como se escreveu no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3 de Fevereiro de 1983, 1.ª Secção, *Acórdãos Doutrinários*, n.º 263, p. 1275, pode agora repetir-se: «Sendo assim, embora não se possa falar, quanto àqueles cargos, num direito ao lugar (permanência no lugar) por parte dos respectivos titulares, deve entender-se que estes têm um interesse legalmente protegido na manutenção do lugar, na medida em que o seu afastamento dos cargos há-de resultar de razões pertinentes à conveniência dos serviços e, portanto, ao interesse público. É que os titulares dos mencionados cargos são possuidores de um interesse especial — diferente do interesse da generalidade dos particulares — em que a actividade da Administração respeitante à cessação das respectivas comissões seja conforme à prossecução dos interesses públicos a quem se destina o poder de dar por findas as comissões.

Por isso, afigura-se que os titulares dos cargos em questão têm o seu interesse à manutenção no lugar reflexamente protegido enquanto devem poder defender o mesmo através da defesa do interesse público eventualmente lesado pelas decisões que façam cessar a comissão de serviço.»

E mais adiante: «Sendo assim, o acto que ordena a cessação da comissão de um director-geral ou equiparado, afectando um interesse legalmente protegido e praticado no exercício de um poder discricionário — como não pode deixar de se considerar o conferido pelo n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 191-F/79 —,

terá de ser fundamentado no regime definido no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 256-A/77, face ao disposto na alínea b) do seu n.º 1.

Aliás, ainda que assim se não considerasse, tal acto teria de ser fundamentado, dentro do citado regime, por força da alínea f) do mesmo preceito, uma vez que a cessação da comissão de serviço, nos termos do n.º 3 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 191-F/79, envolve a revogação do acto de provimento do funcionário, pois extingue ou faz cessar para o futuro os efeitos jurídicos desse acto de provimento.»

Desenvolvendo os conceitos de direitos subjectivos públicos dos particulares e interesse legítimo ou reflexamente protegido, escreveu Mário Esteves de Oliveira (*Direito Administrativo*, volume 1, pp. 344 e seguintes): «O único relevo da distinção, no que toca à protecção jurisdiccional dos interesses legítimos e dos direitos subjectivos, reside em que o titular do direito subjectivo pode limitar-se a arguir, como causa de pedir, a ofensa do seu interesse, enquanto o portador do interesse reflexamente protegido terá de alegar a desconformidade do acto com as normas que regulavam a sua produção.»

Como quer que seja, os funcionários abrangidos pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 não podem ser exonerados ou transferidos sem que os respectivos actos administrativos sejam fundamentados de harmonia com os princípios dimanados do Decreto-Lei n.º 256-A/77. Independentemente da verdadeira dimensão daquele preceito e da real natureza jurídico-administrativa ou jurídico-laboral dos conceitos que utiliza, sempre assistirá aos seus destinatários um interesse legalmente protegido na manutenção do lugar. Mesmo no caso extremo do pessoal dirigente superior (director-geral ou equiparado e subdirector-geral ou equiparado) e dos gestores públicos, sendo os provimentos e nomeações feitos por *tempo determinado* (três anos em ambas as situações), é manifesto que desde logo se constitui para os respectivos titulares um interesse em que as comissões de serviço ou os mandatos, consoante os casos, atinjam o seu termo. A circunstância de a Administração poder fazer interromper o exercício funcional não contraria nem limita o interesse dos funcionários, e isso é o bastante para, de harmonia com a CRP, ser exigível a fundamentação do acto que faz cessar a relação de emprego.

De tudo o que se vem expondo pode concluir-se que as normas dos artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80 enfermam de inconstitucionalidade material superveniente, por colidirem com o disposto no artigo 268.º, n.º 2, da CRP, na redacção vigente, que veio garantir o direito à fundamentação dos actos administrativos lesivos de direitos ou interesses legalmente protegidos.

C) *Os artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80 face aos artigos 17.º e 18.º da versão originária da CRP.* — 1 — Os já diversas vezes citados Acórdãos n.ºs 109/85, 190/85 e 78/86 afirmam que o direito à fundamentação dos actos administrativos reveste natureza análoga à dos «direitos, liberdades e garantias», pelo que, face ao preceituado nos artigos 17.º e 18.º da CRP, não podia ser arbitrariamente eliminado ou restringido por uma lei posterior, sob pena de inconstitucionalidade desta última.

Não pode dar-se acolhimento a tal conclusão. Vejamos porquê.

A versão originária da CRP estendia expressamente no artigo 17.º o regime dos «direitos, liberdades e garantias» previsto no título II da parte I aos direitos de natureza análoga contemplados na lei, pelo que à partida seria de colocar de imediato a questão da efectiva aplicabilidade daquele regime ao direito à fundamentação dos actos administrativos então institucionalizado pelo Decreto-Lei n.º 256-A/77.

Essa extensão do dito regime tinha, na moldura do citado artigo 17.º, como pressuposto que se tratasse de direito fundamental, embora criado por lei, de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos. Ora, a este nível, poderia duvidar-se de que o direito à fundamentação fosse efectivamente um direito dessa espécie. Na verdade — e reportando-nos ao que se escreveu no Acórdão n.º 150/85 deste Tribunal, já anteriormente citado —, a subordinação de direitos de mera origem legal ao regime dos direitos, liberdades e garantias, «em qualquer caso, só se justifica quando se esteja perante um direito já tão radicado na consciência jurídica colectiva, como elemento ‘fundamental’ do ordenamento, que dele se possa dizer que verdadeiramente passou a integrar o *acquis* constitucional, ou o ‘bloco de constitucionalidade’», coisa que positivamente não terá acontecido, antes da revisão constitucional, com o direito à fundamentação dos actos administrativos desfavoráveis, reconhecido em esquema geral unicamente no Decreto-Lei n.º 256-A/77.

Este ponto de vista inevitavelmente postularia que não se tivesse por violado nem pela norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, considerada na sua dupla vigência, nem pela norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80, que a «repetiu», o disposto nos artigos 17.º e 18.º da CRP, primitiva redacção. Isto porque, por direitas contas, em causa nem sequer estaria um direito fundamental de natureza análoga, *conditio sine qua non* da aplicabilidade das regras do respectivo instituto.

2 — Mas, ainda quando se entenda que o direito à fundamentação dos actos administrativos, tal como ele foi erigido na ordem jurídica pelo Decreto-Lei n.º 256-A/77, era, na realidade, um direito fundamental de natureza análoga aos «direitos, liberdades e garantias», e por isso sujeito ao respectivo regime, ainda assim se teria de concluir por ausência de infracção ao preceituado nos artigos 17.º e 18.º da CRP, no seu texto originário.

O artigo 17.º, ao prever que o regime dos direitos, liberdades e garantias era aplicável aos direitos de natureza análoga previstos na CRP e na lei, não parece que devesse ser interpretado de tal forma que conduzisse à consequência de, na prática, tais direitos, quando de origem unicamente legal, serem como que constitucionalizados.

Como se escreveu no Acórdão n.º 174/87, de 20 de Maio de 1987, ainda inédito, pode agora repetir-se: «Com efeito, percebe-se, por exemplo, que os direitos análogos de origem legal sejam directamente aplicáveis e vincularem as entidades públicas e privadas; ou que a sua suspensão, no caso de estado de sítio ou de emergência, deva processar-se com respeito pelas regras constantes do artigo 19.º da CRP; ou que esteja assegurado o acesso aos tribunais para a respectiva defesa; ou, ainda, que os cidadãos possam fundar uma queixa ao Provedor de Justiça na respectiva violação. Mas já é dificilmente concebível que um direito *criado por lei*

não possa ser *extinto ou livremente restringido por outra lei*; é que, se assim não fosse, tal significaria que a CRP, por via do dito artigo 17.º, conferia ao legislador ordinário a faculdade de, sem qualquer dos requisitos exigidos para a revisão constitucional, emitir normação só posteriormente alterável de acordo com os procedimentos fixados para esta revisão.

Uma tal conclusão não parece, pois, aceitável, pelo que se há-de entender que, quando de origem legal, os direitos de natureza análoga aos ‘direitos, liberdades e garantias’, embora beneficiando, em larga medida, do regime constitucionalmente fixado para estes últimos, podiam ser extintos ou restringidos por via legal, sem qualquer especial limitação.»

Assim sendo, também a esta luz se haveria de concluir pela inexistência de qualquer violação, por parte das normas em apreço, ao disposto nos artigos 17.º e 18.º da versão originária da CRP.

D) Os artigos 1.º dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80 face aos artigos 17.º e 18.º da versão actual da CRP. — 1 — Na sequência lógica da metodologia que se vem seguindo, cumpriria agora averiguar da existência de uma possível inconstitucionalidade superveniente das normas em controvérsia por violação dos actuais artigos 17.º e 18.º do texto constitucional.

Simplemente, a redacção concedida pela revisão constitucional ao actual artigo 268.º, n.º 2, da lei básica, consagrando a fundamentação expressa dos actos administrativos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, retira qualquer sentido a semelhante apreciação.

Avançar-se-á assim em direcção à questão que imediatamente a seguir vai ser exposta.

E) Os artigos 1.º dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80 face ao artigo 167.º, alíneas c) e m), da versão primitiva da CRP. — 1 — Nos acórdãos que constituíram pressuposto do pedido concluiu-se, além do mais, que as normas em controvérsia padeciam de inconstitucionalidade orgânica por violação do disposto no artigo 167.º, alínea c), da CRP, na sua versão originária.

E isto porque ali se admitiu que o direito à fundamentação dos actos administrativos integra a categoria dos direitos, liberdades e garantias, ou, pelo menos, a categoria dos direitos análogos, e constitui garantia integrante do próprio direito ao recurso contencioso.

No entanto, não se tem por defensável semelhante conclusão, reafirmando-se, na esteira do já citado Acórdão n.º 150/85, que «a fundamentação dos actos administrativos não constitui pressuposto juridicamente necessário, ou condição insuprível, do exercício do direito ao recurso contencioso, mas unicamente condição ou factor de uma sua maior viabilidade prática».

É irrecusável que o direito ao recurso contencioso, com assento desde o primeiro momento na lei básica (artigo 269.º, n.º 2), constitui um direito fundamental, constitucionalmente reconhecido, de natureza análoga à dos «direitos, liberdades e garantias», e, por força do disposto nos artigos 17.º e 167.º, alínea c), da CRP, na sua versão originária, situado na esfera de reserva legislativa parlamentar. O que já não se aceita é que o direito à fundamentação seja considerado como garantia integrante do próprio direito ao recurso contencioso e, por essa via reflexa, sujeito ainda à mesma regra de reserva.

De outra parte, parece duvidoso poder defender-se que a extensão do regime dos «direitos, liberdades e garantias» contemplado no artigo 17.º da CRP, na redacção originária, ao direitos fundamentais de natureza análoga previstos na lei abarcasse também a regra de reserva parlamentar desse artigo 167.º, alínea c).

Mas, mesmo que se propendesse a entender que nessa área valeria ainda tal reserva, importaria então considerar que a subordinação de direitos de mera origem legal ao regime dos direitos, liberdades e garantias só se justifica quando se esteja perante um direito já tão radicado na consciência jurídica colectiva, como elemento «fundamental» do ordenamento, que dele se possa dizer que verdadeiramente passou a integrar o «bloco de constitucionalidade», coisa que positivamente não terá acontecido, antes da revisão constitucional, com o direito à fundamentação dos actos administrativos, reconhecido em esquema geral unicamente pelo Decreto-Lei n.º 256-A/77.

Sendo assim, e porque o direito à fundamentação não era, a esse tempo, um direito constitucionalmente consagrado de natureza análoga à dos «direitos, liberdades e garantias», não podia, nem mesmo por referência ao artigo 17.º do texto constitucional, haver-se tal matéria como localizada na área da reserva parlamentar delimitada pelo referido artigo 167.º, alínea c), da CRP.

E, deste modo, não pode assacar-se qualquer inconstitucionalidade às normas em causa quando o padrão de aferição seja constituído por aquele preceito da CRP.

2 — Resta agora, na linha de orientação que se vem seguindo e tendo em conta o âmbito dos poderes de cognição do Tribunal, que não se acha impedido de declarar a inconstitucionalidade de normas objecto do pedido com fundamentação na violação de preceitos ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada, confrontar as normas questionadas com o disposto no artigo 167.º, alínea m), do texto originário.

No já referenciado Acórdão n.º 86/84, apreciando-se esta específica questão, foi consignado a dado passo o que segue: «Poderia pensar-se que o Decreto-Lei n.º 356/79 violava este preceito constitucional por versar matéria que respeitasse ao regime e âmbito da função pública: regime da função pública, porquanto não veio ele modificar o regime geral da fundamentação dos actos administrativos, sim e tão-só estabelecer um regime especial para a fundamentação dos actos de exoneração de certos funcionários; âmbito da função pública, uma vez que, submetendo os despachos de exoneração de certos funcionários a um regime especial de fundamentação, o que tal decreto-lei fez foi, ao cabo e ao resto, retirar estes funcionários do terreno em que se moviam — o da função pública — para os colocar no dos funcionários políticos.»

Não obstante o manifesto rigor destas considerações, acabou no assinalado acórdão por se obter perar que a circunstância de no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 se fazer referência não apenas a funcionários públicos, mas também a funcionários de institutos públicos autónomos e de empresas públicas, e ainda de ali não se dizer expressamente quais os funcionários da Administração Pública passíveis de transferência ou exoneração, torna aquela argumentação improcedente.

Entende-se, porém, que as objecções assim postas são irrelevantes ou infundadas.

O «regime e âmbito da função pública» constituía no texto originário da CRP matéria da competência reservada da AR, havendo sido concedido jurisprudencialmente a tal conceito o significado de nele se contemplar o sistema geral de categorias chamadas a integrar os quadros do funcionalismo, por forma a permitir a organização das respectivas carreiras com os correspondentes estatutos funcionais genéricos do pessoal nelas inserido.

Como se escreveu no parecer da Comissão Constitucional n.º 22/79, in *Pareceres*, volume 9.º, p. 48, «[...] à competência reservada da Assembleia pertence a definição daquilo que bem poderá chamar-se o estatuto geral da função pública, é dizer, a definição do sistema de categorias, de organização de carreiras, de condições de acesso e de recrutamento, do complexo de direitos e de deveres funcionais que valem, em princípio, para todo e qualquer funcionário público e que, por isso mesmo, fornecem o enquadramento da função pública como um todo, dentro das funções do Estado» (cf., neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 78/84, no *Diário da República*, 2.ª série, de 11 de Janeiro de 1985).

À luz deste entendimento, que se perfilha, é irrecusável que as normas em apreciação, e tocantemente ao segmento dispositivo que se reporta aos actos de transferência ou exoneração de funcionários da Administração Pública, introduziram uma alteração substancial e qualitativa no regime estatutário de certos e determinados funcionários, mais concretamente e para usar os dizeres do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 356/79, «funcionários de escalão superior da Administração Pública» e no tocante «a actos de transferência e exoneração praticados legalmente no uso de poderes discricionários».

Neste escalão superior da Administração Pública incluem-se, necessariamente, os quadros do pessoal dirigente, cuja disciplina essencial (recrutamento, selecção, provimentos, estatuto remuneratório) consta do Decreto-Lei n.º 191-F/79, aprovado pelo Governo ao abrigo da autorização legislativa conferida pela Lei n.º 17/79, de 26 de Maio.

Não se prevê, aliás, no estatuto do pessoal dirigente uma forma tecnicamente definida de transferência no sentido que a este instrumento de mobilidade era e é concedido pela dogmática administrativa (cf. o artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro).

Sem hesitação pode afirmar-se que estes funcionários, cuja delimitação pode fazer-se com relativa facilidade, por força das normas questionadas, viram o sistema que disciplinava o esquema das condições de exercício funcional e o complexo de expectativas legitimamente adquiridas após o acesso ao lugar qualitativamente alterados, por forma a ser autorizada a conclusão de que o regime e âmbito daquele exercício — reservado à competência parlamentar — resultou invadido pelo diploma governamental.

Nesta medida, e por força das razões expostas, deve considerar-se organicamente inconstitucional a parte das normas dos artigos 1.º dos Decretos-Leis n.º 356/79 e 10-A/80 que se refere aos funcionários da Administração Pública, já que as outras categorias de funcionários ali descritos não podem ser havidos como funcionários públicos.

Simplemente, cabe averiguar de seguida qual o alcance e qual a possível incidência de efeitos, no domínio da apreciação agora em curso, da ratificação do Decreto-Lei n.º 10-A/80.

3 — Tanto o Decreto-Lei n.º 356/79 como o Decreto-Lei n.º 10-A/80, que o reprimiu, são diplomas governamentais emitidos sem credencial parlamentar.

Todavia, como já atrás se assinalou, este último diploma foi ratificado por resolução da AR publicada no *Diário da República*, 1.ª série, de 2 de Junho de 1980.

Nas decisões que serviram de suporte ao pedido afirmou-se a *irrelevância* da ratificação, além do mais por força da argumentação seguinte: «A ratificação, em verdade, como sustenta a doutrina dominante, mesmo quando expressa, não detém a virtualidade de convalidar, nem mesmo apenas com efeitos para o futuro, um decreto-lei originariamente inconstitucional por violação da competência reservada da Assembleia da República.» (Cf. Jorge Miranda, «A ratificação no direito constitucional português», *Estudos sobre a Constituição*, 3.º volume, pp. 597 e seguintes, e Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.ª edição, pp. 663 e seguintes.)

Aliás, a figura da ratificação, na lógica que veio a adquirir historicamente, não tinha já por função legitimar os decretos-leis governamentais publicados sem autorização parlamentar — como sucedia primitivamente, na Constituição de 1933 —, mas antes a de permitir que a Assembleia — designadamente por iniciativa dos partidos da oposição — pudesse, por forma expedita, impedir a produção de efeitos por parte dos decretos-leis governamentais ou obter a sua rápida alteração (independentemente de terem sido produzidos com ou sem autorização legislativa). Não era consequente com a lógica do sistema que, quando um decreto-lei era chamado à apreciação da Assembleia para não ser ratificado, por razões ligadas ao seu conteúdo, se considerasse a ratificação não apenas como uma confirmação do diploma mas também como um acto de validação do eventual vício de incompetência de que ele estivesse ferido.

A revisão constitucional de 1982 veio alterar o regime da ratificação, tornando claro que não se trata de ratificar, mas sim de *não ratificar* (ou de alterar), pelo que a Assembleia é chamada a decidir não sobre a *confirmação* do decreto-lei em causa, mas sim sobre se *recusa a ratificação* (ou se lhe introduz alterações) (cf. o Acórdão n.º 190/85).

Mas, pese embora o bem fundado desta argumentação, parece poder aceitar-se a jurisprudência da C. Const. no sentido de a ratificação expressa, mesmo sem emendas, se repercutir, no que toca aos efeitos produzidos posteriormente à ratificação, isto é, *ex nunc*, no decreto-lei organicamente inconstitucional. Com efeito, considera-se no parecer n.º 7/79 (*Pareceres da Comissão Constitucional*, volume 7.º, p. 308) que, mesmo quando se entenda não poder a concessão de ratificação ter como conteúdo específico a sanção da inconstitucionalidade orgânica, ainda assim «sempre se poderá dizer que, traduzindo a concessão de ratificação a aceitação pela AR da vontade legislativa expressa pelo Governo, o diploma ratificado se deve considerar como politicamente confirmado pelo órgão competente, mal se compreendendo, por isso, que pudesse ser posta em causa a sua validade apenas com fundamento no facto de ele não provir do órgão que, afinal, o veio a con-

firmar através da ratificação; isto no que toca aos efeitos produzidos posteriormente a essa ratificação».

Acompanha-se assim este entendimento, repetindo-se como remate desta questão aquilo que se escreveu no Acórdão n.º 174/87, de 20 de Maio de 1987, já citado: «Aliás, parecendo indiscutível que, perante a versão primitiva da CRP, o instituto da ratificação se fundava na supremacia política (e não numa mera 'supremacia legislativa') da AR relativamente ao Governo, pelo que correspondia ao exercício de uma função de fiscalização política, e não de uma função de fiscalização jurídica, já se ponderou que o instituto aproxima-se da figura da ratificação-confirmação e afasta-se da figura da ratificação-sanação, produzindo, por isso, efeitos *ex nunc* (cf. Luís Nunes de Almeida, 'O problema da ratificação parlamentar de decretos-leis organicamente inconstitucionais', *Estudos sobre a Constituição*, 3.º volume, cit., pp. 619 e seguintes).»

Deste modo, e por força da solução atrás perfilhada, o vício de inconstitucionalidade orgânica resultante da violação do disposto no artigo 167.º, alínea *m*), da versão originária da CRP, assacado à parte da norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, reposta em vigor pelo Decreto-Lei n.º 10-A/80, que antes se delimitou, não pode subsistir nem ser invocado a partir da data da publicação do acto ratificante, isto é, a partir de 2 de Junho de 1980, data em que foi publicada a Resolução n.º 180/80.

IV — **Síntese conclusiva.** — Na sequência dos desenvolvimentos expositivos antecedentes, pode lograr-se agora o seguinte quadro conclusivo:

a) As normas dos artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80, conseqüentemente em toda a extensão da sua vigência, não violam o disposto nos artigos 269.º, n.º 2, 17.º, 18.º e 167.º, alínea *c*), da versão originária da CRP;

b) As mesmas normas violam, supervenientemente, o disposto no artigo 268.º, n.º 2, da CRP, na versão agora vigente;

c) A parte da norma em apreço que se reporta aos «actos de transferência ou exoneração de funcionários da Administração Pública» violou o disposto no artigo 167.º, alínea *m*), da versão primitiva da CRP, até à data da publicação da Resolução da Assembleia da República n.º 180/80, em 2 de Junho.

V — **A decisão.** — Nestes termos, decide-se:

a) Declarar a inconstitucionalidade material superveniente das normas do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, de 31 de Agosto, e do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80, de 18 de Fevereiro, por violação do disposto no artigo 268.º, n.º 2, da CRP;

b) Declarar a inconstitucionalidade orgânica das normas do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 e do Decreto-Lei n.º 10-A/80, na parte em que dispõem sobre funcionários da Administração Pública, e até à entrada em vigor da Resolução da Assembleia da República n.º 180/80, de 2 de Junho, que ratificou o Decreto-Lei n.º 10-A/80, por violação do disposto no artigo 167.º, alínea *m*), da CRP, na sua versão originária.

8 de Julho de 1987. — *Antero Alves Monteiro Dinis* [vencido quanto à delimitação do âmbito do pedido, por entender que, atenta a natureza do processo aplicável à repetição do julgado, e porque nas fiscalizações concretas

que lhe serviram de pressuposto sempre e apenas se considerou a versão originária da CRP como parâmetro de aferição da constitucionalidade, o objecto aqui em apreciação não podia ultrapassar esses limites. Vencido também quanto à conclusão da alínea *a*) do ponto IV, por força das razões aduzidas sobre tal matéria no Acórdão n.º 190/85, de que fui relator] — *Luís Nunes de Almeida* [vencido quanto à declaração de inconstitucionalidade material superveniente das normas questionadas — conclusão *a*) da decisão —, pelas razões constantes do Acórdão 86/84, que, nessa parte, subscrevi] — *José Martins da Fonseca* (vencido, nos termos do Ex.º Sr. Conselheiro Relator, salvo quanto à delimitação do pedido) — *Mário de Brito* (vencido, nos termos da declaração de voto junta) — *José Magalhães Godinho* (vencido, nos termos do relator, salvo quanto à delimitação do pedido) — *Vital Moreira* (vencido, em parte, nos termos da declaração de voto junta) — *Messias Bento* (vencido na parte em que se declarou a inconstitucionalidade das normas do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 e do Decreto-Lei n.º 10-A/80, pois continuo a ter como certa a doutrina do Acórdão 96/84, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 2 de Fevereiro de 1985. Por isso acompanhei o projecto de acórdão aprontado pelo primitivo relator do processo, Ex.º Conselheiro Raul Mateus, que ia naquele sentido) — *Mário Afonso* (vencido de harmonia com a declaração de voto do Ex.º Conselheiro Raul Mateus) — *José Manuel Cardoso da Costa* (vencido quanto à declaração de inconstitucionalidade das normas em causa. Mantenho, com toda a convicção, o entendimento que a tal respeito venho perfilhando desde a C. Const., que não vi qualquer motivo para alterar face à versão actual da CRP, e que exprimi em vários arestos deste Tribunal, designadamente nos Acórdãos n.ºs 96/84, cuja doutrina é agora alterada, e 150/85. Acompanhei assim o projecto de acórdão apresentado pelo primitivo relator, Ex.º Conselheiro Raul Mateus, a cuja declaração de voto me associo) — *Armando Manuel Marques Guedes* (com declaração de voto conforme com as conclusões).

Declaração de voto. — 1 — O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, de 31 de Agosto, e o Decreto-Lei n.º 10-A/80, de 18 de Fevereiro — que o repõe em vigor —, foram julgados inconstitucionais pelos Acórdãos deste Tribunal n.ºs 109/85, 190/85 e 78/86, à face da versão originária da CRP.

Pedida, como foi, a declaração de inconstitucionalidade dessa norma, com força obrigatória geral, ao abrigo do disposto no artigo 82.º da Lei n.º 28/82, ou seja, precisamente por ela ter sido julgada inconstitucional «em três casos concretos», estava vedada ao Tribunal, em meu entender, a apreciação da inconstitucionalidade de tal norma à luz do texto actual da CRP (o resultante da revisão operada pela Lei Constitucional n.º 1/82).

Votei, por isso, vencido o acórdão nesta questão prévia.

Divergi igualmente do acórdão na parte em que ele julgou inconstitucional a norma em questão por violação do artigo 167.º, alínea *m*), da CRP, na sua redacção primitiva.

Segundo este preceito, era da exclusiva competência da AR legislar sobre «regime e âmbito da função pública».

Ora, como se escreveu nos Acórdãos n.ºs 63/84, de 20 de Junho, e 52/85, de 13 de Março, o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 «não diz quais os funcionários da Administração Pública que podem ser transferidos ou exonerados por conveniência de serviço ou sequer que pode haver transferência ou exoneração de funcionários por conveniência de serviço. Isso, que compete a outras leis ou à doutrina [...], é que entra no regime da função pública. O que este artigo 1.º diz é, sim, que, tratando-se de funcionários que podem ser transferidos ou exonerados por conveniência de serviço, basta que no respectivo despacho de transferência ou exoneração se invoque a conveniência de serviço. Ora, isto, directamente, tem apenas a ver com a fundamentação do despacho».

2 — Tendo o acórdão apreciado, contra o meu ponto de vista, a questão da inconstitucionalidade da referida norma à luz do texto actual da CRP, aí acompanhei o decidido, pois, como havia escrito em declaração de voto nos Acórdãos n.ºs 86/84, de 24 de Julho, e 76/86, de 5 de Março, uma vez consagrado pela Lei Constitucional n.º 1/82 o direito à fundamentação dos actos administrativos (artigo 268.º, n.º 2, da CRP), o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 tornou-se materialmente inconstitucional, por a «conveniência de serviço» não constituir fundamentação. — *Mário de Brito*.

Declaração de voto. — Nos termos e pelas razões constantes do Acórdão n.º 78/86, de que fui relator, pronunciei-me também pela inconstitucionalidade originária dos preceitos em causa — discordando assim da conclusão da alínea *a*) do capítulo IV «Síntese conclusiva» do presente acórdão — e pronunciei-me igualmente, nos mesmos termos, pela irrelevância da ratificação parlamentar sob o ponto de vista da legitimidade constitucional do diploma ratificado, pelo que votei contra a limitação temporal da inconstitucionalidade orgânica constante da parte final da alínea *c*) da mesma «síntese». — *Vital Moreira*.

Declaração de voto. — I — Votei que os artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79, de 31 de Agosto, e 10-A/80, de 18 de Fevereiro, não contravinham nem ao disposto no artigo 268.º, n.º 2, da CRP, redacção actual, nem ao disposto no artigo 167.º, alínea *m*), da CRP, versão primitiva, e nessa medida fiquei vencido.

De seguida, e relativamente a cada um destes pontos, se dirá por que se discordou da decisão final.

A) Quanto a uma eventual infracção do artigo 268.º, n.º 2, da CRP (texto actual). — I — Nenhum dos acórdãos de que arrancou o pedido do procurador-geral da República-adjunto, ou seja, nenhum dos Acórdãos n.ºs 109/85, 190/85 e 78/86 — necessariamente limitados no plano da análise pela própria vertente temporal dos casos concretos — se debruçou sobre a questão da conformidade dos artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80 com o texto actual do artigo 268.º, n.º 2, da CRP.

Existiam, porém, precedentes na jurisprudência do T. Const. sobre a questão, jurisprudência que ora continuei a seguir, como adiante se porá em relevo.

Com a revisão introduzida pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, o n.º 2 do artigo 268.º da CRP passou a determinar que os actos administrativos de eficácia externa careciam de fundamentação expressa quando afectassem direitos ou interesses legal-

mente protegidos dos cidadãos. Este ónus de fundamentar os actos administrativos, até aí genericamente imposto à Administração Pública unicamente no plano da lei ordinária, ganhou então assento constitucional.

Face a actual regra do artigo 268.º, n.º 2, da CRP, seria, pois, de perguntar se as normas dos artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80 — a primeira necessariamente na segunda fase da sua vigência — seriam ou não supervenientemente inconstitucionais.

Já o T. Const., nos Acórdãos n.ºs 86/84 e 32/86, dera resposta negativa a tal pergunta, embora no primeiro acórdão só implicitamente no que se refere à norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80.

Continuando convencido da bondade da solução então adoptada, reiterarei essa posição, que radica, antes de mais, na correcta definição dos actos administrativos em relação aos quais, e nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, basta a simples invocação da conveniência de serviço.

Começando por aqui, logo se nota que estão em causa na tessitura dessa norma — e com a referência ao artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 fica automaticamente referido o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80, que o reintroduziu na ordem jurídica — os actos praticados legalmente no uso de poderes discricionários, de transferência ou exoneração de funcionários que houvessem sido discricionariamente nomeados.

É, deste modo, relativamente a esses actos — «actos de transferência ou exoneração de funcionários da Administração Pública, de institutos autónomos ou de empresas públicas, quando praticados legalmente no uso de poderes discricionários, independentemente de qualquer ilícito disciplinar, e se refiram a funcionários nomeados discricionariamente» — que o regime em análise consente que a respectiva fundamentação se traduza em mera invocação de conveniência de serviço. Ora, nestes casos, essa simples invocação não corresponde a ausência de motivação.

Tal invocação constitui antes, e positivamente, fundamentação adequada à natureza dos actos administrativos referidos no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, coisa que resulta ainda mais evidente quando se considera o grupo de situações tipicamente abrangidas por aquele dispositivo.

2 — Nesta perspectiva — e citando a propósito o Acórdão n.º 86/84 —, verifica-se:

Que, «no que toca à Administração Pública propriamente dita, incluindo os institutos públicos autónomos, o diploma terá especial aplicação aos directores-gerais, subdirectores-gerais ou equiparados: o provimento destes pode, de facto, ser feito em *comissão de serviço*, e esta pode ser dada por *finda*, a *todo o tempo*, por despacho do membro do Governo competente (artigo 4.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 191-F/79, de 26 de Julho)»; e

Que, «no tocante às empresas públicas, onde vigora o regime do contrato individual de trabalho, salvo quanto ao pessoal das empresas que exploram serviços públicos, para o qual pode definir-se, em certos aspectos, um regime de direito administrativo baseado no estatuto do funcionalismo público (cf. os artigos 30.º a 32.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 30 de Abril), o diploma interessará presentemente ao caso dos respectivos gestores».

Outro caso abrangido pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, e como se notou no Acórdão n.º 32/86,

é ainda «o dos funcionários diplomáticos, no que respeita à sua distribuição pelos diferentes *postos* da carreira [atento o disposto no artigo 22.º, § 2.º, da Lei Orgânica do Ministério dos Negócios Estrangeiros (Decreto-Lei n.º 47 331, de 23 de Novembro de 1966) e nos artigos 32.º, n.ºs 2 e 3, na redacção do Decreto-Lei n.º 149/76, de 20 de Fevereiro, e 111.º do correspondente Regulamento (Decreto n.º 47 478, de 31 de Dezembro de 1966)]».

Em todo este quadro de situações tipicamente compreendidas no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79 — quadro em que a relação funcional se exprime, em certa dimensão, numa relação de dependência pessoal —, a situação de emprego é caracterizada por uma clara precariedade, sinal dominante do seu estatuto. Essa precariedade resulta, antes de mais, do facto de se tratar «de funcionários», escreveu-se no Acórdão n.º 32/86, «que hão-de encontrar-se, face à entidade nomeante (ao Governo, em suma), numa *especial relação de confiança* (político-administrativa ou técnico-administrativa), a qual, por sua vez, se compreende à luz da necessidade de o Governo (o titular do poder executivo) ter em cada momento a possibilidade de garantir a fiel execução, por banda do aparelho administrativo, em especial nos seus escalões de topo, das orientações e directivas (político-administrativas e técnico-administrativas) que tem legitimidade para autonomamente fixar, no quadro da CRP e das leis».

E, se esse particular quadro funcional se revela como instrumento indispensável ao exercício das funções político-administrativas e técnico-administrativas essencialmente cometidas ao Governo pela CRP, não se pode deixar de ter por compatível com a lei fundamental a existência desse mesmo *corpus* de funcionários, com todas as consequências que isso implica.

3 — A esta óptica, «bem poderá dizer-se», como se assinalou no Acórdão n.º 32/86, «que nas situações em causa, atenta a sua peculiaridade, a razão de ser da fundamentação dos actos administrativos (a saber: a de assegurar a clareza da actuação administrativa e o seu carácter reflectido, 'dialogante' e convincente, e a de tornar mais efectiva a garantia do direito às reclamações e recursos) haverá, em boa verdade, de bastar-se com a indicação do 'tipo' dos motivos determinantes dos correspondentes actos, ou seja, com a indicação de que os determinou a 'conveniência de serviço', e não qualquer outra razão, mormente de natureza disciplinar: exigir mais, não só não seria consequente com a 'liberdade' de que a Administração goza quanto à prática desses actos (pois dificultaria gravemente, se é que não precludiria, o exercício dessa faculdade de decisão 'livre' de entidade competente), como não é reclamado pela necessidade de proteger a posição dos destinatários dos mesmos actos, já que se trata aí de uma posição 'precária', inerente, como tal, ao seu 'estatuto', e livremente aceite, nesses termos, pelos próprios».

Este entendimento levaria, pois, a que se considerasse ainda como conforme ao preceituado no actual artigo 268.º, n.º 2, da CRP tanto a norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, já no segundo tempo da sua vigência, como a norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80. De facto, exigindo o actual n.º 2 do artigo 268.º da CRP a fundamentação expressa de certos actos administrativos, mas sem definir padrões motivadores, estaria ainda conforme com tal exigência uma fundamentação do género da prevista no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, que se configura como

respondendo adequadamente às exigências que, na óptica da série de princípios que preenchem o conceito de Estado de direito democrático, são feitas pelo «interesse» ao lugar por parte dos funcionários nomeados discricionariamente e susceptíveis de serem, também em termos discricionários, transferidos ou exonerados, «interesse» esse afinal profundamente relativo.

4 — Aliás, e levando ao extremo a análise do «interesse» ao lugar por banda desta particular categoria de funcionários, ter-se-ia em bom rigor de concluir que, dependendo a manutenção de cada um destes funcionários no exercício do cargo ou da função da confiança que, dia a dia, nele deposite a entidade nomeante — e citando ainda o Acórdão n.º 32/86 —, «não poderá seguramente falar-se aí num 'direito' (um direito subjectivo) do mesmo funcionário ao lugar, nem poderá afirmar-se que se encontra 'legalmente protegido' o interesse que o mesmo funcionário possa ter (de ordem social, económica, profissional, política ou outra) à manutenção do cargo ou funções para que foi nomeado (de tal interesse se dirá, por outras palavras, que não se acha legalmente 'subjectivado')».

Sendo exacta, como se crê, a definição caracterizante desta particular situação funcional no seu relacionamento com a entidade nomeante, então sempre será de concluir — e foi assim que mais uma vez concluí — que para os actos de transferência ou exoneração de qualquer dos funcionários em tal situação não é constitucionalmente obrigatória a sua fundamentação, já que o presente artigo 268.º, n.º 2, da CRP só a exige para os actos administrativos de eficácia externa que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Deste modo, ainda que fosse de considerar a invocação pura e simples da conveniência de serviço como equivalente à inexistência de fundamentação, ainda assim não se registaria infracção ao artigo 268.º, n.º 2, da CRP por parte do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 356/79, este no segundo estágio da sua vigência, nem por parte do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80.

Quanto ao ponto ora em análise, foram, pois, estas as razões do meu voto discordante.

B) Quanto a uma eventual infracção do artigo 167.º, alínea *m*), da CRP (primitiva enunciação). — 1 — Na linha da jurisprudência do T. Const. que mais adiante se citará, votei ainda que as normas dos artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80 (a primeira considerada nos dois estádios da sua vigência) não invadiam qualquer sector da reserva legislativa parlamentar — tal como era definida ao tempo da emissão

daqueles diplomas —, designadamente o sector delimitado pelo artigo 167.º, alínea *m*), da CRP, redacção originária, e segundo o qual era da competência exclusiva da AR legislar sobre o regime e âmbito da função pública.

As normas em causa, de facto, nada têm que ver quer com o regime, quer com o âmbito da função pública, como, aliás, o T. Const. já noutras ocasiões o entendeu (cf. os Acórdãos n.ºs 86/84 e 32/86), e isto singelamente pelos seguintes motivos.

Em primeiro lugar, porque as normas dos artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80 buscam essencialmente a definição da motivação adequada para certos actos administrativos, actos de transferência e exoneração que não respeitam apenas a funcionários públicos, mas a todo um quadro, algo heterogéneo, de elementos de confiança da Administração. As fronteiras dessa particular categoria de actos administrativos são, pois, delimitadas, não por apelo ao vínculo funcional que caracteriza a relação de emprego dos funcionários públicos, mas antes por referência à relação de confiança que distingue aqueles elementos, situados dentro da estrutura político-administrativa do Estado já muito perto do Executivo, e aos quais compete fazer cumprir, em primeira linha, o *indirizzo politico* por aquele traçado.

Em segundo lugar, porque as normas em questão não individualizam os funcionários que hão-de poder ser exonerados ou transferidos por conveniência de serviço, nem sequer especificam que pode haver exoneração ou transferência de funcionários públicos por simples conveniência de serviço. Essa determinação, afinal, é que entraria nos domínios do regime e âmbito da função pública, mas essa determinação, que não consta das normas dos artigos 1.ºs dos Decretos-Leis n.ºs 356/79 e 10-A/80, há-de resultar de outros preceitos do ordenamento jurídico.

2 — Não se registava, deste modo, qualquer ofensa ao disposto no artigo 167.º, alínea *m*), da CRP, e esse foi o sentido do meu voto quanto ao segundo ponto em exame.

II — Por fim, resta assinalar que a conclusão de que a norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80 não violava a CRP inevitavelmente — e nesse ponto também o meu voto divergiu do voto da maioria — levava a outra conclusão, ou seja, à conclusão de que a norma do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/80, simples norma sobre outra norma, ou seja, simples norma instrumental em relação à norma do artigo 1.º do mesmo diploma, igualmente não padecia de qualquer vício de inconstitucionalidade. — *Raul Mateus*.