



## CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

**Assunto: Processamento e pagamento de vencimentos aos Exm<sup>os</sup> Magistrados Judiciais a exercerem funções em Tribunais Superiores. Data a partir da qual, os respectivos Tribunais deverão efectuar o pagamento - se a partir do provimento, ou da tomada de posse.**

Os Exm<sup>os</sup> Senhores Presidentes dos Tribunais da Relação de Guimarães e do Porto, solicitaram a este Conselho esclarecimentos sobre a entidade em que recai a responsabilidade de efectuar o pagamento dos vencimentos aos magistrados que, quer como auxiliares quer como efectivos, ascendem aos Tribunais de Relação, ou destes para o S.T.J.e a partir de que momento, ou seja, se a partir do provimento no Diário da República ou se a partir da tomada de posse, nos respectivos Tribunais.

Não se colocando essa questão em relação aos Exm<sup>os</sup> Juízes de 1<sup>a</sup> Instância, porquanto, neste momento, são pagos pela mesma entidade – a Direcção Geral da Administração da Justiça, a dúvida surge em relação aos Tribunais Superiores, que processam e pagam os vencimentos, dos magistrados a exercerem aí funções, pelo orçamento próprio daqueles Tribunais.

Por superiormente nos ter sido solicitado, cumpre-nos, sobre o assunto, emitir o presente parecer.

### **PARECER**

Na elaboração do presente parecer, importa considerar alguns dos princípios que emanam dos Decretos-Leis n<sup>os</sup> 184/89, de 02 de Junho, 353-A/89, de 16 de Outubro, e 427/89, de 07 de Dezembro, versando, o primeiro sobre os princípios gerais em matéria de emprego público, remunerações e gestão de pessoal, o segundo, em desenvolvimento dos princípios consignados no primeiro, sobre as regras do estatuto remuneratório dos funcionários e agentes da Administração Pública e a estrutura das remunerações base de carreiras e categorias, e o último



## CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

sobre o regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica do emprego público.

Sendo certo, que o âmbito institucional do Decreto-Lei nº 184/89, de 02 de Junho, compreenda os serviços e organismos que estejam na dependência das instituições judiciárias (artigo 2º, nº 2), estão excluídos do seu âmbito pessoal “os juízes e os magistrados do Ministério Público” (artigo 3º, nº 2).

No desenvolvimento deste diploma é publicado o Decreto-Lei nº 427/89, de 07 de Dezembro, que é, igualmente, aplicável aos serviços e organismos na dependência “orgânica e funcional” “das instituições judiciárias” (artigo 2º, nº 2), o que há-de ser visto, portanto, como não incluindo os magistrados, quer sejam judiciais quer sejam do Ministério Público.

Esta exclusão não significa, porém, que não se deva colher, nos diplomas referidos, o significado de conceitos básicos da relação jurídica de emprego público, sempre que os estatutos respectivos não definam outros, até porque tanto o E.M.P (artigo 108º) como o E.M.J - Estatuto dos Magistrados Judiciais – (artigo 32º), determinam a aplicação subsidiária aos respectivos magistrados, do regime vigente para a função pública, quanto a incompatibilidades, deveres e direitos.

É, assim, de toda a necessidade prosseguir nesses textos, em especial, para já, no Decreto-Lei nº 427/89.

Nos termos do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 427/89 (alterado pelo Decreto-Lei nº 407/91, de 17 de Outubro), a **relação jurídica de emprego na Administração Pública constitui-se por nomeação ou por contrato de pessoal.**

**A nomeação é o acto unilateral da Administração** pelo qual se preenche um lugar do quadro, sendo obrigatória em relação aos candidatos aprovados em concursos para os quais existem vagas postas a concurso (cfr. nºs 1 e 3, do art. 4º, do DL 427/89) e, **a eficácia da nomeação depende da aceitação do nomeado**, dispõe o nº 4, do mesmo artigo 4º.

**A aceitação é o acto pelo qual o nomeado declara aceitar a nomeação**, e nos termos do artigo 11º, do citado diploma legal, o prazo geral de



## CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

aceitação é de 20 dias (susceptível de prorrogação), contados da data da publicação do acto de nomeação, sendo, para os magistrados judiciais, de 30 dias, face ao disposto no nº 2, do artigo 59º, do E.M.J.

Só nos casos de primeira nomeação, a qualquer título, e de nomeação para cargo dirigente, a aceitação reveste a forma de posse - acto público, pessoal e solene - pelo qual o nomeado manifesta a sua vontade de aceitar a nomeação e presta juramento.

**A aceitação determina o início de funções para todos os efeitos legais,** designadamente o abono de remunerações e contagem de tempo de serviço (cfr. nº 1, do art. 12º, do DL nº 427/89) e, o **direito à remuneração** devida pelo exercício de funções na Administração Pública **constitui-se com a aceitação da nomeação**, reportando-se esse direito, nos casos em que não há lugar à aceitação, ao início do efectivo exercício de funções (cfr. nºs 1 e 2, do art.3º, do Dec-Lei nº 353-A/89, de 16 de Outubro).

O nº 1, do artigo 12º, do Decreto-Lei nº 427/89, de 07 de Dezembro, fixa claramente a regra fundamental de que é a aceitação em qualquer das suas modalidades (mera aceitação ou posse) que marca o momento do início do exercício de funções para todos os efeitos legais, designadamente, o abono de remunerações e contagem de tempo de serviço.

Este regime regra, tradicional no nosso direito administrativo ( embora tendo conhecido durante os últimos anos alguns desvios – cfr. Decreto-Lei nº 137/89, de 22 de Abril, hoje revogado pelo artigo 45º, do Decreto-Lei nº 427/89) - apenas comporta, dentro do actual quadro legal, as duas excepções constantes dos nºs 2 e 3 do mesmo artigo 12º, reportando-se, a primeira, àquelas situações em que a aceitação deva ocorrer durante o período de licença de maternidade ou de faltas por acidente de serviço, caso em que o prazo de aceitação se considera prorrogado e os efeitos desta retroagem à data da publicação do despacho de nomeação, quer no que toca à remuneração, quer no que toca à antiguidade, e a segunda, à hipótese de a aceitação dever ocorrer durante o cumprimento do serviço militar obrigatório, caso em que o prazo da aceitação se considera igualmente prorrogado, retroagindo os efeitos da mesma, mas apenas no que respeita à contagem do tempo de serviço, à data da publicação do despacho de nomeação.



## CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Trata-se, como se vê, de excepções justificadas pela especial protecção que o legislador entendeu dever proporcionar a certas situações, em função de razões de carácter social ou de serviço público obrigatório.

Face ao exposto, importa analisar qual o conteúdo e alcance jurídico que o direito positivo confere, em concreto, à nomeação e a sua relação com a aceitação.

Como se viu, o Decreto-Lei nº 427/89, de 07 de Dezembro, que define o regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica na Administração Pública, regula o tema, ora em análise. A nomeação é apontada como uma das modalidades pelas quais se constitui a relação jurídica de emprego com a Administração Pública (**cfr. art. 3º; ver igualmente o art.5º, do DL nº 184/89, de 02 de Junho**). Por outro lado, define-se a nomeação como “o acto unilateral da Administração pelo qual se preenche um lugar do quadro” (**cfr. nº 1, do art. 4º**), cuja eficácia está dependente da aceitação do nomeado (**cfr. nº 4, do art.4º, do mesmo diploma**).

A questão está em saber qual o relevo que há-de assumir essa manifestação de vontade, ou seja, se a mesma é constitutiva ou, pelo contrário, integra mera condição de eficácia.

Segundo o quadro legislativo vigente - artigo 3º, do Decreto-Lei nº 427/89 - verificamos, inequivocamente, que existem duas formas distintas de constituição da relação jurídica de emprego público:

- A nomeação;
- O contrato de pessoal.

Vejamos a natureza unilateral, do acto constitutivo da relação jurídica de emprego público – a nomeação. Já referimos que a nomeação é o acto unilateral da Administração, pelo qual se preenche um lugar no quadro (...). No acto administrativo, apenas a vontade da Administração é constitutiva, sendo a do particular meramente integrativa, requisito de legalidade ou requisito de eficácia consoante dependente de requerimento ou de consentimento posterior do particular.

Nas palavras de Ana Fernanda Neves, “(...) **a nomeação e a aceitação constituem dois actos unilaterais que não se fundem, pois alicerçados em diferentes causas jurídicas: a nomeação visa a satisfação do interesse público, a aceitação leva ínsita a satisfação de interesses particulares de conteúdo**



## CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

patrimonial. Apenas a nomeação tem valor constitutivo, constituindo a aceitação uma mera condição de eficácia – suspensiva ou resolutiva”.

E continua, “ Só a nomeação opera a integração ou inserção na organização administrativa ( e confere a qualidade de funcionário público – art.4º, nº 5, do Dec.-Lei nº 427/89, de 7/12 ). A integração num quadro no que toca à «relação funcional» ( a nomeação é o acto pelo qual se preenche um lugar no quadro – art. 4º, nº 1, do Dec-Lei nº 427/89, de 7/12 ).

Situemo-nos nos concretos preceitos da (nossa) legislação atinente: a aceitação do nomeado determina o início de funções para todos os efeitos legais ( nº 1, do art. 12º, do Dec-Lei nº 427/89, de 7/12 ). Por si, parece indicar que o vínculo e os direitos e deveres correspondentes nascem com a aceitação. Mas lido em conjunto com outros preceitos percebe-se que o intuito do legislador foi apenas tornar dependente da aceitação a eficácia de vínculo que tem já por constituído ( o espriar dos respectivos efeitos). O art. 3º estabelece que a relação jurídica de emprego na Administração se constitui por nomeação; o nº 1 do art 4º ( continuamos no espaço do mesmo diploma) que a nomeação é o acto unilateral da Administração mediante o qual se preenche um lugar no quadro de modo a assegurar o exercício de funções próprias e permanentes do serviço público de modo profissionalizado; o art. 5º reafirma, enumerando as suas modalidades, a constituição da relação jurídica de emprego, por nomeação (Neves, Ana Fernanda, in “*Relação Jurídica de Emprego Público*”, Coimbra Editora, 1999, pp 99 a 110 ).

Dito de outra forma, a aceitação da nomeação não é configurada pela lei como uma declaração de vontade constitutiva do efeito jurídico produzido em concorrência com a vontade da Administração.

Esteves de Oliveira, refere que o “efeito jurídico da nomeação – o provimento, ou seja, a designação da pessoa que ocupará o lugar ou o cargo – nasce por simples manifestação da vontade do órgão administrativo, não concorrendo para a sua produção qualquer outra vontade: por isso, o acto e o efeito existem e são válidos a partir desse momento (...)”.

O que acontece é que “ a sua eficácia concreta perante o destinatário – ou seja o ingresso efectivo deste no estatuto de funcionário público – é que está dependente da sua aceitação, só após a qual ele fica investido no conjunto de direitos e deveres inerentes ao lugar”( Oliveira, Esteves, in *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1980, Vol.I, p. 376 ).

A nomeação integra-se, desta forma, no plano estrutural, na categorias de actos administrativos carecidos de consentimento do particular, que funciona como requisito de eficácia.



## CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Mais concretamente, a aceitação opera aqui como condição suspensiva da eficácia do acto administrativo, uma vez que, os efeitos práticos da nomeação só operam depois da aceitação.

A coincidência no tempo, entre a perfeição dos actos administrativos e o começo da sua eficácia, comporta, porém, excepções.

Em diversas situações, à produção do acto não se segue, imediatamente, a verificação dos efeitos, dizendo-se que **“o acto é potencialmente produtor de consequência jurídicas, mas elas estão comprimidas ou em estado latente. Torna-se então necessária uma terceira fase, constituída por acto principal que, vão, todavia, conferir-lhe a força que o liberte do letargo (...) vão suscitar a energia operativa própria dos elementos constitutivos”**( Mário Esteves de Oliveira/Pedro Gonçalves/Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo*, anotado, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, pp. 610 a 617 ).

É o que acontece com os actos que estão sujeitos a actos de controlo preventivo (vistos, aprovações e outros), actos sujeitos a condição suspensiva ou termo inicial, actos que necessitem da adesão do interessado (como, por exemplo, a aceitação ou a tomada de posse), com a notificação dos actos receptícios ou com actos sujeitos a publicação, etc.

**Tais actos, ainda que perfeitos e válidos, não produzem os efeitos jurídicos que a ordem jurídica lhes assinala, permanecendo num estado de letargia, até a verificação do facto desencadeador da eficácia.**

No que respeita ao seu conteúdo, a doutrina maioritária integra a nomeação entre os actos constitutivos de direitos ou actos constitutivos de uma qualidade jurídica, que só são revogáveis quando ilegais e dentro do prazo fixado para o recurso contencioso.

Constitui igualmente jurisprudência do STA que **“ o acto de nomeação é um acto unilateral constitutivo ou modificativo da relação jurídica de emprego, que se enquadra no grupo de actos criativos de um “status”, e que definem de modo inovatório, uma dada situação jurídico-profissional, com o inerente acervo de direitos, poderes e deveres”**.

Quanto à posse ou aceitação de nomeação, pondera o STA que **“ é um acto público, pessoal e solene pelo qual o nomeado manifesta vontade de aceitar a**



## CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

nomeação(...) e pelo qual o funcionário é simultaneamente investido no lugar ou cargo em que haja sido provido(...)”.

“ Mas tal posse ou aceitação de nomeação constitui um «posterius» relativamente ao «prius» traduzido no acto de nomeação, este um verdadeiro acto constitutivo de direitos que implica e determina a subsequente investidura do nomeado num estado legal constituído por um complexo de poderes e deveres abstractamente estruturado por lei (...)”(cfr. Acórdão de 16/04/96, Proc. 37420,D.R 23/10/98,pp 2501; no mesmo sentido, Acórdão de 01/03/84, D.R de 05/12/86, pp 1220 ss).

Do que fica dito, podemos extrair, numa primeira análise, e com interesse para o parecer, as seguintes conclusões:

- **A nomeação é um acto unilateral, pelo qual se constitui ou modifica uma relação jurídica de emprego público, regulada pelo direito público, que confere aos destinatários a qualidade de funcionários, bem como o direito a ocupar um lugar no quadro;**
- **O acervo de direitos e obrigações em que se traduz a situação estatutária, criada pela nomeação fica numa situação de pendência, só produzindo efeitos práticos depois da aceitação dos destinatários;**
- **A aceitação opera como condição suspensiva da eficácia do acto de nomeação, nada acrescentando ao conteúdo do estatuto conferido pela nomeação;**
- **Tal situação de pendência não impede, porém, a consolidação, na esfera jurídica dos destinatários, de verdadeiros direitos subjectivos.**

É certo, como se viu, que a nomeação para um lugar do quadro, como acto receptício que é, só produz efeitos jurídicos após a aceitação pelo nomeado. Mas, no caso concreto, objecto deste parecer, esses efeitos jurídicos reportam-se, não ao momento de aceitação, mas a um momento anterior, não só, por virtude do regime especial que decorre da norma do artigo 72º do Estatuto dos Magistrados Judiciais (E.M.J.), que confere relevância – para efeitos da contagem da antiguidade na categoria – ao momento da publicação do provimento, no Diário da República, mas também pelo disposto na alínea c), do nº1, do artigo 70º, do mesmo Estatuto.



## CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Em nosso entender, é a doutrina tradicional a mais correcta, tanto “*de jure constituendo*” como “*de jure constituto*”. No entanto, entendemos também, que uma interpretação que com base na estrita aplicação da referidas normas dos artigos 12º, nº 1, do Decreto-Lei nº 427/89, de 07 de Dezembro e 3º, nº 1, do Decreto-Lei nº 353-A/89, de 16 de Outubro, estabeleça o termo inicial do tempo de serviço e do abono de remunerações na data em que ocorre a aceitação, colide - pelo menos aparentemente - frontalmente, com o disposto na lei especial, que aprovou o Estatuto dos Magistrados Judiciais.

Com a nomeação, consolidou-se na esfera jurídica dos destinatários um conjunto de direitos e deveres que relevam do estatuto jurídico do funcionário público.

Tal acervo de direitos e obrigações em que se traduz a situação estatutária criada pela nomeação ficou, porém, transitoriamente inoperante, uma vez que os seus efeitos práticos ficaram condicionados à aceitação pelos destinatários.

A aceitação tem, apenas, como efeito projectar na realidade jurídica, os efeitos de direito definidos na nomeação, que se encontram numa situação de pendência, nada acrescentando ao conteúdo da decisão tomada e, tal como já referimos, essa situação de pendência, não impede que se tenham consolidado na esfera jurídica dos destinatários verdadeiros direitos subjectivos.

Em conclusão, sempre diremos que, **em bom rigor**, o disposto no artigo 72º, do E.M.J., **não estabelece o início da contagem da antiguidade na data de provimento** – pois este, na ausência de subsequente investidura (posse) não produz efeitos – **consagra, sim, a retroactividade dos efeitos da investidura, em matéria de antiguidade.**

A investidura, constitui, pois, “o acto administrativo através do qual a entidade competente confere ou atribui aos indivíduos, previamente providos, o complexo de poderes, direitos, deveres e incompatibilidades inerentes aos lugares para que foram designados – investindo-os, assim, na situação jurídica de funcionários ou de agentes em regime de direito público” ( cfr. Alfaia, João, in “*Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*” Almedina, Coimbra, p 383 ).





## CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Só a partir da investidura – que reveste a natureza jurídica de acto constitutivo de direitos e de deveres – se realiza o preenchimento de lugares e, portanto, os funcionários e agentes assumem a qualidade de titulares de relações jurídicas de direito público.

**O que acontece, por vezes, é a própria lei atribuir eficácia retroactiva à investidura.** É o caso da antiguidade dos magistrados judiciais - prevista no artigo 72º, do E.M.J. Efectivamente, se não houver investidura dentro do prazo legal (30 dias, que, eventualmente, poderão ser prorrogados), não se produzirão os efeitos citados.

**Verificada a investidura, através da posse, esses efeitos retroagem à data do provimento (nomeação) no Diário da República.**

**De todo o exposto, é nosso entendimento que a antiguidade dos magistrados judiciais, na categoria, deverá ser contada, nos termos do artigo 72º, do E.M.J. ou seja, desde a data da publicação do provimento, no Diário da República e não a partir da data da tomada de posse.**

Salvo melhor opinião, este é o nosso parecer.

Lisboa, 27 de Novembro de 2005

O Técnico Superior Jurista,

( Ralph Rodrigues )