

ASSUNTO: Inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 179/2005, de 2 de Novembro, que introduziu alterações aos artigos 78º e 79º do Estatuto da Aposentação, aprovado pelo Decreto-Lei nº 498/72, de 9 de Dezembro.

SÍNTESE:

O reclamante solicitou a intervenção do Provedor de Justiça para que seja declarada a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 179/2005, de 2 de Novembro, alegando para tanto o seguinte:

- a) a nova redacção do artigo 78º do Estatuto da Aposentação parece indiciar que também ficam abrangidos pelo seu âmbito de aplicação pessoal os advogados aposentados que prestam serviço em regime de avença para uma empresa pública, ainda que tal ocorra com total autonomia e sem que sejam sequer utilizadas as instalações da empresa em causa. Entende o reclamante que o citado preceito apenas visou os “avençados” que prestam a sua actividade profissional em instalações do Estado, apoiando-se para tanto na caracterização do próprio contrato de avença constante do Decreto-Lei nº nº 41/84, de 3 de Fevereiro, e no facto de, em sua opinião, não poderem existir advogados, mas apenas juristas, nos serviços do Estado, de pessoas colectivas públicas ou de empresas públicas;
- b) a nova redacção do artigo 78º do Estatuto da Aposentação foi aprovada por um simples decreto-lei e contraria, em seu entender, o disposto no artigo 62º, nº 2 do Estatuto da Ordem dos Advogados, diploma este aprovado por uma Lei da Assembleia da República, que estatui “o mandato forense não pode ser objecto, por qualquer forma, de medida ou acordo que impeça ou limite a escolha pessoal e livre do mandatário pelo mandante”;
- c) a autorização a conceder pelo Primeiro-Ministro, prevista no artigo 78º do Estatuto da Aposentação, colide com a autonomia das autarquias locais, das Universidades ou de outras entidades, uma vez que só estas poderão ajuizar do interesse público excepcional e não aquele;
- d) o artigo 79º do Estatuto da Aposentação colide com os critérios estabelecidos no artigo 100º do Estatuto da Ordem dos Advogados para fixação dos honorários dos advogados.

PARECER:

1. Analisadas as questões, concluiu-se o seguinte:

1.1. Antes de mais, importa ter em atenção que os artigos 78º e 79º do Estatuto da Aposentação, aprovado pelo Decreto-Lei nº 498/72, de 9 de Dezembro, a que o diploma ora posto em causa dá nova redacção, não podem ser analisados isoladamente, mas sim em conjugação com todas as demais disposições do Estatuto e dentro do espírito que este encerra. Ou seja, não se pode descurar na análise que nos ocupa a importância do elemento sistemático, que compreende a consideração de outras disposições que formam o conjunto normativo do instituto em que se integram as normas em causa, nem tão pouco do elemento teleológico que, por sua vez, compreende a consideração dos fins que se pretendem alcançar.

1.2. Como ensina Simões Correia¹, “da situação de aposentação deriva, em princípio, a incapacidade para exercer funções públicas ou em certos organismos, quer se trate de funções que o subscritor já exercia antes da aposentação, quer de investidura em novas funções.” Daí que a situação de cumulação de uma relação jurídica de aposentação com uma nova relação jurídica de emprego seja sempre uma situação excepcional.

Só assim, aliás, se compreende que a lei tenha feito depender de autorização ministerial o exercício de funções públicas por parte de aposentados.

Esta é, efectivamente, a lógica do sistema que levou à consagração não só do princípio da não acumulação de pensões de natureza ou fins semelhantes, constante do art. 67º do Estatuto da Aposentação, como também ao estabelecimento de limites quanto ao montante da remuneração a auferir por parte de aposentados que tenham, excepcionalmente, sido autorizados a exercer funções públicas, nos termos dos disposto nos artigos 78º e 79º do Estatuto da Aposentação.

¹ In anotação ao artigo 78º do *Estatuto da Aposentação, anotado e comentado*, Coimbra, 1973, pág. 181

Com efeito, tem sido entendido que o espírito da lei é o de “evitar a duplicação de rendimentos a cargo do Estado relativamente ao mesmo beneficiário” não sendo, por isso, permitido ao aposentado, receber do Estado e demais entes públicos “remuneração segundo regime igual ou semelhante àquele por que se aposentou²”.

1.3. A este propósito, sublinhe-se, ainda, que a conformidade da limitação estabelecida no artigo 79º do Estatuto da Aposentação (na redacção anterior à alteração introduzida pelo Decreto-Lei nº 179/2005, de 2 de Novembro) com o disposto na alínea a) do seu artigo 59º da Constituição já foi analisada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão nº 386/91, de 22.10.1991³, tendo-se decidido, a final, julgar inconstitucional aquele preceito, “**mas somente na medida em que permite que o montante da pensão de reforma percebida por um aposentado, somado ao abono da terça parte da remuneração que competir ao permitido desempenho de outras funções públicas por parte do mesmo aposentado, seja inferior ao quantitativo de tal remuneração**”.

Ou seja, **o Tribunal Constitucional não pôs em causa, em termos genéricos, a norma que estabelece um limite à cumulação de remunerações advindas da pensão de um aposentado da função pública e da retribuição pelo exercício de funções ou cargos públicos que ele se encontre autorizado a desempenhar.**

Sustentou este seu entendimento no facto de considerar, por um lado, que a pensão auferida por um aposentado deve ser entendida como “a atribuição de um quantitativo ajustado à prossecução da existência condigna de vida do servidor, atentas as condições sociais e familiares que deterá aquando da sua aposentação” e, por outro, que “a remuneração auferida pelo trabalhador da função pública aposentado e em consequência de trabalho cumulado, constitui, pois, um plus retributivo que não tem origem, directamente, no seu direito ao

² Neste sentido, vide José Cândido de Pinho, in anotação ao artigo 78º do Estatuto da Aposentação, Almedina, 2003, pág. 283.

³ In *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 20º volume, 1991 (Setembro a Dezembro), pág.355.

trabalho, conquanto, obviamente, derive do trabalho desempenhado”.

2. Analisando o recentemente publicado Decreto-Lei nº 179/2005, de 2 de Novembro, que introduziu alterações aos artigos 78º e 79º do Estatuto da Aposentação, verifica-se que o mesmo veio reafirmar, no respectivo preâmbulo e na mesma linha da orientação que já vinha sendo seguida nesta matéria, que o exercício de funções públicas por aposentados ao abrigo daquele Estatuto justifica-se exclusivamente por razões de interesse público.
- 2.1. No que respeita, em concreto, à definição das incompatibilidades consagradas no artigo 78º, verifica-se que a nova redacção deste preceito contempla um leque mais vasto de situações abrangidas, nomeadamente por inclusão dos casos em que o trabalho remunerado é prestado pelos **aposentados em regime de contrato de tarefa ou de avença**, para além de exigir também um maior rigor na fundamentação do interesse público excepcional.

Pretendeu-se com este preceito evitar situações de acumulação de pensões e de remunerações susceptíveis de pôr em causa elementares princípios de equidade.

A questão que ora nos ocupa é a de saber se a situação da prestação de serviços por parte de advogados, já aposentados da função pública, passou ou não a estar abrangida pela nova redacção do artigo 78º do Estatuto da Aposentação e, em caso afirmativo, se esta previsão encerra em si mesma alguma inconstitucionalidade.

A nova redacção daquele preceito, ao incluir no seu teor, de forma expressa, o trabalho remunerado em regime de contrato de avença, não nos deixa grandes margens para dúvidas de que o objectivo do legislador foi o de abranger, no respectivo âmbito pessoal de aplicação, os profissionais liberais, nomeadamente os advogados.

Com efeito, o contrato de avença encontra-se definido, no nº 3 do artigo 17º do Decreto-Lei nº 41/84, de 3 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº

299/85, de 29 de Julho, como aquele que tem por “objecto prestações sucessivas no exercício de profissão liberal (...)”, o que, como defende o Supremo Tribunal de Justiça, “já sugere fortemente que o prestador de serviços exerce a sua actividade como um profissional livre e, por isso, com total independência e autonomia técnica⁴”.

No mesmo sentido, aliás, veja-se o entendimento já anteriormente perfilhado pelo mesmo Tribunal⁵ ao referir que resulta daquele preceito que “a execução das funções objecto da avença processa-se no exercício de profissão liberal, tornado necessário pela inexistência no serviço de funcionários ou agentes qualificados para um tal desempenho”. Este Tribunal chega mesmo a referir que, no caso ali em apreciação, era essencial à caracterização do contrato como de avença que “ficasse a constar do escrito que o Autor era advogado, requisito essencial à contratação, sabido que, como dispõe o artigo 53º, nº 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados, só os advogados e advogados estagiários com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem, em todo o território nacional e perante qualquer jurisdição, instância, autoridade ou entidade pública ou privada, praticar actos próprios da profissão e, designadamente, exercer o mandato judicial ou funções de consulta jurídica em regime de profissão liberal remunerada⁶”.

Ora, a argumentação a este propósito expendida pelo reclamante não encontra, a meu ver, qualquer apoio nem no espírito, nem na letra da lei. Com efeito, a prestação de actividade profissional nas instalações do Estado, de pessoas colectivas públicas ou de empresas públicas, ou seja, em local definido pelo empregador, é um elemento caracterizador, à partida, de um contrato de trabalho e não de um contrato de avença. Para além disso e considerando que este indício, tomado de per si, ou seja, fora do contexto geral

⁴ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.02.2005 (Proc. nº 04S3583).

⁵ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.12.2001 (Proc. nº 01S2462).

⁶ Este preceito foi, mais tarde, revogado pela Lei nº 49/2004, de 24 de Agosto. Actualmente, o novo *Estatuto da Ordem dos Advogados*, aprovado pela Lei nº 15/2005, de 26 de Janeiro, estabelece no artigo 61º que “só os licenciados em Direito com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem, em todo o território nacional, praticar actos próprios da advocacia, nos termos definidos na [Lei nº 49/2004](#), de 24 de Agosto”.

em que se insere, não é suficiente para proceder à caracterização do tipo de contrato, não se vislumbra como possa ter sido o mesmo utilizado pelo legislador para delimitar o âmbito de aplicação pessoal do preceito em análise. Tal interpretação não encontra, de facto, qualquer sustentação na letra da lei e, ainda menos, no seu espírito, como já se demonstrou supra.

2.2. Assim, esclarecida e ultrapassada a questão do âmbito pessoal de aplicação da nova redacção do artigo 78º do Estatuto da Aposentação, resta-nos apreciar a sua invocada inconstitucionalidade, por ter sido introduzida por decreto-lei e por colidir, alegadamente, com o estatuído no Estatuto da Ordem dos Advogados.

Dispõe o nº 2 do artigo 112º da Constituição da República Portuguesa que “As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos”. Ou seja, as normas introduzidas por uma lei da Assembleia da República não têm necessariamente valor superior às normas emanadas do Governo.

Impõe-se, pois, clarificar que tanto as leis como os decretos-leis são leis ordinárias e têm o mesmo valor formal e idêntica força obrigatória, donde resulta poder uma lei ser revogada por decreto-lei e vice-versa⁷.

No que respeita à nova redacção do artigo 78º do Estatuto da Aposentação, não se tratando de legislar sobre as bases do regime e âmbito da função pública (estas sim, matérias da competência relativa da Assembleia da República, nos termos do disposto na alínea t) do artigo 165º da Constituição da República Portuguesa), estava o Governo habilitado a legislar ao abrigo de competência própria, não se registando assim, no que concerne a este aspecto, qualquer inconstitucionalidade.

⁷ Neste sentido, vide Marcelo Caetano, in *Manual de Direito Administrativo*, volume I, pág. 90 e 91.

Note-se, por outro lado, que o artigo 62º, nº 2 do Estatuto da Ordem dos Advogados pretende efectivamente salvaguardar a plenitude do mandato forense, impedindo a existência de qualquer medida ou acordo que limite a escolha pessoal e livre do mandatário pelo mandante. Não obstante, a aplicação deste preceito tem de ser, naturalmente, enquadrada e interpretada dentro dos limites impostos por lei.

Com efeito, é o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados que começa por consagrar, no seu artigo 77º, algumas incompatibilidades, estas obviamente do ponto de vista do exercício da advocacia.

Tal não significa, porém, que outras não possam ser estabelecidas, caso se verifique a existência de valores paralelos ou mais elevados a salvaguardar, igualmente merecedores de tutela e protecção jurídica.

Através do preceito em análise - artigo 78º do Decreto-Lei nº 179/2005 -, verifica-se que foi ampliado o regime das incompatibilidades do ponto de vista do exercício de funções públicas por parte de aposentados.

Do preâmbulo daquele diploma resulta que há um valor mais alto a proteger - o interesse público – que ditou o alargamento do âmbito de aplicação daquele preceito. Pretendeu-se, no fundo, evitar a multiplicação de mecanismos até então utilizados para contornar a lei, nomeadamente através da utilização abusiva de contratos de prestação de serviços, de tarefa e de avença, os quais, aliás, estavam a ser utilizados muitas das vezes para o exercício de funções próprias e permanentes dos serviços.

Desta alteração do artigo 78º não resulta, porém, qualquer revogação ou contradição com o disposto no Estatuto da Ordem dos Advogados. Com efeito, estamos perante um reenquadramento do regime das incompatibilidades no exercício de funções públicas, com implicações inevitáveis em todas as profissões e, nessa medida, também ao nível das várias profissões liberais, já que todos os interesses corporativos legalmente protegidos deverão conciliar-se com o interesse público geral da colectividade cuja salvaguarda o Governo

pretende acautelar.

Assinale-se, também, que o regime ora instituído não é muito diferente daquele que já vigorou anteriormente ao Estatuto da Aposentação e que constava do Decreto-Lei nº 39843, de 7 de Outubro de 1954, que previa no ser artigo 9º⁸ a impossibilidade genérica de exercício de funções públicas a qualquer título, ou seja, mesmo episódica, por parte de aposentados, fora dos casos exceptuados por resolução do Conselho de Ministros. Em defesa desta interpretação, veja-se o entendimento então perfilhado pela Procuradoria-Geral da República⁹ no sentido de que *“carece de autorização do Conselho de Ministros o contrato ou ajuste pelo Estado com aposentados para a realização de estudos ou trabalhos e a elaboração de pareceres em regime de prestação eventual de serviços ou tarefas”*.

Por último, importa ainda refutar a afirmação do reclamante no sentido de que *“nos serviços do Estado, de pessoas colectivas ou de empresas públicas poderão existir juristas, mas nunca advogados, daí que o patrocínio judiciário nunca possa ser exercido por aqueles que existam nos respectivos quadros que, repete-se, não são advogados”*.

Ora, a verdade é que não só existem advogados inscritos na Ordem dos Advogados a exercer funções próprias da advocacia quer em Câmaras Municipais, quer em outras pessoas colectivas públicas, embora em regime de subordinação e com exclusividade [cfr. nº 1, al j) e nº 3 do artigo 77º do Estatuto da Ordem dos Advogados], como também é permitido que o patrocínio judiciário de pessoas colectivas de direito público ou de ministérios possa ser assegurado por licenciados em Direito com funções de apoio jurídico (que não são advogados), expressamente designados para o efeito. Tal é o que resulta, nomeadamente, do disposto no artigo 11º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei nº 15/2002, de 22 de

⁸ Com a redacção que lhe foi introduzida pelo art.2º do Decreto-Lei nº 43285, de 3 de Novembro de 1960.

⁹ Parecer da PGR, Proc. nº 59/65, publicado na IIª Série do Diário do Governo nº 39, de 16 de Fevereiro de 1966.

Fevereiro.

- 2.3.** No que concerne à autorização a conceder pelo Primeiro-Ministro para o exercício de funções públicas por parte de aposentados, cumpre assinalar que a principal diferença com o regime anteriormente em vigor reside precisamente na necessidade de fundamentar tal decisão com base no interesse público excepcional. Invoca o reclamante que tal autorização colide com a autonomia das autarquias locais, das universidades ou de outras entidades, uma vez que só estas é que poderão, em seu entender, ajuizar do interesse público excepcional.

Ora, em meu entender, a autonomia destas entidades não está de forma alguma posta em causa. Do que se trata, no caso que nos ocupa, é da definição do interesse público excepcional, de âmbito nacional, com o qual os demais interesses têm de se conciliar, bem como da necessidade de uniformizar os critérios para a sua aferição, evitando-se assim diferentes margens de discricionariedade e um maior rigor na sua avaliação.

É certo que, quer as autarquias, quer as universidades, possuem quadros de pessoal próprios e competências gestionárias, sendo este, aliás, um dos elementos da sua autonomia. Mas também é certo que a criação e a forma de recrutamento dessas pessoas tem de ser feita dentro dos limites da lei.

- 3.** Quanto à nova redacção dada ao artigo 79º, sob a epígrafe “cumulação de remunerações”, verifica-se que a mesma se encontra já formulada de harmonia e em plena consonância com a decisão do Tribunal Constitucional a que já me referi supra. Na verdade, prevê-se naquele preceito a possibilidade de aos aposentados ou reservistas, autorizados a exercer funções públicas ou a prestar trabalho remunerado, ser-lhes *“mantida a respectiva pensão ou remuneração na reserva, sendo-lhes, nesse caso, abonada uma terça parte da remuneração base que competir àquelas funções ou trabalho, ou, quando lhes seja mais favorável, mantida esta remuneração, acrescida de uma terça parte da pensão ou remuneração na reserva que lhes seja devida”*.

Desta forma, assegurou-se que o total auferido pelos aposentados ou reservistas autorizados a exercer funções públicas nunca será de montante inferior ao salário atribuído ao trabalhador no activo que exerce função ou cargo igual ao que o aposentado está autorizado a exercer.

4. Elucidado o reclamante em conformidade, foi determinado o arquivamento do processo, ao abrigo do artigo 31.º, n.º 1, alínea b) do Estatuto do Provedor de Justiça.