Processo n.º 1/2016

Recurso jurisdicional em matéria administrativa

Recorrente: A

Recorrida: Secretária para a Administração e Justiça

Data da conferência: 25 de Maio de 2016

Juízes: Song Man Lei (Relatora), Sam Hou Fai e Viriato Manuel Pinheiro
de Lima

- Assuntos:**
- Pensão de aposentação
 - Requisição
 - Nulidade dos actos administrativos

SUMÁRIO

1. Decorre claramente do art.º 122.º do Código do Procedimento Administrativo que se verifica a nulidade do acto administrativo por falta de elementos essenciais ou por cominação expressa da lei, designadamente nos casos previstos no n.º 2 do mesmo artigo.

2. A eventual violação da lei não implica, em todos os casos, a nulidade dos actos administrativos, sendo anuláveis os actos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou normas jurídicas aplicáveis para cuja violação se não preveja outra sanção (art.º 124.º do CPA).

3. A não impugnação tempestiva do acto anulável torna-o consolidado na ordem jurídica.

4. A pensão de aposentação é calculada consoante a situação jurídica concreta em que se encontra cada trabalhador na Administração Pública.

5. No caso de requisição, conta-se o vencimento correspondente à categoria ou cargo de origem do trabalhador, e não o vencimento que ele efectivamente auferir no lugar de requisição.

A Relatora,
Song Man Lei

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA
REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

1. Relatório

A, melhor identificado nos autos, interpôs recurso contencioso de anulação do despacho da Senhora Secretária para a Administração e Justiça de 10 de Outubro de 2013, que lhe fixou uma pensão mensal correspondente ao índice 425 da Tabela Remuneratória da Função Pública, calculada nos termos do disposto nos art.ºs 264.º n.ºs 1 e 4 e 265.º n.º 2 do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, acrescida do montante relativo a 4 prémios de antiguidade, nos termos do disposto nos art.ºs 4.º, 7.º, 8.º e 9.º da Lei n.º 2/2011.

Por Acórdão proferido em 23 de Julho de 2015, o Tribunal de Segunda Instância decidiu negar provimento ao recurso.

Inconformado com a decisão, vem A recorrer para este Tribunal de Última Instância, terminando as suas alegações com as seguintes conclusões:

1. O Recorrente interpôs recurso contencioso de anulação do acto da Exma. Senhora Secretária para a Administração e Justiça que lhe fixou o valor da pensão de aposentação de acordo com o índice auferido no lugar de origem, técnico superior assessor da Direcção dos Serviços de Finanças, ao invés de ter fixado a pensão de acordo com o vencimento que auferia na

qualidade de Director-Adjunto do Departamento Financeiro e de Recursos Humanos, lugar em que cessou funções por motivo de aposentação.

2. Atendendo às funções de chefia que desempenhava na AMCM, o Recorrente deveria imperativa e obrigatoriamente, em face da lei, ter sido contratado pela AMCM em regime de comissão de serviço (face, *inter alia*, ao estatuído pelos artigos 22.º, n.º 8, alínea *b*), do ETAPM, e no artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 15/2009).

3. Estando em causa uma verdadeira e legal comissão de serviço, o cálculo da pensão de aposentação em apreço deveria ter sido feito ao abrigo do n.º 2 do artigo 265.º do ETAPM e não ao abrigo do n.º 3 do mesmo artigo.

4. Na decisão recorrida, o Tribunal de Segunda Instância, não apreciando o mérito da questão, sustentou que o recurso apresentado deveria ter sido precedido de um outro recurso contencioso de anulação que tivesse por objecto o acto de requisição, o qual, por virtude do esgotamento do prazo de recurso, é agora contenciosamente inimpugnável (acto esse de que veio a depender, *in limine*, o *modus* de fixação do *quantum* da pensão de aposentação em apreço).

5. Acrescentou ainda o douto acórdão que “*o recorrente estava bem consciente da forma e dos valores dos descontos efectuados nos seus vencimentos para efeitos de aposentação*” e, todavia, nunca reagiu contra a forma e valores daqueles descontos (correspondentes ao seu vencimento-base e não ao vencimento auferido na AMCM) “*em todos os*

seus 35 vencimentos mensais processados pela AMCM”, pelo que “o facto de o recorrente vir dizer só agora que o regime de requisição é ilegal consubstancia uma manifesta quebra de confiança e de boa fé”.

6. Relativamente à imputação de que o Recorrente estaria a agir de má fé, o artigo 8.º do CPA refere-se à boa fé objectiva e vincula não apenas os particulares, mas também a Administração.

7. Tal boa fé (objectiva e não subjectiva) não impunha, *in casu*, mais ao ora Recorrente, no que tange ao montante dos descontos efectuados, do que impunha à própria Administração.

8. Considerar coisa diversa não é mais, ao abrigo do *guarda-chuva* evanescente da boa fé, do que usar dois pesos e duas medidas: uma, benevolente, para com a Administração, e outra, austera e implacável, para com os particulares e, em especial, para com o Recorrente.

9. O comportamento observado pelo Recorrente não denota, em momento algum, qualquer espécie de *venire contra factum proprium*.

10. Com efeito, nenhuma relação directa há que estabelecer, verdadeiramente, (i) entre o acto administrativo que autonomamente ordena ao particular o montante do que deve descontar, a fim de que possa perceber, no futuro, a sua pensão de aposentação (ii) e o acto administrativo que, por efeito da lei, pré-determinou aquele outro acto (já referido) que liquidou o montante dos descontos a efectuar.

11. Em rigor, o particular não está sequer em condições de apurar, no

momento em que desconta, qual será o montante da pensão de reforma que auferirá no futuro, limitando-se, por isso, a cumprir um comando de natureza administrativa, de forma a poder gozar, no futuro, de um direito que a lei lhe reconhece.

12. Não há nenhuma relação de prejudicialidade necessária entre o recurso contencioso do acto que procede à fixação do montante dos descontos a efectuar e a reacção contenciosa despertada pela invalidade de actos que hajam influído no conteúdo do acto que fixa o montante dos descontos a efectuar.

13. A circunstância de não ter reagido contra um dos actos não exprime necessariamente, tal como é evidente, qualquer existência ou inexistência de boa fé revelada pela reacção contenciosa contra o outro acto, bem díspar do primeiro.

14. Mesmo que houvesse uma relação de prejudicialidade entre o recurso contencioso do acto recorrido e a reacção contenciosa do acto que determinou a requisição do Recorrente, ainda assim a conclusão não pode ser outra que não a da anulação do acto objecto dos autos em resultado da nulidade do acto de requisição.

15. A lei determina de forma imperativa que o desempenho das funções do Recorrente na AMCM houvesse decorrido em regime de comissão de serviço (cf. os já mencionados artigos 22.º, n.º 8, alínea *b*), do ETAPM, e artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 15/2009).

16. Estando o regime de mobilidade sujeito a um regime imperativo,

a não observância da lei nesta matéria resulta na nulidade do acto precedente, ou seja, do acto de requisição.

17. Na verdade, está fora de qualquer dúvida que as funções exercidas pelo Recorrente na AMCM eram funções de direcção e chefia ao abrigo do Estatuto Privativo do Pessoal da AMCM: a posição de director-adjunto é um cargo de direcção e chefia, como tal equiparado aos cargos de direcção e chefia previstos no artigo 2.º da Lei n.º 15/2009, por força do disposto no n.º 2 do artigo 1.º do mesmo diploma legal.

18. Por outro lado, é indubitável que os sucessivos contratos de trabalho celebrados pelo Recorrente são ilegais, porquanto o funcionário público em regime de mobilidade não pode celebrar contratos de trabalho com a entidade para a qual é nomeado uma vez que o vínculo de emprego público do funcionário se mantém, sendo impossível o estabelecimento de outro vínculo laboral por força da exigência de exclusividade prevista no artigo 17.º do ETAPM.

19. A requisição é, pois, um acto administrativo de uma verdadeira impossibilidade legal – razão por que deve, desde logo, reputar-se de nulo aquele mesmo acto, ao abrigo do disposto no artigo 122.º, n.º 2, c), do CPA.

20. Estando em questão a nulidade nada obsta, evidentemente, a que só agora esta seja invocada.

21. Por conseguinte, carece de fundamento o disposto no Acórdão ora recorrido, no qual se sustenta que o despacho de fixação da pensão do Recorrente teria que ter sido emitido com base nos actos de contratação ou

de requisição praticados pela AMCM, mercê do facto de estes já estarem a coberto de qualquer reacção contenciosa.

22. Por outro lado, sonegar ao ora Recorrente o montante da pensão que lhe é legal e imperativamente devido com o fundamento de que a legalidade já não está em tempo de ser reposta é manifestamente atentatório da justiça material.

23. Acresce que tal resulta em flagrante violação do axial princípio da igualdade, travestra da Lei Básica da RAEM, face aos demais indivíduos que, estando na mesma situação, tenham sido colocados em regime de comissão de serviço.

24. Assim, é de meridiana clareza a subsunção, *in casu*, da alínea *d*) do n.º 2 do art.º 122.º do CPA: é também por esta via nulo o acto de “requisição” do ora Recorrente para prestar serviços na AMCM.

25. Em resumo, resulta clara a ilegalidade do acto administrativo por via do qual foi fixado o *quantum* da pensão de aposentação do Recorrente, devendo este acto, por conseguinte, ser declarado nulo, sendo aquela pensão fixada de acordo com o regime (imperativo) da comissão de serviço, ou seja, única e exclusivamente nos termos do disposto do n.º 2 do artigo 265.º do ETAPM.

Não contra-alegou a entidade recorrida.

O Digno Magistrado do Ministério Público emitiu o douto parecer, no sentido de negar-se provimento ao recurso.

Foram corridos os vistos.

2. Factos Provados

Nos autos foi considerada provada a seguinte matéria de facto com pertinência para a decisão da causa:

- Antes de 26MAR1990, o recorrente A era funcionário do quadro da Administração da República Portuguesa e foi contratado para desempenhar funções na Administração do então Território de Macau;

- Mediante requerimento datado de 09OUT1989, o recorrente pediu ao então Governador de Macau para autorizar a transição para o quadro de pessoal técnico da DSF;

- Por despacho do então Governador de Macau datado de 05FEV1990, o recorrente foi autorizado a transitar para o quadro de pessoal da DSF, com provimento definitivo, na categoria do técnico superior principal, 1º escalão, da carreira do técnico superior da DSF, com efeitos a partir de 26MAR1990;

- Inscreveu-se no Fundo de Pensões de Macau em 12OUT1990;

- Posteriormente foi, sucessivamente, autorizado a exercer, em regime de requisição, funções no IPIM e na AMCM;

- Com a entrada em vigor da Lei nº 14/2009, o recorrente passou a ser técnico superior assessor principal, com efeito retroactivo a partir de 01JUL2007;

- O recorrente foi de novo autorizado a exercer, em regime de requisição, funções na AMCM, a partir de 25OUT2010;

- A requisição foi sucessivamente prorrogada até 06SET2013;

- Por contrato individual de trabalho celebrado entre o recorrente e a AMCM em 25OUT2010, o recorrente obrigava-se a desempenhar as funções de Director-Adjunto do Departamento Financeiro e de Recursos Humanos, pelo período de 2 anos a partir de 25OUT2010, tendo direito a receber, em contrapartida, a retribuição de base mensal de MOP\$47.787,90;

- Por contrato individual de trabalho celebrado entre o recorrente e a AMCM em 25OUT2012, o recorrente obrigava-se a desempenhar as funções de Director-Adjunto do Departamento Financeiro e de Recursos Humanos, pelo período de 1 ano a partir de 25OUT2012, tendo direito a receber, em contrapartida, a retribuição de base mensal de MOP\$58.799,80;

- Por ter atingido 65 anos de idade, o recorrente desligou-se do serviço, para efeitos de aposentação, em 06SET2013;

- Por despacho da Secretária para a Administração e Justiça datado de 10OUT2013, foi-lhe fixada uma pensão mensal correspondente ao índice 425 da tabela indiciária; e

- Durante o período de tempo compreendido entre 25OUT2010 e 06SET2013, em que foi requisitado para exercer funções na AMCM, os descontos para efeitos da aposentação foram feitos com base no índice salarial correspondente ao lugar de origem.

3. Direito

Alega o recorrente que, atendendo às funções de chefia que desempenhava na AMCM, ele deveria imperativa e obrigatoriamente ter sido contratado pela AMCM em regime de comissão de serviço e não em regime de requisição e, estando em causa uma verdadeira e legal comissão de serviço, o cálculo da pensão de aposentação em causa deveria ter sido feito ao abrigo do n.º 2 do artigo 265.º do ETAPM e não ao abrigo do n.º 3 do mesmo artigo.

Na óptica do recorrente, o acto de requisição em cujo regime ele foi contratado pela AMCM é nulo, ao abrigo do disposto nas al.s c) e d) do n.º 2 do art.º 122.º do CPA, nulidade esta que pode ser invocada a todo o tempo.

Pelo contrário, o Tribunal de Segunda Instância entende que, mesmo sendo verdadeiros ou correctos, os fundamentos alegados pelo recorrente estão longes de constituir qualquer das situações-fundamento gravíssimas geradoras da nulidade nos termos prescritos no art.º 122.º do CPA, pelo que os actos de contratação ou nomeação do recorrente pela AMCM, mesmo que padecessem da anulabilidade, já não seriam susceptíveis de

impugnação e passaram desde há muito tempo a produzir os seus efeitos jurídicos.

Daí que o despacho de fixação da pensão de aposentação deve ser praticado com base na situação jurídica já consolidada, isto é, a situação real de requisição, contando-se exclusivamente o vencimento correspondente à categoria ou cargo de origem para o respectivo cálculo, ao abrigo do disposto no n.º 3 do art.º 265.º do ETAMP.

A questão fulcral reside em saber se padece do vício de nulidade o acto praticado pela AMCM de contratar o recorrente a exercer funções de Director-Adjunto em regime de requisição, durante o período compreendido entre 25OUT2010 e 06SET2013.

No que respeita aos actos nulos, dispõe o art.º 122.º do CPA o seguinte:

Artigo 122.º

(Actos nulos)

1. São nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade.

2. São, designadamente, actos nulos:

a) Os actos viciados de usurpação de poder;

b) Os actos estranhos às atribuições da pessoa colectiva em que o seu autor se integre;

c) Os actos cujo objecto seja impossível, ininteligível ou constitua um crime;

d) Os actos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental;

e) Os actos praticados sob coacção;

f) Os actos que careçam em absoluto de forma legal;

g) As deliberações dos órgãos colegiais que forem tomadas tumultuosamente ou com inobservância do quórum ou da maioria legalmente exigidos;

h) Os actos que ofendam os casos julgados;

i) Os actos consequentes de actos administrativos anteriormente anulados ou revogados, desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente.

Ora, decorre claramente do art.º 122.º do CPA que se verifica a nulidade do acto por falta de elementos essenciais ou por cominação expressa da lei, designadamente nos casos previstos no n.º 2 do mesmo artigo.

Arguiu o recorrente a nulidade do acto ao abrigo do disposto nas al.s c) e d) do n.º 2 do art.º 122.º, alegando que, para além de violar o princípio da igualdade consagrado na Lei básica da RAEM, a requisição em causa é “um acto administrativo de uma verdadeira impossibilidade legal” pois a lei determina de forma imperativa que o desempenho das suas funções na AMCM houvesse decorrido em regime de comissão de serviço nos termos do art.º 22.º n.º 8, al. b) do ETAPM e no art.º 5.º n.º 1 da Lei n.º 15/2009.

Tal como entende o Tribunal recorrido, afigura-se-nos não verificada a nulidade invocada pelo recorrente.

Por um lado e quanto à alegada violação do princípio da igualdade, não foram carreados aos autos quaisquer elementos que indiciem tal violação, nem o próprio recorrente chegou a comprová-la, limitando-se a fazer mera alegação.

Por outro lado, a al. c) do n.º 2 do art.º 122.º do CPA refere-se aos actos cujo “objecto” seja impossível, ininteligível ou constitua um crime.

Foi invocada a “impossibilidade legal” do acto de requisição.

Como é que se deve interpretar o conceito de “objecto” (nomeadamente impossível, que nos interessa no presente caso) do acto administrativo?

Consideram-se abrangidas na al. c) do n.º 2 do art.º 122.º “todas aquelas noções possíveis de objecto do acto administrativo, quer se trata da situação concreta a que o acto se reporta (pode ser ininteligível) quer se

trata do seu objecto imediato (do seu conteúdo ou medida, que pode constituir em si mesma um crime) quer se trata ainda do seu objecto mediato (da coisa, do bem sobre que recai esse efeito, que pode já não existir fisicamente)”.

E “são de objecto impossível os actos cujo efeito ou medida seja juridicamente ou fisicamente impossível e não quando se trata apenas de efeitos proibidos pela ordem jurídica. Casos de actos de objecto juridicamente impossível, têm-los, por exemplo, na revogação de um acto nulo ou na expropriação de um bem que já foi vendido à Administração expropriante; de actos de objecto fisicamente impossível, a ordem de demolição de um prédio que já ruiu ou a ordem de cessação de fabrico dada a uma empresa que ainda não tem instalações”.¹

Na sua anotação à al. c) do n.º 2 do art.º 114.º do antigo Código do Procedimento Administrativo de Macau, cuja redacção é idêntica à da al. c) do n.º 2 do art.º 122.º do CPA vigente, escrevem Lino Ribeiro e José Cândido de Pinho o seguinte:

“Ao falar em 《objecto》 do acto, a lei tem em vista, quer o *objecto imediato* ou conteúdo, que é constituído pelos efeitos jurídicos criados ou declarados, quer o *objecto mediato*, que é a realidade (as pessoas, as coisas, as relações jurídicas) sobre que se produz o efeito jurídico do acto. Ora, se o objecto – imediato ou mediato – for incerto, ininteligível ou impossível (física e juridicamente), não faz sentido que, ao fim de um certo tempo, o

¹ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª edição, p. 645.

acto se convalide, passando a ser válido. A ilegalidade dum acto administrativo, do qual não se sabe quais os efeitos produzidos ou qual a situação concreta sobre que incide, jamais se pode sanar pelo decurso do tempo”.²

Citadas tais considerações, é de voltar ao nosso caso concreto.

Devidamente analisada a situação concreta do recorrente, é de dizer que, mesmo na tese por si defendida, no sentido de se dever fazer a sua contratação em regime de comissão de serviço, e não de requisição, não é de acolher o seu entendimento que aponta para a nulidade do acto de requisição.

Na realidade, não está em causa o objecto mediato impossível nem o objecto imediato impossível, sendo certo que a nomeação do recorrente, em regime de requisição, não deixou de produzir os seus efeitos jurídicos, mesmo violando a lei.

A eventual violação da lei não implica, em todos os casos, a nulidade dos actos administrativos, sendo anuláveis os actos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou normas jurídicas aplicáveis cuja violação se não preveja outra sanção (art.º 124.º do CPA).

Daí que se verifica apenas uma situação de anulabilidade, que deve ser arguida nos termos legais previstos no n.º 2 do art.º 25.º do Código de Processo Administrativo Contencioso, sob pena de sua sanção.

² *Código do Procedimento Administrativo de Macau, Anotado e Comentado*, p. 709.

E a não impugnação tempestiva do acto de requisição em causa torna-o consolidado na ordem jurídica.

No que concerne à fixação da pensão de aposentação, regula o art.º 265.º do ETAPM o seguinte:

Artigo 265.º

(Base para cálculo da pensão)

1. Para efeitos de cálculo da pensão é considerado o vencimento único que respeitar à categoria ou cargo à data em que ocorrer o facto ou acto determinante da aposentação, qualquer que seja o título legal do seu desempenho, em relação aos funcionários ou agentes que:

a) Tenham completado 36 anos de serviço efectivo para efeitos de aposentação;

b) Sejam atingidos por incapacidade permanente e absoluta, proveniente de acidente em serviço ou de doença contraída no exercício das suas funções e por motivo do seu desempenho, ou resultante de acidente ou doença decorrente da prática de acto humanitário ou de dedicação à comunidade, como tal reconhecido.

2. Nos restantes casos, a base de cálculo a considerar é 90% da média ponderada dos vencimentos únicos dos cargos exercidos nos 36 meses que

precederem imediatamente o mês em que se verificar a desligação para efeitos de aposentação.

3. Em caso de interinidade, requisição, acumulação ou substituição, conta exclusivamente o vencimento correspondente à categoria ou cargo de origem, calculado nos termos dos n.ºs 1 e 2, conforme o caso.

4. Os montantes a considerar na média a que se refere o n.º 2 são os dos vencimentos únicos da tabela indiciária para os diferentes cargos, no dia 1 do mês em que se verificar a desligação do serviço.

A pensão de aposentação é calculada consoante a situação jurídica concreta em que se encontra cada trabalhador na Administração Pública.

Quanto à base de cálculo a considerar, o legislador distingue três situações:

- Primeira, nos casos em que o trabalhador tenha completado 36 anos de serviço efectivo para efeitos de aposentação ou sofra de incapacidade permanente e absoluta por motivos legais, é considerado o vencimento único que ele auferir à data em que ocorrer o facto ou acto determinante da aposentação, independentemente do título legal do seu desempenho;

- Segunda, nos restantes casos, considera-se a média ponderada dos vencimentos únicos dos cargos exercidos nos últimos 36 meses antes de desligação do serviço;

- A terceira refere-se aos casos de interinidade, requisição, acumulação ou substituição, em que se conta o vencimento correspondente à categoria ou cargo de origem.

Nesta última situação, releva-se o vencimento correspondente à categoria ou cargo de origem do trabalhador, e não o vencimento que ele efectivamente auferir no lugar de interinidade, requisição, acumulação ou substituição.

No caso ora em apreciação, e uma vez concluído pela consolidação do acto de requisição pelo qual foi o recorrente colocado no respectivo cargo, por não impugnação tempestiva, dúvidas não há para crer que deve ser com base nesta situação funcional de requisição que se calcula a sua pensão de aposentação, isto é, deve ser considerado para efeitos de cálculo da pensão o vencimento do seu lugar de origem, tal como sucedeu no despacho posto em crise, e não o vencimento correspondente ao cargo efectivamente desempenhado.

É de concluir pela sem razão do recorrente.

4. Decisão

Pelo exposto, acordam em negar provimento ao presente recurso jurisdicional.

Custas pelo recorrente, com a taxa de justiça fixada em 6 UC.

Macau, 25 de Maio de 2016

Juízes: Song Man Lei (Relatora) – Sam Hou Fai –

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

O Magistrado do Ministério Público

presente na conferência: Joaquim Teixeira de Sousa