

Processo nº 99/2006

Data: 06.04.2006

(Autos de recurso contencioso)

Assuntos: Fundo de Pensões.

Desconto para aposentação.

## SUMÁRIO

1. A prestação de serviço para a Administração Pública através de um “contrato individual de trabalho” (sujeito ao regime de trabalho de direito privado) não implica a constituição de qualquer vínculo próprio de uma “relação jurídica de emprego público”, o que afasta desde logo a possibilidade de o trabalhador se tornar subscritor do Fundo de Pensões e de proceder a descontos para efeitos de aposentação.
2. Assim não sucede com o trabalhador que, ainda que não possuindo lugar de origem nos quadros dos serviços públicos, tenha sido nomeado em comissão de serviço ou contratado além do quadro.
3. Com tal forma de provimento, e nos termos da redacção original do artº 259º do E.T.A.P.M. (aprovado pelo D.L. nº 87/89/M de 21.12), adquiria o trabalhador o direito de proceder aos ditos descontos, a

não ser que, no acto de assinatura do respectivo instrumento contratual ou da posse, tivesse declarado que não o pretendia fazer.

4. O direito assim adquirido de proceder aos descontos não se extingue por posterior alteração legislativa, (no sentido de ao trabalhador passar a caber a iniciativa de requerer a sua inscrição no Fundo de Pensões), ou pelo facto de, por um período de vários anos, não ter a Administração processado aos referidos descontos como lhe competia.
5. Ainda que se possa imputar negligência ao trabalhador, por inércia na atempada clarificação da sua situação, a mesma não anula o dever da Administração de agir em conformidade com o legalmente estatuído e de, constatada a irregularidade, de a sanar sem prejuízo para os direitos legalmente já adquiridos.

**O relator,**

José Maria Dias Azedo

**Processo nº 99/2006**

(Autos de recurso  
jurisdicional em matéria  
administrativa)

**ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

**Relatório**

1. A, inconformado com a sentença proferida pelo Mm<sup>o</sup> Juiz do Tribunal Administrativo datada de 18.11.2005 e com a qual se julgou improcedente o recurso contencioso que interpôs da Deliberação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões de Macau de 14.01.2004, da mesma veio recorrer para esta Instância, alegando para concluir nos termos que, a seguir, se passa a transcrever:

*“1ª O acórdão recorrido não sanou com o devia o vício de violação de lei de que padece o despacho da Srª Presidente do*

*Conselho de Administração do Fundo de Pensões de 18/11/2003.*

- 2ª O recorrente começou a trabalhar como funcionário público, na categoria de técnico de 2ª classe, 2º escalão, prestando serviço no Instituto Cultural a partir de 01.02.1988 e até à data nunca houve interrupção do seu vínculo contratual com a função pública.*
- 3ª O recorrente preenche os requisitos para estar inscrito no Fundo de Pensões e proceder de imediato aos descontos.*
- 4ª Após estar inscrito é direito do recorrente requerer que o Fundo de Pensões proceda aos descontos dos anos anteriores porque, em 01.02.1998, foi contratado na qualidade de além do quadro, detendo os demais direitos e regalias complementares, que nos exactos e precisos termos e condições que são legalmente estabelecidos para os funcionários públicos.*
- 5ª Recorrente, desde 1.02.1988, que detêm a qualidade de agente e preenchia os requisitos para há data adquirir a qualidade de subscrito do Fundo de Pensões, ao abrigo do DL nº 115/85/M.*
- 6ª Porque foi requerido pelo recorrente competia o Fundo de*

*Pensões proceder à sua inscrição e ordenar que fossem efectuados os respectivos descontos a partir da data da sua inscrição.*

- 7ª A lei actual é omissa ao desconto de tempo anterior, mas o direito e seus princípios, permitem que o recorrente tenha a expectativa e o direito de requerer, que algo que já se encontra na sua esfera jurídica se materialize.*
- 8ª A não materialização do direito do recorrente é por culpa exclusiva da administração que devia oficiosamente proceder à sua inscrição.*
- 9ª Efectuada a inscrição do requerente no Fundo de Pensões deve também ser efectuada a contagem do tempo de serviço anterior, mediante o pagamento dos respectivos descontos, por nunca ter expressado por declaração "não desejar proceder a descontos".*
- 10ª O regime aplicável ao recorrente à data do início do seu vínculo contratual com a administração é a Lei nº 115/85/M, de 31 de Dezembro, que estipula que a inscrição no Fundo de Pensões é oficiosa e automática, verificados que esteja os requisitos legais para a sua realização - cfr. ponto n.º 1 do preambulo e artigo 6º da Lei nº 115/85/M de 31 de*

*Dezembro),*

*11ª A redacção do artigo 6º da Lei n.º 115/85/M de 31 de Dezembro obriga que a inscrição seja feita oficiosamente.*

*12ª O recorrente adquiriu o seu direito "ope legis ", com a redacção do artigo 6º da Lei n.º 115/85/M de 31 de Dezembro e também confirmada com redacção primitiva do artigo 259º do ETAPM.*

*13ª Após ter adquirido o direito, as referidas leis prevêm taxativamente as formas de eliminação do subscritor nos termos do artigo 13g da lei n.º 115/85/M e do nº 7 da redacção primitiva do artigo 259º do ETAPM.*

*14ª A lei nova não se aplica a factos constitutivos (modificativos ou extintivos) verificados antes do seu início de vigência.*

*15ª A redacção dada ao art. 259º do ETAPM pela Lei 11/92/M de 17 de Agosto), aplica-se imediatamente em relação somente aos novos casos de inscrição no Fundo.*

*16ª O nº 3 do artigo 259º, na redacção dada pela Lei nº 11/92/M, para efeitos de constituição da situação jurídica de subscritor do FPM, não se pode modificar uma situação anterior em que se considerava relevante o silêncio do interessado como vontade presumida de inscrição no Fundo de Pensões, sob o*

*domínio da lei antiga e em face da qual era havido como facto virtualmente constitutivo daquela situação.*

*17ª Estando em causa a regularização de uma situação em que a lei aplicável à data dos factos era favorável, não se vê motivo para, apenas por motivo de os Serviços não terem procedido aos descontos, como deviam, negar a pretensão formulada pelo recorrente, correspondente ao direito adquirido, por verificação dos requisitos legais de inscrição no FPM, e,*

*16ª Dos princípios da boa-fé, da legalidade e da responsabilidade decorre que a Administração não se pode prevalecer da situação para a qual culposamente contribuiu.*

*Termos em que deverá o recurso interposto pelo ora recorrente ser julgado procedente, devendo acto recorrido emanado pelo Fundo de Pensões ser anulado, com fundamento no vício de violação de lei, e em consequência, ser determinado que:*

*a) Seja efectuada a inscrição do requerente no Fundo de Pensões por ser um direito seu, devendo-se efectuar o devido desconto mensal do vencimento do requerente para efeitos de aposentação, a partir da data do seu pedido de inscrição, porque é obrigação do Fundo de Pensões*

*perante a declaração expressa do requerente no seu requerimento; e,*

*b) Estando inscrito, deverá o Fundo de Pensões efectuar a contagem do tempo de serviço a partir de 01.02.1998 até à data da inscrição, mediante o pagamento dos respectivos descontos, por nunca – dada da assinatura do respectivo contrato – o recorrente ter expressado por declaração “não desejar proceder a descontos”; (cfr. fls. 77 a 90).*

\*

Respondendo, pugna a entidade recorrida pela confirmação do julgado; (cfr. fls. 97 a 119).

\*

Em douto Parecer, opina o Exm<sup>o</sup> Representante do Ministério Público no sentido da procedência do recurso; (cfr. 124 a 132).

\*

Colhidos os vistos legais dos Mm<sup>os</sup> Juízes-Adjuntos, vieram os autos à conferência.

\*

Passa-se a decidir.

## **Fundamentação**

### **Dos factos**

2. Deu o Mm<sup>o</sup> Juiz do Tribunal Administrativo como provada a seguinte matéria de facto:

*“Por despacho de 26.11.1987, do então Governador de Macau, foi autorizada a admissão do ora recorrente para prestar serviço no Instituto Cultural de Macau, em regime de contrato de trabalho, pelo prazo de um ano, a partir de 01.02.1988, com referência à categoria de técnico de 2<sup>a</sup> classe, 2<sup>o</sup> escalão.*

*Por deliberação de 23.11.1988, do Conselho Directivo do mesmo Instituto, foi autorizada a renovação do seu contrato, por mais um ano, a partir de 01.02.1989, com referência à categoria anteriormente detida.*

*Por despacho de 23.01.1990, do então Governador de Macau, visado pelo Tribunal Administrativo, em 09.05.1990 e publicado no B.O. n<sup>o</sup> 7, de 12.02.1990, foi nomeado em regime de comissão de serviço, por três anos, e por urgente conveniência de serviço, com efeitos a partir de*

*23.01.1990, como Coordenador da concepção e execução gráfica do Gabinete de Edições, equiparado a Chefe de Sector, tendo tomado posse em 01.03.1990.*

*Por força do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 20/90/M, de 14 de Maio, transitou para o cargo de Chefe do Sector Gráfico. (anotado pelo Tribunal Administrativo, em 04.07.1990 e publicado no B.O. n.º 29, de 16.07.1990)*

*Por despacho de 09.11.1992, do então Secretário Adjunto para a Comunicação, Turismo e Cultura, anotado pelo Tribunal Administrativo, em 20.11.1992 e publicado no B.O. n.º 49, de 07.12.1992, foi autorizada a renovação da comissão de serviço, no cargo de Chefe do Sector Gráfico, por dois anos, a partir de 23.01.1993.*

*Por despacho de 30.12.1994, do então Governador de Macau, visado pelo Tribunal de Contas, em 09.02.1995 e publicado no B.O. n.º 6, de 08.02.1995, foi nomeado em regime de comissão de serviço, por dois anos e por urgente conveniência de serviço, a partir de 01.01.1995, como Chefe do Sector Gráfico.*

*Por despacho de 09.10.1996, do então Governador de Macau, publicado no B.O. n.º 45, de 06.11.1996, foi autorizada a renovação da sua comissão de serviço, por um ano, a partir de 01.01.1997.*

*Por despacho de 06.10.1997, do então Secretário Adjunto para a*

*Comunicação, Turismo e Cultura, foi autorizada a renovação da sua comissão de serviço, por um ano, a partir de 01.01.1998.*

*Por despacho de 13.11.1998, do então Secretário Adjunto para a Comunicação, Turismo e Cultura, publicado no B.O. n° 49, de 09.12.1998, foi autorizada a renovação da sua comissão de serviço, por dois anos, a partir de 01.01.1999.*

*Por despacho de 12.10.2000, do Exmo. Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, publicado no B.O. n° 43, de 25.10.2000, foi autorizada a renovação da sua comissão de serviço, por um ano, a partir de 01.01.2001.*

*Por despacho de 18.10.2001, do Exmo. Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, publicado no B.O. n° 44, de 31.10.2001, foi autorizada a renovação da sua comissão de serviço, por um ano, a partir de 01.01.2002.*

*Por despacho de 31.10.2002, do Exm° Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, publicado no B.O. n° 46, de 13.11.2002, foi autorizada a renovação da sua comissão de serviço, por um ano, a partir de 01.01.2003.*

*Em 14.10.2003, o ora recorrente requereu ao Fundo de Pensões que lhe fosse:*

- a) efectuado a inscrição no Fundo de Pensões da RAEM;*

- b) efectuado o devido desconto mensal do vencimento do requerente para efeitos de aposentação; e*
- c) efectuada a contagem do tempo de serviço a partir de 01/02/1998 até à data do requerimento, mediante o pagamento dos respectivos descontos, por nunca - data da assinatura do respectivo contrato - ter expressado por declaração "não desejar proceder a descontos".*

*Por despacho da Sr<sup>a</sup> Presidente do Fundo de Pensões, de 18.11.2003, foi indeferido o requerimento do ora recorrente.*

*Em 16.12.2003, o ora recorrente interpôs o recurso hierárquico impróprio necessário ao Conselho de Administração do Fundo de Pensões.*

*Por deliberação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões, de 14.01.2004, foi negado o provimento ao recurso interposto, confirmando a decisão da Sr<sup>a</sup> Presidente"; (cfr. fls. 65-v a 66-v)*

### **Do direito**

3. Feito que está o relatório que antecede e transcrita que também ficou a matéria de facto pelo Mm<sup>o</sup> Juiz do Tribunal Administrativo dada como provada, vejamos se o recurso merece provimento.

— Antes de mais, mostra-se-nos adequada uma observação.

É a seguinte:

O presente recurso tem como objecto a sentença proferida pelo Mmº Juiz do Tribunal Administrativo, cabendo a esta Instância verificar se correcto e legal foi o que nela se decidiu.

Assim, ainda que no âmbito de tal tarefa se possa também apreciar da legalidade da actuação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões, cuja deliberação aquela conheceu, o certo é que de todo inviável é a pretensão pelo recorrente apresentada “in fine” das suas conclusões, no sentido de se “determinar a sua inscrição no Fundo de Pensões e o respectivo processamento dos descontos”.

Com efeito, em sede de um recurso jurisdicional em matéria administrativa como é o presente, não pode o Tribunal determinar a conduta a adoptar por parte de uma entidade administrativa sob pena de violação do “princípio da separação de poderes”.

Nesta conformidade, cabendo apenas a este T.S.I. apreciar da adequação legal da decisão ínsita na sentença recorrida, e, “in casu”, atentas as conclusões pelo recorrente oferecidas, verificar se a mesma padece do imputado vício de “violação de Lei” na “modalidade de erro nos pressupostos de direito”, passa-se apreciar.

Colhendo-se ainda do pelo recorrente alegado e das atrás transcritas conclusões que em causa está o que considera ser o seu “direito à inscrição no Fundo de Pensões assim como o de proceder a descontos desde a data em que iniciou funções no Instituto Cultural de Macau” (I.C.M.) – 01.02.1988 – vejamos então se tal direito lhe assiste.

— Como resulta da factualidade dada como provada:

*“Por despacho de 26.11.1987, do então Governador de Macau, foi autorizada a admissão do ora recorrente para prestar serviço no Instituto Cultural de Macau, em regime de contrato de trabalho, pelo prazo de um ano, a partir de 01.02.1988, com referência à categoria de técnico de 2ª classe, 2º escalão”. [ sub. nosso ]*

Por sua vez, alega o recorrente que “(...) começou a trabalhar como funcionário público, na categoria de técnico de 2ª classe, 2º

*escalão, prestando serviço no Instituto Cultural a partir de 01.02.1988 e até à data nunca houve interrupção do seu vínculo contratual com a função pública” (cfr. concl. 2ª), e, mais adiante, que em tal data “foi contratado na qualidade de além quadro” (cfr. concl. 4ª), e que desde esta mesma data que “detêm a qualidade de agente ...” (cfr. concl. 5ª, com sub. nosso).*

Confrontada a dita factualidade com o que alegado é pelo ora recorrente, nota-se desde logo uma “discrepância” com fundamental relevo para a decisão a proferir.

É que, enquanto na matéria de facto dada como provada se diz que o ora recorrente ingressou no I.C.M. com base num “contrato de trabalho”, considera o recorrente que começou a trabalhar como “funcionário público” e que “foi contratado além quadro, sendo agente”.

Perante isto, que dizer?

Temos para nós que ainda que vulgarmente se considere um “trabalhador da Função Pública” como “funcionário público”, o certo é que tal qualidade não se estende de forma automática a todos os

indivíduos que trabalham na Função Pública, pois que basta ver que no nº 1 do artº 26º do D.L. nº 86/84/M – que na altura estabelecia o “regime legal para o provimento em cargos públicos” – se preceituava que “O exercício de funções com provimento por nomeação definitiva dá ao respectivo titular a qualidade de funcionário”, estatuindo-se ainda no nº 2 que “Adquire igualmente a qualidade de funcionário, pelo período em que se mantiver, o titular do cargo de direcção ou chefia cujo provimento seja em comissão de serviço”, idêntica situação se verificando em face do preceituado no artº 2º do E.T.A.P.M. em vigor.

Assim, e motivos não havendo para se considerar que viciada está a facticidade dada como provada – que aliás, não vem pelo recorrente impugnada, e que, em nossa opinião, corresponde aos elementos probatórios que constam dos presentes autos – importa averiguar antes de mais qual o “estatuto” que adquiriu o ora recorrente com base no assinalado “contrato de trabalho”.

Certo sendo que à data de tal “contrato de trabalho”, (em 01.02.1988), vigorava o “Estatuto do Instituto Cultural de Macau” aprovado pelo D.L. nº 43/82/M de 04/09 – que o instituiu – e resultando do seu artº 22º sob a epígrafe “Regime do pessoal” que “o pessoal

dirigente, técnico, administrativo e auxiliar do Instituto será admitido no regime de trabalho de direito privado”, afigura-se-nos que com o referido “contrato de trabalho” apenas se deu origem a uma “relação de trabalho de direito privado”, não implicando por isso o mesmo a concretização de qualquer “vínculo funcional” próprio de uma relação jurídica de emprego público entre o ora recorrente e a Administração Pública, ou, no caso, o I.C.M..

Tal é aliás o que inegavelmente nos parece de concluir do próprio contrato de trabalho celebrado (em 01.02.1988) entre o ora recorrente e o dito I.C.M., no qual, (para além de se invocar expressamente o mencionado D.L. nº 43/82/M), se afirma que o mesmo se rege pelas cláusulas e termos nele constantes, de entre as quais se destaca aqui a cláusula 3ª e 6ª, e onde consta que o vencimento mensal do ora recorrente *“corresponde ao grau um segundo escalão da carreira técnica da função pública”*, e que tinha *“direito aos subsídios de família, de residência, assistência médica e medicamentosa e demais direitos e regalias complementares, que nos exactos e precisos termos e condições que são legalmente estabelecidos para os funcionários públicos do Território, não sejam incompatíveis com o actual vínculo contratual”*, o que, quanto a nós, nos parece elucidativo da natureza da relação de trabalho que com

o contrato em causa se estabeleceu, não sendo pois de se considerar que com o mesmo adquiriu o ora recorrente a qualidade de “funcionário” ou “agente”.

Para além disto, mostra-se de realçar ainda que o referido D.L. n° 43/82/M foi revogado pelo D.L. n° 63/89/M de 25/09, onde, (após no seu Preâmbulo se reafirmar que o regime do pessoal no âmbito daquele era o de “contrato individual de trabalho”), se consagra no art° 40° que o regime do pessoal do I.C.M. passa a ser o previsto na “lei geral para os trabalhadores da Administração Pública de Macau”, estatuidando-se “normas de transição” (cfr. art° 41° e segs.), que permitiam a integração, dos antes contratados nos quadros então criados, certo sendo que, quando notificado para se pronunciar sobre tal integração, em 22.11.1989, declarou o ora recorrente não pretender beneficiar de tal faculdade, “*optando pela manutenção do seu actual contrato até ao seu termo ...*”; (cfr. fls. 136, Vol. I do proc. instrutor).

Assim, forçoso é também concluir que na mesma situação se manteve o ora recorrente até 23.01.90, altura em que, como da factualidade dada como assente se constata, foi por despacho do então Governador de Macau nomeado em “regime de comissão de serviço”

para o cargo de “Coordenador da concepção e execução gráfica do Gabinete de Edições”, tendo tomado posse nesta mesma data.

Dúvidas não havendo que com base num “contrato individual de trabalho” não podia ser o recorrente subscritor do Fundo de Pensões – veja-se o artº 6º do D.L. nº 115/85 ao tempo em vigor, onde apenas se previa a inscrição no Fundo de Pensões dos “funcionários” e “agentes” – nenhuma censura nos merece a sentença recorrida que nesta parte assim considerou, sendo então de ver se, em virtude do novo “estatuto” adquirido como consequência da sua “comissão de serviço” se deve concluir de maneira diferente ao que até agora foi entendido pelo Fundo de Pensões e pelo Mmº Juiz do Tribunal Administrativo.

À data da tomada de posse do ora recorrente no dito cargo de “Coordenador”, vigorava já o “Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau” aprovado pelo D.L. nº 87/89/M de 21.12, o qual, na primitiva redacção do artº 259º preceituava que:

“Artigo 259º

1. Só pode ser inscrito no Fundo de Pensões de Macau (FPM) o funcionário ou agente cuja idade lhe permita perfazer o mínimo de quinze anos de serviço, para efeitos de aposentação, até

atingir o limite de idade fixado para o exercício das respectivas funções.

2. A inscrição dos funcionários e agentes no FPM, e o pagamento das compensações para aposentação, são processados oficiosamente pelos serviços que paguem os vencimentos.
3. A compensação para o regime de aposentação é de 24% sobre o vencimento único, acrescido dos prémios de antiguidade e é suportada:
  - Em 8% pelo funcionário ou agente, por retenção na fonte;
  - Em 16%, pela Administração, por verba adequada das tabelas de despesa dos serviços públicos que processem as remunerações.
4. O desconto referido no número anterior cessa quando o funcionário ou agente complete 40 anos de serviço contados para efeitos de aposentação.
5. O pessoal contratado além do quadro ou em comissão de serviço que não disponha de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos de Administração do Território pode, no acto de assinatura do respectivo instrumento contratual ou da posse, declarar que não deseja proceder a descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência.

(...)”; (sub. nosso).

E, assim sendo, atenta a “qualidade” que o ora recorrente passou a possuir em consequência da sua nomeação em comissão de serviço, afigura-se-nos de afirmar, (face ao estatuído no atrás transcrito artº 259º nºs 2 e 5º, e ao facto de não ter declarado que não pretendia proceder aos descontos), que desde a sua posse, em 23.01.1990, deve ser o mesmo considerado com o direito adquirido de proceder a descontos para aposentação com referência àquela mesma data.

A tal conclusão se chegou também no acórdão deste T.S.I. de 22.05.2003, tirado Proc. nº 104/2001, e onde apreciando-se questão semelhante à dos presentes autos, se veio a entender que na redacção original do citado artº 259º, “previa-se a inscrição no Fundo como acto de admissão originário do estatuto de funcionário ou agente”, e que, “para impedir o estabelecimento da relação jurídica de inscrição, exigia-se ao pessoal contratado além do quadro ou em comissão de serviço, declaração de que não pretendia proceder aos descontos no acto de nomeação ou investidura”.

Certo sendo assim que desde 23.01.1990 adquiriu o estatuto de

subscritor do Fundo de Pensões porque em momento algum declarou que não desejava proceder a descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência, impõe-se aqui consignar também que não é pelo facto de a redacção do artº 259º ter sido alterada ou por apenas tardiamente ter vindo a suscitar a questão que se altera o que se considera como solução adequada, até mesmo porque não vislumbramos nem invocados vem motivos para se dar por extinto o seu direito de proceder aos descontos desde 23.01.1990.

De facto, ainda que se entenda ser de considerar que agiu o recorrente com negligência, tal também não anula o dever de, perante a ausência da sua declaração no sentido de não querer proceder a descontos, de os processar em conformidade com o legalmente estatuído, e de, agora, constatada a irregularidade, de a sanar sem prejuízo para os direitos já adquiridos do recorrente quanto aos descontos a partir da referida data de 23.01.90.

Posto isto, e sem necessidade de mais alongadas considerações, procede o recurso.

## **Decisão**

**4. Nos termos que se deixam expostos, em conferência, acordam, revogar a sentença recorrida, anulando-se a deliberação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões datada de 14.01.2004.**

**Sem custas por das mesmas estar a entidade recorrida isenta.**

Macau, aos 06 de Abril de 2006

José Maria Dias Azedo (Relator)

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong