

**Processo n.º 96/2006**

**Data do acórdão: 2006-04-06**

(Recurso jurisdicional)

**Assuntos:**

- pessoal recrutado ao Exterior
- contrato além do quadro
- aplicação da lei no tempo
- art.º 259.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau
- Lei n.º 11/92/M, de 17 de Agosto
- Fundo de Pensões de Macau

## **S U M Á R I O**

**1.** Provado que o recorrente foi admitido a trabalhar como pessoal recrutado ao Exterior para a então Administração de Macau desde Dezembro de 1990 sob o regime de contrato além do quadro, situação jurídico-contratual essa mantida até Junho de 1998, é-lhe ainda aplicável, por força das regras básicas da aplicação da lei no tempo, a redacção inicial do art.º 259.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração

Pública de Macau (ETAPM), sem qualquer alteração ulteriormente introduzida pela Lei n.º 11/92/M, de 17 de Agosto.

2. Na aplicação do art.º 259.º do ETAPM, não se exige que o interessado tenha que ser um residente de Macau, porquanto a questão de o mesmo trabalhador então recrutado ao Exterior poder vir ou não a aposentar-se com sucesso em Macau fica sujeita ao risco próprio da inscrição dele no Fundo de Pensões de Macau, e daí a razão, quiçá, do n.º 5 desse preceito na sua redacção inicial.

O relator,

Chan Kuong Seng

## **Processo n.º 96/2006**

(Recurso jurisdicional)

Recorrente: (A)

Entidade recorrida: Conselho de Administração do Fundo de Pensões de Macau

Tribunal a quo: Tribunal Administrativo de Macau

### **ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU**

(A), autor do recurso contencioso então movido em 7 de Outubro de 2003 no Tribunal Administrativo de Macau contra o Conselho de Administração do Fundo de Pensões de Macau, veio recorrer para este Tribunal de Segunda Instância, da seguinte sentença final ali proferida em 21 de Novembro de 2005:

## <<SENTENÇA

Proc. n.º 244/03-ADM

### I

(A), melhor identificado nos autos, vem interpor o presente recurso contencioso de anulação da deliberação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões de Macau, de 03/09/2003, que confirmou o despacho da Sr.ª Presidente daquele Fundo de Pensões, de 11/08/2003, pelo qual se indeferiu a pretensão do ora recorrente no sentido de inscrever no referido Fundo “*por forma a recuperar a antiguidade para efeitos de aposentação correspondente ao período entre 5 de Dezembro de 1990 e 5 de Junho de 1998*”.

Como fundamento, invocou a ilegalidade do acto recorrido, por existir o vício de violação de lei.

\*

Regularmente citada, a entidade recorrida contestou no sentido da improcedência do recurso.

\*

O M.º P.º é de parecer do mesmo sentido.

\*

O Tribunal é o competente.

O processo é o próprio.

As partes têm personalidade e capacidade judiciárias e são legítimas.

Não há nulidades, excepções ou questões prévias que obstam ao conhecimento do mérito da causa.

### II

Com base nos documentos juntos aos autos e aos seus apensos, consideram-se provados os seguintes factos relevantes:

Por despacho da S. Exa. o Encarregado do Governo exarado no âmbito da Informação-Proposta n.º 107/GM/90, de 05.11.1990, foi autorizado o recrutamento exterior de técnicos juristas para exercerem funções no Gabinete para a Modernização Legislativa.

Por despacho do Senhor Secretário-Adjunto para a Justiça e Administração Autárquica, de 26.11.1990, exarado na Informação-Proposta n.º 128/GAL/90, de 23.11.1990, foi autorizada a contratação, em regime de contrato além de quadro, do ora recorrente, como técnico superior de 2ª classe, a exercer funções no referido Gabinete.

Em 06.12.1990, o ora recorrente apresentou-se no Gabinete de Macau em Lisboa.

Em 13.12.1990, assinou o contrato de além de quadro em Macau.

Em 05.06.1998, cessou funções no Gabinete para a Modernização Legislativa.

A partir de 06.06.1998, ingressou no quadro pessoal da Autoridade Monetária e Cambial de Macau e passou a ser contribuinte do Fundo de Providência do Pessoal daquela Autoridade.

Em 31.07.2003, o ora recorrente requereu ao Fundo de Pensões que fosse feito *“o cálculo dos contribuições que terá de realizar para esse Fundo, por forma a recuperar a antiguidade para efeitos de aposentação correspondente ao período entre 05.12.1990 e 05.06.1998.”*

Por despacho da Sr.ª Presidente do Fundo de Pensões, de 11.08.2003, foi indeferida a pretensão do ora recorrente.

Em 25.08.2003, o ora recorrente apresentou ao Fundo de Pensões um novo requerimento com esclarecimentos complementares e concluindo com o mesmo pedido.

Por despacho da Sr.<sup>a</sup> Presidente do Fundo de Pensões, de 03.09.2003, foi indeferido o pedido.

E por iniciativa própria da Sr.<sup>a</sup> Presidente, foram submetidas à apreciação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões, as suas decisões de 11.08.2003 e 03.09.2003, as quais foram confirmadas pela deliberação do referido Conselho de 03.09.2003.

### III

Cumpra agora decidir.

A entidade recorrida suscitou a excepção da irrecorribilidade do acto recorrido, por se tratar de um acto meramente confirmativo.

Salvo o devido respeito, não achamos que tenha razão.

Sem dúvidas de que a deliberação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões de 0.09.2003 é um acto confirmativo, porque mantém a decisão de indeferimento da Sr.<sup>a</sup> Presidente daquele Fundo.

Porém, nem todos os actos confirmativos são insusceptíveis de recurso contencioso.

Nos termos do artº 31º do CPAC, só os actos meramente confirmativos é que não podem ser objecto do recurso contencioso.

Só é acto meramente confirmativo quando mantém um acto administrativo definitivo.

No caso em apreço, a decisão de indeferimento da Sr.<sup>a</sup> Presidente do Fundo de

Pensões, de 11.08.2005, está, nos termos do artº 15º, nºs 2 e 3 da lei orgânica do Fundo de Pensões (DL nº 59/93/M), sujeita à impugnação administrativa necessária para o Conselho de Administração, pelo que não é um acto administrativo definitivo.

Assim, a confirmação do Conselho de Administração, de 03.09.2003, vem constituir a resolução final, quer do ponto de vista vertical, quer horizontal, daí que é contenciosamente recorrível.

Nesta conformidade, julga improcedente a excepção de irrecorribilidade do acto recorrido.

Vamos agora para o mérito da causa.

Na óptica do recorrente, como entrou na Função Pública de Macau em 06.12.1990 sob o regime de contrato além de quadro, adquiriu o direito de ser subscritor do Fundo de Pensões “*ope legis*” da versão originária do artº 259º do ETAPM, e uma vez adquirido o direito, não pode ser prejudicado com a posterior alteração legislativa, visto que a nova lei nunca pode ter efeitos retroactivos contra os factos constitutivos de direito verificados antes da sua vigência.

De acordo com os factos assentes, o estatuto jurídico-profissional do recorrente entre o período de 13.13.1990 e 05.06.1998 era de pessoal recrutado no exterior.

É certo que o contrato além de quadro confere ao outorgante particular a qualidade de agente da Função Pública e nos termos do artº 258º do ETAPM, o agente goza, em princípio, o direito de aposentação e sobrevivência.

Porém, nem todos os funcionários e agentes públicos podem inscrever no Fundo de Pensões como subscritor para efeito de aposentação e sobrevivência, pois, apenas aqueles que possam aposentar-se em Macau é que podem fazer a sua

inscrição.

A título exemplificativo, temos o caso da inadmissibilidade da inscrição de um funcionário ou agente público, cuja idade não lhe permite perfazer o mínimo de 15 anos de serviço até atingir o limite de idade fixado para o exercício das respectivas funções (nº 1 do artº 259º do ETAPM), pois, 15 anos de serviço constituem tempo mínimo para efeitos de aposentação e sobrevivência em Macau – artº 262º, nº 1, al. b) do ETAPM.

É clara a intenção do legislador no sentido de excluir a inscrição dos funcionários e agentes no Fundo de Pensões que não têm a possibilidade de se aposentar em Macau.

Na mesma linha de pensamento e tendo em conta o carácter excepcional e temporário do recrutamento exterior, não nos parece que o recorrente possa inscrever-se no Fundo de Pensões como subscritor para efeitos de aposentação e sobrevivência.

Como é sabido, o recrutamento exterior incide apenas sobre o pessoal não residente de Macau (artº 2º do DL nº 53/89/M) e não sendo residente de Macau, como é que pode aposentar-se neste território?

Não tendo o direito de se aposentar em Macau, nunca pode se inscrever no Fundo de Pensões como subscritor para o efeito, já que como bem apontou o Dignº Magistrado do Mº Pº no seu parecer final (fls. 100), *“a inscrição e os respectivos descontos legais visam a concretizar e possibilitar o direito à futura aposentação e sobrevivência”*.

Mesmo que se admitisse o recorrente, não obstante ser pessoal recrutado no exterior, gozaria o direito de se aposentar em Macau, a sua pretensão também não procede.

É certo que como agente, goza a faculdade de inscrever no Fundo de Pensões como subscritor para efeitos de aposentação e sobrevivência, ao abrigo do disposto da versão originária do artº. 259º do ETAPM, nos termos da qual a inscrição e o pagamento das respectivas compensações eram processadas oficiosamente pelos serviços processadores dos vencimentos, salvo a declaração expressa do interessado em sentido contrário.

Contudo, **a qualidade de subscritor para efeitos de aposentação e sobrevivência só se adquire com a inscrição, e não decorre, de imediato, do artº 259º do ETAPM, visto que se trata duma inscrição facultativa e não obrigatória, tendo o interessado poder de optar não ser subscritor** (nº 5 da versão primitiva do artº 259º do ETAPM).

Sem dúvidas de que no presente caso, os serviços processadores dos vencimentos deveriam proceder à inscrição oficiosa, uma vez que o recorrente nunca declarou não desejar proceder a descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência.

No entanto, a omissão daqueles serviços, associada a inércia do recorrente ao longo dos anos, determinaram, ao nosso ver, a impossibilidade do recorrente de recuperar o tempo de serviço para efeitos de aposentação e sobrevivência relativamente ao qual não foi feita a devida inscrição nem procedeu a descontos, face à entrada em vigor da Lei nº 11/92/M, que deu nova redacção ao artº 259º do ETAPM, no sentido de que:

- a) a inscrição deixou de ser oficiosa, exigindo que o próprio interessado tem de requerer, para o efeito, no prazo de 60 dias a contar da posse ou da assinatura do respectivo instrumento contratual;
- b) o pessoal contratado além de quadro ou em comissão de serviço, mesmo

provido em situação que implique inscrição obrigatória no Fundo de Pensões, deixou o poder de requerer a contagem de tempo de serviço relativamente ao qual não procedeu a descontos.

**Como o recorrente, à data da entrada em vigor da Lei nº 11/92/M, não se encontrava inscrito no Fundo de Pensões como subscritor para efeitos de aposentação e sobrevivência, a nova lei é lhe aplicável.**

Se se permitisse o recorrente recuperar o tempo de serviço para efeitos de aposentação e sobrevivência relativamente ao qual não foi feita a devida inscrição nem procedeu a descontos, significaria que iremos obrigar o Fundo de Pensões a assumir a responsabilidade decorrente da omissão da não inscrição oficiosa dos serviços processadores dos vencimentos do recorrente e da própria inércia deste, inércia essa que, na nossa opinião, contribuiu significativamente para a sua situação actual, pois, tendo o recorrente perfeito conhecimento de não estar a descontar para efeitos de aposentação e sobrevivência, se tivesse agido oportunamente, designadamente antes da vigência da Lei nº 11/92/M, já ficaria inscrito no Fundo de Pensões como subscritor.

Ao reconhecer a pretensão do recorrente, significa que lhe permite aposentar-se mais cedo, e conseqüentemente o Fundo de Pensões terá de lhe pagar a respectiva pensão de aposentação antecipadamente, o que implica certamente o aumento de encargos para aquele Fundo.

Embora faça parte da Administração Pública da RAEM, o Fundo de Pensões é uma pessoa colectiva com autonomia administrativa e financeira, cujo património é independente da RAEM, sendo uma grande parte constituída por prestações mensais dos funcionários e agentes integrados no regime de aposentação e sobrevivência.

Assim, obrigar o Fundo de Pensões a assumir a responsabilidade resultante da omissão da não inscrição oficiosa dos serviços processadores dos vencimentos do recorrente e da própria passividade deste, implica, de algum modo, que os referidos funcionários e agentes assumirem a mesma responsabilidade.

Ora, quer o Fundo de Pensões, quer os referidos funcionários e agentes, não têm nada a ver com a situação actual do recorrente, pois, não lhes incumbe proceder à inscrição oficiosa do mesmo no Fundo de Pensões como subscritor.

Se recorrente achar o seu direito prejudicado pela omissão dos respectivos serviços públicos, poderia intentar a competente acção para efeitos de indemnização, onde seriam melhor discutidos e analisados qual é o valor concreto do prejuízo e quem são os responsáveis para o efeito.

#### IV

Nos termos e fundamentos acima expostos, o Tribunal julga improcedente o presente recurso contencioso, mantendo o acto recorrido nos seus precisos termos.

Custas pelo recorrente, com 4UC de taxa de justiça.

[...]>> (cfr. o teor de fls. 105 a 109 dos presentes autos correspondentes, e *sic*).

Para o efeito, concluiu a sua alegação de recurso e nela peticionou de moldes seguintes:

<<1. O Recorrente ingressou na Função Pública de Macau, em 13 de Dezembro de 1990, por contrato além do quadro, nos termos dos artigos 25º e 26º do ETAPM, aprovado pelo Decreto-Lei nº 87/89/M, de 21 de Dezembro.

2. para exercer funções de técnico superior de 2ª classe, 2º escalão, no

Gabinete para os Assuntos Legislativos, a partir de 13 de Dezembro de 1990 e até 5 de Dezembro de 1993, adquirindo assim o direito à inscrição no Fundo de Pensões, uma vez que a idade (27 anos) com que ingressou nos serviços lhe permitia perfazer o mínimo de 15 anos de serviço, para efeitos de aposentação,

3. Devia tal inscrição ter sido oficiosamente processada pelo serviço onde desempenhou funções, segundo o n.º 2 do artigo 259.º do ETAPM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, em vigor à data do seu ingresso na Função Pública.

4. Ainda de acordo com o n.º 5 do artigo 259.º, do mesmo diploma, exigia-se ao pessoal contratado além do quadro, a declaração expressa de que não pretendia proceder a descontos no acto de nomeação ou investidura para impedir o estabelecimento da relação jurídica de inscrição.

5. A entidade recorrida para fundamentar o indeferimento do pedido então formulado, baseou-se no artigo 259.º do ETAPM, com as alterações introduzidas por um diploma de 1992, que naturalmente não se aplica a presente situação, pois a lei nova dispõe apenas para o futuro, ou seja, a lei nova não se aplica a factos constitutivos (modificativos ou extintivos) ocorridos antes do seu início de vigência, em conformidade com o que vem estatuído no artigo 11.º do Código Civil vigente.

6. Trata-se, pois, de uma situação onde se fez uma errada interpretação da lei, uma vez que se aplicou a Lei n.º 11/92/M, de 17 de Agosto e não o artigo 259.º do ETAPM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, que era o diploma em vigor à data da constituição da relação jurídica de inscrição nos termos que a seguir demonstraremos.

7. O n.º 2 do artigo 259.º do ETAPM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro (versão **original**) então em vigor dispunha que “a inscrição

*dos funcionários e agentes no FPM, e o pagamento das compensações para aposentação, são processados oficiosamente pelos serviços que paguem os vencimentos.”*

8. A Lei n° 11/92/M, de 17 de Agosto, veio introduzir alterações ao referido artigo 259° do Estatuto, tendo alterado aquele n° 2 e introduzidas outras definições que não faziam parte do preceito na sua versão original.

9. Nomeadamente o diploma de 92 veio acrescentar ao artigo 259° o actual n° 3 que diz o seguinte: *“A inscrição é facultativa para os agentes e para o pessoal nomeado em comissão de serviço que não disponha de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos, devendo aquela ser requerida até 60 dias a contar da posse ou da assinatura do respectivo instrumento contratual.”*

10. Para a situação concreta, há que determinar quais das normas em análise são aplicáveis. Se o n° 2 do artigo 259° do ETAPM na sua versão original ou, ao invés, o n° 3 do mesmo artigo com as alterações introduzidas pela Lei n° 11/92/M, de 17 de Agosto.

11. Estando-se perante uma questão de aplicação da lei no tempo, regulada pelo artigo 11° do CCM, nos termos do qual a lei nova não se aplica a factos constitutivos (modificativos ou extintivos) verificados antes do seu início de vigência.

12. Daí que o Recorrente considera que o Tribunal esteve mal ao considerar que *“como o recorrente, à data da entrada em vigor da Lei n° 11/92/M, não se encontrava inscrito no fundo de Pensões como subscritor para efeitos de Aposentação e sobrevivência, a nova lei é lhe aplicável”*.

13. É verdade que à data da entrada em vigor da Lei n° 11/92/M, o Recorrente não se encontrava inscrito no Fundo de Pensões.

14. Também é verdade que o ETAPM, mormente no seu artigo 259º, dispunha claramente que tal inscrição seria da responsabilidade exclusiva do serviço que processasse o pagamento do funcionário ou agente em causa.

15. Ora, isto só não se verificou por mera inércia da administração, na medida em que foi um seu serviço, mais propriamente o então Gabinete para os Assuntos Legislativos, que não cumpriu a legislação que então vigorava e que mandava expressamente que se fizesse a inscrição dos funcionários ou agentes e se fizessem os respectivos descontos para efeitos de aposentação.

16. Repare-se que os termos da lei são claros pois mandam que o desconto fosse efectuado oficiosamente, vinculando a Administração a um certo e determinado comportamento.

17. Não sendo de aplicar ao caso vertente a Lei nº 11/92/M, de 17 de Agosto, resta-nos concluir que a lei em vigor em 1990, data do ingresso do Recorrente na Função Pública de Macau., deverá reger os factos constitutivos da relação jurídica estabelecida pelo recorrente em 1990.

18. A lei vigente à data da celebração do contrato além do quadro, Dezembro de 1990, previa a inscrição oficiosa no FPM com o acto de admissão originário do estatuto de funcionário ou de agente, ou seja, com o ingresso na Função Pública do funcionário ou agente – que adquiria desde logo o direito à inscrição. Para impedir o estabelecimento da relação jurídica de inscrição, exigia-se ao pessoal contratado além do quadro, a declaração expressa de que não pretendia proceder a descontos no acto de nomeação ou investidura.

19. O recorrente não produziu qualquer declaração de vontade no sentido de que não pretendia que se procedesse à sua inscrição, com o conseqüente desconto devido, no acto de nomeação ou de investidura.

20. A responsabilidade pela não inscrição não poderá ser assacada ao Recorrente, pois, em conformidade com a lei vigente, à data da constituição da relação laboral, este não tinha nenhuma obrigação legal de declarar expressamente que pretendia inscrever-se no FPM – sendo o serviço onde desempenhou funções que o deveria ter processado oficiosamente.

21. Dos princípios da boa-fé, da legalidade e da responsabilidade decorre que a Administração não se pode prevalecer da situação para a qual culposamente contribui violando o princípio geral de direito de que ninguém deve ser prejudicado por falta ou irregularidade que lhe não sejam imputáveis.

22. O Recorrente só não adquiriu a qualidade de subscritor para efeitos de aposentação e sobrevivência por **culpa e inércia da Administração**, que **omitiu o seu dever** de proceder a inscrição nos termos do ETAPM então em vigor.

**Nestes termos, e nos mais em Direito consentidos [...], se requer seja o acto recorrido declarado anulado, com todos os legais efeitos, para que, pela Vossa douta Palavra, se cumpra a JUSTIÇA.**

[...]>> (cfr. o teor de fls. 119 a 122 dos autos, e *sic*).

A este recurso jurisdicional, respondeu a entidade recorrida no sentido de manutenção do julgado da Primeira Instância, através de um conjunto de razões assim sumariadas na parte final da sua contra alegação:

<<[...]

- a) Tanto na versão original, como na versão actual do artº 259º do ETAPM, a inscrição é obrigatória para o pessoal de nomeação provisória ou

definitiva, e facultativa para o pessoal contratado além do quadro ou em comissão de serviço que não disponha de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos;

- b) O que significa que, quer na versão original, quer na actual, para o pessoal contratado além do quadro ou em comissão de serviço sem lugar de origem, a qualidade de subscritor depende, além do preenchimento dos requisitos previstos no referido preceito legal, da vontade do interessado;
- c) Tanto na versão original como na versão actual do artº 259º , não há lugar a contagem do tempo de serviço anteriormente prestado e sobre o qual não procedeu a descontos, com excepção dos casos em que o interessado seja provido em situação que implique inscrição obrigatória no Fundo de Pensões, facultade essa que, aliás, deixou de existir com a introdução da versão actual dada pela Lei nº 11/92/M, de 17 de Agosto;
- d) O estabelecimento da relação jurídica de inscrição entre o funcionário ou agente e a Administração Pública nos termos do artº 259º do ETAPM implica a aquisição dum direito (contagem do tempo de serviço para efeitos de aposentação e sobrevivência nos termos da lei), o qual depende do cumprimento da obrigação inerente (pagamento dos respectivos descontos);
- e) A inscrição é condicionada pela verificação dos requisitos gerais previstos no nº 1 do artº 259º do ETAPM, e sendo facultativa para o pessoal contratado além do quadro ou em comissão de serviço sem lugar de origem, o acto de admissão desse grupo de pessoal não implica, desde logo, a sua inscrição automática no Fundo de Pensões;
- f) O direito à inscrição não equivale ao efectivo estabelecimento da relação

jurídica de inscrição ou à aquisição da qualidade de subscritor;

- g) Neste caso, o exercício do direito à inscrição e a aquisição da qualidade de subscritor depende da vontade do interessado;
- h) Na versão original do aludido artº 259º, a declaração de vontade refere-se ao desejo de proceder a descontos para o regime de aposentação e sobrevivência e não simplesmente ao desejo de inscrição no Fundo de Pensões. (nº 5 do artº 259º);
- i) O pagamento de descontos legais é o factor de maior relevância no estabelecimento da relação jurídica de inscrição e na respectiva contagem de tempo de serviço;
- j) Não basta declarar desejar proceder aos descontos para o regime, é imprescindível a sua concretização, actuando em conformidade;
- k) Embora o processamento dos descontos cabe, nos termos da lei, aos serviços que paguem os vencimentos, o pagamento dos respectivos descontos não deixa de ser uma obrigação legal da exclusiva responsabilidade do próprio interessado;
- l) Sendo o processamento mensal dos descontos feito pelos serviços por retenção na fonte, o interessado consegue e tem o dever de assegurar que tais descontos tenham sido devida e atempadamente retidos no processamento dos seus vencimentos;
- m) O Recorrente não constava das listas de antiguidade referentes aos anos de 1990 a 1998, organizadas pelos serviços em relação aos seus funcionários e agentes subscritores do Fundo de Pensões, o que implica que o mesmo não era nem nunca foi subscritor do Fundo durante esse período;
- n) Perante a alegada omissão dos serviços, o Recorrente nunca tem

apresentado junto destes, na altura e durante esse período todo, qualquer queixa ou reclamação junto daqueles;

- o) A alegada omissão dos serviços deveu-se não apenas à passividade destes, mas também, e até principalmente, à passividade e ao silêncio do próprio Recorrente, os quais têm vindo a reforçar a actuação omissiva dos mesmos;
- p) O Recorrente não e nunca adquiriu a qualidade de subscritor, nem nunca se estabeleceu a relação jurídica de inscrição com a Administração Pública;
- q) Nem há lugar a reconstituição de qualquer relação jurídica de inscrição, por esta nunca ter sido estabelecida entre a Administração e o Recorrente;
- r) O comportamento do Recorrente tem a maior relevância no caso *sub judice*, não só por ter reflectido a sua vontade real (de não pretender proceder a tais descontos), como também por ter revelado um autêntico caso de abuso de direito juridicamente condenável;
- s) O princípio da boa-fé significa que os sujeitos duma dada relação jurídica devem actuar como pessoa de bem, com correcção e lealdade
- t) O próprio Recorrente não está totalmente isenta da culpa e da respectiva imputação em relação à alegada omissão do então Gabinete para os Assuntos Legislativos;
- u) O comportamento do Recorrente não corresponde ao princípio de boa-fé e de justiça em relação à própria Administração e, em especial, aos outros subscritores que tiveram a boa vontade e boa fé de assumir as suas obrigações legais, procedendo aos descontos mensais;
- v) Atendendo as pretensões formuladas, bem como o recurso ora interposto,

o Recorrente estaria num autêntico caso de abuso de direito por, entre outros, “*venire contra factum proprium*”, “*suppressio*” e *surrectio*”, e má fé.

- w) Não se verifica o alegado vício de violação de lei, pois a lei vigente não autoriza o Fundo de Pensões produzir o efeito pretendido pelo Recorrente;
  - x) O acto administrativo recorrido, isto é, a deliberação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões de 03 de Setembro de 2003 não sofreu do vício de violação de lei;
  - y) A sentença proferida pelo Tribunal *a quo* não sofreu de nenhum vício de violação de lei, nem tão pouco fez errada interpretação do artº 259º do Estatuto dos Trabalhadores da Função Pública de Macau,
  - z) sendo, assim, a decisão mais correcta, adequada e justa.
- [...]>> (cfr. o teor de fls. 169 a 173 dos autos, e *sic*).

Subido o recurso para esta Segunda Instância, e após feito o exame preliminar pelo relator, foi emitido, em sede de vista, o seguinte parecer pelo Digno Representante do Ministério Público:

<<Estribando o recorrente grande parte da sua argumentação e naquilo que reputamos de essencial, no entendimento sobre a matéria assumido por este Tribunal no âmbito do proc. 104/2001, convirá, desde logo, delucidar se, no caso, nos encontramos face a situação similar ou, não o sendo, se, de todo o modo, os princípios consignados naquele douto aresto lhe serão aplicáveis.

Que a situação não é similar, trata-se de uma evidência: o processo supra referido reportava-se a funcionário que celebrara contrato além do quadro em

10/2/90 com a Direcção do Serviço de Finanças, tendo, a partir de 14/12/92 sido nomeado em comissão de serviço como Chefe da Divisão de Estudos, entendendo a Administração deferir o seu requerimento de contagem de tempo de serviço para efeitos de aposentação relativamente ao período compreendido entre aquelas duas datas, durante o qual procedera aos devidos descontos, indeferindo quanto ao período posterior, por se entender não ter o interessado declarado o desejo de proceder aos descontos, já no âmbito da nova redacção dada ao artº 259º ETAPM, enquanto no caso presente o recorrente assinou em 13/12/90 contrato além do quadro no Gabinete para a Modernização Legislativa, cessando funções em 5/6/98, nunca tendo chegado a efectuar quaisquer descontos para o Fundo de Pensões, pelo que, por despacho do Presidente daquele Fundo de 3/9/2003 foi indeferido o seu pedido, por se considerar inexistir base legal para o pretendido, dado entender-se que o mesmo não se encontrava inscrito no F.P, nunca procedera a quaisquer descontos para o efeito e nunca declarara essa intenção.

As situações são, pois, bastante diversas.

Restará, assim, apurar se os princípios fundamentais enunciados no douto aresto a que nos vimos reportando terão pertinência e consistência no caso que agora nos ocupa.

E, cremos que sim.

Vejamos:

- em ambos os casos, aquando da celebração dos respectivos contratos além quadro, vigorava a anterior redacção do artº 259º, ETAPM, onde se previa a inscrição no Fundo de Pensões com o acto de admissão originário do estatuto de funcionário ou agente (nº 2), sendo que, para impedir o estabelecimento da relação jurídica de inscrição, se exigia 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 (nº5), permitindo-se que tais descontos viessem a ser realizados posteriormente;

- impunha-se, assim, em ambos os casos, aos serviços que pagavam os respectivos vencimentos, o dever de inscrever os funcionários no FPM e o dever de pagar as compensações para aposentação, dever que só se extinguia no momento em que, concomitantemente, ocorresse qualquer facto extintivo do direito à inscrição.

Em face de tal regime, tomaremos aqui a liberdade de respigar e transcrever o que naquele douto acórdão se exarou, com os nossos próprios sublinhados, matérias e considerações que reputamos aplicáveis em qualquer dos casos:

*“Ora, em face deste regime, adquirido o direito e estabelecida a relação jurídica de subscritor do Fundo de Pensões, não faz sentido exigir uma nova formalização para alguém se inscrever quando já está inscrito. E se não está (o que vale dizer quando não se descontou), por mera inércia dos Serviços, tal omissão não pode, de modo algum, coarctar o direito que se adquiriu ope legis, com a redacção primitiva do supra referido artigo.*

*Tanto mais que, após se haver adquirido o direito, a lei prevê taxativamente as formas de eliminação do subscritor nos termos do nº 7 daquele mesmo preceito.”*

*“Ora, da análise acima desenvolvida quanto à constituição, modificação e extinção da situação jurídica resultante da inscrição no FP, parece resultar que, com a nova redacção do artigo 259º do ETAPM, se procuram regulamentar as situações novas de inscrição, não se descortinando ali qualquer elemento pressuponente de aplicação à situação anteriormente já constituída, vista a*

*situação de continuidade de exercício de funções públicas. E quanto à situação pré-constituída de inscrição no Fundo, originada aquando da contratação além do quadro não se deixará de tratar de uma situação duradoura, não estando aqui em causa, com a aplicação da lei nova, a regulamentação do conteúdo dessa situação jurídica, mas apenas a regulamentação de novos requisitos de inscrição, situação esta, instantânea, e abrangida pela nova lei.”*

*A nova norma, enquanto “reguladora da constituição da situação jurídica de subscritor do FPM, não se aplica às situações jurídicas já constituídas (1º parte do nº 2 do artº 12º do C. Civil de 1966) e, portanto, aos funcionários ou agentes já inscritos (ou que o deviam ter sido, não descurando a possibilidade abstracta, por preenchimento dos necessários requisitos, de constituição da relação jurídica de subscritor no FP”.*

*“E se é certo que a situação de subscritor do FPM não se opera por via de um único acto, antes resulta da reunião de vários actos sucessivos (o provimento, o silêncio do interessado quanto à inscrição no Fundo, a promoção oficiosa do serviço, a instrução do processo e o acto de inscrição), se no decurso deste procedimento surgir uma lei nova a exigir novas condições para a constituição da relação da situação de subscritor (como é o caso da declaração expressa), a norma aplica-se imediatamente, a não ser que aqueles pressupostos já estivessem reunidos anteriormente e determinassem assim a susceptibilidade da constituição da situação jurídica de subscritor do FP.”*

*“Era à Administração que incumbia proceder automaticamente aos descontos e não o fez, pelo que as consequências negativas dessa falha não se podem repercutir na esfera jurídica do agente.”*

*“Na verdade, o n.º 3 do artigo 259º na redacção dada pela Lei n.º 1 1/92/M,*

*para efeitos de constituição da situação jurídica de subscritor do FPM, não 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.”*

*“Quanto ao argumento que se pretende extrair do facto de, à data da entrada em vigor da referida norma, embora existindo a declaração presumida do Recorrente, não haver promovido o respectivo serviço oficiosamente a inscrição, pelo que esta ainda não se teria efectuado, devendo aplicar-se a lei nova às situações em vias de formação e exigir-se, que o Recorrente tivesse requerido expressamente ao FPM, no prazo de 60 dias, a sua inscrição...é legítimo então retirar a ilação de que se assim não fosse, isto é, se o processo se tivesse completado com a efectivação dos descontos, a inscrição no FPM estaria consumada, reconhecendo o direito do Requerente”.*

*“Estando em causa a recuperação do tempo de serviço a que já correspondesse o direito à inscrição no Fundo e não já o direito à aposentação à data em que o serviço foi prestado e a consequente regularização das quotas em dívida com base na remuneração e na quota praticada nessa época, facultada essa expressamente reconhecida por lei ao abrigo do artº 260º ETAPM – não se vê motivo para, apenas por motivo de os Serviços não terem procedido aos descontos, como deviam, negar a pretensão formulada, correspondente ao direito adquirido, por verificação dos requisitos legais de inscrição no FPM.”*

*“Ora, a falta dos descontos deveu-se a uma omissão dos serviços e por essa omissão não deve o administrado ser penalizado, o que decorre dos princípios gerais tais como o da boa-fé, da legalidade e o da responsabilidade da*

*Administração, expressamente consagrados nos artigos 3º nº1,8º, nº1 e nº2 do CPA.”*

*“E de todos estes princípios se conclui que a Administração não se pode prevalecer da situação para a qual culposamente contribui, através de um acto ou de uma informação errada, violando simultaneamente o princípio geral de direito de que ninguém deve ser prejudicado por falta ou irregularidade que lhe não sejam imputáveis”.*

*“É verdade que não deixa de se verificar uma passividade do Recorrente, mas essa passividade é secundária e não determinante em relação à inércia da Administração. Vejamos o que teria acontecido se a Administração tivesse feito o que tinha a fazer, isto é, procedido aos descontos. Nessa situação, a passividade do Recorrente traduzindo-se numa declaração presumida de pretensão de inscrição no Fundo de Pensões, por si só, teria integrado o requisito que da sua parte se reclamava para se constituir a situação jurídica”.*

*E ”...se não estava inscrito no FPM, tal facto a si se não ficou a dever e se nunca procedeu aos descontos para aposentação e desse facto deveria ter conhecimento, o certo é que a lei prevê que, mais tarde, o possa requerer, procedendo aos descontos em conformidade.”*

*“Tudo parte, no entanto, como se viu, da constituição da situação jurídica de inscrição no Fundo e essa nasceu com a sua contratação além do quadro, face aos normativos então vigentes”.*

Na douta sentença ora em crise, partiu o Mmo Juíz “a quo”, na esteira, aliás do doutamente sugerido no parecer do Exmo Colega do Mº Pº, de dois pressupostos ( que, aliás, fez questão de sublinhar) em que estribou a decisão, considerando, por um lado, que “a qualidade de subscritor para efeitos de aposentação e

*sobrevivência só se adquire com a inscrição, e não decorre, de imediato, do artº 259º do ETAPM, visto que se trata duma inscrição facultativa e não obrigatória, tendo o interessado poder de optar não ser subscritor”, acrescentando, por outro, que “Como o recorrente, à data da entrada em vigor da Lei nº 11/92/M, não se encontrava inscrito no Fundo de Pensões como subscritor para efeitos de aposentação e sobrevivência, a nova lei é lhe aplicável”.*

Ora da análise que vimos empreendendo e de acordo com os princípios que vimos relatando, constantes de posição já assumida por este Tribunal, não é bem assim :

Na redacção original do preceito em questão, vigente à data da celebração de contrato além quadro por parte do recorrente, previa-se a inscrição no Fundo com o acto originário do estatuto de funcionário ou agente (nº 2), exigindo-se para impedir o estabelecimento dessa relação jurídica de inscrição declaração de que não pretendia proceder a descontos no acto de nomeação ou investidura (nº 5).

**Daí que, sendo verdade que a inscrição era facultativa, ter que concluir-se que, por um lado, o recorrente, com o seu silêncio, optou pela inscrição em causa e, por outro, a não inscrição é imputável à Administração, a qual caso tivesse procedido, como lhe era exigível o problema da eventual aplicação da lei nova nem sequer se poria, por estar, como seria normal a processar os devidos descontos.**

Donde, sem necessidade de maiores considerações ou alongamentos, sermos a considerar que, até por saudável uniformização de critérios e procedimentos, dever ser revogada a douda sentença em escrutínio, dando-se provimento ao recurso contencioso, por ocorrência de vício de erro nos pressupostos de direito.>> (cfr. o teor literal de fls. 179 a 186 dos autos).

Corridos em seguida os vistos legais pelos Mm.ºs Juizes-Adjuntos, cumpre agora decidir.

Ora bem, e tomando em conta a matéria de facto já dada por assente no texto da sentença recorrida como ferramenta de trabalho, cumpre notar, de antemão, que o “segundo” requerimento então dirigido em 25 de Agosto de 2003 pelo ora recorrente à Senhora Presidente do Fundo de Pensões “afim de que o requerimento que apresentou em 31 de Julho de 2003 possa ser deferido, como merece” (cfr. o teor literal desse requerimento, a fl. 00009 do processo administrativo instrutor ora apensado) deve ser tido como uma reclamação para a própria autora da anterior decisão de indeferimento, de 11 de Agosto de 2003, daquele “primeiro” requerimento. Assim sendo, e para todos os efeitos legais, o acto administrativo objecto do recurso contencioso subjacente ao presente recurso jurisdicional é, em bom rigor, a deliberação de 3 de Setembro de 2003 do Conselho Administrativo do Fundo de Pensões, na parte que confirmou o despacho desse mesmo dia da Senhora Presidente do mesmo Fundo, de indeferimento daquele “segundo” requerimento. E daí a tempestivamente do recurso contencioso então conhecido pelo Tribunal Administrativo.

E voltando agora ao cerne do presente recurso jurisdicional, é de relembrar que o dito segundo despacho de indeferimento da Senhora Presidente do Fundo de Pensões, confirmado pela referida deliberação do Conselho de Administração deste como entidade ora recorrida, tem por

seguinte fundamentação essencial, então veiculada no parecer n.º 016/AST/JM/FP/2003, de 25 de Agosto de 2003, submetido à consideração daquela:

<<[...]

6. Para pedir a inscrição no Fundo para efeitos de aposentação o requerente invoca um contrato além do quadro celebrado com o Gabinete dos Assuntos Legislativos, em 13 de Dezembro de 1990 e publicado no BO n.º 12 de 25.03.91;
7. Relativamente aos factos descritos, verifica-se que na data referida, dispunha n.º 2 do art.º 259.º do ETAPM então em vigor que, *“a inscrição de agentes no FPM e o processamento das compensações para aposentação `eram` processados oficiosamente pelos serviços que pagassem os vencimentos ”* e o n.º 5.º do mesmo artigo acrescentava que, *“o pessoal contratado além do quadro pode no acto de assinatura do respectivo instrumento contratual declarar que não deseja proceder a descontos para aposentação;*
8. Conforme os factos apurados, *o requerente não foi inscrito no Fundo de Pensões para aposentação, ou por ter declarado expressamente não desejar proceder a descontos para aposentação ou por ter aceite tacitamente a não inscrição, razões de porque não tem legitimidade para reclamar ou recorrer da sua não inscrição no Fundo (cfr. n.º 3 do art.º 147.º do CPA) à data da celebração do contrato além do quadro com o Gabinete para a Modernização Legislativa, do qual apresentou extracto da publicação em BO.*
9. Não subsistindo, em matéria de aposentação, quaisquer relações ou efeitos que possam ser ressalvados da vigência da lei anterior (cfr. n.º 1 do art.º 11.º do C.C.), ao pedido de inscrição ora formulado é aplicada a lei actualmente em

vigor que relativamente à inscrição no Fundo de Pensões para efeitos de aposentação refere que, é obrigatória para funcionários (cfr. n.º 2 do art.º 259.º do ETAPM) e facultativa para agentes e pessoal em comissão de serviço, sem lugar de origem, desde que a requeiram no prazo de 60 dias a contar da assinatura do instrumento contratual, ou da posse (cfr. n.º 3 do art.º 259.º do Estatuto),

[...]>> (cfr. em especial, o teor de fl. 00011 do processo instrutor apensado, e *sic*).

E atentos os termos por que se encontram tecidos pelo próprio recorrente os fundamentos do seu recurso jurisdicional ora *sub judice*, só nos cabe decidir do vício de violação da lei unicamente assacado, ou seja, de violação da versão inicial do art.º 259.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (ETAPM), tida por ele como ainda aplicável à sua situação.

*In casu*, como está provado que ele foi admitido a trabalhar como pessoal recrutado ao Exterior para a então Administração de Macau desde Dezembro de 1990 sob o regime de contrato além do quadro, situação jurídico-contratual essa mantida até Junho de 1998, é-nos claro que por força das regras básicas da aplicação da lei no tempo plasmadas na Parte Geral do Código Civil de Macau (i.e., no art.º 11.º deste diploma substantivo), lhe é aplicável ainda a redacção inicial do dito art.º 259.º, sem nenhuma alteração ulteriormente introduzida pela Lei n.º 11/92/M, de 17 de Agosto, sendo também certo que na aplicação desse preceito, não se exige que o interessado tenha que ser um residente de Macau, porquanto a

questão de o mesmo trabalhador recrutado ao Exterior poder vir ou não a aposentar-se no futuro com sucesso em Macau fica sujeita ao risco próprio da inscrição do mesmo no Fundo de Pensões de Macau, daí a razão, quiçá, do n.º 5 do mesmo art.º 259.º (na sua redacção então vigente), de acordo com o qual “O pessoal contratado além do quadro ou em comissão de serviço que não dispunha de lugar de origem nos quadros de 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”.

Aqui chegados, é de concluir pela efectiva constatação do imputado vício de violação de lei na emanção da deliberação da entidade ora recorrida, por esta se ter material e essencialmente baseado na nova redacção do art.º 259.º do mesmo ETAPM para indeferir a pretensão do ora recorrente.

Dest’arte, procede o recurso jurisdicional, com necessária revogação da decisão judicial recorrida, e conseqüente anulação do acto administrativo recorrido.

Em sintonia com o exposto, **acordam conceder provimento ao recurso jurisdicional, revogando a decisão judicial recorrida de improvimento do recurso contencioso e anulando o acto administrativo então recorrido.**

Sem custas em ambas as duas Instâncias, dada a isenção subjectiva da

entidade recorrida.

Macau, 6 de Abril de 2006.

Chan Kuong Seng (relator)

José Maria Dias Azedo

Lai Kin Hong

Magistrado do M<sup>o</sup>. P<sup>o</sup>. presente - Victor Manuel Carvalho Coelho