Processo n.º 694/2007

(Recurso contencioso)

Data: 30/Abril/2008

ASSUNTOS:

- Subsídio de compensação, nos termos do art. 7º do Dec.-Lei n.º 25/96/M, de 27 de Maio;
- Agente de ensino e pessoal operário e auxiliar;
- Analogia;
- Lacuna.

SUMÁRIO:

1. Para se chegar à identificação de uma lacuna, é forçoso um prévio trabalho de interpretação, pois, se a situação couber na previsão de uma norma interpretada extensivamente, não há qualquer lacuna a integrar.

2. Não é uma qualquer ausência de previsão jurídica que legitima a existência de uma lacuna.

3. As questões pertinentes à correcção do Direito incorrecto, que bem podem resultar de contradições de técnica legislativa, contradições

normativas, contradições valorativas, contradições teleológicas e contradições de princípios, nem sempre se resolvem por via do recurso à analogia.

4. O Decreto-Lei n.º 25/96/M, de 27 de Maio, vem acudir às situações do pessoal operário e auxiliar em regime de assalariamento fora do quadro, não abrangido pelo Fundo de Pensões de Macau nem inscrito no Fundo de Segurança Social, criando mecanismos que assegurem determinados direitos sociais e contemplem uma compensação pelo trabalho prestado à Administração Pública do Território, não sendo legítimo aplicar esse regime a outras categorias profissionais dele excluídas, como seja a dos agentes de ensino.

5. Havendo notas diferenciadoras, donde resultam particularidades fácticas de diferentes regimes, tal diferença explica uma específica compreensão valorativa, não havendo aí lugar à analogia. *Minima differentia facti maximas inducit consequentias juris.*

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 694/2007

(Recurso Contencioso)

Date : 30 de Abril de 2008

Recorrente: A

Recorrido: Presidente do Instituto de Acção Social

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

I - RELATÓRIO

A, inconformada com a decisão judicial que julgou improcedente o recurso contencioso por si interposto de decisão administrativa que lhe negou a atribuição de uma compensação, nos termos do DL n.º 25/96/M, de 27 de Maio, na cessação do serviço prestado como agente de ensino, dela recorre, alegando, em síntese:

Por douta sentença recorrida o recurso contencioso de anulação interposto pela recorrente foi julgado improcedente em resultado de se ter concluído que não se mostrava verificado nem o vício de forma sem a violação de Lei por erro nos pressupostos de direito.

Repudiou o Meritíssimo Juiz "a quo" a solução proposta pela recorrente por razões enunciada no artigo 9º destas alegações, cujo teor se dá aqui por reproduzido.

Observe-se, antes de mais, que todo e qualquer diploma legal contem sempre a definição do seu campo de aplicação e o Dec-Lei 25/96/M não foge a regra.

A invocação do conteúdo funcional e das habilitações académicas feita na douta sentença recorrida teria relevância e faria algum sentido se em causa estivesse alguma problemática relacionada com o ingresso, progressão ou promoção na função pública.

Foram razões de natureza salarial e de justiça social que ditaram as providências contidas no Dec-Lei 25/96/M como resulta claramente do seu preambulo.

O pessoal operário e auxiliar que está de certo modo vinculado a uma Carreira, integra uma categoria que é das “mais baixas”, da função pública mas não a “mais baixa”.

O tempo de serviço prestado pelos Agentes do Ensino não tem qualquer incidência na alteração do seu índice salarial.

Os Agentes do Ensino aos quais inicialmente fora atribuído o índice 210, elevado para 215 em 1989, não beneficiam das regalias inerentes tanto a carreira vertical como a carreira horizontal.

A recorrente, após mais de 19 anos de serviço prestado no seio da função pública, teria sido remunerada pelo índice 210 não fosse a circunstância de o Dec-Lei 86/89/M ter atribuído aos Agentes do Ensino o índice 215.

Por outro lado, tendo sido admitida em regime de assalariamento, não gozava do direito de se inscrever no Fundo de Pensões, dado o estatuído no artigo 259º, n.º 1º do Estatuto dos Trabalhadores da Função Pública, conjugada com o disposto no seu artigo 2º.

Ocorre na lei reguladora da função pública uma verdadeira lacuna que deve ser

colmatada mediante o recurso à analogia uma vez que esta " ... repousa na exigência a que o pensamento actual é extremamente sensível, do tratamento igual de casos semelhantes ..."
(Oliveira Ascensão, o Direito, 7ª Ed., pg. 435)

E reafirma-se também que as normas cuja aplicabilidade é defendida são de natureza especial e não de carácter excepcional.

Consequentemente, a douta sentença recorrida devia anular, com base na violação de Lei por erro nos pressupostos de direito, o despacho que indeferiu a pretensão da recorrente.

Julgando improcedente o recurso interposto, violou a douta sentença recorrida o disposto nos artigos 7º do Dec-Lei 25/96/M de 27 de Maio, 9º do Código Civil, 13º do Dec-Lei 21/87/M e 2º e 259º, n.º 1 do Estatuto dos Trabalhadores da Função Pública.

Pelo exposto, pede seja dado provimento ao presente recurso, revogada a sentença recorrida, decidindo-se pela anulação do acto de indeferimento praticado pelo Exmo. Senhor Presidente da Instituto da Acção Social de Macau.

Não foram oferecidas contra-alegações.

O Digno Magistrado do MP emite o seguinte douto parecer:

“Cingindo expressamente o seu recurso à alegação da ocorrência, no acto em questão, do vício de erro nos pressupostos de direito, assaca o recorrente à douta decisão do Mmo Juíz “a quo” a afronta do disposto nos artigos 7º do Dec. Lei 25/96/M de 27/5, 9º do Cód. Civil, 13º do Dec. Lei 21/87/M e 2º e 259º, nº 1 do ETAPM, continuando, no essencial, a esgrimir com o facto de, na sua perspectiva, se justificar e impor, na sua situação, a aplicação, por analogia, das providências contidas no Dec. Lei 25/96/M

Pese embora aceitemos que:

- as razões que ditaram as providências contidas neste diploma legal, expressamente aplicáveis ao pessoal operário e auxiliar no regime de assalariamento, são de natureza salarial e de justiça social, pretendendo criar-se mecanismos destinados a assegurar determinados direitos sociais, contemplando uma compensação pelo trabalho prestado à Administração do Território;

- em termos puramente remuneratórios, um agente de ensino possa ser equiparável ao pessoal que integra a categoria de operários e auxiliar e

- tal como estas categorias, também aos agentes de ensino, admitidos em regime de assalariamento, não era permitido inscreverem-se no Fundo de Pensões,

somos, porém, a considerar que, dada, designadamente, a forma como o art. 1º do diploma em questão define a aplicabilidade do mesmo "O presente diploma aplica-se ao pessoal operário e auxiliar, em regime de assalariamento fora do quadro, dos serviços e organismos públicos de Macau, incluindo os municípios e as entidades com autonomia financeira, que não esteja inscrito no Fundo de Pensões de Macau", acrescentando encontrar-se a “definição” desse pessoal operário e auxiliar expressa e concretamente definido no art. 2º

do Regime Jurídico da Função Pública de Macau, nos encontramos face a norma de conteúdo excepcional, a não admitir a analogia pretendida.

É que, bem vistas as coisas, e em termos latos, o que é regulado pela norma, o seu objecto, não é, no fundo, diferente do que o da lei geral - a criação de mecanismos destinados a assegurar determinados direitos sociais que, através daquela lei geral, são assegurados pela abrangência e subscrição do Fundo de Pensões de Macau ou inscrição no Fundo de Segurança Social - não se tratando, pois, de regulação de matérias ou assuntos novos, diversos do por aquela regulados, caso em que, então sim, se poderia falar de lei especial.

No fundo, a lei, a disciplina geral, determina a concessão de compensações, a atribuição de direitos sociais condicionados à abrangência e subscrição pelo Fundo de Pensões de Macau ou à inscrição no Fundo de Segurança Social, sendo que, por força dela, os visados pelos normativos aqui em apreço não deteriam o direito a qualquer tipo de compensação, surgindo, pois, os normativos em questão em oposição àquela disciplina geral.

Nestes parâmetros, e não se enquadrando, na verdade, os agentes de ensino no grupo de pessoal operário e auxiliar posicionado nos níveis 1 a 4 do mapa 3, do anexo I do Dec. Lei 86/89/M, não lhes poderá, por via analógica, ser aplicado o regime de compensação aprovado pelo Dec. Lei 25/96/M.

Compreendemos a eventual injustiça da situação.

Só que, por um lado, não se detecta que exista, efectivamente, uma verdadeira lacuna na legislação, já que não alcançamos qualquer dispositivo, ainda que de índole geral e abstracta, que conceda a todo o pessoal em regime de assalariamento o alcance daquele tipo de compensações, não podendo, assim, com rigor e segurança, concluir-se que o

legislador se ii esqueceu" da situação do recorrente e, por outro, não compete ao aplicador da lei a sua criação, havendo apenas que respeitá-la.

Termos em que somos a pugnar pelo não provimento do presente recurso.”

Foram colhidos os vistos legais.

III - FACTOS

Com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

1. A requerente foi contratada, em regime de assalariamento, como Agente de Ensino no Instituto de Acção Social de Macau desde 02/09/1985 até 30/08/2004.

Após a cessação definitiva das suas funções, foi lhe abonado o montante global de MOP\$24.287,00, a título de compensação pecuniária e subsídios.

Aos 19/09/2005, a ora recorrente requereu ao Presidente do Instituto da Acção Social de Macau que lhe fosse abonada a compensação pecuniária nos termos do DL n° 25/96/M, de 27 de Maio.

Através do ofício n° 8811/018/DAF/2005, datado de 17/10/2005, o Instituto de Acção Social deu conhecer à recorrente o seguinte:

“Relativamente ao assunto referido no vosso ofício de 29 de Setembro do corrente ano, vimos pela presente reiterar que o disposto do Decreto-Lei n° 25/96/M,

de 27 de Maio, não se aplica aos agentes de ensino em regime de assalariamento, nos termos do parecer jurídico nº 052/DTJ/PAR/2004, da Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública, resposta esta que já foi dada a V. Ex.^a. através dos nossos ofícios nºs 6443/079/DAF/2004, de 8 de Outubro de 2004 e 2795/005/DAF/2005, de 20 de Abril do corrente ano, em cumprimento do despacho do Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, de 18 de Abril do corrente ano”.

Em 01/11/2005, a recorrente dirigiu um requerimento ao Presidente do IASM, cuja cópia se junta a fls. 53 dos autos e cujo teor aqui se dá integralmente reproduzido, solicitando que lhe fosse feita a devida notificação com observância do disposto do artº 70º do CPA, por considerar que o ofício acima referido não era uma mera comunicação, mas sim uma notificação deficiente da decisão de indeferimento da sua pretensão.

Por ofício nº 9991/024/DAF/2005, datado de 02/12/2005, o Presidente do Instituto de Acção Social respondeu à recorrente o seguinte:

“Em resposta à cata enviada por V. Ex.^a. no dia 1 de Novembro de 2005, venho pela presente responder à carta data de 29 de Setembro de 2005. A decisão deste Instituto que determinou o indeferimento ao seu pedido foi feita mediante o ofício nº 8811/018/DAF/2005 de 17 de Outubro de 2005.

Informe pela presente V. Ex.^a. de que depois de termos considerada toda a situação, designadamente no que respeita ao artigo 20º do Decreto-Lei nº 86/89/M de 21 de Dezembro e ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/96/M de 27 de Maio, verificámos que a compensação pecuniária é aplicável ao pessoal operário e auxiliar em regime

de assalariamento fora do quadro e não inscrito no Fundo de Pensões. O agente de ensino posicionado no nível 10 do mapa anexo ao Decreto-Lei n° 21/87/M, de 27 de Abril, não se integra no grupo pessoal operário e auxiliar posicionado nos níveis 1 a 4 do mapa 3 do anexo 1 do Decreto-Lei n° 86/89/M.

Mais informo V. Ex.^a. de que poderá interpor, no prazo de 30 dias contados a partir da recepção da presente notificação, o recurso hierárquico necessário ao Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura”.

A recorrente prestou serviço por conta do IAS.

Prestou esse serviço em regime de assalariamento como agente de ensino.

Esse assalariamento teve início em 2 de Setembro de 1985 e prolongou-se até 30 de Agosto de 2004, data da cessação das respectivas funções, tendo estado ao serviço por mais de 19 anos.

Após a cessação de funções foi-lhe abonado o montante global de MOP24,287.00 a título de compensação pecuniária e subsídios.

Não se tratou, porém da compensação pecuniária prevista no Dec.-Lei 25/96/M, de 27 de Maio.

Por isso, no dia 29 de Setembro de 2005 a recorrente requereu ao Presidente do IAS que lhe fosse abonada a compensação pecuniária prevista no referido diploma.

A sua pretensão não foi atendida conforme despachos juntos aos autos e que aqui se dão por reproduzidos - fls 26 a 33.

2. Respiga-se da sentença recorrida, na parte pertinente ao presente recurso, o seguinte:

“(…)

O conteúdo funcional do pessoal operário e auxiliar encontra-se descrita no mapa 2 do anexo I do DL n° 86/89/M, cujo teor aqui se dá integralmente reproduzido e pelo qual se verifica, sem qualquer margem de dúvida, que é totalmente diferente do pessoal docente.

Em relação ao índice de vencimento, um auxiliar qualificado ou operário semiquualificado para atingir a um índice próximo (7º escalão, índice 210) do agente de ensino, precisa, nos termos dos artºs 20º, n° 2 e 11º, n° 3 do DL n° 86/89/M, 21 anos de serviço, e para um operário qualificado, 16 anos de serviço (6º escalão, índice 220).

A única semelhança existente entre os agentes de ensino e o pessoal operário e auxiliar é justamente o vínculo com a Administração, que ambos só podem ser em regime de assalariamento (artº 13º do DL n° 21/87/M e 20º do DL n° 86/89/M).

Porém, entendemos que a simples identidade do vínculo com a Administração não constitui fundamento suficiente para aplicação analógica do DL n° 25/96/M aos agentes de ensino, por ser duas carreiras bem distintas.

Para o efeito, é necessário que as razões justificativas da criação e atribuição da compensação pecuniária ao pessoal operário e auxiliar também procedam no caso dos agentes de ensino.

Qual serão então estas razões justificativas?

Para nós, são justamente por se tratar da carreira mais baixa da Função Pública e sem regime legal de aposentação, pelo que merece uma extra tutela jurídica em relação a outras carreiras da Função Pública, razões estas que não se verificam na carreira dos agentes de ensino.

Improcede-se assim também o alegado vício de violação da lei por erro no pressuposto de direito.

(...)”

IV – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso é confinado apenas à pretensa **violação de lei, por erro nos pressupostos de direito**, traduzindo-se em saber se a recorrente, que prestou serviço como **agente de ensino** no IAS, tem direito ao subsídio de compensação previsto para o pessoal auxiliar e operário no artigo 7º do Dec.- Lei n.º 25/96/M, de 27 de Maio em regime de assalariamento fora do quadro.

Reza esse preceito, antes de alterado pela Lei n.º 5/2007:

“ (Compensação pecuniária)

1. Para além dos direitos previstos no **Decreto-Lei n.º 58/93/M**, de 18 de Outubro, ao pessoal referido no artigo 1.º, para além dos direitos previstos no **Decreto-Lei n.º 58/93/M**, de 18 de Outubro, quando terminar a sua prestação de serviço à Administração Pública de Macau, é atribuída uma compensação pecuniária desde que essa cessação derive de limite de idade, incapacidade para o trabalho ou não renovação do contrato de assalariamento por parte da Administração.

2. A compensação referida no número anterior é paga pelo serviço a que o trabalhador esteja vinculado, no prazo de 90 dias a partir da cessação de funções.”

Com a Lei n.º 5/2007 passou a ter a seguinte redacção:

“Artigo 7.º

(Compensação pecuniária)

1. Para além dos direitos previstos no **Decreto-Lei n.º 58/93/M**, de 18 de Outubro, ao pessoal referido no artigo 1.º cujo contrato de assalariamento termine em virtude de morte, limite de idade, incapacidade para o trabalho ou não renovação do contrato por parte da Administração é atribuída uma compensação pecuniária.

2. A compensação referida no número anterior é paga pelo serviço a que o trabalhador esteja vinculado, no prazo de 90 dias a partir da cessação de funções.

3. Em caso de morte do trabalhador, o montante da compensação pecuniária entra para o cômputo da herança”

2. Contraria a recorrente o entendimento tido pelo Mmo Juiz que repudiou a solução por si proposta de aplicação analógica das disposições do Dec.-Lei 25/96/M à situação da recorrente com base nas seguintes razões:

a) *O D. L. 25/96/M define bem o seu campo de aplicação pois o seu artigo 1º. estipula expressamente que:*

"O presente diploma aplica-se ao pessoal operário e auxiliar, em regime de assalriamento fora do quadro, dos serviços e organismos públicos de Macau, incluindo os municípios (que já deixaram de existir) e as entidades com autonomia financeira, que não esteja inscrito no Fundo de Pensões de Macau."

b) *Os agentes de ensino estão integrados na carreira específica de pessoal docente devidamente regulamentado pelo D.L. 21/87/M de 27 de Abril que se distingue do pessoal operário e auxiliar.*

c) *São agentes de ensino os indivíduos portadores de habilitações a nível do 9º ano de escolaridade.*

d) *O agente de ensino é uma categoria excepcional do pessoal docente que se distingue do pessoal Operário e Auxiliar quer ao nível de natureza, quer do conteúdo funcional, quer das habilitações académicas exigidas, quer do índice do*

vencimento.

e) *O pessoal operário não está inserido no sistema de carreira, mas rege-se pelo regime de carreira geral.*

f) *Um auxiliar qualificado ou operário semiqualficado para atingir um índice próximo do agente do ensino precisa de 21 anos de serviço e um operário qualificado de 16 anos.*

g) *A única semelhança entre os agentes de ensino e o pessoal operário e auxiliar é o vínculo com a Administração (assalariamento), mas tal não constitui fundamento para a pretendida aplicação analógica.*

h) *Para tanto é necessário que as razões justificativas de criação e atribuição da compensação pecuniária ao pessoal operário e auxiliar também procedam no caso dos agentes de ensino.*

i) *Essas razões justificativas consistem em o pessoal operário e auxiliar estar integrado na carreira mais baixa da Função Pública e sem regime legal de Aposentação pelo que merece uma extra tutela jurídica em relação a outras carreiras da Função Pública, razão estas que não se verificam na carreira dos agentes de ensino.*

Basicamente a recorrente defende que tem tal direito, descortinando na lei a existência de uma lacuna, dizendo ser-lhe aplicável aquela previsão analogicamente, em virtude do seguinte:

A ratio legis que levou à atribuição daquele subsídio aplica-se à situação

da recorrente;

A criação de mecanismos que assegurem determinados direitos que esteve na base da atribuição de certos direitos ao pessoal operário e auxiliar, não abrangido pelo Fundo de Pensões e Segurança Social aplica-se à recorrente;

Os agentes de Ensino fazem parte duma carreira especial que é a mais desfavorecida e débil da Função Pública e pertencem a uma “careira” ainda mais “baixa” do que a dos operários e auxiliares;

A Administração deve ter em conta que o ordenamento jurídico deve prover ao tratamento igual de casos semelhantes.

3. Pretende a recorrente que existe uma lacuna no ordenamento jurídico.

Pretende lhe seja atribuído um direito que não flui do seu estatuto ou regime directamente aplicável. Então, como acha que é injusto não lhe ser atribuído esse direito, reclama-o, procurando que lhe seja aplicável o regime previsto para outras situações.

Ora, desde logo, se colocam várias questões. Há aqui lacuna? Há uma incompleição que tenha juridicamente de ser regulada? Uma pretensão de atribuição de direitos subjectivos, por alegada injustiça, pode ser suprida por recurso à integração jurídica do direito objectivo? Ou pretende, no fundo, que lhe seja aplicável extensivamente a previsão dos beneficiários de um dado regime?

A lacuna, como diz o Prof. Oliveira Ascensão, é uma fatalidade, uma incompleição do sistema normativo que contraria o plano deste¹. Fatalidade que vai ao ponto de se negar a sua própria existência, porquanto no ordenamento jurídico não pode haver verdadeiras lacunas, enquanto ausência de solução jurídica para o caso omissis.²

A expressão lacuna da lei, ou com mais propriedade, da ordem jurídica, designa a situação que a lei ou uma norma jurídica não legal não prevê e, conseqüentemente, não regula, ou aquelas que, estando previstas, não têm regime jurídico.

Para se chegar à identificação de uma lacuna, é forçoso um prévio trabalho de interpretação, pois, se a situação couber na previsão de uma norma interpretada extensivamente, não há qualquer lacuna a integrar.

Por outro lado há que distinguir as situações que o direito não regula, ou por se encontrarem fora do seu âmbito, isto é as situações extra-jurídicas, ou porque, ainda que passíveis de serem reguladas pelo Direito ainda não foram contempladas pelo legislador.

Dentro das lacunas é possível distinguir as de previsão - que são as mais vulgares e que se traduzem em uma situação que carece de regulação jurídica, não se encontrar prevista em qualquer norma - das de estatuição – a hipótese encontra-se normativamente prevista, mas não foi

¹ - Int.Est. Dto, 1970, 309 e 355

² - Galvão Telles, Int. Est. Dto, Reimp., 2001, 260

para ela definido qualquer regime.³

Saber determinar onde há verdadeiramente analogia, é extremamente difícil e por isso se exige toda a finura por parte do intérprete. Não basta uma semelhança da descrição exterior da situação: é necessário que haja semelhança sob o ponto de vista daquele tratamento jurídico.⁴

Mais do que indagar do vazio do ordenamento jurídico para regulamentação do caso, importa indagar se há uma lacuna no conceito mais vulgar, isto é, de falta, entre as fontes de Direito vigentes, de uma disposição que se aplique directamente a determinada matéria. E só perscrutando, interpretando e valorando o ordenamento podemos dizer se há ou não uma lacuna.

Mas, como diz Menezes Cordeiro, a lacuna só se verifica nas zonas em que imperem conceitos abstractos, faltando uma norma jurídica, aplicável a determinado caso concreto, isto é, não há regulamentação jurídica onde devia juridicamente, haver. Pelo contrário, nas zonas dominadas pela tipicidade normativa, faltando uma norma aplicável a uma hipótese considerada, não há lacuna; não há regulamentação jurídica onde não devia juridicamente haver.⁵

³ - Ana Prata, Dicionário Jurídico, 4ª ed. 705

⁴ - Oliveira Ascensão, ob. cit. 366

⁵ Dtos Reais, 1979, 462

Importa ainda considerar as lacunas teleológicas que são lacunas a determinar em face do escopo visado pelo legislador ou seja, em face da *ratio legis* de uma norma ou da teleologia imanente a um complexo normativo. A analogia serve aqui para determinar a existência de uma lacuna e para o preenchimento da mesma.

Dentro desta categoria de lacunas teleológicas, tratando-se de uma situação em que a lei não contém qualquer regra que seja aplicável a certo caso, se bem que a mesma lei, de acordo com a sua própria teleologia imanente e coerente consigo própria contenha a respectiva regulamentação, estaremos perante uma lacuna patente.⁶

Neste enquadramento perfunctório sobre o que seja uma lacuna a merecer integração jurídica, duas notas finais, não menos importantes, que podem ajudar na dilucidação da questão que vem colocada.

Uma, tem que ver com a constatação de que o recurso à analogia não é válida sempre que haja *ubi eadem ratio*, de forma a que aí se encontre um mesmo *ibi eadem juris dispositio*. A analogia não tem lugar em todos os domínios do Direito, sendo inadmissível quando se trate de domínios regidos por princípios de tipicidade, normas restritivas de direitos, em matérias de natureza excepcional⁷e, acrescentamos nós,

⁶ - Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 196.

⁷ - Miguel Reale, Almedina, 1982,294

eventualmente, na definição de direitos estatutários com um universo perfeitamente delimitado.

Por outro lado, na esteira do pensamento de Karl Engisch, para além do princípio da plenitude do ordenamento jurídico que, em parte, se realiza por via de um esforço de hermenêutica, por uma actividade interpretativa e integrativa, importa ter presente as questões pertinentes à *correção do Direito incorrecto*, que bem podem resultar de *contradições de técnica legislativa*, *contradições normativas*, *contradições valorativas*, *contradições teleológicas* e *contradições de princípios*, cada uma a merecer um tratamento metodológico específico.⁸

4. Posto isto, desçamos à situação concreta, a fim de apurar se dos regimes aplicáveis resulta alguma lacuna.

O Decreto-Lei n.º 25/96/M, de 27 de Maio vem acudir às situações do pessoal operário e auxiliar em regime de assalariamento fora do quadro, não abrangido pelo Fundo de Pensões de Macau nem inscrito no Fundo de Segurança Social, criando mecanismos que assegurem determinados direitos sociais e contemplem uma compensação pelo trabalho prestado à Administração Pública do Território.

⁸ - Introdução ao Pensamento Jurídico, Fundação Calouste Gulbenkian, 6ª ed., 311 e segs.

Para se afirmar no art. 1º:

“(Âmbito de aplicação)”

O presente diploma aplica-se ao pessoal operário e auxiliar, em regime de assalariamento fora do quadro, dos serviços e organismos públicos de Macau, incluindo os municípios e as entidades com autonomia financeira, que não esteja inscrito no Fundo de Pensões de Macau.”

O regime da segurança social aplicável aos trabalhadores por conta de outrem que não estejam abrangidos por um sistema obrigatório de protecção na velhice, invalidez, doença e desemprego foi regulado pelo **Decreto-Lei n.º 58/93/M**, de 18/10.

Por seu turno o **Decreto-Lei n.º 86/89/M**, de 21 de Dezembro regula o regime geral das carreiras da Administração Pública de Macau e o regime especial das carreiras que se integram em sectores específicos de actividade, considerando a multiplicidade dos diplomas até aí existentes e a heterogeneidade do sistema heterogéneo, em que abundavam as desigualdades de tratamento e em que sobressaíam injustiças relativas, face à ausência de normas gerais de enquadramento

que definissem, com objectividade, os parâmetros a que devem obedecer a sua criação e estruturação.

Com esse decreto-lei pretendeu-se obter um duplo efeito: a reestruturação do sistema de carreiras e a sua revalorização genérica, apostando-se na melhoria das condições remuneratórias do pessoal qualificado que presta serviço na Administração Pública do território de Macau.

Desse diploma legal relevam-se os seguintes artigos:

Artigo 2.º

(Âmbito de aplicação)

As disposições constantes deste diploma aplicam-se ao pessoal dos quadros dos serviços públicos, incluindo os serviços e fundos autónomos, e dos municípios.

Artigo 3.º

(Direito à carreira)

Sem prejuízo de os contratos além do quadro e de assalariamento se estabelecerem por referência a categorias e escalões das carreiras de regime geral ou especial, só tem direito à carreira o pessoal do quadro.

Artigo 20.º

(Pessoal operário e auxiliar)

1. O pessoal operário e auxiliar não está inserido no sistema de carreira, sendo admitido em regime de assalariamento, tendo em conta os requisitos e índices previstos nos mapas 2 e 3 do anexo I ao presente diploma.

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, aplicam-se ao pessoal operário e auxiliar as regras gerais de progressão

3. As designações a utilizar para o pessoal operário e auxiliar são as constantes do mapa 3 do anexo I, independentemente das funções específicas que lhe sejam atribuídas.

Finalmente importa atentar no regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 21/87/M, de 27 de Abril, relativo ao estatuto aplicável à situação da recorrente.

Diz-se no respectivo preâmbulo:

“Desde há bastante tempo que se vem fazendo sentir a necessidade de clarificar e uniformizar o regime de carreiras específicas do pessoal docente afecto à Direcção dos Serviços de Educação em termos que o aproximem do regime mais favorável em vigor na República.

Constata-se, de facto, que o **Decreto-Lei n.º 73/85/M**, de 13 de Julho, que definiu o regime de carreiras específicas do pessoal docente, a par de conter em si imprecisões

responsáveis pela existência de algumas dúvidas de interpretação em matéria de contagem de tempo de serviço, encontra-se desajustado e desactualizado face às alterações, entretanto, ocorridas na legislação da República.

Na verdade, o vigente regime de carreiras específicas do pessoal docente em exercício de funções na República é manifestamente mais favorável do que o existente para a generalidade dos docentes de Macau, situação esta a que urge pôr cobro não só pelas naturais vantagens decorrentes da existência dum regime em consonância com o modelo adoptado na legislação da República, como também pelo facto duma parte significativa do pessoal docente que assegura a leccionação no ensino oficial do Território ser oriundo dos quadros da República.

O presente diploma visa, assim, adequar e aproximar, na medida do possível e atentos à especificidade do sistema educativo de Macau, a legislação de Macau à de Portugal objectivo este que a concretizar-se, permitirá, pela adopção de medidas mais consentâneas com as especificidades e exigências da carreira docente, uma maior dignificação e motivação desta classe profissional.

Neste enquadramento, prevê-se que a carreira dos professores do quadro se desenvolve por 6 fases, mais duas do que anteriormente, introduzindo-se substanciais alterações ao regime de contagens do tempo de serviço, sendo de salientar a equiparação, para esse efeito, de todo o tempo prestado no ensino particular em Portugal, ao ensino oficial, desde que contado pelos serviços competentes do Ministério de Educação, bem como o tempo de serviço prestado em estabelecimentos de ensino particular, com paralelismo pedagógico, em Macau.

Equipara-se também, ao regime em vigor na República, o sistema de reduções de serviço determinados pelo acesso às 2.^a e 3.^a fase e cria-se a designação de professores provisórios para os docentes de serviço eventual.

Definem-se categorias, níveis de qualificação e escalões de vencimento para todo o pessoal docente dependente da Direcção dos Serviços de Educação em termos que os aproximam das designações utilizadas, nesta matéria, pela legislação em vigor na República.

A nível de vencimentos, equipara-se o pessoal docente do ensino luso-chinês aos professores do ensino português e aumenta-se significativamente, em termos de tabela indiciária, os professores do ensino primário e educadores de infância por forma a consagrar um mais justo equilíbrio de remunerações, face aos docentes dos ensinos preparatório e secundário habilitados com curso de grau superior, situação esta que se traduz igualmente numa aproximação do esquema existente em termos de relatividade de vencimentos, na legislação da República.

Finalmente e em termos de docentes do ensino luso-chinês, diminui-se o grau de exigência da posse de habilitações a nível de Cursos de Difusão da Língua Portuguesa, enquanto condição para progressão nas fases, situação esta mais consentânea com uma mais justa e realista perspectiva da situação destes docentes.”

Retenha-se o disposto no artigo 13º:

“(Agentes de ensino com habilitações mínimas)”

1. Passam a denominar-se agentes de ensino com habilitações mínimas, os indivíduos portadores de habilitações a nível do 9.º ano de escolaridade ou equivalente que, na falta de candidatos portadores de habilitações próprias ou suficientes e em caso de reconhecida necessidade, sejam admitidos para prestar serviço temporariamente.

2. Os agentes de ensino com habilitações mínimas são recrutados em regime de assalariamento, conforme as normas em vigor, e integram-se num único escalão de vencimento de acordo com o mapa anexo ao presente diploma.”

5. Ora, de todo este acervo normativo é fácil constatar que um **agente de ensino** não faz parte do pessoal **operário e auxiliar**.

Entre uma e outra situação, são manifestas as dissemelhanças.

Ambos devem ser recrutados por assalariamento e talvez seja este o único ponto em que há uma equiparação de situações.

A lei em lado algum os equipara, nem sequer quando no art. 27º , n.º 3, a) do ETAPM refere que o contrato de assalariamento é admitido para o pessoal operário e auxiliar ou para outras categorias de

peçoal que, pelo tipo de funções ou nível remuneratório, lhe sejam equiparáveis.

Os agentes de ensino estão integrados na carreira específica do peçoal docente, devidamente regulamentado pelo DL nº 21/87/M, de 27 de Abril, que se distingue do peçoal operário e auxiliar.

Os agentes de ensino os indivíduos portadores de habilitações a nível do 9.º ano de escolaridade ou equivalente que, na falta de candidatos portadores de habilitações próprias ou suficientes e em caso de reconhecida necessidade, sejam admitidos para prestar serviço temporariamente, apenas em regime de assalariamento, e integram-se num único escalão, que é justamente o índice de vencimento de 215.

Configura-se como uma carreira específica, de natureza excepcional, supletiva do peçoal docente, pois o legislador admite, a título excepcional, o desempenho das funções de docência por indivíduos só com habilitações a nível do 9º ano de escolaridade ou equivalentes, ao passo que o peçoal operário e auxiliar, ainda que com requisitos habilitantes inferiores (6º ano), são um esteio do funcionamento normal de grande parte dos Serviços da Administração Pública.

Trata-se, pois, de carreiras, que se apartam, quer ao nível da natureza, quer do conteúdo funcional, quer das habilitações académicas exigidas, quer do índice de vencimento.

O peçoal operário e auxiliar não está inserido no regime de

carreira, mas prevê-se um regime próprio de progressão, de acordo com as seguintes escalões:

	<u>Escalões</u>						
	1º	2º	3º	4º	5º	6º	7º
Auxiliar	100	110	120	130	140	150	160
Operário	110	120	130	140	150	160	180
aux. quali. E ope. semi- qualificado operário	130	140	150	160	170	190	210
Qualificado	150	160	170	180	200	220	240

O conteúdo funcional do pessoal operário e auxiliar encontra-se descrito no mapa 2 do anexo I do DL nº 86/89/M, assumindo uma natureza manifestamente diversa da docência.

Em relação ao índice de vencimento, um auxiliar qualificado ou operário semiqualificado para atingir a um índice próximo (7º escalão, índice 210) do agente de ensino, precisa, nos termos dos artºs 20º, nº 2 e 11º, nº 3 do DL nº 86/89/M, 21 anos de serviço, e para um operário qualificado, 16 anos de serviço (6º escalão, índice 220).

6. A única semelhança existente entre os agentes de ensino e o pessoal operário e auxiliar é, como já se assinalou, o vínculo com a Administração, pois ambos só podem ser em regime de assalariamento (artº 13º do DL nº 21/87/M e 20º do DL nº 86/89/M), para além, claro, de um baixo nível remuneratório.

Tais pontos de contacto não se afiguram, porém, como fundamento suficiente para aplicação analógica do DL nº 25/96/M aos agentes de ensino, por se tratar de carreiras e funções bem distintas.

Perante estas diferenças é fácil perceber das razões que podem ter levado o legislador a optar por conceder apenas o subsídio aos operários e auxiliares, não obstante o verificar-se um enquadramento de condições previstas no n.º 1 do Dec.-Lei n.º 25/96/M, de 27/Maio, para os beneficiários aí visados (pessoal operário e auxiliar), tal como seja a situação de assalariamento fora do quadro e não inscrição no Fundo de Pensões.

O legislador não podia ignorar que para além do pessoal operário e auxiliar há muitas outras situações em que se verificavam tais factores, bastando atentar nas situações de recrutamento por assalariamento – art. 27º do ETAPM.

Pensamos que mais do que uma preocupação de estabelecimento de uma compensação das categorias “inferiores” ou mais

desfavorecidas, a perspectiva deve ser a de estimular aquelas funções mais duradouras, mais estáveis e estruturantes, dotadas de um carácter essencial para o bom e normal funcionamento da Administração.

Compreende-se que se queira beneficiar uma actividade tendencialmente mais duradoura do que aquela que se caracteriza pela sua excepcionalidade e eventualidade.

Estas as razões que podem explicar a diferença.

7. Mas, mesmo que assim se não entendesse, parece-nos que, perante a taxatividade dos destinatários e âmbito do disposto no art. 1º do DL n.º 21/96/M, sempre seria muito difícil descortinar lacuna em relação a outras categorias.

Estamos aí num domínio estatutário em que os direitos resultam de uma atribuição objectiva e seria muito perigoso, em termos de segurança, que todo um regime estatutário fosse colher direitos de outros estatutos, só por se encontrar alguma similitude de situações.

Basta pensar nas diversas categorias especiais para neste e naquele ponto se encontrar semelhança de situações que justificariam subsídios, regalias, compensações instituídas para outras categorias especiais. Basta pensar em situações de risco, de mobilidade, de incerteza de horários, tantas outras, para legitimar a adopção da respectiva regulamentação atributiva de direitos. Convenhamos que esse desiderato

não deixaria de pôr em causa a própria certeza, o regular funcionamento da Administração e coarctaria as próprias competências e opções da actividade administrativa.

8. Assim se concretizam os princípios gerais acima enunciados a propósito do enquadramento da integração, ao dizer-se que não é uma qualquer ausência de previsão jurídica que legitima a existência de uma lacuna.

No fundo, um regime estatutário assume-se com uma natureza de especialidade, quando não, de excepcionalidade, o que leva a redobrar cautelas no uso da analogia entre os diferentes regimes, sendo esse um dos limites, como se viu ao recurso a tal metodologia.

Para mais, quando o legislador foi muito claro na delimitação do âmbito e destinatários de um determinado regime.

Nem sequer vale aqui o raciocínio de que estaria legitimado o recurso à analogia se as razões justificativas da criação e atribuição da compensação pecuniária ao pessoal operário e auxiliar também procedem no caso dos agentes de ensino.

Bem pode a recorrente achar muito injusto que não receba essa compensação, mas tal pretensa injusta só por via legislativa poderá ser reparada. Tratar-se-á aí de eventual *correção do Direito incorrecto* de

que falava Karl Engisch⁹, baseada numa contradição teleológica e valorativa, mas consagrada normativamente e só por essa via pode ser suplantada.

As apontadas notas diferenciadoras resultam de particularidades fácticas dos diferentes regimes, o que explica uma específica compreensão valorativa, não havendo aí lugar à analogia. *Minima differentia facti maximas inducit consequentias juris.*¹⁰

9. Noutra perspectiva, tal como acima se frisou, para chegar a esta conclusão – a de inexistência de qualquer lacuna -, também por via de uma qualquer interpretação extensiva, face ao texto e contexto das normas pertinentes, se afasta a possibilidade de satisfação da pretensão da ora recorrente.

10. Somos, pois, a concluir que não se vislumbra ter havido qualquer vício de violação de lei por erro nos pressupostos de direito, por não se acolher a tese defendida que pretendia a aplicação analógica ao caso da interessada e, conseqüentemente, atribuição de uma compensação que o legislador não lhe concedeu.

⁹ - Ob. cit., 318

¹⁰ - Miguel Reale, ob. cit., 293

V - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em **negar provimento ao presente recurso, confirmando nos termos e fundamentos acima expostos a decisão jurisdicional recorrida.**

Custas pela recorrente, com 5 UC de taxa de justiça

Macau, 30 de Abril de 2008

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong