

Processo nº 491/2009

(Autos de recurso jurisdicional
em matéria administrativa,
fiscal e aduaneira)

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

Relatório

1. A (XXX), com os sinais dos autos, recorreu contenciosamente da deliberação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões datada de 05.10.2007, pedindo a declaração da nulidade ou anulação do acto recorrido; (cfr., fls. 2 a 20 que, como as restantes, dão se como reproduzidas para todos os legais efeitos).

*

Oportunamente, após adequada tramitação processual, proferiu o Mm^o Juiz do Tribunal Administrativo sentença, julgando improcedente o dito recurso; (cfr., fls. 114 a 117-v).

*

Novamente inconformada, traz a recorrente o presente recurso, onde, nas suas alegações, apresenta as seguintes conclusões

- “a) A Douta Sentença proferida é nula, porque o MM^o Juiz ad quo o não a fundamenta na Legislação aplicável ao caso, fundamentando-a em legislação posterior - art. 571^o, n^o 1 alínea c).*
- b) O MM^o Juiz ad quo viola o seu non liquet ao não analisar e efectuar a integração jurídica dos fundamentos de recurso invocados, legítima e legalmente, pela recorrente, facto gerador da nulidade da Sentença - 571^o, n^o 1 alínea d) do C.P.C..*
- c) É que o acto recorrido é nulo, por Violação Expressa da Lei, designadamente dos arts. 86^o, 88^o, 3^o, 4^o, 5^o, 7^o, 8^o, 9^o e 122^o, n^o 1 alínea d) do C.P.A., uma vez que devendo tê-los cumprindo e agido em conformidade, o Fundo de Pensões não o fez, situação*

sobre a qual o MMº Juiz ad quo se não pronuncia;

- d) *Como também nada diz relativamente à invocada nulidade proveniente do Vício de Violação de Lei, pois mesmo que o D.L. nº 115/85/M tivesse os contornos que o Fundo de Pensões lhe atribui, ou a interpretação que o MMº Juiz ad quo lhe atribui e retira do Preâmbulo, nunca aquele deveria ou poderia ter sido aplicado, por ser uma Lei violadora dos Princípio da Igualdade e dos Direitos Adquiridos, bem como da Prossecução do Interesse Público e Defesa dos Direitos e Interesses dos Cidadãos, consagrados nos arts. 4º, 8º, 11º, 25º, 36º, 39º, 40º, 41º da Lei Básica da R.A.E.M., mas já consagrados no sistema jurídico e judiciário do Território de Macau.*
- e) *O MMº Juiz ad quo não considerou nem se pronunciou sobre questão essencial: nos termos do disposto nos arts. 3º, 7º e 8 do Decreto-lei nº 781/76, de 28 de Outubro, arts. 3º, 14º 35º e 37º do Decreto-lei nº 427/89, de 07 de Dezembro e art. 2º do Estatuto Orgânico de Macau, o vínculo da recorrente deveria ser o de funcionária do quadro em virtude de deverem ter sido convertidos os contratos celebrados, o que não aconteceu, em violação da Lei e do Direito Fundamental da recorrente a Benefícios e Regalias*

Sociais, bem como o Princípio da Igualdade, ambos no seu núcleo essencial, pois que a outros cidadãos foi reconhecido, e por eles exercido, esse Direito - cfr. art. 2º do D.L. nº 15/78/M, art. 33º do D.L. nº 15/78/M, Estatuto dos Funcionários Ultramarinos, § 4º do art. 430º, art.1º do preâmbulo do D.L. nº 115/85/M, art. 1º do D.L. 25/96/M, preâmbulo do D.L. nº 7/98/M, redacção original dos arts. 2º e 259º do ETAPM, D.L. 42/94/M e arts. 4º, 8º, 11º, 28º, 25º, 36º, 40º e 41º da Lei Básica e, ainda, arts. 5º e 122º, nº 1 alínea d) do CP A.

- f) O acto recorrido é nulo, também por Vício de Violação de Lei, resultante da falta de instrução exigível e adequada e por basear-se em premissas irreais e sem matéria factual necessária de suporte, errando absolutamente nos seus pressupostos, pois não foi considerado o alegado pela recorrente no que concerne ao pedido de descontos efectuado - arts. 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10º, 54º, 76º, 77º, 85º, 86º, 88º, 93º e 122º, nº1 alínea d) do C.P.A.;*
- g) A Douta Sentença recorrida é nula, pois provado que foi, testemunhalmente, que a recorrente requereu aos Serviços, na data da celebração do contrato além do quadro, a sua inscrição para efectuação de descontos para aposentação, tal foi*

desconsiderado pelo MMº Juiz ad quo, não podendo tê-lo sido - art. 571º, nº 1 alíneas c) e d).

- h) Nos termos do disposto no art. 259º do ETAPM, na sua versão alterada, porque efectivamente declarou perante os Serviços querer proceder a descontos e não o contrário, têm que ser efectuados os descontos para aposentação à recorrente de todo o período em que foi contratada além do quadro.”; (cfr., fls. 124 a 143).*

*

Em resposta, assim conclui a entidade recorrida

- “a) Desde a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 115/85/M, de 31 de Dezembro, o pessoal assalariado eventual ficou expressamente excluído do regime, excepto aqueles que à data da entrada em vigor deste diploma, já houvessem requerido a integração no regime e satisfeitos os respectivos descontos;*
- b) Tendo em conta que à data do início de funções da Recorrente na Função Pública em regime de assalariamento (01.02.1992), já se encontrava em plena vigência do ETAPM, aprovado pelo D.L. nº*

87/89/M, de 21 de Dezembro, não assistia à Recorrente o direito de inscrição no Fundo de Pensões;

- c) Conforme o n° 3 do art. 259° do ETAPM, com as alterações introduzidas pela Lei n° 11!92/M, de 17 de Agosto, a inscrição relativa ao pessoal em regime de contrato além do quadro é facultativa e deve ser requerida até 60 dias a contar da assinatura do instrumento contratual, contudo, não consta do processo administrativo individual da ora Recorrente nenhum requerimento nesse sentido;*
- d) As alegações da Recorrente que ela "uma vez mais, alertou os serviços no sentido de saber como ía o seu processo de descontos para efeitos de aposentação,... " são pouco credíveis, nem foram consideradas provadas na douta sentença recorrida;*
- e) Conforme o conteúdo do ofício n" 6170/DP/08 dos SS, esses Serviços têm vindo a comunicar e esclarecer aos seus trabalhadores, no momento de celebração e renovação dos respectivos instrumentos contratuais, da faculdade de inscrição no regime de aposentação e sobrevivência;*
- f) Caso os serviços não tinham processado os seus descontos para efeitos de aposentação, a Recorrente podia e devia ter, em curto*

prazo, detectado esta situação, pois, é inquestionável que a Recorrente, tinha certamente verificado (através dos extractos de abonos e descontos e das listas de antiguidade) de que na altura não foram efectuados os descontos, e de que não lhe foi contado o tempo de serviço prestado desde 10.09.1993 para efeitos de aposentação e sobrevivência;

- g) A verdade é que, na altura, a Recorrente nunca chegou a reclamar da sua situação junto dos serviços para efeitos da respectiva regularização, mas pelo contrário, manteve-se em silêncio ao longo dos largos anos, mesmo no momento em que foi pela primeira vez inscrita no regime em 29.03.2000, quando implicou a inscrição obrigatória;*
- h) Não tendo a Recorrente reclamado da sua situação ao longo dos vários anos, é porque a Recorrente na altura não queria proceder a descontos para efeitos de aposentação e os seus serviços têm actuado perfeitamente conforme a sua vontade;*
- i) É de notar que não existia nem existe, desde a entrada em vigor do DL 115/85/M, de 12 de Dezembro, nenhum mecanismo geral para a fixação de débitos do tempo de serviço relativamente ao qual o funcionário ou agente não tinha procedido a descontos;*

j) *Portanto, o pedido da Recorrente nunca pode ser concedido e a douta sentença recorrida que improcedeu o recurso contencioso interposto pela Recorrente é perfeitamente correcta, legal e adequada, devendo ser confirmada integralmente.”; (cfr., fls. 146 a 151).*

*

Na vista que do autos teve, juntou o Exm^o Representante do Ministério Público o seguinte douto Parecer:

“Toda a argumentação expendida pela Recorrente nas suas alegações se encontra expressamente rebatida e contrariada na douta sentença ora em crise, com cujo conteúdo e conclusões nos encontramos plenamente de acordo e, por ocioso, nos dispensaremos de reproduzir, não se nos afigurando, pois, que a mesma se encontre eivada de qualquer vício, designadamente dos que assacados lhe são por aquela, tratando-se, aliás, de matéria que vem sendo assumida por este Tribunal, de maneira uniforme, no sentido do decidido.

Na verdade, prendendo-se a pretensão da Recorrente com a recuperação do tempo de serviço para efeitos de aposentação e pensão

de sobrevivência relativamente ao tempo de serviço por si prestado em regime de assalariamento eventual durante o período de 1/2/92 a 31/8/93 e em regime de contrato além do quadro entre 10/9/93 e 28/3/2000, torna-se a mesma inviável por carecer de suporte factual e legal.

Na verdade, desde a entrada em vigor do Dec Lei 115/85/M de 31/12 (que consagrava o regime de aposentação e pensão de sobrevivência) expressamente se excluiu do regime o pessoal assalariado, excepto aqueles que à data de entrada em vigor desse diploma houvessem já requerido a integração no regime e satisfeito os descontos respectivos, exclusão essa que foi mantida pelo artº 259º ETAPM (seja na versão original, seja na introduzida pela Lei 11/92/M de 17/8), sendo certo que, nos precisos termos do artº 2º daquele Estatuto, os assalariados não podiam ser classificados como funcionários ou agentes, não lhe assistindo, pois, direito à aposentação, tornando-se inócuo, a esse propósito, esgrimir com legislação (Dec Leis 781/76 de 28/10 e 427/89 de 7/12) oriunda da República Portuguesa, sem aplicabilidade no ordenamento jurídico de Macau.

Não se deixará, contudo, de referir afigurar-se-nos que a omissão do regime jurídico sobre segurança social aplicável ao pessoal assalariado fora do quadro se revela algo lacunar e injusto, razão por

que, quiçá, veio o legislador, posteriormente, a revelar tal sensibilidade, como dão conta, nomeadamente, os preâmbulos do D.L. n.º 25/96/M e o do D.L. n.º 7/98/M.

Só que, é precisamente a existência e justificação inerentes a tais diplomas que reforçam a conclusão de que o D.L. n.º 115/85/M e o ETAPM não atribuem o direito de aposentação ao pessoal assalariado fora do quadro e, conseqüentemente, não lhe reconheciam o direito a inscrição no Fundo de Pensões.

Quanto ao regime de inscrição do pessoal em regime de contrato além do quadro, em que a recorrente ingressou desde 10/9/93, conforme o preceituado no n.º 3 do já citado art.º 259º ETAPM (redacção da Lei 11/92/M de 17/8), a inscrição é facultativa, devendo ser requerida até 60 dias a contar da assinatura do instrumento contratual.

Neste concreto, pese embora a recorrente sustente que aquando da assinatura do contrato alertou os serviços, por mais que uma vez, no sentido de saber como decorria o processo dos seus descontos para efeitos de aposentação, a verdade é que se não divisa minimamente comprovada tal asserção, inexistindo no processo individual daquela qualquer requerimento nesse sentido, sendo certo que terão decorrido mais de 13 anos desde a assinatura do instrumento contratual, tendo-lhe

sido perfeitamente possível, em curto prazo, detectar a situação da falta de efectivação dos descontos e não contagem do tempo de serviço para efeitos de aposentação e sobrevivência desde 1/9/93 através da mera consulta dos extractos de abonos e descontos e listas de antiguidade, nunca tendo, porém, reclamado, não se antevendo, pois, com razoabilidade, a eventual ocorrência de erro nos pressupostos nesta matéria.

Finalmente, não se alcança, como pretendido, que o Mmo Juíz “a quo” tenha deixado de se pronunciar sobre qualquer questão invocada e que, realmente importasse a uma justa e boa decisão da causa, tendo procedido a devida análise e integração jurídica dos elementos válidos invocados.

Tudo razões que nos impelem à conclusão de não merecer provimento o presente recurso, devendo manter-se o decidido.”; (cfr., fls. 179 a 181).

*

Corridos os vistos legais dos Mm^os Juízes-Adjuntos, passa-se a decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Pelo Mm^o Juiz do Tribunal Administrativo foram dados como provados os factos seguintes:

“A recorrente desempenhava a função, em regime de assalariamento, nos Serviços de Saúde de Macau entre 1 de Fevereiro de 1992 e 31 de Agosto de 1993.

Entre 10 de Setembro de 1993 e 14 de Abril de 1994, a recorrente desempenhava, em regime de contrato além do quadro, a função de Médico não diferenciado.

Entre 15 de Abril de 1994 e 30 de Julho de 1998, a recorrente desempenhava, em regime de contrato além do quadro, a função de internato médico da formação do internato complementar.

Entre 31 de Julho de 1998 e 28 de Março de 2000, a recorrente desempenhava, em regime de contrato além do quadro, a função de assistente hospitalar

Em 29 de Março de 2000, a recorrente foi nomeada provisoriamente

como assistente hospitalar.

Em 29 de Março de 2001, a recorrente foi nomeada definitivamente como assistente hospitalar.

Em 11 de Junho de 2007, o Serviço de Saúde recebeu, através do mandatário judicial, o pedido da recorrente, no sentido de fazer o desconto retroactivo da contribuição para efeitos de aposentação e sobrevivência relativo ao período de 1 de Fevereiro de 1992 e 31 de Agosto de 1993 e ao período de 10 de Setembro de 1993 e 28 de Março de 2000.

Em 6 de Agosto de 2007, o Presidente do Conselho de Administração do Fundo de Pensões de Macau proferiu o despacho na informação n.º 1317/DRAS-DAS/FP/2007 e, indeferiu o pedido da recorrente.

Em 4 de Setembro de 2007, a recorrente interpôs, para o Conselho de Administração do Fundo de Pensões de Macau, o recurso hierárquico necessário da decisão que indeferiu o seu pedido.

Em 3 de Outubro de 2007, o Presidente do Conselho de Administração do Fundo de Pensões de Macau proferiu o despacho na informação n.º 2538/DRAS-DAS/FP/2007 e, manteve a decisão de indeferimento.

A recorrente veio interpor o recurso contencioso contra a deliberação acima referida.”

Seguidamente, e como factos não provados, consignou o que se provou que:

“Ao assinar o contrato do regime além do quadro com a Administração, a recorrente declarou dentro de 60 dias para ser subscritor de contribuição da aposentação e sobrevivência”; (cfr., fls. 114 a 115).

Do direito

3. Feito que está o relatório e transcrita a factualidade em que assenta a decisão recorrida, vejamos.

Pretende a recorrente a revogação da sentença proferida pelo Mm^o Juiz do Tribunal Administrativo que julgou improcedente o recurso contencioso que aí interpôs, peticionando a anulação da deliberação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões que indeferiu o seu pedido no sentido de efectuar os descontos para efeitos de aposentação e

sobrevivência respeitante ao período compreendido entre 01.02.1992 a 28.03.2000.

Creemos que nenhuma censura merece a decisão ora objecto de recurso.

Com efeito, e como tem este T.S.I. entendido, se o trabalhador da função pública com vínculo assente num contrato de assalariamento não estiver a proceder a descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência ao tempo da publicação do D.L. n.º 115/85/M de 31.12, também conhecido por “Estatuto de Aposentação e Sobrevivência”, e que revogou o regime de aposentação antes previsto no “Estatuto do Funcionalismo Ultramarino” e na Lei n.º 7/81/M de 7 de Junho, excluída está a possibilidade de o fazer enquanto se mantiver com tal forma de provimento; (cfr., v.g., os recentes Acs. de 30.04.2009, tirados nos Procs. n.º 144/2009, 148/2009, 149/2009 e 153/2009 do ora relator).

De facto, estatua o art. 20.º do dito diploma (D.L. n.º 115/55/M) que:

- “1. O pessoal em regime de assalariamento eventual que não esteja, à data da entrada em vigor deste diploma, a descontar para a

- aposentação, não poderá requerer o seu ingresso no sistema fixado no presente diploma.
2. Quando um assalariado eventual vier a adquirir a qualidade de funcionário ou agente da Administração, não poderá integrar-se no esquema da aposentação com efeitos anteriores à data da aquisição do novo vínculo funcional.
 3. É proibida a inscrição para aposentação do pessoal tarefeiro e jornaleiro.”

Nesta conformidade, e certo sendo que o D.L. n° 87/89/M de 21.12, que aprovou o “Estatuto dos Trabalhadores da Função Pública de Macau”, e que revogou o mencionado D.L. n° 115/85/M, também não permitia o dito desconto para trabalhadores assalariados que antes não procediam aos descontos em causa, daí o entendimento assumido por este T.S.I., demonstrado ficando desde já que improcedente é o pedido em relação ao período de tempo compreendido entre 01.02.1992 e 31.08.1993, período de tempo em que a ora recorrente desempenhou funções nos Serviços de Saúde de Macau com base num contrato de assalariamento.

Quanto ao restante período de tempo, no qual desempenhou funções em regime de contrato além do quadro, e como já se deixou adiantado, também não nos parece que mereça o recurso provimento.

De facto, em causa está a aplicação do preceituado no art. 259º do E.T.A.P.M., na sua versão introduzida pelo D.L. nº 11/92/M, onde se pode ler que:

- “1. Só pode ser inscrito no Fundo de Pensões de Macau (FPM) o funcionário ou agente cuja idade lhe permita perfazer o mínimo de 15 anos de serviço, para efeitos de aposentação, até atingir o limite de idade fixado para o exercício das respectivas funções.
2. A inscrição é obrigatória para os funcionários de nomeação provisória ou definitiva e é promovida oficiosamente pelos serviços que paguem os vencimentos.
3. 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.
4. O pessoal a que se refere o número anterior pode requerer a todo o tempo o cancelamento da sua inscrição no FPM.
5. A compensação para o regime de aposentação é de 27% sobre o vencimento único acrescido dos prémios de antiguidade e é suportada em:
 - a) 9% pelo subscritor, por retenção na fonte;
 - b) 18% pela Administração, por verba adequada das tabelas de despesa dos serviços que a processem.
6. O desconto cessa quando o subscritor complete 36 anos de serviço contados para efeitos de aposentação.
7. É eliminado o subscritor que, a título definitivo, cesse o exercício de funções públicas, perca a qualidade de funcionário ou agente, ou requeira o cancelamento da sua inscrição nos termos previstos neste Estatuto.

8. O antigo subscritor será de novo inscrito no FPM se for investido ou readmitido em quaisquer funções públicas a que corresponda direito de inscrição.
9. Os trabalhadores que, nos termos dos n.os 1 a 3, não possam ser inscritos no Fundo de Pensões de Macau ou, os que podendo, não exerçam essa faculdade, são obrigatoriamente inscritos no Fundo de Segurança Social.
10. A inscrição, o prazo, o modo de pagamento e os quantitativos das contribuições, relativamente aos trabalhadores referidos no número anterior, obedecem às normas estabelecidas no Decreto-Lei n.º 58/93/M, de 18 de Outubro. (**)
11. Os trabalhadores inscritos no Fundo de Segurança Social, enquanto se mantiverem ao serviço efectivo da Administração não têm direito às prestações do Fundo de Segurança Social"; (sub. nosso).

Atento o disposto no n.º 3 do transcrito comando legal e provado não estando que pela ora recorrente foi tempestivamente requerida a sua inscrição no Fundo de Pensões, evidente é que correcta foi a decisão recorrida que negou provimento ao recurso contencioso pela recorrente interposto no Tribunal Administrativo.

Na verdade, motivos não há para se censurar a apreciação da prova pela recorrente produzida e existente nos autos, e, tal como se observa no douto Parecer do Exm.º Magistrado do Ministério Público, *“não se alcança (...) que o Mmo Juíz “a quo” tenha deixado de se pronunciar*

sobre qualquer questão invocada e que, realmente importasse a uma justa e boa decisão da causa, tendo procedido a devida análise e integração jurídica dos elementos válidos invocados”.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, nega-se provimento ao recurso.

Custas pela recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 4 UCs.

Macau, aos 23 de Julho de 2009

José M. Dias Azedo

Chan Kuong Seng

(por força do acórdão deste TSI, de 22/5/2003, do processo
n.º 104/2001)

João A. G. Gil de Oliveira