

Processo nº 636/2009

(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 16.07.2008, pedindo que fosse acto recorrido declarado nulo ou anulado; (cfr., fls. 2 a 18 que, como as restantes, dão se como reproduzidas para todos os legais efeitos).

*

Oportunamente, após adequada tramitação processual, proferiu o Mmº Juiz do Tribunal Administrativo sentença, julgando improcedente o dito recurso; (cfr., fls. 48 a 50).

*

Novamente inconformado, traz o recorrente o presente recurso, onde, nas suas alegações, apresenta as seguintes conclusões:

- “a) A Sentença proferida é ilegal porque o MMº Juiz ad quo o não fundamenta na Legislação aplicável ao caso em toda a sua dimensão.*
- b) O MMº Juiz ad quo viola o seu non liquet ao não analisar e efectuar a integração jurídica dos fundamentos de recurso invocados, legítima e legalmente, pelo recorrente.*
- c) É que o acto recorrido é nulo, por Violação Expressa da Lei, designadamente dos arts. 86º, 88º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º e 122º, nº 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, uma vez que mesmo que o D.L. n° 115/85/M tivesse os contornos que o Fundo de Pensões lhe atribui, ou a interpretação que o MM° Juiz ad quo lhe atribui, 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. 4°, 8°, 11°, 25°, 36°, 39°, 40°, 41° da Lei Básica da RA.E.M., mas já consagrados no sistema jurídico e judiciário do Território de Macau.*
- e) *O MM° Juiz ad quo não considerou nem se pronunciou sobre questão essencial: nos termos do disposto nos arts. 3°, 7° e 8 do Decreto Lei n° 781/76, de 28 de Outubro, arts. 3°, 14° 35° e 37° do Decreto Lei n° 427/89, de 07 de Dezembro e art. 2° do Estatuto Orgânico de Macau, o vínculo do recorrente deveria ser o de funcionário do quadro em virtude de dever ter sido convertido o contrato de assalariamento sem prazo celebrado, o que não aconteceu, em violação da Lei e do Direito Fundamental do 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, bem como do Princípio dos Direitos Adquiridos - 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 CPA.

- f) Devendo ser considerado funcionário do quadro a partir de 18 de Janeiro de 1990, o recorrente tem direito a efectuar os seus descontos para aposentação, que deveriam ter sido efectuados por inscrição oficiosa dos Serviços a que pertencia.”;(cfr., fls. 56 a 73).*

*

Em resposta, pugna a entidade recorrida pela improcedência do recurso; (cfr., fls. 84 a 86).

*

Nesta Instância, e por despacho do relator, foram as contra-alegações da entidade recorrida consideradas extemporâneas; (cfr., fls. 93-v).

*

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.

Prende-se a pretensão do 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, ocorrido entre 15/2/88 e 23/1/96.

Afigura-se-nos carecer o mesmo de suporte legal para o efeito, quer porque o Dec Lei 115/85/M de 31/12 (que consagrava o regime de aposentação e pensão de sobrevivência) expressamente 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 mantida pelo artº 259º ETAPM (seja na versão original, seja na introduzida pela Lei 11/92/M de 17/8), quer por 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.

Como bem acentua o Exmo Colega junto da 1ª instância, em situação similar, "A omissão do regime jurídico sobre segurança social aplicável ao pessoal assalariado fora do quadro significa que este esquema legal é lacunar e injusto. De facto, o então legislador veio, posteriormente, a ter a sensibilidade e reconhecer honestamente tal lacuna: são prova neste sentido o preâmbulo do D.L. nº 25/96/M e o do D.L. nº 7/98/M "

Só que, como então o mesmo concluiu, é precisamente a existência e justificação inerentes a tais diplomas que reforçam a conclusão de que

"o D.L. nº 115/85/M e o ETAFP não atribuem o direito de aposentação ao pessoal assalariado fora do quadro e, conseqüentemente, não lhe reconheciam o direito a inscrição no FP ".

Suscita-se ainda, no caso, a questão de saber qual a data precisa em que o recorrente obteve a qualidade de subscritor da pensão de aposentação e sobrevivência, se a data da nomeação definitiva, em 11/12/95, se a da posse, em 24/1/96.

Afigura-se-nos, também a este propósito, correcta a posição assumida pelo julgador "a quo", pelas razões pelo mesmo explicitadas, que subscrevemos e que, cremos, justificam plenamente a opção pela data da posse a tal respeito ..

Tudo, pois, a justificar a manutenção do decidido, já que não se alcança, por outra banda, 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.

Donde, entendermos ser de manter o decidido, improcedendo o presente recurso.”; (cfr., fls. 108 a 110).

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:

“O recorrente foi contratado de assalariamento pelo Estabelecimento Prisional de Macau desde 15 de Fevereiro de 1988.

Em 11 de Dezembro de 1995, o recorrente foi nomeado, definitivamente, guarda prisional de 4^o escalão e tomou a posse em 24 de Janeiro de 1996.

Em 23 de Outubro de 2007, o recorrente entregou, através de mandatário judicial, um pedido ao presidente do Conselho de Administração do FP, requerendo que efectuasse retroactivamente os descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência relativos ao período de 13 de Fevereiro de 1988 (deve ser 15 de Fevereiro) a 23 de

Janeiro de 1996.

Em 22 de Maio de 2008, o presidente do Conselho de Administração do FP proferiu despacho no relatório n.º 207/DRAS-DAS/FP/2008, indeferindo o pedido do recorrente.

Em 30 de Junho de 2008, da decisão de indeferimento o recorrente interpôs, junto do Conselho de Administração do FP, um recurso hierárquico necessário.

Em 16 de Julho de 2008, o Conselho de Administração do FP fez uma deliberação no relatório n.º 429/DRAS-DAS/FP/2008, mantendo a decisão de indeferimento.”; (cfr., fls. 48 a 50).

Do direito

3. Pretende o recorrente efectuar os descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência quanto ao período compreendido entre 15.02.1988 a 23.01.1996, em que prestou serviço na função pública em regime de assalariamento.

Consigna-se desde já que idêntica “questão” foi já por este Tribunal diversas vezes apreciada; (cfr., v.g., o Ac. de 22.05.2003, Proc.

nº 104/2001, de 08.06.2006, Proc. nº 78/2006, e , mais recentemente, de 26.03.2009, Proc. nº 95/2009 e de 02.07.2009, Proc. nº 146/2009, entre outros).

Tendo em conta o que aí se entendeu, que se nos mostra correcto, vejamos.

Com a publicação do Decreto Lei nº 115/85/M – também conhecido por “Estatuto de Aposentação e Sobrevivência” – foram revogadas as disposições que regulavam o regime de aposentação antes consagrado no “Estatuto do Funcionalismo Ultramarino” e na Lei nº 7/81/M, de 7 de Julho; (cfr., art. 21º, nº 1, alíneas a) e b) do cit. Decreto Lei nº 115/85/M).

Preceituava o art. 1º do mencionado Decreto Lei que:

“1.º Os funcionários e agentes, dos serviços públicos do Território, incluindo os, serviços autónomos e as câmaras municipais, aposentam-se nos termos deste diploma, desde que, auferindo vencimento e tendo satisfeito os descontos legais, reúnam os requisitos constantes dos artigos seguintes.

2.º *O disposto no número anterior é aplicável ao pessoal eventual que, à data da entrada em vigor deste diploma, tenha requerido a integração no regime de aposentação e satisfeito os respectivos descontos.”*

E, estatua o art. 20º do mesmo diploma 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.”*

Ora, face ao assim disposto, dúvidas não pode haver que quem ingressasse na função pública ao tempo da vigência do citado Decreto Lei nº 115/85/M com um contrato de assalariamento não podia integrar o

regime de aposentação.

Posteriormente, com a entrada em vigor do D.L. n° 87/89/M de 21 de Dezembro, que aprovou o “Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau”, foi o atrás referido Decreto Lei n° 115/85/M revogado; (cfr., art. 28° do dito D.L. n° 87/89/M).

Nos termos do art. 258° do mencionado E.T.A.P.M.:

“Os funcionários e agentes aposentam-se nos termos dos artigos seguintes, desde que, auferindo vencimento, hajam satisfeito os descontos legais.”

Por sua vez, preceitua o seu art. 259° (versão original) 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 dos funcionários e agentes no FPM, e o pagamento das compensações para aposentação, são processados oficiosamente pelos serviços que paguem os vencimentos.
3. A compensação para o regime de aposentação é de 24% sobre o vencimento único, acrescido dos prémios de antiguidade e é suportada:
 - a) Em 8%, pelo funcionário ou agente, por retenção na fonte;
 - b) Em 16%, pela Administração, por verba adequada das tabelas de

despesa dos serviços públicos que processem as remunerações.

4. O desconto referido no número anterior cessa quando o funcionário ou agente complete 40 anos de serviço contados para efeitos de aposentação.
5. O pessoal contratado além do quadro ou em comissão de serviço que não 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.
6. Quando o pessoal referido no número anterior for provido em situação que implique inscrição obrigatória no FPM poderá requerer a contagem do tempo de serviço relativamente ao qual não procedeu a descontos, realizado o pagamento dos mesmos, em prestação a fixar por aquele fundo.
7. É eliminado o subscritor que, a título definitivo, cesse o exercício de funções públicas.
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.”

Vê-se assim que apenas os “funcionários” ou “agentes” podem beneficiar do regime de aposentação e sobrevivência.

Ora, prescreve o art. 2º do mesmo E.T.A.P.M. que:

- “1. Para efeitos do presente diploma consideram-se trabalhadores da Administração Pública de Macau os funcionários, agentes e pessoal assalariado.
2. O provimento por nomeação definitiva ou em comissão de serviço

confere a qualidade de funcionário, a qual é mantida ainda que na situação de supranumerário.

3. O provimento por nomeação provisória ou em regime de contrato além do quadro confere a qualidade de agente.”

E, perante isto, tendo o ora recorrente ingressado na função pública em 1988, através de 1 “contrato de assalariamento”, evidente se mostra que, enquanto manteve tal qualidade, não podia beneficiar do regime em causa.

Diz porém o recorrente que tal entendimento viola o “*Princípio da Igualdade e dos Direitos Adquiridos, bem como da Prossecução do Interesse Público e Defesa dos Direitos e Interesses dos Cidadãos...*”.

Pois bem, desde logo, há que consignar que não explicita sequer o recorrente como é que ocorre tal violação, sendo que não se vislumbra como, ou em que medida, é o entendimento assumido contrário ao “princípio dos direitos adquiridos, de prossecução do interesse público e defesa dos direitos e interesses dos cidadãos”, o mesmo sucedendo com o alegado “princípio de igualdade”.

De facto, estatui o art. 5º do C.P.A. que:

- “1. Nas suas relações com os particulares, a Administração Pública deve reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum administrado em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.
2. As decisões da Administração que colidam com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afectar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objectivos a realizar.”

E comentando tal princípio, afirmam Limo Ribeiro e Cândido Pinho que: *“o âmbito de protecção do princípio da igualdade tem as seguintes dimensões: proibição do arbítrio, do qual resulta que são inadmissíveis quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com os critérios de valor objectivos constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; proibição de discriminação, que torna ilegítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias; obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a*

eliminação pelos poderes públicos das desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural.”; (in “Código de Procedimento Administrativo Anotado e Comentado”, fls. 83).

Nesta conformidade, há que dizer também aqui que nenhuma violação há ao princípio da igualdade, dado que, não detendo o recorrente o estatuto de “agente” ou “funcionário”, não pode pretender que em virtude do dito princípio, lhe sejam reconhecidos direitos que só àqueles assistem.

Tudo visto, resta decidir.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, acordam negar provimento ao recurso.

Custas pelo recorrente com taxa de justiça que se fixa em 6 UCs.

Macau, aos 26 de Novembro de 2009

José M. Dias Azedo

Chan Kuong Seng

João A. G. Gil de Oliveira