

Processo nº 522/2009

(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 25.06.2008, pedindo que fosse o acto recorrido declarado nulo ou anulado; (cfr., fls. 2 a 16 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. 47 a 50).

*

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

- “a) *Quer o Acto recorrido, quer a Douta Sentença proferida são nulos, por Violação Expressa da Lei, designadamente dos arts. 86º, 88º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º e 122º, nº 1 alínea d) do CP.A., uma vez que devendo tê-los cumprindo e agido em conformidade, o Fundo de Pensões não o fez e o MMº Juiz ad quo secundou a omissão daquele;*
- b) *O acto recorrido é nulo, também por Vicio 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 o Fundo de Pensões comprovou que os serviços a que pertencia não*

efectuaram, como deviam, a inscrição oficiosa da recorrente - arts. 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10º, 54º, 76º, 77º, 85º, 86º, 88º, 93º e 122º, nº 1 alínea d) do CP.A.;

- c) A Sentença proferida é nula, nos termos do disposto no art. 571º, alíneas c) e d) do CP.C, pois foi proferida baseando-se em factos sem relevância e materialmente inexistentes e inócuos, desprezados que foram os factos materialmente relevantes, aliás dados como assentes,*
- d) pois, reconhecendo que à situação concreta da recorrente, por ter sido contratada além do quadro em 21/08/1992 se aplica a versão original do art. 259º do ETAPM, tendo ela o Direito à Inscrição Oficiosa no Fundo de Pensões e de efectuar Descontos para Aposentação, conclui não haver norma que permita efectuar retroactivamente essa contagem,*
- e) penalizando, ainda, a recorrente por não ter, durante certo lapso de tempo agido, sendo certo que o seu direito potestativo de acção não caducou, não tendo, sequer a recorrente, nos termos do art. 259º na sua original redacção, o ónus de agir.*
- f) O acto e a Doute Sentença ora recorridos são nulos, por Vício de Violação de Lei, ao não reconhecerem o direito à recorrente de*

efectuar descontos desde a data da celebração do seu Contrato Além do Quadro, violando o Direito Fundamental da recorrente a Benefícios e Regalias Sociais, bem como o Principio da Igualdade, ambos no seu núcleo essencial, pois que a outros cidadãos foi reconhecido, e por eles exercido, esse Direito - cfr. redacção original dos arts. 2º e 259º do ETAPM 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.

- g) Inexistem causas de extinção do Direito da recorrente, sendo certo que omissão dos seus Serviços, que não cumpriram a Lei, lhe não pode ser imputada, muito menos restringir-lhe um Direito Legalmente Adquirido - art. 259º do ETAPM, na sua versão original e a Jurisprudência da R.A.E.M .”; (cfr., fls. 53 a 68).*

*

Em resposta, pugna a entidade recorrida pela improcedência do recurso; (cfr., fls. 71 a 85).

*

Na vista que do autos teve, juntou o Exmº Representante do Ministério Público o seguinte duto Parecer:

“A recorrente exerceu funções como contratada além do quadro, desde 21/8/92 até à data da sua nomeação como funcionária do quadro, em 13/3/02.

Encontramo-nos de acordo que, nos termos da redacção original do artº 259º de E.T.A.P.M. aprovado pelo D.L. nº 87/89/M de 21.12 (ainda aplicável, ao caso), a prestação de serviço para a Administração Pública sob a forma de contrato além quadro conferia ao trabalhador o direito de se tomar subscritor do Fundo de Pensões e de proceder a descontos para efeitos de aposentação, a não ser que, no acto de assinatura do respectivo instrumento contratual ou de posse, tivesse declarado que não o pretendia fazer, sendo que o direito assim adquirido não se extingue pela posterior alteração legislativa do normativo - Lei 11/92 de 17/8, no sentido de ao trabalhador passar a caber a iniciativa e requerer a sua inscrição no Fundo de Pensões, ou pelo facto de, por um período de vários anos, não ter a Administração processado aos referidos descontos como lhe competia, ainda que se possa imputar negligência ao trabalhador, por inércia na atempada clarificação da sua

situação, designadamente por bem saber nunca ter procedido aos descontos devidos, já que tal negligência não anula o dever da Administração de agir em conformidade com o legalmente estatuído.

Este vem, de resto, sendo o entendimento assumido de forma que poderemos considerar assente por este Venerando Tribunal (cfr, designadamente, acs de 22/5/03, 8/6/06 e 6/4/06, in, respectivamente, procs 104/2001, 78/2006, 96/2006 e 98/2006).

Continuamos, porém, a entender (como já o fizemos, designadamente no âmbito do proc. 146/2009) que, não tendo a Administração procedido, como devia, aos descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência, se existir posterior manifestação expressa, por parte do trabalhador, da vontade de não proceder aos mesmos, essa manifestação deve relevar, já que, mesmo à luz da anterior redacção do artº 259º ETAPM, a subscrição do F.P. por parte dos trabalhadores além do quadro era facultativa.

Sucedede, porém, que, no caso inexistiu tal declaração por parte da recorrente, sendo que o único elemento eventualmente indiciador daquela disposição se reporta à sua inscrição no Fundo de Segurança Social (que se configurava como que uma alternativa, um sucedâneo da subscrição no F.P.), ininterruptamente, desde 30/6/99 até Fevereiro de

2002.

Mas, pese embora a existência desse indício, cremos não ser tal circunstância, por si só, suficiente para arredar o dever da Administração em proceder aos descontos, como impunha o dispositivo legal em questão, sendo certo que esse há-de ser, concerteza, o entendimento deste Tribunal, já que, no domínio do processo acima assinalado assim se entendeu, mesmo com a existência, no caso, de declaração expressa do trabalhador, demonstrativa da vontade de não proceder aos descontos.

Razões por que, sem necessidade de maiores considerações ou alongamentos, somos a pugnar pelo provimento do 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 Mmº Juiz do Tribunal Administrativo foram dados como provados os factos seguintes:

“Desde 15 de Julho de 1991, a recorrente foi contratada em regime de assalariamento pela então Câmara Municipal.

A recorrente foi contratada em regime de além do quadro, como técnico superior no período de 21 de Agosto de 1992 a 12 de Março de 2002.

Desde 13 de Março de 2002, a recorrente foi nomeada, provisoriamente, técnico superior do Instituto do Desporto.

Em 30 de Março de 2007, a recorrente formulou um pedido ao Conselho de Administração do FP, requerendo que efectuasse retroactivamente os descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência relativos ao período de 21 de Agosto de 1992 a 12 de Março de 2002.

Em 23 de Abril de 2008, o presidente do Conselho de Administração do FP preferiu despacho no relatório n.º 0171/DRAS-DAS/FP/2008, indeferindo o pedido da recorrente.

Em 28 de Maio de 2008, da decisão de indeferimento a recorrente

interpôs, junto do Conselho de Administração do FP, um recurso hierárquico impróprio necessário.

Em 25 de Junho de 2008, o presidente do Conselho de Administração do FP fez uma deliberação no relatório n.º 5/2008, mantendo a decisão de indeferimento.”; (cfr., fls. 47 a 50).

Do direito

3. Pretende a recorrente efectuar os descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência quanto ao período compreendido entre 21.08.1992 a 12.03.2002, em que prestou serviço na função pública com um contrato além do quadro.

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.

Ao tempo da celebração do (1º) contrato além do quadro da ora recorrente, em 21.08.1992, em vigor estava a redacção original do art. 259º do E.T.A.P.M., pois que o D.L. nº 11/92/M de 17.08.1992, apenas entrou em vigor em 22.08.1992; (cfr., art. 4º, nº 2 do C.C.M.).

Em conformidade com o mesmo preceito:

- “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.”

Atento o preceituado no nº 2 do transcrito preceito legal, e certo sendo que a forma de provimento em regime de um “contrato-além-quadro” confere a qualidade de “agente”, (cfr., art. 2º, nº 2 do E.T.A.P.M.), cremos pois que o presente recurso deve ser julgado procedente.

De facto, e pronunciando-se sobre questão análoga à ora em apreciação, teve já este T.S.I. oportunidade de afirmar que:

- “1. A inscrição como subscritor ou beneficiário do F.P.M. dos funcionários ou agentes em regime de direito público na

Administração Pública da RAEM, para efeitos de aposentação, conforma uma relação jurídica entre a pessoa inscrita e a Administração, dispondo o artigo 259º do ETAPM sobre a constituição, modificação e extinção dessa relação jurídica.

2. *A situação de subscritor do FPM decorria, de imediato, da aquisição do direito à inscrição, devendo os serviços processadores operar os respectivos descontos oficiosamente em conformidade com a relação jurídica criada entre o agente e o Fundo de Pensões de Macau, independentemente de declaração expressa nesse sentido, na redacção primitiva do artigo 259º do ETAPM.*
3. *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, apenas por ter sido provido noutras funções. E se não está, mesmo que não tenha descontado para esse efeito, 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 artigo 259º do ETAPM. Tanto mais que, após se haver adquirido o direito, a lei*

prevê taxativamente as formas de eliminação do subscritor nos termos do n.º 7 daquele mesmo preceito.

- 4. A lei nova não se aplica a factos constitutivos (modificativos ou extintivos) verificados antes do seu início de vigência, nada impedindo que, uma vez determinada a competência da lei nova com fundamento na circunstância de o facto constitutivo da situação jurídica se passar sob a sua vigência, essa mesma lei seja aplicada a factos passados que ela assume como pressupostos negativos ou positivos relativamente à questão da validade ou admissibilidade da constituição da situação jurídica.*
- 5. Se no decurso da situação anterior já constituída surgir uma lei nova a exigir novas condições para a constituição da relação da situação de subscritor (como é o caso da declaração expressa nesse sentido com a redacção dada ao art. 259º do ETAPM pela Lei 11/92/M de 17 de Agosto), a norma aplica-se imediatamente em relação aos novos casos de inscrição no Fundo.*
- 6. O n.º 3 do artigo 259º, na redacção dada pela Lei n.º 11/92/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.

7. *Estando em causa a recuperação de 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, não se vê motivo para, apenas por motivo de os Serviços não terem procedido aos descontos, como deviam, negar a pretensão formulada, de contagem do tempo para efeitos de aposentação, correspondente ao direito adquirido, por verificação dos requisitos legais de inscrição no FPM.*
8. *Dos princípios da boa-fé, da legalidade e da responsabilidade decorre que a Administração não se pode prevalecer da situação para a qual culposamente contribuiu (não procedendo aos descontos para o Fundo de Pensões quando o devia ter feito oficiosamente), violando o princípio geral de direito de que ninguém deve ser prejudicado por falta ou irregularidade que lhe não sejam imputáveis.”; (cfr., Ac. de 22.05.2003, Proc. n° 104/2001).*

Posteriormente, e na mesma linha de raciocínio, decidiu-se também que:

- “1. Nos termos da redacção original do artº 259º do E.T.A.P.M. (aprovado pelo D.L. nº 87/89/M de 21.12), a prestação de serviço para a Administração Pública sob a forma de contrato além quadro conferia ao trabalhador o direito de se tornar subscritor do Fundo de Pensões e de proceder a descontos para efeitos de aposentação, a não ser que, no acto de assinatura do respectivo instrumento contratual ou de posse, tivesse declarado que não o pretendia fazer.*
- 2. O direito assim adquirido não se extingue por posterior alteração legislativa, (no sentido de ao trabalhador passar a caber a iniciativa de requerer a sua inscrição no Fundo de Pensões), ou pelo facto de, por um período de vários anos, não ter a Administração processado aos referidos descontos como lhe competia.*
- 3. Ainda que se possa imputar negligência ao trabalhador, por inércia na atempada clarificação da sua situação, a mesma não anula o dever da Administração de agir em conformidade com o legalmente estatuído e de, constatada a irregularidade, de a sanar*

sem prejuízo para os direitos legalmente já adquiridos.”; (cfr., v.g., o Ac. deste T.S.I. de 08.06.2006, Proc. n° 78/2006, do ora relator).

Assim, motivos não havendo para se alterar o afirmado, sendo de se considerar a ora recorrente inscrita no Fundo de Pensões a partir do momento em que celebrou o seu primeiro contrato além do quadro, (em 20.12.1990), há que entender que à recorrente assiste o direito de proceder aos descontos nos termos peticionados, sendo assim de se revogar a sentença objecto do presente recurso.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, em conferência, acordam conceder provimento ao recurso.

Sem custas, (dado que das mesmas está a entidade recorrida isenta).

Macau, aos 19 de Novembro de 2009

José M. Dias Azedo

Chan Kuong Seng

João A. G. Gil de Oliveira