

**Processo nº 523/2009**

(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 11.06.2008, 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 Mm<sup>o</sup> Juiz do Tribunal Administrativo sentença, julgando improcedente o dito recurso; (cfr., fls. 56 a 60).

\*

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. 86<sup>o</sup>, 88<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup>, 7<sup>o</sup>, 8<sup>o</sup>, 9<sup>o</sup> e 122<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 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 MM<sup>o</sup> 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.*

3°, 4°, 5°, 7°, 8°, 9°, 10°, 54°, 76°, 77°, 85°, 86°, 88°, 93° e 122°, n° 1 alínea d) do CP.A.;

- c) *A Sentença proferida é nula, nos termos do disposto no art. 571°, 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 20/12/1990 se aplica a versão original do art. 259° 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. 259° na sua original redacção, o ónus de agir.*
- f) *O acto e a Douta 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 Princípio 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. 64 a 78-v).

\*

Em resposta, pugna a entidade recorrida pela confirmação da decisão recorrida; (cfr., fls. 83 a 97-v).

\*

Na vista que do autos teve, juntou o Exm<sup>o</sup> Representante do Ministério Público o seguinte duto Parecer:

*“A recorrente exerceu funções como contratada além do quadro, desde 20/12/90.*

*Encontramo-nos de acordo que, nos termos da redacção original do art<sup>o</sup> 259<sup>o</sup> de E.T.A.P.M. aprovado pelo D.L. n<sup>o</sup> 87/89/M de 21.12 (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.*

*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 art<sup>o</sup> 259<sup>o</sup> ETAPM, a subscrição do F.P. por parte dos trabalhadores além do quadro era facultativa.*

*Sucedee, porém, que, no caso inexistiu tal declaração por parte da recorrente, inexistindo qualquer outro elemento eventualmente indiciador daquela disposição, expressando-se apenas, na douta sentença em crise, que " ... a recorrente também é responsável, apesar de saber bem que não tinha pagado contribuições mensalmente, ela não tomava medidas adequadas para garantir os seus direitos e interesses legais ".*

*Ora, em nosso critério (e, neste passo, acompanhados pelo entendimento que vem sendo 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), o direito adquirido pelo trabalhador face à anterior redacção do artº 259º ETAPM, 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.*

*E, noutro sentido não poderá, concerteza, decidir este Tribunal, já que, no âmbito do supracitado proc. 146/2009 assim se entendeu, mesmo em presença de expressa declaração do trabalhador (posterior à assinatura do instrumento contratual) no sentido de não desejar proceder a descontos para aposentação e sobrevivência.*

*Razões por que, sem necessidade de maiores considerações ou alongamentos, somos a pugnar pelo provimento do presente recurso.”;*  
(cfr., fls. 124 a 126).

\*

Corridos os vistos legais dos Mm<sup>os</sup> Juízes-Adjuntos, passa-se a decidir.

## **Fundamentação**

### **Dos factos**

2. Pelo Mm<sup>o</sup> Juiz do Tribunal Administrativo foram dados como provados os factos seguintes:

*“A recorrente foi contratada em regime de assalariamento pelos Serviços de Saúde no período de 2 de Julho de 1990 a 19 de Dezembro de 1990.*

*A recorrente foi contratada em regime de além do quadro como assistente técnico de 2<sup>a</sup> classe no período de 20 de Dezembro de 1990 a 10 de Julho de 1994.*

*A recorrente foi contratada em regime de além do quadro como assistente técnico de 1<sup>a</sup> classe no período de 11 de Julho de 1994 a 10 de Julho de 2000.*

*Desde 11 de Julho de 2000, a recorrente começou a fazer descontos nos vencimentos para efeitos de aposentação e sobrevivência.*

*Em 9 de Maio de 2007, os Serviços de Saúde receberam pedido interposto pela recorrente, através de mandatário judicial, de efectuar retroactivamente os descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência relativos ao período de 2 de Julho de 1990 a 10 de Julho de 2000.*

*Em 23 de Abril de 2005, o presidente do Conselho de Administração do FP proferiu despacho no relatório n.º*

*0094/DRAS-DAS/FP/2008, indeferindo o pedido da recorrente.*

*Em 16 de Maio de 2005, da decisão de indeferimento a recorrente interpôs, junto do Conselho de Administração do FP de Macau, um recurso hierárquico impróprio necessário.*

*Em 11 de Junho de 2008, o presidente do Conselho de Administração do FP fez uma deliberação no relatório n.º 341/DRAS-DAS/FP/2008, mantendo a decisão de indeferimento”; (cfr., fls. 56 a 60).*

### **Do direito**

**3.** Pretende a ora recorrente efectuar os descontos para aposentação e sobrevivência respeitante ao período de 02.07.1990 a 10.07.2000.

Constata-se que foi assalariada de 02.07.1990 a 13.12.1990, passando a sua forma de provimento a ser a de contrato além do quadro no período de 20.12.1990 a 10.07.2000, (data até à qual pretende fazer os descontos).

Como já temos referido, a questão não é nova, e foi já por diversas

vezes apreciada por este T.S.I.; (cfr., v.g., o Ac. de 22.05.2003, Proc. n° 104/2001, de 08.06.2006, Proc. n° 78/2006, e , mais recentemente, de 26.03.2009, Proc. n° 95/2009 e de 02.07.2009, Proc. n° 146/2009, entre outros).

Mostrando-se de se dar o que se tem entendido como justo e adequado, vejamos.

— Quanto ao período de 02.07.1990 a 13.12.1990.

Com a publicação do Decreto Lei n° 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 n° 7/81/M, de 7 de Julho; (cfr., art. 21°, n° 1, alíneas a) e b) do cit. Decreto Lei n° 115/85/M).

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

*“1.° 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 n° 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 a ora recorrente ingressado na função pública em 1990, através de 1 “contrato de assalariamento”, evidente se mostra que, enquanto manteve tal qualidade, não podia beneficiar do regime em causa.

Diz porém a recorrente que tal entendimento viola o “*Princípio da Igualdade e dos Direitos Adquiridos...*”.

Pois bem, desde logo, há que consignar que nem sequer explicita a 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”, 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 Lino 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, e face ao que até aqui se expôs, há que dizer também aqui que nenhuma violação há ao princípio da igualdade.

— Quanto ao período de 20.12.1990 a 10.07.2000, em que esteve contratada além do quadro, cremos que tem a recorrente razão.

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, dispendo 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 nº 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 conseqüente 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.º 104/2001).*

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

- “1. *Nos termos da redacção original do art.º 259.º do E.T.A.P.M. (aprovado pelo D.L. n.º 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 na parte em questão.

### **Decisão**

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

**Pelo decaimento pagará a recorrente a taxa de justiça de 2 UCs.**

Macau, aos 19 de Novembro de 2009

José M. Dias Azedo

Chan Kuong Seng

João A. G. Gil de Oliveira