Processo nº 628/2009

(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 19.03.2008, pedindo que fosse o 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 Mm° Juiz do Tribunal Administrativo sentença, julgando improcedente o dito recurso; (cfr., fls. 63 a 65).

*

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

- “a) A Doutra Sentença proferida é nula, porque o MM° Juiz ad quo o não a fundamenta na Legislação aplicável ao caso, fundamentando-a em legislação posterior - art. 571°, n° 1 alínea c).*
- b) O MM° Juiz ad quo viola o seu non liquet ao não analisar e efectuar a integração jurídica dos fundamentos de recurso invocados, legitima e legalmente, pela recorrente, facto gerador da nulidade da Sentença - art. 571°, n° 1 alínea d) do CP.C.*
- c) É que o acto recorrido é nulo, por Violação Expressa da Lei, designadamente dos arts. 86°, 88°, 3°, 4°, 5°, 7°, 8°, 9° e 122°, n° 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 fosse aplicável, e não é, e 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) No âmbito da vigência da Lei nº 7/81/M, a recorrente adquiriu direitos, que se integraram na sua esfera jurídica pela mera vigência da mesma, que ora lhe não podem, nem nunca deveriam, ter sido restringidos.*
- f) 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 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 da recorrente deveria ser o de funcionária do quadro em virtude de dever ter sido convertido o contrato de assalariamento eventual celebrado, 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. 2° do D.L. n°15/78/M, art. 33° do D.L. n° 15/78/M, Estatuto dos Funcionários Ultramarinos, § 4° do art. 430°, art. 1° do preâmbulo do D.L. n°115/85/M, art. 1° do D.L. 25/96/M, preâmbulo do D.L. n° 7/98/M, redacção original dos arts. 2° e 259° do ETAPM, D.L. 42/94/M e arts. 4°, 8°, 11°, 28°, 25°,36°,40° e 41° da Lei Básica e, ainda, arts. 5° e 122°, n° 1 alínea d)do CPA.”; (cfr., fls. 71 a 88).

*

Em resposta, pugna a entidade recorrida pela improcedência do

recurso; (cfr., fls. 99 a 101).

*

Na vista que do autos teve, juntou o Exm^o Representante do Ministério Público o seguinte doto 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 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, que ocorreu entre 16/12/85 e 25/7/95.

Afigura-se-nos carecer a mesma 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".

É certo que a recorrente declarou que antes da entrada em vigor do Dec Lei 115/85/M tinha requerido o desconto nos vencimentos para efeitos de aposentação e sobrevivência, o que poderia relevar também para os efeitos do n.º 4 do art.º 33.º da Lei 7/81/M, ao caso aplicável.

Só que, do acervo probatório constante dos autos e instrutor, não resulta qualquer comprovativo a tal propósito, sendo certo que durante todo o longo tempo entre o início da sua actividade e a interposição do recurso sempre recebeu os vencimentos na íntegra, enquanto se manteve naquela qualidade, sem qualquer desconto a tal nível, não constando que alguma vez se tenha "insurgido" ou procurado esclarecer ou alterar a situação, o que não abona propriamente em favor da veracidade do que sustenta.

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. 124 a 126).

*

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 foi contratada em regime de assalariamento pelos Serviços de Saúde no período de 16 de Dezembro de 1985 a 25 de Julho de 1995.

Desde 26 de Julho de 1995, a recorrente foi nomeada definitivamente enfermeira.

Em 2 de Julho de 2007, a recorrente entregou, através de mandatário judicial, um pedido ao Conselho de Administração do FP, requerendo que efectuasse retroactivamente os descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência relativos ao período de 16 de Dezembro de

1985 a 25 de Julho de 1995.

Em 28 de Novembro de 2007, o presidente do Conselho de Administração do FP proferiu despacho no relatório n.º 2659/DRAS-DAS/FP/2007, indeferindo o pedido da recorrente.

Em 31 de Dezembro de 2007, da decisão de indeferimento a recorrente interpôs, junto do Conselho de Administração do FP, um recurso hierárquico necessário.

Em 19 de Março de 2008, o Conselho de Administração do FP fez uma deliberação no relatório n.º 141/DRAS-DAS/FP/2008, mantendo a decisão de indeferimento.”; (cfr., fls. 63 a 65).

Do direito

3. Pretende a recorrente efectuar os descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência quanto ao período compreendido entre 16.12.1985 a 25.07.1995, 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° 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 uu agente, pur 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 1985, através de 1 "contrato de assalariamento", evidente se mostra que, enquanto manteve tal qualidade, não podia beneficiar do regime em causa.

Diz ainda a recorrente que tal entendimento viola o "*Princípio da Igualdade...*".

Pois bem, desde logo, há que consignar que não explicita sequer a recorrente como é que ocorre tal violação, sendo que não se vislumbra como, ou em que medida, é o entendimento assumido contrário ao 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, há que dizer também aqui que nenhuma violação há ao princípio da igualdade, dado que, não detendo a 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 pela recorrente com taxa de justiça que se fixa em 6 UCs.

Macau, aos 19 de Novembro de 2009

José M. Dias Azedo

Chan Kuong Seng

João A. G. Gil de Oliveira