

Processo nº 633/2009

(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 12.03.2008, pedindo que fosse o acto recorrido declarado nulo ou anulado; (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. 66 a 69-v).

*

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

- “a) O MM^o 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 - 571^o, n^o 1 alínea d) do C.P.C..*
- b) 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 MM^o Juiz ad quo se não pronuncia;*
- c) Como também nada diz relativamente à invocada nulidade proveniente do Vício de Violação de Lei, pois mesmo que o D.L. n^o 115/85/ M e o Decreto-lei 87/89/M tivessem os contornos que o*

Fundo de Pensões lhe atribui, ou a interpretação que o MMº Juiz ad quo lhe atribui e retira, nunca aqueles deveriam ou poderia ter sido aplicados, por serem Leis violadoras dos Princípio da Igualdade e dos Direitos Adquiridos, bem como dos 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 RA.E.M., mas já consagrados no sistema jurídico e judiciário do Território de Macau.

- d) *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 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. 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.

- e) 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 à Declaração por si assinada em 16/03/1994 - arts. 3º,4º,5º, 7º, 8º, 9º, 10º, 54º, 76º, 77º, 85º, 86º, 88º, 93º e 122º, nº 1 alínea d) do C.P.A.;*
- f) A Doutra Sentença recorrida é nula, pois provado que estava documentalmente e provado que foi testemunhalmente, que a declaração assinada pela recorrente, aquando da assinatura do seu contrato além do quadro, lavrada pelos Serviços, exclusivamente em língua portuguesa, o foi no sentido e convicção absoluta de estar a requerer 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).

- g) *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 exercer funções.”; (cfr., fls. 75 a 94).*

*

Em resposta, pugna a recorrida pela confirmação do decidido; (cfr., fls. 105 a 110).

*

Na vista que do autos teve, juntou o Exmº 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 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 e como contratada além do quadro.

Por partes:

Relativamente ao regime de assalariamento, em que a recorrente se encontrou entre 1/8/92 e 2/3/94, carece 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. n.º 25/96/M e o do D.I. n.º 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. n.º 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".

No que tange ao contrato além do quadro, sendo certo que antes da entrada em vigor da Lei 11/92/M de 17/8, a inscrição no FPM era promovida oficiosamente pelos serviços processadores dos vencimentos, salvo se o trabalhador manifestasse expressamente o seu desejo de não ser subscritor, a partir dessa entrada em vigor, em 22/8/92, e de acordo, designadamente, com o preceituado no art.º 259º, o interessado deve requerer a sua inscrição até 60 dias a contar da posse ou da assinatura

do respectivo instrumento contratual.

No caso, tendo a recorrente iniciado o contrato além do quadro em 16/03/94, é-lhe aplicável este último regime.

Sustenta a mesma que, aquando da assinatura do contrato além do quadro, terá declarado desejar proceder aos descontos nos vencimentos para aposentação e sobrevivência.

Só que, do acervo probatório constante dos autos e instrutor apenso não resulta qualquer comprovativo a tal propósito, sendo certo que durante todo o longo tempo entre a assinatura do contrato e a interposição do recurso sempre recebeu os vencimentos na íntegra, 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. 137 a 139).

*

Corridos os vistos legais dos Mm^os Juizes-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 em regime de assalariamento pelos Serviços de Saúde no período de 1 de Agosto de 1992 a 2 de Março de 1994.

Desde 16 de Março de 1994, o recorrente foi contratado além do quadro como médico não diferenciado.

Em 6 de Novembro de 1995, o recorrente foi contratado além do quadro como interno do internato complementar.

Desde 1 de Janeiro de 2000, o recorrente foi contratado além do

quadro como assistente hospitalar.

Desde de 29 de Janeiro de 2001, o recorrente foi nomeado, provisoriamente, assistente hospitalar.

Desde de 29 de Janeiro de 2002, o recorrente foi nomeado, definitivamente, assistente hospitalar.

O recorrente começou a fazer descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência desde 1 de Janeiro de 2000.

Em 2 de Julho 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 aos períodos de 1 de Agosto de 1992 a 2 de Março de 1994 e de 16 de Março de 1994 a 31 de Dezembro de 1999..

Em 26 de Novembro de 2007, o presidente do Conselho de Administração do FP proferiu despacho no relatório n.º 2674/DRAS-DAS/FP/2007, indeferindo o pedido do recorrente.

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

Em 12 de Março de 2008, o Conselho de Administração do FP fez

uma deliberação no relatório n.º 132/DRAS-DAS/FP/2008, mantendo a decisão de indeferimento.

Da referida deliberação interpôs o recorrente o presente recurso contencioso. ”

Seguidamente, nos “factos não provados”, consignou-se que:

“Após a assinatura do contrato de além do quadro junto com a autoridade administrativa, o recorrente tinha prestado declaração para ser subscritor de pensões de aposentação e sobrevivência dentro de 60 dias após a assinatura.”; (cfr., fls. 66 a 69).

Do direito

3. Pretende a recorrente efectuar os descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência quanto ao período compreendido entre 01.08.1992 a 02.03.1994, em que prestou serviço na função pública em regime de assalariamento, e no período de 16.03.1994 a 31.12.1999, como contratada 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. 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).

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

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° 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° 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.

nº 144/2009, 148/2009, 149/2009 e 153/2009 do ora relator).

De facto, estatua o art. 20º do dito diploma (D.L. nº 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. nº 87/89/M de 21.12, que aprovou o “Estatuto dos Trabalhadores da Função Pública de Macau”, e que revogou o mencionado D.L. nº 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 01.08.1992 a 02.03.1994, 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.

Diz ainda a 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 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, 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 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 consignado, há que dizer também aqui que nenhuma violação há ao princípio da igualdade.

Tudo visto, resta decidir.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, nega-se 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