

**Processo nº 1084/2009**

(Autos de recurso jurisdicional em matéria administrativa, fiscal e aduaneira)

**ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

**Relatório**

1. Por sentença proferida pelo Mm<sup>o</sup> Juiz do Tribunal Administrativo julgou-se improcedente o recurso contencioso por A (XXX) interposto da Deliberação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões que confirmou anterior decisão do seu Presidente que indeferiu um pedido pela recorrente apresentado no sentido de lhe ser autorizado a efectuar os descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência retroactivamente, relativos ao período de 30.03.1992 a 20.05.1997; (cfr., fls. 85 a 88).

\*

Inconformada, traz a recorrente o presente recurso, onde em sede de conclusões, afirma que:

- “1ª O acórdão recorrido não sanou com o devia o vício de violação de lei de que padece o despacho do Conselho de Administração do Fundo de Pensões de 19/12/2008 que deliberou no sentido de confirmar o despacho da Sr.ª Presidente do Conselho de Administração de 31/10/2008, que indeferiu o pedido da recorrente.*
- 2ª A recorrente começou a trabalhar como funcionária pública em 30/3/1992, data em que iniciou funções como contratada além-do-quadro como Assistente de Relações Públicas, de 1ª classe, do 1º escalão e até à data nunca houve interrupção do seu vínculo contratual com a função pública.*
- 3ª A recorrente tem direito de requerer que o Fundo de Pensões proceda à contagem do tempo de serviço no período compreendido entre 30/3/1992, data em que iniciou funções como contrata além-do-quadro como Assistente de Relações Públicas, de 1ª classe, do 1º escalão e 21/05/1997, porque foi contratada na*

*qualidade de além do quadro, detendo os demais direitos e regalias complementares, que nos exactos e precisos termos e condições que são legalmente estabelecidos para os funcionários públicos.*

*4ª A recorrente desde 30/3/1992 que detêm a qualidade de agente e preenchia, ao 1 abrigo do DL n.º 115/85/M, os requisitos para, naquela data, adquirir a qualidade de subscritora do Fundo de Pensões.*

*5ª Porque foi requerido pela recorrente competia o Fundo de Pensões ordenar que fossem efectuados os respectivos descontos a partir da data da sua inscrição.*

*6ª A lei actual é omissa quanto à possibilidade de descontos de tempo anterior mas efectivamente prestado, mas o direito e seus princípios, permitem que a recorrente tenha a expectativa e o direito de requerer que algo que já se encontra na sua esfera jurídica se materialize.*

*7ª A não materialização do direito do recorrente é por culpa exclusiva da administração que devia oficiosamente proceder à sua inscrição.*

*8ª Deve também ser efectuada a contagem do tempo de serviço*

*anterior, mediante o pagamento dos respectivos descontos, por nunca ter expressado por declaração "não desejar proceder a descontos".*

- 9ª O regime aplicável à recorrente, à data do início do seu vínculo contratual com a administração, é a Lei n.º 115/85/M, de 31 de Dezembro, que estipula que a inscrição no Fundo de Pensões é oficiosa e automática, verificados que esteja os requisitos legais para a sua realização - cfr. ponto n.º 1 do preâmbulo e artigo 6º da Lei n.º 115/85/M de 31 de Dezembro),*
- 10ª A redacção do artigo 6º da Lei n.º 115/85/M de 31 de Dezembro obriga que a inscrição seja feita oficiosamente.*
- 11ª O recorrente adquiriu o seu direito "ope legis", com a redacção do artigo 6º da Lei n.º 115/85/M de 31 de Dezembro e também confirmada com redacção primitiva do artigo 259º do ETAPM.*
- 12ª Após ter adquirido o direito, as referidas leis prevêm taxativamente as formas de eliminação do subscritor nos termos do artigo 13º da lei n.º 115/85/M e do nº 7 da redacção primitiva do artigo 259º do ETAPM.*
- 13ª A lei nova não se aplica a factos constitutivos (modificativos ou extintivos) verificados antes do seu início de vigência.*

- 14ª *A redacção dada ao artigo 259º do ETAPM pela Lei 11/92/M de 17 de Agosto), aplica-se imediatamente em relação somente aos novos casos de inscrição no Fundo.*
- 15ª *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, o silêncio era tido como facto virtualmente constitutivo daquela situação.*
- 16ª *Estando em causa a regularização de uma situação em que a lei aplicável à data dos factos era favorável, não se vê motivo para, apenas por motivo de os Serviços não terem procedido aos descontos, como deviam, negar a pretensão formulada pela recorrente, correspondente ao direito adquirido, por verificação dos requisitos legais de inscrição no FPM.*
- 17ª *Ainda que - hipoteticamente - se possa imputar negligência à recorrente, 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.*

*18ª A jurisprudência do Tribunal da Segunda Instância coaduna-se com o pedido da ora recorrente (Acórdãos do TSI, processo n.º 104/2001, de 2003/5/22 e Processo n.º 78/2006, de 8/6/2006).*

*18ª 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.*

*19ª O acordo recorrido e a decisão do Fundo de Pensões violaram o artigo 6º da Lei n.º 115/85/M de 31 de Dezembro e a redacção primitiva do artigo 259º do ETAPM.*

*Termos em que deverá o recurso interposto pela ora recorrente ser julgado procedente, devendo acto recorrido emanado pelo Fundo de Pensões ser anulado, com fundamento no vício de violação de lei, e em consequência, ser determinado que:*

*"O Fundo de Pensões deve "efectuar a contagem do tempo de serviço no período compreendido entre 30/3/1992, data em que iniciou funções como contrata além-do-quadro como Assistente de Relações Públicas, de 1ª classe, do 1º escalão e 21/05/1997, mediante o pagamento dos respectivos descontos, por nunca - data da assinatura do*

*respectivo contrato - ter expressado por declaração "não desejar proceder a descontos"."; (cfr., fls. 92 a 104).*

\*

Em resposta, considera a entidade recorrida que:

- “a. À data de celebração do primeiro contrato além do quadro entre a Recorrente e a Administração Pública de Macau - o então Gabinete do Governo de Macau (como assistente de relações públicas, de 1ª classe, do 1º escalão) em 30.03.1992, já se encontrava em pleno vigor o ETAPM, aprovado pelo D.L. n° 87/89/M, de 21 de Dezembro, diploma este que revogou o D.L. n° 115/85/M, de 31 de Dezembro;*
- b. O regime aplicável à data do início do vínculo contratual com a administração é o ETAPM, aprovado pelo D.L. n° 87/89/M, de 21 de Dezembro, e não a Lei n° 115/85/M, de 31 de Dezembro;*
- c. Com a entrada em vigor do D.L. n° 87/89/M, de 21 de Dezembro (legislação aplicável ao caso em apreço), a inscrição no Fundo de Pensões, do pessoal em regime de contrato além do quadro e em comissão de serviço sem lugar de origem deixou de ser*

*obrigatória, passando a ser facultativa;*

- d. Tratando-se a inscrição de natureza facultativa, a situação de subscritor do Fundo de Pensões não decorria, de imediato, da aquisição do direito à inscrição, conforme assim perfilhado pelo Mm<sup>o</sup> Juiz a quo na sentença recorrida;*
- e. Não obstante o artigo 259<sup>o</sup>, na redacção original, confira ao pessoal em regime de contrato além do quadro ou em comissão de serviço sem lugar de origem o direito à inscrição, a qualidade de subscritor não se opera ipso jure mas sim depende da efectivação da inscrição, uma vez que pode o interessado voluntariamente optar por não descontar para efeitos de aposentação e sobrevivência;*
- f. O argumento segundo o qual o trabalhador adquiriu "ope legis" o direito à inscrição desde o momento em que celebrou o primeiro contrato com a Administração, só pode ser válido quando estando em causa uma situação de inscrição obrigatória e nunca uma situação de inscrição facultativa (na qual a vontade do próprio trabalhador é sempre preponderante), como é o caso da ora recorrente;*
- g. No regime de inscrição facultativa, 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 livremente optar por não efectuar os descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência (nº 5 do artº 259º do ETAPM, redacção original);*

- h. No caso ora em apreciação, a alegada omissão dos serviços nunca pode ser compatível com a atitude e comportamento da recorrente que tinha mantido ao longo dos anos;*
- i. O comportamento e a atitude da Recorrente acima descritos representam indiscutivelmente a sua então vontade de não desejar proceder aos descontos para o regime de aposentação, e assim a sua conformação com a actuação dos seus serviços;*
- j. Mesmo que admitisse, por mera hipótese, que os serviços não promoveu officiosamente a inscrição da recorrente no Fundo de Pensões nem processou os correspondentes descontos para o efeito, bastava uma mera declaração da Recorrente para quebrar a apontada "omissão", se a mesma realmente quisesse inscrever-se no FP;*
- k. A alegada omissão cometida pelos serviços não está expressamente identificada pelo Juiz a quo na matéria de facto*

*dada como provada da sentença recorrida, muito menos se encontra foi referida qualquer base legal ou factual que possa levar à convicção da existência dessa omissão;*

- l. O acto administrativo em causa é válido e não sofreu de nenhum vício, nem de violação de Lei, o artº 259º do ETAPM (na sua redacção original), sendo perfeitamente correcta, legal e adequada, a douta decisão recorrida que deverá ser mantida e confirmada nos seus precisos termos;*
- m. O Tribunal a quo não conheceu nem pronunciou sequer sobre a questão da alegada omissão dos serviços, a qual é decisiva e fundamental para a boa decisão da presente causa;*
- n. Também não conheceu nem pronunciou sobre a alegada questão de ausência de boa fé da recorrente, em termos de formulação da pretensão em ora discussão, bem como de interposição do presente recurso, tendo em conta o seu comportamento e atitude mantido ao longo dos anos;*
- o. O comportamento e atitude da Recorrente não constitui mera ou simples negligência, mas antes pelo contrário, a mesma está numa autêntica situação de abuso de direito por, entre outros, "venire contra factum proprium", "suppressio" e surrectio", e*

*litigar de má fé;*

- p. De igual modo, o Tribunal a quo não conheceu nem pronunciou sobre a questão da prescrição do direito à inscrição da Recorrente, devidamente alegada pela Entidade recorrida;*
- q. Pois, o direito à inscrição no regime tem sido facultado à Recorrente não apenas no momento da celebração do seu primeiro contrato além do quadro, mas também nas subsequentes renovações e na assinatura de novos contratos além do quadro;*
- r. O exercício desse direito não é imprescritível, especialmente no contexto dum sistema de capitalização (e não dum sistema de simples distribuição) em que a efectuação periódica e atempada dos descontos é fundamental para a sua gestão;*
- s. No caso em apreço, e conforme acima exposto, durante o período em causa, a Recorrente tem mantido ao longo dos largos anos, uma atitude que não apenas criou, mas também reforçou, a convicção dos seus serviços de que a sua vontade, na altura, era de não descontar para o regime;*
- t. A inércia do titular dum direito não pode ser isento de custos, antes pelo contrário, a mesma é sancionada na lei geral através do instituto da prescrição, cujo prazo ordinário é de 15 anos. (are*

*302º do Código Civil)*

- u. Não obstante os prazos legalmente previstos para o exercício do direito à inscrição (facultativa) no regime de aposentação, a forma pela qual a Recorrente pretende agora exercer o direito à inscrição (com a contagem do tempo de serviço anteriormente prestado e não descontado) ao fim de 17 anos, nomeadamente mediante acusações infundadas acima descritas, ofende frontalmente os princípios decorrentes da boa-fé e razoabilidade.*
- v. Deverá ser ampliado o âmbito do presente recurso, e conhecer as supra identificadas questões jurídicas deixadas por conhecer pelo Tribunal a quo .”*

A final, pede a improcedência do recurso, e, subsidiariamente, que seja *“ampliado o âmbito do presente recurso, e conhecer as supra identificadas questões jurídicas, deixadas por conhecer pelo Tribunal a quo, designadamente da: alegada omissão dos serviços; da má fé da recorrente; da prescrição do direito à inscrição.”*; (cfr., fls. 107 a 115).

\*

Notificada a recorrente para querendo pronunciar-se sobre o “pedido de ampliação do recurso”, veio a mesma dizer que a questão aí suscitada, porque nova, não podia ser apreciada, pedindo também a condenação da recorrida em litigância de má-fé; (cfr., fls. 122 a 126).

\*

Observando o contraditório, veio a recorrida pedir a improcedência da referida pretensão da recorrente; (cfr., fls. 129 a 131).

\*

Oportunamente, juntou o Exm<sup>o</sup> Representante do Ministério Público o seguinte duto Parecer:

*“A recorrente exerceu funções, como contratada além do quadro, como assistente de relações do Departamento de Protocolo e Relações Públicas do Serviço de Apoio Técnico-Administrativo do antigo Gabinete dos Secretários Adjuntos, desde 30/3/92 até à data da sua nomeação provisória em 21/5/97.*

*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 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, 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, e nada ter requerido, 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, nesse sentido, designadamente os acórdãos deste Tribunal com cópias a fls 133*

a 157).

*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.*

*Sucedo, porém, que, no caso inexistiu tal declaração por parte da recorrente, não se encontrando, pois, arredado 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.*

*Quanto às questões de que a entidade recorrida entende não ter existido pronúncia, motivando o seu pedido de ampliação do recurso, para além de, verdadeiramente, se não vislumbrar (pelo menos relativamente a algumas delas) a respectiva alegação em sede da 1ª*

*Instância, apenas se referirá, telegráficamente, não fazerem as mesmas qualquer sentido, já que, quanto à omissão dos Serviços na não efectivação dos devidos descontos, a questão se encontra devidamente analisada e ponderada na decisão controvertida, não se vendo, por outro lado, como imputar-se à recorrente má fé ou abuso de direito por impugnar, graciosa e contenciosamente, acto de indeferimento de pedido por si formulado à entidade recorrida, pois que a defesa de determinada interpretação de normativos legais nunca poderá assumir-se como litigância naquele sentido, acrescentando que, no caso, a interpretação pretendida até tem pacífico acolhimento por este Tribunal, não se descortinando, também, como esgrimir com abuso de um direito que nem sequer é reconhecido à recorrente por parte da Administração.*

*Finalmente, podendo o direito que a recorrente pretende ver reconhecido ser exercido desde 30/3/92 e atento o prazo de prescrição então previsto, consignado no artº 309º do anterior C.C., ou seja, o prazo de 20 anos (por o respectivo termo ocorrer primeiro que o de 15 anos fixado pelo artº 302º do actual C.C., contado este da data da sua entrada em vigor, em 1/10/99), constata-se não ter, mesmo na presente data, ocorrido a prescrição alegada.*

*Razões por que, sem necessidade de maiores considerações ou*

*alongamentos e por incorrecta interpretação do disposto no artº 259º ETAPM, na sua original redacção, somos a pugnar pelo provimento do presente recurso.”; (cfr., fls. 174 a 177).*

\*

Cumpramos apreciar e decidir.

## **Fundamentação**

### **Dos factos**

2. Pelo Mmº Juiz do Tribunal Administrativo foram dados como provados os factos seguintes:

*“Desde 30 de Março de 1992, a recorrente desempenhava a função de assistente das relações públicas no Departamento de Protocolo e Relações públicas do Serviço de Apoio Técnico-Administrativo da antiga Gabinete dos Secretário-Adjuntos.*

*Até 21 de Maio de 1997, a recorrente obteve nomeação provisória de assistente de relações públicas, 2ª classe 1º escalão.*

*Em 29 de Setembro de 2008, a recorrente apresentou, através de mandatário judicial, pedido ao Conselho de Administração do Fundo de Pensões para efectuar retroactivamente os descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência relativos ao período de 30 de Março de 1992 a 20 de Maio de 1997.*

*Em 31 de Outubro de 2008, o presidente do Conselho de Administração do Fundo de Pensões proferiu despacho na informação n.º 0779/DRAS-DAS/FP/2008, indeferindo o pedido da recorrente.*

*Em 2 de Dezembro de 2008, da decisão de indeferimento acima referida interpôs a recorrente, junto do Conselho de Administração do Fundo de Pensões, um recurso hierárquico necessário.*

*Em 19 de Dezembro de 2008, o Conselho de Administração do Fundo de Pensões fez uma deliberação na informação n.º 948/DRAS-DAS/FP/2008, mantendo a decisão de indeferimento.”; (cfr., fls. 85 a 88).*

### **Do direito**

**3.** Feito que está o relatório e transcrita a factualidade dada como provada, vejamos.

Apreciando a dita factualidade dada como provada, consignou-se na sentença ora recorrida o que segue:

*“A recorrente foi contratada em regime de além do quadro pelo Departamento de Protocolo e Relações Públicas do Serviço de Apoio da Sede do Governo da RAEM no período de 30 de Março de 1992 a 20 de Maio de 1997.*

*De acordo com o art.º 259.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo DL n.º 87/89/M de 20 de Setembro (texto não alterado):*

*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 em:*

*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 disponha de lugar de origem nos quadros dos 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.*

*Daí se constata que a inscrição no Fundo de Pensões não era obrigatória para o pessoal contratado além do quadro, porque este podia manifestar o seu desejo de não proceder a descontos mediante declaração.*

*O artigo 259.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, alterado pela Lei n.º 11/92/M de 17 de Agosto prevê 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.*

*Nos termos expostos, no ano de 1992 o legislador introduziu, através da Lei n.º 11/92/M, alterações significativas ao regime de inscrição no Fundo de Pensões para os agentes e para o pessoal nomeado em comissão de serviço que não disponha de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos.*

*Antes disso, a inscrição era promovida oficiosamente pelos serviços que pagassem os vencimentos salvo quando o trabalhador manifestasse expressamente o seu desejo de não querer ser subscritor.*

*Após a entrada em vigor da lei n.º 11/92/M em 22 de Agosto do mesmo ano, o interveniente deve requerer para ser subscritor até 60 dias a contar da posse ou da assinatura do respectivo instrumento contratual, sob pena de não admissão do pedido.*

*A recorrente assinou um contrato de além do quadro com a autoridade administrativa em 30 de Março de 1992, trabalhando no Departamento de Protocolo e Relações Públicas do Serviço de Apoio Técnico- Administrativo da antiga Gabinete dos Secretário-Adjuntos.*

*Nos termos do art.º 2.º n.º 3 do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, a recorrente conferiu a qualidade de*

*agente.*

*Por isso, sem declaração expressa da oposição da recorrente, ao abrigo do disposto no antigo art.º 259.º n.º 2 do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, o Serviço de Apoio Técnico- Administrativo da antiga Gabinete dos Secretário-Adjuntos devia proceder à inscrição da recorrente no Fundo de Pensões de Macau.*

*Porém, o serviço público em causa não fez isso.*

*Que efeito jurídico tem esta falta?*

*O Tribunal entende que se o serviço público em causa tivesse procedido à inscrição da recorrente no Fundo de Pensões de Macau antes da entrada em vigor da Lei n.º 11/92/M, a recorrente não seria influenciada pela Lei n.º 11/92/M, pois segundo o princípio da não retroactividade da lei e o princípio da garantia de direito adquirido, a nova lei não deve ser aplicada aos factos que tiveram lugar antes da entrada em vigor daquela, especialmente aos factos constitutivos de direito.*

*O que precisamos de resolver agora é se é permitido por lei para a recorrente efectuar retroactivamente os descontos para que o respectivo período seja contado para efeitos de aposentação e sobrevivência.*

*Pelos expostos, parece que a resposta é afirmativa, porque a recorrente não deve perder os seus direitos e interesses à aposentação por causa da culpa do serviço público em causa.*

*Mas não podemos esquecer que a recorrente também é responsável, apesar de saber bem que não tinha pago contribuições mensalmente, ela não tomou medidas adequadas para garantir os seus direitos e interesses legais. Só até 29 de Setembro de 2008 é que ela requereu os descontos retroactivos para efeitos de aposentação e sobrevivência relativos ao período de 30 de Março de 1992 a 20 de Maio de 1997.*

*Se a recorrente tivesse tomado medidas adequadas oportunamente (antes da entrada em vigor da Lei n.º 11/92/M), não seria influenciada pela alteração da lei.*

*Além disso, se permitir à recorrente efectuar retroactivamente os descontos em causa para que o respectivo período seja contado para efeitos de aposentação e sobrevivência, então o Fundo de Pensões tem de assumir as responsabilidades emergentes das culpas da autoridade em causa e da própria recorrente, pois com a permissão para efectuar retroactivamente os descontos em causa, a recorrente pode aposentar-se com antecipação, em outras palavras, o Fundo de Pensões tem de pagar com antecipação ao recorrente as respectivas pensões de aposentação*

*(ou sobrevivência).*

*Apesar de ser um membro da Administração Pública, o Fundo de Pensões tem como natureza fundação pública e dispõe de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira independentes. Os seus bens são relativamente independentes dos bens da RAEM e do Serviço de Apoio da Sede do Governo da RAEM, e uma grande parte destes são constituída pelas contribuições mensais dos funcionários e agentes inscritos no regime da aposentação e sobrevivência. Por isso, deixar o Fundo de Pensões assumir a responsabilidade da culpa que não pertence a este é deixar todos os funcionários e agentes que paguem contribuições assumir indirectamente a responsabilidade em causa.*

*É indubitável que os dispostos no antigo art.º 259.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau concedem a faculdade de constituir subscritor para a aposentação, com a presunção de que o interessado tenha vontade de ser o subscritor, razão pela qual mandam os serviços que paguem os vencimentos tratar officiosamente das inscrições em causa junto do Fundo de Pensões salvo declarações da oposição.*

*Porém, a obtenção do direito depende da inscrição e não é obtenção directa segundo a lei, por o interessado poder rejeitar a ser*

*subscritor.*

*Nestes termos, o Tribunal entende que, por a recorrente não se ter inscrito no Fundo de Pensões antes da entrada em vigor da Lei n.º 11/92/M, ela não pode efectuar retroactivamente os descontos para que o respectivo período seja contado para efeitos de aposentação e sobrevivência após a entrada em vigor da Lei em causa.*

*Nos termos do art.º 259.º n.º 5 do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (texto não alterado), o pessoal contratado além do quadro pode declarar que não deseja proceder a descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência.*

*Nos termos do art.º 259.º n.º 3 do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, alterado pela Lei n.º 11/92/M de 17 de Agosto, a inscrição é facultativa para o pessoal contratado além do quadro, devendo aquela ser requerida até 60 dias a contar da tomada da posse ou da assinatura do respectivo instrumento contratual.*

*A recorrente não prestou pedido no prazo fixado, conduta essa que obviamente não conforma com os dispostos no art.º 259.º n.º 3 do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, alterado pela Lei n.º 11/92/M de 17 de Agosto.*

*Por isso, ao abrigo de tanto os dispostos no antigo art.º 259.º do*

*Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública como os dispostos no mesmo artigo alterado pela Lei n.º 11/92/M de 17 de Agosto, a recorrente não pode solicitar a efectuação retroactiva dos descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência relativos ao período de 24 de Setembro de 1990 a 28 de Janeiro de 1997.*

\*

*Face a todo o exposto, o Tribunal julga improcedente o recurso interposto pela recorrente, mantendo a validade do acto recorrido.”; (cfr., fls. 164 a 172).*

E, atentas as questões ora colocadas “quid iuris”?

Pois bem, há que começar por dizer que as mesmas questões foram já por diversas vezes apreciadas por esta Instância.

E, tendo presente o teor do douto Parecer do Exm<sup>o</sup> Magistrado do Ministério Público, que acolhe, no essencial, o entendimento que temos vindo a assumir na apreciação das referidas questões, cremos pois que se deve reconhecer razão à ora recorrente, dando-se desde já aqui o mesmo como reproduzido para todos os efeitos legais, pouco nos parecendo de

acrescentar.

Vejamos.

Em causa está o período compreendido entre 30.03.1992 a 20.05.1997, no qual prestou a recorrente serviço para a Administração Pública como contratada além do quadro, sendo pretensão da mesma efectuar os respectivos descontos para efeitos de aposentação e sobrevivência.

E, como tem este T.S.I. vindo a entender:

*“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”*; e que,

*“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, (...) 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.”*

De facto, a nova redacção dada ao artigo 259.º, pela Lei n.º 11/92/M, *“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”*; (cfr., v.g., Ac. deste T.S.I. de 23.05.2003, Proc. n.º 104/2001).

Da mesma forma, também no acórdão de 06.04.2006, tirado no Proc. n.º 99/2006 (do mesmo relator deste), teve esta Instância oportunidade de consignar que:

*“1. A prestação de serviço para a Administração Pública através de um “contrato individual de trabalho” (sujeito ao regime de trabalho de direito privado) não implica a constituição de qualquer vínculo próprio de uma “relação jurídica de emprego público”, o que afasta desde logo a possibilidade de o trabalhador se tornar subscritor do Fundo de Pensões e de proceder a descontos para efeitos de aposentação.*

2. *Assim não sucede com o trabalhador que, ainda que não possuindo lugar de origem nos quadros dos serviços públicos, tenha sido nomeado em comissão de serviço ou contratado além do quadro.*
3. *Com tal forma de provimento, e 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), adquiria o trabalhador o direito de proceder aos ditos descontos, a não ser que, no acto de assinatura do respectivo instrumento contratual ou da posse, tivesse declarado que não o pretendia fazer.*
4. *O direito assim adquirido de proceder aos descontos 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.*
5. *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.”*

Inexistindo motivos para se alterar o entendimento assumido que se tem como o adequado, e sendo o mesmo integralmente aplicável à situação dos presentes autos, desde logo se vê que motivos não existem para se considerar que não pode a recorrente efectuar os descontos referentes ao período supra referido, pois que, sendo de se considerar inscrita no Fundo de Pensões desde 30.03.1992, (já que nenhum motivo existe para se concluir de forma diversa, pois que nenhuma causa extintiva de tal situação se verificou), assiste-lhe pois a direito de proceder aos pretendidos descontos por tal período.

Uma nota final.

Pede a entidade recorrida a ampliação do recurso para se conhecer das *“questões jurídicas deixadas por conhecer pelo Tribunal a quo, designadamente da: alegada omissão dos serviços, da má-fé da recorrente; da prescrição do direito à inscrição”*.

Ora, quanto à *“omissão dos serviços”*, adequado não é dizer-se que

o Tribunal a quo não se pronunciou sobre a mesma.

Basta ler o teor da sentença recorrida para se constatar que, pelo contrário, emitiu expressa pronúncia sobre a questão.

E, pelo menos em nossa opinião, também no presente aresto se apreciou a dita questão pelo que nada mais se julga de acrescentar sobre a mesma.

Quanto à “má-fé da recorrente”, também não nos parece que à entidade recorrida assista razão.

Como se disse, *“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.”*

Porém, afirmar-se que existe “má-fé da recorrente”, e tendo em conta o que provado está, é, no mínimo, excessivo.

Como bem se observa no transcrito Parecer, “*não se vê como imputar-se à recorrente má fé ou abuso de direito por impugnar, graciosa e contenciosamente, acto de indeferimento de pedido por si formulado à entidade recorrida, pois que a defesa de determinada interpretação de normativos legais nunca poderá assumir-se como litigância naquele sentido (...)*”.

Por fim quanto à “prescrição”.

Ora, constata-se que tão só em sede de “alegações facultativas” no âmbito do anterior recurso contencioso invocou a ora recorrida tal questão.

Assim, e independentemente do demais, também aqui não se mostra de se lhe reconhecer razão, pois que da mesma não tinha o Tribunal a quo de conhecer.

Tudo visto, e não sendo igualmente de considerar que litiga a recorrida com má-fé, resta decidir.

## **Decisão**

**4. Nos termos e fundamentos expostos, e em conferência, julga-se procedente o recurso, revogando-se a sentença recorrida e anulando-se o acto administrativo aí objecto de recurso.**

**Sem custas, por das mesmas estar a recorrida isenta.**

Macau, aos 13 de Maio de 2010

José M. Dias Azedo

João A. G. Gil de Oliveira

Chan Kuong Seng

(vencido totalmente quanto à decisão, e parcialmente quanto à fundamentação do acórdão, por força das razões expostas na declaração de voto junta, lavrada em chinês).

**就澳門中級法院第 1084/2009 號上訴案  
2010 年 5 月 13 日合議庭裁判書的  
投票聲明**

本人作為案件的第一助審法官，對中級法院合議庭在上述裁判書內所作出的判決不表贊同，理由如下：

中級法院在過往類似上訴案件的葡文合議庭裁判書中，已實質確立了下列法律見解：

法院對於在正式轉入實位編制前一直從無間斷地獲行政當局以編制外合同聘用的人士，是否有權針對在編制外合同制度下的所有服務期間申請補扣退休金供款的問題，應祇適用在首次簽訂編制外合同當天仍生效的法例，而非適用之後才出台的法例。

據此，倘員工是在 12 月 21 日第 87/89/M 號法令面世後、但在 8 月 17 日第 11/92/M 號法律出台生效前簽訂編制外合同，法院根據法律在時間上的適用原則，祇應適用第 87/89/M 號法令首次制定的《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條第 5 款的原始行文，而非後來經第 11/92/M 號法律第 2 條修改的同一條文第 5 款，來處理有關員工是否有權就編制外合同的所有任職期間聲請補扣退休金供款的法律問題，即使其合同不斷獲續期至第 11/92/M 號法律開始生效之後，甚或其在簽訂合同後曾明確表示不想為退休金制度供款亦然。

對這法律見解，本人是贊同的。

在本案中，當事人 A 自 1992 年 3 月 30 日起，便以編制外合同方式持續受聘為行政當局工作，一直至 1997 年 5 月 21 日獲臨時委任為編制內人員為止。

2008 年 9 月 29 日，她向澳門退休基金會申請補扣 1992 年 3 月 30 日至 1997 年 5 月 20 日工作期間的退休金和撫卹金供款。

但退休基金會行政管理委員會終於 2008 年 12 月 19 日，否決該申請，而所持的理由包括：雖然在申請人的個人檔案內並無任何涉及其曾表示不欲為退休金制度扣糧的文件，但這並不代表她從未以書面以外的任何其他形式表示過不欲為退休金制度扣糧，也不能意味著她未有在上述合同存續期間登記成為退休金供款人，是完全因為其當時任職的部門在有關登記工作上出錯或不作為。由於《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條原始行文所指的不欲為退休金制度扣糧供款的聲明可以是以書面或簡單的口頭方式作出，且有關法律條文也未有要求該聲明必須是以書面作出者，所以申請人當時任職的部門的確在有關登記工作上沒有任何錯漏的地方，而祇是在按照該員工的真正意願，沒有把她登記入退休金制度內（詳見退休基金會行政管理委員會在作出不批准補扣退休金供款的決議時，所採納的今載於有關行政卷宗第 0071 至 0066 頁的 2008 年 12 月 19 日第 948/DRAS-DAS/FP/2008 號葡文報告書第 10、第 12、第 14、第 15、第 16、第 29 和第 30 點的內容）。

針對退休基金會的上述決議和所持的理由，申請人在呈交予澳

門行政法院的司法上訴狀中，力指其在簽署編制外合同時，從未明確聲稱過不欲為退休金制度扣糧，故應獲准補扣退休金供款（詳見本案卷宗第 2 至第 13 頁的葡文司法上訴狀第 7、第 24、第 25 和第 29 點的內容）。

就申請人的司法上訴，被訴行政實體退休基金會行政管理委員會在答辯時，重申：上述第 259 條的原始行文所指的不欲扣糧聲明並非一定要以書面方式作出，故雖然在申請人個人檔案內找不到其不欲扣糧的書面聲明文件，但這並不必然代表申請人從未以任何其他方式聲明過不欲為退休金制度扣糧，故申請人當時任職的部門祇是依照員工的真正不欲扣糧意願而沒有把其登記入退休金制度內，而非犯上任何錯漏（詳見卷宗第 27 至第 49 頁的葡文答辯狀第 15、第 16、第 17、第 30、第 37、第 41 點答辯理由和 g、h、s、v 項結語）。

而雙方的上述事實爭議點亦重見於各自的司法上訴結案陳述書內（詳見卷宗第 60 至第 66 頁的司法上訴人葡文陳述書第 4、第 26 點理由和第 4、第 10 點結語，及第 67 至第 81 頁的被訴行政實體葡文陳述書第 11、第 24、第 26、第 30 點理由和 h、l、r、u 項結語）。

就被訴行政實體所主張的上述有關司法上訴人當初曾以簡單口頭方式聲稱不欲為退休金制度扣糧供款的事實，行政法院在其撤銷該行政實體決議的判決書中的事實依據說明部份，並沒有表示已認定或不能認定司法上訴人當初在簽署編制外合同時，曾以簡單口頭方式聲稱不欲為退休金制度扣糧供款（詳見卷宗第 85 頁的原審

判決書第 1 頁最後三段和第 2 頁首五段的文字內容)。

其後，司法上訴人在呈予本中級法院的上訴狀中，重申其在簽署合同時，從未明確表示過不欲為退休金制度扣糧供款（詳見卷宗第 93 至第 104 頁的葡文上訴狀第 9、第 25、第 26 點理由和第 8 點結語）。

而被訴行政實體在對上訴作出書面答覆時，亦明確表示根據澳門《民事訴訟法典》第 590 條的規定，向本上訴庭申請擴大司法上訴人的二審上訴標的，以請求尤其審理原審法院未有在事實層面上具體審理過、但原應要審理的有關司法上訴人曾否在簽署合同時以書面以外的簡單口頭方式聲稱不欲為退休金制度扣糧的事實問題（詳見卷宗第 107 至第 115 頁的葡文上訴答覆書第 12、第 13、第 15、第 17、第 18、第 24、第 27 點理由和 i、j、k、s 項結語）。

本人認為，被訴行政實體始終堅持主張的上述事實問題，正是解決訴訟雙方爭議的關鍵。

因為根據在抽象層面完全適用於今司法上訴人個案的《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條第 2 和第 5 款的原始行文：公務員和服務人員在澳門退休基金會的登記，及其退休金的供款，是由支付薪俸之機關依職權辦理（第 2 款）。編制外合同員工或在行政當局部門內無原職位的定期委任人員，可在簽署有關合同文書或就職時，聲明不欲為退休金和撫卹金目的作薪俸扣除（第 5 款）。

換言之，祇要今司法上訴人在簽署首份編制外合同時，從未聲明過不欲為退休金制度扣糧供款，其便應自當時起有權獲有關發薪

部門依職權為其辦理退休金制度的登記和供款手續。

但由於《澳門公共行政工作人員通則》的原始行文，一如被訴行政實體澳門退休基金會行政管理委員會所說般，並沒有要求其第259條第5款所指的不欲為退休金制度扣糧供款的聲明必須是以書面作出者，所以本人認為，根據在今司法上訴人當初簽署首份編制外合同時，仍在本澳生效的葡萄牙1966年《民法典》第217條第1款和第219條的聯合規定，該種聲明實在亦可通過書面以外的任何意思表示方式為之。

故本合議庭理應審理被訴行政實體所一直主張的、有關司法上訴人已在簽署首份合同時以簡單的口頭方式作出不想為退休金制度扣糧的聲明之事實問題。

鑒於本合議庭在上訴裁判書內根本未有具體審理過原應要審理的上述退休基金會行政管理委員由始至終根據其舉證責任而明確主張的事實問題，本人認為合議庭在未有著手調查或下令調查司法上訴人當初在簽署首份編制外合同時曾否以口頭方式聲稱不欲為退休金制度扣糧供款這關鍵的爭議事實之前，是不得單靠重申在過往類似上訴案件中所發表的法律見解，去斷定司法上訴人有申請補扣退休金供款的權利，也不能以此完全抽離本案爭議事實或未經事實驗證的法律性斷言，去立即撤銷被訴的退休基金會行政管理委員會決議。

事實上，本上訴庭今次發出的裁判並沒有對上述爭議事實問題，根據澳門《行政訴訟法典》第1條所容許援引的《民事訴訟法

典》第 590 條第 2 和第 3 款的規定，作出或命令作出應有的調查，因此違背了《行政訴訟法典》第 74 條第 5 款的立法精神，亦即不能避免被訴行政實體日後在重新審議司法上訴人的補扣退休金供款申請時，或會同樣以「有關員工在簽署首份編制外合同時曾口頭聲稱不欲為退休金制度扣糧」的事實依據，再次否決該申請。這是因為本次上訴裁判的既判力，根據《民事訴訟法典》第 576 條第 1 款的規定，祇能包括法庭有具體審理過的情由，而不可包括未經真正審理過的其他爭訟情由。

第一助審法官

陳廣勝