

Processo n.º 525/2010

(Reclamação para a Conferência em sede de recurso contencioso)

Data : 4 de Novembro de 2010

Recorrente: A

Recorrido: Chefe do Executivo da RAEM

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

I - RELATÓRIO

A, melhor identificado nos autos, nos autos à margem referenciados, em que é Recorrido S. Exa., o CHEFE DO EXECUTIVO DA R.A.E.M., tendo sido notificada do duto despacho de fls. 48-49, que rejeitou liminarmente o presente recurso, *«por ser manifesta a irrecurribilidade contenciosa do acto (...) do Senhor Chefe do Executivo, por não se tratar, em suma, de um acto praticado em gestão pública com exercício de autoridade sobre a (...) Recorrente.»*,

com este não se conformando, vem, ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 15.º do CPAC, deduzir **reclamação para a Conferência**,

alegando, no essencial:

O Recorrente requereu ao Director dos Serviços de Saúde de Macau (SSM), em 21 de Agosto de 2009, **em razão do novo regime da carreira de enfermagem aprovado pela Lei n.º 18/2009,¹** a revisão do seu contrato individual de trabalho, mais concretamente das cláusulas relativas à categoria, escalão e vencimento, **com efeitos retroactivos a 1 de Julho de 2007.**

Despoletado o respectivo procedimento administrativo e apreciadas ambas as questões - i.e., revisão do contrato e efeitos retroactivos - pela Divisão de Pessoal dos SSM, veio esta pugnar pela **não aplicação** do novo regime da carreira de enfermagem à Recorrente, alegando que esta fora contratada ao exterior,

propondo, todavia, que se efectuasse a actualização salarial, «**por averbamento ao contrato** com referência à nova carreira de enfermagem e respectivos requisitos, **tendo em consideração a necessidade de serviço e o princípio "Salário igual para trabalho igual"**;» (sic), embora com efeitos retroactivos «**à data da entrada em vigor desta Lei, ou seja, 18 de Agosto de 2009 (...)**» (sic).

Sujeita a proposta a sucessiva consideração superior, veio Sua Excelência, o Chefe do Executivo, manifestar a sua concordância, através de despacho exarado em 22 de Fevereiro de 2010, na sequência do qual foi a Recorrente notificada de que «**desta decisão cabe recurso contencioso para o Tribunal de Segunda Instância (ou)**» (nosso destaque e sublinhado).

Conforme decorre do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 60/92/M, de 24 de Agosto², «o recrutamento do pessoal [no exterior] é autorizado por despacho do [Chefe do

¹ E sem qualquer prejuízo dos direitos que lhe advêm do seu contrato individual de trabalho.

² Apesar de repudiado pela Lei n.º 1/1999, de 20 de Dezembro, o Decreto-Lei n.º 60/921M, de 24 de

Executivo]», a quem cabe igualmente autorizar a renovação da prestação de serviço «por período igualou inferior ao do recrutamento inicial» (cfr. art. 10.º, n.º 1).

Sendo certo, pois, que a autorização para contratação de pessoal ao exterior cabe ao Chefe do Executivo, não é menos certo que a contratualização dessa vontade, por parte do serviço ou organismo interessado, compete ao respectivo director de serviços, in casu, ao Director dos SSM, tal como decorre das alíneas c) e d) do n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 81/99/M, de 15 de Novembro ("Lei orgânica dos SSM").

Não é, por conseguinte, confundível, o acto de autorização do Chefe do Executivo, com o acto de contratualização do Director dos Serviços de Saúde de Macau, embora este não possa (no caso concreto) existir sem aquele.

Ora, o pedido apresentado pelo Recorrente, foi feito no sentido de promover, por parte dos SSM, a formação dum acto administrativo (de autorização) que possibilitasse a posterior revisão do clausulado contratual e, em especial, das cláusulas relativas à sua categoria, escalão e vencimento.

Sem aquele acto administrativo, não é possível aos SSM proceder ao averbamento ao contrato ou discutir sequer as cláusulas contratuais com o interessado.

E, apesar de estarmos no domínio de uma relação de natureza privatística como é a que caracteriza o regime dos contratos individuais de trabalho -, ainda assim se impõem à Administração os deveres e princípios gerais que regulam toda a sua actividade.

Agosto, pode todavia continuar a aplicar-se, enquanto não for elaborada nova legislação, de acordo com os princípios contidos na Lei Básica e tendo por referência as práticas anteriores. Face ao teor deste inciso, não vê a Recorrente qualquer violação ao disposto na Lei Básica ou aos princípios basilares da RAEM.

Nomeadamente, não pode a Administração decidir sobre a execução de uma obrigação contratual, sem que antes proceda, em conformidade com a lei, aos actos necessários conducentes a essa mesma decisão.

O Recorrente não suscita, com o presente recurso, a bondade do teor do averbamento ao contrato³, mas antes a decisão do Chefe do Executivo de determinar que a actualização salarial produza efeitos retroactivos a, unicamente, 18 de Agosto de 2009, em claro desrespeito à lei.

Na realidade, o referido despacho de concordância, de 22 de Fevereiro de 2010, recusou o pedido do Recorrente⁴ (em concreto, de actualização salarial com efeitos a partir de 1 de Julho de 2007), e constitui um acto administrativo na medida em que os seus efeitos se repercutem directamente e definem uma situação individual e concreta - a do ora Recorrente, no âmbito do contrato individual de trabalho existente -, e impôs uma conduta aos SSM num âmbito dum quadro negocial.

Em rigor, não está aqui em causa uma «declaração negocial em vista de uma relação contratual individual de trabalho já existente», mas sim uma decisão sobre um pedido feito pelo interessadoa, ora Recorrente, de actualização salarial com efeitos retroactivos a 1 de Julho de 2007, atento o disposto, nomeadamente, no novo regime da carreira de enfermagem.

A confirmar este entendimento, note-se que a própria Administração assume que o acto praticado tem a natureza de verdadeiro acto administrativo, mencionando que da

³ Sem prejuízo da faculdade de poder vir a suscitar, em sede própria.

⁴ Ainda que por manifesta insuficiência ou falta de fundamentação da proposta em que assenta.

decisão em causa cabe recurso contencioso para este douto Tribunal Superior.

Nestes termos, ao abrigo do disposto nos n.º 1 e 2 do artigo 620.º do Código de Processo Civil de Macau, aplicável *ex vi* do disposto nos artigos 1.º e 15.º, n.º 2, ambos do CPAC, vem requerer que se decida de imediato a reclamação ora deduzida sobre a matéria do despacho de fls. 48-49, do Meritíssimo Juiz Relator, acordando na revogação deste, com consequente admissão do recurso oportunamente interposto, mais se ordenando a citação da entidade recorrida para, querendo, contestar, como se pediu a final no requerimento de interposição do recurso.

O Digno Magistrado do MP emite o seguinte douto parecer:

Encontra-se em escrutínio acto do Chefe do Executivo de 22/2/10 que, tendo autorizado a revisão do contrato de trabalho do recorrente, enquanto enfermeiro dos SSM, relativamente a cláusulas atinentes à categoria, escalão e vencimentos decorrentes do novo regime da carreira de enfermagem, aprovado pela Lei 18/2009, determinou a actualização salarial com efeitos retroactivos apenas a partir de 18/8/09 e não a contar de 1/7/07, conforme pretendido pelo recorrente, mostrando-se esta inconformado e reclamando para a conferência do despacho do Mmo Juiíz relator que rejeitou liminarmente recurso desse acto "por ser manifesta a irrecorribilidade contenciosa do acto ... por não se tratar de um acto praticado em gestão pública com exercício de autoridade sobre a própria Parte, ora Recorrente".

Cremos assistir-lhe razão.

Atentando:

- O artº 48º da Lei Orgânica da DSS aprovada pelo Dec Lei 81/99/M de 5/11, permitindo a contratação de pessoal de enfermagem, em Macau ou no exterior, em regime de contrato individual de trabalho, manda aplicar ao pessoal dos SSM o regime jurídico geral dos trabalhadores da Administração Pública; - A contratação de tal pessoal compete ao director dos SSM (art. 8º, n.º 2), mas sempre sob a tutela do Chefe do Executivo (art. 2º, n.º 1);

- O art. 3º, n.º 2, al. 1) da Lei 7/2008 de 12/8 (Lei da Relações de Trabalho) dispõe não ser o consignado em tal diploma aplicável às relações de emprego público que confiram a qualidade de trabalhador da Administração Pública;

O n.º 1 do Despacho do Chefe do Executivo 6/2009 de 9/1 determina que aos trabalhadores de serviços e entidades públicas providos em regime de contrato individual de trabalho é aplicável a Lei de Relações de Trabalho naquilo que lhes for mais favorável; - O Regulamento Administrativo 31/2004 de 18/8/04 estabelece as normas complementares respeitantes ao regime geral de desempenho dos trabalhadores da Administração Pública, neles incluindo os "contratados em regime de direito privado"(art. 1º, n.º 2, não se encontrando o caso do recorrente abrangido por qualquer das excepções consignadas) ;

Do exposto cremos poder concluir-se que os enfermeiros dos SSM providos por contrato individual de trabalho, como o caso do recorrente, se encontram sujeitos a uma espécie de "regime misto" com sujeição a regras gerais do regime da função pública, designadamente no que respeita às incompatibilidades e avaliações de desempenho, sendo

que a autorização em crise, do Chefe do Executivo, no exercício de poderes de direcção do Governo da RAEM e de tutela sobre os SSM, no exercício da função pública e por causa desse exercício, investido, pois, de "jus imperii" (que o director dos SSM, na declaração negocial subsequente se limita a executar), determina uma relação de prevalência com o recorrente, não podendo a mesma ser vista exclusivamente à luz de actividade puramente do domínio do direito privado, antes se apresentando o despacho em crise como autêntica decisão de órgão da Administração que, ao abrigo de normas de direito público, produziu efeitos jurídicos na situação individual e concreta do recorrente, tratando-se, pois, de acto administrativo contenciosamente impugnável, independentemente de, para tal efeito, para isso apontar a notificação efectuada ao recorrente, circunstância que, por si, para o caso, se mostraria irrelevante.

Neste contexto, merece; pois, em nosso critério, atendimento a presente reclamação.

Foram colhidos os vistos legais.

II - É do seguinte teor o douto despacho recorrido, na parte pertinente:

"(...)

– se bem que o art.º 40.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2009, de 17 de Agosto (estabelecadora do Regime da carreira de enfermagem), citado materialmente nos art.ºs 5.º e 6.º da petição do recurso, reze que "As valorizações indiciárias decorrentes das transições a que se refere o n.º 1 do artigo 34.º e das alterações a que se refere o n.º 1 do artigo 35.º retroagem a 1 de Julho de 2007 [...]" , esta norma, tal como

ela própria prevê, só se destina às “transições a que se refere o n.º 1 do artigo 34.º” e às “alterações a que se refere o n.º 1 do artigo 35.º” da própria Lei, ou seja, só se destina às transições dos enfermeiros do quadro a que aludem os n.ºs 1 a 3 do art.º 31.º e às alterações extensíveis aos enfermeiros contratados além do quadro e assalariados a que alude o n.º 1 do art.º 35.º, e, por isso, nunca se destina aos enfermeiros que se encontrem a exercer as suas funções sob o regime de contrato individual de trabalho, já que para estes enfermeiros não pertencentes ao quadro nem contratados além do quadro nem assalariados, o respectivo contrato individual de trabalho ainda em vigor e celebrado antes do início de vigência dessa Lei em 18 de Agosto de 2009, continua sujeito à disciplina emergente do próprio contrato, sem prejuízo de as Partes contratantes, por sua iniciativa e mútuo acordo, poderem optar por celebrar um novo contrato individual de trabalho regido pela mesma Lei (cfr. o expressamente estatuído nos n.ºs 1 e 2, do art.º 36.º e no n.º 1 do art.º 40.º dessa Lei);

– assim sendo, a supra identificada decisão do Senhor Chefe do Executivo não pode ser considerada como um acto administrativo em sentido próprio e contenciosamente impugnável, porquanto não foi tomada em gestão pública com exercício da autoridade pública, mas sim emitida como uma declaração negocial em vista de uma relação contratual individual de trabalho já existente, em que quer a Parte ora Recorrente quer o Senhor Chefe do Executivo não podem fazer impor unilateralmente o seu ponto de vista sobre o clausulado do correspondente contrato, por estarem as Partes contratantes em pé de igualdade a nível de formação e formulação do contrato (daí que, aliás, não é por acaso que o atrás referido n.º 2 do art.º 36.º da Lei

n.º 18/2009 salienta nomeadamente o mútuo acordo na questão de celebração de um novo contrato individual de trabalho).

(...)”

III - FUNDAMENTOS

1. A questão que se coloca é a de saber se o Tribunal competente para dirimir o presente conflito é o Tribunal Administrativo, neste caso sendo a competência diferida a este Tribunal de Segunda Instância, visto o autor do acto impugnado ou se, como doutamente entendeu o primitivo Mmo Juiz Relator, por se tratar de um acto tradutor de uma vontade negocial ainda reconduzível a uma relação emanada de uma relação de direito privado, consubstanciada num contrato individual de trabalho, a acção devia ser interposta na Jurisdição comum, no caso, no Tribunal Judicial de Base.

Por outras palavras, se nos encontramos perante um *acto administrativo* praticado pelo Exmo Senhor Chefe do Executivo *ou em matéria administrativa*, casos em que é este Tribunal de Segunda Instância o competente, como determina o art. 36º, n.º 8, al. 1 da Lei 9/1999, de 20 de Dez.

2. A questão não se afigura pacífica e tem sido objecto de inúmeras decisões na Jurisprudência Comparada, assistindo-se hoje em dia, cada vez mais, como que a uma privatização da Administração

Pública, entendendo-se que a regulação de Direito Privado pode dar resposta cabal às necessidades que se fazem sentir no que tange à regulação da actividade e situação jurídico funcional dos diferentes agentes que prestam serviço na Administração Pública e até, numa fuga para o Direito Privado, que o Direito Contratual Comum contém as virtualidades bastantes para enformar e iluminar cada vez mais o contrato administrativo (c.a.).⁵

Mas é o Prof. Freitas do Amaral, entre outros, que aplaca a fogueira deste voo doutrinário, dizendo não concordar com esta posição, realçando as diferenças entre o recorte do c.a. e o de direito privado e evoluindo até na concepção do c.a., diferenciando entre os casos em que este *associa o particular ao desempenho de atribuições administrativas* (como dizia o Prof. Marcello Caetano), ou outras em que o c.a. *associa a Administração ao desempenho de actividades privadas*.⁶

Isto, para concluir que um contrato é administrativo se o respectivo objecto respeitar ao conteúdo da função administrativa e se traduzir em regra em prestações referentes ao funcionamento dos serviços públicos, ao exercício de actividades públicas, à gestão da coisa pública, ao provimento de agentes públicos ou à utilização de fundos públicos. Em alternativa, se o objecto não for nenhum destes, o contrato só será administrativo se visar um fim de utilidade pública.⁷

⁵ - Maria João Estorninho, a Fuga para o Direito Privado, 167 e Requiem pelo Contrato Administrativo, Almedina, 2003

⁶ - Freitas do Amaral, Curso de Dir Adm, II, Almedina, 202, 516

⁷ - Freitas do Amaral, ob. cit. 519, sendo certo que outros autores escolhem outros critérios destrinçadores, como seja o estatutário (Sérvulo Correia)

O que se reconduz, no fundo, à identificação da natureza da *relação jurídica administrativa* que existirá quando um dos sujeitos, pelo menos, actue na veste de autoridade pública, munido de *jus imperium*, numa relação especial de poder, *abstraindo das diferenças de objectos e intensidade dessas diferenças, conforme se trate de relações da Administração com os seus funcionários, com os militares, com os presos, com os internados ou admitidos numa instituição, com os utentes dos serviços públicos.*⁸

A dilucidação da questão agrava-se na medida em que é cada vez mais frequente a existência, não só de relações administrativas *dissimétricas*, pelo recurso ao contrato ou a outras formas de acordo entre a Administração e os particulares, como de relações *poligonais*, em que muitas vezes os particulares, e também as entidades administrativas, aparecem com posições conflituantes entre si, interessados em actuações diferentes (ou até contrárias) da Administração.⁹

3. Aqui chegados, se nada disto se mostra decisivo ainda, para enquadrar a situação, tanto assim que o Mmo Juiz nada descortinou de atributivo de qualquer especial relação que não se pudesse reconduzir a uma relação de direito privado, importa avançar e esmiuçar a pretensão do

⁸ - Vieira de Andrade, *Justiça Administrativa*, Almedina, 2002, 77, 78 e 79

⁹ - Vieira de Andrade, *Introdução ao Direito Administrativo, Sumários das Lições de Direito Administrativo*, (1.ª turma), Coimbra - 2009/2010 (com publicação integral na *net*)

interessado.

Analisemos então os contornos da situação em concreto.

O recorrente requereu ao Exmo Senhor Director dos Serviços de Saúde de Macau, em 21 de Agosto de 2009, **em razão do novo regime da carreira de enfermagem**, aprovado pela Lei n.º 18/2009, a revisão do seu contrato individual de trabalho, mais concretamente das cláusulas relativas à categoria, escalão e vencimento, com efeitos retroactivos a 1 de Julho de 2007.

Despoletado o respectivo **procedimento administrativo** e apreciadas ambas as questões - i.e., revisão do contrato e efeitos retroactivos - pela Divisão de Pessoal dos SSM, veio esta pugnar pela **não aplicação do novo regime da carreira de enfermagem** ao recorrente, alegando que este fora contratado ao exterior, propondo, todavia, que se efectuasse a actualização salarial, *«por averbamento ao contrato com referência à nova carreira de enfermagem e respectivos requisitos, tendo em consideração a necessidade de serviço e o princípio "Salário igual para trabalho igual"»*, embora com efeitos retroactivos «à data da entrada em vigor desta Lei, ou seja, 18 de Agosto de 2009 (...)».

Sujeita a proposta a sucessiva consideração superior, veio Sua Excelência, o Chefe do Executivo, manifestar a sua concordância, através de despacho exarado em 22 de Fevereiro de 2010, na sequência do qual foi o recorrente notificado de que *«desta decisão cabe recurso*

contencioso para o Tribunal de Segunda Instância»

4. Por outro lado, mostra-se pertinente actualizar o **enquadramento jurídico-funcional** em presença, lembrando que:

- O artº 48º da Lei Orgânica da DSS aprovada pelo Dec Lei 81/99/M de 5/11, permitindo a contratação de pessoal de enfermagem, em Macau ou no exterior, em regime de contrato individual de trabalho, manda aplicar ao pessoal dos SSM o regime jurídico geral dos trabalhadores da Administração Pública;

- A contratação de tal pessoal compete ao Director dos SSM (art. 8º, n.º 2), mas sempre sob a tutela do Chefe do Executivo (art. 2º, n.º 1) ;

- O art. 3º, n.º 2, al. 1) da Lei 7/2008 de 12/8 (Lei da Relações de Trabalho) dispõe não ser o consignado em tal diploma aplicável às relações de emprego público que confirmam a qualidade de trabalhador da Administração Pública;

- O n.º 1 do Despacho do Chefe do Executivo 6/2009 de 9/1 determina que aos trabalhadores de serviços e entidades públicas providos em regime de contrato individual de trabalho é aplicável a Lei de Relações de Trabalho naquilo que lhes for mais favorável;

- O Regulamento Administrativo 31/2004 de 18/8/04 estabelece

as normas complementares respeitantes ao regime geral de desempenho dos trabalhadores da Administração Pública, neles incluindo os "contratados em regime de direito privado"(art. 1º, n.º 2, não se encontrando o caso do recorrente abrangido por qualquer das excepções consignadas).

5. Perante este quadro, os laivos da **relação pública administrativa** assumem-se agora muito mais evidentes, não se podendo confundir a questão substantiva, eventualmente a ser dirimida por remissão para o contrato individual de trabalho, como mui sagazmente, desde já se avançou na decisão ora reclamada, com o pressuposto relativo à competência.

Tais laivos resultam, por, desde logo, estar em causa a **anulação de um acto** do Exmo Senhor Chefe do Executivo, não se podendo dizer que esse acto foi um acto de gestão privada. Por esse acto ter sido praticado sobre um pedido que pressupunha uma **relação especial de serviço público**, vista a actividade de enfermagem desenvolvida. Pela natureza e vestes dos **sujeitos** dessa relação concreta. Pelo **regime subsidiariamente aplicável**.

Tanto assim que o pedido não se baseou no contrato individual de trabalho, antes sim numa pretensão de aplicação de regras perspectivadas para outros servidores relativamente à carreira de enfermagem, sendo invocados **princípios gerais do Direito**

Administrativo.

Delimitada deste modo a pretensão do recorrente, forçoso é reconhecer que a competência para dirimir esse litígio pertence à jurisdição administrativa e fiscal, concretamente a este Tribunal.

6. Fazemos, pois, eco do entendimento lavrado pelo Digno Magistrado do MP, enquanto diz que

“os enfermeiros dos SSM providos por contrato individual de trabalho, como o caso do recorrente, se encontram sujeitos a uma espécie de "regime misto" com sujeição a regras gerais do regime da função pública, designadamente no que respeita às incompatibilidades e avaliações de desempenho, sendo que a autorização em crise, do Chefe do Executivo, no exercício de poderes de direcção do Governo da RAEM e de tutela sobre os SSM, no exercício da função pública e por causa desse exercício, investido, pois, de "jus imperii" (que o director dos SSM, na declaração negocial subsequente se limita a executar), determina uma relação de prevalência com o recorrente, não podendo a mesma ser vista exclusivamente à luz de actividade puramente do domínio do direito privado, antes se apresentando o despacho em crise como autêntica decisão de órgão da Administração que, ao abrigo de normas de direito público, produziu efeitos jurídicos na situação individual e concreta do recorrente, tratando-se, pois, de acto administrativo contenciosamente impugnável, independentemente de, para tal efeito, para isso apontar a

notificação efectuada ao recorrente, circunstância que, por si, para o caso, se mostraria irrelevante.”

7. A presente situação pode bem ser compreendida à luz da reflexão do Prof. Vieira de Andrade, *mutatis mutandis*, válida para o nosso ordenamento, enquanto diz que *a Administração também recorre, nas empresas públicas de direito público (EPEs), ao **contrato individual de trabalho** (contrato privado), que é diferente do contrato de trabalho em funções públicas (contrato administrativo).*

*A figura do “contrato de trabalho em funções públicas”, em vez da nomeação de funcionários, constitui hoje a regra das relações laborais públicas, **fora das funções nucleares do Estado**, não apenas na administração indirecta (nos institutos públicos não empresariais), mas na própria Administração directa, central e local – trata-se de um contrato administrativo, embora decorra do **contrato individual de trabalho** transformado.¹⁰*

Ora, no nosso caso, a especificidade da relação assume ainda contornos mais marcantes, porquanto para além de estamos perante Administração directa, deparamos ainda com o desempenho de uma função nuclear da administração, qual seja a de garantir a eficácia do serviço público de saúde.

¹⁰ - Int ao Dto Adm, ob. cit, 2009/2010

8. Há ainda um outro critério que pode ser encarado e não se afigura despiciendo.

Será de relevar em última análise o critério estabelecido em **função dos termos em que a acção é proposta**. Assim, tem-se jurisprudencial e comparativamente entendido que, se o recorrente solicita pronúncia sobre a legalidade de um determinado acto que entende ser um acto administrativo, *os tribunais administrativos são competentes para apreciar a sua pretensão, mesmo que seja de entender que será de rejeitar o recurso, por falta de um pressuposto relativo ao objecto do processo, como seja a existência de um acto administrativo.*¹¹

Por todo o exposto somos a considerar que é aos Tribunais Administrativos que caberá dirimir a presente questão.

Como está bem de ver, não será aqui e agora que caberá a este Colectivo ordenar a citação da entidade recorrida.

IV - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder provimento à presente reclamação, e, em consequência, revogam o mui douto despacho recorrido, devendo os autos prosseguir seus termos, se outras razões de

¹¹ - Ac. STA, proc. 780/07, de 16/1/2008 e 06/05, de 26/4/2006, <http://www.dgsi.pt>

ordem adjectiva não impedirem o seu prosseguimento.

Sem custas por não serem devidas.

Macau, 4 de Novembro de 2010

Presente

João Augusto Gonçalves Gil de Oliveira

Vitor Coelho

Tam Hio Wa

Chan Kuong Seng

(com declaração de voto vencido)

**Declaração de voto vencido apendiculada ao
Acórdão de 4 de Novembro de 2010 do
Processo n.º 525/2010**

Como relator do processo acima identificado, fiquei vencido, nos termos a seguir expostos, na decisão tomada no douto Acórdão definitivo que antecede, proferido a propósito da reclamação para a conferência do meu despacho liminar de rejeição do recurso contencioso:

1. Veio A, enfermeiro dos Serviços de Saúde de Macau contratado em regime de contrato individual de trabalho desde o Primeiro de Setembro de 2000, interpor recurso contencioso de anulação do despacho de 22 de Fevereiro de 2010 do Senhor Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau na parte em que lhe tinha recusado o pedido de revisão do clausulado do seu contrato concretamente no respeitante à actualização salarial com efeitos retroactivos referentes ao período de trabalho entre o Primeiro de Julho de 2007 e 17 de Agosto de 2009 (cfr. o teor da petição do recurso, a fls. 4 a 26 dos presentes autos correspondentes).

Por despacho liminar (a fls. 48 a 49 dos autos), foi decidido rejeitar liminarmente este recurso contencioso, por ser manifesta a

irrecorribilidade contenciosa do referido acto do Senhor Chefe do Executivo, por não se tratar, em suma, de um acto praticado em gestão pública com exercício da autoridade sobre o próprio Recorrente.

Notificado, deduziu o Recorrente (a fls. 54 a 60 dos autos) a reclamação desse despacho para a conferência, para pedir, mediante a insistência na sua tese de recorribilidade contenciosa do acto sob impugnação na petição do recurso, que fosse emitido acórdão por este Tribunal Colectivo no sentido de revogar a decisão liminar do relator, com vista à determinação da citação da Entidade Recorrida para, querendo, contestar o recurso contencioso.

2. Ora, depois de examinados os elementos constantes dos autos, e para efeitos de decisão da única questão em causa na presente sede de reclamação, qual seja, a de saber se o acto acima identificado do Senhor Chefe do Executivo é ou não recorrível para este Tribunal de Segunda Instância na veste de tribunal com jurisdição administrativa, continua a afigurar-se-me que:

– <<se bem que **o art.º 40.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2009, de 17 de Agosto (estabelecadora do Regime da carreira de enfermagem), citado materialmente nos art.º 5.º e 6.º da petição do recurso**, reze que “As valorizações indiciárias decorrentes das transições a que se refere o n.º 1 do artigo 34.º e das alterações a que se refere o n.º 1 do artigo 35.º retroagem a 1 de Julho de 2007 [...]”, esta norma, tal como ela própria prevê, só se destina às “transições a que se refere o n.º 1 do artigo 34.º” e

às “alterações a que se refere o n.º 1 do artigo 35.º” da própria Lei, ou seja, só se destina às transições dos enfermeiros do quadro a que aludem os n.ºs 1 a 3 do art.º 31.º e às alterações extensíveis aos enfermeiros contratados além do quadro e assalariados a que alude o n.º 1 do art.º 35.º, e, por isso, nunca se destina aos enfermeiros que se encontrem a exercer as suas funções sob o regime de contrato individual de trabalho, já que para estes enfermeiros não pertencentes ao quadro nem contratados além do quadro nem assalariados, o respectivo contrato individual de trabalho ainda em vigor e celebrado antes do início de vigência dessa Lei em 18 de Agosto de 2009, continua sujeito à disciplina emergente do próprio contrato, sem prejuízo de as Partes contratantes, por sua iniciativa e mútuo acordo, poderem optar por celebrar um novo contrato individual de trabalho regido pela mesma Lei (cfr. o expressamente estatuído nos n.ºs 1 e 2, do art.º 36.º e no n.º 1 do art.º 40.º dessa Lei);

– assim sendo, a supra identificada decisão do Senhor Chefe do Executivo não pode ser considerada como um acto administrativo em sentido próprio e contenciosamente impugnável, porquanto não foi tomada em gestão pública com exercício da autoridade pública, mas sim emitida como uma declaração negocial em vista de uma relação contratual individual de trabalho já existente, em que quer a Parte ora Recorrente quer o Senhor Chefe do Executivo não podem fazer impor unilateralmente o seu ponto de vista sobre o clausulado do correspondente contrato, por estarem as Partes contratantes em pé

de igualdade a nível de formação e formulação do contrato (daí que, aliás, não é por acaso que o atrás referido n.º 2 do art.º 36.º da Lei n.º 18/2009 salienta nomeadamente o mútuo acordo na questão de celebração de um novo contrato individual de trabalho)>> (cfr. o teor do despacho liminar).

Seria, pois, de validar a decisão liminar de rejeição do presente recurso contencioso, então tomada nos termos dos art.º 46.º, n.º 2, alínea c), e art.º 15.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Administrativo Contencioso, por ser realmente manifesta a irrecorribilidade contenciosa do acto acima identificado do Senhor Chefe do Executivo, por não se tratar, em suma, e atenta a decisão materialmente tomada no próprio acto em causa, de um acto praticado em gestão pública com exercício da autoridade sobre o Recorrente, mas sim tão-só de uma manifestação de vontade negocial de recusa da revisão, com efeitos retroactivos, do clausulado inicial do contrato no respeitante à matéria salarial, não se podendo, pois, considerar essa decisão de recusa como uma determinação que tenha imposto autoridade pública sobre a própria pessoa do Recorrente.

Finalmente, sobre a questão jurídica congénere, e em sentido convergente, veja-se a doutrina vertida pelo Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, no Acórdão de 5 de Dezembro de 2006, no Processo n.º 08/06 (*in* <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/...>).

3. Dest'arte, deveria ser indeferida a reclamação, com confirmação da decisão já tomada no despacho liminar, de rejeição liminar do recurso contencioso.

Macau, 4 de Novembro de 2010.

O juiz,

Chan Kuong Seng