

## **Processo n.º 221/2001**

(Recurso Contencioso)

Data: 27/Março/2003

### **Assuntos:**

- **Regime dos contratados além quadro;**
- **Alteração de categoria;**
- **Recurso hierárquico necessário;**
- **Indeferimento tácito;**
- **Incompetência;**
- **Violação de lei;**
- **Ónus da prova.**

### **SUMÁRIO:**

1. A *categoria* é uma espécie profissional dos agentes de serviço público ou classes de uma espécie profissional comum à generalidade dos serviços públicos ou privativa de certo serviço, quadro ou grupo, respeitante a lugares de certo grau, que possui estreita relação com as habilitações literárias ou profissionais e a que corresponde um mesmo vencimento em sentido estrito

2. Para além do estímulo de acréscimo salarial em função da mudança de escalão, permite-se ainda a promoção na carreira que é o mecanismo que permite um estímulo acrescido e que consiste na mudança de um funcionário ou agente para a categoria imediatamente superior da respectiva carreira, tratando-se por isso de uma progressão vertical na hierarquia da Administração.
3. O Presidente do IAS, visto o disposto no artigo 7º do DL 24/99/M de 21 de Junho, não tinha competência própria para decidir sobre a promoção na categoria de um funcionário, cabendo-lhe apenas no âmbito da gestão do pessoal gerir o pessoal do IASM, propondo a sua nomeação e contratação, decidir sobre a sua afectação aos diversos serviços e exercer, nos termos da lei, o poder disciplinar.
4. O vício de incompetência relativa estará sanado por via do recurso hierárquico entretanto interposto, na medida em que a Administração, por via do órgão competente, foi chamada a pronunciar-se definitivamente e se o não fez teve sempre oportunidade de o fazer.
5. Para os trabalhadores providos em contrato além do quadro o direito à carreira previsto no artigo 3º do Decreto-Lei n.º 86/89M, de 21 de Dezembro, diploma para que o artigo 3º do ETAPM remete, está excluído, apenas sendo apanágio do pessoal do quadro, o que bem se compreende, vista a precariedade que caracteriza aquele regime.
6. A interpretação que se há-de fazer do n.º 3 do artigo 25º do ETAPM, é

a de que a Administração se encontra apenas vinculada, na situação de acordar a mudança de categoria ou de escalão dos trabalhadores providos em contrato além do quadro, a respeitar as regras de acesso nas carreiras, no sentido de que a mudança corresponda aos requisitos de tempo e de mérito previstos para os trabalhadores do quadro, conforme resulta do disposto no artigo 10.º do citado Dec.-Lei n.º 86/89/M.

7. O artigo 25º, nº3 do ETAPM não pode ser interpretado no sentido de conferir maiores vantagens aos contratados no acesso às categorias de grau superior e dispensá-los de qualquer aferição da sua capacidade para o desempenho correspondente à categoria a que se pretende ascender, quedando-se a equiparação em relação aos requisitos objectivos, tais como sejam a antiguidade e a classificação de serviço.
8. A Administração pode autorizar o acesso sem concurso e a progressão aos contratados além do quadro, todavia, tal progressão e acesso não operam de forma automática, ainda que nada obsta a que a Administração proceda de molde a que tal automatismo possa na prática verificar-se. Mais, a Administração pode aquando da celebração ou renovação do contrato decidir, conforme as situações reais, se é oportuno ou conveniente promover o acesso dos trabalhadores providos em contrato além do quadro, possuindo, no âmbito do acesso, um poder discricionário.

O Relator,

***João A. G. Gil de Oliveira***

**Processo n.º 221/2001**

(Recurso Contencioso)

Data: 27/Março/2003

Recorrente: (A)

Recorrido: Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura

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

**I - RELATÓRIO**

(A), Técnica Superior de 1ª classe, 2º escalão, contratada além do quadro, do Instituto de Acção Social (IAS) residente em Macau, veio, nos termos do n.º2 do artigo 125º, da al. a) do n.º3 do artigo 102º e dos n.ºs 1 e 3 do artigo 162º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de Outubro, conjugados com o n.º4 do artigo 26º do Código do Processo Administrativo Contencioso (CPAC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/99/M, de 13 de Dezembro, bem como da al. 7) do artigo 36º da Lei n.º 9/1999, de 20 de Dezembro (Lei de Bases da Organização Judiciária), interpor

## **RECURSO CONTENCIOSO**

do acto de indeferimento tácito produzido na sequência do recurso hierárquico interposto pela ora recorrente, em 13 de Setembro de 2001, para o Exmº Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, da decisão do Presidente do IAS de 31.07.01, que lhe negou provimento ao pedido de alteração de categoria, alegando em síntese:

A Recorrente iniciou funções no IAS em 14 de Novembro de 1994, em regime de contrato de assalariamento pelo período de 6 meses, como Técnica Superior de 2ª classe, 1º escalão, tendo passado, a partir do termo desse contrato (14 de Maio de 1995), a ser contratada em regime de contrato além do quadro, com a mesma categoria e escalão.

Em 14 de Maio de 1998, progrediu para a categoria de Técnica Superior de 1ª classe, tendo completado, em 14 de Maio de 2001, 3 anos nesta categoria, sempre com classificação de serviço de Muito Bom e em Julho passado, o seu contrato além do quadro foi renovado pelo período de um ano, com efeitos a partir de 1 de Agosto.

Em Julho do mesmo ano o seu contrato além do quadro foi renovado pelo período de um ano, com efeitos a partir de 1 de Agosto.

Em consonância com o regime legal em vigor, a Recorrente solicitou a mudança de categoria para a categoria imediatamente superior de Técnica Superior Principal.

O Exmº Presidente do IAS, por decisão datada de 31 de Julho de 2001, negou provimento ao pedido de alteração de categoria com o fundamento de que, apesar do bom desempenho profissional da recorrente, a mesma não era "excepcionalmente excelente" para poder ser promovida.

O recurso hierárquico dessa decisão, interposto pela ora recorrente, foi tacitamente indeferido.

O artigo 164º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (D.L. n.º 87/89/M de 21 de Dezembro de 1989) dispõe taxativamente sobre as menções e pontuação que a classificação de serviço comporta, não prevendo qualquer categoria referente aos "excepcionalmente excelentes".

A lei é clara relativamente às regras de progressão e acesso do pessoal em regime de contrato além do quadro, dispondo no n.º 3 do artigo 25º do mesmo Estatuto (com a redacção que lhe foi dada pelo D.L. n.º 62/98/M, de 28 de Dezembro) que "O contrato além do quadro deve respeitar os requisitos gerais de provimento, ingresso, progressão e acesso nas carreiras, com excepção do concurso, não podendo infringir o disposto para a generalidade dos funcionários em matéria de remunerações, direitos e regalias."

A administração manifestou a sua vontade de aceitar a mudança de categoria da recorrente quando lhe atribuiu por 3 anos consecutivos a classificação de Muito Bom e quando lhe renovou o contrato além do quadro, preenchendo-se assim os requisitos objectivos legais para se verificar a mudança de categoria.

Ao ignorar-se estes requisitos objectivos, o funcionário deixa de estar sob a justiça objectiva da lei para ficar sob a justiça arbitrária e subjectiva do chefe, violando-se os princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade.

Assim, tanto o acto expresso do Presidente do IAS como o indeferimento tácito produzido por omissão de decisão por parte do Exmº

Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, são ilegais por violação manifesta e notória dos artigos 10º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 86/89/M, de 21 de Dezembro, 25º, n.º3 e 47º, n.º 7 do ETAPM e contrariam a justa e legítima pretensão da recorrente, sendo, nessa medida, anuláveis por força do estipulado no artigo 124º do C.P.A..

Aliás, o despacho do Exmº Presidente do IAS, para além de violação de lei, está também ferido de incompetência, pois a competência para autorizar a mudança de categoria não consta do elenco das competências próprias delegadas ou subdelegadas do Presidente do IAS, sendo por isso um acto nulo nos termos do disposto no artigo 122º, n.º 2 alínea b) do C.P.A..

Finalmente, a notificação do despacho do Presidente do IAS, também não observou o disposto no artigo 70º do CPA, pelo que o referido acto é ineficaz e não deverá produzir efeitos enquanto as suas deficiências não forem supridas.

Quer a incompetência quer a violação de lei constituem fundamento de recurso nos termos do artigo 21º alíneas b) e d) do C.P.A.C..

**Conclui** no sentido de que deve o presente recurso ser julgado provado e procedente e assim

a) anular-se o acto recorrido por violação dos artigos 10º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 86/89/M, de 21 de Dezembro, 25º, n.º 3 e 47º, n.º 7 do ETAPM, bem como dos princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade, devendo ser substituído por outro que satisfaça a pretensão da recorrente de ser promovida à categoria de Técnica Superior Principal; ou, subsidiariamente,

b) declarar-se nulo o acto recorrido por incompetência do seu autor conforme dispõe o artigo 122º, nº 2 alínea b) do C.P.A. ou, ainda subsidiariamente,

c) declarar-se a ineficácia do acto recorrido, por violação do disposto no artigo 70º do C.P.A. e ordenar-se novamente a sua notificação agora com inclusão de todas as indicações exigidas por lei.

O Exmo Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, entidade recorrida nos autos à margem referenciados, **contesta**, alegando, em síntese:

Ao contrário do que sustenta a Recorrente, o Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, (ETAPM), consagra um regime específico para a contratação do pessoal além do quadro, o qual é influenciado, pelo princípio da liberdade negocial, que não sofre das limitações aplicáveis ao pessoal do quadro, quer no que se refere às fases de provimento e ingresso, quer no domínio das alterações ou renovações, verdadeiras vicissitudes na vida daquele vínculo jurídico-laboral.

Para os trabalhadores providos em contrato além do quadro o direito à carreira previsto no artigo 3º do Decreto-Lei n.º 86/89M, de 21 de Dezembro está excluído, apenas sendo apanágio do pessoal do quadro.

Os trabalhadores providos em contrato além do quadro apenas têm os direitos que lhe advêm do próprio contrato e do regime legal consignado para tal modalidade de provimento, salvo se, por efeito da classificação de serviço (cfr. artigos 161.º e 163.º do ETAPM) ou do tempo de serviço efectivo (cfr. artigo 156.º e n.º 1 do artigo 157.º do ETAPM),

estiverem em condições de aceder, se a Administração Pública nisso concordar e não por qualquer direito adquirido.

A Administração Pública, por força do n.º 3 do artigo 25º do ETAPM, encontra-se apenas vinculada, na situação de acordar a mudança de categoria ou de escalão dos trabalhadores providos em contrato além do quadro, a respeitar as regras de acesso nas carreiras, no sentido de que a mudança corresponda aos requisitos de tempo e de mérito previstos para os trabalhadores do quadro, conforme resulta do disposto no artigo 10.º do citado Decreto-Lei n.º 86/89/M.

O ponto crucial relativo ao acesso dos trabalhadores providos em contratos além do quadro reside na existência ou não da intenção de ambas as partes, aquando da celebração ou renovação do contrato.

Com a renovação do contrato, a Recorrente deu consentimento, aceitou as condições do contrato, das quais tinha perfeito, completo e inequívoco conhecimento, à data da renovação, e até numa fase pré-negocial conforme se infere dos artigos 3º e 4.º da p.i.

**Conclui** no sentido de que deve ser negado provimento ao recurso.

**O Digno Magistrado do MP** junto deste Tribunal emite douto **PARECER**, sustentando essencialmente o seguinte:

Começa por se pronunciar sobre a incorrecção do pedido formulado para dizer que os tribunais administrativos ou funcionando como tal, exercem uma função de controlo e não de substituição da Administração, não constituindo aqueles uma Administração de grau mais elevado, não podendo o Juiz ir além da declaração de invalidade ou

anulação do acto impugnado, daqui decorrendo que o pedido a formular apenas poderá consistir na declaração de inexistência, nulidade ou anulação do acto recorrido: qualquer outro pedido, ter-se-á como legalmente inadmissível.

No caso vertente, o pedido de substituição do despacho "...por outro que satisfaça a pretensão da recorrente de ser promovida à categoria de técnica superior principal", à luz dos princípios supra mencionados, é legalmente inadmissível, sendo que, nessa parte, deve ser, pura e simplesmente, rejeitado.

Quanto ao facto de a notificação que lhe foi efectuada do acto do presidente do IAS não conter a menção da susceptibilidade de recurso do mesmo, respectivo prazo e entidade competente para apreciação, tal não contende, não afecta a validade do mesmo. Se era válido, assim continuará a ser. No caso vertente tal matéria não assume qualquer relevância, pelo simples facto de que os únicos elementos de comunicação tidos em falta pela recorrente já não relevarem em face de se estar, na presente fase, em sede de impugnação de acto de indeferimento tácito, após recurso hierárquico entretanto interposto.

Quanto ao vício de incompetência, crê que tem razão a Recorrente, pois que, analisado o despacho da entidade ora recorrida, n.º 74/2000 de 16/10/2000, constata-se ter sido subdelegada no Presidente do IAS, além do mais, a competência para

"...5) Autorizar a mudança de escalão nas categorias das carreiras de pessoal dos quadros e do pessoal contratado além do quadro, em regime de assalariamento e de direito privado;

6) Autorizar a renovação dos contratos além do quadro, de assalariamento e de direito privado, desde que não implique alteração das condições remuneratórias ;",

nada se descortinando relativamente à matéria de mudança de categoria em questão.

Donde, **conclui** que o referido acto padece de vício de incompetência, no caso, gerador de anulabilidade do acto, pelo que se lhe afigura dever merecer provimento o presente recurso.

\*

A Recorrente não formulou alegações finais e a entidade recorrida dá por reproduzida a posição anteriormente sustentada nos autos.

\*

Foram, oportunamente, colhidos os vistos legais.

\*

## **II - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS**

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade *ad causam*.

Não há outras excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do recurso.

\*

## **III - FACTOS**

Com pertinência, tem-se por assente a factualidade seguinte:

A Recorrente interpôs recurso hierárquico, em 13 de Setembro de 2001, para o Exmº Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, da decisão do Presidente do IAS, de 31.07.01, que lhe negou provimento ao pedido de alteração de categoria.

A Recorrente iniciou funções no IAS em 14 de Novembro de 1994, em regime de contrato de assalariamento pelo período de 6 meses, como Técnica Superior de 2ª classe, 1º escalão, tendo passado, a partir do termo desse contrato (14 de Maio de 1995), a ser contratada em regime de contrato além do quadro, com a mesma categoria e escalão.

Em 14 de Maio de 1998, progrediu para a categoria de Técnica Superior de 1ª classe, tendo completado, em 14 de Maio de 2001, 3 anos nesta categoria, sempre com classificação de serviço de Muito Bom e por despacho de 11 de Maio de 2001, o seu contrato além do quadro foi renovado pelo período de um ano, com efeitos a partir de 1 de Agosto de 2001.

A Recorrente solicitou, por escrito, ao IAS a mudança de categoria para categoria imediatamente superior, vindo a ser notificada em 14.08.01 do teor do despacho de indeferimento do Exmº Presidente do IAS, exarado na informação 14/DAF/2001, que propõe o não deferimento do pedido, com o teor seguinte:

***“Acesso da (A)***

*Informação 14/DAF/2001 31/07/2001*

*1. Este Departamento recebeu em 25 de Julho um requerimento formulado pela (A), contratada além do quadro do DEP, para a revisão da sua situação sobre a*

*progressão na carreira (ver anexo I). Junto do qual foi apresentada também um parecer jurídico referente ao “Acesso ou promoção de trabalhadores contratados além do quadro” dado pela Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública.*

*2. Em 14 de Maio de 1998, a mesma progrediu para a categoria de Técnica Superior de 1ª Classe, tendo completado 3 anos nesta categoria, sempre com classificação de serviço de Muito Bom. Portanto, vem nos termos do n.º3 do artigo 25º do ETAPM pedir o acesso à categoria imediatamente superior.*

*3. Interpretando as disposições do "Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública" e o parecer jurídico em anexo, entendemos o seguinte: como a requerente é trabalhadora provida em contrato além do quadro, as regras gerais que vinculam o acesso ou promoção profissional dos trabalhadores do quadro não são aplicáveis. Para além disso, conforme o ponto 5 do parecer jurídico do SAFP, o direito à carreira é apanágio do pessoal do quadro, não se aplicando aos contratos, por um lado, e por outro, a progressão de escalão, a mudança de categoria ou a alteração do índice não decorrem automaticamente, devendo a leitura dos requisitos ou princípios gerais ser efectuada somente quando haja intenção, por parte da Administração. Isto quer dizer que, quanto ao acesso dos funcionários recrutados por forma de contrato de além do quadro, o regime aplicado a eles é diferente ao destinado aos trabalhadores do quadro. É por isso que a mudança automática de categoria ou o acesso na carreira não pode ser considerado como um "direito adquirido" mesmo que a requerente reúna os requisitos de tempo. De facto, existe urna grande diferença entre os dois regimes acima mencionados, e isto não é difícil de compreender porque o consentimento mútuo dos contraentes e o acto de celebração são indispensáveis para estabelecimento de qualquer relação contratual, portanto, pode-se dizer que a vontade de ambas as partes é o ponto chave para manutenção destas relações. Conforme o ponto 6 do parecer*

*jurídico da Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública, os trabalhadores providos em contrato além do quadro apenas têm os direitos que lhe advêm do próprio contrato e do regime legal considerando para tal modalidade de provimento. A Administração Pública encontra-se apenas vinculada, na situação de acordar a mudança de categoria ou de escalão dos trabalhadores providos em contrato além do quadro, a respeitar as regras de acesso nas carreiras. A Administração Pública deve, sem dúvida nenhuma, respeitar os princípios fundamentais, nomeadamente princípios de justiça e imparcialidade, para lidar com as questões relacionadas com a promoção do pessoal.*

*4. Face ao pedido de mudança de categoria da referida trabalhadora, é claro que para além de tomar em consideração o tempo de serviços prestados pela mesma, também deve ser ouvido o chefe a quem está subordinada imediatamente, cujo parecer constitui um factor fundamental para determinar a intenção da outra parte contraente, nomeadamente da Administração.*

*5. Hoje recebemos a resposta do Chefe do Departamento de Estudos e Planeamento (anexo 2) que diz assim : A performance da técnica superior em questão nas tarefas que lhe são incumbidas é boa, não satisfazendo contudo o critério exigido para ser avaliada como “excepcionalmente excelente”, pelo que não se propõe o deferimento do pedido da mudança de categoria da requerente.*

*À consideração superior.*

*O Chefe do DAF*

*Zhang Hongxi”*

O parecer que incidiu sobre esta informação, por parte do respectivo Chefe de Departamento foi o seguinte:

**“Parecer :**

*Estou de acordo com o ponto de vista do Sr. Zhang, Chefe Departamento, exposto nesta informação.*

*É certo que o acesso dos trabalhadores contratados por contrato além do quadro deve proceder segundo o ETAPM. Sempre que haja proposta de acesso, temos que pôr em consideração o tempo de serviço prestado pelo trabalhador, bem como o “desempenho real” das suas funções que é um factor essencial.*

*Como o chefe a que esta trabalhadora está directamente subordinada, achar que a mesma ainda não reuna as condições para o acesso, não é necessário que este Instituto promover especialmente esta trabalhadora.*

31.07.2001

*Long Kóng Io”*

E o despacho do Exmo Presidente do IAS:

**“Despacho :**

*Visto.*

*Sintetizando as opiniões dos chefes de departamento, mantém-se inalterável a situação do contrato da referida trabalhadora.*

*Aquando do tratamento deste caso, este Instituto procurou sempre respeitar os princípios de justiça e de imparcialidade. Depois de ter esta informação traduzida comunique à trabalhadora.*

31-07-2001

*O Presidente : Ip Peng Kin”*

#### IV - FUNDAMENTOS

1. A natureza do presente recurso e individualização do seu objecto não se compagina com os diversos pedidos formulados, a saber:

- anulação do acto recorrido por violação dos artigos 10º, n.º1, do Decreto-Lei nº 86/89/M, de 21 d Dezembro, 25º, n.º 3 e 47º, n.º 7 do ETAPM, bem como dos princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade;

- sua substituição por outro de modo a satisfazer a pretensão da Recorrente de ser promovida à categoria de Técnica Superior Principal; ou, subsidiariamente,

- declaração de nulidade do acto recorrido por incompetência do seu autor;

- declaração de ineficácia do acto recorrido, por violação do disposto no artigo 70º do C.P.A., ordenando-se novamente a sua notificação agora com inclusão de todas as indicações exigidas por lei.

O artigo 20º do C.P.A.C. é claro e prevê tão somente que *“excepto disposição em contrário, o recurso contencioso é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou existência jurídica”*.

Trata-se de um recurso de mera legalidade, pretendendo-se com tal expressão significar que não deve o juiz entrar na apreciação do mérito ou demérito da decisão administrativa, mas tão somente apreciar se o acto praticado enferma de algum vício que o fira de invalidade, entendida esta

no seu sentido mais amplo. Não se está perante um contencioso de plena jurisdição, onde seja permitido ao particular interessado formular um pedido de reposição do direito ou restauração da ordem jurídica violada, salvaguardadas as excepções previstas na lei (cfr. art. 20º do CPAC), nomeadamente nas situações previstas no artigo 24º, nº1 do CPAC.

Não é assim possível, em regra, deduzir um pedido de revogação ou substituição do acto recorrido, condenando a Administração a praticar um acto contrário àquele que constitui o objecto imediato do recurso e é à própria Administração que compete integrar a ordem jurídica eventualmente violada.<sup>1</sup>

Daqui decorre que subsistem apenas os pedidos de invalidação do acto, seja por via da invocada anulabilidade, por violação de lei ou princípios, seja por via da nulidade decorrente da incompetência imputada ao autor do acto recorrido.

2. Delimitado que se encontra assim o objecto do recurso - anulação do acto recorrido que se traduziu no acto de indeferimento tácito produzido na sequência de recurso hierárquico interposto para o Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura da decisão do Presidente do Instituto de Acção Social, de 13/07/01, que negou à Recorrente provimento ao pedido de alteração de categoria profissional -, importa hierarquizar a ordem de conhecimento daqueles vícios.

3. Previamente, contudo, não se deixa de aludir à irregularidade

---

<sup>1</sup> - Marcello Caetano, *in* Manual de Dto Adm., 1972, II, 1305.

procedimental decorrente da deficiente notificação.

Alega a Recorrente que a notificação do despacho do Presidente do IAS, não observou o disposto no artigo 70º do CPA, no que respeita ao conteúdo da notificação, carecendo de qualquer indicação sobre o órgão competente para apreciar a impugnação do acto e o prazo para esse efeito, bem como a indicação de o acto ser ou não susceptível de recurso contencioso, pelo que o referido acto seria ineficaz.

Ora se é verdade que a falta de indicação dos elementos referidos não afecta a validade final do acto, acontecendo tão somente que este não produzirá efeitos enquanto o interessado os não conhecer na íntegra, carecendo, portanto, de eficácia externa, não é menos certo que tal questão se mostra neste momento prejudicada, não tendo constituído óbice ao recurso hierárquico entretanto entreposto e ao accionamento do mecanismo processual conducente à interposição do recurso do indeferimento tácito subsequente.<sup>2</sup>

4. Entre os dois vícios acima referidos e que vêm assacados ao acto recorrido qual se deve conhecer em primeiro lugar?

Tem-se defendido neste Tribunal<sup>3</sup> de que, ressalvando sempre

---

<sup>2</sup> - Santos Botelho, Pires Esteves e Cândido de Pinho, *in* Código de Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, 2000, 324 e Lino Ribeiro e Cândido de Pinho, *in* Código de Procedimento Adm. de Macau, 1998, 428.

<sup>3</sup> - Ac. TSI nº 1254, de 30 de Janeiro de 2003  
- Ac. Do TSI de 16/3/2000, *in* Ac. Do TSI, 2000, 106  
- Ac STA de 13/12/86, *in* AD, 317, 565

situações específicas – v.g. situações que possam dar lugar à renovação do processo administrativo – a regra é a de que deve ser apreciado prioritariamente o vício de violação de lei de fundo, em relação ao vício de forma, na medida em que este último não determine o esclarecimento quanto ao erro nos pressupostos de facto e de direito<sup>4</sup>, dentro do critério da mais estável ou eficaz tutela dos interesses ofendidos para que aponta o art. 74º, nº3, a) da LPTAF.

No caso *sub judice* encontramos-nos perante um vício de violação de lei e perante um vício de incompetência relativa em razão da hierarquia geradora de anulabilidade e não de nulidade como propugna a Recorrente<sup>5</sup> - art. 114º, nº2 – b) e 116º do C.P.A. E a concluir-se que a entidade recorrida carecia de poderes para a prática daquele acto, então, conhecendo-se da incompetência daquele órgão, está aquele órgão impedido de praticar acto renovável, o que prejudica a análise da questão relativa à violação de lei, traduzida no facto de ter negado provimento ao pedido de alteração de categoria por alegada falta de preenchimento dos requisitos necessários. Isto é, então já não importaria, nem sequer a título meramente indicativo, analisar dos requisitos necessários para a alteração da categoria pretendida e se o respectivo regime é ou não aplicável aos agentes contratados além do quadro, porquanto essa apreciação há-de ser feita por outra entidade. A tal entendimento não obsta a evolução ocorrida na jurisprudência no sentido de privilegiar o conhecimento prioritário dos

---

- Ac. TSI de 28/11/2002, proc. 172/2000

<sup>4</sup> - Ac. STA de 8/7/93, in AD 385,8

<sup>5</sup> - Freitas do Amaral, in “Curso de Dto Adm., 2002, 388

vícios concernentes à *legalidade interna* em detrimento dos *vícios extrínsecos*, havendo que entender tal orientação em termos hábeis, em função das circunstâncias concretas do caso em apreciação.<sup>6</sup>

5. Estava em causa um pedido de progressão na carreira formulado pela Recorrente, contratada em regime de assalariamento, como técnica do Instituto de Acção Social, tendo a mesma, anteriormente, progredido já para a categoria de Técnica superior de 1ª Classe. Pretendia a Requerente ascender à categoria de Técnica Superior Principal e foi esse seu requerimento indeferido pelo Exmo Sr. Presidente do IASM.

A questão que ora se cura, num primeiro momento, é a de saber se aquela entidade - Presidente do Instituto de Acção Social - tinha competência para decidir sobre aquela promoção de carreira que lhe era solicitada.

É questão solicitada pela parte recorrente e que a entidade recorrida, na sua contestação ou alegações, silenciou.

É do seguinte teor o despacho de subdelegação de competências do Exmo Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura nº 74/2000 de 16 de Outubro de 2000:

“1. É subdelegada na presidente do Instituto Cultural, licenciada Ho Lai Chun da Luz, a competência para a prática dos seguintes actos:

- 1) Assinar os diplomas de provimento;
- 2) Conferir posse e receber a prestação de compromisso de honra;

---

<sup>6</sup> - Santos Botelho, *in* “Contencioso Administrativo”, 2002, 485

3) Conceder licença especial e licença de curta duração e decidir sobre acumulação de férias, por motivos pessoais ou por conveniência de serviço;

4) Autorizar a nomeação provisória e a recondução e converter as nomeações provisórias ou em comissão de serviço em definitivas;

5) Autorizar a mudança de escalão nas categorias das carreiras de pessoal dos quadros e do pessoal contratado além do quadro, em regime de assalariamento e de direito privado;

6) Autorizar a renovação dos contratos além do quadro, de assalariamento e de direito privado, desde que não implique alteração das condições remuneratórias;

7) Conceder a exoneração e rescisão de contratos além do quadro, de assalariamento e de direito privado, nos termos legais;

8) Outorgar, em nome da Região Administrativa Especial de Macau, em todos os contratos além do quadro, de assalariamento e de direito privado;

9) Assinar os diplomas de contagem e liquidação de tempo de serviço prestado pelo pessoal do Instituto Cultural;

10) Autorizar a prestação de serviço em regime de horas extraordinárias ou por turnos;

11) Autorizar a recuperação do vencimento de exercício perdido por motivo de doença;

12) Autorizar a apresentação de funcionários e agentes e seus familiares às Juntas Médicas, que funcionem no âmbito dos Serviços de Saúde;

13) Autorizar a atribuição de prémios de antiguidade e dos subsídios previstos no ETAPM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, ao respectivo pessoal, nos termos legais;

14) Determinar deslocações de funcionários e agentes, de que resulte direito à percepção de ajudas de custo por um dia;

15) Autorizar a participação de funcionários e agentes em congressos, seminários, colóquios, jornadas e outras actividades semelhantes, quando realizados na Região Administrativa Especial de Macau ou, quando realizados no exterior, nas condições referidas na alínea anterior;

16) Autorizar a restituição de documentos que não sejam pertinentes à garantia de compromissos ou execução de contratos com a Região Administrativa Especial de Macau;

17) Autorizar o seguro de pessoal, material e equipamento, imóveis e viaturas;

18) Outorgar, em nome da Região Administrativa Especial de Macau, em todos os instrumentos públicos, relativos a contratos que devam ser lavrados no Instituto Cultural e que sejam precedidos de concurso superiormente autorizado;

19) Autorizar a informação, consulta ou passagem de certidões de documentos arquivados no Instituto Cultural, com exclusão dos excepcionados por lei;

20) Assinar o expediente dirigido a entidades e organismos da Região Administrativa Especial de Macau e do exterior, no âmbito das atribuições do Instituto Cultural.

2. É também subdelegada na presidente do Instituto Cultural a competência para a prática dos seguintes actos específicos deste Instituto:

1) Deferir os pedidos de licenciamento da produção e realização de filmagens, nos termos do **Decreto-Lei n.º 31/93/M**, de 28 de Junho;

2) Outorgar em todos os actos e contratos respeitantes à implementação de projectos especiais, nomeadamente do Festival de Artes de Macau e do Festival Internacional de Música de Macau, desde que hajam sido, devida e previamente, autorizados e os seus orçamentos superiormente aprovados.

(...)"

Quanto às carreiras de pessoal, apenas se prevê na al. 5) do nº1 a autorização de “mudança de escalão nas categorias das carreiras de pessoal dos quadros e do pessoal além do quadro” e já não a mudança de categoria, como se pretendia.

A *categoria* é uma espécie profissional dos agentes de serviço público ou classes de uma espécie profissional comum à generalidade dos serviços públicos ou privativa de certo serviço, quadro ou grupo,

respeitante a lugares de certo grau, que possui estreita relação com as habilitações literárias ou profissionais e a que corresponde um mesmo vencimento em sentido estrito.<sup>7</sup>

E em cada categoria existe um conjunto de posições remuneratórias, designadas por *escalões*, às quais os funcionários vão acedendo à medida que perfazem determinados módulos de tempo, acompanhados de uma classificação de serviço não inferior a *Bom*(art. 11º,nº1 do DL nº86/89/M). O escalão é a posição salarial dentro de um grau ou de uma carreira horizontal – art. 4º do cit. DL.

*“Ao direito subjectivo do funcionário de progressão na categoria corresponde o dever jurídica da Administração de, verificados os respectivos requisitos, proceder à mudança de escalão e autorizar o processamento do abono correspondente ao novo índice, obrigação esta que é de cumprimento oficioso(art. 11º,nº4 do DL nº 86/89/M)”*.<sup>8</sup> Mas para além deste estímulo de acréscimo salarial, permite-se ainda a promoção na carreira que é o mecanismo que permite um estímulo acrescido e que consiste na mudança de um funcionário ou agente para a categoria imediatamente superior da respectiva carreira, tratando-se por isso de uma progressão vertical na hierarquia da Administração.<sup>9</sup>

Trata-se pois de realidades diferentes e com efeitos e motivações substancialmente diferenciadas, não se podendo pretender que a subdelegação dos poderes de autorização de mudança de escalão abarque

---

<sup>7</sup> - João Alfaia, in “Dicionário da Administração Pública”, 1990, II, 303

<sup>8</sup> - José António Pinheiro Torres, in “Regulação Jurídica do Emprego Público em Macau”, 2000,124

<sup>9</sup> - José A. Pinheiro Torres, ob. cit., 125

os de progressão na carreira.

Por outro lado se observarmos as competências próprias do Presidente do IAS, decorrentes do artigo 7º do DL 24/99/M de 21 de Junho logo se verifica que ele não tinha competência para decidir sobre a promoção na categoria de um funcionário, cabendo-lhe apenas no âmbito da gestão do pessoal “... gerir o pessoal do IASM, propondo a sua nomeação e contratação, decidir sobre a sua afectação aos diversos serviços e exercer, nos termos da lei, o poder disciplinar;” – al. c) do nº1 do art. 7º do supra citado diploma legal.

Daqui resulta que o Presidente do IAS apenas podia autorizar a mudança de escalão e não já a de categoria na medida em que a subdelegação de poderes não autorizava a prática daquele acto.

O que se verifica, no entanto, é que a Recorrente interpôs recurso hierárquico que não se pode deixar de considerar necessário para a entidade que tinha efectivamente competência para autorizar a mudança de categoria, no caso, o Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura.

Acontece que esta entidade permaneceu silente, pelo que há que retirar, desse silêncio, as necessárias consequências, aferidas estas em termos dos efeitos jurídicos produzidos por via daquele silêncio. E os efeitos que relevam são os do indeferimento, imputado este à Administração na pessoa da entidade ora recorrida, ou seja, o órgão de que cabe o presente recurso contencioso pelo indeferimento tácito.

Esses efeitos, qualquer que seja a perspectiva que se tenha do indeferimento tácito - acto administrativo *tout court*, ficção legal de acto

administrativo ou pressuposto de recurso<sup>10</sup> - resultam de acto ou omissão do mesmo, de quem era competente para tal, podendo sempre pronunciar-se em sentido diferente do órgão que, a montante, praticou um acto sem poderes para tanto.

Entende-se assim que esse vício de incompetência relativa estará sanado por via do recurso hierárquico entretanto interposto, na medida em que a Administração, por via do órgão competente, foi chamada a pronunciar-se definitivamente e se o não fez teve sempre oportunidade de o fazer.

Poder-se-á dizer que se limita a possibilidade de arguição de um vício próprio do acto administrativo, o que não admira, face à especificidade própria do indeferimento tácito, sendo consabido que, por exemplo, também neste âmbito e por causa desta especificidade está afastada a possibilidade de arguição do vício de falta de fundamentação.<sup>11</sup> Só que tal limitação é apenas formal, na medida em que ao esgotar-se a via hierárquica necessária deixará de haver incompetência.

Nesta conformidade, conclui-se que a alegada incompetência quanto à apreciação do pedido de progressão na carreira se mostra sanada.

6. A Recorrente invoca que houve violação de lei na actuação recorrida porquanto terá violado manifesta e notoriamente o disposto nos dos artigos 10º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 86/89/M, de 21 de Dezembro, 25º,

---

<sup>10</sup> - Freitas do Amaral, ob. cit. 333 a 336

<sup>11</sup> - Freitas do Amaral, ob. cit., 332

n.º3 e 47º, n.º 7 do ETAPM, tanto mais que a Recorrente não devia ter um tratamento diferente do pessoal do quadro pelo facto de o seu regime ser o de contratada.

Importa apreciar.

O Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, (ETAPM), consagra um regime específico para a contratação do pessoal além do quadro, previsto nos seus artigos 25º e 26º, regime que é influenciado, pelo princípio da liberdade negocial, mas que *“deve respeitar os requisitos gerais de provimento, ingresso, progressão e acesso nas carreiras, com excepção do concurso, não podendo infringir o disposto para a generalidade dos funcionários em matéria de remunerações, direitos e regalias”* (art. 25º, nº3 do ETAPM).

Para os trabalhadores providos em contrato além do quadro o direito à carreira previsto no artigo 3º do Decreto-Lei n.º 86/89M, de 21 de Dezembro, diploma para que o artigo 3º do ETAPM remete, está excluído, apenas sendo apanágio do pessoal do quadro, o que bem se compreende, vista a precariedade que caracteriza aquele regime. Os trabalhadores providos em contrato além do quadro apenas têm os direitos que lhe advêm do próprio contrato e do regime legal consignado para tal modalidade de provimento, salvo se, por efeito da classificação de serviço (cfr. artigos 161.º e 163.º do ETAPM) ou do tempo de serviço efectivo (cfr. artigo 156.º e n.º 1 do artigo 157.º do ETAPM), estiverem em condições de aceder, se a Administração Pública nisso concordar e não por qualquer direito adquirido.

O n.º 7 do artigo 47.º do ETAPM (na redacção que lhe foi dada

pelo Decreto-Lei n.º 62/98/M, de 28 de Dezembro) é uma norma que deve ser vista em conjugação com o art. 10º do Regime das Carreiras (Dec.-Lei 86/89/M de 21/Dez.) e que estabelece as condições para o acesso a grau superior de cada carreira, por onde passa, em regra, a realização do concurso. Pretende-se aí proteger o direito à carreira, abrindo a possibilidade de acesso aos funcionários que estejam nessas condições.

Ora, a interpretação que se há-de fazer do n.º 3 do artigo 25º do ETAPM, é a de que a Administração se encontra apenas vinculada, na situação de acordar a mudança de categoria ou de escalão dos trabalhadores providos em contrato além do quadro, a respeitar as regras de acesso nas carreiras, no sentido de que a mudança corresponda aos requisitos de tempo e de mérito previstos para os trabalhadores do quadro, conforme resulta do disposto no artigo 10.º do citado Dec.-Lei n.º 86/89/M. E nessas regras incluem-se, não só requisitos objectivos, como requisitos que dependem da apreciação do mérito dos candidatos que pretendam ascender a uma categoria superior.

E se é certo que se o legislador estendeu o princípio da equiparação dos contratados além do quadro ao regime geral quanto aos requisitos gerais de progressão e acesso nas carreiras com a alteração da redacção do aludido n.º 3 do artigo 25º do ETAPM, por força da redacção dada pelo art. 1º do Dec.-Lei 62/98/M de 28/Dez., - quando anteriormente essa equiparação abrangia apenas o provimento e ingresso, devendo respeitar as remunerações, direitos e regalias -, não é menos certo que se exclui dessa equiparação o concurso e assim a forma de aferir a capacidade para o desempenho das novas funções, para além da antiguidade e da classificação de serviço.

Como está bem de ver, o artigo 25º, nº3 do ETAPM não pode ser interpretado no sentido de conferir maiores vantagens aos contratados no acesso às categorias de grau superior e dispensá-los de qualquer aferição da sua capacidade para o desempenho correspondente à categoria a que se pretende ascender, quedando-se a equiparação em relação aos requisitos objectivos, tais como sejam a antiguidade e a classificação de serviço.<sup>12</sup>

Como diz e bem a entidade recorrida “A Administração pode autorizar o acesso - sem concurso – e a progressão aos contratados além do quadro, todavia, tal progressão e acesso não operam de forma automática, ainda que nada obsta a que a Administração proceda de molde a que tal automatismo possa na prática verificar-se. Mais, a Administração pode aquando da celebração ou renovação do contrato decidir, conforme as situações reais, nomeadamente o desempenho do trabalhador e a situação financeira do Instituto de Acção Social, se é oportuno ou conveniente promover o acesso dos trabalhadores providos em contrato além do quadro. Ou seja, no âmbito de acesso, a Administração possui um poder discricionário.”

Nesta conformidade, resulta claramente do despacho do Senhor Presidente do IAS cujo recurso hierárquico se presume ora indeferido pela entidade recorrida, bem como dos pareceres em que se louva, que houve uma apreciação do desempenho real da interessada, para além dos critérios

---

<sup>12</sup> - O Ac. de Uniformização de Jurisprudência nº1/D/96 do Tribunal de Contas, de 26/Nov./96, Rev. do TC, 1996, Ano II, nº III, precursor da alteração legislativa referida no texto, é bem elucidativo, ao contemplar a equiparação no âmbito do requisito relativo a dado prazo com boas informações num certo escalão para progressão nas carreiras verticais.

relativos à antiguidade e à classificação de serviço. E a atestá-lo, exactamente essa expressão tão contestada “*excepcionalmente excelente*”, que não se encaixa em qualquer parâmetro classificativo previsto no ETAPM, mas que não pode deixar de ser interpretada, no caso, como correspondente àquela avaliação sobre a adequação para o desempenho das funções respeitantes à categoria superior, avaliação essa que se insere, como se viu, nos poderes discricionários da Administração e que não cabe a este Tribunal sindicar.

Conclui-se, assim, pela inexistência de vício de violação de lei.

## **V - DECISÃO**

Pelas apontadas razões, acordam em **negar provimento ao recurso.**

Custas pela Recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 6 Ucs.

Macau, 27 de Março de 2003,

***João A. G. Gil de Oliveira (Relator) – Chan Kuong Seng – Lai Kin Hong***  
***Magistrado do M<sup>o</sup>. P<sup>o</sup>. presente - Victor Manuel Carvalho Coelho***