

Recurso n° 213/2003

Data : 26 de Fevereiro de 2004

Assuntos: - Provimento dos trabalhadores de função pública
- Residente permanente
- Situações excepcionais
- Funcionários ou agentes públicos portugueses

SUMÁRIO

1. É um dos requisitos gerais para o desempenho de funções públicas a residência permanente na RAEM, salvo na situação excepcional em que a lei permite a residência não permanente.
2. A Lei Básica permite que no caso excepcional pode nomear portugueses e outros estrangeiros de entre os funcionários e agentes públicos que tenham anteriormente trabalhado em Macau, ou que sejam portadores do Bilhete de Identidade de Residente Permanente da Região Administrativa Especial de Macau, para desempenhar funções públicas a diferentes níveis, exceptuando as previstas nesta Lei.
3. Os residentes permanentes da Região Administrativa Especial de Macau incluem os portugueses que tenham residido habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, e aí tenham o seu domicílio permanente.
4. Quanto ao provimento, o ETAPM distingue duas formas o de nomeação e o de contrato.

A nomeação é a forma de provimento do pessoal do quadro e pode revestir as modalidades de nomeação provisória ou definitiva, em comissão de serviço e de interina, enquanto o contrato são o além do quadro e o assalariamento.

5. A situação excepcional prevista no artigo 98º envolve os trabalhadores da função pública, que manterão o seu status quo, “os seus vínculos funcionais” e continuarão a trabalhar “com vencimento, subsídios e benefícios não inferiores aos anteriores ...”, sejam da forma de nomeação, sejam de contrato, indiscriminando os residentes permanentes e não permanentes.
6. As situações previstas no artigo 99º têm a ver com o novo provimento da administração da RAEM, após o seu estabelecimento, ou pela forma de nomeação ou por forma de contrato, tendo em conta as respectivas situações.

Primeiro, aqueles que não tenham trabalhado como funcionários, mas sejam portadores do Bilhete da Identidade de Residência permanente;

Segundo, funcionários e agentes públicos que tenham trabalhado em Macau.

7. A Lei Básica não pretendeu, limitar-se a expressão referida no artigo 99º nº 1 o “公務人員” aos funcionários e excluir os agentes públicos, mas, ao contrário, abranger todos os trabalhadores na Administração da função pública.
8. Na data da admissão como candidata da recorrida não tinha obtido a qualidade de “residente permanente”, mas sim apenas “residente não permanente”, nos termos do artigo 24º da Lei Básica.

O Relator,

Choi Mou Pan

Recurso n.º 213/2003

Recorrente : Conselho de Administração do IACM (民政總署管理委員會)

Recorrida: (A)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

O Instituto para os Assuntos Cívicos e Municipais recorre da sentença do Tribunal Administrativo que, em provimento do recurso contencioso interposto por (A), anulou a sua deliberação de 10 de Maio de 2002 que declarou a nulidade da deliberação por si tomada em sessão de 26 de Fevereiro de 2002, apenas no que respeita à nomeação da Licenciada (A).

Assim concluiu as suas alegações:

1. A Licenciada (A), não era, à data da abertura do concurso para o lugar de técnico superior de 2ª classe, 1º escalão, do quadro de pessoal da extinta Câmara Municipal de Macau Provisória (CMMP), residente permanente da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM).
2. Este facto conduziu a quo o IACM, que sucedeu à CMMP nos direitos e obrigações por eles assumidos, tivesse declarado nulo o provimento da Licenciada (A) porquanto a mesma não

possuía, à data de apresentação da sua candidatura a concurso, o requisito estabelecido no artigo 97º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau de residente permanente, para efeitos de provimento na condição de funcionário. Dispositivo que, como tem sido defendido por várias doutrinas administrativas, se deve considerar conjugável com o artigo 10º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (ETAPM), para efeitos de se determinar quais os requisitos gerais de provimento para o desempenho de funções públicas, após a reassunção do exercício da soberania de Macau pela República Popular da China.

3. Do recurso por esta intentado junto do Tribunal Administrativo (TA), resultou a nulidade da deliberação do Conselho de Administração do IACM, fundada em inconstitucionalidade, entendendo o Meritíssimo Juiz do Tribunal Administrativo que o IACM emitiu um juízo de desconformidade inconstitucional que lhe está vedado, já que por força do artigo 143º da Lei Básica só o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional e os Tribunais da RAEM têm o poder de proceder à interpretação da Lei Básica e, ainda, que deixou de cumprir uma lei mesmo que ela seja tida por inconstitucional.
4. É este juízo de inconstitucionalidade, e os fundamentos invocados para sustentar o mesmo, que estão agora em causa e que o IACM contesta.

5. Em primeiro lugar porque, ao contrário do que se afirma na sentença ora recorrida, o IACM não afastou a aplicação de qualquer norma, antes se limitou a interpretar uma norma de hierarquia inferior, a alínea a) do artigo 10º do ETAPM, de harmonia com a nova realidade constitucional representada pelo artigo 97º da Lei Básica, seguindo o entendimento pacífico na doutrina da superioridade do direito constitucional e da obrigatoriedade de conformidade de todos os actos do poder político com as normas e princípios constitucionais, do que resulta que nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade e hierarquia superiores e que nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade e ineficiência. Ora o IACM seguiu a visão e pensamento doutrinário que vê na norma constitucional, em sentido material, o fundamento da ordem jurídica vigente e o critério último da interpretação.
6. Em seguida, porque o entendimento do TA vai no sentido de só ser possível proceder-se, neste e em casos semelhantes, a interpretação autêntica das normas, posição que o IACM, sustentado em várias teses doutrinárias, também vivamente contesta.
7. No que se refere especificamente à inconstitucionalidade que, de harmonia com o TA, fere a decisão do IACM, verifica-se

que é logo o artigo 11º da Lei Básica a prever expressamente que é adoptada na RAEM toda a legislação previamente vigente em Macau, excepto no que contrarie a Lei básica.

8. No mesmo sentido apontam o n.º 5 do artigo 3º da Lei de Reunificação (Lei n.º 1/999) e o n.º 5 da Decisão do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional, relativa ao tratamento das leis previamente vigentes em Macau, de acordo com o disposto no artigo 145º da Lei Básica, publicada no Boletim Oficial n.º 1, I Séria, de 20 de Dezembro de 1999, isto é, a necessidade de adaptação e conformação da legislação vigente aos ditames da Lei Básica após a data do estabelecimento da RAEM, o que supõe quanto à legislação que não contrarie frontalmente a Lei Básica, a sua adopção, enquanto não for elaborada nova legislação, tratando-se as questões nela reguladas de acordo com os princípios constantes da Lei Básica, isto é, procedendo-se às necessárias alterações, adaptações, restrições ou excepções a fim de se conformar com o estatuto de Macau após a reassunção do exercício da soberania pela República Popular da China bem como com o texto e o espírito da Lei Básica.
9. Como tal, face ao disposto no artigo 97º da Lei Básica, a previsão constante da alínea a) do artigo 10º do ETAPM deve ser adaptada, considerando-se substituído o requisito da nacionalidade portuguesa ou chinesa pelo requisito da residência permanente, adaptação que encontra fundamento,

desde logo, no princípio fundamental da Lei Básica (Macau governado pelas suas gentes), concretizado nos artigos 3º, 26º, 46º, 57º, 63º, 68º, 72º, 88º e 90º da Lei Básica.

10. Assim interpretada a norma, e feita a sua adaptação, o provimento com preterição do requisito da residência permanente é nulo, por força do disposto no n.º 2 do artigo 16º do ETAPM.
11. E o requisito da residência permanente, constante do já citado artigo 97º da Lei Básica, é um requisito essencial para o exercício de funções públicas, constituindo os artigos 98º e 99º exceções com alcance muito específico.
12. O artigo 98º garantindo “as condições de exercício das funções” para os funcionários e agentes públicos que originalmente exerciam funções em Macau, bem como o direito às pensões de sobrevivência e aposentação tem manifesto carácter transitório e visa resolver o problema da transição de funcionários e agentes, no momento do estabelecimento da RAEM, cometendo aos órgãos competentes o poder de manter ou não os funcionários públicos em exercício de funções em Macau, designadamente os que não são seus residentes permanentes. O artigo 99º, estabelecendo as condições de nomeação e contratação de portugueses e outros estrangeiros concretiza a faculdade entreaberta pela Lei Básica e pela Declaração Conjunta Luso-Chinesa sobre a

Questão de Macau, de a RAEM poder contratar com não-residentes para satisfazer as suas necessidades de recrutamento, o que é consentâneo com o princípio da manutenção da maneira de viver anteriormente existente, consagrado no artigo 5º da Lei Básica.

13. Esta possibilidade estava já prevista no segundo parágrafo do ponto VI do Anexo I da Declaração Conjunta que o artigo 99º da Lei Básica reproduz.
14. Deste modo, o IACM não só não violou a Lei Básica, como tal não cometeu qualquer inconstitucionalidade, como cumpriu escrupulosamente os ditames da mesma.
15. Como tal, face ao disposto no artigo 629º do Código de Processo Civil, deve ser modificada a sentença do Tribunal Administrativo, sendo confirmada a deliberação do IACM que declarou nulo o provimento da Licenciada (A), uma vez que esta não possuía o requisito da residência permanente, o que contraria o disposto no artigo 97º da Lei Básica, bem como a alínea a) do artigo 10º do ETAPM.

Notificada do recurso, contra-alegou a recorrida.

Nesta instância, o Digno Magistrado do Ministério Público apresentou o seu douto parecer:

“Vem o Instituto para os Assuntos Cívicos e Municipais recorrer da douta sentença do Tribunal Administrativo de 7/5/03 que declarou nula a deliberação do Conselho de Administração daquele Instituto de 10/6/02 que havia declarado nula a nomeação de (A) para o lugar de técnico superior de 2a classe, 1º escalão, do quadro de pessoal da extinta Câmara Municipal de Macau Provisória, argumentando, em síntese, que, ao contrário do entendido naquela sentença, com a citada deliberação não foi cometida qualquer inconstitucionalidade, tendo-se, pelo contrário, cumprido escrupulosamente os ditames da L.B.RAEM, razão por que entende ser a mesma de manter.

Pese embora entendermos não ter sido propriamente por qualquer assacada inconstitucionalidade que o Meritíssimo Juiz “a quo” declarou a nulidade em causa, cremos que, para o que efectivamente importa, ou seja, quanto à legalidade do acto em crise, assistirá razão à recorrente.

Nos termos do art. 8º da LBRAEM “As leis, os decretos-lei, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei...”, apontando no mesmo sentido da necessidade de adaptação e conformação da legislação vigente aos ditames daquela Lei Fundamental, o nº 5 do art. 3º da Lei de Reunificação e o nº 5 da decisão do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional relativa ao tratamento das leis previamente vigentes em Macau (art. 145º L.B.RAEM).

Desta forma, após a data do estabelecimento da RAEM, a

legislação previamente vigente em Macau será adoptada, conquanto não contrarie a Lei Básica e enquanto não for elaborada nova legislação, tratando-se das questões nela reguladas de acordo com os princípios constantes da Lei Fundamental, procedendo-se, conseqüentemente, às alterações, restrições, adaptações e excepções que, naqueles parâmetros, se justifiquem.

Neste contexto, afigura-se-nos inequívoco que quer o item de “nacionalidade portuguesa ou chinesa”, quer o de “residência no Território de Macau” contemplados respectivamente nas alíneas a) e f) do art. 10º do ETAPM enquanto requisitos gerais para o desempenho de funções públicas, haverão que, por força do contemplado no art. 97º da L.B., ter-se por substituídos pela “residência permanente” na Região, revelando-se tal adaptação a mais consentânea, quer com os termos específicos da própria norma em questão, quer, como bem acentua a recorrente com o princípio fundamental de “Macau governado pelas suas gentes” com concretização em variadíssimos preceitos da L.B., por aquela também assinalados.

O preceituado no art. 99º daquele diploma reporta-se nitidamente a situações de excepção, com alcance muito preciso e específico, estabelecendo as condições de nomeação (mais propriamente de “contratação”) de portugueses e outros estrangeiros de entre os funcionários e agentes públicos que tenham anteriormente trabalhado em Macau, concretizando-se, desta forma, a possibilidade de contratar com não residentes para satisfação de necessidades prementes de recrutamento.

No caso, a recorrida, de nacionalidade portuguesa, entrou em Macau pela primeira vez em 24/2/95, sendo contratada em 2/5 desse mesmo ano pelo então Leal Senado, em regime de contrato além do quadro, com a categoria de técnico superior de 2º classe, 1a escalão, contrato sucessivamente renovado, com a alteração de categoria até 12/4/02.

Apresentou a sua candidatura ao concurso comum de ingresso para o preenchimento de 4 vagas de técnico superior de 2a classe, 1º escalão, aberto por deliberação de 29/9/00 da então Câmara Municipal Provisória, sendo que no aviso de abertura de tal concurso se referia expressamente poderem “...candidatar-se todos os indivíduos vinculados ou não à função pública, que reúnem os requisitos gerais para o desempenho de funções públicas definidos no art. 10º do ETAPM e se encontrem habilitados com licenciatura”.

Tal como já frisamos, temos por inequívoca a necessidade, perante o preceituado no art. 97º da L.B., da substituição dos requisitos “nacionalidade portuguesa ou chinesa” e “residência no Território de Macau”, contemplados, respectivamente nas alíneas a) e f) do nº 1 do art. 10º ETAPM, pelo de “residência permanente”, afigurando-se-nos, pois claro que na falta evidente de tal requisito aquando da apresentação da sua candidatura, a deliberação do júri que admitiu a recorrida na lista provisória ficou eivada de vício que a fulmina com nulidade, forma de invalidade que, pela sua própria natureza, acabaria por inquinar todo o processo até ao acto em questão, ou seja, a deliberação do CA do IACM de 26/2/02 que a nomeou provisoriamente.

É bem verdade de à data de tal provimento a recorrida já seria residente permanente da RAEM: porém, como é evidente, sendo nula e de nenhum efeito a sua admissão ao concurso, nulo se revelará também aquele provimento, não se vendo que em processo concursal do género do que aqui nos ocupa possa ser provido no lugar quem nem sequer foi admitido a concurso...

Finalmente, não vemos que pelo facto de não terem ainda sido revogadas expressamente os preceitos contidos na citadas alíneas a) e f) do art. 10º do ETAPM, a Administração não possa deixar de as cumprir e aplicar, sob pena de, como parece concluir o Mmo juiz “a quo” afrontar o princípio da legalidade a que está submetida.

Desde logo, encontramos-nos face a direito ordinário anterior à Lei Básica. E, é esta mesma, designadamente no seu art. 8º quem expressamente determina que apenas se manterão os actos normativos previamente vigentes em Macau que não contrariem esta Lei.

Donde, entendermos que a não aplicação pela Administração das normas em causa resulta não de um mero juízo de valor, uma opinião hipotética, imprecisa de inconstitucionalidade, a carecer de declaração prévia pelos órgãos jurisdicionais competentes, mas sim de efectiva e ostensiva caducidade daquelas normas em face do preceituado na Lei fundamental, pelo que se apresenta a deliberação em questão como respeitadora dos ditames legais, sendo consequentemente de manter.

Daí que se nos afigure ser de revogar a douta sentença em crise.

Cumprir decidir.

Foram colhidos os vistos legais dos Mm^{os} Juizes-Adjuntos.

Releva para a decisão a seguinte matéria de facto, que tinha sido dada por assente pelo Tribunal a quo e não sofreu qualquer oposição:

- a. A recorrente, de nacionalidade portuguesa, entrou em Macau pela primeira vez em 24 de Fevereiro de 1995 e em 2 de Maio desse ano foi contratada pelo então Leal Senado, em regime de contrato além do quadro, com a categoria de técnica superior de 2^o classe, 1^o escalão, índice 430, contrato que foi sucessivamente renovado, com alteração de categoria, até 12 de Abril de 2002 (cfr. doc. de fls. 206 e 207 do Vol. I do p.a);
- b. Por deliberação de 29 de Setembro de 2000 da então Câmara Municipal Provisória foi aberto concurso comum de ingresso, para o preenchimento de quatro vagas de técnico superior de 2^a classe, 1^a escalão, existente no quadro de pessoal (cfr. doc. de fls. 213 do Vol. V do p.a);
- c. Para além do mais, o aviso do concurso publicado no Boletim Oficial da RAEM n^o 41, II Série de 11 de Outubro de 2000, indicou que « podem candidatar-se todos os indivíduos vinculados ou não à função pública, que reúnem os requisitos gerais para o desempenho de funções públicas, definidas no artigo 10^o do ETAM e se encontrem habilitados com licenciatura » (cfr. doc. de fls. 201 do Vol. V do p.a);
- d. A recorrente apresentou a sua candidatura ao referido

concurso, tendo sido admitida na lista provisória publicada no Boletim Oficial de 21 de Fevereiro de 2001 e na lista definitiva publicada no Boletim Oficial de 11 de Abril de 2001 (cfr.

- e. Em 5 de Novembro de 2001, o júri do concurso deliberou classificar a graduar os candidatos, tendo a recorrente sido classificada em segundo lugar, com a nota de 7.010 valores (cfr. doc. de fls. 8 a 22 do Vol. V do p.a);
- f. Por deliberação de 23 de Novembro de 2001 da Câmara Municipal Provisória, foi homologada a lista de classificação fina dos candidatos, a qual foi publicada no Boletim Oficial nº 50, II Série de 12 de Dezembro de 2001 (cfr. doc. de fls. 2 do Vol. V e fls. 259 do Vol. IV do p.a);
- g. Por deliberação do Conselho de Administração do IACM de 26 de Fevereiro, publicada no Boletim Oficial nº 14 de 3 de Abril de 2002 foram nomeados provisoriamente os quatro primeiros classificados nesse concurso (cfr. doc. de fls. 65 do Vol. III do p.a);
- h. Lavrado o diploma de provimento, a recorrente tomou posse em 12 de Abril de 2002 (cfr. docs. de fls. 67 e 68 do Vol. III do p.a);
- i. Na sequência de uma recomendação do CCAC, que considerava que apenas os residentes permanentes podem ingressar nos quadros da RAEM, o Conselho de Administração do IACM em 10 de Maio de 2002, deliberou

declarar nula a deliberação de 26 de Fevereiro de 2002, na parte que respeita à nomeação da recorrente (cfr. doc. de fls. 2 do Vol. III);

- j. A recorrente foi notificada dessa deliberação em 24 de Maio de 2002 (cfr. doc. de fls. 23 do Vol. III do p.a).

Conhecendo.

Objecto do recurso

O presente recurso interposto pelo Instituto para os Assuntos Cívicos e Municipais incide na sentença do Tribunal Administrativo de 7/5/03 que declarou nula a deliberação do Conselho de Administração daquele Instituto de 10/6/02 que havia declarado nula a nomeação de (A) para o lugar de técnico superior de 2ª classe, 1º escalão, do quadro de pessoal da extinta Câmara Municipal de Macau Provisória, com o fundamento que, ao contrário do entendido naquela sentença, com a citada deliberação não foi cometida qualquer inconstitucionalidade, tendo-se, pelo contrário, observado as normas da Lei Básica da RAEM.

A questão do fundo que está em causa contende com a questão de saber se é exigível ser residente permanente, nos termos do artigo 97º da Lei Básica da RAEM, para um português que tenha trabalhado, em regime de além do quadro, antes da constituição da Região Administrativa Especial de Macau, para preencher no quadro existente

no extinto Câmara Municipal de Macau Provisória, ou se se verificar a situação excepcional prevista no artigo 99º da Lei Básica.

Vejam os.

Competência do Tribunal da RAEM para resolver a questão respeitante à Lei básica

Perante a questão no presente caso concreto, cremos que é necessário efectuar uma interpretação sobre as disposições da Lei Básica, nomeadamente as dos artigos 24º, 97º e 99º.

Têm os Tribunais da RAEM tal competência de interpretação por força do artigo 143º da própria Lei Básica.

Dispõe o artigo 143º que:

“O poder de interpretação desta Lei pertence ao Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional.

O Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional autoriza os tribunais da Região Administrativa Especial de Macau a interpretar, por si próprios, no julgamento dos casos, as disposições desta Lei que estejam dentro dos limites da autonomia da Região.

Os tribunais da Região Administrativa Especial de Macau também podem interpretar outras disposições desta Lei no julgamento dos casos. No entanto, se os tribunais da Região necessitarem, no julgamento de casos, da interpretação de disposições desta Lei respeitantes a matérias que sejam da responsabilidade do Governo Popular Central ou do

relacionamento entre as Autoridades Centrais e a Região e, se tal interpretação puder afectar o julgamento desses casos, antes de proferir sentença final da qual não é admitido recurso os tribunais da Região devem obter, através do Tribunal de Última Instância da Região, uma interpretação das disposições por parte do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional. Quando o Comité Permanente fizer interpretação dessas disposições, os tribunais da Região devem seguir, na aplicação dessas disposições, a interpretação do Comité Permanente. Todavia, as sentenças proferidas anteriormente não são afectadas.

Antes de interpretar esta Lei, o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional consulta a Comissão da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau a ele subordinada.”

Pois a questão envolvida não está fora da autonomia da RAEM, e, por isso, podemos avançar.

Requisitos para o provimento nas Funções Públicas

Os requisitos gerais para o desempenho de funções públicas encontram-se previstos no artigo 10º do Estatuto dos Trabalhadores da Função Pública (ETAPM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 62/98/M, de 28 de Dezembro.

Dispõe este artigo:

“1. São requisitos gerais para o desempenho de funções públicas:

- a) A nacionalidade portuguesa ou chinesa;
- b) A maioridade;
- c) A habilitação académica ou profissional;
- d) A capacidade profissional;
- e) A aptidão física e mental;
- f) A residência no território de Macau.

2. Excepcionalmente, podem ser admitidos trabalhadores de nacionalidade diferente das previstas na alínea a) do n.º 1, desde que se trate de funções de carácter predominantemente técnico, científico ou de ensino, não se considerando nesta excepção os cargos de direcção e chefia.

3. Os requisitos enumerados nas alíneas a) e b) do n.º 1 provam-se através do bilhete de identidade ou passaporte.

4. O requisito previsto na alínea e) prova-se de acordo com impresso próprio e o da alínea f) nos termos da lei aplicável.

5. Os níveis de conhecimentos linguísticos necessários ao provimento em cargos públicos são regulamentados em diploma autónomo.”

A residência prova-se actualmente pelo Bilhete de Identidade de Residente, vd. o artigo 1.º do Dec.-Lei n.º 6/92/M, de 27 de Janeiro, com a redacção do Dec.-Lei n.º 63/95/M, de 4 de Dezembro, que estipula o seguinte:

"1. O bilhete de identidade de residente, adiante designado por BIR, constitui documento bastante para provar a identidade do seu titular e a residência do mesmo em Macau perante quaisquer autoridades, serviços públicos ou entidades particulares do Território.

2. ...

... ."

Como este regime jurídico tinha sido aprovado antes da constituição da RAEM, e após a sua constituição, nomeadamente com a aprovação da Lei Básica, esses requisitos terão sofrido alteração significativa, pelo menos, a exigência da "residência" em Macau há que ser interpretada nos termos desta lei fundamental.

Dispõe o art. 8º da Lei Básica da RAEM que "as leis, os decretos-lei, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei"

Ou seja, mantendo-se o regime anterior, mas não aquele que não estiver em conformidade com a Lei Básica.

Quanto aos funcionários e agentes públicos, o artigo 97º da Lei Básica dispõe que:

"Os funcionários e agentes públicos da Região Administrativa Especial de Macau devem ser residentes permanentes da Região, salvo os funcionários e agentes públicos previstos nos artigos 98º e 99º desta Lei, certos técnicos especializados e funcionários e agentes públicos de

categorias inferiores contratados pela Região Administrativa Especial de Macau.”

Quanto às situações excepcionais, prevêm os artigos artigo 98º e artigo 99º da Lei Básica, que foram legislados no cumprimento do compromisso na Declaração Conjunta Sino-Portuguesa (Anexo I, secção 6)¹:

Artigo 98º: “À data do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, os funcionários e agentes públicos que originalmente exerçam funções em Macau, incluindo os da polícia e os funcionários judiciais, podem manter os seus vínculos funcionais e continuar a trabalhar com vencimento, subsídios e benefícios não inferiores aos anteriores, contando-se, para efeitos de sua antiguidade, o serviço anteriormente prestado.

Aos funcionários e agentes públicos, que mantenham os seus vínculos funcionais e gozem, conforme a lei anteriormente vigente em Macau, do direito às pensões de aposentação e de sobrevivência e que se aposentem depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, ou aos seus familiares, a Região Administrativa Especial de Macau paga as devidas pensões de aposentação e de sobrevivência em condições não menos favoráveis do que as anteriores, independentemente da sua nacionalidade e do seu local de residência.”

¹ Disposição específica como estes dois artigos destina-se essencialmente a salvaguardar os interesses dos portugueses, vide: 楊靜輝、李祥琴：《港澳基本法比較研究》，Fundação de Macau, 1995, p.262.

Artigo 99º: “A Região Administrativa Especial de Macau pode nomear portugueses e outros estrangeiros de entre os funcionários e agentes públicos que tenham anteriormente trabalhado em Macau, ou que sejam portadores do Bilhete de Identidade de Residente Permanente da Região Administrativa Especial de Macau, para desempenhar funções públicas a diferentes níveis, exceptuando as previstas nesta Lei.

Os respectivos serviços públicos da Região Administrativa Especial de Macau podem ainda contratar portugueses e outros estrangeiros para servirem como consultores ou em funções técnicas especializadas.

Os indivíduos acima referidos são admitidos apenas a título pessoal e respondem perante a Região Administrativa Especial de Macau.”

De facto, a exigência da residência em Macau para ser um trabalhador de funções públicas prevista no artigo 10º do Estatuto dos Trabalhadores da Função Pública (ETAPM), deve ser entendida como uma exigência de ter o agente o “direito à residência” que confere aos residentes permanente nos termos do artigo 24º da Lei Básica.

Pois, como dispõe este artigo:

“Os residentes da Região Administrativa Especial de Macau, abreviadamente denominados como residentes de Macau, abrangem os residentes permanentes e os residentes não permanentes.”

São residentes permanentes da Região Administrativa Especial de Macau:

1) Os cidadãos chineses nascidos em Macau antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, bem como os seus filhos de nacionalidade chinesa nascidos fora de Macau;

2) Os cidadãos chineses que tenham residido habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, e os seus filhos de nacionalidade chinesa nascidos fora de Macau, depois de aqueles se terem tornado residentes permanentes;

3) Os portugueses nascidos em Macau que aí tenham o seu domicílio permanente antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau;

4) Os portugueses que tenham residido habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, e aí tenham o seu domicílio permanente;

5) As demais pessoas que tenham residido habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, e aí tenham o seu domicílio permanente;

6) Os filhos dos residentes permanentes referidos na alínea 5), com idade inferior a 18 anos, nascidos em Macau antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau.

As pessoas acima referidas têm direito à residência na Região Administrativa Especial de Macau e à titularidade do Bilhete de

Identidade de Residente Permanente da Região Administrativa Especial de Macau.

Os residentes não permanentes da Região Administrativa Especial de Macau são aqueles que, de acordo com as leis da Região, tenham direito à titularidade do Bilhete de Identidade de Residente de Macau, mas não tenham direito à residência.”

Podendo embora entender o conceito previsto no ETAPM pelo sentido de facto, ou seja, o trabalhador terá de facto uma residência fixada em Macau, deve-se adoptar um conceito do sentido de direito, pois só aquele que tiver direito à residência em Macau é que terá a residência no sentido de facto.

De qualquer maneira, a lei exige, como regra geral, que para desempenhar as funções públicas deve ser um residente permanente, salvo, como regra especial, nos casos excepcionais previstos na Lei, nomeadamente na Lei Básica, em que podem ser não residentes permanentes.

Vejamos quais são.

Na interpretação do artigo 97º da Lei Básica, o Professor Xiao Wei Yun (肖蔚云), um dos membros da Comissão Legislativa da Lei Básica, entende que "o artigo 97º da Lei Básica indica ainda que os funcionários e agentes públicos podem ser, em casos excepcionais, residentes não permanentes. **Primeiro**, podem ser funcionários e agentes públicos que originalmente exerçam funções em Macau quando do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau; **Segundo**, podem ser

portugueses e outros estrangeiros de entre os funcionários e agentes públicos que tenham anteriormente trabalhado em Macau e que são nomeados para desempenhar funções públicas a 'diferentes níveis, exceptuando as previstas na Lei Básica; **Terceiro**, podem ser portugueses e outros estrangeiros contratados pelos respectivos serviços públicos da Região Administrativa Especial de Macau para servirem como consultores ou em funções técnicas especializadas; **Quarto**, podem ser funcionários e agentes públicos de categoria inferior, com por exemplo, motoristas e empregados de limpeza, etc. Estes quatro tipos de funcionários e agentes públicos podem ser residentes não permanentes.”²

Quanto ao provimento, o ETAPM distingue duas formas - artigo 19º:

- O de nomeação; e
- O de contrato.

A nomeação é a forma de provimento do pessoal do quadro e pode revestir as modalidades de nomeação provisória ou definitiva, em comissão de serviço e de interina - artigo 20º - , enquanto o contrato são o além do quadro e o assalariamento - artigo 21º.

O artigo 97º da Lei Básica prevê um requisito geral para os funcionários públicos, seja qual for a sua forma de provimento.

E os artigos 98º e 99º prevêm as situações excepcionais mencionadas no artigo 97º, tendo em conta, a nosso ver, a especialidade

² Xiao Weiyun, Conferência sobre a Lei Básica de Macau, p. 219.

do decurso da transição e a situação especial ao estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, e, como é óbvio, para alcançar as finalidades da manutenção da estabilidade e do desenvolvimento social e funcional da nova Administração, sob a soberania chinesa.³

A situação excepcional prevista no artigo 98º envolve os trabalhadores da função pública, que manterão o seu *status quo*, “os seus vínculos funcionais” e continuarão a trabalhar “com vencimento, subsídios e benefícios não inferiores aos anteriores ...”, sejam da forma de nomeação, sejam de contrato, indiscriminando os residentes permanentes e não permanentes.

E as situações previstas no artigo 99º têm a ver com o novo provimento da administração da RAEM, após o seu estabelecimento, ou pela forma de nomeação ou por forma de contrato, tendo em conta as respectivas situações.

Vamos ver as situações excepcionais previstas no artigo 99º, ou seja aqueles que não tiverem direito à residência e possam ser nomeados para exercer as funções públicas, enquanto portugueses (e não incluindo aqueles chineses que têm passaporte português).

Conforme o texto do artigo 99º, podemos ver as seguintes situações:

Primeiro, aqueles que não tenham trabalhado como funcionários, mas sejam portadores do Bilhete da Identidade de Residência

³ 楊允中，《澳門基本法釋要》（修訂版），澳門特區法務局出版，2003年，第143頁。

permanente;

Segundo, funcionários e agentes públicos que tenham trabalhado em Macau.

São estas duas situações que respeitam ao provimento por forma de nomeação, referida no primeiro parágrafo deste artigo 99º.⁴

Daqui, verifica-se uma diferença na expressão na versão chinesa e versão portuguesa. Naquela, refere-se apenas uma palavra “公務人員”, enquanto na última refere-se “funcionários e agentes públicos”.

Podemos ver, a Lei Básica não pretendeu limitar-se o “公務人員” aos funcionários e excluir os agentes públicos. Digamos que a expressão “公務人員” não pode deixar de ter sentido lato, de modo a abranger todos os trabalhadores na Administração da função pública.

E por esta razão, a versão portuguesa não se afigura ser uma “tradução” desconformadora da versão “original”, mas ao contrário, está correctamente transmitida a vontade do legislador da Lei Básica.

Pode-se concluir que, nas situações em que ocorrer a nomeação dos agentes públicos portugueses que tenham trabalhado em Macau, para preencherem no quadro, não é exigível serem os mesmos residentes permanentes.

⁴ Para além desta nomeação, a administração da RAEM ainda pode, nas situações excepcionais e por forma de contrato, dar provimento os não residentes permanentes para exercer as funções públicas, nomeadamente os referidos no 2º parágrafo do artigo 99º. Aqui se distingue com o critério de funções a desempenhar pelos contratandos:

Primeiro para exercer as funções de consultores; e

Segundo para exercer as funções técnicas especializadas.

Situação da recorrida

Como resulta dos elementos fácticos, demonstra-se que a recorrida tinha sido contratada pelo então Leal Senado, em 2 de Maio de 1995, em regime de contrato além do quadro, com a categoria de técnica superior de 2ª Classe, 1º escalão, e o contrato tem vindo sucessivamente renovado, com a alteração de categoria. Depois da constituição da RAEM, continuou a trabalhar no mesmo lugar, até aos 12 de Abril de 2002, data a partir da qual foi provisoriamente nomeada, e tomou posse nessa data, no preenchimento das 4 vagas de técnico superior de 2ª classe, 1º escalão, existentes no quadro do ex-CMMP, cuja admissão da lista provisória tinha sido publicada no B.O. em 21 de Fevereiro de 2001.

Porém, tal nomeação foi declarada nula pela deliberação do recorrente de 10 de Maio de 2002, por se tratar de uma nomeação contra a Lei Básica.

E como consta dos autos, à recorrida, sendo natural de Portugal e de nacionalidade portuguesa, foi emitido o Bilhete de Identidade de Residência, sob nº 1/253830/2, pela primeira vez, em 21 de Março de 1995 (fl. 303 do Apenso).

Isto traduz que na data da admissão como candidata da recorrida não tinha obtido a qualidade de “residente permanente”, mas sim apenas “residente não permanente”, nos termos do artigo 24º da Lei Básica.

Não obstante, pelo facto de ser portuguesa e de ter trabalhado em Macau a exercer funções públicas, não será exigível ter título da

residência permanente em Macau.

Nesta conformidade, a sentença recorrida não merece qualquer censura, devendo ser mantida a sua decisão.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso, mantendo-se a sentença recorrida.

Sem custas, por isenção subjectiva.

Macau, RAE, aos 26 de Fevereiro de 2004

***Choi Mou Pan (Relator) – João A. G. Gil de Oliveira – Lai Kin Hong
(com declaração de voto vencido)~***

Magistrado do M^o. P^o. presente - Victor Manuel Carvalho Coelho

Processo nº 213/2003
Declaração de voto vencido

Votei vencido por não posso acompanhar a leitura que o Acórdão antecedente fez ao artº 99º da Lei Básica, por razões que passo a expor.

A questão essencial prende-se com a interpretação da primeira parte do primeiro parágrafo do artº 99º da Lei Básica, que estipula *“a Região Administrativa Especial de Macau pode nomear portugueses e outros estrangeiros de entre os funcionários e agentes públicos que tenham anteriormente trabalhado em Macau.....”*.

De acordo com o entendimento defendido no Acórdão antecedente, essa norma constitui uma verdadeira exceção à regra geral prevista no artº 97º da Lei Básica, que reza que *“os funcionários e agentes públicos da Região Administrativa Especial de Macau devem ser residentes permanentes da Região.....”*.

Todavia e salvo o devido respeito, essa leitura preconizada no Acórdão antecedente não me parece sustentável dado que não só se traduz numa interpretação baseada simplesmente no elemento literal do primeiro parágrafo do mesmo artigo 99º, como também conduzirá, como consequência necessária, a situações inaceitáveis de violação material dos princípios de igualdade e de não discriminação em razão da nacionalidade, expressamente consagrado no artº 25º da Lei Básica.

Na verdade, essa interpretação apenas literal acaba por acarretar dois tratamentos diferentes, pois segundo a mesma, em relação aos portugueses e estrangeiros que tenham trabalhado anteriormente na função pública de Macau, não se exige a satisfação do requisito de residência permanente para serem

nomeados para desempenhar funções públicas ao abrigo do disposto no artº 99º da Lei Básica, ao passo que os chineses, que se encontrem em situações idênticas, já precisam de reunir o requisito geral de residência permanente por força do artº 97º, por não estarem abrangidos na dita parte do artº 99º.

E nem se diga que os chineses que tenham trabalhado anteriormente na função pública mereçam o mesmo tratamento mediante um simples exercício da aplicação analógica do artº 99º, primeiro parágrafo, dado que, por natureza excepcional dessa norma (como tal defendida pelo Acórdão antecedente e com a qual não concordo) não permite mesmo assim aplicação analógica – cf. o artº 10º do Código Civil. O que para além de representar uma discriminação evidente dos chineses em razão da sua nacionalidade, viola o princípio de eliminação de tratamento preferencial, consagrado no artº 4º/1-3) da Lei de Reunificação. Pois com a reassunção do exercício pela República Popular da China da soberania sobre Macau e o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau e à luz da ideia de que Macau é governado pelas suas gentes, é de todo em todo insustentável uma interpretação que representa um tratamento mais favorável aos portugueses e estrangeiros não titulares do Bilhete de Identidade de Residente Permanente, do que é dado aos chineses, igualmente não titulares desse documento de identificação.

Com a interpretação feita pelo Acórdão antecedente, com a qual não concordo, é legalmente possível, como exemplo concebido a título de exercício académico, o seguinte: “qualquer português ou estrangeiro, actualmente residente fora de Macau, desde que tenha chegado a trabalhar, por algum tempo, por mais curto que fosse, na Administração Portuguesa de Macau antes do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, pode vir agora a candidatar-se a um lugar de quadro do Governo da RAEM, sem ter que reunir o requisito obrigatório e legal de

residência permanente em Macau, contornando assim a letra e sobretudo o espírito da norma do artº 97º da Lei Básica.

Situação essa que, evidentemente não deveria ter sido a ideia pretendida pelo legislador da Lei Básica ao fazer a norma do artº 99º por força do compromisso assumido pela República Popular da China na Declaração Conjunta.

Desta maneira, há efectivamente necessidade de procurar saber qual o verdadeiro alcance do artº 99º da Lei Básica, com recurso aos elementos sistemáticos e históricos por forma a encontrar uma interpretação teleológica e apurar o *mens legislatoris* subjacente a essa artº 99º.

Tal como determina o artº 8º, nº 1 do Código Civil de Macau a nível de cânones gerais de hermenêutica jurídica: “*a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.*”.

Assim, na esteira da judiciosa análise feita pelo Prof. Luo Weijian no douto parecer jurídico que a ora recorrente juntou a fls. 87 a 102 dos presentes autos que entendemos muito defensável e ser de subscrever, vamos tentar apurar a autêntica *mens legislatoris* do artº 99º.

Antes de mais, é de salientar que ao prescrever que “*os funcionários e agentes públicos da Região Administrativa Especial de Macau devem ser residentes permanentes da Região, salvo.....*”, o artº 97º da Lei Básica aplica-se, sem margem para quaisquer dúvidas, não só aos chineses, como também aos portugueses e estrangeiros. Trata-se de um requisito geral que admite apenas excepções expressamente consagradas nos artºs 98

e 99º da mesma lei fundamental e na parte final do próprio artº 97º.

Na parte final do artº 97º, a lei estabelece uma ressalva em relação a certos técnicos especializados e funcionários e agentes públicos de categorias inferiores contratados pela Região Administrativa Especial de Macau.

Ora, parece que é de fácil compreensão essa exceção, aliás é até prática muito normal nas experiências estrangeiras e portanto não carece de qualquer esforço para alcançar a sua razão de ser.

Passamos então à exceção prevista no artº 98º.

O artº 98º da Lei Básica reza que *“à data do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, os funcionários e agentes públicos que originalmente exerçam funções em Macau, incluindo os da polícia e os funcionários judiciais, podem manter os seus vínculos funcionais e continuar a trabalhar com vencimento, subsídios e benefícios não inferiores aos anteriores, contando-se, para efeitos de sua antiguidade, o serviço anteriormente prestado.*

.....”

O artº 98º constitui indubitavelmente uma autêntica exceção à regra geral estipulada no artº 97º, facilmente compreensível e perfeitamente justificável pela política de continuidade e manutenção do pessoal da Administração Pública *lato sensu*, o que por sua vez favorece a estabilização da equipa do pessoal da função pública e conseqüentemente a transição sem sobressaltos da soberania (nesse sentido cf. Yang Yunzhong, in 澳

門基本法釋要 – 澳門特別行政區政府法務局出版, pág. 143).

Finalmente, vamo-nos debruçar sobre a excepção prevista no artº 99º, em particular no seu primeiro parágrafo.

Em relação aos segundo e terceiro parágrafo do artº 99º, parece que não se levanta dúvida quanto à sua natureza excepcional em relação à regra geral prevista no artº 97º, portanto dispensamo-nos de os analisar por desnecessário.

No diz respeito à interpretação do artº 99º, não posso acompanhar o entendimento expresso na sentença ora recorrida, que diz *“se o artº 99º fosse interpretado no sentido de se aplicar apenas a quem tem estatuto de residente permanente ficaria sem sentido a ressalva feita no artº 97º que só é compreensível quando vise todos aqueles que têm o estatuto de residente não permanente.”*.

Aparentemente parece que tem razão. Todavia, salvo o devido respeito, só aparentemente. Pelo menos, essa leitura não consegue explicar porquê é que o primeiro parágrafo do artº 99º, enquanto norma excepcional, está a repetir a exigência do requisito geral de residência permanente, já exigido no artº 97º enquanto norma geral.

Dadas as especiais finalidades e razões políticas e específicas circunstâncias em que foi feita a Lei Básica, a *mens legislatoris* de muitas normas nela consagradas não pode ser alcançada se não recorrer aos seus elementos históricos, em especial no contexto da Declaração Conjunta Sino-Portuguesa sobre a questão de Macau, que é fonte legal directa da Lei Básica.

Desde logo, podemos adiantar que as excepções previstas no artº 97º não se referem ao artº 99º no seu todo, mas apenas ao seu segundo e terceiro parágrafos, ou seja, o primeiro

parágrafo não constitui, por natureza, uma exceção à regra geral prevista no artº 97º.

Vamos demonstrar *pari passu*, a defensabilidade desse entendimento defendido pelo Prof. Luo Weijian no seu douto parecer junto aos autos.

A redacção do primeiro parágrafo do artº 99º tem origem no ponto VI do Anexo I à Declaração Conjunta Sino-Portuguesa, que explica e concretiza o nº 3 do artº 2º do texto da própria Declaração Conjunta com uma redacção que se identifica *grosso modo* com a do primeiro parágrafo o artº 99º, ou seja, “*A Região Administrativa Especial de Macau poderá nomear os portugueses e outros estrangeiros que tenham previamente trabalhado nos serviços públicos de Macau, ou que sejam portadores do Bilhete de Identidade Permanente da Região Administrativa Especial de Macau, para desempenharem funções públicas (salvo em alguns dos principais cargos públicos).*”.

Ora, o que ficou convencionado no acima mencionado Anexo I à Declaração Conjunta revela-se perfeitamente compreensível dado o clima que Macau atravessava no momento histórico da sua assinatura em 1987. Uma afirmação solene do princípio de continuidade e de inalterabilidade dos interesses e expectativas dos trabalhadores na função pública e do princípio de iguais oportunidades independentemente da sua nacionalidade era requerida pela necessidade de tutelar e estabilizar a confiança dos funcionários portugueses, face aos sentimentos, por parte deles, de incerteza e insegurança quanto ao futuro e preocupação e indefinição na possibilidade de continuar a trabalhar na função pública após o estabelecimento da Região Administrativa Especial.

Chegamos aqui, talvez se possa pôr a dúvida de que porquê é que não foi convencionada uma afirmação do mesmo teor

na Declaração Conjunta em relação aos chineses que tenham trabalhado previamente nos serviços públicos. Desde logo, podemos dizer que, se o fizesse seria puramente pleonasma, porque é naturalíssimo que os chineses, desde que sejam residentes permanentes, podem ser nomeados para desempenhar funções públicas numa região administrativa especial sobre a qual a República Popular da China volta a exercer soberania.

Portanto, é de improceder a eventual invocação da alegada natureza excepcional do primeiro parágrafo do artº 99º para justificar a não exigência do requisito geral de residência permanente aos portugueses e estrangeiros.

Ideia essa em nada contraria a exigência do requisito geral de estatuto de residente permanente para o desempenho das funções públicas, antes visa concretizar, reforçar e clarificar a ideia da regra geral de que tem mesma oportunidade e podem desempenhar funções públicas todos os residentes permanentes, independentemente da sua nacionalidade. Aliás é o que defendemos *supra* quando afirmamos que o artº 97º é aplicável não só aos chineses, como também aos portugueses e estrangeiros.

Feita essa passagem histórica, estamos agora em condições de reafirmar que o primeiro parágrafo do artº 99º nunca pode ser interpretado no sentido de constituir uma exceção ao artº 97º, dado que, por coerência do sistema (princípios de igualdade e não discriminação em razão da nacionalidade e de eliminação de tratamento preferencial) e por razões históricas que vimos, a redacção desse parágrafo, transplantada do Anexo I à Declaração Conjunta, visa concretizar, reforçar e clarificar especificamente algumas das ideias já devidamente contempladas na regra geral do artº 97º e não tem por escopo derogá-lo.

Também vimos que o artº 98º da Lei Básica constitui

uma verdadeira exceção ao artº 97º, no que diz ao respeito à exigência de estatuto de residente permanente.

Passamos agora a analisar se a interessada, ora recorrida nesta instância, pode ou não ao abrigo do disposto no artº 98º ser nomeada para um lugar do quadro de técnicos-superiores.

Visto que a ora recorrida era contratada além do quadro, beneficia do princípio de continuidade e inalterabilidade consagrado no artº 98º, podendo assim manter o seu vínculo até ao termo do seu contrato e ver renovado o seu contrato com ou sem alterações nas suas cláusulas, dentro do regime a que sujeitava anteriormente e que continua em vigor mesmo após 19DEZ1999 – cf. artº 100º da Lei Básica, sem que haja necessidade de indagar se tem o estatuto de residente permanente.

Todavia, idênticas considerações não podem ser tecidas caso haja mudança do vínculo funcional, como sucede *in casu* com a recorrida, uma vez que já não se trata de manutenção do seu vínculo funcional ou de natural desenvolvimento do seu vínculo já anteriormente existente, mas sim a constituição *ex novo* de um outro vínculo funcional na sequência da extinção do anteriormente existente.

Assim, ao candidatar-se a um concurso que lhe permitia o acesso a um lugar do quadro, a recorrida não estava, ao abrigo do artº 98º da Lei Básica, a manter o seu vínculo funcional anteriormente existente, mas antes tentar constituir *ex novo* um outro vínculo funcional nos termos do ETAPM, que como vimos mantém-se basicamente inalterado e em vigor após o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau.

Deste modo, como vimos supra ao interpretar o primeiro parágrafo do artº 99º, a ora recorrida tinha de satisfazer o

requisito da residência permanente previsto no artº 10º do ETAPM, adaptado tendo em conta o disposto no artº 97º da Lei Básica (cf. a *Decisão do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional relativa ao Tratamento das Leis Previamente Vigentes em Macau de acordo com o Disposto no Artigo 145º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, adoptada em 31OUT1999 pela 12ª Sessão do Comité Permanente da 9ª Legislatura da Assembleia Popular Nacional*) até ao termo do prazo para a apresentação de candidatura fixado no aviso de abertura do do concurso (cf. *artº 15º do ETAPM*).

Assim não sucedeu e a partir daí, a solução não pode deixar de ser a preconizada pelo Ilustre Representante do Ministério Público no seu douto parecer, onde, no que diz respeito a essa matéria, destaca judiciosamente:

No caso, a recorrida, da nacionalidade portuguesa, entrou em Macau pela primeira vez em 24/2/95, sendo contratada em 2/5 desse mesmo ano pelo então Leal Senado, em regime de contrato além do quadro, com a categoria de técnico superior de 2ª classe, 1º escalão, contrato sucessivamente renovado, com a alteração de categoria até 12/4/02.

Apresentou a sua candidatura ao concurso comum de ingresso para o preenchimento de 4 vagas de técnico superior de 2ª classe, 1º escalão, aberto por deliberação de 29/9/00 da então Câmara Municipal Prvisória, sendo que no aviso de abertura de tal concurso se referia expressamente poderem “... candidatar-se todos os indivíduos vinculados ou não à função pública, que reúnem os requisitos gerais para o desempenho de funções públicas definidos no artº 10º do ETAPM e se encontrem habilitados com licenciatura”.

.....

É bem verdade de à data de tal provimento a recorrida já seria residente permanente da RAEM: porém, como é evidente,

sendo nula e de nenhum efeito a sua admissão ao concurso, nulo se revelará também aquele provimento, não se vendo que em processo concursal do género do aqui nos ocupa possa ser provido no lugar quem nem sequer foi admitido a concurso.

.....”

Pelo que ficou exposto *supra* e na esteira do douto raciocínio expendido no douto parecer do M.P. na parte ora transcrita, é de julgar procedente o recurso interposto pelo IACM, e consequentemente revogar a sentença recorrida.

RAEM, aos 26FEV2004

O juiz

Lai Kin Hong

上訴卷宗編號：213/2003

表決落敗聲明

基於以下理由本人就本合議庭裁判書在評議會中表決落敗，故繕立本表決聲明。

獲多數表決通過的本合議庭裁判認為《基本法》第九十九條為第九十七條的例外情況，故本上訴案的利害關係人在提交投考編制內職位申請時無須具備澳門永久居民身份亦可被委任擔任編制內的公職，理由是她原先一直以編制外合同方式擔任公職。

對此一理解，本人不予認同。

事實上，最關鍵的問題是如何正確解釋《基本法》第九十九條第一段的真正立法含義。

《基本法》第九十九條第一段規定如下：「澳門特別行政區可任用原澳門公務人員中的或持有澳門特別行政區永久性居民身份證的葡籍和其他外籍人士擔任各級公務人員，但本法另有規定者除外。」

而第九十七條規定如下：「澳門特別行政區的公務人員必須是澳門特別行政區永久性居民。本法第九十八條和九十九條規定的公務人員，以及澳門特別行政區聘用的某

些專業技術人員和初級公務人員除外。」

根據本合議庭裁判所持的理解，第九十九條為第九十七條的例外性規定。

然而，這一單純字面解釋無可避免地導致一個我們不能接受且對《基本法》第二十五條構成實質違反的情況。

事實上，《基本法》第二十五條規定澳門居民在法律面前一律平等，不因國籍而受到歧視。

按本合議庭裁判的單從第九十九條的字面解釋，則會導致因應利害關係人的國籍而出現兩種不同的對待：原澳門公務人員中的葡籍和其他外籍人士無須具備第九十七條要求的永久居民身份可被任用擔任公職，反之，原澳門公務人員中的中國籍人士由於沒有被包括在第九十九條內，因此必須具備永久居民身份方可被任用！

根據法律基本原則，如屬例外性的規範均不得以類推適用。易言之，第九十九條第一段第一部份只惠及原澳門公務人員中的葡籍和其他外籍人士，而作為中國國民的中國籍人士却被拒諸門外！如是者，則毫無疑問違反了上述的平等原則。

按照本合議庭裁判的理解，第九十九條屬例外性質的規範（這點本人重申不認同）。因此我們不能以類推適用以解決對中國籍人士不公的問題（見《民法典》第十條的規定）。

既然第九十九條不能類推適用於中國籍的非永久居民，本合議庭裁判的理解勢必違反《基本法》第二十五條的平等和不因國籍而歧視原則，亦違反澳門《回歸法》第四條第一款第 3 項所規定的消除葡萄牙特權待遇原則。

再者，根據本合議庭多數表決的認同的理解，按《基本法》第九十九條的規定，任何非澳門永久居民的葡籍及外籍人士，只要曾在澳葡管治時代在澳門任公職，則無須符合《基本法》第九十七條所要求的具備澳門永久居民身份的一般法定要件，便可投考澳門特別行政區政府的編制內的職位。

這種雖屬學院式例子但實際可能發生的，通過第九十九條的單純文字解釋而繞過《基本法》第九十七條一般要件的理解，明顯地不是《基本法》立法者在擬定第九十九條第一段的行文時所希望達到的目的。

基於以上種種本人認為不解的疑問，本人認為確有需要對《基本法》第九十九條第一段作系統性的解釋和考慮《基本法》的立法歷史背景以瞭解立法者原意。正如澳門《民法典》第八條第一款就法律解釋所定的準則般：「法律解釋不應僅限於法律之字面含義，尚應尤其考慮有關法制之整體性、制定法律時之情況及適用法律時之特定狀況，從有關文本得出立法思想。」

就《基本法》第九十九條的立法背景及原意，本人認為由駱偉健教授撰寫和由上訴人民政總署提交的法律意見書中所持的理解屬合理並應予採納，以正確解釋《基本法》第九十九條第一段的真正意義。

根據駱偉健教授的理解，《基本法》第九十七條規定¹的永久居民資格的這一條件，不僅是對中國籍人士，而且對葡藉和其他外籍人士，都是適用的，是強制性的要求，具普遍的約束力，只有在第九十八條和九十九條所指的情況下例外。

第九十七條最後部份規定聘用的某些專業技術人員和初級人員除外。

這一無須要求具備永久居民身份的做法似乎很容易理解，況且縱觀外國經驗，是一種甚為慣常的做法。因此，我們無須克服太大難度便可瞭解當中含意。

接下來，我們着手分析第九十八條所規定的例外情況。

《基本法》第九十八條規定：

「澳門特別行政區成立時，原在澳門任職的公務人員，包括警務人員和司

¹《基本法》第九十七條規定：「澳門特別行政區的公務人員必須是澳門特別行政區永久性居民。本法第九十八條和九十九條規定的公務人員，以及澳門特別行政區聘用的某些專業技術人員和初級公務人員除外。」

法輔助人員，均可留用，繼續工作，其薪金、津貼、福利待遇不低於原來的標準，原來享有的年資予以保留。

依照澳門原有法律享有退休金和贍養費待遇留用公務人員，在澳門特別行政區成立後退休的，不論其所屬國籍或居住地點，澳門特別行政區向他們或其家屬支付不低於原來標準的應得的退休金和贍養費。」

毫無疑問，第九十八條亦是第九十七條的例外情況。

一如楊允中博士指出，這一規定的立法精神是：「對原在澳門任職的公務人員採取“均可留用”的政策，有利於穩定澳門原有的公共行政工作人員隊伍，鼓勵他們留下來繼續為澳門特別行政區服務，這對實現政權的順利交接、平穩過渡，對確保特區穩定、發展、繁榮具有重要的現實意義。」²

接下來，讓我們分析第九十七條所指的第九十九條規定的例外情況。

第九十九條定的行文如下：

「澳門特別行政區可任用原澳門公務人員中的或持澳門特別行政區永久性居民身份證的葡籍和其他外籍人士擔任各級公務人員，但本法另有規定者除外。

澳門特別行政區有關部門還可聘請葡籍和其他外籍人士擔任顧問和專業技術職務。

² 見楊允中《澳門基本法釋要》第 143 頁

上述人員祇能以個人身份受聘，並對澳門特別行政區負責。」

就第九十九條第二段和第三段的解釋，似乎亦是毫無疑問地對第九十七條構成例外情況，因此，我們無需在此多加分析。

就第九十九條的解釋，行政法院法官在本案的原審判決中指出：

“se o artº 99º fosse interpretado no sentido de se aplicar apenas a quem tem estatuto de residente permanente ficaria sem sentido a ressalva feita no artº 97º que só é compreensível quando vise todos aqueles que têm o estatuto de residente não permanente.”

(可中譯為：如第九十九條被解釋為僅適用於具備永久居民身份的人士，那麼第九十七條規定的但書變得無意義，這是基於該但書只可理解為僅適用於那些具備非永久性居民身份的居民。)

表面看來似乎有理，但依本人理解，僅表面而已。

最低限度這一理解不能解釋第九十九條既然是第九十七條但書所指的例外情況，為甚麼卻在作為例外規範中重申要求具備第九十七條規定的要件，即永久居民身份。

申言之，如把第九十九條第一段理解成例外規定，當中的同樣要求具備

永久居民身份的規定變得矛盾和不合邏輯。

事實上，鑑於圍繞《基本法》的立法過程的立法背景、目的和政治現實，我們必須考慮作為《基本法》淵源的中葡兩國政府關於澳門問題的聯合聲明的內容，特別是其歷史背景，否則就難以理解《基本法》某些條文的箇中內容。

根據駱偉健教授在其法律意見書中所作精闢和具說服力的理解，《基本法》第九十七條的但書並不包括第九十九條的全部，而僅指第二和第三段，易言之，第九十九條的第一段不屬第九十七條的例外情況。

這點本人是認同的。

《基本法》第九十九條第一段的行文基本上是源自《中華人民共和國和葡萄牙共和國政府關於澳門問題的聯合聲明》的附件一第六點。

上述附件一第六點內容如下：

「澳門特別行政區成立後，原在澳門任職的中國籍和葡籍及其他外籍公務（包括警務）人員均可留用，繼續工作，其薪金、津貼、福利待遇不低於原來的標準。澳門特別行政區成立後退休的上述公務人員，不論其所屬國籍或居住地點，有權按現行規定得到不低於原來標準的退休金和贍養費。

澳門特別行政區可任用原澳門公務人員中的或持有澳門特別行政區永久性居民

身份証的葡籍和其他外籍人士擔任公職（某些主要官職除外）。澳門特別行政區還可聘請葡籍和其他外籍人士擔任顧問和專業技術職務。在澳門特別行政區擔任公職的葡籍和其他外籍人士，只能以個人身份受聘，并對澳門特別行政區負責。

公務人員應根據本人資格、經驗和才能予以任命和提升。澳門原有關於公務人員的錄用、紀律、提升和正常晉級的制度基本不變。」

我們知道，附件一是對聯合聲明中的內容加以細則說明。而上述附件一第六點是加以詳述聯合聲明第二條第(三)項的內容。

聯合聲明第二條第(三)項表述如下：

「澳門特別行政區政府和澳門特別行政區立法機關均由當地人組成。行政長官在澳門通過選舉或協商產生，由中央人民政府任命。擔任主要職務的官員由澳門特別行政區行政長官提名，報中央人民政府任命。原在澳門任職的中國籍和葡籍及其他外籍公務（包括警務）人員可以留用。澳門特別行政區可以任用或聘請葡籍和其他外籍人士擔任某些公職。」

為瞭解中葡兩國的一九八七年聯合聲明中就公務員事宜的協議真正意義，我們必須考慮當時澳門在處於的歷史情況。

事實上，就當時澳門問題討論的歷史背景而言，有些在澳葡政府任職的葡萄牙籍公務人員對前景感到不安和不肯定，憂慮彼等能否在特區成立後繼續在公職工作和享有原先福利和能否像中國籍人士般獲得平等機會。

為解決部份葡籍人士的疑慮，聯合聲明就這方面作出莊嚴的宣示，申明在澳人治澳，廣義特區政府機關由當地人組成的大原則下，葡萄牙籍和外籍人士，只要是當地人，應和中國籍人士看齊，在被任用擔任公職的課題上，與中國籍的當地人享有平等權利，平等機會。

《基本法》在聯合聲明內容的基礎上，把「當地人」的理解進一步明確為「澳門永久居民」，並在《基本法》本身第二十四條明確和詳細規定澳門永久居民的資格取得的要件。

基於以上的歷史原因和當時社會氣氛的考慮，《基本法》第九十九條第一段的立法精神不可能被解讀為給予非永久居民的葡萄牙籍人士較同樣是非永久居民的中國籍人士較優惠的待遇。易言之，我們認為中華人民共和國在簽署聯合聲明時，為平穩過渡和澳人治澳的考慮，強調給予葡萄牙籍和外籍的永久居民享有與中國籍的永久居民一樣平等機會，而非給予較中國籍人士更優惠的機會。

因此，我們可結論《基本法》第九十九條第一段的立法精神是強調和針對性重申第九十七條已定出的一般規的要件，而非第九十七條的例外。

那麼，為甚麼不對中國籍人士作同樣的強調和針對性重申呢？答案很簡單，因為澳門回歸祖國後，無需重申中國籍的永久居民可擔任公職。

一如駱偉健教授在其法律意見書中指出：

「事實上，在特區成立後，中國籍人士同樣可以和應該獲得續任、晉升和錄用是不容質疑的。」

由此可見，基於《基本法》的立法背景，基於平等原則和消除對葡萄牙特殊待遇原則，我們可以重申《基本法》第九十九條第一段並非第九十七條的例外，而是強調和針對性闡明某些已適當地被九十七條包含的內容。易言之，第九十九條第一段所指可被任用擔任各級公務員的原澳門公務人員中的葡萄牙籍和其他外籍人士必須具有永久居民身份。

在本案所審理的具體個案中，利害關係人 **Sandra Maria da Ascensão Joaquim** 於一九九五年二月二十四日進入澳門，自同年五月二日以編制外合同方式獲聘用為二等高級技術員，其後獲續約至特區成立以後。

根據《基本法》第九十八條的規定，原在澳門任職的公務人員均可留用，繼續工作，其薪金、津貼、福利待遇不低於原來的標準，原來享有的年資予以保留。

《基本法》第一百條規定「公務人員應根據其本人的資格、經驗和才能予以任用和提昇。澳門原有關於公務人員的錄用、紀律、提昇和正常晉級制度基本不變，但得根據澳門社會的發展加以改進。」

鑑於利害關係人在特區成立時已以編制外合同方式被任用擔任公職，因此可受惠於第九十八條規定的繼續留用待遇不變原則，根據《基本法》第一百條明示繼續適用的原有公務人員錄用、提昇和正常晉級制度（即《澳門公共行政人員通則》）可繼續獲得以同一種任用方式（編制外合同）續約，而不須具有永久居民身份。

然而，以原任用方式繼續獲得任用和以新任用方式被任用不能混為一談。

本案的利害關係人毫無疑問地可根據《基本法》第九十八條繼續被聘為編制外合同的人員，但如欲投考一編制內職位，則屬新任用情況，必須具備第九十七條所指永久居民身份。

就這一問題，尊敬的檢察院司法官在本審級提交的意見書中明確地指出：

「No caso, a recorrida, da nacionalidade portuguesa, entrou em Macau pela primeira vez em 24/2/95, sendo contratada em 2/5 desse mesmo ano pelo então Leal Senado, em regime de contrato além do quadro, com a categoria de técnico superior de 2ª classe, 1º escalão, contrato sucessivamente renovado, com a alteração de categoria até 12/4/02.

Apresentou a sua candidatura ao concurso comum de ingresso para o preenchimento de 4 vagas de técnico superior de 2ª classe, 1º escalão, aberto por deliberação de 29/9/00 da então Câmara Municipal Privisória, sendo que no aviso de abertura de tal concurso se referia expressamente poderem "... candidatar-se todos os indivíduos vinculados ou não à função pública, que reúnem os requisitos gerais para o desempenho de funções públicas definidos no artº 10º do ETAPM e se encontrem habilitados com licenciatura".

.....

É bem verdade de à data de tal provimento a recorrida já seria residente permanente da RAEM: porém, como é evidente, sendo nula e de nenhum efeito a sua admissão ao concurso, nulo se revelará também aquele provimento, não se vendo que em processo concursal do género do aqui nos ocupa possa ser provido no lugar quem nem sequer foi admitido a concurso.」

可申譯為：

「在本個案中，本審級的被上訴利害關係人為葡萄牙籍，於一九九五年二月二十四日首次進入澳門，同年五月二日被當時的市政廳以編制外合同制度任用為第一職階二等高級技術員。這一合同關係先後多次續約和變更職級至二零零二年四月十二日。

於二零零零年九月二十九日，當時的臨時市政局決議公開招考入職填補第一職階二等高級技術員四個空缺，在開考通告中指出以具備《澳門公共行政人員通則》第十條規定擔任公職的一般條件和具有學士學位者，不論與公職有否連系，均可投考。

.....

雖然被上訴人於被任用日已成為澳門特別行政區永久居民身份，但明顯地其獲准考的行為屬無效和不產生任何效力，同樣其被任用的行為亦屬無效。

我們看不出在這個開考過程中，根本從沒被准考的人怎可能被任用。

.....

綜上所述和考慮到尊敬的檢察院司法官的合理邏輯推理和具說服力的見解，本人認為本案由民政總署提起的上訴應屬理由成立，和因此而廢止行政法院的原審判決。

易言之，民政總署管理委員會於二零零二年五月十日依職權宣告利害關係人於二零零二年二月二十六日的任用無效的決議屬依法作出故應予維持。

法官

賴健雄

二零零四年二月二十六日