

Processo n° 507/2010

(Recurso contencioso)

Data: 26/Abril/2012

Assuntos:

- Legitimidade activa
- Princípio da igualdade
- Enfermeiros

SUMÁRIO:

1. Não obstante ter sido parcialmente contemplada a pretensão da recorrente em ver garantidos parte dos retroactivos de uma reestruturação de carreiras e remunerações para os enfermeiros, continua ela, enquanto enfermeira contratada, a ter legitimidade activa para o recurso de um acto que não contemplou plenamente o seu desiderato, pretendendo a contemplação dos retroactivos, tal como para os enfermeiros do quadro.

2. O legislador ordinário pode introduzir discriminações positivas ou

negativas, desde que nas situações de facto encontre razão séria e não arbitrária para diferenciar o tratamento. Desde que haja fundamento material bastante, sério, razoável e legítimo que não perigues com situações em que as condições objectivas imponham igualdade de regulação, a discriminação na criação da lei não é necessariamente violadora do princípio da igualdade.

3. O legislador pode querer diferenciar o regime remuneratório de um enfermeiro do quadro em relação a um enfermeiro contratado, sem que essa diferenciação ponha em causa o princípio da igualdade, enquanto princípio geral de direito, juridicamente relevante, impositivo de uma não discriminação.

4. Ainda que subjectivamente injusto para os interessados em causa, visto o tratamento diferente para o pessoal do quadro, porventura injusto para quem há mais tempo trabalhe na função, ajudado na construção do sistema de saúde, tenha formado outras gerações, tudo reforçado com a necessidade que justifica a continuação da contratação desse pessoal, o certo é que tal situação

decorre da vontade do legislador num primeiro momento e, depois, sai reforçada, num momento posterior, por banda das entidades competentes que não quiseram estender esse benefício, aproveitando a porta que ficou aberta para esse efeito.

O Relator,

(João Gil de Oliveira)

Processo n.º 507/2010

(Recurso Contencioso)

Data : 26 de Abril de 2012

Recorrente: A

Recorrido: Chefe do Executivo da RAEM

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

I - RELATÓRIO

A, mais bem identificada nos autos,

notificada do despacho de **Sua Excelência o Chefe do Executivo** de 27 de Abril de 2010, que autorizou e ratificou o averbamento ao contrato individual de trabalho em vigor desde 1 de Agosto de 2009, na sequência das propostas n.º 197/PP/DP/2010, de 9 de Fevereiro de 2010 e n.º 313IPP/DP/2010, de 29 de Março de 2010, ambas da Divisão de Pessoal da Direcção dos Serviços de Saúde, que constituem parte integrante do despacho e com ele se não podendo conformar,

dele vem interpor **recurso contencioso de anulação**, o que faz alegando em síntese conclusiva:

1.^a O acto recorrido é susceptível de recurso contencioso directo, uma vez que se trata de acto verticalmente definitivo.

2.^a Foi notificado à interessada no dia 7/5/2010, pelo que o presente recurso é tempestivo, o seu provimento aproveita directamente à recorrente, que, por isso, nele tem um interesse legítimo e o Tribunal é o competente.

3.^a Notificada do teor da Nota Interna n.º 548/NI/DP/2010, a recorrente declarou que nada tinha a opor à revisão constante da proposta de averbamento enviada a coberto do referido ofício mas deixou expressa reserva no sentido de que a revisão deveria incluir ainda a retroactividade a 1/7/2007.

5.^a Notificada do teor da Nota Interna n.º 1458/NI/DP/2010, expressou de novo o mesmo entendimento, em declaração separada.

6.^a O acto recorrido - ao ratificar os termos do averbamento contratual ao contrato de trabalho proposto à recorrente e assinado sob reserva na parte em que excluiu a recorrente da retroactividade decorrente dos novos índices introduzidos desde 1/7/2007 mas apenas a concedeu a partir de 18/08/2009 é um acto ilegal na medida em que fez aplicação de uma norma - art. 40.º, n.º 2, da Lei 18/2009 - que deveria ter sido desaplicada.

7.^a O n.º 1 do art. 34.º (por referência ao art. 31.º) da Lei 18/2009 abrange os enfermeiros do quadro e o n.º 1 do art. 35.º abrange os enfermeiros providos por contrato além do quadro e os providos por contrato de assalariamento, tendo a norma do art. 40.º, n.º 2, deixado apenas de fora os enfermeiros providos por recurso ao contrato individual de trabalho, como é o caso da recorrente e de outros oito enfermeiros, de nacionalidade portuguesa, que se encontram na mesma situação.

8.^a *Nos termos da cláusula 14.^a do contrato individual de trabalho da recorrente com o Governo da RAEM, está contida uma cláusula remissiva para o ETAPM.*

9.^a *O referido Estatuto, no seu art. 278.º, preceitua que constitui um direito geral comum dos funcionários e agentes o exercício do cargo em que tiver sido provido e perceber o respectivo vencimento e demais remunerações e abonos atribuídos ao cargo.*

10.^a *A do averbamento contratual aprovado e ratificado pelo acto recorrido, fundado na Lei 18/2009, retirou-se um direito da recorrente que era garantido por lei anterior, em desigualdade com todos os demais enfermeiros dos serviços de saúde não providos por contrato individual de trabalho.*

11.^a *O acto recorrido viola um direito garantido pelo referido art. 278.º do ETAPM e adquirido na esfera jurídico-laboral da recorrente.*

12.^a *A Lei Básica estatui, com efeitos gerais, que «os residentes de Macau são iguais perante a lei, sem discriminação em razão da nacionalidade (...)» (art. 25.º), estabelece que «os residentes de Macau gozam do direito a benefícios sociais nos termos da lei» (art. 40.º) e que «os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei», acrescentando que «tais restrições não podem contrariar o disposto no parágrafo anterior deste artigo» (art. 40.º, 2.º parágrafo).*

13.^a *A restrição a que a recorrente foi votada pelo acto recorrido, fundado na norma do art. 40.º, n.º 2 da Lei n.º 18/2009, contém-se na ressalva estabelecida no segmento do art. 40.º da Lei Básica, pois o parágrafo ressalvado na citada norma dispõe que «as disposições que sejam aplicáveis a Macau do PIDCP, do PIDESC, bem como das convenções*

internacionais de trabalho, continuam a vigorar e são aplicadas mediante leis da RAEM.

14.ª A Lei não pode contrariar instrumentos de direito internacional em matéria laboral que estejam em vigor na ordem jurídica interna, os quais prevalecem sobre a lei ordinária.

15.ª A aludida discriminação ofende a Convenção n.º 111, sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, em vigor na RAEM, cujo art. 2.º proíbe os Estados Membros de discriminações e consagra a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão.

16.ª O acto recorrido fundado na norma ilegal do art. 40.º da Lei 18/2009 é, consequentemente, contaminado pela ilegalidade da norma, na parte em que a retroactividade a 117/2007 da valorização indiciária decorrente da transição introduzida pela referida lei introduz um tratamento diferenciado entre os enfermeiros providos em distintas formas de provimento discriminação que não tem qualquer fundamento ou justificação válidos.

17.ª A citada cláusula 14.ª do Contrato Individual de Trabalho cujo averbamento contratual foi objecto do acto recorrido importa um tratamento discriminatório no que concerne a benefícios ou regalias atribuídas ao pessoal da administração pública de Macau independentemente da forma de provimento.

18.ª Princípios que não consentem a referida discriminação por terem a sua fonte na Lei Básica da RAEM.

19.ª Em consequência, a norma do art. 40.º, n.º 2, pela ilegalidade da discriminação introduzida deveria ter sido desaplicada pela entidade recorrida, estendendo

aos nove enfermeiros da direcção dos serviços de saúde providos por contrato individual de trabalho, entre os quais se inclui a recorrente, a retroactividade a 1 de Julho de 2007.

20.ª A referida Lei n.º 18/2009, de 17 de Agosto deixou de fora, e apenas, nove enfermeiros de nacionalidade portuguesa, todos providos com contrato individual de trabalho, depois de terem estado providos, até alguns anos antes, com contrato além do quadro, e fá-lo de uma forma injusta, discriminatória e arbitrária.

21.ª O acto recorrido violenta, ainda, uma norma e um princípio geral do direito internacional do trabalho consagrado no art. 57.º da Lei n.º 17/2008, pois é exactamente a mesma a quantidade de trabalho desenvolvido pelos enfermeiros independentemente da forma de provimento, assim como a natureza do trabalho e a qualidade do trabalho desenvolvido.

22.ª Passou a ser desigual a extensão do direito à retroactividade decorrente do averbamento contratual aprovado e ratificado pelo acto recorrido consubstanciando uma situação de desigualdade de retribuição entre trabalho igualou de valor igual, por todo o período que medeia entre 1 de Julho de 2007 e 18 de Agosto de 2009 entre os enfermeiros providos em contrato individual de trabalho, nos quais se integra a recorrente, e os seus pares providos através das outras formas de provimento.

23.ª O acto recorrido é, em consequência, um acto anulável, nos termos gerais do direito administrativo, por violação de lei, de instrumentos internacionais em vigor em Macau, da Lei Básica e de princípios fundamentais do direito de trabalho que se deixaram assinalados.

24.ª A decisão recorrida violou, nomeadamente, o art. 278º do ETAPM, os artigos 25.º, 39.º e 40.º da Lei Básica, a Convenção n.º 111 sobre a Discriminação em Matéria de

Emprego e Profissão, o art. 57.º da Lei n.º 17/2008 e os artigos 5.º e 7.º do CPA.

PEDIDO

Deve ser dado provimento ao recurso e anulado o acto recorrido, na parte em que excluiu a recorrente da retroactividade decorrente dos novos índices introduzidos desde 01/7/2007 mas apenas a concedeu a partir de 18/08/2009, com todas as suas legais consequências, assim se fazendo Justiça.

O Exmo Senhor Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau, contesta, em síntese conclusiva:

I - A Recorrente assenta o seu recurso contencioso na questão de que o acto recorrido é anulável por padecer do vício de "violação de lei" pois, ao despacho recorrido, impunha-se «a desaplicação da norma do art. 40, n.º 2, da Lei n.º 18/2009».

II - Mas o que logo ressalta da leitura do pedido da Recorrente é a falta de legitimidade activa em recorrer do acto administrativo nos moldes em que o faz.

III - Como aqui se expôs a Recorrente requereu a autorização para ser celebrado um novo contrato de trabalho ao abrigo do estipulado no artigo 36.º da lei n.º 18/2009 que, por impossibilidade de acordo na celebração desse novo contrato individual de trabalho, a Administração autorizou/concedeu, por averbamento ao contrato já existente entre ambos e tendo em consideração a necessidade de serviço e o princípio "salário igual para trabalho igual", a actualização do escalão de acordo com a referida Lei, atribuindo a este acto administrativo efeito retroactivo à data de 18 de Julho de 2009.

IV - Ou seja, na essência do requerido, o acto recorrido não lesou os direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos da Recorrente.

V - Por outro lado, também a Recorrente não irá obter com o provimento do presente Recurso um benefício imediato e directo.

VI - Ora o presente recurso contencioso, ou o seu provimento, não é o meio, nem sequer um caminho alternativo, para à Requerente ser proposto um novo averbamento ao seu contrato individual de trabalho que contemple as sua pretensões.

VII - A consequência directa que a Recorrente obtém pelo provimento do presente recurso é, única e exclusivamente, a anulação ou declaração de nulidade do despacho que autorizou a proposta para o averbamento ao contrato individual de trabalho, assinado pela própria no dia 26 de Maio de 2010, e respectivas consequências legais (que não passam necessariamente por um novo averbamento!)

VIII - Caso o presente recurso tenha provimento o acto administrativo que alegadamente «recusou» a sugestão da Recorrente (nem aplicar o disposto no artigo 40.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2009) e que aprovou as decisões que lhe foram favoráveis será no todo anulado ou declarado nulo e juridicamente a Recorrente nada irá lucrar com a sua anulação.

VIX - Perante o facto de com o provimento do presente recurso contencioso a Recorrente também não obter nenhum benefício, e muito menos imediato, se deverá concluir pela falta de legitimidade activa da Recorrente em recorrer contenciosamente do acto recorrido por não satisfazer os requisitos do artigo 33.º do CPAC, com as devidas consequências legais.

X - Também à Recorrente não assiste razão quando invoca o vício de "violação de

lei" do despacho recorrido com base no argumento de má interpretação e aplicação das normas vigentes na RAEM, por este não ter retroagido os seus efeitos a 1 de Julho de 2007, de acordo com o disposto na norma supra referida.

XI - Ora, a Recorrente foi contratada ao abrigo de um contrato individual de trabalho celebrado entre a própria e a Administração, e que é regido pelas cláusulas nele contidas, aceites por ambas as partes.

XII - E o legislador foi muito claro ao excluir este tipo de provimento tanto no regime das carreiras dos trabalhadores dos serviços públicos (cfr. alínea 3 do n.º 4 e n.º 5 do artigo n.º 1 da Lei n.º 14/2009) como no regime especial da carreira de enfermagem (cfr. n.º 1 do artigo 36.º da Lei n.º 18/2009).

XIII - Acresce que, mesmo que se argumente pela aplicabilidade das leis supra referidas à ora Recorrente, o n.º 2 do artigo 40.º da Lei n.º 18/2009 é uma disposição excepcional que define como requisitos essenciais a forma de provimento dos trabalhadores e a transição destes para a (nova) carreira de enfermagem, requisitos estes que a ora Recorrente não cumpre.

XIV - Pelo que o disposto no n.º 2 do artigo 40.º da Lei n.º 18/2009 não é (nem pode ser) aplicável à situação jurídico-laboral da Recorrente.

XV - O carácter privativo da relação jurídico-laboral estabelecida entre a Recorrente e a Administração distingue-a com os dos seus colegas providos em regime de nomeação provisória ou definitiva, nomeação em comissão de serviço, contrato além do quadro ou contrato de assalariamento.

XVI - Mesmo aplicando os cânones interpretativos do direito civil concluímos que a

aplicação da Lei n.º 18/2009 à relação jurídico-laboral da ora Recorrente, com efeitos retroactivos, só seria possível por acordo mútuo entre esta e a Administração, em respeito aos princípios da não retroactividade da lei, da legalidade, igualdade e confiança consagrados no artigo 11.º do Código Civil de Macau e nos artigos 3.º, 5.º e 8.º do Código de Procedimento Administrativo de Macau.

XVII - Pelo exposto, o vício de "violação de lei" alegado pela Recorrente ao despacho ora em discussão deve naufragar por falta de sustentabilidade de fundamento legal.

XVIII - Por tudo o versado neste articulado, se contesta o pedido da ora Recorrente, por o acto administrativo não padecer de nenhuma ilegalidade ou de qualquer vício de "violação de lei".

Pelo que,

Face ao exposto, deve o presente recurso contencioso ser indeferido por falta de legitimidade activa da recorrente ou, se assim não se entender deve decidir-se pela improcedência do vício invocado pela recorrente, e conseqüente improcedência do presente recurso, mantendo-se o acto recorrido com as legais conseqüências.

O Digno Magistrado do MP junto deste Tribunal emite o seguinte duto parecer:

Vem A, enfermeira, na unidade de Hemodiálise do CHCSJ, impugnar o despacho do Chefe do Executivo de 27/4/10 que, ao ratificar os termos do averbamento contratual ao

contrato de trabalho proposto à recorrente, no sentido de lhe ser aplicada a remuneração correspondente à categoria de Enfermeira Grau 1, 5º escalão, índice 470, segundo o disposto no Anexo I da Lei 18/2009 de 17/8, apenas lhe concedeu a retroactividade decorrente dos novos índices introduzidos desde 11/7/07 a partir de 18/8/09, recusando, por exclusão, a actualização salarial ou produção de efeitos retroactivos no período compreendido entre 1/7/07 e 17/8/09, assacando-lhe vícios de violação de lei, designadamente de preceitos vários do ETAPM, LBRAEM, Convenção n.º 111 sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, e bem ainda dispositivos vários do CPA, esgrimindo, no essencial, ao que apreendemos, com a ilegalidade da diferenciação no tratamento do seu caso relativamente a colegas com vínculo na Administração Pública, para os quais a actualização salarial produziu efeitos retroactivos a 1/7/07, nos termos do art. 40º da Lei referida, batendo-se, assim, pela aplicação do princípio "trabalho igual – salário igual", não discriminação em matéria de emprego e profissão, o que, a seu ver, sucederá com o despacho em causa ao fazer retroagir a valorização indiciária de um trabalhador com determinada categoria e escalão a uma data diferente da aplicável a outro trabalhador com a mesma categoria e escalão.

Vejamos:

Aceita-se que, pese embora a recorrente tenha sido contratada ao abrigo de um contrato individual de trabalho celebrado com a Administração, regido pelas suas cláusulas, aceites por ambas as partes, se encontra, de todo o modo, dependente de uma espécie de "regime misto", com sujeição a regras gerais do regime da função pública, designadamente no que respeita às incompatibilidades, avaliações de desempenho e outras, de que, alias, dá conta, além do mais, a cláusula 183 do seu contrato individual de trabalho ao prever que "Nos casos omissos, o presente contrato rege-se pelas regras gerais vigentes para os trabalhadores da Administração Pública de Macau".

De todo o modo, esse "regime misto" não invalida que a sua situação seja objectivamente diferente dos colegas providos em regime de nomeação, provisória ou definitiva, em comissão de serviço, contrato além do quadro, contrato de assalariamento, ou contrato de trabalho celebrado com não recrutados ao exterior e que, conseqüentemente, a lei possa, para os efeitos que entender devidos, contemplar diferentemente tais situações.

Nos termos da al. 3) do n.º 4 do art. 1º da Lei 14/2009, o regime das carreiras não é aplicável aos trabalhadores providos

“(3) para servirem como consultores ou em funções técnicas especializadas”, menção que, se bem se aferir, corresponde "tout court" ao consignado no 2º parágrafo do art. 99º, LBRAEM e diz directamente respeito as casos de contratação no exterior, como o presente.

Donde, poder-se, desde logo, concluir que o regime da carreira de enfermagem estabelecido pela Lei 18/2009 não é, por si, aplicável ao caso do recorrente.

É claro que tal não invalida que, em termos, designadamente, do princípio "salário igual para trabalho igual", a questão não deva ser equacionada.

O que se regista é que a lei efectivamente, contemplou de forma diversa diferentes situações profissionais, fazendo questão de não enquadrar e integrar no regime da carreira a situação da recorrente.

Neste contexto, o acto ora em escrutínio surge não como consequência directa ou necessária da implementação desse novo regime da carreira de enfermagem, mas como vontade administrativa de, por alguma forma, dar satisfação àquele princípio de "salário igual para trabalho igual", fazendo, no fundo, equiparar a situação do recorrente à dos

contratos individuais de trabalho celebrados com não recrutados ao exterior, nos termos do n° 3 do art° 36° da Lei citada, prevendo os efeitos retroactivos à data de entrada em vigor dessa Lei, sendo certo que coisa diferente seria dificilmente aceitável e, até "contra natura", em termos de contratos individuais de trabalho dado poder até pôr-se a questão de a retroactividade se reportar a data anterior à celebração do contrato em vigor.

Poderá, porventura, argumentar-se que, desta forma, se não assegura o referido princípio de "salário igual para trabalho igual", dado que para os restantes providos, exercendo funções similares, nos termos do n° 2 do art. 40°, as valorações indiciárias retroagem a data bastante anterior.

É certo.

Contudo, isso não é problema do acto. É da norma. E, para o escrutínio respectivo mostra-se o presente meio inadequado.

Assim, sendo certo que, relativamente ao despacho em crise, se não divisa a ocorrência da pretendida afronta de qualquer dos normativos assacados, ou de quaisquer outros de que cumpra conhecer, entende-se não merecer provimento o presente recurso.

Mantendo-se válidos os pressupostos de instância, foram colhidos os vistos legais.

III - FACTOS

Com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

A recorrente iniciou funções nos Serviços de Saúde de Macau em 21 de Maio de 1991.

A partir de 1 de Agosto de 2003 foi contratada em regime de contrato individual de trabalho como enfermeira, 5º escalão, estando afecto à Unidade de Hemodiálise do Centro Hospitalar do Conde de São Januário, dos Serviços de Saúde de Macau.

Tendo o respectivo contrato sido sucessivamente renovado.

Em 4 de Agosto de 2009 a Assembleia Legislativa da RAEM aprovou o regime da carreira de enfermagem, publicado no Boletim Oficial em 17 de Agosto de 2009, como Lei nº 18/2009, nos termos do qual «as valorizações e índices decorrentes das transições (...) e das alterações (...) retroagem a 1 de Julho de 2007, e incidem, apenas, sobre o vencimento único(...)» .

EM 18 de Agosto de 2009 (dia de entrada em vigor da referida lei), a recorrente requereu a celebração de um novo contrato de trabalho de acordo com o n.º 2 e 3 do artigo 36º da Lei n.º 18/2009.

A Recorrente tomou conhecimento e foi notificada, em 7 de Maio de 2010, através da nota interna nº 1302/NI/DP/2010 (da Divisão de Pessoal dos Serviços de Saúde de Macau), dos despachos de Sua Excelência, o Chefe do Executivo da RAEM, de 22 de Fevereiro de 2010, exaradas propostas nº 197/PP/DP/2010 e nº 313/PP/DP/2010, respectivamente, nos termos dos quais foi, em súmula, autorizada a revisão das cláusulas constantes do seu contrato individual de trabalho. Nos termos do documento n.º 1 apresentado com a petição do recurso, a fls 21 e segs..

São do teor seguinte as referidas notas internas:

“NOTA INTERNA

N.º 1302/NI/DP/2010

07/05/2010

ASSUNTO : Revisão do Contrato Individual de Trabalho – Decisão Requerimento datada de 05/09/2009, apresentada por V. Exª.

c/c do Exmº Sr. Director do CHCSJ

Na sequência do pedido formulado por V. Exa. em referência, vimos por este meio informar da autorização por parte de S. Exa. o Sr. Chefe do Executivo do averbamento às cláusulas do contrato individual de trabalho celebrado em 1/8/2009 com V. Exa.

Para os devidos efeitos, junta-se cópia das propostas n.º 197/PP/DP/2010, de 09/02/2010 e n.º 313/PP/DP/2010 de 29/03/2010, que constitui parte integrante da decisão do Chefe do Executivo.

Desta decisão cabe recurso contencioso para o Tribunal de Segunda Instância, a interpor no prazo de trinta dias, a contar do recebimento da presente notificação, nos termos da sub-alínea (1) da al. 8) do artigo 36º da Lei de Bases da Organização Judiciária, aprovada pela Lei n.º 9/1999 e dos artigos 25º, n.º 2, al. a) e 26º do Código de Processo Administrativo Contencioso, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/99/M, de 13 de Dezembro.

Com os melhores cumprimentos,

O Chefe da Divisão de Pessoal

XXX”

“Proposta

N.º 197/PP/DP/2010

09/02/2010

Assunto : Actualização salarial dos Contratos Individuais de Trabalho celebrados com enfermeiros, ao abrigo do artigo 99º da Lei Básica da RAEM

Exmº Senhor Director dos Serviços de Saúde,

Relativamente ao requerimento do enfermeiro, 5º escalão, dos Serviços de Saúde, **A**, dirigido ao Exmº Director dos Serviços de Saúde, de 5 de Setembro de 2009 (vide Anexo 1), após a leitura analítica do Parecer do Gabinete Jurídico n.º 113/GJ/2009 (vide Anexo 2), emitem-se seguintes informações e recomendação :

1. **A**, da categoria de enfermeiro contratada em regime do contrato individual de trabalho, 5.º escalão, com o índice 405, a partir do dia 1 de Agosto de 2003, pediu a actualização salarial, nos termos dos dispostos na Lei n.º 18/2009 citada no anexo supracitado 1;

2. De acordo com a alínea 3) do n.º 4 do artigo 1.º da Lei n.º 14/2009¹, que entrou em vigor no dia 4 de Agosto de 2009, o regime das carreiras não é aplicável aos trabalhadores recrutados ao exterior, que tenham sido contratados ao abrigo do artigo 99.º da Lei Básica, ou seja, a Lei n.º 18/2009 também não é aplicável aos enfermeiros recrutados ao exterior pelos Serviços de Saúde e que tenham sido contratados com recurso a contrato individual de trabalho;

3. De harmonia com o Parecer do Gabinete Jurídico n.º 113/GJ/2009, aos enfermeiros recrutados ao exterior, os Serviços de Saúde não estão, em princípio, obrigados a celebrar novo contrato, porque não se trata da situação prevista no artigo 36.º da Lei n.º 18/2009² (vide Anexo 3);

¹ Artigo 1º
Objecto e âmbito

4. O regime das carreiras não é aplicável aos trabalhadores providos :
- 1) (...);
 - 2) (...);
 - 3) Para servirem como consultores ou em funções técnicas especializadas;

² Conforme o Parecer n.º 3/111/2009, de 24 de Julho de 2009 da Comissão Eventual para a Análise de Iniciativas Legislativas Relativas ao Funcionalismo Público: "Este artigo, que prevê o regime dos contratos individuais de trabalho em vigor, foi aditado pelo Governo já na parte final da análise da proposta de lei e tem como propósito equiparar a disciplina dos contratos individuais de trabalho existentes nos serviços de saúde à consagrada para os contratos individuais de trabalho do "Regime das carreiras dos trabalhadores dos serviços públicos." (vide pág. 22)

4. No entanto, devido à grave insuficiência de recursos humanos de enfermagem locais, o recrutamento da trabalhadora supracitada correspondeu à finalidade de recrutamento ao exterior prevista no Regime de Gestão do Pessoal Contratado ao Exterior, constante da proposta dos Serviços de Saúde n.º 459/PP/DP/2009, com vista a suprir a insuficiência dos recursos humanos locais, ou seja, para atrair profissionais, com antiguidade e grande experiência, para afectação à prestação de cuidados de saúde (vide Anexo 4);

5. Na sequência da conclusão das formalidades da transição da maior parte dos enfermeiros dos Serviços de Saúde contratados em regime do quadro, além do quadro e assalariamento, e conforme o Parecer do Gabinete Jurídico n.º 113/GJ/2009, **pode ser efectuada a actualização salarial, por averbamento ao contrato** com referência à nova carreira de enfermagem e respectivos requisitos, **tendo em consideração a necessidade de serviço e o princípio "Salário igual para trabalho igual"**;

6. Pelo exposto, recomenda-se que possa ser consultado como referência o disposto relacionado com a progressão constante do artigo 12.º da Lei n.º 18/2009³, e que a todos os enfermeiros que não estão no último escalão da sua categoria e que satisfaçam os requisitos da progressão acima mencionada, possa ser efectuada a progressão do escalão actual para o escalão seguinte da categoria de origem, para efeitos de estímulo;

7. De acordo com as informações disponíveis, a trabalhadora em causa, **A**, ficou no último, ou seja no 5.º escalão da categoria de enfermeiro, a partir do dia 1 de Agosto de 2003, e conforme a exigência indicada no ponto anterior, pode ser efectuada a seguinte actualização do escalão da categoria e

³ A progressão nas categorias da carreira de enfermagem depende da permanência de dois anos no escalão imediatamente anterior com avaliação de desempenho não inferior a "Satisfaz"; e, o tempo de permanência no escalão anterior para progressão aos 4.º e 5.º escalões da categoria de enfermeiro de grau I é de três e quatro anos, respectivamente, com avaliação de desempenho não inferior a "Satisfaz".

índice:

Nome : A

Escalão da categoria de origem : 5º escalão de enfermeiro

Índice actual : 405

Nova escalão proposto : 5º escalão de enfermeiro do grau I

Novo índice : 470

8. Pode ser efectuada a actualização do escalão, por averbamento ao contrato (vide Anexo 6) e o seu efeito retroage à data da entrada em vigor desta Lei, ou seja, 18 de Agosto de 2009 com referência ao disposto no n.º 3 do artigo 36.º da Lei n.º 18/2009⁴.

9. O contrato de recrutamento e a sua renovação com a trabalhadora em causa serão efectuados de acordo com o Regime de Gestão do Pessoal Contratado ao Exterior, constante da proposta dos Serviços de Saúde n.º 459/PP/DP/2009, por sua vez, as suas funções estarão sujeitas ao novo regime da carreira de enfermagem, indicada na Lei n.º 18/2009;

10. Em caso de obtenção de autorização superior da proposta acima mencionada, venho, por este meio, solicitar a V. Ex.ª se digne submeter a presente proposta ao despacho do Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, bem como à aprovação de Sua Excelência, o Chefe do Executivo.

À consideração superior.

O Chefe da Divisão do Pessoal, subst.º,

XXX”

⁴ A opção referida no número anterior deve ser exercida no prazo de 180 dias a contar da data da entrada em vigor da presente lei, retroagindo os seus efeitos do novo contrato a essa data.

A alteração contratual foi efectuada tendo por base a seguinte proposta:

“Proposta

N.º 313/PP/DP/2010

29/03/2010

Assunto : Alteração das cláusulas do averbamento dos Contratos

Individuais de Trabalho celebrados com nove (9) enfermeiros contratados no exterior

Exmº Senhor Director dos Serviços de Saúde,

Em resposta aos requerimentos interpostos pelos 9 enfermeiros contratados no exterior em regime de Contrato Individual de Trabalho, sobre a respectiva actualização salarial após a entrada em vigor da Lei n.º 18/2009, a presente divisão emitiu as suas recomendações à cadeia hierárquica através das propostas que constam do Anexo 1.

1. O despacho do Chefe do Executivo, datado de 22 de Fevereiro de 2010 (Anexo I), dá a sua concordância, tomando como referência o novo Regime da Carreira de Enfermagem aprovada pela Lei n.º 18/2009, à actualização salarial dos nove enfermeiros acima mencionados, por averbamento ao contrato, retroagindo ao dia 18 de Agosto de 2009;

2. Ao abrigo da cláusula 2 da minuta do referido averbamento autorizada (Anexo 2), a retroactividade da diferença provocada pela actualização salarial indicada no ponto anterior incide apenas sobre o pessoal com vencimento único, mas, há a considerar que após a entrada em vigor do Regime da Carreira de Enfermagem no dia 18 de Agosto de 2009, uma parte dos enfermeiros

supracitados prestaram serviço de horas extraordinárias e obtiveram o subsídio de trabalho por turnos. Assim, para a definição da parte retroactiva, a presente divisão apresentou o pedido de parecer jurídico (Anexo 3), através da proposta n.º 273/PP/DP/2010, de 3 de Março de 2010, sobre a viabilidade de retroactividade da parte da diferença resultante dos trabalhos extraordinários e subsídio de trabalho por turnos, obtidos a partir do dia 18 de Agosto de 2009;

3. O Parecer do Gabinete Jurídico n.º 21/GJ/2010 (anexo 4), indica: " ... a referida retroactividade determina, por sua própria natureza, a extensão de seus efeitos ao acréscimo de vencimento devido às horas extraordinárias prestadas e ao subsídio de turnos, uma vez que estes dependem, nos termos legais, do vencimento em vigor. ", e "Pelo exposto, a retroactividade estipulada no averbamento ao contrato é extensiva ao acréscimo de vencimento devido às horas extraordinárias prestadas e ao subsídio de turno, tendo os enfermeiros em causa o direito de receber a diferença do referido acréscimo de remuneração e subsídio de turnos decorrentes da retroactividade sobre o vencimento único, a partir de 18 de Agosto de 2009";

4. Para responder às necessidades dos serviços clínicos, o novo Regime da Carreira de Enfermagem não só inclui o regime de trabalho normal e por turnos, mas também os enfermeiros podem estar sujeitos ao regime de disponibilidade permanente. Considerando a natureza da execução do trabalho dos 9 enfermeiros acima mencionados recrutados em regime de contrato individual de trabalho e os deveres especiais de assegurar a saúde dos cidadãos através da aplicação das medidas necessárias, de longo prazo, o respectivo regime, então, também é aplicável aos nove enfermeiros em causa;

5. Para além disso, com vista a conceder oportunidade de aperfeiçoamento e formação aos enfermeiros recrutados no exterior e elevar os seus conhecimentos profissionais e a qualidade de prestação dos serviços, após o estudo adequado, recomenda-se a oportunidade de

formação contínua aos enfermeiros acima mencionados;

6. Nos termos do disposto de substituição no artigo 28.º da Lei n.º 18/2009, esta situação é aplicável aos enfermeiros contratados no exterior da categoria de enfermeiro-chefe;

Pelo exposto, gostaria de apresentar a V. Ex.^a as seguintes recomendações:

6.1. Com base no princípio de imparcialidade, recomenda-se que sejam admitidos a análise e o parecer do Gabinete Jurídico sobre a retroactividade relacionada com o salário, quer dizer, os enfermeiros em causa têm o direito de receber a diferença do referido acréscimo de remuneração e subsídio de turnos decorrentes da retroactividade sobre o vencimento único, a partir de 18 de Agosto de 2009;

6.2. Com referência ao disposto nos artigos 22.º, 24.º, 26.º, 28.º e 29.º da Lei n.º 18/2009, sejam adicionadas as seguintes cláusulas do averbamento ao contrato, tais como, o subsídio de trabalho por turnos, o regime de disponibilidade permanente, a substituição e a formação, conforme a categoria do enfermeiro em causa.

6.3. Proceder às alterações adequadas do averbamento ao contrato (Anexo 5).

Em caso de obtenção de autorização superior da proposta acima mencionada, venho, por este meio, solicitar a V. Ex.^a se digne submeter a presente proposta a despacho do Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, bem como à aprovação de Sua Excelência, o Chefe do Executivo.

À consideração superior.

O Chefe da Divisão do Pessoal,

(assinatura: vide original)

XXX”

IV - FUNDAMENTOS

1. As questões que são colocadas no presente recurso foram já objecto de decisão neste Tribunal de Segunda Instância em diferentes ocasiões, incidindo esses outros recursos sobre situações em tudo idênticas à do presente caso, sendo que alguns dos juízes signatários não deixaram de intervir ali, razão por que, por economia de meios e de tempo, não deixaremos de nos remeter e dar aqui por reproduzido tudo quanto ali ficou exarado.

As questões que importa conhecer são as seguintes, tal como colocadas pelo recorrente e entidade recorrida:

- Falta de fundamentação;
- Princípio da igualdade;
- Outra violações de lei.

2. Quanto às restantes questões que vêm colocadas estamos em crer que elas foram já tratadas igualmente nos outros casos em que houve intervenção de parte destes juízes, donde sermos igualmente a transcrever quanto se consignou, nomeadamente no processo n.º 520/2010, deste TSI, de

27/10/2011, intercalando as adaptações pertinentes:

“A questão sob litígio nos presentes autos pode facilmente equacionar-se da seguinte maneira:

A(o) recorrente, tendo sido contratada(o) para desempenhar as funções de *enfermeiro* nos Serviços de Saúde de Macau, tem ou não o direito de ver satisfeita a sua pretensão em que a actualização salarial que decorre da Lei 18/2009, de 17/08/2009 (1ª parte) se lhe aplique e que, por essa via, seja colocada no 4º (3º) escalão com efeitos reportados a 1 de Julho de 2007, e não a 18 de Agosto de 2009 (como foi administrativamente decidido e, posteriormente, clausulado no instrumento contratual)?

A(o) recorrente defende que sim; a entidade recorrida não pensa o mesmo.

Vejamos.

O dissídio em apreço parte da publicação da *Lei n.º 18/2009, de 18 de Agosto* (Estabelece o regime jurídico da carreira de enfermagem). Trata-se de um diploma, cujo âmbito pessoal de aplicação é o dos enfermeiros dos Serviços de Saúde da Região Administrativa Especial de Macau, ainda que, com as devidas adaptações, se aplique também aos enfermeiros de outros serviços e organismos públicos da RAEM (*cf. art. 2.º*). Não está aí o problema.

A dificuldade reside nas regras de transição previstas no diploma para os enfermeiros do quadro (*cf. art. 31.º a 33.º*) e na eventual extensão de efeitos aos enfermeiros que do quadro não façam parte (*arts. 34.º e 36.º*).

Para se ser preciso, é preciso recordar que o caso em mãos começou por ser um problema de ordem subjectiva: Teria o diploma aplicabilidade à situação dos enfermeiros que apenas eram titulares de um contrato individual de trabalho? A Administração Pública, depois de alguma hesitação, resolveu a questão a contento dos interesses da(o) recorrente e foi entendido que o seu reescalamento se faria segundo as regras ali previstas. Ou seja, a(o) recorrente viu alteradas as cláusulas contratuais relativas à categoria, escalão e vencimento.

Insatisfeita(o), porém, considera que o início dos efeitos se deveria reportar a 1 de Julho de 2007 e não somente a 18 de Agosto de 2009, data da entrada em vigor da lei. Este sim, é o problema a que urge dar solução.

Para tanto, alguns preceitos importa, desde já, transcrever.

O art. 34.º dispõe o seguinte:

Artigo 34.º

Efeitos da transição

1. As transições a que se referem os n.os 1 a 3 do artigo 31.º produzem efeitos a partir da data de entrada em vigor da presente lei.

2. A transição a que se refere o n.º 4 do artigo 31.º produz efeitos a partir da data da publicação no Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau da autorização do pedido pelo director dos Serviços de Saúde.

3. Para efeitos de progressão e acesso, após a transição, é contado como prestado na carreira, categoria e escalão do quadro o tempo de serviço prestado pelos enfermeiros, sendo igualmente considerada a sua avaliação de desempenho.

E o art. 36º preceitua:

Artigo 36.º

Contratos individuais de trabalho em vigor

1. Os contratos individuais de trabalho celebrados antes da data da entrada em vigor da presente lei e as suas renovações continuam sujeitos à disciplina emergente desses contratos.

2. As partes, por sua iniciativa e mútuo acordo, podem optar por celebrar um novo contrato individual de trabalho regido pela presente lei.

3. A opção referida no número anterior deve ser exercida no prazo de 180 dias a contar da data da entrada em vigor da presente lei, retroagindo os efeitos do novo contrato a essa data.

4. Os contratos referidos no n.º 2 são celebrados tendo por referência o desenvolvimento da carreira constante do anexo I ou no anexo III da presente lei, tendo em conta, respectivamente, as habilitações académicas ou profissionais legalmente exigidas, mantendo os trabalhadores a categoria e escalão anteriormente detidos.

5. Nos casos previstos no n.º 2 o tempo de serviço, para efeitos de progressão e acesso, é contado a partir da data de produção de efeitos dos novos contratos

E o art. 40º reza assim:

Artigo 40.º

Entrada em vigor

1. A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

2. As valorizações indiciárias decorrentes das transições a que se refere o n.º 1 do artigo 34.º e das alterações a que se refere o n.º 1 do artigo 35.º retroagem a 1 de Julho de 2007, e incidem, apenas, sobre o vencimento único, tendo os trabalhadores direito a receber um montante pecuniário equivalente à diferença entre os índices correspondentes à categoria e escalão resultantes da transição e os índices correspondentes à categoria e escalão detidos antes da transição.

A(o) recorrente defende que a sua situação se enquadra no n.º 2 do art. 40º, n.º 2, portanto.

Mas acontece que a retroactividade a 1 de Julho de 2007 da vantagem decorrente da lei, tal como literalmente se colhe do n.º 2 do art. 40º, apenas contempla:

a) As transições referidas no art. 34º (ou seja, por remissão expressa, as transições dos *enfermeiros do quadro* contidas nos n.ºs 1 a 3 do art. 31º);

b) As alterações a que se refere o n.º 1, do art. 35º (ou seja, as alterações que se consideram extensivas aos *contratados além do quadro* e aos *assalariados*).

Compreende-se a intenção do legislador, se relacionarmos a força

prescritiva das normas citadas com a que emana do art. 36º do mesmo articulado legal! É que os *contratos individuais de trabalho celebrados e renovados* antes da data da entrada em vigor da lei continuam sujeitos à disciplina deles emergente (*nº1*), a não ser que as partes, por sua iniciativa e mútuo consenso, *optem* por celebrar um novo contrato individual de trabalho regido já pela lei (*nº2*).

Daqui resulta que o art. 36º apresenta uma solução pensada para os enfermeiros com contrato individual de trabalho, definindo-lhes uma *regra* e uma *exceção*.

A *regra* vem no número 1: os contratos celebrados antes da entrada em vigor da lei e as renovações também anteriores a essa data mantêm-se incólumes e inalteráveis até ao seu termo. Isto é, o sinalagma que deles emerge não pode ser violado por nenhuma das partes a seu bel talante e, por isso, as cláusulas outorgadas obrigam e sujeitam os contratantes.

A exceção descobre-se no n.º 2: as partes contratantes podem afastar a regra, se ambas (o que implica consenso) *optarem* por um novo contrato individual de trabalho regido por todas as prescrições da lei.

Mas esta exceção abre logo uma dificuldade, que é esta: ao permitir que as partes possam celebrar um novo contrato “*regido pela presente lei*” será que o legislador quis que da lei se aplicassem somente as normas de regência

do direito substantivo ali estabelecidas?

1ª Proposta de solução: Sim. O legislador realmente pensou dessa maneira. Tanto assim é, que no n.º 4 estabeleceu que os novos contratos que as partes *optassem* por celebrar deveriam ter por “referência” o desenvolvimento da carreira constante do anexo I ou no anexo III da lei, tendo em conta, respectivamente, as habilitações académicas ou profissionais legalmente exigidas, mantendo os trabalhadores a categoria e escalão anteriormente detidos. Quer dizer, a lei não foi totalmente “liberal” ao ponto de deixar ao critério dos contratantes a dimensão da posição substantiva dos enfermeiros. Dito por outras palavras, o “regime” da lei só aproveita aos enfermeiros em igual situação à do recorrente nos estritos limites consentidos na lei.

2ª Proposta de solução: Sim. O legislador não deixou que fosse possível a utilização indiferenciada da norma que prevê a entrada em vigor reportada a 1 de Julho de 1007 (art. 40º, nº1), na medida em que essa retroactividade apenas respeita à alteração substantiva e valorativa do direito no que respeita às “transições” dos *enfermeiros do quadro* (arts. 34º, nº1 e 31º, n.ºs 1 a 3) e às “alterações” extensivas aos *contratados além do quadro* e aos *assalariados* (art. 35º, nº1). Ou seja, deixou de fora da previsão normativa, precisamente os enfermeiros com *contrato individual de trabalho*.

Por outro lado, o artigo 36º é muito claro sobre este aspecto pontual do eventual aproveitamento optativo das partes do “regime” da lei. Na verdade, o

n.º 3 do artigo textual que:

“A opção referida no número anterior deve ser exercida no prazo de 180 dias a contar da data da entrada em vigor da presente lei, retroagindo os efeitos do novo contrato a essa data”.

Ou seja, o legislador foi claro em definir o marco temporal da extensão, não permitindo que os efeitos da opção retroagissem para além de 18 de Agosto de 2009, data da entrada em vigor do diploma.

E o próprio n.º 5, do mesmo artigo, com vista ao desenvolvimento futuro de efeitos asseverou que “Nos casos previstos no n.º 2 o tempo de serviço, para efeitos de progressão e acesso, é contado a *partir da data de produção de efeitos dos novos contratos*”, o que se nos afigura bem revelador da determinação do legislador em não dar às partes do novo contrato liberdade na densificação clausulativa, mas confinar os limites da outorga às balizas temporais que ele mesmo definiu.

O que, por outras palavras, significa que a permissão prevista no n.º 2 não abrange todo o regime da lei, mas somente o regime que a lei deixa aplicar.

3ª Possibilidade de solução? Não há. E se nos é agora permitido refinar as hipóteses, seríamos mesmo tentados a dizer que ambas as propostas se podem fundir numa só, isto é, que as razões de uma andam de braço dado na

outra, ao ponto de praticamente servirem de uma só vez para negar qualquer sucesso ao recorrente. Estão ali vertidos os motivos pelas quais, em nossa opinião, a posição defendida no recurso contencioso a respeito da má aplicação da lei não podem colher.

*

E se é assim que pensamos, então nenhum dos fundamentos com que a recorrente ilustra a violação do *princípio da igualdade* - como seja a invocação da violação do art. 25º da Lei Básica da RAEM, do art. 57º, nº2, da Lei das Relações de Trabalho, dos arts. 2º e 3º da Convenção nº111 da OIT sobre a Discriminação em matéria de emprego e profissão, do art. 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais – ou o da legalidade (ainda que sem expressamente assim o qualificar – como a cláusula 4º do seu contrato individual de trabalho de fls. 68 do apenso ou os arts. 174º e 175º do ETAPM – serve para sustentar a procedência do recurso no qual tanto denodo e brilho depositou.

É que neste caso, se, como pensamos, a Administração não podia satisfazer a pretensão da recorrente porque a lei o não permitia, então a actividade vinculada a que o Ex.mo Chefe do Executivo estava obrigado cumprir a lei e respeita todo e qualquer princípio de legalidade que tivesse que ser observado.

Mas, uma tal solução não ofenderá, no fundo e verdadeiramente, princípios de igualdade?

Atrevemo-nos, mesmo assim, a dizer que não. Porque um tal princípio só faz sentido perante situações exactamente iguais; a diversidade de situações – mesmo que com fortes pontos de contacto – não pode gerar a violação do princípio. É o que a mais representativa jurisprudência local vem defendendo (v.g., Ac. do TUI, de 12/05/2010, Proc. n.º 5/2010)⁵. Ora, basta a circunstância de a situação do recorrente assentar em contrato individual de trabalho para logo se ver que o quadro em que ele se relaciona com a Administração é diferente do quadro de vinculação a que respeitam outras situações como as dos funcionários do quadro ou os assalariados. É uma relação em que, em nossa opinião, a Administração até pode contratualizar com o particular direitos diferentes e até superiores aos que possam resultar de uma relação jurídica própria de um lugar do quadro.

⁵ No sentido de que a violação da igualdade admite distinções, consoante o caso, ver, por exemplo, o *Ac. do Tribunal Constitucional Português* de 11/02/1998, Proc. n.º ACTC8167, segundo o qual:” *O princípio constitucional da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções. Proíbe-lhe, antes, a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias - desde logo, diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas, como são os indicados exemplificadamente, no n.º 2 do artigo 13.º da Lei Fundamental -, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável ou sem qualquer justificação objectiva e racional. Numa expressão sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na ideia geral de proibição do arbítrio”.*

De resto, se o problema aqui fosse de desigualdade - e não nos parece que seja - então, a questão até mudaria de figura para passar a ser uma desigualdade, não na **aplicação do direito**, mas eventualmente uma **desigualdade na criação do direito**⁶.

Ora, como é sabido, o legislador ordinário pode introduzir discriminações positivas ou negativas, desde que nas situações de facto encontre razão séria e não arbitrária para diferenciar o tratamento. Desde que haja *fundamento material bastante, sério, razoável e legítimo* que não perigue com situações em que as *condições objectivas* imponham igualdade de regulação, a discriminação na criação da lei não é necessariamente violadora do princípio da igualdade (*Pareceres n.º 1/76 e 14/78 da Comissão Constitucional; Ac. do STA, de 26/03/98, Rec. n.º 42.154; do T.C. n.º 767/85, de 6/5/95, Rec. n.º 72/84; T.C. n.º 204/85, de 13/10/85, Proc. N.º 1/85; T.C. n.º 221/90, de 20/06, BMJ n.º 398/213, entre outros*).

Por isso, é necessário ter presente a razão subjacente em sentido material, para que a igualdade se não confine a um *postulado* meramente *formal*.

⁶ O que, até aí, é permitido dentro de certas circunstâncias, tal como decorre do aresto do TC citado.

Circunstância admitida em certos casos

Para ter pleno sentido prático, a criação de direito igual deve obedecer à previsão das mesmas situações, presentear todos os indivíduos com as mesmas características e a todos conferir os mesmos resultados jurídicos (J. GOMES CANOTILHO in *Direito Constitucional*, 5ª ed.. 2ª reimpressão, pag. 575; tb. in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pag.388; JOÃO MARTINS CLARO, in *O Princípio da Igualdade*, na obra Colectiva «*Nos Dez Anos da Constituição*», da INCM, pag.35 e sgs).

A violação do princípio da igualdade só se realiza quando alguém é privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever num quadro de facto igual que devesse justificar uma mesma solução normativa (igualdade na criação do direito) ou administrativa(na aplicação do direito), de que neste segundo caso encontramos eco no art. 5º do C.P.A. (sobre o princípio, vidé GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, ed. 1992, pag. 574 e sgs). Quer dizer, portanto, que situações iguais têm que merecer iguais soluções e é aí que o princípio da igualdade encontra o seu nuclear fundamento, como é sabido.

Um princípio assim, que se rebela contra o arbítrio e as discriminações, contudo, não impõe absoluta uniformidade do regime jurídico para todos, antes permitindo diversidade de soluções perante justificada diferença de situações(*Ac. do STA, de 26/3/98, Rec. n.º 42.154; do T.C. n.º 433/87, in BMJ n.º 371/145*).

A proibição do arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou decisão do legislador e só deve considerar-se violado quando não exista o adequado suporte ou fundamento material suficiente para a medida legislativa tomada (*Ac. T.C. de 1/12/85, n.º 309/85; n.º 103/87, de 24/3/87, in BMJ n.º 365/318*). É por isso que as diferenciações de tratamento às vezes se tornam legítimas se se basearem numa distinção objectiva de situações, se tiverem um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo e se se revelarem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objectivo (*Ac. T.C. - Plenário - n.º 40/88, de 11/2/88, BMJ n.º 347/156*).

Ora, neste caso, terá encontrado o legislador razões sérias para introduzir alguma divergência de soluções no que respeita à extensão temporal dos efeitos da lei e nós não vemos em que medida alguma violação ostensiva da igualdade possa ter advindo dessa opção legislativa.

Em todo o caso, mesmo que estivéssemos perante um caso de desigualdade na criação do direito, então este não seria o meio próprio para contra ela reagir, por se tratar de um meio contencioso orientado para a anulação de um acto administrativo.

Para dizer, portanto, que não podemos sufragar a tese da(o) recorrente quanto a este vício.

*

Falta analisar o vício de forma por falta de fundamentação também

suscitado no recurso.

Como é sabido, a fundamentação serve propósitos de *auto-controlo*, impelindo a Administração a uma autodisciplina na análise e apreciação de cada caso, de forma a que pondere e reflecta bem sobre o assunto pendente e lhe dê o melhor tratamento factual e jurídico.

Mas a fundamentação também visa uma função de *altero-controlo*, permitindo que o particular administrado fique munido da necessária dose de argumentos com os quais possa atacar a justiça e a legalidade da decisão administrativa. É isto o que está implícito no art. 113º, nº1, al. e), bem como nos arts. 114º, nº1, al. a) e 115º, nºs 1 e 2, do CPA.

Para cumprir este desígnio, o art. 115º permite que se faça a chamada *fundamentação por remissão*, que visa encaminhar os fundamentos do acto directamente para os fundamentos expostos num texto prévio contido numa informação, num parecer, numa proposta, etc.

Aos olhos da recorrente, o acto em apreço não cumpre o intento da lei. Contudo, se prestarmos atenção ao acto em apreço - recorde-se, do Ex.mo Chefe do Executivo de 22/02/2010 - ele é de concordância com o parecer e proposta nº 187/PP/DP/2010 prévios, nos quais é muito clara e absolutamente compreensível a indicação dos motivos da decisão (para os quais remete), nomeadamente no tocante à retroacção dos efeitos da alteração contratual.

Posição administrativa que viria a ser reiterada na proposta n° 3133/PP/DP/2010 (ver fls. 102 do p.a.) através do despacho “Autorizo”. Obviamente, esta autorização recai sobre o teor dos elementos que foram apresentados ao Ex.mo Chefe do Executivo. Quer dizer, o objecto da autorização só podia ser a alteração contratual nos exactos termos em que lhe estava a ser feita a proposta, que mais uma vez apontava para 18 de Agosto de 2009 a data do início da produção dos efeitos do contrato que iria ser rubricado.

Este é o entendimento que decorre do contexto procedimental acerca da decisão impugnada, que se nos afigura de meridiana compreensão mesmo para o mais comum dos cidadãos. O próprio recorrente colheu essa exacta percepção ao impugnar com a mais perfeita lógica e brilhantismo o seu teor no presente recurso contencioso.

“Cremos, pois, não haver falta, nem insuficiente fundamentação.”

As questões que vêm colocadas neste recurso não deixam de estar devidamente tratadas e respondidas no excerto acima transcrito, tendo sido esta a posição unânime deste Tribunal em todas as situações como a presente, relativamente a um tratamento diferente entre os enfermeiros do quadro e os enfermeiros contratados, para estes porventura considerado injusto, mas querido e assumido pela Administração, legítimo, enquanto não violador das normas aplicáveis ou dos princípios, como acima visto e não passível de

censura pelo Tribunal que não se pode imiscuir na acção governativa em tudo o que extravase o conhecimento da mera legalidade dos actos - artigo 20º do CPAC.

Refira-se ainda que quanto à alegada violação de direitos adquiridos não se vê em que medida tenha havido supressão de quaisquer direitos, pois que o referido diploma - Lei n.º 18/2009 - veio consagrar uma situação de retroactividade de valorização indiciária que não existia anteriormente, deixando de fora o pessoal contratado, prevendo expressamente, nesses casos, a possibilidade de celebração de um novo contrato, por mútuo acordo, regido pelas condições da nona lei, conforme o disposto no artigo 36º, n.º 2.

Ora, o que acontece é que a Administração não quis estender aquele benefício retroactivo a essas situações. Bem se podem insurgir os interessados dessa discriminação em relação ao pessoal do quadro, porventura injusto para quem há mais tempo trabalhe na função, ajudado na construção do sistema de saúde, tenha formado outras gerações, tudo reforçado com a necessidade que justifica a continuação da contratação desse pessoal, como aliás resulta do processo instrutor, mas o certo, certeza que não se pode escamotear, é que tal situação decorre da vontade do legislador num primeiro momento e, depois, sai reforçada, num momento posterior, por banda das entidades competentes que não quiseram estender esse benefício, aproveitando a porta que ficou aberta para esse efeito.

Perante isto, face à natureza da situação contratual e condicionalismo dessa contratação, pensa-se que o Tribunal nada pode fazer, pois que de outra forma estaria a substituir-se e a imiscuir-se nas tarefas que não lhe competem, como se disse já e na medida em que o que está em causa não colide com um tratamento retributivo ou compensatório que vá bulir com o princípio do salário igual para trabalho igual, o que não deixa de pressupor uma mesma relação jurídica de emprego público.

Tudo visto e ponderado, resta decidir.

V - DECISÃO

Nos termos expostos, acordam **em negar provimento ao recurso.**

Custas pelo recorrente com taxa de justiça de 6 Ucs.

Macau, 26 de Abril de 2012,

João A. G. Gil de Oliveira

Ho Wai Neng

José Cândido de Pinho

Estive presente: Mai Man Ieng