

Processo n.º 150/2021

(Autos de recurso de decisões jurisdicionais do TA)

Relator: Fong Man Chong

Data : 01 de Julho de 2021

Assuntos:

- Inscrição no fundo de pensões por parte dos magistrados estagiários durante a frequência do curso de formação

SUMÁRIO:

Com a entrada em vigor da Lei nº 8/2006 (*Regime de providência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos*), de 28 de Agosto, o normativo regulador da inscrição facultativa no Fundo de Pensões, prevista no artigo 259º/3 do ETAPM, só fica tacitamente revogado em relação aos trabalhadores públicos em geral, mantem-se, porém, no que se refere aos magistrados estagiários que, sem lugar de origem nos quadros dos serviços públicos, frequentam, em regime de comissão de serviço, o curso de formação para ingresso na magistratura judicial e do MP ao abrigo do disposto no artigo 8º da Lei nº 13/2001 (*Regime do curso e estágio de formação para ingresso nas magistraturas judiciais e do Ministério Público*), de 20 de Agosto.

O Relator,

Fong Man Chong

Processo n.º 150/2021

(Autos de recurso de decisões jurisdicionais do TA)

Data : 01 de Julho de 2021

Recorrentes : - A (A)
- B (B)

Entidade Recorrida : - Conselho de Administração do Fundo de Pensões
(退休基金會行政管理委員會)

* * *

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:

I - RELATÓRIO

A (A) e B (B), Recorrentes, devidamente identificados nos autos, não se conformando com a sentença proferida pelo Tribunal Administrativo, datada de 28/10/2020, que julgou improcedente o pedido formulado pelos Recorrentes no sentido de lhes ser reconhecido o direito de se inscrever no fundo de pensões durante a frequência do curso de formação para ingresso no quadro de magistrados judiciais e do MP, vieram, em 18/12/2020, recorrer para este TSI com os fundamentos constantes de fls. 311 a 358, tendo formulado as seguintes conclusões:

(i) 審判錯誤—錯誤解釋及適用法律

I. 圍繞本案的核心問題只有一個，就是在司法官實習期間，實習司法官是否有權根據《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條第 3 款的規定，於退休基金會中作出退休及撫卹制度

的登記。

2. 就上述問題，兩名上訴人已在訴願及司法上訴中詳細闡述了正面理由，現將之視為完全轉錄，並成為本上訴的組成部分。

3. 另一方面，對於相類似的個案，中級法院已先後在第 1014/2012 號、第 388/2014 號及第 1297/2019 號上訴案中作出了深入而精闢的論述，並肯定了實習司法官在實習期間在退休及撫卹制度中登記的權利。

4. 兩名上訴人認為，對於第 8/2006 號法律《公務人員公積金制度》第 24 條及《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條，應該作如下的解釋和適用：

a) 在第 8/2006 號法律《公務人員公積金制度》生效後，《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條規定的退休及撫卹制度依然可以例外地適用。

b) 司法官及實習司法官是其中一種例外情況。因為立法者並沒有打算將《公務人員公積金制度》適用在他們身上。

c) 換言之，整個退休及撫卹制度繼續適用於司法官及實習司法官；實習司法官有權在退休基金會為著退休及撫卹制度的效力而進行登記。

d) 以第 8/2006 號法律《公務人員公積金制度》生效後，《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條第 3 款便不對實習司法官適用的法律解釋及處理手法係錯誤的，屬違反法律。

5. 簡而言之，Mesmo com a entrada em vigor da Lei n° 8/2006 que introduziu o regime de previdência na função pública, a inscrição facultativa no Fundo de Pensões, prevista no artº 259º/3 do ETAPM, mantém-se em vigor em relação aos magistrados estagiários que não disponham de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos da RAEM.

6. 又或者講，Com a entrada em vigor da Lei n° 8/2006 (Regime de providência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos), de 28 de Agosto, o normativo regulador da inscrição facultativa no Fundo de Pensões, prevista no artigo 259º/3 do ETAPM, só fica tacitamente revogado em relação aos trabalhadores públicos em geral, mantém-se, porém, no que se refere aos magistrados estagiários que, sem lugar de origem nos quadros dos serviços públicos, frequentam, em regime de comissão de serviço, o curso de formação para ingresso na magistratura judicial e do MP ao abrigo do disposto no artigo 8º da Lei n° 13/2001 (Regime do curso e estágio de formação para ingresso nas magistraturas judiciais e do Ministério Público), de 20 de Agosto.

7. 兩名上訴人在成為實習司法官前，不屬於行政當局編制內人員，故完全適用上述三個裁判的理解。

8. 所以，兩名上訴人在司法官實習期間，有權以實習司法官的身份，自 2015 年 9 月 7 日開始，登記成為退休及撫卹制度的會員，並為退休及撫卹效力作供款。

9. 此外，從立法原意來看，立法者在創立公積金制度時，根本無意修改司法官的退休制度，因為立法者考慮到司法官屬終身職業，應以終生任職為前提而繼續適用退休及撫卹制度；而且，基於這一職業的專業性和稀缺性，立法者亦不希望司法官可以按公積金制度終止職務，藉以收取一筆退休金而離開法院，以保障法院的穩定和司法系統的正常運作。

10. 所以，《公務人員公積金制度》的出現，根本無礙現行司法官退休制度的運行和適用。既然《公務人員公積金制度》無意修改司法官按退休及撫卹制度進行退休，那麼，任何《公務人員公積金制度》內的規範都不應解釋為限制或消滅實習司法官(於該制度生效前就已經享有的)將實習期間納入總服務期間的權利。

11. 由於第 8/2006 號法律《公務人員公積金制度》的生效並沒有明文廢止或修改第 87/89/M 號法令、第 10/1999 號法律《司法官通則》及第 13/2001 號法律《進入法院及檢察院司法官團培訓課程及實習制度》的任何規定。

12. 因此，兩名上訴人認為，倘若在第 8/2006 號法律生效後獲定期委任的實習司法官只可在公積金制度內登記，但在獲確定委任為司法官後則必會導致公積金帳戶被註銷，實習期間並沒有被立法者考慮包含在為退休及撫卹效力而計算之服務時間內，則明顯有違第 8/2006 號法律《公務人員公積金制度》的立法目的。

13. 我們再一次重申，立法者將司法官排除在公積金制度以外的目的就是為了確保司法官的工作和退休制度及司法機關正常運作的穩定性，而實習司法官的實習階段又是成為本地編制司法官的必經門檻；然而立法者創設公積金制度的目的，只不過是為了一般公務人員的退休保障，既然如此，兩名上訴人相信，立法者不會對將成為本地編制司法官的實習員創設如此沒保障的制度。

14. 可以說，對兩名上訴人適用《公務人員公積金制度》明顯違背了不改變司法官現行退休制度的立法原意。

15. 中級法院在卷宗編號：1297/2019 作出的裁判亦指出原審法院對第 8/2006 號法律《公務人員公積金制度》第 24 條的理解是不合理的，且明顯有違平等原則：

“3) - Na óptica do Tribunal recorrido, se houvesse estagiários que estivessem a frequentar o curso, aquando da entrada em vigor da citada Lei n° 8/2006, eles poderiam inscrever-se no fundo de pensões desde que assim requeressem nos termos do artigo 24° acima citado. Se no ano a seguir, viesse a abrir mais um curso, os seus estagiários já não teriam este direito,

porque a norma do artigo 24º já fechou a "porta". Pergunta-se, qual o motivo relevante que justifique criar uma diferença tão abissal para os estagiários que frequentam o curso da mesma especialidade profissional? Sendo certo que este artigo 24º tem por objectivo acabar com a possibilidade de se inscreverem no fundo de pensões por parte de funcionários, mas ressaltando-se a situação dos magistrados. É o que resulta do artigo 3º/2-5) da Lei nº 8/2006 (Regime de providência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos), de 28 de Agosto;

4) - Salvo o merecido respeito, não nos parece que existe tal motivo justificador, pelo contrário, tal interpretação viola nitidamente o princípio da igualdade em sentido amplo, tal como está prescrito no artigo 25º da Lei Básica da RAEM. Pelo que, não nos parece que a interpretação do artigo 24º em causa feita pelo Tribunal recorrido merece acolhimento, para além de contraria os expedientes interpretativos em matéria de direito constitucional tal como veremos mais adiante."。

16. 再者，根據《民法典》第 7 條第 3 款規定，我們應該跟隨上引判決對過往類似個案的解決方法，肯定兩名上訴人在實習期間在退休及撫卹制度中登記的權利。

17. 所以，被上訴判決屬係錯誤解釋及適用第 8/2006 號法律《公務人員公積金制度》第 24 條及《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條第 1 款至 4 款的規定，構成審判錯誤，在此情況下，上訴法院應予廢止。

18. 除此之外，由於兩名上訴人是以定期委任方式修讀司法官培訓課程及實習。根據《澳門公共行政工作人員通則》第 2 條第 2 款的規定，兩名上訴人自定期委任時起便具有公務員資格。

19. 一旦兩名上訴人通過考核並獲確定委任為司法官，為期兩年的培訓課程及實習時間，應根據《澳門公共行政工作人員通則》第 23 條第 4 款規定，計入任職司法官的服務時間。

20. 事實上，行政法院在第 993/13-ADM 號裁判中已經表明，不論是否屬公共行政工作人員，當兩名上訴人最後成績合格，獲委任為司法官之後，只需直接適用《澳門公共行政工作人員通則》第 23 條第 4 款規定，就可以將實習的兩年時間計算在為退休效力的服務時間內。

21. 檢察院司法官在行政法院第 735/10-ADM 號案件的意見書中亦提到，培訓課程屬司法官生涯的必要組成部分，從這個意義來說，實習員在一定程度上已具準司法官的身份；另外，亦指出實習階段與正式擔任司法官的期間達成一個整體，沒有前者則無從出現後者，且兩者之間從未出現斷裂的情況。因此，在完成培訓及實習階段後，倘成績合格，培訓及實習的時間應納入為退休效力的服務時間。

22. 其實，第 13/2001 號法律《進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習制度》

第 9 條第 4 款(屬行政當局工作人員的實習員)亦已明確規定：“為產生一切效力，尤其是為計算退休及撫卹、在原職程晉升及晉階的效力，獲定期委任為實習員的總時間計算在服務時間內(...)”。由此可見，立法者希望實習司法官不會因為修讀司法官實習課程而在為退休效力計算服務時間方面受到任何影響。

23. 此外，將實習期間計算為退休效力的服務時間亦是立法者設定各種實習制度時的做法。例如十一月二十八日第 54/97/M 號法令第 31 條、第 66/94/M 號法令核准的《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 101 條第 2 款 a)項等。

24. 因此，被上訴判決是錯誤解釋及適用《公務人員公積金制度》第 24 條、《澳門公共行政工作人員通則》第 23 條第 4 款、第 278 條第 1 款 a 項及第 259 條第 3 款的規定，構成審判錯誤，應予廢止。

25. 也就是說，允許兩名上訴人自獲委任為實習司法官之日起，在退休及撫卹制度作出任意性登錄及進行供款才是正確的法律解釋及適用。

26. 作為第三個上訴理由，兩名上訴人認為，應該透過擴張解釋的方法，去理解《公務人員公積金制度》第 24 條第 1 款第 4 項的規定。也就是說，有關規定所規範的例外情況，也包括身為實習司法官的兩名上訴人在內。

27. 正如上述，在《公務人員公積金制度》生效之後，立法者根本無意透過這一法律去明示或默示廢止司法官原本的退休制度及權利。只不過，在定立有關條款時在文字上的表述略欠周詳。

28. 其實，在司法官退休制度整體不變的立法理念下，實在無理由要讓兩名上訴人先在公積金制度登記，之後又再在退休及撫卹效力制度中重新登錄，平白耗損兩年時間。

29. 根據《民法典》第 10 條規定，對於《公務人員公積金制度》第 24 條第 1 款第 4 項的例外規定，可以作擴張解釋。

30. 然而，被上訴判決沒有作出這樣的決定，便是錯誤解釋及適用《公務人員公積金制度》第 24 條第 1 款第 4 項及《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條的規定，構成審判錯誤，應予廢止。

(ii) 違反平等原則

31. 在入職成為實習司法官前，相關人士可以是：(1)已有公職連繫且已進行退休登記和供款；(2)已有公職連繫，但沒有進行退休登記和供款；及(3)沒有任何公職連繫。

32. 屬上述第一類情況的實習司法官，由於他們原已進行退休登記和供款，而立法者並未將實習時間排除在服務時間之外，因此，實習時間會接續計入原有的、為退休及撫卹制度

效力而言的服務時間。

33. 至於屬第二類及第三類情況的實習司法官，他們的實習時間，亦應該計算在退休及撫卹制度效力的服務時間之內，只要他們依據《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條的規定申請在退休及撫卹制度登記。

34. 即是說，針對為期兩年的實習課程期間是否算入服務時間的問題上，三類實習司法官均履行著相同的職務，並處於相同的狀況(均具有實習司法官身份和公務員身份)，那麼，根據平等原則，不應存在差別對待。

35. 中級法院在卷宗編號: 1297/2019 作出的裁判亦已肯定原審法院對《公務人員公積金制度》第 24 條的理解會造成違反平等原則的情況: “3) - Na óptica do Tribunal recorrido, se houvesse estagiários que estivessem a frequentar o curso, aquando da entrada em vigor da citada Lei n.º 8/2006, eles poderiam inscrever-se no fundo de pensões desde que assim requeressem nos termos do artigo 24.º acima citado. Se no ano a seguir, viesse a abrir mais um curso, os seus estagiários já não teriam este direito, porque a norma do artigo 24.º já fechou a "porta". Pergunta-se, qual o motivo relevante que justifique criar uma diferença tão abissal para os estagiários que frequentam o curso da mesma especialidade profissional? Sendo certo que este artigo 24.º tem por objectivo acabar com a possibilidade de se inscreverem no fundo de pensões por parte de funcionários, mas ressalvando-se a situação dos magistrados. É o que resulta do artigo 3.º/2-5) da Lei n.º 8/2006 (Regime de providência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos), de 28 de Agosto; 4) - Salvo o merecido respeito, não nos parece que existe tal motivo justificador, pelo contrário, tal interpretação viola nitidamente o princípio da igualdade em sentido amplo, tal como está prescrito no artigo 25.º da Lei Básica da RAEM. Pelo que, não nos parece que a interpretação do artigo 24.º em causa feita pelo Tribunal recorrido merece acolhimento, para além de contraria os expedientes interpretativos em matéria de direito constitucional tal como veremos mais adiante.”

36. 然而，被上訴的判決沒有以上述的方式去解釋及適用平等原則，反而否定了兩名上訴人在司法官實習期間可以在退休及撫卹制度中登記的權利，這樣，無疑是違反了《行政程序法典》第 5 條第 1 款規定，同樣構成審判錯誤，上訴法院應予廢止。

(iii) 兩名上訴人退休的基本權利

37. 透過上述理由可知，不批准兩名上訴人在司法官實習期間登錄在退休基金會的決定，屬違反法律的情況，所以，被上訴判決所稱的推定法律為合憲的講法使失去理據。

38. 我們一再重申，對兩名上訴人來說，即使《公務人員公積金制度》經已生效，但

《澳門公共行政工作人員通則》規定的退休及撫卹一般制度應當對他們繼續適用，否則，便有違《公務人員公積金制度》所要達到的、不改變司法官現行退休制度的立法原意。

39. 事實上，允許兩名上訴人在實習階段行使登記權，與退休基金會建立退休法律關係，並不等於立即使兩名上訴人享有退休福利，因為，該等權利必然是延至將來，且符合法律規定的退休時間時方可行使。

40. 換言之，兩名上訴人行使權利的前提條件是取決於在退休及撫卹制度中作出登記，否則，將變為空談。

41. 然而，被上訴判決作出了相反的決定，無疑是錯誤解釋及適用《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條、《澳門特別行政區基本法》第 39 條的規定，構成審判錯誤，應予廢止。

(iv) 駁回起訴的決定違反《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a) 項之規定

42. 針對原審法院就第三項請求(命令作出依法應作出之行政行為)駁回起訴的決定，兩名上訴人認為原審法院違反了《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a) 項之規定。

43. 首先，《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a) 項明確規定，上訴人可合併撤銷被上訴行為請求、宣告被上訴行為無效請求及命令作出依法應作出的行政行為的請求。

44. 然而，原審法院認為《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a) 項僅適用於具積極內容的行為，而不可用於具單純消極內容的行為。

45. 但必須指出的是，上述規定沒有對被撤銷或宣告無效的行政行為的內容及性質作出區分，並沒有指出僅在被撤銷或宣告無效的行政行為屬於具積極內容的行為時方可合併命令作出內容受羈束之另一行政行為之請求。

46. 如立法者沒有作出區分，法律適用者就不應作出區分。因此，應視《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a) 項適用於具積極內容的行政行為，以及具單純消極內容的行政行為。

47. 正如中級法院於第 620/2010 號卷宗作出之裁判亦明確肯定可合併撤銷行政行為的請求(對有關行政行為的內容及性質不作區分)及命令作出另一內容受羈束之行為的請求。同樣的觀點亦可見中級法院於第 742/2015 號卷宗作出的裁判。

48. 就原審法院所引用的見解，兩名上訴人認為，該見解只是說明了《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a) 項可適用的其中一種情況，並不排除該規定適用於其他如否決申請人的申請的行政行為。

49. 既然《行政訴訟法典》第 103 條第 1 款批准上訴人就被上訴實體的否決申請決定提出命令作出依法應作之行政行為之訴，上訴人認為沒有理由將有關行政行為排除在《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a) 項所指的可合併請求的適用範圍內。

50. 事實上，倘不批准上訴人在提出撤銷被訴行為及宣告被訴行為無效的請求的同時，合併命令作出依法應作之行政行為的請求，即使被訴行為被撤銷或被宣告無效，上訴人的最終目的是仍未能滿足的，仍需透過其他途徑(或需透過另外提起命令作出依法應作之行政行為之訴)要求退休基金會作出其依法應作出之行為——即批准兩名上訴人於 2015 年 9 月 16 日提交之申請，許可他們自獲委任為司法官實習員之日(即 2015 年 9 月 7 日)在退休及撫卹制度中作出登記，並為退休及撫卹效力進行供款，且在退休及撫卹制度作出登記之日註銷原本的公積金制度登記。

51. 由此可見，批准兩名上訴人在本案合併撤銷行政行為及宣告行政行為無效請求及命令作出依法應作之行政行為的請求方最能保障上訴人的利益，以及使上訴人能透過一個訴訟快捷地解決本案的問題。

52. 第二，兩名上訴人認為《行政訴訟法典》第 103 條第 2 款的規定並不排除撤銷行政行為請求及命令作出依法應作之行政行為的請求之合併。

53. 針對此問題，前中級法院法官 José Cândida de Pinho 就指出：“...o que não significa que o recorrente contencioso não pode, juntamente com o pedido de anulação, de declaração de nulidade ou de inexistência do acto impugnado, cumular um outro pedido para a prática do acto legalmente devido se for de conteúdo vinculado. (artigo 24.º, n.º 1, al. a) do CPAC). Neste caso de cumulação de pedidos, a vantagem é evidente decorrente do facto de num só processo se conhecer das questões que separadamente o art.103.º, n.º 2 proíbe.”

54. 而中級法院於第 625/2016 號卷宗的裁判亦明確指出《行政訴訟法典》第 103 條第 2 款的規定並不排除撤銷行政行為請求及命令作出依法應作之行政行為的請求之合併。

55. 事實上，倘《行政訴訟法典》第 103 條 2 款的規定排除合併撤銷行政行為及宣告行政行為無效請求及命令作出依法應作之行政行為的請求之可能性，《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a)項將沒有任何適用空間可言，因為只要提出了撤銷行政行為請求或宣告行政無效的請求，就不可將有關請求與命令作出依法應作之行政行為的請求合併。

56. 因此，兩名上訴人不認同原審法院指《行政訴訟法典》第 103 條 2 款的規定排除了合併撤銷行政行為及宣告行政行為無效請求及命令作出依法應作之行政行為的請求的理解，並認為有關理解違反《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a)項之規定。

57. 基於上述，由於原審法院就兩名上訴人提出命令作出依法應作出的行為的請求駁回起訴的行為違反了《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a)項之規定，上訴法院應廢止有關決定，並對兩名上訴人提出命令作出依法應作出的行為的請求作出審理。

(v) 命令作出依法應作之行政行為

58. 在司法上訴中，兩名上訴人根據《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a) 項之規定，請求法院命令退休基金會行政管理委員會作出依法應作出的行政行為，即批准兩名上訴人於 2015 年 9 月 16 日提交之申請，許可他們自獲委任為實習司法官之日(即 2015 年 9 月 7 日)在退休及撫卹制度中作出登記，並為退休及撫卹效力進行供款，且在退休及撫卹制度作出登記之日註銷原本的公積金制度登記。

59. 正如前述，上訴法院應一併對上述命令作出依法應作之行政行為的請求作出審理。

60. 事實上，在判斷退休基金會行政管理委員是否應作出有關的行政行為時，《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條並沒有賦予其任何自由裁量權，法律僅要求其依法審查兩名上訴人是否符合法律所要求的要件。

61. 因此，一旦兩名上訴人符合該條所硬性規定的要件—1) 對象：在公共部門編制內無原職位之定期委任人員、2) 年齡：容許其工作達到為擔任有關職務而定之年齡上限時最少有十五年之為退休效力而計算之服務時間、3) 期間：自就職起六十日內申請登記—被訴實體便無任何選擇空間，其所作出的行為，必須為接納有關的登記申請。

62. 然而，被訴實體卻以違法的理由，拒絕了兩名上訴人的登記申請請求，沒有作出受羈束的(即必須接納登記申請)的行為。

63. 根據《行政訴訟法典》第 24 條第 1 款 a 項所指，如果原應作出一個限定內容的行政行為，而不是被撤銷的、或被宣告無效或法律上不存在的行政行為，則可以一併請求法院命令作出依照法律應作出的行為。

64. 所以，在本上訴中，兩名上訴人除針對原審法院的判決提出上訴外，還一併請求上訴法院命令退休基金會行政管理委員會作出依法應作出的行政行為，即批准兩名上訴人於 2015 年 9 月 16 日提交之申請，許可他們自獲委任為司法官實習員之日(即 2015 年 9 月 7 日)在退休及撫卹制度中作出登記，並為退休及撫卹效力進行供款，且在退休及撫卹制度作出登記之日(即 2015 年 9 月 7 日)註銷原本的公積金制度登記。

*

A Entidade Recorrida, **Conselho de Administração do Fundo de Pensões (退休基金會行政管理委員會)**, veio, 04/02/2021, a apresentar as suas contra-alegações constantes de fls. 384 a 404, tendo formulado as seguintes conclusões:

a) 司法上訴人提起本司法裁判上訴並針對行政法院法官閣下於 2020 年 10 月 28 日作出的判決。(見有關判決書內容, 即卷宗第 245 至 254 頁, 並為著產生一切之法律效力, 在這裏視為已完全轉載。)

b) 根據被訴判決書行政法院法官閣下駁回司法上訴人提起之司法上訴, 並(完全)確認被訴行政行為之合法性及維持其內容。

c) 被訴行政行為源於**退休基金會行政管理委員會**不批准司法上訴人於 2015 年 9 月 18 日之申請, 要求將其於 07/09/2015 被委任為第五屆《進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習制度》的實習員之日期起, 以該《培訓課程及實習制度》實習員的身份在退休及撫卹制度登記, 並為退休及撫卹效力作供款。

d) 本司法上訴案主要針對的問題是, 在委任為第五屆《進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習制度》(以下簡稱“《培訓課程及實習制度》”)的司法上訴人是否有權/符合資格以該《培訓課程及實習制度》實習員的身份在《退休及撫卹制度》登記, 並為退休及撫卹效力作供款?

e) 被訴實體一直對這個問題的分析及結論是認為獲委任為《進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習制度》之司法官實習員(正如司法上人的情況一樣)是無權/不符合資格以該《培訓課程及實習制度》實習員的身份在《退休及撫卹制度》登記, 並為退休及撫卹效力作供款。

f) 被訴實體對這個問題的分析及結論並不是片面、個別或單一甚或是固執的觀點。因為在客觀事實上, 無論行政公職局 2012 年 1 月 16 日之意見書 Informação N.º 005/DTJ-DAJFP/INF/2012, (當時之)法律改革及國際法事務局 2012 年 2 月 9 日之意見 Parecer N.º 06/DPNDPU/DSRJDI/2012, 行政法院在同類司法上訴案卷宗第 735/10-ADM、2743/17-ADM、2749/17-ADM 包括本案的判決書, 以及中級法院司法裁判上訴卷中編號 388/2014(原判決書製作人)、939/2020 的落敗聲明等都是持與被訴實體相同的觀點及結論。

g) 正如行政法院法官閣下也認同被訴實體的見解, 在被訴判決作出精闢的分析及理據, 檢察院檢察官閣下在檢閱中也同樣對本案作出深入及精闢的分析, 並對本案發表意見認為司法上訴理由不成立, 建議駁回司法上訴請求(卷宗第 241 至 244v 背頁, 並為著產生一切之法律效力, 在這裏視為已完全轉載)。

h) 上述行政法院法官閣下作出之被訴判決、檢察院檢察官閣下在檢閱中的意見正好完完全全地認同及確認被訴行政行為的合法性, 以及被訴實體一直對這個問題的分析及結論是符合法律規定的: 在委任為《進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習制度》的司法官實習員(如司法上訴人)是無權/不符合資格, 以該《培訓課程及實習制度》實習員的身份在《退休及撫

卹制度》登記，並為退休及撫卹效力作供款。

i) 當然，被訴實體亦同時承認在行政法院、中級法院、檢察院其他檢察官等也曾在涉及同類問題的司法上訴案中作出不同的理解及判決。對於不同或相反的見解、意見及判決，被訴實體在此重申表示予以十分的尊重。

j) 基於面對兩種不同的意見，被訴實體認為應從立法者及立法精神的角度去分析本案中爭議的問題。

k) 根據當時適用之第 13/2001 號法律(進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習制度)第 7 條第 1 款及第 8 條第 1 款的規定，上訴人在 2015 年 9 月 7 日被行政長官委任為第五屆進入法院及檢察院司法官團培訓課程及實習之實習員，並以此身份修讀該培訓課程及實習。

l) 《司法官通則》第 14 條第 1 款規定，司法官編制職位的任用得以三種方式作出：1)確定委任；2)定期委任；或 3)合同方式。而第 14 條第 6 款亦規定，原編制為澳門編制的司法官以確定委任方式任用。

m) 《司法官通則》第 58 條(退休)規定：“*原編制為澳門編制的司法官的退休，由對澳門公共行政工作人員所定的一般制度及以下各條的特別規定規範。*”。由此可見，上述第 58 條並不包括以合同方式或定期委任的司法官，而只有原編制為澳門編制的司法官才適用 12 月 21 日第 87/89/M 號法令核准的《澳門公共行政工作人員通則》關於退休制度方面的規範。

n) 就上訴人的個案而言，雖然第 13/2001 號法律第 7 條規定，《司法官通則》經作出必要配合後可適用於實習員，但值得強調的是，實習員並非司法官，也不是實習司法官，亦不等同司法官，實習員必須先完成由法律及司法培訓中心在其職責範圍內開辦的培訓課程及實習，且成績及格後，並經推薦法官的獨立委員會及檢察長提名，再經行政長官任命，才可進入法院或檢察院司法官團的編制，成為法官及檢察官。

o) 事實上，在與司法上訴人同屆《培訓課程及實習制度》其中一名培訓課程及實習之實習員，在成績及格後，並沒有獲得有關之提名及任命進入法院或檢察院司法官團的編制，成為法官或檢察官。

p) 倘若按如司法上訴人所主張，該名實習員自被委任為第五屆法院及檢察院司法官團培訓課程及實習的實習員(2015 年 9 月 7 日)起，獲批准登記成為退休及撫卹制度的會員，並為退休及撫卹效力作供款，在完成培訓課程及實習後，沒有獲得推薦法官的獨立委員會及檢察長的提名，以及行政長官的任命的實習員，應如何處理？

q) 至於在沒有獲得推薦法官的獨立委員會及檢察長提名，及行政長官任命的實習員，當事人是否能返回其原來的職位(修讀培訓課程及實習前)，則要視其之前與行政當局的工作聯繫

方式而定。

r) 這正是立法者在立法時已預計上述情況發生的可能性，因此，被委任為法院及檢察院司法官團培訓課程及實習的實習員所適用之制度屬過渡性制度。

s) 在退休保障方面，《司法官通則》第 58 條及續後條文的規定，並不適用於所有任用方式聘用之司法官的一般制度，而僅適用於原編制為澳門特區編制的司法官的特別制度。

t) 《培訓課程及實習制度》實習員(司法官實習員)無論在身份上及職能上都與司法官截然不同，故無論作出任何配合，實習員不可適用上述《通則》第 58 條及續後條文之規定，否則，立法者亦無需於第 13/2001 號法律第 9 條第 4 款明確保留原屬行政當局工作人員的實習員在退休及撫卹制度方面的權利(規定該等實習員之實習期間被視為退休效力而計算的服務時間)。

u) 既然《司法官通則》第 58 條所指的司法官退休制度僅適用於原編制為澳門特區編制的司法官，並不適用於以合同方式或定期委任方式任用的司法官，包括當時只具有《培訓課程及實習制度》實習員(司法官實習員)身份的上訴人。

v) 事實上，第 8/2006 號法律《公務人員公積金制度》的設立擴大了退休保障範圍，為過去未被退休及撫卹制度涵蓋的公務人員(散位合同及個人勞動合同人員)提供退休保障，並適用於日後新加入的公務人員，並無削弱任何公務人員的退休保障。

w) 對於在該法律生效前屬退休及撫卹制度的會員，其在該制度的權利及義務維持不變，無論在重新登記、供款及取得退休金的條件均沒有改變；

x) 立法者透過該法律的例外性規定維持獲委任為澳門特區編制的司法官在退休及撫卹制度登記的權利。

y) 第 8/2006 號法律《公務人員公積金制度》生效前，非屬行政當局工作人員的司法官培訓課程的實習員無權在退休及撫卹制度作登記，在該法律生效後情況亦相同，並沒有任何改變。

z) 在整個個案分析中，被訴實體在法律適用及理解方面都是完全符合《民法典》第 8 條(特別是第 2 款及第 3 款)之規定。

aa) 在尊重的前題下，被訴實體認為法律適用者不能隨意假定立法者的立法精神不正確，或其欲表達之意思不完整。

bb) 上訴人在其上訴狀內的理據並不正確及不能成立的，特別是上訴人提出被訴實體之決議違反法律規定及/或錯誤適用法律之瑕疵的論據，故此也不能成立。

cc) 被訴實體認為其所作出的行政行為，無論在上述法律的理解、解釋及適用方面都是符合法律的規定及立法的精神，更無沾有適用法律或違反法律的瑕疵。

dd) 值得指出的是，立法者在制定法律時，對於本質上存有的區別的適用對象可以作出差別對待。

ee) 根據《司法官培訓及實習制度》第 9 條規定，立法者對於行政當局的領導或主管官職據位人或者非擔任領導或主管官職的編制人員獲定期委任為“培訓課程及實習之實習員”情況，為保障他們在原官職及職務上既有權益，尤其退休保障方面，不會因上述定期委任而受影響，故明確規定為產生一切效力，尤其是為計算退休及撫卹、在原職程晉升及晉階的效力，獲定期委任為實習員的總時間計算在服務時間內。

ff) 對於不屬行政當局的領導或主管官職據位人或者非擔任領導或主管官職的編制人員獲定期委任為“培訓課程及實習之實習員”，立法者並沒有作出相同對待，理由很簡單，因為他們在原官職及職務，或退休保障方面沒有既得利益需要特別保障。

gg) 即使司法上訴人作為“培訓課程及實習之實習員”的期間透過《司法官培訓及實習制度》第 8 條第 1 款及《澳門公共行政工作人員通則》第 2 條第 2 款之規定獲賦予公務員資格，但不可因此而視司法上訴人等同於《司法官培訓及實習制度》第 9 條所規範的“行政當局工作人員”，因為該條文所規定的“行政當局工作人員”是指行政當局的領導或主管官職據位人或者非擔任領導或主管官職的編制人員，而本案的司法上訴人在成為“培訓課程及實習之實習員”之前，既不是行政當局領導或主管官職據位人，又不是行政當局的編制人員(而分別是以個人勞動合同及以編制外合同受聘)。

hh) 司法上訴人不可以透過《司法官培訓及實習制度》第 9 條第 1 款或第 2 款及第 4 款規定，及結合《司法官通則》第 58 條及《澳門公共行政工作人員通則》第 259 條第 1 款及第 3 款之規定，在退休及撫卹制度登記及將實習期間計入退休效力的服務時間內。

ii) 上述觀點正好可以從第 13/2001 號法律的立法會第一常設委員會第 5/2001 號意見書中，尤其是 II 整體性分析第 9 點及 III 細則性審議關於該法案第 9 條之討論內容獲得引證。

jj) 經澳門特別行政區立法會通過的第 9/2020 號法律對第 13/2001 號法律《進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習制度》的第三條、第五條、第九條至第十一條、第十四條、第十五條及第十九條進行修改，並同時也對經第 4/2019 號法律修改的第 10/1999 號法律《司法官通則》第十三條、第十四條、第十六條及第五十四條作出修改。

kk) 在該次的法律修改中《司法官通則》，對司法官任用的方式作出了改變，從原來以確定委任方委任已完成《司法官培訓及實習制度》並合格的實習員為法官或檢察官，修改為先以期三年的定期委任方式任用(第十四條-A)。

ll) 上述修改第 13/2001 號法律《進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習制度》

法案在立法會第二常設委員會討論時，有議員關注定期委任司法官獲得確定委任後其服務時間計算的問題(第十四-A條定期委任及確定委任)，提案人(行政法務司張永春司長等官員)作出瞭解釋：
“...提案人解釋，法案中第十四-A 條第四款所指的定期委任的服務時間並不包括實習期間的所提供的服務時間，亦即兩年的培訓和實習期間的服務時間並不會計算入確定委任的司法官的服務時間內。至於培訓和實習期間的服務時間適用其他的公職制度，譬如公積金制度等。...”(參照“澳門特別行政區立法會第二常設委員會第 6/VI/2020 號意見書”第 14 頁)。

mm) 由上述法律提案人的解釋及澄清：“...法案中第十四-A 第四款所指的定期委任的服務時間並不包括實習期間的所提供的服務時間，亦即兩年的培訓和實習期間的服務時間並不會計算入確定委任的司法官的服務時間內。至於培訓和實習期間的服務時間適用其他的公職制度，譬如公積金制度等。”，非常明確地再次重申立法的原意及精神。

nn) 亦剛好證明“獲委任為《進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習制度》的司法官實習員(正如司法上人)是無權/不符合資格，以該《培訓課程及實習制度》實習員的身份在《退休及撫卹制度》登記，並為退休及撫卹效力作供款”的觀點是完全符合有關的立法原意和精神，因為立法者的解釋最具權威不過了。

oo) 同時也印證了在現行法律制度中，沒有明文規定容許《進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習制度》實習員在正式被委任為司法官後，為著退休及撫卹效力的總服務時間的計算，可以將所有在實習期間內提供的服務時間亦計算在內，是立法者的原意，並不是法律遺漏。

pp) 基此，被訴實體所作出的行政行為(被訴行為)，無論在上述法律的理解，解釋及適用方面是完全正確及符合法律規定，亦沒佔有任何的瑕疵，故亦應予完全保留。

qq) 是次上訴之被訴判決完全正確、合法及無任何的瑕疵應予以完全確認。

*

O Digno. Magistrado do MP oferece o seguinte douto parecer (fls. 573 a 576):

Nos termos previstos no artigo 157.º do Código de Processo Administrativo Contencioso (CPAC), vem o Ministério Público pronunciar-se como segue:

1.

A e B, melhor identificadas nos autos, interpuseram recurso contencioso do acto praticado pelo **Conselho de Administração do Fundo de Pensões** que manteve o acto do Presidente desse Conselho, indeferindo o pedido de inscrição das Recorrentes no Fundo de Pensões com efeitos a partir da data das suas nomeações como magistradas estagiárias (7 de Setembro de 2015).

Com o pedido de anulação do referido acto cumularam o pedido de condenação da Entidade Recorrida a praticar o acto de inscrição das Recorrentes no regime de aposentação e sobrevivência.

Por douta sentença do Tribunal Administrativo que se encontra a fls. 245 a 254 dos presentes autos, foi o recurso contencioso julgado improcedente com a consequente manutenção do acto recorrido e, quanto ao pedido cumulado, foi a Entidade Recorrida absolvida da instância.

Inconformadas com a dita sentença, vieram as Recorrentes contenciosas interpor o presente recurso jurisdicional imputando à douta sentença recorrida diversos erros de julgamento.

O Conselho de Administração do Fundo de Pensões apresentou contra-alegações, pugnando pela manutenção do decidido pelo Tribunal Administrativo.

2.

2.1.

A questão que constitui objecto da presente controvérsia não é nova e tem merecido do Tribunal de Segunda Instância respostas decisórias de sentido constante que se conhece.

Não se justificarão, portanto, grandes considerações da nossa parte.

Com todo o respeito pela opinião que tem vindo a prevalecer, parece-nos que o Meritíssimo Juiz do Tribunal Administrativo decidiu impecavelmente, fundamentando de forma exhaustiva a sua sentença, fazendo-a assentar em argumentos que, face às normas legais em vigor, se mostram de indiscutível solidez.

Por isso, com a devida vénia, e em ordem a evitar desnecessárias redundâncias limitamo-nos a aderir aos ditos argumentos, fazendo-os nossos.

Ainda assim, umas brevíssimas considerações sobre a questão controvertida.

2.2.

2.2.1.

A norma legal contida no n.º 1 do artigo 24.º da Lei n.º 8/2006 (Regime de Previdência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos) é cristalina como a água da nascente:

«Após a entrada em vigor da presente lei deixam de ser admitidas inscrições no Regime de Aposentação e Sobrevivência, salvo nos seguintes casos:

1) Agentes de nomeação provisória, desde que a data da publicação do despacho de nomeação seja anterior à data da entrada em vigor da presente lei;

2) Pessoal nomeado em comissão de serviço sem lugar de origem e pessoal provido em regime de contrato além do quadro cuja data de início do exercício de funções nessa qualidade seja anterior à data da entrada em vigor da presente lei, desde que o prazo durante o qual pode ser efectuado o pedido de adesão ao Regime de Aposentação e Sobrevivência abranja a data da entrada em vigor da presente lei e o pedido seja feito dentro desse prazo;

3) Pessoal cujo tempo de serviço para efeitos de aposentação e sobrevivência possa retroagir, nos termos legais, a momento anterior à entrada em vigor da presente lei, quando se inscrever no Regime de Aposentação e Sobrevivência;

4) Magistrados judiciais e do Ministério Público cujo quadro de origem seja o da RAEM.

(...».

A referida Lei n.º 8/2006 entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 2007.

As Recorrentes pretendem ser inscritas no Fundo de Pensões como beneficiárias do regime de aposentação e sobrevivência com efeitos a partir do dia 7 de Setembro de 2015, data em que foram nomeadas, em comissão de serviço, como magistradas estagiárias.

Nessa data de 7 de Setembro de 2015 já não era possível, em princípio, a inscrição no Regime de Aposentação e Sobrevivência. É o que decorre, *expressis verbis*, da acima transcrita norma do n.º 1 do artigo 24.º da Lei n.º 8/2006.

Por outro lado, não é necessário um grande esforço para concluir, com toda a segurança, que as Recorrentes não se enquadram em nenhuma das alíneas do n.º 1 do artigo 24.º da Lei n.º 8/2006 que excepcionam aquela regra geral segundo a qual deixou de ser possível, a partir de 1 de Janeiro de 2007, a inscrição no Regime de Aposentação e Sobrevivência.

A lei, como parece evidente, não excepciona da regra geral, que é a da impossibilidade da inscrição, os magistrados estagiários.

Sendo isto assim, como nos parece que é, não podemos deixar de, retoricamente, é certo, perguntar: afinal onde reside o fundamento legal que suporta a pretensão das Recorrentes de serem inscritas no Regime de Aposentação e Previdência do Fundo de Pensões?

2.2.2.

Alegam as Recorrentes, doutamente, aliás, que a sentença recorrida fez uma leitura superficial da norma do artigo 24.º da Lei n.º 8/2006, ignorando a intenção do legislador de aplicar continuamente todo o regime de aposentação e sobrevivência aos magistrados judiciais e aos magistrados estagiários.

Salvo o devido respeito, essa crítica não colhe.

Na verdade, os elementos disponíveis relativos aos trabalhos preparatórios da revisão da Lei n.º 13/2001 e durante os quais a questão foi suscitada e que nos permitem desvelar a intenção do legislador apontam em sentido diametralmente oposto ao sustentado pelas Recorrentes. Isto porque, durante a discussão na 2.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa sobre a proposta de lei de alteração à Lei n.º 13/2001, **o Secretário para a Administração e Justiça, na qualidade de representante do Proponente, não podia ter sido mais claro a propósito da questão que nos ocupa: «*Quanto ao tempo de serviço prestado durante o curso e estágio de formação, aplicam-se outros regimes da função pública, por exemplo, o regime de previdência*»** (citámos).

Parece-nos inescapável, pois, que, se a intenção do legislador fosse a de criar um regime excepcional ou especial para os magistrados estagiários nesta matérias e não podendo o mesmo desconhecer a controvérsia que existia sobre a questão e a divergência entre a Administração (Fundo de Pensões) e os Tribunais sobre a matéria, certamente teria aproveitado a revisão da Lei n.º 13/2001 para o fazer, clarificando, de uma vez por todas, que os magistrados estagiários podem, logo no regime de estágio, inscrever-se no Regime de Aposentação e Previdência.

Não o fez, todavia. Mais. Como vimos, **na discussão legislativa ficou inequivocamente claro que a intenção do legislador foi mesmo a de deixar de fora daquele Regime os magistrados estagiários.**

Ainda que admitamos, no plano do direito a constituir, que a solução da lei é injusta

ou que é incoerente ou que uma outra solução legal, que tratasse diferenciadamente os magistrados estagiários, se justificava, e, sempre se diga, não nos custa admitirmos isso, a verdade é que, aquilo resulta da norma legal contida no n.º 1 do artigo 24.º da Lei n.º 8/2006 é o que é e tem a força vinculativa que tem: os magistrados estagiários não podem inscrever-se no Regime de Aposentação e Sobrevivência do Fundo de Pensões.

A Administração, por força do princípio da legalidade a que deve estrita obediência (artigo 3.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo), não podia senão indeferir a pretensão das Recorrentes.

Do mesmo modo, não vemos, com todo o respeito o dizemos, que a sentença recorrida tenha incorrido em qualquer dos erros de julgamento que as Recorrentes, doutamente, aliás, lhe imputam.

2.3.

Quanto ao pedido cumulado de condenação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões na prática do acto administrativo legalmente devido, no caso o acto de inscrição das Recorrente no Regime de Aposentação e Sobrevivência, relativamente ao qual o Meritíssimo Juiz do Tribunal Administrativo absolveu a Entidade Recorrida da instância também não vemos que a decisão recorrida mereça censura.

Para nós, a norma da alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º do CPAC deve ser objecto de uma interpretação cuidadosa de modo a delimitar rigorosamente as situações em que é possível a cumulação de pedidos aí prevista.

O primeiro aspecto a considerar é o de que a nossa lei processual administrativa consagra como exclusivo meio de impugnação contenciosa dirigida contra actos administrativos positivos, a que correspondem, do lado do particular, posições subjectivas de conteúdo opositivo, o recurso contencioso.

Em relação aos actos administrativos negativos, a que correspondem, do lado do particular, posições jurídicas de conteúdo pretensivo, a lei processual prevê como meio de reacção contenciosa não exclusivo, mas preferencial, a acção para determinação da prática de acto administrativo legalmente devido (dizemos que é preferencial porque se trata de um meio de plena jurisdição, susceptível, por isso, de garantir uma mais ampla e eficaz tutela da posição jurídica do

particular. Ora, do ponto de vista sistémico, ponderando, especialmente, o princípio da economia processual, um meio processual mais eficaz é preferível a um meio processual menos eficaz: cfr. artigo 103.º do CPAC).

Por isso, como tivemos oportunidade de referir noutro local, entendemos que a cumulação a que alude a alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º do CPAC tem um campo de aplicação que não é o que as Recorrentes pretendem e que é o dos actos positivos de conteúdo ambivalente, isto é, os actos que tenham «introduzido uma modificação em favor de terceiro, em detrimento das pretensões do interessado, que pretendia ser ele o beneficiário».

Nestas situações, a cumulação permitirá, por um lado, com o pedido principal, obter a anulação contenciosa do acto de conteúdo positivo e com o pedido cumulado obter, desde logo, a condenação da Administração a praticar o acto devido, deste modo obtendo uma tutela mais eficaz da sua posição subjectiva juridicamente protegida (cfr. VIRIATO LIMA - ÁLVARO DANTAS, *Código de Processo Administrativo Contencioso, Anotado*, RAEM, 2015, p. 71).

De resto, como a douda sentença bem assinala, a cumulação em causa, a ser admitida, contraria o disposto no n.º 2 do artigo 103.º do CPAC que, como sabemos, apenas admite a propositura da acção para a determinação da prática de acto legalmente devido quando não tenha sido interposto recurso contencioso do acto de recusa.

De tudo resulta que o pedido de condenação deduzido pelas Recorrentes se deve considerar ilegalmente cumulado com o pedido de anulação do acto recorrido o que constitui uma excepção dilatória inominada conducente à absolvição da Entidade Recorrida da instância relativamente ao pedido cumulado (artigos 412.º, n.º 1 e 413.º do Código de Processo Civil, aplicável por força do artigo 1.º do CPAC).

3.

Pelo exposto, é nosso parecer o de que, salvo melhor opinião, deverá ser negado provimento ao presente recurso.

* * *

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpra analisar e decidir.

* * *

II – PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

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

O processo é o próprio e não há nulidades.

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

Não há exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III – FACTOS

São os seguintes elementos considerados assentes, extraídos do processo principal e do processo administrativo com interesse para a decisão da causa:

- 司法上訴人 A 在獲定期委任為司法官實習員之前，以個人勞動合同受聘在.....辦公室擔任高級技術員，並於 2010 年 11 月 8 日在公務人員公職金制度登記(見行政卷宗一第 76 頁)。
- 司法上訴人 B 在獲定期委任為司法官實習員之前，以編制外合同受聘在.....辦公室擔任高級技術員，並於 2012 年 1 月 1 日在公務人員公職金制度登記(見行政卷宗二第 74 頁及背頁至第 77 頁)。
- 2015 年 9 月 7 日，兩名司法上訴人被定期委任為“第五屆進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習”的實習員(見行政卷宗一第 1 頁及背頁及行政卷宗二第 1 頁及背頁)。
- 2015 年 9 月 16 日，兩名司法上訴人致函退休基金會行政管理委員會主席以申請於“退休及撫恤制度”作出登記(見行政卷宗一第 4 頁至第 5 頁及行政卷宗二第 4 頁至第 5 頁)。

- 2017 年 6 月 27 日, 退休基金會分別發出公函通知兩名司法上訴人有關**退休基金會行政管理委員會**主席於同年 6 月 23 日在編號 506/DRAS-DAS/FP/2017 建議書上作出的“批准”批示, 決定根據編號 401/DRAS-DAS/FP/2017 建議書第三部分的法律理據, 駁回兩名司法上訴人的請求 (見行政卷宗一第 62 頁至第 69 頁及行政卷宗二第 61 頁至第 68 頁, 有關內容在此視為完全轉錄)。

- 2017 年 7 月 24 日, 兩名司法上訴人就上述決定向**退休基金會行政管理委員會**主席提起訴願(見行政卷宗一第 77 頁至第 89 頁及背頁及行政卷宗二第 78 頁及背頁至第 90 頁及背頁)。

- 2017 年 8 月 24 日, 被上訴實體在編號 683/DRAS-DAS/FP/2017 建議書上作出批示, 議決駁回兩名司法上訴人提出的訴願, 維持該會行政管理委員會主席於 2017 年 6 月 23 日所作之決定, 並於同年 9 月 1 日分別發出公函將上述決定通知兩名司法上訴人 (見行政卷宗一第 91 頁至第 112 頁及背頁及行政卷宗二第 172 頁及背頁至第 186 頁及背頁, 有關內容在此視為完全轉錄)。

- 2017 年 9 月 29 日, 兩名司法上訴人之訴訟代理人針對上述決定向本院提起本司法上訴。

- 2017 年 11 月 1 日, 司法上訴人 **A** 獲任命為澳門特別行政區檢察官, 司法上訴人 **B** 獲任命為澳門特別行政區法官, 兩人均完成就職 (見卷宗第 106 頁至第 108 頁及背頁)。

* * *

IV – FUNDAMENTOS

Por ser documento pertinente (fls. 405 a 428), admite-se a sua junção (artigo 467º/1 do CPC, *ex vi* do artigo 1º do CPAC).

Prosseguindo, como o presente recurso tem por objecto a sentença proferida pelo Tribunal Administrativo, importa ver o que este decidiu. Este proferiu a decisão com base nos seguintes argumentos:

I. Relatório

Recorrentes **A (A)** e **B (B)**, melhor id. nos autos,

interpõem o presente recurso contencioso administrativo contra

Entidade recorrida **Conselho de Administração do Fundo de Pensões**, que indeferiu o seu recurso administrativo, mantendo o acto do Presidente do Conselho do indeferimento do pedido de inscrição no Fundo de Pensões com efeitos a partir da data das suas nomeações como magistradas estagiárias (no dia 7 de Setembro de 2015).

Alegam as Recorrentes, com os fundamentos de fls. 2 a 48 dos autos, em síntese,

- o vício de anulabilidade pela violação da lei, designadamente, o disposto nos art.º 7.º, n.º 2 da Lei n.º 13/2001, art.º 58.º do Estatuto dos Magistrados, art.º s 2.º, 259.º n.º s 1 e 3 e art.º 278.º, n.º 1, alínea a) do ETAPM;

- o vício de anulabilidade pela violação dos princípios de igualdade e de boa-fé; e

- o vício de nulidade pela violação do direito fundamental.

Concluem, pedindo a anulação do acto recorrido e a subsequente condenação da Entidade recorrida na prática de acto administrativo legalmente devido, ou seja, o deferimento do pedido de inscrição no regime de aposentação e sobrevivência, com efeito a partir de 7/9/2015, e o consequente cancelamento da inscrição no regime de Previdência.

*

A Entidade recorrida apresenta a contestação com os fundamentos de fls. 152 a 175 dos autos, pugnando pela legalidade do acto recorrido, conclui pedindo que seja julgado improcedente o recurso.

Nenhuma das partes apresenta alegações facultativas.

A Digna Magistrada do M.º P.º emite duto parecer no sentido de improceder o presente recurso por não se ter verificado os vícios imputados pelas Recorrentes, com os fundamentos a fls. 241 a 244v dos autos.

*

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

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

O processo é o próprio.

Inexistem nulidades, ou questões prévias que obstem a apreciação “*de meritis*”.

II. Fundamentação

1. Matéria de facto

Dos autos e dos P.A.s anexos resultam provadas a seguinte factualidade pertinente:

(...)

2. Matéria de direito

Como se sabe, estando em causa um acto de conteúdo negativo pelo qual a Administração nega um interesse pretensivo do impugnante, caberá a este demonstrar, tanto na fase do procedimento administrativo, como na fase contenciosa, que ele preenche os requisitos legais constitutivos do seu direito ou do interesse juridicamente tutelado.

No caso ora em apreço, as oras Recorrentes pretendem ver colocadas pela Entidade recorrida no regime de aposentação e sobrevivência, para poderem efectuar os descontos legais no período em que estas se encontravam nomeadas como magistradas estagiárias.

Para o efeito, elegem várias normas que lhes pudessem conferir tal direito de inscrição e que foram, no seu entendimento, preteridas pela Entidade recorrida na prática do acto recorrido – nomeadamente, os art.º 9.º, n.º 4 da Lei n.º 13/2001, art.º 58.º do Estatuto dos Magistrados, art.º s 2.º, 23.º, n.º 4, 259.º, n.º s 1 e 3 e art.º 278.º, n.º 1, alínea a) do ETAPM.

Por sua vez, considera a Entidade recorrida que não se verifica a imputada violação das normas legais e que o respectivo direito fica excluído pela estatuição da norma legal excepcional – art.º 24.º, n.º 1 da Lei n.º 8/2006 (Regime de Previdência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos).

Pois bem, a única questão que urge tratar neste contexto consiste em saber, se é devido às Recorrentes tal direito nos termos legalmente previstos, e pela leitura da petição inicial, não se nos afigura difícil apreender o raciocínio destas como se indica abaixo:

- Desde logo, estes, enquanto nomeadas em comissão de serviço que não disponham de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos, tinham direito de serem inscritas no regime de aposentação e sobrevivência, nos termos do art.º 259.º, n.º 3 do ETAPM (conforme se alega nos artigos 36.º a 47.º da p.i.).

- Tal direito é igualmente conferido através das disposições conjugadas dos artigos 7.º da Lei n.º 13/2001, 112.º da Lei n.º 10/1999 e 23.º, n.º 4 do ETAPM, nos termos do qual o tempo da comissão de serviço deveria ser contado no lugar que de seguida ficou definitivamente preenchido (conforme se alega nos artigos 48.º a 50.º da p.i.).

- Sendo magistradas estagiárias que foram trabalhadores da Administração Pública, o seu

direito de inscrição ainda decorre, directamente, do disposto do artigo 9.º, n.º 4 da Lei n.º 13/2001 (conforme se alega nos artigos 51.º a 52.º da p.i.).

- Não obstante a vigência da norma do art.º 24.º, n.º 1, alínea 4) da Lei n.º 8/2006, o dito direito continua a ser reivindicável perante a Entidade recorrida, ao abrigo da mesma norma legal - art.º 259.º, n.º 3 do ETAPM - que se considera em vigor em relação aos magistrados estagiários (conforme se alega nos artigos 53.º a 81.º da p.i.).

- Além disso, é ainda possível concluir no sentido de conferir o direito de inscrição às Recorrentes, por via da interpretação extensiva do disposto do artigo 24.º, n.º 1, alínea 4) da Lei n.º 8/2006 (conforme se alega nos artigos 82.º a 111.º da p.i.).

Vejamos se lhes assiste razão.

1. A primeira questão é saber se tal norma do artigo 259.º, n.º 3 do ETAPM é ou não aplicável no caso vertente como uma norma constitutiva dos direitos das Recorrentes.

Ora bem, desde logo, parece-nos legítimo afirmar que, sob égide do regime de inscrição no FPM enquadrado pelo ETAPM, com excepção do pessoal assalariado, os trabalhadores da Administração Pública tanto os funcionários como os agentes se encontravam protegidos por terem sido cobertos pelo regime de aposentação e sobrevivência.

Quanto a esta matéria, dispõe-se, no art.º 259.º, n.º s 1 a 4 do ETAPM, o seguinte:

“ 1. Só pode ser inscrito no Fundo de Pensões de Macau (FPM) o funcionário ou agente cuja idade lhe permita perfazer o mínimo de 15 anos de serviço, para efeitos de aposentação, até atingir o limite de idade fixado para o exercício das respectivas funções.

2. A inscrição é obrigatória para os funcionários de nomeação provisória ou definitiva e é promovida oficiosamente pelos serviços que paguem os vencimentos.

3. A inscrição é facultativa para os agentes e para o pessoal nomeado em comissão de serviço que não disponha de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos, devendo aquela ser requerida até 60 dias a contar da posse ou da assinatura do respectivo instrumento contratual.

4. O pessoal a que se refere o número anterior pode requerer a todo o tempo o cancelamento da sua inscrição no FPM.

...” (sublinhado nosso).

Do disposto do supracitado n.º 3, resulta evidente que, os magistrados estagiários, sendo trabalhadores nomeados em comissão de serviço nos termos dos artigos 6.º e 8.º da Lei n.º 13/2001,

tinham o direito de serem inscritos no FPM, facultativamente, a par dos agentes, se não dispusessem de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos.

Não obstante, se seria de reconhecer no caso dos autos às Recorrentes a titularidade do respectivo direito no âmbito do regime estabelecido pelo ETAPM, a mesma dificilmente se poderia concluir em face da Lei n.º 8/2006, que veio a introduzir posteriormente o regime de Previdência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos, conferindo uma abrangência total no sentido de incluir todos os trabalhadores da Administração no âmbito da protecção deste novo regime.¹

Certo é que o anterior regime de aposentação e sobrevivência continua vigente, ao lado do novo regime de previdência, mas apenas o será na medida que este permitisse e no âmbito das novas limitações por este impostas.

Agora em boa verdade os legisladores da Lei n.º 8/2006 não parecem ter olvidado as possíveis questões emergentes por causa da aplicação transitória dos regimes legais, esforçando-se para que a efectivação do novo regime pudesse compatibilizar-se com o anterior, designadamente, nos seguintes termos:

“Artigo 24.º

Inscrição no Regime de Aposentação e Sobrevivência

1. Após a entrada em vigor da presente lei deixam de ser admitidas inscrições no Regime de Aposentação e Sobrevivência, salvo nos seguintes casos:

1) Agentes de nomeação provisória, desde que a data da publicação do despacho de nomeação seja anterior à data da entrada em vigor da presente lei;

2) Pessoal nomeado em comissão de serviço sem lugar de origem e pessoal provido em regime de contrato além do quadro cuja data de início do exercício de funções nessa qualidade seja anterior à data da entrada em vigor da presente lei,

¹ Cfr. Parecer n.º 3/III/2006 da Lei n.º 8/2006 - Regime de Previdência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos, da 3.ª Comissão Permanente, “*Pretende o Proponente, com esta iniciativa, criar um regime de protecção social aplicável a todos os trabalhadores da administração pública, adiante “trabalhador”, uma vez que, o “Regime de Previdência abrange não só o pessoal recrutado por nomeação provisória, nomeação definitiva, comissão de serviço ou contrato além do quadro, mas também o pessoal recrutado por contrato de assalariamento ou por contrato individual de trabalho” Esta intenção não obsta a que apenas o pessoal de nomeação provisória e definitiva seja obrigatoriamente inscrito no Regime de Previdência, decorrendo do proposto que o Executivo pretendeu, nesta matéria, manter a filosofia actual no que se refere ao regime de inscrição.*” consulta disponível no site: <http://www.al.gov.mo/pt/law/2006/109>.

desde que o prazo durante o qual pode ser efectuado o pedido de adesão ao Regime de Aposentação e Sobrevivência abranja a data da entrada em vigor da presente lei e o pedido seja feito dentro desse prazo;

3) Pessoal cujo tempo de serviço para efeitos de aposentação e sobrevivência possa retroagir, nos termos legais, a momento anterior à entrada em vigor da presente lei, quando se inscrever no Regime de Aposentação e Sobrevivência;

4) Magistrados judiciais e do Ministério Público cujo quadro de origem seja o da RAEM.

2. O pessoal referido na alínea 3) do número anterior não pode mudar para o Regime de Previdência, caso tenha aderido ao Regime de Aposentação e Sobrevivência, e não pode inscrever-se no Regime de Aposentação e Sobrevivência, caso tenha aderido ao Regime de Previdência.

3. Os subscritores do Regime de Aposentação e Sobrevivência que não mudem para o Regime de Previdência, mantêm o direito de naquele se reinscreverem, nos termos da legislação aplicável.” (sublinhado nosso).

Do que foi citado acima, resulta expressamente que, com a entrada em vigor do novo regime legal, deixa de ser possível a inscrição no regime de aposentação e sobrevivência pelos trabalhadores da Administração na sua maioritária, ficando apenas ressalvado tal direito à inscrição relativamente ao pessoal referido nas alíneas 1) a 4) do n.º 1 da mesma norma.

Repara-se que, desde então, a titularidade do direito à inscrição tal como regulada nos termos do art.º 259.º, n.º 3 do ETAPM sofreu limitações com esta norma posteriormente estatuída – no que concerne aos trabalhadores nomeados em comissão de serviço que não disponham de lugares de origem nos quadros.

Ou melhor dizendo, se se disser que estes sempre gozavam do direito de inscrição antes da entrada da nova lei, já não é assim perante a nova lei que condiciona expressamente o respectivo direito ao “*exercício de funções nessa qualidade, anterior à data da entrada em vigor da presente lei*” e à efectivação do pedido com observância dos limites temporais referidos na alínea 2) do n.º 1 da mesma norma. Com isto foi manifestamente negado a quem veio a ser provido nas mesmas condições no momento posterior à entrada em vigor do mesmo diploma legal.

Como se vê, se as Recorrentes entendem ser beneficiárias do direito à inscrição no FPM, por ser este o direito comum aos trabalhadores da Administração em geral, invocando para o efeito sua qualidade de funcionário público, nesta linha, terão então de se conformar com a denegação do respectivo direito à generalidade dos trabalhadores, em face das manifestas opções legislativas tomadas por legislador da Lei n.º 8/2006.

2. Mais as Recorrentes invocam o seu estatuto de serem trabalhadoras vinculadas à

Administração Pública a fim de se beneficiarem do direito de inscrição conferido pela norma do artigo 9.º n.º 4 da Lei n.º 13/2001.

A norma dispõe o seguinte:

“Artigo 9.º

Estagiários que sejam trabalhadores da Administração Pública

1. A comissão de serviço dos titulares de cargos de direcção e de chefia é suspensa enquanto durar a comissão de serviço como estagiário, suspendendo-se também o prazo da mesma, devendo as respectivas funções ser asseguradas nos termos da legislação aplicável ao pessoal de direcção e chefia.

2. Não exercendo o pessoal do quadro cargos de direcção ou chefia, pode o seu lugar de origem ser ocupado em regime de interinidade, aplicando-se o regime estabelecido para a mesma no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, com excepção do prazo.

3. A admissão ao curso e estágio de formação faz cessar os contratos além do quadro e de assalariamento ou qualquer outro tipo de contrato.

4. O período de duração da comissão de serviço como estagiário conta como tempo de serviço para todos os efeitos, nomeadamente para efeitos de aposentação e sobrevivência e de acesso e progressão na carreira de origem, exceptuando aqueles efeitos que pressupõem o exercício efectivo do cargo ou da função.” (sublinhado nosso).

Numa leitura preliminar, considerando sobretudo o contexto legislativo-histórico em que surgiu a Lei n.º 13/2001, compreende-se que o benefício daí derivado – a contagem do período de duração da comissão de serviço como estagiário para efeitos de aposentação e sobrevivência – aproveita apenas aos titulares de cargo de direcção e de chefia, ou àqueles que disponham do lugar de origem no quadro, com vista a assegurar a continuidade na contagem do tempo de serviço, sem que os seus direitos e regalias inerentes ao seu lugar de origem pudessem estar comprometidos pelo facto de ter lugar a nomeação da comissão de serviço como estagiário, como é previsto nos n.ºs 1 e 2 do preceito legal, para que os nomeados pudessem reintegrar no seu lugar de origem, uma vez finda a comissão de serviço.

Relativamente aos trabalhadores sem lugar de origem no quadro (pelos contratos além do quadro e de assalariamento ou qualquer outro tipo de contrato), a admissão ao curso e estágio de formação faz cessar, simplesmente, os seus vínculos de contratação, conforme se refere no n.º 3 do artigo, já que não há aqui os interesses na contagem contínua do tempo de serviço que importa salvaguardar, pelo menos na óptica do então legislador.

No caso dos autos, a Recorrente A (A), antes da nomeação como estagiária, trabalhava como

técnica superior, no Gabinete de Protecção de Dados Pessoais, sob o regime do contrato individual de trabalho, com inscrição no Regime de Previdência desde 8 de Novembro de 2010.

Enquanto que a Recorrente **B (B)**, trabalhava como técnica superior no Gabinete da Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura, em regime do contrato além do quadro, com inscrição no Regime de Previdência desde 1 de Janeiro de 2012.

É evidente que nem uma situação nem outra se encontra coberta pela norma do artigo 9.º, n.º 4 da Lei n.º 13/2001, por mais desejável que possa ser a aplicação desta norma segundo as pretensões formuladas pelas Recorrentes, donde a conclusão que se chega até aqui quanto a este ponto, é que a norma também não confere o direito reivindicado.

3. Nem tampouco se nos afigura ajustada a aplicação da norma do art.º 23.º, n.º 4 do ETAPM, tal como invocada pelas Recorrentes, nos termos do qual *“Quando à comissão de serviço se seguir provimento definitivo em lugar preenchido naquele regime, o tempo de serviço será contado neste último lugar.”*, com o intuito de reclamar o desconto retroactivo de vencimentos para efeito de aposentação.

Pois, não temos dúvida de que, no sentido literal desta norma, o tempo de serviço será contado em termos contínuos, mas apenas quando se trata do mesmo lugar provido sucedaneamente por comissão de serviço e por nomeação definitiva. Também não é o nosso caso.

E por outro lado, esta norma limita-se a dizer como se faz a contagem do tempo de serviço, no caso da comissão de serviço seguida do provimento por nomeação definitiva – contudo no caso o que nos interessa saber é contar o tempo de serviço, concretamente, para efeitos de aposentação, nos termos dos art.ºs 259.º e 260.º do ETAPM. Significa isto que tal norma do art.º 23.º, n.º 4 do ETAPM é inaplicável no caso vertente.

4. À parte de tudo isto, sucedeu que as Recorrentes alegam ser titulares do direito não apenas na qualidade de funcionário público, como também na de “quase-magistrado”, sendo este título que relevaria e mereceria um tratamento legislativo preferenciado, como se fossem magistradas definitivamente nomeadas (conforme se alega, nomeadamente, nos artigos 65.º a 66.º da p.i.).

No entanto, convém recordar que, quanto ao direito à inscrição dos magistrados, a nova lei também não foi omissa, tendo salvaguardado esse direito aos *“Magistrados Judiciais e do Ministério Público cujo quadro de origem seja o da RAEM”*, na alínea 4) do n.º 1 do artigo 24.º da Lei n.º 8/2006. É evidente que o caso dos magistrados estagiários carece aí de cabimento.

Aliás, temos reserva sobre a tese da “equiparação” entre os estatutos de magistrado e de

magistrado estagiário, segundo a qual, sendo o respectivo período do tempo de estágio, a fase da formação indispensável para a carreira de magistratura, deveria ter sido contabilizado para o efeito da aposentação e sobrevivência.

É que, no nosso entender, tal equiparação não é demonstrável, acompanhamos, quanto a isso, o argumento vertido na declaração de voto vencido do Juiz Relator no Acórdão do TSI, processo n.º 388/2014, proferido em 24 de Maio de 2018, cujo teor se transcreve como o seguinte:

“...因此，從法律條文字面含義來看，《公務人員公積金制度》僅例外地將原編制為澳門特別行政區編制的法院及檢察院司法官列為不得選擇公積金制度及得以保留退休及撫卹制度登記的權利之對象，而並無指出司法官實習員同樣屬於例外情況。

嚴格來說，僅當完成由法律及司法培訓中心開辦的培訓課程及實習，且成績及格，以及被獲行政長官委任後，才正式具有司法官的身份。

至於就讀培訓課程的實習員，他們本身有別於正式的司法官，不論身份、待遇、紀律制度等都有別於司法官，因此法律不對前者採取跟司法官一樣的例外制度，亦是理所當然的。

另外，雖然第 13/2001 號法律（《進入法院及檢察院司法官團的培訓課程及實習制度》）第 7 條第 2 款規定經作出必要配合後，《司法官通則》的規定也可適用於實習員，但我們認為並非所有適用於司法官的規定也得適用於實習員，例如《司法官通則》第 58 條及續後條文所規定的退休制度只能夠適用於正式的司法官。

《司法官通則》第 58 條規定“原編制為澳門編制的司法官的退休，由對澳門公共行政工作人員所定的一般制度及以下各條的特別規定規範。”

《司法官通則》第 60 條還特別規定“司法官因其在擔任職務時體力或智力顯得衰退或遲鈍，導致或可能導致其繼續擔任職務將嚴重損害司法或有關工作者，須因無能力而退休。”

我們認為，第 13/2001 號法律第 7 條第 2 款所指的“經作出必要配合後”可適用於實習員的規定不可能同時包括上述第 58 條及續後條文關於退休方面的整套制度，因為適用這些條文的前提是有關主體已經成為正式本地編制的司法官。

假如實習員在實習期間出現體力或智力衰退或遲鈍，試問他們是否同樣可以無能力為由申請退休？答案顯而易見，是不可以的，因為實習員不等同於司法官。

事實上，經過培訓且成績及格的實習員，一般會被委任為法官或檢察官，分別行使《基本法》賦予的審判職能及檢察職能，從而應當享有法律給予的退休保障；相反，仍然在學習階段的實習員，他們的身份只是一名學員，雖然性質上等同於一般公務人員，但並不具有法官或檢察官的身份，所以適用於司法官的整套退休制度不應該同樣適用於實習員身上，否則將有違立

法者的原意...”

Como é natural, “magistrado estagiário” e “magistrado” não se encontram numa relação lógica da inclusão conceitual, ou seja, o magistrado estagiário não é uma subcategoria do magistrado, nem lhe é equiparável. Parece-nos indefensável que a situação concreta das Recorrentes pudesse caber no alcance daquela excepção no disposto da alínea 4) do n.º 1 do art.º 24.º da Lei n.º 8/2006, que é aplicável tão-só aos magistrados definitivamente nomeados.

5. Aqui chegados, seria de concluir que, com uma interpretação objectiva e literal das normas vigentes elegidas, não se conseguiria alcançar o sentido sempre pretendido pelas Recorrentes. Não obstante isso, a título subsidiário, estas entendem que ainda podem lá chegar por via da interpretação extensiva da norma, do art.º 24.º, n.º 1, alínea 4) da Lei n.º 8/2006.

Com o devido respeito, cremos que do que se trata aqui não é tanto de uma interpretação extensiva, uma vez que esta pressupõe necessariamente um “*mínimo de correspondência verbal*” entre o pensamento legislativo a ser ponderado pelo intérprete e a letra da lei, tal como é exigido pelo art.º 8.º, n.º s 1 e 2 do Código Civil de Macau, o qual, pelas razões acima ditas, não se verificou no nosso caso concreto.

Nesta perspectiva, só lhes restaria a lançar mão da técnica de integração com recurso à analogia, caso entendam que exista uma lacuna legislativa ou uma ausência total de regulamentação sobre a matéria respeitante ao direito de inscrição dos magistrados estagiários.

Contudo, deixando de lado a dúvida que sempre temos quanto à admissibilidade de recurso à analogia para integração da lacuna no direito administrativo, por parte da Administração Pública na sua actividade administrativa, que só deve actuar com fundamento na lei e dentro dos limites aí impostos, por força do princípio de legalidade estabelecido na norma do art.º 3.º do CPA, poderíamos desde já afirmar com a maior certeza que não lhe é exigível recorrer à analogia, ainda que fosse legalmente possível fazê-lo.

A razão é simples: a postura interpretativa que se exige aos agentes administrativos por um lado, e aos juízes por outro, nunca poderia ser a mesma, tendo em conta a elevada tecnicidade e complexidade das tarefas interpretativas das normas. Se os juízes na actividade jurisdicional podem e devem assumir tal função interpretativa por não lhe ser possível abster de julgar, já não seria assim em relação aos agentes administrativos.

Nestes termos, consideramos que a Entidade recorrida nunca deveria ser censurada por omissão da integração de uma “lacuna legislativa” supostamente existente, muito menos com a anulabilidade do seu acto por vício de violação da lei.

Sempre se diga que tal suposta lacuna nem se verificou na realidade, não sendo portanto admissível nem a interpretação extensiva, nem a integração, bem como afirmado por Juiz Relator na supradita decisão, com que concordamos e transcrevemos abaixo:

“...誠然，司法官與司法官實習員屬於兩種不同的職務聯繫，他們的身份及地位並不一樣，兩者所享有的權利及所承擔的義務亦有很大分別，因此立法者僅將退休及撫卹制度適用於司法官，而非司法官實習員，相信是因應兩者的職務聯繫性質不同而刻意制定不同的規定，從而我們不見得有何條件容許對《公務人員公積金制度》第3條第2款5項及第24條第1款4項的規定作擴張解釋。

再者，如上所述，在《公務人員公積金制度》生效前，一如其他以定期委任或編制外合同方式聘任的工作人員，司法官實習員依法享有加入退休及撫卹制度的權利，但隨著新法律的生效，特區公務人員的退休制度產生了重大變化，該法律引入的公積金制度涵蓋了所有以臨時委任、確定委任、定期委任、編制外合同、散位合同或個人勞動合同方式聘任的工作人員，唯獨是原編制為澳門編制的司法官則維持強制登記退休及撫卹制度。

雖然對於個別特別範疇或特別職程的人員，立法者給予他們特別的權利，例如允許學員有權要求將其實習期間的服務時間可透過追溯也計算在內，但這方面都是透過明示立法方式為之。

因此，除有更好見解外，我們認為立法者是刻意透過制定《公務人員公積金制度》來引入新的退休制度，取消了過往以臨時委任、確定委任、定期委任及編制外合同方式聘任的工作人員原來享有的退休及撫卹制登記的權利（其中當然也包括司法官實習員）。因此，即使立法者沒有將司法官實習員同樣列為例外對象，又或者沒有訂定實習員被委任為司法官後的追溯制度，但亦不能夠將有關情況視為法律漏洞，因為立法者的原意是明確的，就是退休及撫卹制度只適用於原編制為澳門特區編制的司法官。

至於現行制度有否需要完善的空間，相信應交由行政及立法當局作分析評估。

...”

Nestes termos, parece-nos lógico perguntar, se o legislador mencionou expressamente o direito de inscrição dos “trabalhadores dos serviços públicos” em geral, e também se cuidou de referir o direito de inscrição dos “Magistrados judiciais e do Ministério Público” em especial, qual é a razão de deixar para trás o grupo restrito de “magistrado estagiário” e preferir tratar esse direito à parte, o que finalmente nunca chegou a ser feito?

Aqui chegado, em síntese conclusiva:

- Pela interpretação objectiva e literal das normas vigentes, não se deve reconhecer às Recorrentes o direito à inscrição no regime de aposentação e sobrevivência pelo período de estágio decorrido.

- Por força do princípio de legalidade estabelecido na norma do art.º 3.º do CPA, não seria de exigir à Entidade recorrida o recurso à técnica de interpretação extensiva ou integração da norma de direito administrativo, e de sancionar sua “omissão” com a anulabilidade do seu acto por vício de violação da lei, ainda que fosse legalmente viável.

- Sempre se diga que no caso *sub judice*, a pretendida lacuna legislativa nem sequer se verificou, não sendo por isso possível a integração, nem admissível a interpretação extensiva, pela ausência de um “mínimo de correspondência verbal” entre o pensamento legislativo e a letra da lei.

Julgamos que com isto se poderia encerrar esta parte e que inexistente o assacado vício de violação da lei, pelo que passamos então a ver se procedem ou não os demais fundamentos do recurso.

*

No que respeita à imputada violação dos princípios de igualdade e de boa-fé, como se sabe, a Administração Pública está normativamente heterovinculada pelo princípio da legalidade, e autovinculada, no uso do poder discricionário. E no âmbito da actividade vinculada, o princípio da legalidade consome a generalidade dos restantes princípios administrativos.

Se a Entidade recorrida se limita a dar cumprimento a um comando imposto pela lei vigente, não há margem para censurar o seu comportamento “faltoso” de não tratar de forma igual os casos que lhe foram colocados, alegadamente idênticos.

Sendo assim, não há violação do princípio de igualdade.

Em relação à violação de boa-fé, não se vê em que medida poderiam os factos alegados nos artigos 127.º a 136.º da p.i. pelas Recorrentes, configurando incidentes meramente extra-procedimentais, criar a partir das Recorrentes a expectativa digna de tutela jurídica no deferimento da sua pretensão, e comprometer assim a validade da decisão final que foi tomada pela Entidade recorrida no próprio procedimento administrativo.

É óbvio que os vícios devem naufragar.

*

Por fim, vejamos o alegado vício de nulidade por violação do direito fundamental, nomeadamente o direito de aposentação consagrado na norma do art.º 39.º da Lei Básica.

De mesma forma, este vício não pode proceder.

Como foi analisado, a Entidade administrativa não violou a lei, antes circunscreveu sempre sua actuação na estreita medida imposta pelas regras legais – as normas excepcionais previstas na Lei n.º 8/2006, ao abrigo do princípio de legalidade administrativa.

Posto isto, não se me afigura possível questionar ainda mais a legalidade do seu acto com base na violação do direito fundamental tutelado a nível de uma norma legal de hierarquia superior, já que “as leis se presumem constitucionais”, ou neste contexto, conformes com a Lei Básica.

Tudo visto, conclui-se que o presente recurso deverá improceder por inexistência dos vícios nos termos invocados.

*

Quanto ao pedido condenatório das Recorrentes cumulado neste recurso, no sentido de ser determinada a prática do acto de deferimento da sua pretensão, em substituição do acto recorrido, cumpre dizer o seguinte:

A figura jurídica da cumulação de um pedido principal de impugnação anulatória com um outro pedido de condenação, prevista no artigo 24.º, n.º 1, alínea a) do CPAC não foi concebida para qualquer recurso contencioso, mas trata-se de um instrumento próprio para impugnar apenas os actos positivos de conteúdo ambivalente, por ser mais eficaz e adequado (cfr. neste sentido, VIRIATO LIMA e ÁLVARO DANTAS, *Código de Processo Administrativo Contencioso, Anotado*, CFJJ, 2015, p. 71).

Quando, como sucedeu no caso vertente, o recurso contencioso tenha por objecto um acto de conteúdo meramente negativo – ou seja, o acto que se limite a refutar uma pretensão apresentada pelo particular – não é possível neste recurso a cumulação do pedido de determinação da prática do acto devido, além da razão acima exposta, por ser incompatível com o disposto da norma do art.º 103.º, n.º 2 do CPAC, onde se dispõe que “*A acção prevista no número anterior apenas pode ser proposta quando do indeferimento tácito ou do acto administrativo praticado não tenha sido interposto recurso contencioso.*”

Dito por outros termos, quando tenha sido interposto recurso contencioso, se não é possível a propositura de uma outra acção principal para obter a condenação na prática de acto legalmente devido, então a lógica congruente imporá também que seja afastada a possibilidade da cumulação do mesmo pedido no recurso de anulação.

No caso, o que as Recorrentes quiseram é a de obter a condenação da Entidade recorrida na prática do acto de deferimento da sua pretensão para serem inscritas no regime de aposentação e

sobrevivência com efeito a partir da data de nomeação como estagiárias (dia 7 de Setembro de 2015). De tudo resulta que esse pedido de condenação dirigido contra o acto com vertente puramente negativa, não poderá ser deduzido em sede do recurso contencioso.

Seja ou não esse pedido efectivamente fundado, o que nos impõe neste caso, é a absolvição da instância da Entidade recorrida quanto a este pedido pela cumulação ilegal em violação do disposto do artigo 24.º, n.º 1, alínea a) do CPAC.

III. Decisão

Assim, pelo exposto, decide-se:

- Julgar improcedente o presente recurso contencioso com a consequente manutenção do acto recorrido.

- Absolver a Entidade recorrida da instância quanto ao pedido da condenação na prática de acto administrativo legalmente devido.

*

Custas pelas Recorrentes com taxa de justiça de 6UC.

Custas pelo Recorrente desistente a fls. 111 com taxa de justiça de 1 UC.

*

Registe e notifique.

*

Quid Juris?

Ora, as questões discutidas nestes autos são as mesmas já analisadas e decididas no âmbito do processo nº 1297/2019, cujo acórdão foi proferido em 09/07/2020, em que ficou consignado seguinte entendimento (que deve ser mantido por não encontrarmos razões bastantes para o alterar):

“(…)

Os Recorrentes imputaram à sentença recorrida o vício da errada interpretação e aplicação das leis, com referência às seguintes normas:

- Artigo 24º da Lei nº 8/2006 (Regime de providência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos), de 28 de Agosto;

- Artigo 259º do ETAPM;

- Lei nº 13/2001 (Regime do curso e estágio de formação para ingresso nas magistraturas judiciais e do Ministério Público), de 20 de Agosto.

O Tribunal recorrido julgou improcedente o recurso por entender que, com a entrada em vigor do artigo 24º da Lei nº 8/2006, os Recorrentes nunca podem afirmar que, durante a frequência do curso de formação para ingresso nos quadros de magistrados judiciais e do MP, têm direito à inscrição no Fundo de Pensões de Macau.

Afirmou-se na douda decisão ora posta em crise:

“(…)

Repara-se que, desde então, a titularidade do direito à inscrição tal como regulada nos termos do art.º 259.º, n.º 3 do ETAPM sofreu limitações com esta norma estatuída – no que concerne aos trabalhadores nomeados em comissão de serviço que não disponham de lugares de origem nos quadros.

Ou melhor dizendo, se diz que estes sempre gozavam do direito de inscrição antes da entrada da nova lei, já não é assim perante a nova lei que condiciona expressamente o respectivo direito ao “*exercício de funções nessa qualidade, anterior à data da entrada em vigor da presente lei*” e à efectivação do pedido com observância dos limites temporais referidos na alínea 2) do n.º 1 da mesma norma. Com isto foi manifestamente negado a quem veio a ser provido nas mesmas condições no momento posterior à entrada em vigor do mesmo diploma legal.

Como se vê, se os recorrentes entendem ser beneficiários do direito à inscrição no FPM, por ser este o direito comum aos trabalhadores da Administração em geral, invocando para o efeito a sua qualidade de funcionário público, então teriam de necessariamente se conformar com a denegação do respectivo direito à generalidade dos trabalhadores, em face das manifestas opções legislativas tomadas por legislador da Lei nº 8/2006.

Porém, sucede que, os recorrentes alegam não ser apenas na qualidade de funcionário público, mas também na de magistrado estagiário ou “quase-magistrado”, sendo este título que sobretudo relevaria e mereceria um tratamento legislativo preferenciado, como se se tratasse dos magistrados definitivamente nomeados.

(...)”.

Ora, comecemos pelo artigo 24º da Lei nº 8/2006 (Regime de providência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos), de 28 de Agosto, que dispõe:

Capítulo III

Disposições transitórias

SECÇÃO I

Disposições gerais

Artigo 24.º

Inscrição no Regime de Aposentação e Sobrevivência

1. Após a entrada em vigor da presente lei deixam de ser admitidas inscrições no Regime de Aposentação e Sobrevivência, salvo nos seguintes casos:

1) Agentes de nomeação provisória, desde que a data da publicação do despacho de nomeação seja anterior à data da entrada em vigor da presente lei;

2) Pessoal nomeado em comissão de serviço sem lugar de origem e pessoal provido em regime de contrato além do quadro cuja data de início do exercício de funções nessa qualidade seja anterior à data da entrada em vigor da presente lei, desde que o prazo durante o qual pode ser efectuado o pedido de adesão ao Regime de Aposentação e Sobrevivência abranja a data da entrada em vigor da presente lei e o pedido seja feito dentro desse prazo;

3) Pessoal cujo tempo de serviço para efeitos de aposentação e sobrevivência possa retroagir, nos termos legais, a momento anterior à entrada em vigor da presente lei, quando se inscrever no Regime de Aposentação e Sobrevivência;

4) Magistrados judiciais e do Ministério Público cujo quadro de origem seja o da RAEM.

2. O pessoal referido na alínea 3) do número anterior não pode mudar para o Regime de Previdência, caso tenha aderido ao Regime de Aposentação e Sobrevivência, e não pode inscrever-se no Regime de Aposentação e Sobrevivência, caso tenha aderido ao Regime de Previdência.

3. Os subscritores do Regime de Aposentação e Sobrevivência que não mudem para o Regime de Previdência, mantêm o direito de naquele se reinscreverem, nos termos da legislação aplicável.

Ora, um conjunto de factores que importa realçar aqui:

1) – A norma constante do artigo 24º acima citado insere-se no capítulo III, em que se consagram disposições transitórias. São disposições transitórias as que “directamente resolvem, pelo menos em parte, os problemas de sucessão de leis no tempo suscitados pela entrada em vigor de uma lei nova (J. Baptista Machado, *Introdução ao Dir. e ao Discurso Legitimador*. ed. 1983-229). Podem ter carácter *formal ou material*. As primeiras são aquelas que se limitam a determinar qual das leis, se a antiga, se a nova, é aplicável a determinadas situações. As segundas são as que estabelecem uma regulamentação própria não coincidente nem com a lei antiga nem com a lei nova, para certas situações que se encontram na fronteira entre as duas leis, destinam-se em regra a adaptar o regime da lei nova a situações existentes no momento da sua entrada em vigor (*ob. cit.*, 230). V. “Retroactividade (da lei)”.

2) – Aí o legislador da norma acima citada fixava um período de 1 ano para dar cumprimento a tal norma transitória que pertence à 2ª categoria das disposições transitórias acima referidas.

3) – Na óptica do Tribunal recorrido, se houvesse estagiários que estivessem a frequentar o curso, aquando da entrada em vigor da citada Lei nº 8/2006, eles poderiam inscrever-se no fundo de pensões desde que assim requeressem nos termos do artigo 24º acima citado. Se no ano a seguir, viesse a abrir mais um curso, os seus estagiários já não teriam este direito, porque a norma do artigo 24º já fechou a “porta”. Pergunta-se, qual o motivo relevante que justifique criar uma diferença tão abissal para os estagiários que frequentam o curso da mesma especialidade profissional? Sendo certo que este artigo 24º tem por objectivo acabar com a possibilidade de se inscreverem no fundo de

pensões por parte de funcionários, mas *ressalvando-se a situação dos magistrados*. É o que resulta do artigo 3º/2-5) da Lei nº 8/2006 (*Regime de providência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos*), de 28 de Agosto;

4) - Salvo o merecido respeito, não nos parece que existe tal motivo justificador, pelo contrário, tal interpretação viola nitidamente o princípio da igualdade em sentido amplo, tal como está prescrito no artigo 25º da Lei Básica da RAEM. Pelo que, não nos parece que a interpretação do artigo 24º em causa feita pelo Tribunal recorrido merece acolhimento, para além de contraria os expedientes interpretativos em matéria de direito constitucional tal como veremos mais adiante.

5) – Um outro aspecto que importa realçar é a natureza da Lei nº 13/2001, de 20 de Agosto, que criou o regime de frequência do curso de formação de magistrados, ela é, sem dúvida, um diploma de carácter especial, por tratar de matéria específica e só nesta área.

6) – O seu artigo 8º (Regime de frequência do curso e estágio de formação) dispõe expressamente:

1. A frequência do curso e estágio de formação faz-se em regime de comissão de serviço pelo período da sua duração global.

2. A comissão de serviço considera-se automaticamente renovada:

1) Até à publicação da informação final do curso e estágio de formação;

2) Para aqueles que tenham obtido aproveitamento, até à publicação da nomeação de, pelo menos, um deles como magistrado, ou até 60 dias após a publicação a que se refere a alínea anterior quando a publicação da nomeação não tenha ocorrido dentro deste prazo;

3) Para aqueles cuja nomeação tenha sido publicada no prazo de 60 dias após a publicação a que se refere a alínea 1), até à data da respectiva posse.

7) – É de ver que a frequência do curso é feita em regime de comissão de serviço. Poderia

ser feita noutra forma, ex. contrato além do quadro ou até em regime de contrato de trabalho individual, mas não foi esta opção do legislador, até nem faz distinção entre os estagiários que já detêm ligação à Administração Pública e os que não têm esta ligação. Recorde-se o expediente interpretativo consagrado o artigo 8º (Interpretação da lei) do CCM, que manda:

1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir 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.

2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados

8) - Ora, comissão de serviço é um instituto próprio de Direito Administrativo pelo qual é cometido um cargo a um agente administrativo por uma autoridade, para desempenhar uma certa actividade nos serviços públicos, com duração limitada, e, em regra, amovivelmente (*João Alfaia, Regime Jurídico do Funcionalismo, pág. 72*). No fundo, para manter a estabilidade de funções durante um certo período de tempo.

9) – Por outro lado, o artigo no art.º 259.º do ETAP estipula:

1. Só pode ser inscrito no Fundo de Pensões de Macau (FPM) o funcionário ou agente cuja idade lhe permita perfazer o mínimo de 15 anos de serviço, para efeitos de aposentação, até atingir o limite de idade fixado para o exercício das respectivas funções.

2. A inscrição é obrigatória para os funcionários de nomeação provisória ou definitiva e é promovida oficiosamente pelos serviços que paguem os vencimentos.

3. A inscrição é facultativa para os agentes e para o pessoal nomeado em comissão de

serviço que não disponha de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos, devendo aquela ser requerida até 60 dias a contar da posse ou da assinatura do respectivo instrumento contratual.

4. O pessoal a que se refere o número anterior pode requerer a todo o tempo o cancelamento da sua inscrição no FPM.

..."

A propósito da aplicação deste artigo 259º do ETAPM conjugado com o artigo 8º da Lei nº 8/2006, este TSI já se pronunciou, nomeadamente no acórdão do Proc. Nº 388/2014, de 24/05/2014, tendo-se produzido os seguintes argumentos:

"(…)

Direito à inscrição como subscritor no Fundo de Pensões

Como se sabe, com a entrada em vigor da Lei nº 8/2006, foi estabelecido o regime de previdência e abolido o regime de aposentação dos trabalhadores dos serviços públicos, à excepção das escassas situações em que continuam a ser admissíveis as novas inscrições no regime de aposentação e sobrevivência consagrado no ETAPM.

As excepções encontram-se especificadas no seu artº 24º/1 que reza:

1. Após a entrada em vigor da presente lei deixam de ser admitidas inscrições no Regime de Aposentação e Sobrevivência, salvo nos seguintes casos:

1) Agentes de nomeação provisória, desde que a data da publicação do despacho de nomeação seja anterior à data da entrada em vigor da presente lei;

2) Pessoal nomeado em comissão de serviço sem lugar de origem e pessoal provido em regime de contrato além do quadro cuja data de início do exercício de funções nessa qualidade seja anterior à data da entrada em vigor da presente lei, desde que o prazo durante o qual pode ser efectuado o pedido de adesão ao Regime de Aposentação e Sobrevivência abranja a data da entrada em vigor da presente lei e o pedido seja feito dentro desse prazo;

3) Pessoal cujo tempo de serviço para efeitos de aposentação e sobrevivência possa retroagir, nos termos legais, a momento anterior à entrada em vigor da presente lei, quando se inscrever no Regime de Aposentação e Sobrevivência;

4) Magistrados judiciais e do Ministério Público cujo quadro de origem seja o da RAEM.

Para a entidade recorrida, não estando abrangidas em qualquer das situações ressalvadas nesse artigo, nem equiparadas aos magistrados judiciais expressamente abrangidos na alínea 4), as ora recorrentes não têm direito de ser inscritas no Fundo de Pensões.

E além disso, apesar de terem sido nomeadas magistradas estagiárias em regime de comissão de serviço, a entidade recorrida entende que lhes não é aplicável o regime da nomeação em comissão de serviço previsto no artº 23º do ETAPM, uma vez que este apenas visa regular a nomeação para o exercício de funções por tempo determinado em lugar do quadro, coordenação de equipas de projecto e em regime de estágio, tratando-se daquele que já detenha a qualidade de funcionário.

E mesmo que se aplicasse o ETAPM às ora recorrentes no período do seu estágio, o direito à inscrição facultativa prevista no artº 259º/3 do ETAPM já não subsiste após a entrada em vigor da Lei nº 8/2006.

Apesar de não ter dito expressamente, pelo contexto podemos adivinhar que a entidade recorrida está a insinuar que as ora recorrentes não podiam beneficiar do direito à inscrição facultativa porque esse direito só é conferido pelo artº 259º/3 do ETAPM aos nomeados em comissão de serviço ao abrigo do artº 23º do mesmo estatuto, não tendo sido nomeadas ao abrigo do artº 23º do ETAPM, mas sim do artº 8º da Lei nº 13/2001, às mesmas não é conferido o tal direito.

E como argumento subsidiário, a entidade recorrida entende que, mesmo que lhes fosse aplicável o regime de nomeação em comissão de serviço previsto no ETAPM, a Lei nº 8/2006 que acabou com o regime de aposentação e sobrevivência aboliu também a inscrição facultativa prevista no artº 23º do ETAPM.

As recorrentes defendem na primeira instância que, enquanto magistradas estagiárias, tinham direito à inscrição no Fundo de Pensões ao abrigo do 259º/3 do ETAPM.

.....

Inconformadas com o assim decidido, vieram recorrer concluindo pela aplicação, ou directa, ou analógica, do disposto nos artºs 23º, 259º e 260º do ETAPM, à luz do qual, os nomeados em comissão de serviço têm direito à inscrição facultativa no Fundo de Pensões, e subsidiariamente pela interpretação extensiva da excepção expressa prevista no artº 3º/2-5) da Lei nº 8/2006, por força da qual continua a ser obrigatória a inscrição dos magistrados judiciais e do Ministério Público no regime de aposentação e sobrevivência.

Então vejamos.

Como se sabe, com a entrada em vigor da Lei nº 8/2006 que introduziu o regime de previdência dos trabalhadores dos serviços públicos, não são admissíveis novas inscrições no regime de aposentação e sobrevivências, à excepção das situações expressamente previstas no artº 24º/1 da própria lei.

Dentre essas situações excepcionais temos a de os magistrados judiciais e do Ministério Público nomeados para o ingresso nos quadros de ambas as magistraturas.

E confrontando a situação dos magistrados com as restantes situações previstas no artº 24º/1 da Lei nº 8/2006, verifica-se que os magistrados são os únicos em relação a quem continua a vigorar o existente regime de aposentação e sobrevivência consagrado no ETAPM mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 8/2006 que introduziu o Regime de Previdência.
(sublinhado nosso)

Pois os trabalhadores que se encontram nas restantes situações excepcionais têm sempre algum dos elementos de conexão com o tempo de serviço já decorrido na plena vigência do regime de aposentação e sobrevivência consagrado no ETAPM, ou já tenham adquirido determinados direitos ou detenham de algumas expectativas dignas da protecção jurídica no âmbito ou ao abrigo do regime de aposentação anterior – cf. artº 24º/1-1 a 3) da Lei nº 8/2006.

Indubitavelmente, o regime de aposentação e sobrevivência consagrado no ETAPM continua a aplicar-se em bloco a ambas as magistraturas. **(sublinhado nosso)**

Assim, se, antes da entrada em vigor do regime de previdência dos trabalhadores dos

serviços públicos, podiam os magistrados estagiários, que não disponham de lugar de quadro, exercer o direito de se inscrever como subscritor no Fundo de Pensões, tal como os restantes nomeados em comissão de serviço ao abrigo do artº 23º do ETAPM, não se vislumbram razões para impedir os magistrados estagiários de o fazer após a introdução na função pública em geral do tal regime de previdência em cujo âmbito de aplicação pessoal estão completamente fora os magistrados. *(sublinhado nosso)*

Na verdade, ao conferir ao pessoal nomeado em comissão de serviço que não disponha de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos o direito de proceder à inscrição facultativa no Fundo de Pensões, a mens legislatoris subjacente ao artº 259º/3 do ETAPM é bem clara no sentido de que o tempo de serviço prestado por um trabalhador público nomeado em comissão de serviço pode ser computado para efeito do regime de aposentação e sobrevivência desde que satisfaça o pagamento dos correspondentes descontos. *(sublinhado nosso)*

Direito esse que na nossa óptica, não pode deixar de ser integrante do regime de aposentação e sobrevivência, em bloco, consagrado no ETAPM. *(sublinhado nosso)*

Bom, se, com a entrada em vigor da Lei nº 8/2006, permanecer inalterado e aplicável aos magistrados o regime de aposentação e sobrevivência em bloco, não se vislumbram razões para retirar das mãos dos magistrados estagiários, não detentores de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos e nomeados depois da entrada em vigor da Lei nº 8/2006, o direito de se inscrever no Fundo de Pensões que tinham os magistrados estagiários, em situação idêntica e nomeados anteriormente a essa lei.

Dito por outras palavras, se a Lei nº 8/2006 não visa alterar o regime de aposentação e sobrevivência aplicável aos magistrados, qualquer das normas nela inseridas não deve ser interpretada com o sentido que restringe ou extingue direitos ou faculdades que os magistrados estagiários tinham, antes da sua entrada em vigor, de fazer computar o tempo decorrido com o estágio no tempo de serviço para os efeitos de aposentação e sobrevivência. *(sublinhado nosso)*

Assim sendo, é de concluir que, mesmo com a entrada em vigor da Lei nº 8/2006 que introduziu o regime de previdência na função pública, a inscrição facultativa no Fundo de Pensões,

prevista no artº 259º/3 do ETAPM, se mantem em vigor em relação aos magistrados estagiários que não disponham de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos da RAEM, uma vez que a inscrição facultativa só fica revogada em relação ao pessoal em geral nomeado em comissão de serviço ao abrigo do disposto no artº 23º/1 do ETAPM.

Portanto, não tem razão a entidade recorrida ao dizer que, após a entrada em vigor da Lei nº 8/2006, os magistrados estagiários que não disponham de lugar de origem não podem inscrever-se no Fundo de Pensões, ao abrigo do disposto no artº 259º/3 do ETAPM, pois padece o acto recorrido do vício de violação da lei.

E deve ser revogada a sentença recorrida.

É de acolher este entendimento. (...)”

10) - Subscrevendo nós inteiramente este ponto de vista, acrescentamos ainda o seguinte:

(1) - O artigo 259º/3 do ETAPM estipula que *“a inscrição é facultativa para os agentes e para o pessoal nomeado em comissão de serviço que não disponha de lugar de origem nos quadros dos serviços públicos, devendo ser requerida até 60 dias a contar da posse ou da assinatura do respectivo instrumento contratual”*, esta norma tem de ser interpretada em conjugação com vários diplomas legais que foram produzidos posteriormente, mormente os seguintes:

a) - A Lei nº8/2006, de 28 de Agosto (Regime de Providência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos), quando esta entrou em vigor, os trabalhadores da Administração Pública deixaram de poder inscrever-se no fundo de pensões, salvo os magistrados judiciais e os magistrados do MP, e hoje em dia, só eles é que poderão inscrever-se no Fundo de Pensões, depois da entrada em vigor da Lei citada;

b) - A Lei nº15/2009, de 3 de Agosto (*Disposições Fundamentais do Estatuto do Pessoal de Direcção e Chefia*) (artigo 5º, principalmente), conjugada com o artigo 23º do ETAFP, que veio a alterar os regimes de provimento nas funções públicas, estipulando-se que, a partir da entrada em vigor desta lei, a figura de comissão de serviço passa a ser reservada quase exclusivamente para as situações de nomeação do pessoal para os cargos de direcção e chefia.

c) - Porém, existe uma situação especial, independentemente da natureza do vínculo

pessoal em causa com a Administração (ou até sem esse vínculo), que é a dos estagiários que frequentam o curso de formação de magistrados para ingresso no quadro de magistrados judiciais e do MP, ao abrigo do disposto no artigo 8º/1 da Lei nº 13/2001 (Regime do curso e estágio de formação para ingresso nas magistraturas judicial e do Ministério Público), de 20 de Agosto, à luz do qual a frequência do referido estágio é feita em regime de comissão de serviço.

d) – A conclusão que tiramos daqui é que a norma do artigo 259º do ETAFP tem de ser lida de forma correctiva.

- A relevância destes novos regimes consiste em permitir a conclusão de que o artigo 259º/3 do ETAFP, quando fala de “pedido”, verdadeiramente é apenas uma declaração de vontade!

- Porque, aos magistrados não é fornecida nenhuma opção em termos de regime de reforma e pensões, nesta óptica, qualificamos esse direito à inscrição no fundo de pensões como um direito potestativo, que nem sequer a Administração pode negar o seu exercício, quando o interessado está reunido dos pressupostos legalmente fixados e basta assim declarar a sua vontade (de inscrever no fundo de pensões).

Nesta matéria, a propósito do conceito de direito potestativo, ensinava o Prof. Baptista Machado:

“(…) Todo o direito potestativo atribui ao respectivo titular um poder jurídico materialmente conformador, isto é, um poder de, por vontade unilateral do seu titular, constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas. Assim, os direitos potestativos podem ser constitutivos, modificativos ou extintivos (J. Baptista Machado, RLJ, 117º-201). É exercido mediante declaração unilateral receptícia e esta declaração é incondicional, uma vez feita e recebida esta mesma declaração a situação fica perfeitamente definitiva e, mais ainda, a alteração jurídica consuma-se (ob. cit., 206). Este direito consuma-se pelo seu próprio exercício (ob. cit., 207).”

2) - Note-se, ainda que o que está em causa é matéria de providência social, de regalias para reforma, de garantias sociais, e não para agora já, mas sim para certos anos de tempo de serviços depois, ou seja, tratando-se de matérias situadas no domínio de direitos das pessoas, as normas reguladoras devem ser interpretadas no seu sentido mais amplo possível, isso por um lado; por outro, o legislador sabe

que, uma vez ingressados no quadro de magistrados, a estes não resta nenhuma outra alternativa senão a de inscrição no fundo de pensões, única saída e única opção (em bom rigor, não há opção!), será que o legislador, ainda nesta situação “potestativa”, obrigaria que os estagiários se inscrevessem primeiro na providência social somente para 2 anos e só para “experimental” este regime? Uma coisa ilógica!

3) - O contra-argumento não vale, ou seja, para contrariar o nosso ponto de vista, invoca-se o argumento de que o período de estágio é um período transitório, não se sabe se os estagiários conseguem acabar o estágio com aproveitamento (de estudo) ou não (e consequentemente nomeados ou não para magistrados), então obriga-se que os estagiários optem primeiro pela providência social. É um argumento nulo, por, mesmo antes de criar o regime de providência social, os funcionários de nomeação provisória estavam também numa situação temporária, não se sabia, se após um ano de serviço, se eles viriam a ser nomeados definitivamente ou não! Situação quase idêntica à dos estagiários! É de ver que este contra-argumento não valia nem vale hoje em dia.

4) - Nesta óptica, podemos afirmar com toda a segurança que, quando foi pensado o regime de providência social, o legislador não quis mexer os regimes aplicados à magistratura, e como tal cabe agora ao aplicador de direito tirar das normas aplicáveis o sentido lógico, sistemático, correcto e adequado à situação em apreço, tendo em conta todas as circunstâncias concretas rodeadas do caso e em conjugação com todos os princípios disciplinadores da matéria em discussão. *Ubi lex non distingit nec nos distinguere debemus!*

5) - Uma nota final, mas tem o valor que tem aqui, é inoperante a invocação do conteúdo dos Estatutos dos Magistrados da RAEM, nomeadamente a questão de saber a aplicabilidade parcial do regime destes aos magistrados estagiários.

Pelo expandido, é de reconhecer aos estagiários do curso de formação para ingresso na magistratura judicial e do MP o direito de inscrição no fundo de pensões nos termos do artigo 8º da Lei nº 13/2001, de 20 de Agosto, e consequentemente **revoga-se a sentença do TA ora recorrida e também a deliberação do Conselho de Administração do Fundo de Pensões (Macau), julgando-se deste modo procedente o presente recurso contencioso.**

Com este decidido, fica prejudicado o conhecimento dos demais vícios invocados pelos Recorrentes.”

*

Mantendo-se os mesmos pontos de vista e os mesmos fundamentos, é de julgar procedente o recurso jurisdicional, revogando-se a sentença do TA ora posta em crise e reconhecendo-se aos Recorrentes o direito de inscrever no FP durante a frequência do curso de formação acima referido.

*

Relativamente ao pedido cumulado – ordenar o FP a praticar actos devidos no sentido de aceitar a inscrição dos Recorrentes no fundo – *por razões de ilegalidade da cumulação dos pedidos nos termos constantes do douto parecer do MP, que se reproduz aqui para todos os efeitos legais* – posição esta que subscrevemos e como tal **é de julgar improcedente esta parte do recurso.**

*

Síntese conclusiva:

Com a entrada em vigor da Lei nº 8/2006 (*Regime de providência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos*), de 28 de Agosto, o normativo regulador da inscrição facultativa no Fundo de Pensões, prevista no artigo 259º/3 do ETAPM, só fica tacitamente revogado em relação aos trabalhadores públicos em geral, mantem-se, porém, no que se refere aos magistrados estagiários que, sem lugar de origem nos quadros dos serviços públicos, frequentam, em regime de comissão de serviço, o curso de formação para ingresso na magistratura judicial e do MP ao abrigo do disposto no artigo 8º da Lei nº 13/2001 (*Regime do curso e estágio de formação para ingresso nas magistraturas judiciais e do Ministério Público*), de 20 de Agosto.

*

Tudo visto, resta decidir.

* * *

V – DECISÃO

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do Tribunal de 2ª Instância **acordam em:**

1) - Conceder provimento parcial ao presente recurso,
anulando-se a sentença recorrida e a deliberação do Fundo de Pensões ora recorrida.

*

2) – Julgar-se improcedente o pedido cumulado de condenar o FP em inscrever os Recorrentes no respectivo Fundo.

*

Custas pelos Recorrentes por decaimento parcial que se fixam em 2 UCs.

*

Notifique e Registe.

*

RAEM, 01 de Julho de 2021.

(Relator)

Fong Man Chong

(Primeiro Juiz-Adjunto)

Ho Wai Neng

Fui presente

Álvaro António Mangas Abreu Dantas

(Segundo Juiz-Adjunto)

Tong Hio Fong

Vencido nos termos da
declaração de voto consignada
no Proc. 388/2014.