

## **Caso típico relacionado com o princípio da igualdade constante da norma da Lei Básica**

No ano judiciário 2011/2012, o Tribunal de Última Instância finalizou 7 processos relativos ao princípio da igualdade constante da norma da Lei Básica que são casos típicos que merecem ser apresentados e analisados. Uma vez que os sete recursos têm circunstâncias basicamente semelhantes e os juízes têm entendimento unânime a respeito dos casos, apresenta-se aqui apenas um deles.

### **1. Resumo do caso**

A Lei n.º 18/2009, de 17 de Agosto, que estabelece o regime jurídico da carreira de enfermagem e que entrou em vigor em 18 de Agosto de 2009, faz retroagir a 1 de Julho de 2007 as valorizações indiciárias dos vencimentos previstos para os enfermeiros do quadro, dos contratados além do quadro e dos assalariados (artigo 40.º, n.º 2, desta Lei), não estendendo tal retroacção aos enfermeiros no regime de contrato individual de trabalho, cujas valorizações indiciárias vigoram, portanto, desde 18 de Agosto de 2009.

A Recorrente, enfermeira dos Serviços de Saúde, interpôs recurso contencioso de anulação do despacho do Chefe do Executivo, de 22 de Fevereiro de 2010, que indeferiu a actualização salarial requerida no período compreendido entre 1 de Julho de 2007 e 17 de Agosto de 2009.

Por acórdão de 16 de Fevereiro de 2012, o Tribunal de Segunda Instância negou provimento ao recurso. Inconformada, interpõe a R. recurso jurisdicional para o Tribunal de Última Instância, terminando a

respectiva alegação com a formulação das seguintes conclusões úteis:

- Não basta o quadro de vinculação em que a R. se relaciona com a Administração ser diferente do quadro de vinculação a que respeitam outras situações (como as dos funcionários do quadro, além quadro ou assalariados), para justificar uma situação de desigualdade salarial;

- Daí resultaram outras tantas questões, a merecer resposta, como a tutela das legítimas expectativas da R.; a violação da cláusula contratual de equiparação remuneratória e do princípio da boa fé; a violação do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei; a violação do princípio da paridade-igualdade salarial entre os funcionários públicos; a violação do princípio constitucional-juslaboral de trabalho igual - a violação do princípio da não discriminação em matéria de emprego e profissão;

- É aos tribunais, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, que cabe conhecer e resolver eventuais contradições entre a Lei Básica e normas jurídicas de outros diplomas vigentes que se suscitem em processos judiciais.

O recurso foi julgado improcedente.

## **2. Questões fundamentais do caso**

As questões levantadas pela R. nas alegações se reconduzem à violação do princípio da igualdade, ou seja, a violação da cláusula contratual de equiparação remuneratória; a violação do princípio da paridade-igualdade salarial entre os funcionários públicos; a violação do princípio constitucional-juslaboral de trabalho igual - salário igual; e, ainda, a violação do princípio da não discriminação em matéria de

emprego e profissão. Assim, trata-se de saber se este regime viola o princípio da igualdade, consagrado no artigo 25.º da Lei Básica.

### **3. Jurisprudência do Tribunal de Última Instância**

Para verificar a existência da alegada violação do princípio da igualdade no acto recorrido, o Tribunal de Última Instância, que conheceu do recurso, entendeu necessário esclarecer as questões a seguir expostas:

- (1) Importa afastar dúvidas de que o Tribunal não poderia conhecer de violação da Lei Básica por parte da lei ordinária ou de que não poderia anular o acto administrativo, com fundamento em violação do referido princípio.

Quanto à questão acima referida, os juízes reiteraram dois pontos de vista:

Primeiro, o Tribunal pode conhecer da violação da Lei Básica por norma legislativa ou regulamentar internas, desaplicando estas normas se entender que as mesmas violam a Lei Básica.

Em primeiro lugar, a Lei Básica é a lei fundamental da Região Administrativa Especial de Macau, constituindo como que o seu estatuto básico, previsto expressamente no artigo 31.º da Constituição da República Popular da China. Consagra direitos fundamentais dos residentes e de outras pessoas, a estrutura política da Região e as políticas a desenvolver. A Lei Básica está no vértice da pirâmide normativa da Região. De acordo com o 2.º parágrafo do artigo 11.º da Lei Básica nenhuma lei, decreto-lei, regulamento administrativo ou acto normativo a pode contrariar. A referida Lei comunga, portanto, das características

normalmente associadas às constituições políticas dos Estados, embora formalmente não o seja já que a Região Administrativa Especial de Macau não é um Estado.

Em segundo lugar, nenhuma norma da Lei Básica, em concreto, atribui aos tribunais, de forma expressa, a possibilidade de conhecer de violações da Lei Básica por normas jurídicas hierarquicamente inferiores, constantes de leis, regulamentos ou de outros actos normativas. Não obstante, esse poder dos tribunais extrai-se por interpretação conjugada de várias normas da Lei Básica. Nos termos do 2.º parágrafo do artigo 11.º da Lei Básica, não tendo a Lei Básica instituído nenhum mecanismo, designadamente de carácter político, para resolver eventuais contradições entre a Lei Básica e normas jurídicas de outros diplomas vigentes que se suscitem em processos judiciais, daqui não pode deixar de decorrer que é aos tribunais, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, que cabe conhecer de tais questões. É o que também resulta do artigo 143.º da Lei Básica, nos termos de cujo 2.º parágrafo, os tribunais da Região Administrativa Especial de Macau estão autorizados pelo Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional a interpretar, por si próprios, no julgamento dos casos, as disposições da Lei Básica que estejam dentro dos limites da autonomia da Região, isto é, que não se refiram a matérias que sejam da responsabilidade do Governo Popular Central (defesa e relações externas) ou do relacionamento entre as Autoridades Centrais e a Região. Ora, se os tribunais, no julgamento dos casos, podem interpretar a Lei Básica, necessariamente que podem concluir que disposições legais ou regulamentares a contrariam e, nesse caso, têm de cumprir o disposto no artigo 11.º da Lei Básica: donde, não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Lei Básica ou os princípios nela consagrados, sem prejuízo do disposto no artigo 143.º daquela Lei.

Segundo, tal poder pode ser exercido oficiosamente, mesmo que nenhuma das partes do processo suscite a questão.

Do que ficou dito já se vê que este poder-dever dos tribunais é concedido pela Lei Básica, não podendo ser deixado à disponibilidade das partes. Tal poder tem de ser exercido oficiosamente, mesmo que nenhuma das partes do processo suscite a questão, como sucede em todas as Ordens Jurídicas em que os juízes têm acesso directo à Constituição, o que acontece, actualmente, na maioria dos Sistemas Jurídicos. E o conhecimento incidental da ilegalidade de um regulamento, oficiosamente, pelo juiz, no recurso contencioso de acto administrativo, também nunca suscitou dúvidas, com fundamento no princípio da hierarquia das normas. Não é de aceitar a invocação de violações dos princípios da adequação formal, dispositivo ou da estabilidade da instância.

#### (1) Princípio da igualdade

De acordo com o artigo 25.º da Lei Básica, os residentes são iguais perante a lei, não sendo admissíveis discriminações em razão da nacionalidade, ascendência, raça, sexo, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução e situação económica ou condição social. Isto é o princípio da igualdade da Lei Básico.

O princípio da igualdade postula que a lei (é a actuação legislativa que neste momento está em causa e não outras vertentes da actuação dos poderes públicos, como a da Administração Pública) trate igualmente o que é igual e que trate desigualmente o que é diferente.

No caso dos autos, a lei trata desigualmente duas situações. O que importa é apurar se estas situações são iguais ou diferentes. Se as situações forem diferentes não há qualquer violação do princípio da igualdade. Se as situações forem basicamente iguais, tratadas de modo desigual, temos violação do mesmo princípio, na vertente de proibição do arbítrio.

Após a verificação dos factos e respectivas normas jurídicas (vd. o acórdão do processo n.º 19/2012), concluiu-se que o regime contratual da R. é profundamente diverso do regime dos enfermeiros do quadro e dos contratados além do quadro.

Enquanto que o regime dos enfermeiros do quadro, dos contratados além do quadro, dos assalariados e o dos novos contratos individuais de trabalho resulta da lei, o regime da R. resulta apenas do contrato que outorgou.

A Lei n.º 18/2009, que estabelece o regime jurídico da carreira de enfermagem e que entrou em vigor em 18 de Agosto de 2009, faz retroagir a 1 de Julho de 2007 as valorizações indiciárias dos vencimentos previstos para os enfermeiros do quadro, dos contratados além do quadro e dos assalariados, não estendendo tal retroacção aos enfermeiros no regime de contrato individual de trabalho.

O Tribunal de Última Instância entende que se trata de uma opção que se encontra dentro da discricionariedade do legislador, não

violando o princípio da igualdade.

Ora, como se pode concluir que o legislador não violou o princípio da igualdade dentro da sua discricionariedade? Quanto a esta questão os juízes invocaram a teoria de proibição do arbítrio. A proibição do arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo. Só quando os limites externos da «discricionariedade legislativa» são violados, isto é, quando a medida legislativa não tem adequado suporte material, é que existe uma infracção do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio. Dito de outro modo, a teoria da proibição do arbítrio não é um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, mas antes expressa e limita a competência do controlo judicial”, pelo que, perante este critério essencialmente negativo, são censurados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade, o que só ocorrerá quando as diferenças instituídas pelo legislador forem “não fundamentadas, não objectivas, não razoáveis.

No caso dos autos, se bem que o legislador pudesse ter estabelecido o mesmo regime para todos os enfermeiros, considera-se que a diferenciação de remuneração transitória, efectuada entre os vários grupos de funcionários, não constitui flagrante e intolerável desigualdade, por se integrar dentro da discricionariedade do legislador. Por todo o exposto, o Tribunal de Última concluiu que não

houve violação do princípio da igualdade e rejeitou o recurso por ser improcedente.

#### **4. Comentário sobre o caso**

Neste ano judiciário, o Tribunal de Última Instância findou 7 processos relacionados com a retroacção das valorizações indiciárias dos vencimentos aos enfermeiros recrutados ao exterior, no regime de contrato individual de trabalho. Trata-se de casos típicos por envolverem o princípio da igualdade constante na norma da Lei Básica, envolvendo ainda questões relativas à aplicação judicial do direito constitucional à igualdade e à interpretação do conceito preconizado na constituição moderna de tratar igualmente o que é igual e tratar desigualmente o que é diferente. O valor do acórdão reflecte-se nos seguintes pontos:

Primeiro, em recurso contencioso de anulação de acto administrativo o tribunal pode, oficiosamente, ou a pedido da parte, conhecer da violação da Lei Básica por norma legislativa ou regulamentar internas, desaplicando estas normas se entender que as mesmas violam a Lei Básica e, com base nesse entendimento, anular o acto administrativo. Não é de aceitar a invocação de violações dos princípios da adequação formal, dispositivo ou da estabilidade da instância.

Segundo, a proibição do arbítrio é um critério definidor na salvaguarda do princípio da igualdade consagrado na Lei Básica - nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser



arbitrariamente tratado como igual. No entanto, a proibição do arbítrio constitui um limite externo da liberdade de decisão dos poderes públicos. Os órgãos de controlo da constitucionalidade não podem ir tão longe: o que lhes cabe é tão-somente um juízo negativo, que afaste aquelas soluções legais de todo o ponto insusceptíveis de credenciar-se racionalmente.