

TRABALHADORES MIGRANTES, DIREITOS SOCIAIS E A LEI BÁSICA DE MACAU: O DIREITO À SEGURANÇA SOCIAL

Pedro Pereira de Sena*

Assessor, Assembleia Legislativa, Macau

*«Os homens transitam do Norte para o Sul, de
Leste para Oeste,
de país para país, em busca de pão e
de um futuro melhor».*
Ferreira de Castro, Emigrantes (1928)

1. Introdução

Macau tem assistido a um intenso debate em torno da questão dos trabalhadores migrantes¹ e da sua expressão quantitativa na sociedade e mercado de trabalho locais. Apesar da sua intensidade, o debate tem assumido uma natureza

* Mestre em Direito (Universidade de Hong Kong) - (sena@al.gov.mo). *O presente texto é da exclusiva responsabilidade do autor e as opiniões e posições nele sustentadas são-no a título pessoal, não vinculando qualquer entidade.*

1 O conceito de “trabalhador migrante” é internacionalmente aceite e reporta-se à «*pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma actividade remunerada num Estado de que não é nacional* (artigo 2.º, n.º 1, da Convenção internacional sobre a protecção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, 1990)» ou, noutras palavras, à «*pessoa que emigra de um país para outro com vista a ocupar um emprego que não seja por sua conta própria* (artigo 11.º, n.º 1, da Convenção n.º 97 da Organização Internacional do Trabalho, relativa aos Trabalhadores Migrantes (Revista em 1949)», ambas não aplicáveis na RAEM. Em Macau, o conceito utilizado é o de “trabalhador não residente”. Ao longo do presente texto, ambos os conceitos são utilizados como sendo sinónimos. Para efeitos do presente estudo, o conceito de trabalhador migrante refere-se, tão-só, aos indivíduos que se encontram *legalmente* autorizados a permanecer em Macau para aí prestar trabalho. As opiniões expressas não abrangem, portanto, a problemática dos *trabalhadores migrantes ilegais*.

predominantemente política, estando focado na defesa dos diferentes interesses económicos em causa. A vertente jurídica da questão tem estado arredada do centro do discurso político, resumindo-se à discussão em torno das regras legais que condicionam, em maior ou menor grau, a admissibilidade de contratação de trabalhadores migrantes². O relativo esquecimento a que foi votado o regime jurídico dos direitos deste grupo de trabalhadores tem sido propiciado, em grande medida, pela incompletude dos instrumentos jurídicos que, historicamente, regularam a condição jurídica dos trabalhadores migrantes em Macau.

Esta situação sofreu uma profunda alteração com a aprovação da Lei n.º 21/2009 (Lei da contratação de trabalhadores não residentes). Dela consta um conjunto de regras e princípios que assegura a necessária certeza jurídica ao regime aplicável à contratação de mão-de-obra do exterior e aos direitos e deveres que constituem o estatuto jurídico dos trabalhadores migrantes no decurso da sua relação laboral.

Ao nível dos direitos, a proclamação dos princípios da igualdade e da não discriminação foi o resultado de uma opção política do legislador, após uma delicada ponderação dos interesses em causa³. Na lei foram, então, consagrados os valores que se julgou corresponderem aos sentimentos dominantes na sociedade e que se pretende servirem de base para a regulação das relações laborais em Macau, independentemente da origem do respectivo trabalhador.

Relativamente aos direitos laborais, os trabalhadores migrantes gozam hoje, nos termos da lei, dos mesmos direitos que os trabalhadores locais. Importa, contudo, verificar se daí se retiram todas as consequências jurídicas e aferir se a vontade política que levou à equiparação dos direitos de todos os trabalhadores no âmbito de uma relação de trabalho, tem expressão em sede de regulamentação de direitos sociais fundamentais previstos na Lei Básica. Em particular quando estes têm impacto, ainda que indirecto, no conteúdo e no gozo dos direitos laborais propriamente ditos, em relação aos quais está consagrada a igualdade de tratamento.

A análise do novo Regime da Segurança Social (Lei n.º 4/2010) servirá

2 «Furthering the isolation of migrant workers, the largest labour union, the pro-Beijing Associação Geral dos Operários de Macau (AGOM), has done little to organize these workers or to help them fight for their rights. On the contrary, it is one of the most vocal groups demanding a more restrictive migrant policy and is considered hostile to their presence», Alex H. Choi, “Migrant workers in Macao”, in Kevin Hewison/Ken Young (eds.), *Transnational Migration and Work in Asia*, Routledge (2006), p. 155.

3 Apesar da consagração destes princípios em sede de direito ordinário corresponder a uma opção política do legislador, tal opção teve necessariamente de ter em conta que os princípios da igualdade e da não discriminação são princípios nucleares do sistema constitucional de direitos fundamentais consagrados na Lei Básica de Macau.

de teste de aferição do grau de aplicabilidade prática da ideia de igualdade de tratamento decorrente do regime juslaboral aplicável aos trabalhadores migrantes e da força vinculativa de tal princípio para o próprio legislador.

2. Igualdade de tratamento no gozo de direitos laborais

De um ponto de vista jurídico (ainda que não na sua vertente política), a questão da admissibilidade da contratação de trabalhadores não residentes ficou consolidada com a aprovação da Lei n.º 21/2009 e respectiva regulamentação⁴. Isto porque, por um lado, ficou estabelecido o enquadramento da política de recursos humanos em vigor na Região Administrativa Especial de Macau, a qual «visa a promoção e a salvaguarda da empregabilidade dos trabalhadores locais, ao mesmo tempo que prevê a complementaridade de tal força de trabalho com o recurso à contratação de trabalhadores vindos do exterior»⁵; por outro lado, porque o ordenamento jurídico de Macau passou a estar dotado de um conjunto de instrumentos jurídicos definidor das condições necessárias para se permitir que as carências existentes no mercado de trabalho local sejam colmatadas com recurso à contratação de mão-de-obra migrante.

Da conjugação dos diversos princípios densificados na Lei n.º 21/2009 – complementaridade, temporalidade, não discriminação, igualdade remuneratória, prioridade, sustentabilidade, autorização prévia e especificidade⁶ – pode concluir-

-
- 4 Regulamentos Administrativos n.º 8/2010 (Regulamentação da Lei da contratação de trabalhadores não residentes) e n.º 13/2010 (Regulamentação das condições ou encargos a estabelecer na autorização de contratação de trabalhadores não residentes).
- 5 Parecer n.º 5/III/2009 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, relativo à proposta de lei intitulada “*Lei da contratação de trabalhadores não residentes*”, disponível em <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2009/21-2009/parecer.pdf>.
- 6 *Princípio da complementaridade* – a contratação de trabalhadores não residentes visa suprir a inexistência ou insuficiência de trabalhadores locais aptos a prestar trabalho em condições de igualdade de custos e de eficiência [artigo 2.º, alínea 1)];
Princípio da temporalidade – a contratação de trabalhadores não residentes está sujeita a limite temporal [artigo 2.º, alínea 2)];
Princípio da não discriminação – A contratação de trabalhadores não residentes confere-lhes um tratamento não menos favorável que o dos trabalhadores locais ao nível dos direitos, deveres e condições de trabalho [artigo 2.º, alínea 3)];
Princípio da igualdade remuneratória – A contratação de trabalhadores não residentes respeita a igualdade de remuneração entre trabalho igual ou de valor igual prestado por trabalhadores não residentes e trabalhadores locais [artigo 2.º, alínea 4)];
Princípio da prioridade – a contratação de trabalhadores não residentes é efectuada dando prioridade aos trabalhadores locais no acesso ao emprego, tanto na contratação como na

se que, uma vez ultrapassados os condicionalismos fortemente restritivos para serem admitidos a prestar trabalho em Macau, os trabalhadores migrantes têm direito a serem tratados no decurso da sua relação de trabalho em condições de igualdade de tratamento com os demais trabalhadores.

Ao nível dos direitos laborais, o legislador pretendeu assegurar que todos os trabalhadores, locais ou do exterior, possam gozar dos mesmos direitos e das mesmas condições de trabalho. A intenção legislativa subjacente à Lei n.º 21/2009 foi a de consagrar «(...) o reforço dos direitos laborais dos trabalhadores não residentes, os quais são, em princípio, equiparados aos trabalhadores residentes, consagrando a [...] lei a igualdade de direitos atribuídos aos trabalhadores residentes e não residentes»⁷, sem prejuízo dos direitos especiais, designadamente o de alojamento condigno e repatriamento⁸.

Esta vontade política teve expressão no articulado da Lei da contratação de trabalhadores não residentes não só na consagração, em sede de princípios gerais, dos princípios da não discriminação e da igualdade remuneratória, como também na aplicação subsidiária do regime geral das relações de trabalho (constante da Lei n.º 7/2008), nomeadamente no que respeita aos direitos, deveres e garantias⁹. Ao determinar a subsidiariedade do regime geral das relações de trabalho relativamente aos direitos, deveres e garantias dos trabalhadores não residentes, o artigo 20.º da Lei n.º 21/2009 remete, desde logo, para o Capítulo II da Lei das relações de trabalho, onde se destaca o artigo 6.º respeitante ao princípio da igualdade. Remete, ainda, para as concretizações dos direitos, deveres e garantias que ao longo do articulado da lei laboral dão corpo aos princípios fundamentais enunciados.

manutenção do emprego [artigo 2.º, alínea 5)];

Princípio da sustentabilidade – a contratação de trabalhadores não residentes não é admitida quando contribua de forma significativa para a redução dos direitos laborais ou provoque, directa ou indirectamente, a resolução, sem justa causa, de contratos de trabalho com trabalhadores locais [artigo 2.º, alínea 6)];

Princípio da autorização prévia – a contratação de trabalhadores não residentes depende de autorização administrativa a conceder ao empregador [artigo 2.º, alínea 7)];

Princípio da especificidade – a contratação de trabalhadores não residentes tem em consideração a especificidade de cada sector de actividade económica ou categoria profissional, consoante as necessidades do mercado, a conjuntura económica e as tendências de crescimento sectoriais [artigo 2.º, alínea 8)].

7 *Vd.* Parecer n.º 5/III/2009 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, relativo à proposta de lei intitulada “*Lei da contratação de trabalhadores não residentes*”.

8 Artigo 26.º da Lei n.º 21/2009.

9 Artigo 20.º da Lei n.º 21/2009: «*As relações de trabalho estabelecidas com trabalhador não residente regem-se subsidiariamente pelo regime geral das relações de trabalho, nomeadamente no que respeita aos direitos, deveres e garantias*».

Por força do regime subsidiário aplicável às relações laborais estabelecidas com trabalhadores não residentes, este grupo de trabalhadores goza da generalidade dos direitos atribuídos aos trabalhadores locais. Assim, a título de exemplo, são-lhes aplicáveis os direitos à remuneração por trabalho extraordinário, a férias pagas, a protecção na maternidade (incluindo licença de maternidade remunerada) ou a compensação por resolução do contrato de trabalho sem justa causa por iniciativa do empregador¹⁰. Além do mais, o gozo destes direitos é feito em condições de igualdade e de não discriminação, por força dos princípios consagrados nas alíneas 3) e 4) do artigo 2.º da Lei n.º 21/2009 e no artigo 6.º da Lei n.º 7/2008¹¹.

Os trabalhadores migrantes gozam, portanto, da plena protecção jurídica dispensada pelo princípio da igualdade consagrado em sede de regulamentação geral das relações laborais¹², o qual se alicerça no comando constitucional constante do artigo 25.º da Lei Básica.

3. Direito à segurança social: caracterização

O direito à segurança social encontra-se consagrado no artigo 39.º da Lei Básica, o qual determina que «*os residentes de Macau gozam do direito a benefícios sociais nos termos da lei*», dispensando uma protecção especial aos trabalhadores, cujo bem-estar e garantia de aposentação são legalmente protegidos (artigo 39.º, 2.ª parte), assim como, entre outros, aos idosos e aos deficientes, que gozam do amparo e protecção da RAEM (artigo 38.º, § 3.º). Para além da Lei Básica, também diversos instrumentos de direito internacional aplicáveis a Macau contêm a consagração expressa de tal direito, nomeadamente os artigos 22.º, 23.º e 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 9.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)¹³.

O direito à segurança social é um direito social fundamental que impõe a realização de prestações fácticas por parte dos poderes públicos, destinadas a promover o acesso a bens indispensáveis ao bem-estar e a uma vida digna a quem não dispõe de recursos próprios para os alcançar, ao mesmo tempo que impõe a garantia geral e abstracta de acesso a esses bens por parte de todos os indivíduos, como acontece

10 Artigos 36.º e 37.º, 46.º, 54.º a 56.º e 70.º da Lei n.º 7/2008, respectivamente.

11 Aplicável *ex vi* artigo 20.º da Lei n.º 21/2009.

12 Quanto ao princípio da igualdade na legislação laboral de Macau, *vd.* Pedro Pereira de Sena, “Identidade e diferença: Expressão juslaboral do princípio da igualdade na ordem jurídica de Macau”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 123, Lisboa (2010).

13 Aplicável *ex vi* artigo 40.º da Lei Básica e nos termos do Aviso do Chefe do Executivo n.º 15/2001, publicado no Boletim Oficial da RAEM, II Série, n.º 7, de 14 de Fevereiro de 2001.

com todos os direitos fundamentais¹⁴.

A norma constitucional que consagra este direito social fundamental, à semelhança das normas congêneres constantes dos instrumentos de direito internacional, caracteriza-se pela indefinição do seu conteúdo normativo. O direito à segurança social não vê o texto constitucional definir o âmbito e conteúdo do direito, abdicando a Lei Básica de proceder a tal definição e transferindo essa responsabilidade para a lei ordinária. Assim, «é ao legislador que compete estabelecer o âmbito e conteúdo dos direitos fundamentais sociais, bem como a individualização quer dos “destinatários” das prestações ou das posições jusfundamentais garantidas quer os diferentes “níveis” e “modalidades” de satisfação dos interesses contrapostos. Nisto consiste a “margem de acção”, *epistémica e estrutural*, do legislador»¹⁵.

Apesar do legislador possuir uma *margem de acção* na definição do conteúdo normativo do direito fundamental à segurança social, tal liberdade está condicionada pelo próprio texto constitucional: em primeiro lugar, porque a natureza do direito faz com que ele se configure como um direito a prestações positivas por parte da RAEM; em segundo lugar, porque a norma autonomiza a *protecção do bem estar e a garantia de aposentação dos trabalhadores* enquanto alvos da protecção especial a dispensar pela Região, daqui decorrendo que qualquer concretização do direito feita pela lei ordinária necessita de assegurar, entre outros, estes dois objectivos concretos.

A identificação do núcleo essencial do direito à segurança social constitucionalmente consagrado deve ser feita, desde logo, de acordo com os instrumentos de direito internacional aplicáveis na RAEM, em particular aqueles cuja recepção foi “constitucionalizada” pelo artigo 40.º da Lei Básica, em particular o PIDESC¹⁶. Uma vez que a Lei Básica atribui ao Pacto uma “dignidade para-constitucional” mediante a sua recepção material¹⁷, a identificação do conteúdo do direito à segurança social previsto neste instrumento de direito internacional serve necessariamente de elemento interpretativo¹⁸ do conteúdo essencial do direito à

14 Vd. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora (2010), pp. 41-42.

15 Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais Sociais*, Coimbra Editora (2006), p. 87.

16 Quanto à posição hierárquica do PIDESC no ordenamento jurídico de Macau, *vd. inter alia* António Katchi, *As Fontes do Direito em Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2006), pp 416-420, e António Malheiro de Magalhães, “The Validity of the International Agreements of the Human Rights in the Juridical Order of the Special Administrative Region of Macau”, in Jorge Oliveira/Paulo Cardinal (eds.), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution*, Springer (2009), pp. 607-629.

17 Vitalino Canas, “The General Regime of Fundamental Rights in the Basic Law and in the International Instruments”, in Jorge Oliveira/Paulo Cardinal (eds.), *One Country...*, *ob. cit.*, p. 666.

18 Paulo Cardinal refere-se aos Pactos Internacionais referidos no artigo 40.º da Lei Básica

segurança social consagrado na Lei Básica. Ou seja, por força do mecanismo de recepção do PIDESC feita pelo artigo 40.º da Lei Básica, o conteúdo do direito à segurança social previsto na norma constitucional de Macau tem de ter um conteúdo mínimo¹⁹ idêntico ao conteúdo que é reconhecido como normatização do direito consagrado em sede do referido instrumento de direito internacional²⁰.

O artigo 9.º do PIDESC determina que «os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas à segurança social, incluindo os seguros sociais». O conteúdo normativo fundamental (ou conteúdo mínimo) do direito à segurança social previsto no Pacto inclui como elementos essenciais a existência (*disponibilidade*) de um sistema que preveja a atribuição de benefícios sociais suficientes, capazes de assegurar condições de vida mínimas e de cobrir riscos sociais específicos (tais como os inerentes a situações de desemprego, velhice, doença, incapacidade para o trabalho e de providenciar assistência à família, tanto no casamento como na maternidade). Fazem ainda parte desse núcleo fundamental a *acessibilidade* ao sistema, particularmente ao nível das contribuições quando o mesmo tenha natureza contributiva, e a *não discriminação*²¹ na atribuição do direito²². Particularmente quanto a este último aspecto, a não discriminação implica que o sistema de segurança social a implementar tenha de apresentar fundamentos objectivos para poder diferenciar, directa ou indirectamente, os beneficiários do direito com base nos factores de discriminação proibidos. Relativamente aos não nacionais, esclarece o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais que «o parágrafo 2.º do artigo 2.º [do PIDESC] proíbe a discriminação por motivos de nacionalidade e o Comité observa que o Pacto não contém nenhuma limitação de jurisdição expressa. Quando

como “referência obrigatória” na aplicação prática dos direitos fundamentais. *Vd.* “Os Direitos Fundamentais em Macau no Quadro da Transição: Algumas Considerações”, in *Administração – Revista de Administração Pública de Macau*, n.º 71 (2006), p. 383.

19 Tanto mais se se tiver em consideração a vigência do “princípio da cláusula do indivíduo mais favorecido” constante do artigo 5.º, n.º 2, do PIDESC. *Vd.* Paulo Cardinal, *idem*, pp. 374-375.

20 *Vd.*, neste sentido, Fong Man Chong, “The Ranking of the International Law in the Framework of ‘The Basic Law of the Macao SAR of the People’s Republic of China’ and the Introspection on the Perplexities of Fundamental Rights”, in Jorge Oliveira/Paulo Cardinal (eds.), *One Country...*, *ob. cit.*, p. 605.

21 Por força do princípio da igualdade e da não discriminação consagrado no artigo 2.º, n.º 2, do Pacto.

22 *Vd.* Malcolm Langford, “Social Security and Implications for Law, Policy and Practice”, in Eibe Riedel (ed.), *Social Security as a Human Right: Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR – Some Challenges*, Springer (2007), pp. 32-37; e *Working Paper on the Right to Social Security*, EU-China Human Rights Network, pp. 7-8, disponível em <http://www.nuigalway.ie/sites/eu-china-humanrights/seminars/ns0404s/working%20paper-right%20to%20soc%20sec-eng.doc>.

os não nacionais, entre eles os trabalhadores migrantes, tenham contribuído para um sistema de segurança social devem poder beneficiar dessas contribuições ou recuperá-las em caso de saída do país. Os direitos dos trabalhadores migrantes também não devem ser afectados em caso de mudança de local de trabalho»²³.

Apesar da sua redacção vaga, é hoje assente que o direito à segurança social previsto no PIDESC inclui o direito a não se ser submetido a restrições arbitrárias ou pouco razoáveis na cobertura social existente, tanto no sector público como no privado, assim como o direito à igualdade no benefício de uma protecção suficiente contra os riscos e imprevistos sociais²⁴. O Conselho Económico e Social das Nações Unidas reconhece que «se bem que os elementos do direito à segurança social possam variar segundo diferentes condições, há uma série de factores fundamentais que se aplicam em todas as circunstâncias (...)» e advoga que a interpretação dos elementos integrantes do núcleo normativo do direito deve ser feita tendo presente que «a segurança social deve ser considerada como um bem social e não como uma mercadoria ou um mero instrumento de política económica ou financeira»²⁵.

Ademais, do PIDESC decorrem obrigações para os Estados signatários com repercussões nas respectivas ordens jurídicas internas. Da consagração do direito à segurança social decorrem obrigações jurídicas específicas, tais como as obrigações de *respeitar*, *proteger* e *cumprir*: *i*) a obrigação de respeitar exige que os Estados se abstenham de interferir directa ou indirectamente no exercício do direito à segurança social; *ii*) a obrigação de proteger exige que os Estados impeçam terceiros pessoas de interferirem, de algum modo, no gozo do direito à segurança social; *iii*) a obrigação de cumprir exige que se adoptem as medidas necessárias, incluindo o estabelecimento de um sistema de segurança social dirigido à plena realização do direito à segurança social²⁶. De acordo com o Conselho Económico e Social das Nações Unidas, os Estados Parte do PIDESC têm uma obrigação básica de assegurar, pelo menos, a satisfação de níveis mínimos indispensáveis de cada um dos direitos enunciados no Pacto²⁷, recorrendo a todos os meios apropriados, incluindo em particular a adopção de medidas legislativas. As Nações Unidas reconhecem que «cada Estado Parte tem uma margem

23 Parágrafo 36 das *Observações Gerais n.º 19 – O direito à segurança social (artigo 9.º)*, Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, 39.ª Sessão (2007).

24 Parágrafo 9 das *Observações Gerais n.º 19...*, *ob. cit.*

25 Parágrafo 10 das *Observações Gerais n.º 19...*, *ob. cit.*

26 *Vd.* parágrafos 44 a 51 das *Observações Gerais n.º 19...*, *ob. cit.* Quanto à natureza e conteúdo destas obrigações, *vd.* Katre Kont-Kontson, *International State Obligations in Protecting Social Rights: Right to Social Security*, MA Thesis, Institute of International and European Law, University of Tartu (2005), pp. 24-33.

27 *Observações Gerais n.º 3 – Natureza das obrigações dos Estados (parágrafo 1 do artigo 2 do Pacto)*, Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, 5.ª Sessão (1990).

de discricionariedade para determinar quais as medidas mais convenientes para fazer face às suas circunstâncias específicas. No entanto, o Pacto impõe claramente a cada Estado Parte a obrigação de adoptar as medidas que sejam necessárias para que todas as pessoas gozem do direito à segurança social tão rápido quanto possível»²⁸.

4. Lei n.º 4/2010: Trabalhadores migrantes e a titularidade do direito à segurança social

O direito à segurança social foi concretizado através da Lei n.º 4/2010, que aprovou o novo Regime da segurança social²⁹. A intenção política subjacente à nova lei foi a de alargar o âmbito de cobertura do regime da segurança social a toda a população de Macau³⁰, tendo em vista providenciar-lhe um nível de protecção social básico, particularmente às pessoas idosas, com vista a promover a sua qualidade de vida³¹. Contudo, a universalidade do regime abrange tão-só a população residente de Macau (residentes permanentes e não permanentes³²). No exercício da sua liberdade de conformação normativa, o legislador ordinário, de forma consciente³³, excluiu do

28 Parágrafo 66 das *Observações Gerais n.º 19 ...*, *ob. cit.*

29 Com entrada em vigor em 1 de Janeiro de 2011.

30 «O novo regime da segurança social vem permitir que todos os residentes da RAEM, desde que cumpram certos requisitos legais, possam aderir ao regime, em condições de igualdade. Assim, mesmo pessoas que não estejam em situação de trabalho (por conta de outrem ou por conta própria) podem aderir e beneficiar do regime da segurança social ora edificado. O enunciado do princípio da universalidade tem concretização na definição do âmbito pessoal do regime, nomeadamente nos artigos 10.º e 11.º. Ainda que estes artigos tipifiquem grupos de residentes que têm acesso ao regime da segurança social (mesmo que a diferentes títulos), a universalidade é atingida através da cláusula residual constante da alínea 3) do artigo 11.º, que possibilita o acesso *dos demais residentes da RAEM*, maiores de idade, que não estejam abrangidos pelas situações previstas tanto no artigo 10.º, como nas alíneas anteriores do artigo 11.º», *idem*.

31 Artigo 2.º: «*O regime da segurança social visa providenciar um nível de protecção social básico aos residentes da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), particularmente às pessoas idosas, com vista a promover a sua qualidade de vida*».

32 De acordo com o conceito de residente constante do artigo 24.º da Lei Básica e no respeito do princípio da igualdade de tratamento de todos os residentes, todos eles, permanentes ou não permanentes, podem aderir ao regime facultativo se o desejarem. *Vd.* Parecer n.º 3/IV/2010 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, relativo à proposta de lei intitulada “*Regime da segurança social*”, disponível em <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2010/04-2010/parecer.pdf>.

33 A 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa «ponderou o alargamento do âmbito pessoal de aplicação deste regime aos *trabalhadores não residentes*. Depois de debatida a questão com o proponente, este considerou não estarem reunidas as condições necessárias para que este grupo de trabalhadores possa ser abrangido pelo regime da segurança social. A Comissão regista

âmbito de aplicação da lei a categoria populacional constituída pelos trabalhadores migrantes, não beneficiando estes, portanto, de qualquer tipo de protecção dispensada ao abrigo do regime da segurança social.

Esta opção funda-se, primariamente, em razões de natureza económica: o legislador teve a preocupação de assegurar a sustentabilidade do regime da segurança social em virtude da natureza necessariamente escassa dos recursos materiais disponíveis³⁴. Apesar de ter sido consagrada uma tripartição da responsabilidade no seu financiamento (com expressões quantitativas diversas), o regime da segurança social de Macau caracteriza-se pelo facto de ser financiado em grande medida pelo erário público devido aos montantes das contribuições serem extremamente reduzidos. Cabe, portanto, à RAEM garantir que, em qualquer circunstância, o direito dos beneficiários ao recebimento das prestações sociais para as quais efectuaram contribuições é assegurado, mesmo na eventualidade do regime da segurança social não ter, por si só, a capacidade financeira para tal³⁵.

Principalmente por estas razões de natureza económica, o legislador exigiu um vínculo especial entre os beneficiários do sistema de segurança social público e a RAEM, o qual é expresso pelo conceito de *residência*³⁶. O facto dos trabalhadores migrantes não terem tal vínculo – tal como resulta da própria designação legal de “trabalhadores não residentes”³⁷ – está na base para a sua exclusão de um regime

a posição do Governo e considera que a protecção social dispensada a este tipo de trabalhadores, designadamente em situações de perda ou redução da sua capacidade de trabalho, deve ser garantida através de outros meios, nomeadamente através de seguros de saúde». Parecer n.º 3/IV/2010 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, relativo à proposta de lei intitulada “*Regime da segurança social*”.

34 Os direitos sociais, enquanto «“direitos de solidariedade” são direitos fundamentais sob reserva política do possível, entendendo a possibilidade, como sendo determinada pelas políticas fiscal e orçamental», João Albuquerque, “Os Direitos Sociais na Lei Básica de Macau”, *Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direitos Fundamentais: Consolidação e Perspectivas de Evolução*, 20-22 de Outubro de 2008 (no prelo).

35 *Vd.* Ponto 3.2.2. do Parecer n.º 3/IV/2010 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, relativo à proposta de lei intitulada “*Regime da segurança social*”.

36 Numa definição possível, *residência* é o vínculo que liga uma pessoa à comunidade política local em razão da naturalidade ou de um acto de vontade a ela pertencer, manifestado através da fixação de residência na Região, nos termos da lei.

37 O conceito de “trabalhador não residente” apresenta-se como uma idiossincrasia do ordenamento jurídico de Macau, tendo já sido classificado como uma *ficção jurídica* «porque é, na verdade, uma realidade ficcionada, pois não é do senso comum que uma pessoa trabalhe habitual e prolongadamente, e por conseguinte viva, num determinado espaço geográfico sem que se considere que nele reside», Ho Chi Un, “*O regime jurídico dos trabalhadores não-residentes na Região Administrativa Especial de Macau*”, Seminário sobre o novo Regime da Relações de Trabalho, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 25-26 de Junho de 2009.

que pretende elevar a qualidade de vida da população residente, entendida esta na sua *acepção jurídica* e não meramente fáctica. Através desta opção política, o legislador de Macau deu consagração legal ao *princípio da nacionalidade*, segundo o qual a cobertura de um sistema de segurança social depende da existência de uma relação de nacionalidade (em Macau, residência) entre os beneficiários e o Estado, em detrimento do *princípio da territorialidade*, nos termos do qual tal cobertura depende da presença física do beneficiário no território jurisdicional do sistema de segurança social em causa³⁸.

É compreensível que o sistema de direitos fundamentais constante da Lei Básica eleja os residentes da RAEM como alvo primário do seu âmbito pessoal de aplicação. Mas o próprio texto constitucional alarga esse âmbito quando determina que a Região assegura, nos termos da lei, os direitos e liberdades dos residentes *e de outras pessoas na Região* (artigo 4.º), concretizando que as *pessoas que não sejam residentes de Macau, mas se encontrem na RAEM*, gozam, em conformidade com a lei, dos direitos e liberdades dos residentes de Macau previstos no Capítulo III da Lei Básica (artigo 43.º). Nestes termos, coloca-se a questão de saber se o legislador ordinário pode consagrar regimes diferentes para residentes e não residentes em sede de regulamentação de direitos fundamentais. Em particular, coloca-se a questão de saber se o direito à segurança social, pertencendo ao catálogo de direitos constante do referido Capítulo III, é ou não extensível às pessoas não residentes que se encontrem fisicamente na RAEM *ex vi* artigo 43.º. A este propósito, o Tribunal de Última Instância³⁹ considera que, apesar da equiparação no gozo de direitos fundamentais efectuada pelo artigo 43.º, «(...) *há uma importante diferença entre o gozo dos direitos fundamentais por parte dos residentes e por parte dos não residentes: quanto aos residentes, a lei ordinária não pode restringir o conteúdo dos direitos previstos na Lei Básica, a menos que esta expressamente o admita. Mas já o pode fazer quanto aos não residentes, pois que, nos termos do referido artigo 43.º, o gozo dos direitos fundamentais por parte dos não residentes é feito “em conformidade com a lei”. Quanto aos não residentes, a lei – entendendo-se aqui a expressão como significando lei formal da Assembleia Legislativa – pode prescrever discriminações entre residentes e não-residentes e, portanto, pode prever excepções e limitações ao princípio da equiparação entre residentes e não residentes*».

A interpretação da jurisprudência do Tribunal de Última Instância não pode, por certo, conduzir ao entendimento de que é admissível a consagração de tratamento

38 *Vd.* Nilim Baruah/Ryszard Cholewinski (eds.), *Handbook on Establishing Effective Labour Migration Policies in Countries of Origin and Destination*, Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE)/Organização Internacional para as Migrações (OIM)/Organização Internacional do Trabalho (OIT), (2006), p. 154.

39 Acórdão de 10 de Janeiro de 2007 (Processo n.º 39/2006).

discriminatório (e, portanto, ilegal) das pessoas não residentes. Apesar da afirmação (infeliz) de que a “lei pode prescrever discriminações entre residentes e não residentes”, o citado Acórdão admite, tão-só, que possam existir excepções à equiparação no gozo de direitos entre residentes e não residentes. Daqui resulta que, nos termos do artigo 43.º da Lei Básica, o alargamento do sistema de protecção dos direitos fundamentais das pessoas não residentes que se encontrem fisicamente na RAEM não é feito de forma automática. A Lei Básica exige uma ponderação casuística da natureza de cada direito para avaliar a sua aplicabilidade a pessoas que não têm a qualidade de residente. Caso se conclua, segundo um *critério de adequação* que tenha em conta a natureza do direito em causa, que a extensão de um determinado direito a não residentes é ilógica, deve recusar-se a sua aplicação, adoptando-se uma visão restritiva da cobertura do sistema de direitos fundamentais aos não residentes constante dos artigos 4.º e 43.º da Lei Básica⁴⁰. Assim, ainda que em abstracto se admita que certos direitos previstos na Lei Básica não beneficiem as pessoas que não têm o estatuto de residente de Macau, a *distinção* (mas não a discriminação) ao nível da regulamentação dos direitos deve ser fundamentada na natureza do próprio direito e não no arbitrio do legislador ordinário.

Na análise da questão do âmbito pessoal de aplicação do direito à segurança social, importa ter em consideração que o grupo de “outras pessoas”, que não sejam residentes mas que se encontram na Região, é um grupo heterogéneo. O artigo 43.º abrange «tanto as pessoas que visitam Macau temporariamente e permanecem legalmente por causa da visita a familiares, turismo, estudo e negócios, como outras que têm residido por longo prazo em Macau, por razões de trabalho, como é o caso dos trabalhadores não residentes»⁴¹.

Na aplicação do critério de apreciação casuística *supra* mencionado, seria ilógico defender que uma pessoa que se encontre em Macau na qualidade de turista tenha de beneficiar do direito à segurança social. Neste caso, a extensão da protecção aos não residentes *ex vi* artigo 43.º da Lei Básica não pode operar. Contudo, a situação dos trabalhadores migrantes é diversa: uma vez que os trabalhadores migrantes trabalham em Macau, têm aqui uma presença física efectiva, a qual, porque representa uma fixação espacial da pessoa no território da RAEM, conduz ao conceito civilístico de *domicílio*. Ainda que não sejam residentes, os trabalhadores migrantes estão domiciliados em Macau⁴². A questão que se coloca, nesta sede, é a de saber se o domicílio é um elemento suficientemente forte para conduzir, nos termos do artigo 43.º da Lei Básica, à extensão da cobertura do direito à segurança social aos trabalhadores

40 *Vd.* Jorge Bacelar Gouveia, “The Fundamental Rights in Macao”, in Jorge Oliveira/Paulo Cardinal (eds.), *One Country...*, *ob. cit.*, p. 712.

41 *Ieong Wan Chong*, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Associação de Divulgação da Lei Básica de Macau, (2005), pp. 95-96.

42 Artigos 83.º e 84.º do Código Civil.

migrantes. Ou seja, se a natureza do direito leva a que este seja extensível a quem tenha como elemento de conexão apenas o domicílio.

A resposta a esta questão leva a que seja tida em conta a génese do direito em causa. A preocupação com o bem-estar social dos trabalhadores está na base histórica do direito à segurança social⁴³, o qual se configurou como um instrumento de protecção dos trabalhadores por conta de outrem em função do reconhecimento do *valor social do trabalho*⁴⁴. Este reconhecimento faz com que o trabalho tenha um papel relevante na sociedade enquanto fonte de realização pessoal e de sustento do indivíduo e da família, que ultrapassa a sua natureza meramente económica de factor de produção. É, portanto, em razão desta função social que a lei impõe, com força obrigatória⁴⁵, a sujeição dos trabalhadores por conta de outrem a um sistema público de protecção social para fazer face a situações de ocorrência de factos que não estão no domínio da pessoa – factos *futuros, incertos e involuntários* – e que são susceptíveis de provocar uma perda ou diminuição da capacidade de ganho ou de rendimento, ou resultantes de uma situação de aumento de despesas ou encargos excepcionais⁴⁶. Na sua essência, o direito à segurança social implica o estabelecimento de um sistema que assegure os necessários rendimentos de substituição em caso de falta ou diminuição da capacidade para o trabalho, entendidos aqueles como uma justa compensação por aquela falta ou diminuição⁴⁷.

É em função do relevante papel social do trabalho que a ordem jurídica prevê a obrigatoriedade de sujeição ao regime da segurança social para os trabalhadores por conta de outrem: considera-se não poder ficar na disponibilidade dos interessados a existência ou não de uma estrutura de protecção social que garanta a satisfação das necessidades de subsistência dos trabalhadores e das suas famílias, proporcionando-lhes um mínimo de segurança económica perante a verificação de certo tipo de eventualidades e infortúnios⁴⁸.

Os trabalhadores migrantes, através da prestação do seu trabalho, desempenham na sociedade de Macau o mesmo papel que os trabalhadores locais, ainda que de forma

43 *Vd. Apelles Conceição, Segurança Social – Manual Prático*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra (2008), pp. 28-59.

44 *Vd. n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 4/98/M, de 27 de Julho – Lei de Bases da Política de Emprego e dos Direitos Laborais.*

45 *Artigo 10.º da Lei n.º 4/2010.*

46 *Vd. Miguel Quental, “Algumas notas sobre o Regime Jurídico da Segurança Social de Macau”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Ano VIII, n.º 17 (2004), p. 97.*

47 *Vd. Sofia David, Alguma reflexões sobre o direito à segurança social, Verbo Jurídico (2002), pp. 7-9.*

48 *Vd. Miguel Quental, ob. cit., p. 96.*

temporalmente transitória⁴⁹. A ausência do estatuto legal de residente da RAEM não altera nem a função social do trabalho prestado pelos trabalhadores migrantes, nem a filosofia subjacente à criação de um regime de segurança social, que é a de dispensar protecção *a todos* os trabalhadores por conta de outrem. Assim, justifica-se que estes trabalhadores também possam beneficiar do direito à segurança social, o qual deve ser extensivo a todos os trabalhadores que prestem legalmente a sua actividade em Macau em condições de estabilidade. Neste sentido, o domicílio – em virtude do elo espacial com a RAEM que lhe está subjacente – afigura-se como vínculo suficientemente forte para fundamentar o alargamento da cobertura do âmbito pessoal de aplicação do direito à segurança social *ex vi* artigo 43.º da Lei Básica e para justificar, *rectius* impor, a adopção do princípio da territorialidade, por oposição ao da nacionalidade.

5. Discricionariedade legislativa – condicionantes

Ainda que se possa concluir que o próprio texto da Lei Básica conduz a que o âmbito pessoal de aplicação do direito à segurança social abranja os trabalhadores migrantes, o facto é que tanto o artigo 39.º, como os artigos 4.º e 43.º remetem para a lei ordinária a fixação das condições de exercício dos direitos. Esta circunstância leva a que se possa questionar se a adopção do princípio da nacionalidade em sede de regulação do direito à segurança social cai no âmbito da liberdade de conformação normativa reconhecida ao legislador ordinário.

A discricionariedade que incumbe ao legislador na identificação dos valores sociais relevantes e na sua transformação em normas jurídicas não é absoluta, estando limitada por princípios constitucionais fundamentais, mesmo quando é a própria Lei Básica a delegar na lei ordinária a regulação de direitos específicos. Um desses princípios fundamentais é o princípio da igualdade (incluindo a sua vertente da não discriminação) consagrado no artigo 25.º da Lei Básica. Dele decorre a necessidade de a todos serem concedidos os mesmos direitos ou, de uma forma mais ampla, a necessidade de todos serem tratados de forma igual pela lei, sem distinções nem privilégios. A igualdade perante a lei vincula o legislador no sentido de produzir leis gerais e abstractas. Decorre ainda deste princípio o dever da lei tratar de maneira diferenciada aquilo que, pela sua natureza, é dissemelhante. Neste sentido, o princípio da igualdade determina que se trate de forma igual as situações iguais e de forma desigual as situações materialmente diferentes, na medida exacta dessa diferença⁵⁰.

Tal como afirmado no Acórdão do Tribunal de Última Instância da RAEM de 12 de Maio de 2010 (Processo n.º 5/2010), «[O] âmbito de protecção do princípio da igualdade constante da norma da Lei Básica, abrange [...] a proibição do

49 *Vd.* artigo 2.º, alínea 2) da Lei n.º 4/2010 (*Princípio da temporalidade*).

50 *Vd.* Pedro Pereira de Sena, “*Identidade e diferença...*”, *ob. cit.*, pp. 1-7.

arbitrio, sendo inadmissíveis diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável. [...] Quer dizer, sem prejuízo da discricionariedade legislativa que deve ser reconhecida ao legislador, viola o princípio da igualdade a existência de regimes legais contraditórios [...], sem qualquer justificação razoável, ou seja, o arbítrio legislativo, o tratamento diferenciado injustificado».

Perante o tratamento desigual dado pela Lei n.º 4/2010 aos trabalhadores residentes e aos trabalhadores migrantes, importa apurar se tal desigualdade se justifica pelo facto de se estar perante situações materialmente diferentes, não havendo problemas de compatibilidade com o princípio da igualdade; ou se, pelo contrário, tratando-se de situações idênticas na sua substância, tal tratamento diferenciado pode ser considerado como atentatório do princípio da igualdade, na vertente de proibição do arbítrio. Afirma-se no citado Acórdão do Tribunal de Última Instância que *«por vezes, a lei considera desiguais duas situações que o não são por errada qualificação. Aqui haverá violação do princípio da igualdade. Há, então, que determinar quais os valores segundo os quais se pode afirmar a igualdade ou desigualdade jurídica das situações. Como as normas são meios de realização de fins, tem-se visto na conexão entre as normas com os respectivos fins o critério aferidor da igualdade ou desigualdade jurídica das situações. Quando não haja conexão, ou ela seja insuficiente ou falha de razoabilidade para obter o fim visado pela norma, há violação do princípio da igualdade».*

Numa perspectiva finalística e independentemente do respectivo âmbito de aplicação, a edificação do regime da segurança social visou providenciar um nível de protecção social básico à população, particularmente às pessoas idosas, com vista a promover a sua qualidade de vida. Assim, não só tem «o Governo da Região Administrativa Especial de Macau [...] a responsabilidade de garantir os benefícios sociais estabelecidos na lei anteriormente existente, aos quais os habitantes de Macau continuam a ter direito», como também deve «fomentar e melhorar gradualmente o sistema antigo de acordo com o desenvolvimento económico, a fim de satisfazer as novas necessidades da sociedade e permitir que todos os cidadãos, nomeadamente os mais fracos, tenham condições para partilhar os bons resultados da prosperidade económica e do progresso da sociedade»⁵¹. Por outro lado, o regime da segurança social visa dar cobertura às situações de riscos laborais, dispensando protecção aos trabalhadores que vejam a sua aptidão para o trabalho diminuída por razões de doença, invalidez ou desemprego.

Aplicando o critério de aferição avançado pelo Tribunal de Última Instância – *a conexão entre as normas com os respectivos fins* – não se afigura que haja justificação adequada para tratar de forma diferenciada estes dois grupos de trabalhadores, em função da sua qualidade de residentes da RAEM. Em primeiro

51 Ieong Wan Cheong, *Anotações...*, *ob. cit.*, pp. 233-234.

lugar, porque a necessidade de protecção perante os riscos sociais, em geral, e os riscos laborais, em particular, é sentida de forma igual por ambos os grupos. Em segundo lugar, os trabalhadores não residentes fazem parte da população de Macau, ainda que com um vínculo precário, contribuindo para “a prosperidade económica e o progresso da sociedade” cujos bons resultados se pretende partilhar. Por fim, porque, tal como visto anteriormente, a própria lei pretende que haja um tratamento dos trabalhadores não residentes de acordo com o princípio da igualdade ao nível dos direitos, deveres e garantias. A exclusão dos trabalhadores migrantes da cobertura conferida pelo regime da segurança social coloca este grupo de trabalhadores em situação de desvantagem injustificada, conduzindo a que, de facto, existam diferenças ao nível do gozo dos direitos laborais, em relação aos quais se aplica o princípio da igualdade consagrado no artigo 6.º da Lei das relações de trabalho, *ex vi* artigo 2.º e artigo 20.º da Lei n.º 21/2009⁵².

Noutra vertente, a adopção do princípio da nacionalidade contraria as regras da proporcionalidade na restrição de direitos. A adopção do princípio da nacionalidade conduz à *exclusão absoluta* dos trabalhadores migrantes de qualquer tipo de protecção social, tanto a dispensada pelo regime da segurança social local, como pelos sistemas de segurança social dos países de origem. Uma vez que não se permite que os trabalhadores migrantes façam contribuições para o regime local, eles não podem beneficiar das prestações sociais previstas na lei de Macau, ao mesmo tempo que estão excluídos dos sistemas de protecção social dos países de origem, por deles estarem ausentes. Assim, o impacto que a opção pelo princípio da nacionalidade tem na esfera jurídica dos trabalhadores migrantes é excessivamente desproporcionado face aos valores que tal princípio pretende garantir. A desproporção é particularmente notória quando se tem em atenção que se pretende atingir objectivos de natureza meramente económica em detrimento de princípios fundamentais imperativos como os da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação e da justiça⁵³.

Além do mais, entre as várias opções disponíveis ao legislador, este escolheu aquela que apresenta efeitos mais restritivos, pondo em causa o princípio

52 Pense-se, por exemplo, na situação de doença, em que um trabalhador residente tem direito a receber o respectivo subsídio de doença para fazer face à quebra das remunerações por causa do trabalho não prestado e ao acréscimo de despesas decorrentes do respectivo tratamento, enquanto que um trabalhador não residente não tem qualquer tipo de subsídio de doença, sem prejuízo de ter direito à remuneração das faltas por doença, nos termos gerais previstos no n.º 2 do artigo 53.º da Lei n.º 7/2008, *ex vi* artigo 20.º da Lei n.º 21/2009.

53 Quanto aos princípios fundamentais do sub-sistema constitucional de direitos fundamentais consagrado na Lei Básica, *inclusive* o princípio da proporcionalidade, *vd.* Paulo Cardinal, “The Constitutional Layer of Protection of Fundamental Rights in the Macau Special Administrative Region”, in *Revista de Direito Público*, n.º 3 (2010), pp. 239-262.

da proporcionalidade, na sua vertente de indispensabilidade⁵⁴. A opção pelo princípio da nacionalidade conduz à exclusão absoluta dos trabalhadores migrantes de qualquer esquema de protecção social, enquanto que a adopção do princípio da territorialidade permitiria conjugar os diferentes interesses em causa, dispensando a este grupo de trabalhadores apenas os benefícios sociais que, pela sua natureza, lhe devam ser aplicáveis. Na verdade, de entre as prestações da segurança social legalmente previstas, algumas há que, pela sua natureza, não podem ser aplicáveis aos trabalhadores não residentes. É o caso do subsídio de desemprego, uma vez que numa situação de desemprego um trabalhador não residente deixa de estar autorizado a permanecer na RAEM tendo de abandonar a Região, não se justificando a dispensa de protecção social para tal eventualidade. Contudo, os motivos que justificam a atribuição dos demais *subsídios* (doença, nascimento, casamento e funeral), têm plena aplicabilidade no caso dos trabalhadores não residentes, uma vez que a intenção subjacente ao direito à segurança social (de cobrir riscos sociais involuntários e incertos, numa lógica de atribuição de rendimentos de substituição para a diminuição da capacidade de trabalho ou de excesso de despesas) é de aplicação a todos os trabalhadores, independentemente do seu estatuto legal. Ademais, uma vez que o regime vigente tem natureza contributiva, caso se estendesse o seu âmbito de aplicação aos trabalhadores migrantes estes teriam de participar no seu financiamento⁵⁵, sem o que não poderiam receber as respectivas prestações. Desta forma, a extensão da figura do “seguro social público” aos trabalhadores migrantes, num regime puramente contributivo como é o de Macau, afigura-se compatível com a pretendida solidez financeira do regime da segurança social local.

Relativamente às *pensões*, a sua extensão aos trabalhadores migrantes assume-se como de primordial importância. Estes têm de regressar aos respectivos

54 Este tem «o sentido de que, de todos os meios idóneos disponíveis e igualmente aptos a prosseguir o fim visado com a restrição, se deve escolher o meio que produza efeitos menos restritivos». Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora (2003), pp. 731. *Vd.* Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing (1999).

55 «O princípio da contributividade, segundo o qual «o acesso às prestações do regime da segurança social pressupõe a realização de contribuições por períodos mínimos, fixados na presente lei», consagra a opção político-legislativa de exigir um esforço efectivo por parte dos contribuintes do regime para que possam ser atribuídas as prestações sociais previstas no regime da segurança social. Assim, todas as prestações, com excepção do subsídio de funeral, têm como requisito para a sua atribuição a existência de um número mínimo de contribuições efectivas, o que faz com o regime da segurança social de Macau seja, na sua essência, um regime contributivo». Parecer n.º 3/IV/2010 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, relativo à proposta de lei intitulada “*Regime da segurança social*”.

países de origem quando deixem de ter trabalho em Macau, o que parece conduzir à conclusão de que não devem beneficiar das prestações periódicas para a velhice e invalidez. No entanto, não existe justificação para impedir que os trabalhadores migrantes mantenham, aquando do seu regresso ao país de origem, os direitos adquiridos durante a sua permanência no território onde trabalharam e que possam acumular benefícios adquiridos em diferentes países. A nível internacional existem mecanismos de portabilidade das contribuições para a segurança social⁵⁶, legalmente previstos e concretizados mediante acordos bilaterais de reciprocidade entre os Estados de origem e de destino. Sem estes mecanismos, os trabalhadores não residentes encontram-se amiúde perante situações de total desprotecção social no momento do regresso ao país de origem por não terem neste qualquer história contributiva, nem beneficiarem do regime da segurança social do local onde passaram a respectiva vida activa.

Nestes termos, uma vez aplicado o critério aferidor da conformidade com o princípio da igualdade e da não discriminação e dado que o mesmo é aplicável aos trabalhadores migrantes por força da equiparação no gozo de direitos constitucionalmente previstos efectuada pelo artigo 43.º da Lei Básica, afigura-se-nos que a delimitação restritiva do âmbito de aplicação do regime da segurança social é discriminatória⁵⁷ e, portanto, contrária à Lei Básica.

Tal exclusão vai igualmente contra as obrigações internacionais da RAEM decorrentes do artigo 9.º do PIDESC. O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, órgão da Organização das Nações Unidas que supervisiona a aplicação do Pacto, afirma «estar muito preocupado com o facto de os trabalhadores migrantes, que representam uma parcela significativa da população activa da RAEM, estarem excluídos do sistema de segurança social»⁵⁸. De igual forma, o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, órgão da Organização das Nações Unidas instituído ao abrigo da Convenção Internacional sobre

56 *Vd.* Robert Holzmann, Johannes Koettl, Taras Chernetsky, “*Portability Regimes of Pension and Health Care Benefits for International Migrants: An analysis of Issues and Good Practices*”, Social Protection Discussion Paper Series n.º 0519, The World Bank (2005).

57 O conceito de *discriminação* reporta-se ao tratamento de uma pessoa de forma a que seja feita uma distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em factores ilegítimos, porque arbitrários, e que tenha por finalidade ou consequência comprometer ou recusar o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos.

58 Ponto 114 das *Observações finais de 2004 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais em relação à República Popular da China (Região Administrativa Especial de Macau)*. *Vd. A Aplicação do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais em Macau*, Revista Jurídica de Macau, n.º especial (2006), p. 312.

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial⁵⁹, considera a exclusão dos trabalhadores migrantes do regime da segurança social de Macau como “preocupante” e recomenda que «a legislação relevante seja alterada com o objectivo de estender os benefícios da segurança social a todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes»⁶⁰. A nível político, as mesmas preocupações são expressas no Relatório Anual da Comissão Europeia sobre a RAEM (2009) e no Relatório sobre os Direitos Humanos (2009) do Departamento de Estado dos Estados Unidos da América sobre a República Popular da China (incluindo Macau).

6. Conclusão

Os princípios conformadores do ordenamento jurídico de Macau requerem que a todos sejam reconhecida alguma forma de protecção social, propiciadora da dignidade inerente a todo o ser humano. A nível constitucional, a Lei Básica contém os mecanismos que permitem dispensar aos trabalhadores migrantes um nível mínimo de protecção social, mediante a aplicação do direito à segurança social. Contudo, a regulação deste direito operada em sede de legislação ordinária procedeu a uma restrição abusiva do seu âmbito de aplicação, tendo de forma desproporcionada retirado a uma parte da população local um direito que é entendido como condição fundamental para que qualquer pessoa tenha uma vida digna, independentemente do seu estatuto legal⁶¹.

O direito à segurança social é também instrumental para garantir as condições mínimas para o exercício efectivo de direitos fundamentais, sejam eles de natureza laboral, política ou outra, o qual deixa de estar na dependência da verificação de circunstâncias económicas e sociais para que possa haver o gozo pleno de tais direitos. Pode, portanto, dizer-se que «a concretização do direito à segurança social é uma imposição da democracia económica e social, mas é também uma garantia da democracia política. E se a democracia política carece

59 Aplicável em Macau nos termos dos Avisos do Chefe do Executivo n.º 6/2001 e n.º 11/2007, publicados no Boletim Oficial da RAEM, II Série, n.º 2, de 10 de Janeiro de 2001 e n.º 22, de 30 de Maio de 2007, respectivamente.

60 Ponto (33) do Relatório do Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, 75.ª sessão (Agosto 2009) – Observações finais e recomendações relativas ao relatório apresentado pela República Popular da China (incluindo as Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau). O Comité incentiva, ainda, a que seja ratificado, entre outros, a Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias [ponto (34)].

61 *Vd.* Ryszard Cholewinski, *Irregular migrants: access to minimum social rights*, Council of Europe Publishing (2005), p. 46.

de direitos sociais, nomeadamente do direito à segurança social, para se tornar efectiva, então, a concretização deste direito torna-se uma exigência da própria democracia política»⁶².

O ordenamento jurídico de Macau deve dispensar um tratamento aos trabalhadores migrantes que se pautem pelo respeito do princípio da igualdade e que se conforme com as obrigações internacionais decorrentes dos instrumentos de direito internacional aplicáveis.

Independentemente do debate em torno da questão relativa à necessidade de recurso à mão-de-obra do exterior, é mister reconhecer que os trabalhadores migrantes têm contribuído para o desenvolvimento económico de Macau. A protecção dos seus direitos sociais é do interesse da própria Região, uma vez que uma sociedade integradora da sua população migrante é uma sociedade socialmente mais justa e capaz de alcançar um verdadeiro desenvolvimento social inclusivo, englobando aqueles que ajudam ao seu progresso económico. Ao fazê-lo, Macau estará a respeitar a sua história secular de acolhimento daqueles que a demandam “*em busca de pão e de um futuro melhor*”.

62 Sofia David, *ob. cit.*, p. 9.