

Processo n.º 575/2008

(Recurso Contencioso)

Data: 2/Abril/2009

Assuntos:

- Contratação de mão de obra não-residente;
- Manutenção dos níveis salariais.

Sumário:

Não é de anular o acto que indeferiu um pedido de substituição de um trabalhador não residente e, simultaneamente, cancelou a respectiva autorização de contratação, ficando-se a saber do despacho recorrido que a entidade empregadora pretendia atribuir ao trabalhador substituto um salário inferior ao do trabalhador a substituir, situando-se o salário pretendido a nível inferior à média salarial dos trabalhadores com a mesma categoria profissional, conforme dados avançados pela Direcção dos Serviços de Estatísticas e Censos.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 575/2008

(Recurso Contencioso)

Data : 2 de Abril de 2009

Recorrente: A - Planeamento e Serviços, Ld.^a

Recorrido: Secretário para a Economia e Finanças

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

I - RELATÓRIO

A - Planeamento e Serviços, Limitada, sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada, melhor identificada nos autos, vem impugnar o despacho do **Exmo Senhor Secretário para a Economia e Finanças**, de 14/8/08 que, em sede de recurso hierárquico, manteve decisão do Exmo Senhor Coordenador do Gabinete para os Recursos Humanos que indeferiu pedido de substituição de um trabalhador não residente apresentado pela recorrente e, simultaneamente, cancelou a respectiva autorização de contratação.

Para tanto, alega em sede conclusiva:

A administração é obrigada a conformar a sua actuação nos termos da Lei, quer em

sentido material quer em sentido formal, e a respeitar os Princípios nela previstos, cumprindo os seus deveres quando em contacto com os particulares e respeitando os direitos daqueles. A Lei expressamente consagra aos particulares, quando destinatários, o direito de se defenderem contra actos administrativos, individualizados e concretos que vão afectar situações jurídicas já cristalizadas na esfera dos seus direitos.

A fundamentação dos actos administrativos, visa assegurar a melhoria da qualidade e a legalidade dos mesmos, sendo por conseguinte, absolutamente nulo o acto viciado pela total falta de fundamentação, não podendo assim, produzir qualquer efeito jurídico, sob pena de violação dos art. 114º; 115º 122º e 123º do Código de Procedimento Administrativo.

O poder discricionário da Administração não pode ser assumido como absoluto, na medida em que ao tomar decisões sem se encontrarem devidamente documentadas., quando o pode e deve fazer, está a actuar com violação do dever de fundamentar os seus actos e ainda, a desrespeitar o direito inalienável de qualquer particular tomar perfeito conhecimento do sentido, alcance e motivação do acto administrativo que lhe é dirigido.

Nestes termos entende dever ser julgado procedente o presente recurso, declarando-se nulo o acto ora recorrido.

O Exmo Senhor Secretário para a Economia e Finanças (SEF), órgão recorrido, tendo sido citado para contestar, alega, em síntese:

O órgão recorrido cumpriu o dever, que lhe cabia, de decidir, nos termos da lei, o recurso hierárquico que lhe foi apresentado;

A fundamentação de facto do acto recorrido permite conhecer os motivos que levaram a Administração a decidir da maneira que decidiu, e não de outra maneira;

O acto impugnado contém-se dentro dos limites dos poderes discricionários que a lei confere para a sua prática.

Nestes termos, pugna o órgão recorrido pelo não provimento do recurso.

O Digno Magistrado do MP emite o seguinte douto parecer:

Vem “A, Planeamento e Serviços, Lda.” impugnar o despacho do Secretário para a Economia e Finanças de 14/8/08 que, em sede de recurso hierárquico, manteve decisão do Coordenador do Gabinete para os Recursos Humanos que indeferiu pedido de substituição de um trabalhador não residente apresentado pela recorrente e, simultaneamente, cancelou a respectiva autorização de contratação, assacando-lhe, se bem atentamos na respectiva argumentação, vício de forma por falta de fundamentação e violação de lei, por desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, atropelo da hierarquia de normas e afronta de vários princípios basilares como os da decisão, legalidade, justiça, imparcialidade, igualdade e proporcionalidade.

Cremos, porém, não lhe assistir qualquer razão.

Desde logo, não vemos minimamente caracterizadas e consubstanciadas as pretensas afrontas aos vários princípios anunciados, fazendo-as, de resto, a recorrente apenas decorrer da assacada falta de fundamentação, portanto, sem conteúdo próprio, sem

autonomia, sendo, por outra banda, certo que a Administração não deixou de decidir nos vários níveis a que foi chamada para o efeito, não se descortinando (nem, em boa verdade, a recorrente o adiantou eficazmente) em que medida o acto atropelou, com a decisão em crise a hierarquia das normas, não se entendendo bem a argumentação a tal nível.

Depois, na apreciação do requerimento da recorrente, atinente à contratação de trabalhador não residente, os normativos aplicáveis deixam, como é evidente, ao órgão decisor certa liberdade de apreciação acerca da conveniência e da oportunidade sobre o respectivo deferimento, encontrando-nos, pois, face a acto produzido no exercício de poderes discricionários, não se divisando que, no específico caso, aqueles poderes não tenham sido usados de forma sensata e razoável, já que, é, além do mais, dever das entidades para o efeito vocacionadas, zelarem por um crescimento económico e social da Região de forma harmoniosa e saudável, enquadrando-se em tais parâmetros a necessidade de se providenciar, aquando da permissão de contratação de trabalhadores não residentes, pelo pagamento aos mesmos de salários aceitáveis, pelo menos ao nível médio, vendo-se, pois, bem, que a medida em questão não poderá ser considerada desrazoável e, muito menos, totalmente desrazoável, nos termos previstos na al. d) do n.º 1 do art. 5, 21.º, CPAC.

Finalmente, não poderíamos estar mais de acordo com os contornos abstractos do dever de fundamentação avançados pela recorrente. Só que, por aí se queda a nossa adesão, já que entendemos que no caso presente tal dever se mostra preenchido, ficando, através da motivação externada, um cidadão médio em perfeitas condições de apreender as razões em que se fundou o decidido e que se prendem, naquilo que se revela essencial, com o facto de a requerente pretender atribuir ao trabalhador substituto um salário inferior, em 23,9% inferior ao trabalhador a substituir, situando-se o salário pretendido (MOP 5.000,00) a nível

inferior à média salarial dos trabalhadores com a mesma categoria profissional, conforme dados avançados pela Direcção dos Serviços de Estatísticas e Censos.

Percebe-se, pois, perfeitamente a motivação invocada para o indeferimento.

Poderá a recorrente com ela não concordar, mas que ela existe e é perceptível, disso não há dúvida.

Sendo assim, porque não se vê a realidade invocada atacada por qualquer forma (designadamente através de eventual ataque aos pressupostos utilizados) e dada a não ocorrência de qualquer dos restantes vícios invocados, ou de qualquer outro de que cumpra conhecer, somos a pugnar pelo não provimento do presente recurso.

Foram colhidos os vistos legais.

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 outras excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito.

III - FACTOS

É do seguinte teor o despacho ora recorrido, tal como consta da nota de notificação do mesmo à recorrente interessada:

“DESPACHO N.º 19433/REC/GRH/2008

Transcrição do Despacho do Secretário para a Economia e Finanças, de **14.08.2008**

Na sequência do recurso hierárquico necessário Interposto por **A - PLANEAMENTO E SERVIÇOS, LIMITADA**, em 04.07.2008, da decisão do indeferimento de substituição de 1 (um) trabalhador(es) não-residente(s) (TNR(s)) tomada no despacho n.º 12381/IMO/GRH/2008, de 28.05.2008, relativo ao pedido de substituição de 1 (um) trabalhador(es) não-residente(s) (TNR(s)), transcrevo, pela presente, o despacho do Secretário para a Economia e Finanças exarado em 14.08.2008, na informação n.º 17382/INF/GRH/08, de 14.07.2008:

Autorizo a proposta.

Da informação reproduzem-se os fundamentos que sustentam o despacho acima referido e que são os seguintes:

Embora o requerente tenha apresentado uma justificação por escrito, não constitui novo fundamento que suporte este pedido. Também se ponderou sobre o requerente atribui ao TNR substituto um salário inferior ao anteriormente atribuído pelo TNR a ser substituído. Por isso, mantém-se a decisão anteriormente tomada.

O acto administrativo em apreço é susceptível de recurso contencioso, a interpor pelo requerente no prazo de 30 dias para o Tribunal de Segunda Instância, nos termos da alínea a) do número 2 do artigo 25º do Código de Processo Administrativo Contencioso, aprovado pelo Decreto-Lei nº 110/99/M, de 13 de Dezembro e da sub-alínea (2) da alínea 8 do artigo 36º da lei nº 9/1999.

Gabinete para os Recursos Humanos, aos 18 de Agosto de 2008.

A Coordenadora Subst^a

Lou Soi Peng”

Consta dos autos o seguinte parecer que esteve na base daquele despacho:

“Parecer :

Ex.^{mo} Senhor Secretário para a Economia e Finanças:

Embora o requerente tenha apresentado uma justificação escrita, esta não constitui um novo fundamento para suportar o pedido. Considerando, ainda, que o salário a atribuir pelo requerente ao TNR substituinte é inferior ao do TNR a ser substituído, propõe-se que seja mantido a decisão anterior.

À consideração superior.

a Coordenador,

18 de Julho de 2008”

Bem como a seguinte informação:

“Assunto : Substituição (recurso) de mão-de-obra não residente (abrigo do despacho n.º 49/GM/88, de 16 de Maio)

Informação : 17382/INF/GRH/08

Data : 14/07/2008

Estabelecimento : **A – PLANEAMENTO E SERVIÇOS LDA.**

Processo n.º 01097-21225/08

Ex.mo Senhor Coordenador,

Assunto : Pedido para a apresentação de recurso hierárquico (49/GM/88)

Entrada n.º : 21225/ENT/GRH/08

Processo n.º: 01097

Nome da sociedade: A - PLANEAMENTO E SERVIÇOS LDA.

A sociedade acima citada solicitou, em 14/04/2008, a substituição de um trabalhador não-residente (TNR) especializado para desempenhar as funções de TÉCNICO DE MECÂNICA. O pedido foi indeferido a 28/05/2008 através do Despacho n.º 12381/IMO/GRH/2008. Apesar do requerente ter feito posteriormente uma reclamação, este Gabinete manteve a decisão de indeferimento tomada no Despacho n.º 15847/IMO/GRH/2008, em razão de considerar que o salário a atribuir pelo requerente ao TNR substituinte é inferior ao do TNR a ser substituído.

Na sequência do recurso hierárquico interposto pelo requerente do mencionado resultado, apresento resumidamente o seu conteúdo:

1. O TNR a ser substituído faltou injustificadamente ao trabalho, a partir de 04/06/2008, sem qualquer aviso a dar à entidade patronal;

2. A razão da substituição foi porque o trabalhador abandonou o trabalho e, nunca foi a intenção da entidade patronal de contratar outro trabalhador de menor salário;

3. É razoável que o TNR a ser substituído, com 13 anos de vínculo laboral com a entidade patronal, tem um salário mais elevado que um novo que vai entrar no serviço pela primeira vez;

4. No entendimento do requerente, a decisão tomada pelo GRH de cancelar a autorização de contratação de um TNR não tem qualquer fundamentação (cfr. a carta do requerente).

Face ao exposto, procedo à seguinte análise :

Foram levados em conta a actual situação do mercado de trabalho, bem como se a remuneração atinge ou não, de forma razoável, o nível da média salarial local. Quanto à questão do TNR em causa ter um bom ou mal comportamento, só tem a ver com a gestão do estabelecimento do requerente, devendo este aproveitar bem o apoio prestado por nosso serviço, em termos de recursos humanos. Além disso, o salário que o requerente tem vindo a pagar ao TNR a ser substituído foi de \$6.562,50, mas agora o do substituinte a auferir é só \$5.000,00, o que representa uma descida de 23.9%, ou seja, a remuneração não corresponde à média salarial dos trabalhadores com mesma categoria profissional, dados recentemente

divulgados pela Direcção dos Serviços de Estatística e Censos. O salário a atribuir face a natureza das funções desempenhadas também é relativamente baixo. A remuneração atribuída pelo requerente é sempre tomada em consideração por este Gabinete, pelo, que, a justificação apresentada não constitui um factor na análise do processo.

Considerando que o requerente não mostrou interesse de oferecer um melhor salário ao TNR a contratar, nem as justificações ou dados apresentados para este recurso podem constituir um novo fundamento, propõe-se manter a decisão anteriormente tomada.

À consideração superior.

Aos 14 de Julho de 2008, Gabinete para os Recursos Humanos da RAEM.

O Técnico Superior,

Chan Ching Tim”

Anteriormente foi proferido o seguinte despacho proferido sob reclamação de um despacho que indeferiu o pedido de substituição de um TNR:

“DESPACHO N.º 15847/IMO/GRH/2008

Em 20/06/2008, **A – PLANEAMENTO E SERVIÇOS LDA.**, apresentou reclamação da decisão exarada no despacho n.º 12381/IMO/GRH/2008, de 28/05/2008, que indeferiu o pedido de substituição de 1 (um) trabalhador(es) não-residente(s) (TNR(s)) abaixo

mencionado(s) :

Nome do TNR a ser substituído – **B**

Nome do TNR a substituir – **C**

Designação da função – **TECNICO DE MECANICA (311510)**

Após este Gabinete ter feito a sua última avaliação e ponderado sobre a(s) seguinte(s) razão/razões:

O requerente atribui ao TNR substituto um salário inferior ao anteriormente atribuído pelo TNR a ser substituído.

Nos termos do Despacho n.º 49/GM/88, de 16 de Maio, e no uso das competências subdelegadas por despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 53/2007, publicado no *Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau* n.º 20, II Série, de 16 de Maio de 2007, mantém-se a decisão anteriormente tomada.

Gabinete para os Recursos Humanos, aos 11 de Julho de 2008.

O Coordenador

Wong Chi Hong”

Foi o seguinte o despacho reclamado:

“DESPACHO N.º 12381/IMO/GRH/2008

Nos termos do Despacho n.º 49/GM/88, de 16 de Maio, em 14/04/2008, **A – PLANEAMENTO E SERVIÇOS LDA.**, requereu a substituição de 1 (um) trabalhador(es) não-residente(s) (TNR(s)) abaixo referido(s) :

Nome do TNR a ser substituído – **B**

Nome do TNR a substituir – **C**

Designação da função – **TECNICO DE MECANICA (311510)**

Após este Gabinete ter feito a sua última avaliação e ponderado sobre a(s) seguinte(s) razão/razões:

O requerente atribui ao TNR substituto um salário inferior ao anteriormente atribuído pelo TNR a ser substituído.

Nos termos do Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, e no uso das competências subdelegadas por despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 53/2007, publicado no *Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau* n.º 20, II Série, de 16 de Maio de 2007, **indefiro** esse pedido, e por outro lado, cancelo a autorização de trabalho de **B**, bem como a autorização concedida a **A - PLANEAMENTO E SERVIÇOS LDA.**, para a contratação de 1 (um) TNR.

O presente despacho é emitido sem prejuízo do empregador inicial do(s) TNR(s) acima referido(s) , cumprir o dever de repatriamento do(s) TNR(s) cuja autorização de trabalho tenha sido cancelada.

Gabinete para os Recursos Humanos, aos 28 de Maio de 2008.

O Coordenador

Wong Chi Hong”

IV – FUNDAMENTOS

1. A recorrente imputa ao acto administrativo impugnado os seguintes vícios:

- a) Violação do dever de decisão;
- b) Falta de fundamentação de facto;
- c) Desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários;
- d) Violação da hierarquia das normas.

2. Sobre a pretensa violação do dever de decisão, tal violação não se mostra concretizada na alegação da recorrente, nem vemos em que se possa traduzir essa violação.

Na verdade, não se verificou qualquer violação do disposto no art. 11º do CPA, segundo o qual *"1. Os órgãos administrativos têm o dever de se pronunciar sobre todos os assuntos da sua competência que lhes sejam apresentados pelos particulares, e nomeadamente:*

- a) Sobre os assuntos que lhes disserem directamente respeito;*

b) Sobre quaisquer petições, representações, queixas, reclamações ou recursos formulados em defesa da legalidade ou do interesse geral.”

O órgão recorrido decidiu o recurso hierárquico que lhe foi apresentado pela A, assim como anteriormente o coordenador do GRH havia decidido o requerimento de transferência do trabalhador não residente e a subsequente reclamação que a interessada apresentou.

Sinceramente que não se alcança o que se pretende ao enunciar-se tal vício no acto praticado.

2. Quanto à fundamentação do acto é verdade que a lei clara e inequivocamente prevê os requisitos da fundamentação dos actos administrativos, *ex vi* art. 115º do CPA, ou seja:

"1. A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas que constituem neste caso parte integrante do respectivo acto.

2. Equivale à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto." (sublinhado nosso).

Não se deixa até de acompanhar o enquadramento doutrinário sobre o que deve ser uma fundamentação na actividade administrativa, no sentido de que não obstante revestida de poderes que se podem materializar no poder discricionário, esses poderes são contrabalançados pela própria lei que impõe deveres a essa actividade de modo a que a mesma possa ser sindicável.

No caso vertente, o despacho impugnado está fundamentado, remetendo nomeadamente para os fundamentos do acto objecto do recurso hierárquico, ficando um leitor normal em condições de compreender de forma suficiente os motivos de facto do órgão recorrido.

Assim se fica a saber das razões por que se não autorizou a substituição do referido trabalhador, quais sejam, por a requerente pretender atribuir ao trabalhador substituto um salário inferior, em 23,9% inferior ao do trabalhador a substituir, situando-se o salário pretendido (MOP 5.000,00) a nível inferior à média salarial dos trabalhadores com a mesma categoria profissional, conforme dados avançados pela Direcção dos Serviços de Estatísticas e Censos.

A este propósito, importa referir que o montante do salário pago aos trabalhadores não residentes é um aspecto fulcral para determinar se a respectiva contratação põe ou não em risco a contratação de trabalhadores residentes - que o mesmo é dizer, se a respectiva contratação obedece aos princípios que a Lei 4/98/M impõe à Administração em matéria de

política de emprego. Por outras palavras, se por via de uma redução salarial aos trabalhadores não residentes se deixa de contratar a mão de obra local.

Acresce que a recorrente percebeu, efectivamente, os motivos de facto do acto em causa, tendo-lhe, aliás, sido fornecida cópia integral, traduzida para português, da proposta 17382/INF/GRH/08, na qual foi exarado o despacho do SEF, completando assim a informação constante da notificação do acto recorrido.

Mais uma vez ocorre neste caso aquilo que é tão frequente neste assacado vício: confunde-se a discordância ou não adesão às razões invocadas com uma pretensa falta de fundamentação que, de todo, não existe.

O que nos conduz à análise do vício subsequente.

3. Sobre a pretensa desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, o que faz dimanar da insuficiência de fundamentação, a recorrente alega que

Para a total falta de fundamentação, como é o caso, pois a Administração não fundamenta porque valores máximos e mínimos, estatísticas, tabelas salariais e índices profissionais se baseou para se pronunciar pelo indeferimento ao pedido de substituição de um trabalhador não- residente, apresentado pela Recorrente, a Lei comina a nulidade de

acordo com o art. 122º do CPA.

Por outro lado, o Despacho de que se recorre infringe a razoabilidade do poder discricionário da Administração.

Pela simples razão de que a administração se encontra condicionada no uso do poder discricionário, não só pelos limites que ela se auto impõem, através da auto-vinculação, i.é, quando elabora normas para disciplinar a sua actuação (...) a discricionariedade não equivale a arbitrariedade, e como tal, todos os actos dela emanados têm que se adaptar à justiça, imparcialidade e proporcionalidade em fase do caso concreto e ainda respeitar ou conformar-se com a génese desses princípios sob pena de ao actuar com violação destes, estar a incorrer a ela própria em manifesto erro que poderá e deverá ser sindicável pelos Tribunais.

Ainda aqui não lhe assiste razão.

Não se verifica uma desrazoabilidade total em termos de desconformidade entre o fundamento alegado e a realidade observada no que concerne à média dos salários praticados. Trata-se de um técnico de mecânica e não se observa que tal afirmação não tenha sustentabilidade. Pelos menos em termos de uma evidência clara e facilmente perceptível.

Em todo o caso, não estaria o recorrente dispensado de provar que um trabalhador local nessas condições ganha um montante inferior, sabendo-se como se sabe que em Direito Administrativo não há um ónus

da prova rígido e se o interessado pretende impugnar esse fundamento, então deveria ter desde logo impugnado esse facto e ter apresentado a prova pertinente, não se devendo escudar num pretenso dever de comprovação por parte da Administração de todos os pressupostos em que se louvou para tomar uma dada decisão.

A este propósito não se deixa de atender à documentação que a recorrente juntou aos autos.

Duas notas merece tal actividade probatória.

Não está em causa no despacho recorrido o argumento de que há mão de obra local ou de que foram violadas as regras e procedimentos da contratação de mão de obra não residente.

Por outro lado os documentos juntos não provam definitivamente tal impossibilidade ou, o que relevaria, face aos fundamentos invocados, que aquele salário oferecido é o adequado àquele trabalho específico.

Falece, pois razão à recorrente, como falece na invocada violação da hierarquia das normas, também esta pretensa violação de lei não concretizada.

E se reconduzível à violação daqueles princípios da actividade administrativa, ao terem-se eles por inverificados, afastado fica este vício por esta via.

V - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em **negar provimento ao presente recurso contencioso.**

Custas pela recorrente, com 6 UC de taxa de justiça

Macau, 2 de Abril de 2009

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong