

Processo n.º 301/2006

Data do acórdão: 2007-01-18

(Recurso contencioso)

Assuntos:

- dever de fundamentação
- art.º 115.º do Código do Procedimento Administrativo
- contratação de trabalhador não residente
- Despacho n.º 12/GM/88
- Despacho n.º 49/GM/88
- discricionariedade
- parecer prévio da Direcção dos Serviços de Economia

SUMÁRIO

1. Não há violação ao dever de fundamentação do art.º 115.º do Código do Procedimento Administrativo, quando os fundamentos invocados pela Administração na sua decisão tomada, embora de modo conciso, ainda permitem uma motivação expressa, clara, suficiente e congruente.

2. A decisão a emitir sobre contratação de trabalhador não residente peticionada ao abrigo do Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, sendo da esfera da discricionariedade da Administração, depende mais

propriamente da análise dos factos do que da interpretação de normas jurídicas concretas.

3. Para poder decidir da contratação de trabalhador não residente, não é essencial para a entidade administrativa decisória, de acordo com a parte inicial da alínea c) do n.º 2 do Despacho n.º 49/GM/88, de 16 de Maio, o parecer prévio da Direcção dos Serviços de Economia.

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 301/2006

(Recurso contencioso)

Recorrente: Estabelecimento de Comidas “A”

Entidade recorrida: Secretário para a Economia e Finanças

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

I – RELATÓRIO

O Estabelecimento de Comidas “A”, com os sinais dos autos, veio recorrer contenciosamente para este Tribunal de Segunda Instância, do despacho de 3 de Maio de 2006 do Senhor Secretário para a Economia e Finanças da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), que lhe negou provimento ao recurso hierárquico necessário então interposto do despacho n.º 01718/IMO/DSAL/2006, de 22 de Fevereiro de 2006, do Director dos Serviços para os Assuntos Laborais, que lhe tinha indeferido o pedido de substituição de um trabalhador não residente, formulado em

14 de Novembro de 2005.

Para o efeito, concluiu a sua petição de recurso e nela peticionou nos seguintes termos:

<<[...]

- I. A decisão recorrida reporta-se ao despacho do Exmo. Senhor Secretário para a Economia e Finanças de Macau, exarado a 3 de Maio de 2006, na informação n.º 04344/DTNR/DE/06 de 7 de Abril, o qual indeferiu o “...*pedido de autorização para a importação de 1 (um) trabalhador não-residente...*”.
- II. O Estabelecimento de Comidas “A” é uma empresa comercial explorada pela Sociedade de Exploração Hoteleira A, Limitada que já ganhou um nome e criou a expectativa de satisfação na boa qualidade de serviço que tem prestado aos clientes na Região Administrativa Especial de Macau.
- III. Essencialmente, trata-se de um estabelecimento de comidas especializado na “*nouvelle cuisine*” francesa, cuja concepção e confecção é especialmente, confiada a um *chef* de origem francesa.
- IV. Os novos empreendimentos e unidades hoteleiras e de restauração desta Região têm manifestado a sua dificuldade em contratar mão-de-obra local especializada para o sector a que respeitam.
- V. A entidade Recorrida alega que a **Recorrente** não tem nenhum trabalhador local a trabalhar consigo, não sendo porém isso verdade, dado que Sr. B, empregado da empresa, é titular de

Bilhete de Identidade de Residente de Macau.

- VI. A **Recorrente** tentou, na pessoa dos seus administradores, e através de inúmeros contactos encetados com os seus parceiros comerciais e outros, encontrar um trabalhador local com as qualificações necessárias para o cabal desempenho dessas funções, pois o processo de contratação local é sempre mais vantajoso, nomeadamente, pela sua celeridade.
- VII. Num estabelecimento de comida com a qualidade do “A”, a inexistência de empregados com estas qualificações específicas põe em causa a qualidade da actividade e, em última análise, pode pôr mesmo em causa a continuação do seu funcionamento.
- VIII. No caso concreto do trabalhador C, o mesmo foi escolhido para dar assistência e cumprir com as escrupulosas instruções dos *chefs* franceses, porque possui conhecimentos quanto aos métodos culinários, ingredientes específicos e outras técnicas de confecção, os quais dada a sua complexidade são difíceis de ser transmitidas por formação *in loco* e *ab initio* pelos *chefs*.
- IX. A importação de mão-de-obra especializada encontra-se regulada pelos Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro e Despacho n.º 49/GM/88 de 16 de Maio, doravante referida lei em sentido lato.
- X. Uma leitura atenta dos despachos supra referidos permite-nos concluir que no espírito das suas normas consta como principal ratio o desenvolvimento da vida social e económica de Macau,

desencadeada num ambiente de paz social e de progresso, para que, atentas as condições do mercado local, a Administração Pública tome as decisões mais adequadas e proporcionais quanto à autorização de mão de obra não residente.

- XI. A prossecução do interesse público não fica prejudicada se, para determinado cargo específico, onde se exige uma especialização, ou uma certa qualificação, não disponível no mercado de trabalho local, a Administração Pública autorize a importação de trabalhadores não residentes.
- XII. O despacho ora recorrido, que indeferiu o pedido da Recorrente por considerar que esta não fez o seu melhor possível em dar preferência na contratação de trabalhadores residentes, não demonstrou essa intenção e não contratou nenhum trabalhador residente.
- XIII. É verdade que a lei em sentido lato - Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro e do Despacho n.º. 49/GM/88, de 16 de Maio - aplicável ao caso em apreço, confere à entidade Recorrida um poder discricionário na autorização da importação de trabalhadores não residentes.
- XIV. No entanto, a discricionariedade da decisão de autorização foi intencionalmente limitada na medida em que se exige a emissão dos pareceres prévios do Gabinete para os Assuntos de Trabalho e da Direcção dos Serviços de Economia.

- XV. Tal exigência legal justifica-se desde logo pelo princípio da especialidade e do conhecimento funcional das respectivas entidades quanto à realidade socioeconómica que deve ser atendida no momento decisório.
- XVI. Preterir-se deliberadamente à obtenção dos pareceres que o legislador (o único com legitimidade normogénica) entendeu serem necessários, traduz-se numa clara afronta directa ao princípio da legalidade consagrado, desde logo no artigo 3º do Código do Procedimento Administrativo.
- XVII. A Lei só permite a preterição de uma formalidade nos casos de “estado de necessidade” e, cumulativamente se não houvesse outro modo de obter o mesmo resultado.
- XVIII. Tal facto não se verificou nos presentes autos.
- XIX. Contudo, salvo o devido respeito, nos presentes autos, a Administração Pública, por desleixo, incúria ou mero lapso, preteriu duas formalidades essenciais que deveriam ser praticadas antes da emissão de qualquer parecer.
- XX. Isto porque a entidade Recorrida não cumpriu as formalidades que lhe são impostas pelos arts. 4º a 6º do Despacho nº 12/GM/88, de 1 de Fevereiro e alínea c) do nº 2 do Despacho nº. 49/GM/88, de 16 de Maio, atinentes aos pareceres do Gabinete para os Assuntos de Trabalho e da Direcção dos Serviços de Economia, limitando-se verter pelas suas conclusões sem demonstrar em que se baseou.

- XXI. Emitir uma decisão de “livre alvedrio” sem a obtenção dos referidos pareceres é, antes de mais uma decisão arbitrária e cega aos olhos do legislador e traduz-se numa deplorável ofensa aos princípios que enformam o próprio Procedimento Administrativo.
- XXII. Cabe aos Tribunais a reposição da legalidade.
- XXIII. Uma vez mais, no seguimento que já se disse supra sobre a não obtenção dos referidos pareceres, o acto recorrido incorre ainda no vício de ilegalidade por inexistência dos pressupostos de facto que conduziram à sua emissão de uma decisão oposta àquela que deveria ser proferida se se cumprisse a Lei.
- XXIV. Diz-se no despacho em crise que a **Recorrente** “Não contratou nenhum trabalhador residente.” (sublinhado nosso), quando conforme foi provado à entidade Recorrida e se prova, esse facto não corresponde à realidade.
- XXV. A Recorrente fez prova da contratação de Residentes no referido estabelecimento comercial o que, dada a dimensão do mesmo, é prova suficiente da vontade da Recorrente em dar prioridade à contratação de mão de obra local.
- XXVI. Esses documentos constam dos autos e são sindicáveis pelo Tribunal.
- XXVII. Tem sido do entendimento dos doutos Tribunais de Macau que o vício por “erro nos pressupostos de facto” verifica-se quando a decisão proferida erra por assentar em factos que não

correspondem à verdade.

XXVIII. Na eventualidade remota de se concluir pela não verificação do vício de violação de lei determinante da anulabilidade do acto recorrido – o que não se concede e só por mera cautela de patrocínio se invoca – sempre se dirá que o acto recorrido padece do vicio de forma de falta de fundamentação.

XXIX. O acto recorrido não só remeteu para o acto hierarquicamente impugnado que não tinha tomado uma decisão judiciousa firme, como também afirmou inequivocamente que “[n]ão há aqui lugar, pelo menos nesta sede, à introdução de quaisquer outros elementos subjectivos, como os que são invocados pelo recorrente, independentemente da sua verdade”, quando, no fundo sobre a mesma impende o dever de investigar para descoberta da verdade de todos os alegados factos no recurso hierárquico.[...]»

XXX. Ora, mesmo que se vá de candeia e lupa à procura no despacho, não encontra a Recorrente quaisquer razões que, de forma racional conduzam à decisão proferida.

XXXI. Razão pela qual, a Recorrente somente poderá concluir pela falta de enunciação de factos que deram origem ao despacho recorrido, sendo que as menções constantes das alíneas d) e e) do art. 113º do Código de Procedimento Administrativo (CPA), são obrigatórias nos termos do mesmo artigo, pelo que só se pode concluir pelo vício de forma por falta de fundamentação do despacho recorrido

XXXII. O regime jurídico geral da fundamentação dos actos administrativos consta actualmente dos arts.113º a 115º do C.P.A. e do nº 2 do art. 21º do Código do Procedimento Contencioso Administrativo (doravante C.P.A.C.), sendo certo que o desrespeito pelos requisitos legalmente prescritos para a fundamentação dos actos administrativos resulta a sua invalidade.

XXXIII. A fundamentação deve proporcionar ao administrado (destinatário normal) a reconstituição do denominado iter cognoscitivo e valorativo do autor do acto para que aquele fique a conhecer o motivo por que se decidiu naquele sentido; para que conscientemente ou o aceite ou o impugne, ao mesmo tempo que se deseja que aquele decida com ponderação o que, em princípio se conseguirá com a externalização dos respectivos fundamentos, prática que, normalmente, conduz à sua reflexão.

XXXIV. A Recorrente tem o direito de conhecer a respectiva fundamentação, para os fins legalmente previstos, sendo necessária uma exposição dos fundamentos de facto e de direito que se apresente clara, congruente e suficiente, mesmo que sucinta, e que esclareça concretamente a motivação da decisão, o que não se verifica no acto impugnado, que não alude quer a quaisquer factos concretos, quer aos preceitos legais que se entendam ser aplicáveis, ficando-se sem se conhecer em concreto os postulados, a valoração e o porquê da Decisão.

XXXV. Face ao regime jurídico da fundamentação dos actos

administrativos e da análise do despacho ora recorrido, quanto ao que nele se encontra expresso como fundamentação entende a Recorrente, com o respeito que é sempre devido, que a mesma não obedece minimamente, aos requisitos que a lei prescreve (cfr. arts. 113º a 115º do C.P.A. e arts. 36º e 40º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau).

XXXVI. Diga-se que nem a referência a qualquer preceito legal concreto é feita - com o que o Despacho recorrido é, inequivocamente ilegal.

XXXVII. Ao não fundamentar, quer de facto, quer de Direito, a Decisão ora impugnada, viola, ainda um Direito Fundamental da Recorrente, qual seja o de contraditar, i.e., o Princípio do Contraditório, com consagração a nível constitucional, decorrente da Lei Básica da R.A.E.M. -arts. 36º e 40º - com o que padece de nulidade -cfr. art.122º, nº 2, alínea d), do C.P.A..

Nestes termos [...],

- deverá o acto administrativo acima melhor identificado, ser considerado nulo nos termos e para os efeitos do n.º 1 do art. 122º e do art. 123º, ambos do CPA, por violação da lei;

Ou

- deverá o acto administrativo acima melhor identificado, ser anulavel nos termos e para os efeitos do art. 124º, por falta de fundamentação.

[...]>> (cfr. o teor de fls. 19 a 26 dos presentes autos correspondentes, e *sic*).

Citada, o Senhor Secretário para a Economia e Finanças da RAEM, ora entidade recorrida, ofereceu contestação, pugnando pelo improvimento do recurso, nos seguintes termos nela concluídos:

<<[...]

1. A decisão recorrida reporta-se ao Despacho do Exmo. Senhor Secretário para a Economia e Finanças, exarado em 03 de Maio de 2006, através do qual foi mantida a decisão de indeferimento do pedido para a contratação, por substituição, de um trabalhador não-residente, deduzido ao abrigo do Despacho n.º 49/GM/88, de 16 de Maio, para desempenhar funções de Auxiliar de Cozinheiro, no **Estabelecimento de Comidas A**.
2. Do conteúdo do Despacho consegue determinar-se com clareza, que as razões que motivaram o indeferimento foi a defesa dos direitos e dos postos de trabalho dos trabalhadores residentes.
3. A decisão recorrida não assentou em pressupostos errados, porquanto limitou-se a constatar uma evidência - a ausência de esforços e preferência na contratação de trabalhadores residentes, para as funções pretendidas.
4. O procedimento administrativo subjacente ao pedido não preteriu qualquer formalidade legal tida como necessária, conforme acima demonstrado.
5. Face ao que precede, o Despacho recorrido não enferma das ilegalidades

que lhe são assacadas, pelo que,

**NESTES TERMOS E NOS MELHORES DE DIREITO,
DEVERÁ [...] SER NEGADO PROVIMENTO AO PRESENTE
RECURSO, CONFIRMANDO-SE O ACTO RECORRIDO.**

[...]>> (cfr. o teor de fls. 106 a 107 dos autos, *sic*).

Notificadas posteriormente nos termos e para os efeitos dos art.ºs 63.º e 68.º do Código de Processo Administrativo Contencioso (CPAC), ambas as partes produziram alegações facultativas.

Concluiu o recorrente as suas alegações de moldes seguintes, reiterando assim a sua posição já assumida na petição:

<<[...]

- I. A decisão recorrida reporta-se ao despacho do Exmo. Senhor Secretário para a Economia e Finanças de Macau, exarado a 3 de Maio de 2006, na informação n.º 04344/DTNR/DE/06 de 7 de Abril, o qual indeferiu o “...*pedido de autorização para a importação de 1 (um) trabalhador não-residente...*”.
- II. O Estabelecimento de Comidas “A” é uma empresa comercial explorada pela Sociedade de Exploração Hoteleira A, Limitada, que já ganhou um nome e criou a expectativa de satisfação na boa qualidade de serviço que tem prestado aos clientes na Região Administrativa Especial de Macau.

- III. Essencialmente, trata-se de um estabelecimento de comidas especializado na “*nouvelle cuisine*” francesa, cuja concepção e confecção é especialmente, confiada a um *chef* de origem francesa.
- IV. A **Recorrida** alega que a **Recorrente** não fundamentou o seu pedido dizendo que a Recorrente “...*não fundamentou o pedido, limitando-se a enunciar uma conclusão: a da imprescindibilidade da importação, por substituição, de um trabalhador, mas sem elencar quaisquer factos ou fundamentos, como a lei o reclama, para escorar o seu pedido.*”
- V. A alínea a.1) do n.º 2 do Despacho n.º 49/GM/88 invocada pela **Recorrida** não elenca quais os factos ou fundamentos nos quais a **Recorrente** se deveria basear, “*para escorar o seu pedido.*”, pelo que a imprescindibilidade invocada por si só fundamenta a referida contratação por importação de trabalhador não residente.
- VI. O dispositivo legal pela **Recorrida** invocado, nada diz quanto aos requisitos ou forma da fundamentação de um pedido de importação de mão-de-obra especializada.
- VII. A **Recorrente**, em Agosto de 2004 requereu e foi-lhe concedida a autorização para importação de 7 (sete) trabalhadores não-residentes, dos quais 2 (dois) destinavam-se a desempenhar funções de ajudante de cozinheiro.
- VIII. À **Recorrente** foram concedidas 2 (duas) autorizações para importação de trabalhadores não-residentes para desempenhar

funções de ajudante de cozinheiro (as autorizações necessárias para criar as condições imprescindíveis ao arranque da actividade) e, a **Recorrente** mantém um dos trabalhadores não-residentes a desempenhar essas mesmas funções.

- IX. A **Recorrente** pediu uma autorização para **importação por substituição de um outro anterior trabalhador** o que significa que continua a precisar no seu estabelecimento do mesmo número de trabalhadores qualificados para auxiliar de cozinha, isto é 2 (dois).
- X. O Despacho recorrido não cumpre o que é legalmente previsto no Despacho n.º 49/GM/88, nomeadamente no seu n.º 2 b) – *“a contratação desses trabalhadores está sujeita à tramitação prevista no Despacho n.º 12/GM/88, com as especialidades:...o requerimento será instruído com o parecer do Gabinete dos Assuntos do Trabalho que contemplará essencialmente o seguinte:”* - violando por omissão essas disposições, em virtude de não ser acompanhado pelos pareceres que constituem elementos essenciais do mesmo.
- XI. Inexistem dispositivos legais que especifiquem os requisitos de fixação de critérios, para a escolha dos trabalhadores que poderão ocupar um determinado cargo numa determinada empresa, sendo estes da competência da entidade empregadora.
- XII. O caso em apreço não consubstancia um problema de divulgação de oferta de emprego, mas sim, de inexistência de formação

especializada dos trabalhadores.

- XIII. Os novos empreendimentos e unidades hoteleiras e de restauração desta Região têm manifestado a sua dificuldade em contratar mão-de-obra local especializada para o sector a que respeitam.
- XIV. A entidade **Recorrida** alega que a **Recorrente** não tem nenhum trabalhador local a trabalhar no estabelecimento, não sendo porém isso verdade, dado que Sr. **B**, empregado da empresa, é titular de Bilhete de Identidade de Residente de Macau.
- XV. A **Recorrente** tentou, na pessoa dos seus administradores, e através de inúmeros contactos encetados com os seus parceiros comerciais e outros, encontrar um trabalhador local com as qualificações necessárias para o cabal desempenho dessas funções, pois o processo de contratação local é sempre mais vantajoso, nomeadamente, pela sua celeridade.
- XVI. Num estabelecimento de comida como o do “A”, a inexistência de empregados com estas qualificações específicas põe em causa a qualidade da actividade e, em última análise, pode pôr mesmo em causa a continuação do seu funcionamento.
- XVII. O trabalhador **C** foi seleccionado para dar assistência e cumprir com as escrupulosas instruções dos *chefs* franceses, por possuir conhecimentos quanto aos métodos culinários, ingredientes específicos e outras técnicas de confecção, os quais, dada a sua complexidade, são difíceis de ser transmitidos por formação *in loco*

e ab initio pelos *chefs*.

- XVIII. A importação de mão-de-obra especializada encontra-se regulada pelos Despacho n° 12/GM/88, de 1 de Fevereiro e Despacho n° 49/GM/88 de 16 de Maio, doravante referida Lei em sentido lato.
- XIX. Uma leitura atenta da Lei em sentido lato permite-nos concluir que no espírito das suas normas consta como principal *ratio* o desenvolvimento da vida social e económica de Macau, desencadeada num ambiente de paz social e de progresso, para que, atentas as condições do mercado local, a Administração Pública tome as decisões mais adequadas e proporcionais quanto à autorização de mão de obra não residente.
- XX. A prossecução do interesse público não fica prejudicada se, para determinado cargo específico, onde se exige uma especialização, ou uma certa qualificação, não disponível no mercado de trabalho local, a Administração Pública autorize a importação de trabalhadores não residentes.
- XXI. O despacho ora recorrido indeferiu o pedido da **Recorrente** unicamente por considerar que esta “*não fez o seu melhor possível em dar preferência na contratação de trabalhadores residentes, nem demonstrou essa intenção*” e “*não contratou nenhum trabalhador residente*”.
- XXII. É verdade que a Lei em sentido lato aplicável ao caso em apreço, confere à entidade **Recorrida** um poder discricionário na

autorização da importação de trabalhadores não residentes.

- XXIII. A discricionarietà da decisão de autorização foi intencionalmente limitada na medida em que se exige a emissão dos pareceres prévios do Gabinete para os Assuntos de Trabalho e da Direcção dos Serviços de Economia.
- XXIV. Tal exigência legal justifica-se desde logo pelo princípio da especialidade e do conhecimento funcional das respectivas entidades quanto à realidade sócioeconómica que deve ser atendida no momento decisório.
- XXV. Preterir deliberadamente a obtenção dos pareceres que o legislador (o único com legitimidade normogenética) entendeu serem necessários, traduz-se numa clara e directa afronta ao princípio da legalidade consagrado, desde logo no artigo 3º do Código do Procedimento Administrativo.
- XXVI. A Lei só permite a preterição de uma formalidade nos casos de “estado de necessidade” e, cumulativamente se não houvesse outro modo de obter o mesmo resultado.
- XXVII. Tal facto não se verificou nos presentes autos.
- XXVIII. Salvo o devido respeito, e que é muito, nos presentes autos, a Administração Pública, por mero lapso com certeza, preteriu duas formalidades essenciais que deveriam ser praticadas antes da emissão de qualquer parecer.
- XXIX. Isto porque a entidade **Recorrida** não cumpriu as formalidades que

lhes são impostas pelos arts. 4º a 6º do Despacho nº 12/GM/88, de 1 de Fevereiro e alínea c) do nº 2 do Despacho nº. 49/GM/88, de 16 de Maio, atinentes aos pareceres do Gabinete para os Assuntos de Trabalho e da Direcção dos Serviços de Economia, limitando-se a verter pelas suas conclusões sem demonstrar em que se baseou.

XXX. Emitir uma decisão de “livre alvedrio” sem a obtenção dos referidos pareceres é, antes de mais uma decisão arbitrária e cega aos olhos do legislador e traduz-se numa deplorável ofensa aos princípios que enformam o próprio Procedimento Administrativo.

XXXI. Cabe aos Tribunais a reposição da legalidade.

XXXII. Uma vez mais, no seguimento que já se disse supra sobre a não obtenção dos referidos pareceres, o acto recorrido incorre ainda no vício de ilegalidade por inexistência dos pressupostos de facto que conduziram à sua emissão de uma decisão oposta àquela que deveria ser proferida se se cumprisse a Lei.

XXXIII. Diz-se no despacho em crise que a **Recorrente** “Não contratou nenhum trabalhador residente.” (sublinhado nosso), quando, conforme foi provado à entidade **Recorrida** e ora se prova, esse facto não corresponde à realidade.

XXXIV. A prova da contratação de Residentes no referido estabelecimento comercial, e dada a dimensão do mesmo, demonstra a vontade da **Recorrente** em dar prioridade à contratação de mão de obra local.

XXXV. Esses documentos constam dos autos e são sindicáveis pelo

Tribunal.

- XXXVI. Tem sido do entendimento dos doutos Tribunais de Macau que o vício por “erro nos pressupostos de facto” verifica-se quando a decisão proferida erra por assentar em factos que não correspondem à verdade.
- XXXVII. Na eventualidade remota de se concluir pela não verificação do vício de violação de lei determinante da anulabilidade do acto recorrido – o que não se concede e só por mera cautela de patrocínio se invoca – sempre se dirá que o acto recorrido padece do vício de forma de falta de fundamentação.
- XXXVIII. O acto recorrido não só remeteu para o acto hierarquicamente impugnado que não tinha tomado uma decisão judiciousa firme, como também afirmou inequivocamente que “[n]ão há aqui lugar, pelo menos nesta sede, à introdução de quaisquer outros elementos subjectivos, como os que são invocados pelo recorrente, independentemente da sua verdade”, quando, no fundo sobre a mesma impende o dever de investigar para descoberta da verdade de todos os alegados factos no recurso hierárquico. [...]»
- XXXIX. Mesmo que se vá de candeia e lupa à procura no despacho, não encontra a **Recorrente** quaisquer razões que, de forma racional conduzam à decisão proferida.
- XL. Razão pela qual, a **Recorrente** somente poderá concluir pela falta de enunciação de factos que deram origem ao despacho recorrido,

sendo que as menções constantes das alíneas d) e e) do art. 113º do Código de Procedimento Administrativo (CPA), são obrigatórias nos termos do mesmo artigo, pelo que só se pode concluir pelo vício de forma por falta de fundamentação do despacho recorrido

XLII. O regime jurídico geral da fundamentação dos actos administrativos consta actualmente dos arts.113º a 115º do C.P.A. e do nº 2 do art. 21º do Código do Procedimento Contencioso Administrativo (doravante C.P.A.C.), sendo certo que o desrespeito pelos requisitos legalmente prescritos para a fundamentação dos actos administrativos resulta a sua invalidade.

XLIII. A fundamentação deve proporcionar ao administrado (destinatário normal) a reconstituição do denominado iter cognoscitivo e valorativo do autor do acto para que aquele fique a conhecer o motivo por que se decidiu naquele sentido; para que conscientemente ou o aceite ou o impugne, ao mesmo tempo que se deseja que aquele decida com ponderação o que, em princípio se conseguirá com a externalização dos respectivos fundamentos, prática que, normalmente, conduz à sua reflexão.

XLIV. A **Recorrente** tem o direito de conhecer a respectiva fundamentação, para os fins legalmente previstos, sendo necessária uma exposição dos fundamentos de facto e de direito que se apresente clara, congruente e suficiente, mesmo que sucinta, e que esclareça concretamente a motivação da decisão, o que não se verifica no acto impugnado, que não alude quer a quaisquer factos

concretos, quer aos preceitos legais que se entendam ser aplicáveis, ficando-se sem se conhecer em concreto os postulados, a valoração e o porquê da Decisão.

XLIV. Face ao regime jurídico da fundamentação dos actos administrativos e da análise do despacho ora recorrido, quanto ao que nele se encontra expresso como fundamentação entende a **Recorrente**, com o respeito que é sempre devido, que a mesma não obedece minimamente, aos requisitos que a lei prescreve (cfr. arts. 113º a 115º do C.P.A. e arts. 36º e 40º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau).

XLV. Diga-se que nem a referência a qualquer preceito legal concreto é feita - com o que o Despacho recorrido é, inequivocamente ilegal.

XLVI. Ao não fundamentar, quer de facto, quer de Direito, a Decisão ora impugnada, viola, ainda um Direito Fundamental da **Recorrente**, qual seja o de contraditar, i.e., o Princípio do Contraditório, com consagração a nível constitucional, decorrente da Lei Básica da R.A.E.M. - arts. 36º e 40º - com o que padece de nulidade -cfr. art.122º, nº 2, alínea d), do C.P.A..

[...]>> (cfr. o teor de fls. 128 a 135 dos autos, e *sic*).

Enquanto a entidade recorrida também reafirmou o seu entendimento das coisas, por razões constantes das suas alegações, e assim concluídas:

<<[...]

A) O acto recorrido reporta-se ao Despacho do Exmo. Senhor Secretário para a Economia e Finanças, exarado em 03 de Maio, através do qual foi mantida a decisão de indeferimento do pedido para a contratação, por substituição, de um trabalhador não residente, deduzido ao abrigo do Despacho n.º 49/GM/88, de 16 de Maio, para desempenhar funções de Auxiliar de Cozinheiro, no **Estabelecimento de Comidas A**, atendendo ao facto da Recorrente não ter feito “o seu melhor possível em dar preferência na contratação de trabalhadores residentes, nem demonstrou essa intenção”, bem como pelo facto de “Não ter contratado nenhum trabalhador residente”.

B) A decisão recorrida não preteriu qualquer formalidade legal necessária, porquanto o Gabinete para os Assuntos do Trabalho referido no Despacho n.º 12/GM/88 e 49/GM/88, de 1 de Fevereiro e 16 de Maio, respectivamente, é a actual Direcção dos Serviços para os Assuntos Laborais, entidade que informou e deu parecer no pedido apresentado pela Recorrente, sendo que, o parecer da Direcção dos Serviços de Economia não é essencial, conforme expressamente estabelece o n.º 2, al. c) do Despacho n.º 49/GM/88, de 16 de Maio.

C) A Decisão recorrida não padece do vício de violação de lei “por erro nos pressupostos de facto” dado que assentou em factos verdadeiros e que correspondiam à verdade. Conforme acima demonstrado, o trabalhador não-residente – Sr. **B**, já existia no momento da apreciação e decisão do pedido de contratação que agora se discute, sendo certo também, que à data, existia um total de 104 candidatos inscritos na Bolsa de Emprego para o exercício das funções pretendidas.

D) O despacho recorrido, embora de forma sucinta, esclarece em termos claros e

precisos qual o raciocínio lógico que lhe presidiu, permitindo, assim, a reconstituição do denominado iter cognoscitivo e valorativo que levou à decisão de indeferimento do pedido de contratação do trabalhador não-residente, que se prenderam com razões de ordem social e protecção dos direitos e interesses dos trabalhadores residentes.

E) À recorrente nunca subsistiram dúvidas, tendo esta ficado esclarecida do processo cognoscitivo e valorativo e qual a motivação que conduziram à decisão, conforme resulta do conteúdo da petição e das alegações apresentadas., tendo, por isso, de se concluir que a fundamentação apresentada foi expressa, clara, suficiente e congruente, conformando-se, deste modo, com o regime jurídico da fundamentação dos actos administrativos constante dos arts. 113º a 115º do Código do Procedimento Administrativo.

Face ao que precede, o Despacho recorrido não enferma das ilegalidades que lhe são assacadas [...]>> (cfr. o teor de fls. 142 a 143 dos autos, e *sic*).

Oportunamente, o Digno Magistrado do Ministério Público junto desta Instância emitiu o seguinte douto parecer final, no sentido de improcedência do recurso:

<<Vem o Estabelecimento de Comidas “A”, impugnar o despacho do Secretário para a Economia e Finanças de 3/5/06, que, em sede de recurso hierárquico, manteve decisão de indeferimento de pedido para contratação, por substituição, de um trabalhador não residente, deduzido ao abrigo do Despacho 49/GM/88 de 16/5, para desempenhar as funções de auxiliar de cozinheiro naquele estabelecimento, assacando-lhe vícios de

- preterição de formalidades essenciais, por a decisão em questão ter sido tomada sem a prévia obtenção dos pareceres legalmente exigíveis, por parte do Gabinete para os Assuntos de Trabalho e da Direcção dos Serviços de Economia;
- violação de lei, por erro nos pressupostos de facto, por entender ter empreendido os esforços exigíveis para contratação de residente, o que não terá sido possível e
- falta de fundamentação, por a decisão não esclarecer a sua motivação, sem referência, além do mais, a qualquer preceito legal concreto.

Não cremos que assista ao recorrente qualquer razão.

A “*sucessora*” da entidade referida nos Despachos 12/GM/88 de 1/2 e 49/GM/88 de 16/5 – Gabinete para os Assuntos do Trabalho – é, no presente momento, a Direcção dos Serviços para os Assuntos Laborais, a qual, de facto, informou e deu parecer no procedimento em questão.

Ao que acresce, relativamente ao parecer da Direcção dos Serviços de Economia, estabelecer expressamente a al c) do n.º 2 do último Despacho citado, não ser o mesmo essencial, podendo, em contrapartida, ser solicitados pareceres a outras entidades.

Donde, nenhum reparo, a este nível.

Por outro lado, na apreciação do requerimento do 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.

Encontramo-nos, pois, face a acto produzido no exercício de poderes discricionários que, constituindo embora uma peculiar maneira de aplicar as normas jurídicas se encontram, todavia, sempre vinculados a regras de competência, ao fim do poder concedido, a alguns princípios jurídicos como a igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade, a regras processuais e ao dever de fundamentação, não existindo, como é óbvio, qualquer excepção ao princípio da legalidade, mesmo na vertente da reserva de lei.

E, como é evidente, o erro sobre os pressupostos de facto subjacentes à decisão, releva também no exercício de poderes discricionários, pois que a livre apreciação pretendida pelo legislador ao conceder aqueles poderes falseia-se se os factos em que assenta a decisão não forem correctos.

Daí que se entenda que constitui sempre um momento vinculado do acto discricionário a constatação dos factos realmente ocorridos : os factos que sirvam de motivo de um acto administrativo discricionário devem ser sempre verdadeiros.

Só que, **não se vê que no caso vertente o não sejam** : é pública e notòriamente conhecida a actual situação de desemprego na Região, encontrando-se inscritos nas Bolsas de Emprego milhares de residentes da RAEM, não se vendo que para as funções pretendidas, dentro do sector de ajudantes de cozinheiro, não existam trabalhadores locais habilitados para o efeito.

Neste contexto, as asserções essenciais do acto, no sentido de que o requerente *“Não fez o seu melhor possível em dar preferência na contratação de trabalhadores residentes, nem demonstrou essa intenção”* e que *“Não contratou nenhum trabalhador residente”*, apresentam-se como verosímeis e, de todo o modo, não válidamente infirmadas por quem quer que seja.

Na verdade, relativamente à última afirmação, parece inexistir qualquer dúvida quanto à respectiva veracidade, não se vendo, aliás, que o próprio recorrente a conteste - é verdade que aquele não contratou qualquer residente.

Quanto ao restante, o que se constata é que, por uma banda, o recorrente se limitou a arguir ter tentado tal opção (eventual contratação de residente) junto dos seus administradores e dos seus contactos, o que, convenhamos, além de falta de prova nesse sentido, sempre se apresentaria, mesmo a ser verdade, como diligência de pouca monta, assim como que *“falar para o próprio umbigo”*, sendo que, por outra, alegar pura e simplesmente, que *“a publicidade feita através de imprensa e de outros meios não tem resolvido a questão das unidades hoteleiras e de restauração, e isto porque não existem em número suficiente trabalhadores locais especializados para as áreas pretendidas”* sem que se demonstre, minimamente, ter o próprio efectuado tais tentativas, a mais não corresponde que a puro exercício retórico.

A que acresce, por último, que o parco *“esforço”*, que se descortina por parte do recorrente nesta matéria se limitou a um único anúncio colocado na Bolsa de Emprego, onde, além das competência técnica inerente, se exigia para o cargo de ajudante de cozinheiro que falasse várias línguas, exigência que, para além de mal se compreender para o desempenho exigido, revela, de facto, muito pouco empenho em alcançar contratação de residente.

Afigura-se-nos, assim, que, do acervo probatório carreado para o procedimento e próprios autos resulta como comprovado, demonstrado e correspondente com a realidade que o recorrente não contratou nenhum trabalhador residente, não demonstrou intenção de dar preferência na contratação de trabalhador residente,

não fazendo o melhor possível nesse sentido.

Donde, poder concluir-se corresponderem à realidade os pressupostos subjacentes à decisão.

De resto, como é evidente, o fim que a lei visou ao conferir à entidade recorrida o poder de autorizar a contratação de trabalhadores não residentes não coincide, necessariamente, com os fins especificamente visados pelas entidades privadas que procuram o deferimento de tal pretensão: só reflexamente (uma vez que interessa também à Administração um efectivo e salutar desenvolvimento das actividades levadas a cabo na Região) e dependendo do interesse comum e colectivo é que tais interesses privados poderão ser contemplados.

Ora, do conteúdo do acto em crise consegue descortinar-se, com clareza, que o que essencialmente motivou o indeferimento questionado foi a defesa de postos de trabalho para os residentes da RAEM, numa altura em que a situação do mercado de trabalho se apresenta desfavorável, sendo certo que existem trabalhadores locais disponíveis e aptos para o desempenho das funções pretendidas, afigurando-se, pois, a decisão como adequada, já que deve ser apanágio dos órgãos de Estado responsáveis a defesa dos postos de trabalho dos respectivos cidadãos nacionais, só autorizando a contratação de mão de obra não residente no caso de insuficiência ou incapacidade daqueles

No que tange ao vício de forma, desta feita por falta de fundamentação, não existe qualquer dúvida que o ordenamento jurídico vigente (cfr, designadamente, art.114º, CPA) impõe à Administração o dever de fundamentar, de facto e de direito, as decisões que afectem os direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados, visando-se, claramente, o perfeito esclarecimento destes, em ordem

a permitir-lhes a aceitação ou impugnação do acto, devendo, por tal motivo, a fundamentação ser **expressa, clara, suficiente e congruente**.

Encontramo-nos, pois, de acordo com os contornos, com o conceito de “*fundamentação*” expresso pela recorrente. Na verdade, desde que o acto permita ao seu destinatário, tomando como referência o destinatário concreto, cidadão diligente e cumpridor da lei, a reconstituição do itinerário cognoscitivo e valorativo percorrido pela entidade que decide, encontrar-se-à o mesmo devidamente fundamentado.

O que, a nosso ver, sucede no presente caso.

Na verdade, ao não autorizar o pedido de contratação, por substituição de um trabalhador não residente, com a motivação que já se transcreveu e nos condicionalismos que também se expressaram, verifica-se que a fundamentação externada detém os requisitos anteriormente propugnados, ficando um destinatário médio em condições de saber dos motivos e juízos de valor que sustentaram a decisão do indeferimento, o que, aliás, sucedeu com o recorrente, a avaliar pelo conteúdo da petição respectiva, não se podendo sustentar que tal motivação é incongruente: a conclusão lógica a retirar dos motivos invocados não poderia ser outra senão o indeferimento registado.

Motivo por que, não se vislumbrando a ocorrência de qualquer dos vícios assacados ao acto, ou de qualquer outro de que cumpra conhecer, somos a pugnar pelo não provimento do presente recurso.>> (cfr. o teor de fls. 145 a 151 dos autos, e *sic*).

Corridos em seguida os vistos legais, é de decidir do recurso contencioso *sub judice*.

II – DOS FACTOS

Para este propósito, é de dar por assente a seguinte matéria de facto, através do exame crítico e global de todos os elementos probatórios constantes dos autos e do processo administrativo instrutor:

– em 14 de Novembro de 2005, o Estabelecimento de Comidas “A”, que serve pratos à Francesa, e possuído pela Sociedade de Exportação Hoteleira A, Limitada, pediu, ao abrigo do Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, e do Despacho n.º 49/GM/88, de 16 de Maio, a substituição de um trabalhador não residente seu, chamado Butch Bautista Llabres, por um outro também não residente de Macau, chamado C, para funções de auxiliar de cozinha, pelo salário mensal de quatro mil e quinhentas patacas (cfr. o processado de fls. 13 a 43 do processo administrativo ora apensado), alegando que a substituição em causa era imprescindível para o bom funcionamento do próprio Estabelecimento de Comidas, tendo inclusivamente declarado, no formulário do mesmo pedido (a fls. 13 a 13v desse processo), que tinha um total de 5 trabalhadores ao seu serviço, todos trabalhadores não residentes, sem ter, porém, apresentado nenhuma documentação alusiva à tentativa de contratação de mão-de-obra local;

– pretensão essa que foi indeferida em 22 de Fevereiro de 2006 pelo

Senhor Director dos Serviços para os Assuntos Laborais (com simultânea determinação de cancelamento da autorização de contratação do trabalhador não residente que o requerente pretendia ver substituído), por seu despacho n.º 01718/IMO/DSAL/2006, exarado com base no disposto do Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, com fundamentos de que o Estabelecimento de Comidas requerente não teve sinceridade nem empreendeu esforços na contratação preferencial de mão-de-obra local, e de que o mesmo não contratou qualquer trabalhador local (cfr. o teor do mesmo despacho, a fl. 3 do processo administrativo), e depois de emitida, para sua apreciação, a informação n.º 01640/DTNR/DE/06, de 9 de Fevereiro de 2006, de autoria de uma técnica superior da mesma Direcção de Serviços, e secundada conjuntamente em 20 de Fevereiro de 2006 pelos Chefes do Departamento de Emprego e da Divisão de Trabalhadores Não-Residentes do mesmo Serviço, no sentido desfavorável ao deferimento do dito pedido;

– inconformado, o mesmo requerente interpôs recurso hierárquico necessário dessa decisão para o Senhor Secretário para a Economia e Finanças, o qual acabou, em 3 de Maio de 2006, por negar provimento ao mesmo, mantendo, pois, aquela decisão, por concordar com a informação n.º 04344/DTNR/DE/06, de 7 de Abril, então elaborada pela mesma Direcção de Serviços à sua apreciação, no sentido proposto de indeferimento do mesmo recurso, por se considerar que o requerente: 1) não fez o seu melhor possível em dar preferência na contratação de trabalhadores residentes, nem demonstrou essa intenção; e 2) não contratou nenhum trabalhador residente;

– é, pois, dessa última decisão que o mesmo requerente veio recorrer contenciosamente para este Tribunal de Segunda Instância;

– na altura do acima referido pedido de substituição de trabalhador não residente, encontravam-se, inscritas na Bolsa de Emprego da Direcção dos Serviços para os Assuntos Laborais, 24 pessoas locais a quererem trabalhar em cozinha à Ocidental, com salários pretendidos em média superiores a cinco mil e setecentas patacas, e 80 locais a desejarem trabalhar como cozinheiro em geral, com salários esperados em média superiores a quatro mil e oitocentas patacas;

– a Sociedade de Exploração Hoteleira “A” tem trabalhadores locais ao seu serviço.

III – DO DIREITO

São seguintes as questões material e concretamente levantadas pelo Estabelecimento de Comidas requerente no presente recurso:

- 1.^a) Da pugnada preterição de formalidades essenciais na emissão da decisão administrativa ora impugnada, por falta de obtenção prévia dos pareceres do Gabinete para os Assuntos de Trabalho e da Direcção dos Serviços de Economia;
- 2.^a) Do erro nos pressupostos de facto subjacentes à mesma decisão;

– 3.^a) Da falta de fundamentação da decisão.

Começando pela questão de falta de fundamentação, afigura-se não assistir razão ao Estabelecimento de Comidas recorrente, porquanto ainda que de modo conciso, os dois fundamentos constantes da informação com a qual a entidade recorrida concordou aquando do indeferimento definitivo da pretensão daquele, ainda permitem, desde já, uma motivação fáctica expressa, clara, suficiente e congruente da sua decisão de manutenção da decisão anteriormente tomada pela Direcção dos Serviços para os Assuntos Laborais. Ademais, foi expressamente invocado na decisão anterior do Senhor Director daqueles Serviços, mantida pela decisão ora sob impugnação contenciosa, “o disposto do Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro”. E pertencendo a matéria decidenda à esfera da discricionariedade da Administração, cuja decisão a emitir depende mais propriamente da análise dos factos do que da interpretação de normas jurídicas concretas, é de dar por satisfeita, por parte da entidade ora recorrida, a exigência legal de “sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão” de que fala aquele preceito do CPA, pelo que não se divisa nenhuma violação ao dever de fundamentação exigido nos termos do art.º 115.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), nem ao disposto no art.º 113.º, n.º 1, alíneas d) e e), do mesmo Código, nem tão-pouco ao direito de contraditar (referido mormente na conclusão XXXVII da petição do recurso).

E no tocante à primeira questão acima identificada, é também indicada a sua improcedência, uma vez que na situação dos autos, foi já

previamente ouvida a Direcção dos Serviços para os Assuntos Laborais para os efeitos do ponto 4 do Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, sendo esta considerada sucessora do então Gabinete para os Assuntos de Trabalho de que fala o mesmo Despacho. Outrossim, quanto ao parecer da Direcção dos Serviços de Economia, esta peça opinativa, pela própria regra constante da parte inicial da alínea c) do n.º 2 do Despacho n.º 49/GM/88, de 16 de Maio, não é essencial para o caso do requerente ora recorrente. Nestes termos, aliás já perspicazmente observados pelo Ministério Público, cai por terra a tese do recorrente nesta parte.

Por fim, e no concernente ao assacado erro nos pressupostos nos factos, e ao contrário do defendido pelo recorrente, não se vislumbra que os aludidos dois fundamentos de facto invocados pela entidade recorrida na sua decisão ora posta em crise tenham sido infirmados pelos elementos apresentados pelo recorrente, e daí, aliás, a justificação da matéria de facto pertinente à solução do presente recurso, já acima fixada por este Tribunal. Na verdade, o facto de a Sociedade-mãe do ora recorrente, e juridicamente distinta deste, ter trabalhadores locais ao serviço da própria, não consegue contrariar o facto de todos os trabalhadores do Estabelecimento recorrente serem não locais. Por outro lado, a alegada dificuldade na contratação de mão-de-obra local para ser auxiliar de cozinha não passa de uma pseudo-questão, pois tudo depende de quais as condições de trabalho a oferecer pela parte patrona, mormente remuneratórias. Improcede, pois, o recurso também nesta parte, já que não houve nenhum erro nos pressupostos de facto subjacentes à decisão administrativa tomada.

Assim sendo, e sem outros vícios de que cumpra conhecer oficiosamente, é de naufragar *in totum* o presente recurso contencioso.

IV – DECISÃO

Dest'arte, **acordam em negar provimento ao recurso contencioso**, com custas pelo recorrente, com oito UC de taxa de justiça.

Macau, 18 de Janeiro de 2007.

Chan Kuong Seng (relator)

José Maria Dias Azedo

Lai Kin Hong