

Processo n.º 18/2002

(Recurso Contencioso)

Data: 20/Março/2003

Assuntos:

- **Contratação de mão de obra de não residentes;**
- **Desvio de poder;**
- **Violação de lei;**
- **Ónus da prova.**

SUMÁRIO:

1. A conveniência ou inconveniência do acto impugnado é matéria que não está sujeita ao controlo jurisdicional, sendo que o recurso contencioso, no nosso sistema jurídico, tem por objecto a mera legalidade do acto administrativo, o que decorre do artigo 20º do Código do Procedimento Administrativo Contencioso.

2. Na apreciação do requerimento para autorização da contratação de trabalhadores não residentes, os normativos aplicáveis deixam ao

órgão decisor uma ampla margem de livre apreciação ou autodeterminação, dando o legislador liberdade de apreciação acerca da conveniência e da oportunidade sobre o respectivo deferimento.

3. A protecção da mão de obra residente será um dos fins, entre outros, a prosseguir na autorização ou negação de importação de mão de obra não residente.
4. O vício de violação de lei consiste na discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis e, muito embora tal vício ocorra normalmente no exercício de poderes vinculados, o certo é que não deixa de se verificar no exercício de poderes discricionários quando sejam infringidos os princípios gerais que limitam ou condicionam de forma genérica a discricionariedade administrativa, tais como o princípio da imparcialidade, igualdade, justiça, proporcionalidade.
5. Tanto o erro na interpretação ou indevida aplicação de uma regra de direito como o erro baseado em factos materialmente inexistentes ou apreciados erroneamente entram no vício de violação de lei.
6. Pode falar-se, mesmo em sede do recurso de anulação, de um ónus da prova, a cargo de quem alega os factos, no entendimento de que

há-de caber à Administração o ónus da prova da verificação dos pressupostos legais (vinculativos) da sua actuação, designadamente se agressiva (positiva e desfavorável); em contrapartida, caberá ao administrado apresentar prova bastante da ilegitimidade do acto, quando se mostrem verificados esses pressupostos.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 18/2002

(Recurso Contencioso)

Data: 20/Março/2003

Recorrente: A

Recorrido: Secretário para a Economia e Finanças

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

I - RELATÓRIO

A, com sede em Macau, no XX, e matriculada na Conservatória dos Registos Comercial e Automóvel sob o n.º XX (doc. N.º1), veio interpor RECURSO CONTENCIOSO DE ANULAÇÃO do despacho do Senhor Secretário para a Economia e Finanças n.º 03489/IMO/SEF/2001, de 14 de Dezembro de 2001, que indeferiu a renovação da contratação de 10 trabalhadores não residentes, cancelando ao mesmo tempo a autorização do trabalho dos mesmos,

Veio a culminar as suas alegações, da seguinte forma:

«O despacho do Senhor Secretário para a Economia e Finanças n.º 03489/IMO/SEF/2001, de 14 de Dezembro de 2001, que indeferiu a renovação da contratação de 10 trabalhadores não residentes, foi proferido no âmbito do poder discricionário da Administração.

O acto praticado ao abrigo de poder discricionário é contenciosamente sindicável por violação de lei por erro de facto nos pressupostos e desvio de poder.

Há erro sobre os pressupostos de facto, se o despacho recorrido invoca como fundamento do acto algo não totalmente consentâneo com a realidade.

No caso *sub judice*, o Recorrido indeferiu a renovação de 10 trabalhadores não residentes com base na existência de circunstâncias desfavoráveis no mercado do emprego e no pressuposto da existência do pessoal qualificado pretendida pela Recorrente no mercado local.

A verificação da existência de circunstâncias desfavoráveis no mercado do emprego apenas foi justificada pelo Recorrente como sendo do conhecimento público, sem contudo ter sido explicado o alcance desse fundamento, i.e., em que medida a contratação dos 10 trabalhadores não residentes em questão era desaconselhada pela situação desfavorável do mercado de trabalho.

Por outro lado, negando à Recorrente a contratação de 10 trabalhadores não residentes está-se a prejudicar outros interesses públicos protegidos pela própria Lei Básica, como seja o da livre iniciativa privada.

Mais ainda, impedindo a Recorrente de contratar mão de obra especializada, pode o Recorrido pôr em causa a viabilidade económica da Recorrente e, conseqüentemente, fazer perigar a segurança e estabilidade dos vínculos contratuais que esta tem com trabalhadores locais, podendo, a final, determinar um agravamento da dita situação *desfavorável* do mercado de trabalho da RAEM.

Logo, e quanto a este fundamento, é de concluir que o interesse público que o despacho em crise se propõe proteger será distinto daquele visado pela lei aplicável *in casu*, o direito ao emprego dos residentes permanentes de Macau - pelo que, e quanto a este fundamento, o despacho *in questio* encontra-se viciado de desvio de poder.

Tem sido entendido pela jurisprudência que há erro sobre os pressupostos de facto se o despacho recorrido invoca como fundamento do acto algo não totalmente consentâneo com a realidade.

Quanto à prova da *existência de trabalhadores locais disponíveis para as funções pretendidas*, o que aqui está em questão é

determinar sobre quem impende o ónus da prova deste facto, subjacente ao despacho em crise.

A este respeito, dispõe o n.º 1 artigo 87º do CPA que "*Cabe aos interessados provar os factos que tenham alegado (...)*" mas acrescenta o n.º 1 do artigo 86º do mesmo diploma que "*O órgão competente deve procurar averiguar todos os factos cujo conhecimento seja conveniente para a justa (...) decisão do procedimento, podendo, para o efeito, recorrer a todos os meios de prova admitidos em direito.*".

Ou seja, por princípio, o ónus da prova cabe ao interessado, mas tal não isenta a Administração de indagar ao máximo os factos em questão.

Todavia, a prova deste facto pela Recorrente é, neste caso, impossível ou mesmo utópica, porquanto a prova de que não existem na RAEM trabalhadores aptos a exercer as funções em questão implicaria que a Recorrente arrolasse como testemunhas todos os trabalhadores locais por forma a que, em depoimento, todos afirmassem que não possuem conhecimentos e experiência para a função em questão.

Destarte, forçoso é concluir, aliás como já o tem feito unanimemente tanto a doutrina como a jurisprudência, que *quando a prova não for possível ou se tornar muito difícil àquele que, segundo as regras do artigo. 342º [do Código Civil de 66], teria de a fazer, o ónus da prova deixa de impender sobre ele, passando a recair sobre a*

outra parte. Assim, competia à Administração fazer prova de que existiam, de facto, trabalhadores locais aptos para o exercício das funções em questão, não só por força da inversão do ónus da prova - porquanto a prova pela Recorrente era impossível ou inviável - como, inclusivamente, por força do princípio do imperativo inquisitório que impende sobre ela enquanto prossecutora do interesse público.

Ora, a prova que o Recorrente fez do facto que alega como fundamento é apenas conjectural - quando propugna pela existência dos factos subjacentes ao fundamento em questão do despacho em *crise*, utiliza expressões tão vagas quanto "a experiência só poderia levar o [Recorrido] a concluir que outros trabalhadores locais havia capazes de executar as funções desejadas" e "previsivelmente por a Recorrente não estar disposta a oferecer o que eles [trabalhadores locais] pediam ou a dar-lhes formação".

Quanto à formação, compete à Recorrente, e apenas a ela, aferir da possibilidade de um razoável período formação habilitar um trabalhador não qualificado a exercer as funções em questão ;

Em suma, concluir o contrário seria coarctar a livre iniciativa privada, *maxime* propugnando pela ingerência pública na gestão privada - aquela protegida e esta afastada expressamente pela Lei Básica da RAEM.

Acresce que não corresponde à verdade (nem o Recorrido disso faz prova) que a Recorrente não estivesse disposta a oferecer as condições que os trabalhadores pediam.

De facto, a política salarial seguida pela Recorrente é, também, algo que, contanto que observe as disposições legais aplicáveis (e no presente caso nenhuma norma legal referente a política salarial foi posta em causa), só a ela lhe diz respeito.

E, para prova de que o interesse da Recorrente em contratar mão de obra não residente apenas se prendia com o facto de não encontrar, no mercado local, trabalhadores aptos a exercer as funções de tecer e juntar e não, ao contrário do que sugere o Recorrido, angariar mão de obra mais barata, veja-se a folha salarial da Recorrida (doc. 6 do Requerimento de Recurso), na qual se pode constatar que, em média, os salários pagos a trabalhadores não residentes são ligeiramente superiores.

Para mais, essa *previsibilidade* de a Recorrente não estar disposta a oferecer o que eles pediam ou a dar-lhes formação, além de não provada (sendo que, enquanto facto impeditivo de um direito alegado por outrem, lhe competia efectivamente provar), é manifestamente descabida.

Destarte, não podia o Recorrido estar a prosseguir o interesse público visado pela lei aplicável *in casu*, quando sabia - ou não podia

ignorar - que a prova do facto de que *não havia mão de obra local disponível* pela ora Recorrente era impossível e, não obstante estar vinculada ao exercício do inquisitório, apenas formulou suposições.

Mais, tais suposições não podem, de todo em todo, ser tidas como verdades insofismáveis porquanto tal seria admitir que todo e qualquer facto alegado pela Administração se presume verdadeiro.

Em conclusão, competia ao Recorrido fazer prova da existência dos factos subjacentes ao fundamento por si alegado e, inexistindo tal prova, é imperativo concluir pela existência de erro de facto que fere de invalidade o despacho em questão, na medida em que a Administração ignorava os pressupostos de facto realmente existentes ou tinha deles uma percepção que não corresponde à realidade.

A isto acresce que, ao decidir com base no fundamento em questão, o interesse visado pelo Recorrido só poderia ser outro que não o visado pela lei aplicável *in casu* - de facto, a possibilidade de contratação de mão de obra não residente tem também por fim permitir o sã desenvolvimento da iniciativa privada quando, carecendo de mão de obra qualificada, esta não existe na RAEM.

Logo, ao decidir em prejuízo deste interesse público, pecou o Recorrente em desvio de poder, de tal forma que também por este motivo feriu de invalidade o despacho em questão.»

Conclui, pedindo que o despacho do Senhor Secretário para a Economia e Finanças n.º 03489/IMO/SEF/2001, de 14 de Dezembro de 2001, que indeferiu a renovação da contratação de 10 trabalhadores não residentes e cancelou a autorização do trabalho dos mesmos, seja anulado com base em erro sobre os pressupostos de facto e em desvio de poder nos termos da alínea d) e e) do n.º 1 do artigo 21º do Código de Processo Administrativo Contencioso.

A entidade recorrida apresenta a sua **CONTESTAÇÃO**, alegando, em síntese:

A conveniência do acto administrativo não é sindicável em sede de recurso contencioso.

A recorrente não fundamenta nem prova o desvio de poder.

Não existem no processo administrativo quaisquer indícios de desvio de poder.

As funções pretendidas exigem pouca qualificação.

É do conhecimento público o nível do desemprego entre os trabalhadores não qualificados.

Os dados existentes levam à conclusão de que existia mão de obra local disponível, embora não necessariamente pelo salário oferecido pela recorrente.

A recorrente não prova que não houvesse mão de obra local disponível, isto é, não prova o erro de facto.

A final, formula, aquando das alegações, as seguintes conclusões:

A recorrente não indica, e muito menos prova, que o motivo principalmente determinante do acto impugnado tenha sido outro que não o seu fim legal – isto é, não se prova o desvio de poder.

A recorrente procurou contratar não residentes para executarem trabalho indiferenciado.

A Administração recusou autorização a menos de 6% do total de não residentes pretendidos pela recorrente (10 em 170).

As existência de uma considerável taxa de desemprego em Macau é facto notório e, como tal, não carece de arguição ou prova.

O facto de que grande parte dos desempregados locais são trabalhadores com poucas qualificações é igualmente notório.

Ainda assim, o órgão recorrido provou no procedimento administrativo que existiam em Macau mais de 10 residentes desempregados à procura de trabalho que exige apenas um baixo nível de qualificação.

Recai sobre a recorrente o ónus da contraprova se quiser prevalecer-se das disposições legais sobre erro nos pressupostos de facto.

A administração está legalmente obrigada a prosseguir uma política de pleno emprego.

A liberdade de iniciativa privada não pode prevalecer sobre a obrigação acima referida nem, em geral, sobre as restrições à imigração.

Conclui no sentido da improcedência do pedido.

O Digno Magistrado do Ministério Público emite nos autos douto parecer, alegando fundamentalmente:

Na apreciação do requerimento da recorrente, atinente à contratação de trabalhadores não residentes, 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 face a acto produzido no exercício de poderes discricionários que, no entanto, deve respeitar sempre as regras de competência, o fim do poder concedido, alguns princípios jurídicos como a igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade, as regras processuais e o dever de fundamentação, não existindo, como é óbvio,

qualquer excepção ao princípio da legalidade, mesmo na vertente da reserva de lei.

No caso vertente, pretende a Recorrente que a entidade recorrida, ao impedi-la de contratar mão de obra especializada, põe em causa a sua viabilidade económica, fazendo, conseqüentemente, perigar a segurança e estabilidade dos vínculos contratuais que a mesma tem com os trabalhadores locais, “...podendo, a final, determinar um agravamento da dita situação desfavorável do mercado de trabalho da RAEM!”

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 apresentava desfavorável, sendo certo que existiam trabalhadores locais disponíveis e aptos para o desempenho das funções pretendidas.

Mas, bem vistas as coisas, a argumentação expandida pela recorrente relativamente ao assacado vício de desvio de poder, prende-se, no fundo, com o também alegado erro nos pressupostos de facto.

E é fácil perceber tal asserção : a verificar-se a inexistência de tal erro, ou seja, a dar-se como adquirida, nomeadamente, a existência de mão de obra local disponível, desde logo cai por base toda a

construção empreendida por aquela, concernente à ocorrência de tal vício.

Posto isto, é evidente que o erro sobre os pressupostos de facto subjacentes à decisão, releva 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.

É pública e notoriamente 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 da indústria têxtil – tecelões, verificadores de qualidade dos produtos, etc. – não existam trabalhadores locais habilitados para o efeito.

Aliás, como bem acentua a entidade recorrida, os 10 postos de trabalho em causa terão que se considerar, por definição, como não especializados, já que foi a própria recorrida que procurou o seu preenchimento através do mecanismo do Despacho 12/GM/88 destinado a trabalho indiferenciado e não através do mecanismo especialmente criado para trabalhadores especializados - Despacho 49/GM/88.

Ao que acresce nunca ter a recorrida contestado que pese embora ter durante o ano 2001 recorrido à Bolsa de Emprego procurando pessoal para outros serviços, nunca o fez para contratar os

operários para as funções ora em causa, apesar da existência de desempregados locais aí inscritos.

Razão por que, **conclui**, pelo não provimento do presente recurso.

*

Oportunamente 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 exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do recurso.

*

III - FACTOS

Com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

Em 29 de Novembro de 1999, a Recorrente apresentou dois pedidos da renovação da contratação de 40 e 150 trabalhadores não

residentes.

Sobre aqueles pedidos, foram proferidos pelo Senhor Secretário para a Economia e Finanças o despacho n.º 00782/IMO/SEF/2000, de 16 de Maio de 2000 e o despacho n.º 00036/IMO/SEF/2000, de 1 de Fevereiro, respectivamente (docs. nºs 3 e 4).

O despacho n.º 00782/IMO/SEF/2000, de 16 de Maio de 2000 dizia o seguinte:

“A solicitou, em 29 de Novembro de 1999, a renovação, nos termos do disposto no Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, da contratação de **40 (quarenta)** trabalhadores não residentes.

Autorizo, após avaliação recente produzida pela Direcção dos Serviços de Trabalho e Emprego, pelo período de 2 (dois) anos, a renovação da contratação de **40 (quarenta)** trabalhadores não residentes, devendo a fábrica requerente apresentar o contrato de prestação de serviços celebrado com entidade habilitada como fornecedora de mão de obra não residente.

Atendendo à necessidade de elevar adequadamente a proporção dos trabalhadores residentes, a fábrica requerente deve cumprir coercivamente os deveres determinados, nomeadamente:

1. Há 137 trabalhadores residentes na fábrica acima referida;
2. A fábrica requerente promete elevar, através do aumento de contratação de mais 3 trabalhadores residentes ou de ajustamento voluntário da proporção dos trabalhadores residentes e não residentes, a proporção dos trabalhadores residentes contratados, dentro de um prazo de 6 meses a contar da emissão do presente despacho, até ao número acordado quanto ao aumento de

contratação dos trabalhadores residentes;

3. A fábrica requerente deve apresentar activamente, dentro de um ano, cópias de certificados de contribuições do Fundo de Segurança Social (FSS) e as listas dos trabalhadores nos últimos dois trimestres (no caso de não conseguir apresentar as informações de contribuições de FSS, estas devem ser substituídas por cópias dos documentos que constam dos nomes, locais de trabalho e documentos de identificação dos trabalhadores) à Direcção dos Serviços de Trabalho e Emprego, para efeito de arquivamento, além disso, deve ser inspeccionada periodicamente pela Direcção dos Serviços de Trabalho e Emprego, a fim de garantir o cumprimento dos deveres acima referidos por parte da fábrica requerente;

4. O não cumprimento, pela fábrica requerente, das disposições acima referidas, levará à redução de um número de trabalhadores não residente não inferior ao dobro do aumento dos trabalhadores residentes mencionado no n.º 2.

Comunique-se à DSTE para notificar a fábrica requerente e informar ao Corpo de Polícia de Segurança Pública, para os fins tidos por convenientes.

Aos 16 de Maio de 2000.

Ass.: Vide o original (Tam Pak Yuen, Secretário para a Economia e Finanças da RAEM)”

Por outro lado, o despacho n.º 00036/IMO/SEF/2000, proferido sobre o pedido de renovação de 150 trabalhadores não residentes, com a finalidade de protecção do direito do emprego da mão-de-obra local, indeferiu a renovação de contratação de 20 trabalhadores não residentes. De tal despacho constava o seguinte:

“A solicitou, em 29 de Outubro de 1999, a renovação, nos termos do

disposto no Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, da contratação de **150 (cento e cinquenta)** trabalhadores não residentes.

Autorizo, após avaliação recente produzida pela Direcção dos Serviços de Trabalho e Emprego, pelo período de 1 (um) ano, a renovação da contratação de **130 (cento e trinta)** trabalhadores não residentes, devendo a fábrica requerente apresentar o contrato de prestação de serviços celebrado com entidade habilitada como fornecedora de mão de obra não residente.

Atendendo à utilização insuficiente da quota dos trabalhadores não residente da fábrica acima referida e à necessidade de elevar adequadamente a proporção dos trabalhadores residentes, cancelo, nos termos do n.º 10 do mesmo despacho, a autorização anteriormente concedidas a **20 (vinte)** trabalhadores não residentes,

Comunique-se à DSTE para notificar a fábrica requerente e informar ao Corpo de Polícia de Segurança Pública, para os fins tidos por convenientes.

Aos 27 de Janeiro de 2000.

Ass.: Vide o original (Tam Pak Yuen, Secretário para a Economia e Finanças da RAEM)”

Em 16 de Maio de 2000, quando foi proferido o despacho n.º 00782/IMO/SEF/2000, a Recorrente tinha ao seu serviço 137 trabalhadores locais e, no cumprimento do dever imposto pelo Senhor Secretário da Economia e das Finanças naquele despacho, a Recorrente aumentou o número de trabalhadores locais (cfr. Doc. n.º3) de tal modo que, em Novembro do mesmo ano, o n.º de trabalhadores locais contratados aumentou para 154 (Doc. n.º5).

Em 17 de Outubro de 2001, a Recorrente tinha na sua fábrica 170 trabalhadores locais e 172 trabalhadores não residentes, verificando um aumento de 33 trabalhadores locais durante o período de 16 de Maio de 2000 a 17 de Outubro de 2001 e uma diminuição de 4 trabalhadores não residentes.

Os trabalhadores não residentes eram e são contratados para o desempenho de funções como “tecer” e “juntar” (Docs. n.ºs 6 a 8).

Desde 9 de Março de 2000 até 3 de Janeiro 2002, a Recorrente tinha mandado publicar no jornal de língua chinesa “Macao Daily News” e na Direcção dos Serviços do Trabalho e Emprego anúncios para contratação de trabalhadores dessas categorias profissionais para as tarefas acima referidas (Docs. n.ºs 9 a 27).

As encomendas da Recorrente aumentaram 11,61% durante o período de 1999 a 2001 (Doc. n.º28).

Durante o período de 1997 a 2001, os investimentos em termos de maquinaria e facilidades do estabelecimento ascenderam a um total de MOP\$32,253,504.16 (Docs. n.ºs 29 a 35).

A contratação dos 170 trabalhadores não residentes foi autorizada em duas fases, respectivamente, pelos despachos n.º 00782/IMO/SEF/2000, de 16 de Maio de 2000, e n.º

00036/IMO/SEF/2000, de 1 de Fevereiro (cfr. Docs. n.ºs 3 e 4).

Como a renovação da contratação daqueles trabalhadores devia ser feita num só pedido, em 24 de Setembro de 2001, a Recorrente apresentou um único pedido da renovação da contratação dos referidos 170 trabalhadores não residentes.

Em 14 de Dezembro de 2001, o Senhor Secretário proferiu o despacho n.º 03489/IMO/SEP /2001 sobre o referido pedido, indeferindo a renovação de 10 trabalhadores não residentes com o seguinte teor:

”A solicitou, em 24 de Setembro de 2001, a renovação, nos termos do disposto no Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, da contratação de **170 (cento e setenta)** trabalhadores não residentes.

Autorizo, após avaliação recente produzida pela Direcção dos Serviços de Trabalho e Emprego, pelo período de 2 (dois) anos, a renovação da contratação de **160 (cento e sessenta)** trabalhadores não residentes (125 operários de tecelagem, 5 operários de maquinaria eléctrica e 30 operários de circular), conforme o disposto no Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, devendo a fábrica requerente apresentar o contrato de prestação de serviços celebrado com entidade habilitada como fornecedora de mão de obra não residente.

Atendendo à situação desfavorável do mercado de trabalho e à disponibilidade de trabalhadores locais para desempenhar as funções pretendidas, **não autorizo** os pedidos da renovação da contratação dos restantes **10 (dez)** trabalhadores não residentes, cancelando as autorizações anteriormente concedidas a

10 (dez) trabalhadores não residentes.

Anulo ainda todos os despachos da autorização da contratação de trabalhadores não residentes anteriormente proferidos à fábrica requerente conforme o Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro.

Comunique-se à DSTE para notificar a fábrica requerente e informar ao Corpo de Polícia de Segurança Pública, para os fins tidos por convenientes.

Aos 14 de Dezembro de 2001.

Ass.: Vide o original (Tam Pak Yuen, Secretário para a Economia e Finanças da RAEM).”

Cinco trabalhadores, especificamente disponíveis para as funções pretendidas, estavam inscritos na bolsa de emprego da DSTE em 21 de Novembro de 2001, conforme consta da informação 3337/DMONR/DE/01 da DSTE, dessa mesma data e que serviu de base ao despacho impugnado (vd. processo administrativo anexo).

A Recorrente, tendo embora recorrido algumas vezes à bolsa de emprego em busca de pessoal para outros serviços (vd. docs. juntos com a contestação e Processo Instrutor), ao longo do ano 2001, não tentou contratar aí operários para as funções em causa no despacho impugnado.

IV - FUNDAMENTOS

O objecto do presente recurso – *se há fundamento ou não para anular o despacho do Exmo Senhor Secretário para a Economia e*

Finanças – passa pela análise das seguintes questões:

1. Inconveniência do despacho – sua apreciação em sede de recurso contencioso;
2. Desvio de poder;
3. Violação de lei por erro nos pressupostos de facto.

*

1. A Recorrente, no ponto 8 das conclusões da petição de recurso, autonomiza a inconveniência do despacho como fundamento do recurso interposto. Da matéria alegada percebe-se que pretende significar que tal decisão implica graves prejuízos para a Recorrente, pondo em causa um plano de negócios “cuidadosamente pensado”, afectando os prazos de entrega das encomendas já comprometidas, o que descredibilizará a Recorrente perante os seus actuais clientes e porá em risco as suas legítimas expectativas de angariação de novos clientes.

A perda de 10 trabalhadores, no actual contexto económico, seria, como alega, totalmente desastrosa para a Recorrente, surgindo o despacho que ora se pretende ver anulado na pior altura possível para a vida da empresa, atenta a conjuntura internacional desfavorável, correndo-se o risco de encerramento de unidades fabris com a consequente danosidade social daí decorrente.

Ora, a conveniência ou inconveniência do acto impugnado é matéria que não está sujeita ao controlo jurisdicional, sendo que o recurso contencioso, no nosso sistema jurídico, tem por objecto a mera legalidade do acto administrativo, o que decorre do artigo 20º do Código

do Procedimento Administrativo Contencioso (CPAC) que prevê “*excepto disposição em contrário, o recurso contencioso é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou existência jurídica*”.

Trata-se de um recurso de mera legalidade, pretendendo-se com tal expressão significar que não deve o juiz entrar na apreciação do mérito ou demérito da decisão administrativa, mas tão somente apreciar se o acto praticado enferma de algum vício que o fira de invalidade, entendida esta no seu sentido mais amplo.¹

Daqui decorre que subsistem, tal como configurados vêm, apenas os fundamentos de anulação do acto, seja por via da invocada nulidade por desvio de poder (ver-se-á adiante qual a invalidade a que conduz este vício), seja por via da anulabilidade decorrente do erro sobre os pressupostos de facto.

Aliás, já em sede de alegações finais, é àquele vício de desvio de poder que a Recorrente reconduz os fundamentos em que se estriba para concluir no sentido de que ao pôr-se “em causa a viabilidade económica da Recorrente e, conseqüentemente, fazer perigar a segurança e estabilidade dos vínculos contratuais que esta tem com trabalhadores locais, podendo a final, determinar um agravamento da dita situação *desfavorável* do mercado de trabalho da RAEM. Logo, e quanto a este fundamento, é de concluir que o interesse público que o despacho em crise se propõe proteger será distinto daquele visado pela

¹ - Marcello Caetano, Manual de Dto. Adm., 1972, II, 1305.

lei aplicável *in casu*, o direito ao emprego dos residentes permanentes de Macau - pelo que, e quanto a este fundamento, o despacho *in questio* encontra-se viciado de desvio de poder.” – (VIII e XIX das conclusões *in* alegações finais).

2. O desvio de poder traduz-se no exercício de um poder discricionário por um motivo principalmente determinante desconforme com a finalidade para que a lei atribuiu tal poder. ² Alega a Recorrente que houve desvio de poder por se ter decidido em prejuízo do interesse público, ao não se permitir o sã desenvolvimento da iniciativa privada, com a possibilidade de contratação de mão de obra não residente.

Na apreciação do requerimento para autorização da contratação de trabalhadores não residentes, os normativos aplicáveis deixam ao órgão decisor uma ampla margem de livre apreciação ou autodeterminação,³ dando o legislador liberdade de apreciação acerca da conveniência e da oportunidade sobre o respectivo deferimento.

Encontramo-nos, pois, perante um acto produzido no exercício de poderes discricionários que são conferidos em vista de um determinado fim (fim legal), importando analisar se o fim prosseguido (fim real) condiz ou não com aquele.⁴

² - João Caupers, Introdução ao Dto. Administrativo, 2001, 192

³ - Ac. do TSI, Processo nº 171/2001 de 31/1/2002

⁴ - Freitas do Amaral, Curso de Dto. Administrativo, 2002, II, 395

Acompanhamos neste passo a douta argumentação desenvolvida pela entidade recorrida.

Quanto ao fim legal defende a Recorrente (ponto 14 das alegações finais) que o interesse imposto pela lei é o “direito ao emprego dos residentes permanentes de Macau”. A este propósito a entidade recorrida, com algumas dúvidas sobre o rigor absoluto desta interpretação, aceita tal princípio como um dos fins legais dos poderes discricionários conferidos pelo Despacho 12/GM/88.

Vejamos então os pertinentes preceitos legais.

O Despacho nº12/GM/88 de 1/Fev. estabelece:

“(…)

3. As empresas de Macau podem, no entanto, estabelecer contratos de prestação de serviços com terceiras entidades, visando a prestação de trabalho por parte de não-residentes, desde que obtido, para o efeito, despacho favorável do Governador.

4. O despacho referido no número anterior será proferido a requerimento da entidade interessada, depois de instruído com pareceres do Gabinete para os Assuntos de Trabalho e da Direcção dos Serviços de Economia.

5. O parecer do Gabinete para os Assuntos de Trabalho contemplará essencialmente:

- a) A eventual disponibilidade de mão-de-obra residente para as necessidades de trabalho a realizar;
- b) O nível salarial praticado relativamente aos trabalhadores residentes;

c) A proporção que se julgue aceitável entre trabalhadores residentes e trabalhadores não-residentes:

d) A regularidade do cumprimento das obrigações legais relativamente aos trabalhadores residentes.

6. O parecer da Direcção dos Serviços de Economia terá sobretudo em conta:

a) As necessidades de mão-de-obra relativamente ao volume de produção esperado;

b) As expectativas de colocação do volume de produção esperado;

c) As relações de compatibilização que se julguem adequadas entre o recurso a acréscimos de mão-de-obra e os melhoramentos tecnológicos que os possam dispensar, total ou parcialmente;

d) A importância relativa da unidade produtiva dentro do sector e a prioridade relativa do sector à luz das linhas de política económica que se encontrem definidas.

(...)”

Posteriormente o Despacho n.º 49/GM/88 de 16 de Maio consagrou o seguinte:

“1. Quando se trate de trabalhadores especializados ou de trabalhadores que, consideradas as condições do mercado de trabalho local, não se encontram normalmente disponíveis em Macau, poderá o Governador autorizar, ao abrigo do disposto no **Despacho n.º 12/GM/88**, a prestação de serviço por parte de trabalhadores não-residentes, ficando a custódia dos mesmos confiada à própria entidade empregadora.

2. A contratação desses trabalhadores está sujeita à tramitação prevista no **Despacho n.º 12/GM/88**, com as especialidade seguintes:

a) O requerimento da entidade interessada a que se refere o n.º 9 do **Despacho n.º 12/GM/88**, deverá desde logo:

a.1. Relacionar os indivíduos cuja contratação se pretende, bem como fundamentar a sua necessidade, nos termos do disposto no n.º 1;

(...)

b) O requerimento será instruído com o parecer do Gabinete para os Assuntos do Trabalho, que, neste caso, contemplará essencialmente:

b.1. A eventual disponibilidade de mão-de-obra residente qualificada para as necessidades de trabalho a realizar;

b.2. Uma apreciação sobre a descrição de funções das categorias profissionais dos trabalhadores a contratar, de modo a permitir concluir pela sua correspondência a profissões especializadas;

b.3. A utilidade da contratação de trabalhadores com as qualificações indicadas para efeito da formação profissional que poderão, eventualmente, prestar a trabalhadores residentes;

(...)”

Daqui se verifica poder concluir-se que a protecção da mão de obra residente será um dos fins, entre outros, a prosseguir na autorização ou negação de importação de mão de obra não residente. Como anota e bem o Digno Magistrado do MP “ *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.”

Quanto à determinação do fim real fica por se saber qual o fim que a Recorrente considera ter sido prosseguido pela Administração. Mesmo que se afirme que se prejudicaram interesses públicos protegidos pela própria Lei Básica, como seja o da iniciativa privada e que com tal conduta se determina uma situação desfavorável do mercado de trabalho da RAEM, não se sabe qual o fim prosseguido, quais os desígnios visados com a denegação da contratação requerida.

Para além da falta de resposta a esta questão fulcral, a Recorrente entra em contradição, ao afirmar, no ponto 19 das suas alegações, que "*a situação desfavorável do mercado de trabalho não pode de todo em todo constituir um fundamento válido para proteger o interesse publico em questão.* É que a protecção do emprego dos residentes e a situação do mercado desfavorável concilia-se perfeitamente com a restrição à importação de mão de obra.

O que a Recorrente pretenderá, porventura, significar é que em determinados momentos conjunturais os vários fins legais visados pelo legislador podem chocar entre si, bastando pensar numa situação de desemprego local compaginável com a expansão de uma economia a reclamar uma mão de obra especializada, como podem chocar os

interesses da economia global com os de uma economia sectorial, para não falar sequer dos interesses do empresário em concreto em confronto com os interesses gerais.

Posto isto, não se alcança em que medida se pode assacar ao acto praticado qualquer divergência entre o fim legal e o fim realmente prosseguido, não só porque o fim real identificado é compatível com um dos fins visados pelo legislador, como ainda por falta de identificação de quaisquer outros fins desconformes ao escopo normativo.

3. Invoca ainda a Recorrente o vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto. Tal erro resultaria da circunstância de se ter dado como adquirida a existência de mão de obra local disponível, sem que tenha sido feita prova nesse sentido.

Ainda aqui, em sede de exercício de poderes discricionários, a invocação deste vício não deixa de relevar, na medida em que a livre apreciação pretendida pelo legislador ao conceder aqueles poderes pode ser falseada se os factos em que assenta a decisão não forem correctos.

O vício de violação de lei consiste na “*discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis*”⁵ e, muito embora tal vício ocorra normalmente no exercício de poderes vinculados, o certo é que não deixa de se verificar no exercício de poderes discricionários quando sejam infringidos os princípios gerais que limitam ou condicionam de forma genérica a

⁵ - Freitas do Amaral, ob. cit., II, 2002, 390v.

discricionaridade administrativa, tais como o princípio da imparcialidade, igualdade, justiça, proporcionalidade, etc..⁶

Dentro de um certo entendimento, tanto o erro na interpretação ou indevida aplicação de uma regra de direito como o erro baseado em factos materialmente inexistentes ou apreciados erroneamente entram no vício de violação de lei. A ideia falsa sobre os pressupostos de facto em que se funda a decisão traduzem violação de lei, na medida em que, se os poderes forem discricionários, aquela mesma lei não os deixa de conferir para serem exercidos ponderando a existência de *“certas circunstâncias cuja apreciação conduza o agente a optar, entre várias decisões possíveis, pela que considere mais adequada à realização do fim legal. Se estes afinal não existirem nos termos supostos, a lei foi violada no seu espírito.”*⁷

Não obstante a posição acima referida, há quem sustente a existência do vício autónomo de erro nos pressupostos, o que relevará apenas em sede de actividade discricionária.⁸

De qualquer modo, no caso “sub judice”, o erro, segundo se alega, teria resultado de uma deformação da vontade, por causa da divergência entre a realidade e a sua representação defeituosa por parte do órgão decisor.

⁶ - Freitas do Amaral, ob. cit., 392

⁷ - Marcelo Caetano, in Man. Dto Adm, 10ª ed., I, 504v.

⁸ - Ac. TSI de 27/1/2000, in Ac. TSI, 2000, I, 7; Freitas do Amaral, in Dto Adm 1989, III, 308

Este terá indeferido a renovação de 10 trabalhadores não residentes com base na inexistência de circunstâncias desfavoráveis no mercado do emprego e no pressuposto da existência do pessoal qualificado pretendido pela Recorrente no mercado local.

É verdade que foram estes os pressupostos em que assentou a decisão recorrida.

Importa ver se são verdadeiros.

Quanto ao primeiro pressuposto – circunstâncias desfavoráveis no mercado de emprego –, para a Recorrente, tal foi apenas justificado como sendo do *conhecimento público, sem contudo ter sido explicado o alcance desse fundamento* (Cls. V das alegações finais, pág. 130).

Responder-se-á singelamente que é pública e notória a actual situação de desemprego na Região, sendo consabido que os factos públicos e notórios não carecem de demonstração – cfr. artigo 434º, nº1 do C. Proc. Civil – facto que chega ao conhecimento de todos pelos números divulgados amplamente pela comunicação social, pelo teor das declarações dos responsáveis políticos, pelas manifestações dos desempregados, pelas preocupações quotidianas do cidadão normal, para já não falar nas inscrições nas Bolsas de Emprego de milhares de residentes da RAEM.

Quanto ao alcance do sentido de tal fundamento a Recorrente entendeu-o perfeitamente, como significando a preocupação do direito ao emprego dos residentes permanentes de Macau (cls. VIII das alegações finais, pág. 131). Aliás, como bem acentua a entidade recorrida, os 10

postos de trabalho em causa terão que se considerar, por definição, como não especializados, já que foi a própria recorrente que procurou o seu preenchimento através do mecanismo do Despacho 12/GM/88 destinado a trabalho indiferenciado e não através do mecanismo especialmente criado para trabalhadores especializados – Despacho 49/GM/88.

Quanto ao segundo pressuposto - *existência do pessoal qualificado pretendida pela Recorrente no mercado local* - de acordo com a Recorrente, o segundo facto não se verificava, porquanto a indisponibilidade de mão de obra local foi provada pela Recorrente juntamente com o pedido de renovação da autorização de contratação de trabalhadores não residentes, apresentado na Direcção dos Serviços de Trabalho e Emprego (DSTE), não tendo sido impugnada pela Administração (artigo 29º e conclusão 6 da petição inicial), tendo, entre 09.03.2000 e 03.01.2002, publicado regularmente na imprensa anúncios para contratação de trabalhadores locais, alegadamente sem resultado (artigo 9º da petição inicial e documentos 9 a 23 a ela anexos) e ainda porque a Recorrente tentou em vão recrutar trabalhadores locais através da DSTE, em vão (artigo 9º da petição inicial e documentos 24 a 27 a ela anexos).

Ora, da documentação junta aos autos, nomeadamente com o pedido apresentado na DSTE em 24.09.2001, não se mostra comprovada a inexistência de mão de obra local disponível. É um facto que a simples publicação de anúncios na imprensa não comprova tal facto, na medida em que não se sabe qual o impacto que tais ofertas de emprego

tiveram em termos de respostas, em função, naturalmente, das condições de trabalho que a Fábrica se propunha oferecer.

Dir-se-á ainda que o não recrutamento através da bolsa de emprego da DSTE, não significa que não existissem trabalhadores locais disponíveis, sob pena de se considerar que todo o recrutamento de mão de obra local se tivesse de processar através dessa bolsa e nada obriga a que assim seja. Aliás, cinco trabalhadores, especificamente disponíveis para as funções pretendidas, estavam inscritos na bolsa de emprego da DSTE em 21 de Novembro de 2001, conforme consta da informação 3337/DMONR/DE/01 da DSTE, dessa mesma data, que serviu de base ao despacho impugnado e embora a Recorrente tenha recorrido algumas vezes à bolsa de emprego em busca de pessoal para outros serviços (vd. docs. 1 a 11 da contestação), nunca, ao longo do ano 2001, tentou contratar aí operários para as funções em causa no despacho impugnado.

Naquele caso, as funções requestadas não exigiam grandes qualificações, sendo acessíveis a qualquer pessoa média desde que lhes fosse fornecido um mínimo de formação. No caso vertente estamos a analisar uma autorização ao abrigo do Despacho 12/GM/88, isto é, para mão de obra não qualificada, quando a contratação de mão de obra não residente especializada é concedida ao abrigo do Despacho 49/GM/88.

Assim sendo, não se vê que tenha existido erro por parte da Administração, sabendo-se como se sabe do elevado número de

desempregados em Macau.

Há ainda um aspecto que importa analisar. Prende-se com o ónus da prova, tendo-se alegado que competiria à entidade recorrida provar os pressupostos em questão.

Perante a prova colhida nos autos, entendeu a entidade recorrida não estar feita a prova da inexistência da mão de obra local para os postos de trabalho que a Recorrente pretendia. Partindo desse pressuposto que serviu de base à não autorização de importação de mão de obra cabia à Recorrente infirmar tal prova e carrear para os autos elementos demonstrativos do que por si, em contrário, fora alegado. Não o fez e a consequência negativa dessa falta de iniciativa *sibi imputat*, o que desde logo decorre das regras relativas ao ónus da prova, por força do disposto no artigo 335º do C. Civil, nos termos do qual, quem invoca um direito tem o ónus da prova dos respectivos factos constitutivos, cabendo à contraparte a prova dos respectivos factos impeditivos, modificativos ou extintivos.

Pese embora o facto de não valer no processo administrativo um ónus da prova *subjectivo* ou *formal*⁹, o que implica que o juiz só possa considerar os factos alegados e provados por cada uma das partes interessadas, o certo é que há sempre um ónus de prova *objectivo*, na medida em que se pressupõe uma repartição adequada dos encargos de alegação, isto é, de modo a repartir os riscos da falta de prova,

⁹ - Vieira de Carvalho, in A Justiça Administrativa, Lições, 1999, 268

desfavorecendo quem não veja provados os factos em que assenta a posição por si sustentada no processo. Importará, não obstante o princípio da presunção da legalidade do acto administrativo, considerar os limites da actuação da Administração que se deve pautar pela juridicidade das suas opções e pela obrigatoriedade de fundamentação do acto, dentro do respeito pela imparcialidade, igualdade, justiça e proporcionalidade, o que implica um ónus da prova dos pressupostos de facto subjacentes às decisões desfavoráveis aos interessados em respeito pelo princípio de justiça e legalidade.

Pode, neste enquadramento, continuar a falar-se, mesmo em sede do recurso de anulação, de um ónus da prova, a cargo de quem alega os factos¹⁰, no entendimento de que “há-de caber à Administração o ónus da prova da verificação dos pressupostos legais (vinculativos) da sua actuação, designadamente se agressiva (positiva e desfavorável); em contrapartida, caberá ao administrado apresentar prova bastante da ilegitimidade do acto, quando se mostrem verificados esses pressupostos”.¹¹

É dentro desta perspectiva que se constata que a Recorrente não provou os factos relativos à inexistência dos pressupostos que motivaram a decisão recorrida, na certeza de que os elementos constantes dos autos apontam, como se viu, exactamente no sentido da subsistência dos factores que condicionaram o despacho proferido, em

¹⁰ - Marcello Caetano, Manual de Dto. Adm., II, 1972,1351

¹¹ - Vieira de Carvalho, ob. cit., 269

particular, a existência de mão de obra local capaz de preencher os lugares em aberto.

Tudo visto, resta decidir no sentido da improcedência do presente recurso.

V - DECISÃO

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

Custas pela Recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 4 Ucs.

Macau, 20 de Março de 2003,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator) – Chan Kuong Seng – Lai Kin Hong