

**Recurso nº 439/2009**

**Recorrentes:** - A(A)

- Director dos Serviços de Turismo (旅遊局局長)

**Recorridos :** Os mesmos

**A** cordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M. :

À conferência neste TSI, o Relator original apresentou o seguinte projecto:

“I

No âmbito dos autos do recurso contencioso interposto por A do acto administrativo praticado pelo Director dos Serviços de Turismo, registado sob o nº 474/08-ADM, e que corre os seus termos no Tribunal Administrativo, foi proferida a seguinte sentença:

A, 詳細身份資料記錄於卷宗內，就澳門旅遊局局長於 2008 年 3 月 4 日作出科處

其澳門幣叁萬肆仟圓罰款的決定，向本院提起司法上訴，要求撤銷有關行為，理由是被訴行為違反法律。

\*

被訴當局作出答辯，認為上訴理由不成立，被訴行為之事實及法律理據充分，應駁回有關司法上訴。

\*

檢察院認為訴訟理由成立，被訴行為應予撤銷。

\*

本院對此案有管轄權。

本案訴訟形式恰當及有效。

訴訟雙方具有當事人能力及正當性。

\*

根據本卷宗及其附卷之資料，本院認定以下事實：

2007年12月4日上午10時30分，一個包括126名遊客及4名領隊、共130人的來自河北的旅行團抵達澳門外港碼頭。

上述旅行社團被分成4個小團隊，分別由「澳門XX旅行社」4名導遊，B，C，D及本案上訴人A負責接待工作。

由於旅行團所持的行程表與4名澳門導遊的有所出入，上訴人及其他3名導遊採用了遊客所持有的行程表作為依據，即行政卷宗第11頁及背頁「XX國際旅行社」訂定的行程表。

就行程中提及的“參觀珠寶店”、“百貨店、土產店”，上訴人及其他3名導遊

將旅行團帶往“XX 珠寶店”、“XX 服飾廣場”及“XX 老餅家”參觀購物。

上訴人、其他 3 名導遊以及「澳門 XX 旅行社」均從遊客消費中收取了商店給予的金錢回報作為其收入的一部份。

在旅遊途中，上訴人及其他 3 名導遊向旅行團推薦了兩項可自由選擇的遊覽活動，有關費用分別為澳門幣壹佰貳拾圓及肆佰貳拾圓。

上訴人在前往黑沙海灘途中向遊客表示必須參加自費項目，當日的晚餐及住宿才能獲安排。遊客對此表示不滿。

當日下午 5 時，在路環新黑沙馬路 XX 士多內，上訴人及其他 3 名導遊與旅行團領隊及遊客發生爭執，治安警察局警員介入調解，雙方發生衝突（行政卷宗第 61 頁至第 91 頁、治安警察局 7876/2007 號報告書）。

12 月 6 日，旅遊局就上述事件，製作了上訴人的聽證筆錄（行政卷宗第 14 頁至第 15 頁）。

12 月 14 日，旅遊局針對上訴人製作了第 192/DI/2007 號實況筆錄（行政卷宗第 136 頁至第 140 頁）。

2008 年 1 月 8 日，上訴人向旅遊局遞交了書面聽證（行政卷宗第 223 頁至第 225 頁）。

2 月 29 日，旅遊局法律顧問製作了第 03/DLI-P/2008 號意見書，在此視為完全轉錄（行政卷宗第 534 頁至第 551 頁）。

3 月 4 日，旅遊局局長在該意見書中批示，認同意見書中事實的認定及法律的適用，決定因上訴人違反了經 42/2004 號行政法規修改的第 48/98/M 號法令第 68 條第 1 款及第 2 款 a) 項的規定，根據同一法令第 87 條第 1 款及第 85 條第 1 款的 1 規定，對上訴人分別科處澳門幣玖仟圓及貳萬伍仟圓，合共澳門幣參萬肆仟圓的罰款。

就上述批示，旅遊局局長於 3 月 12 日向上訴人發出第 14/2008 號通知令（行政卷

宗第 552 頁 )。

上訴人就上述決定提起本司法上訴案。

\*

#### 1. 適用的法律

本文中，被訴當局認定：

- 1) 上訴人強迫遊客參加自費節目，向遊客表示必須參加自費項目才能安排當日的晚餐及住宿時，隱瞞相關膳宿已經確保的事實，嚴重違反了經 42/2004 號行政法規修改的第 48/98/M 號法令第 68 條第 1 款的規定，因此對其處以澳門幣玖仟圓的罰款；
- 2) 上訴人將遊客帶往即定及特定的場所購物，其目的是使上訴人在遊客的消費中取得金錢上得益 ( 第 03/DLI-P/2008 號意見書中譯本第 12 頁，行政卷宗第 567 頁 )，違反了經 42/2004 號行政法規修改的第 48/98/M 號法令第 68 條第 2 款，因此根據同一法令第 85 條第 1 款的規定對上訴人處以澳門幣貳萬伍仟圓的罰款。

\*

10 月 26 日公佈的第 48/98/M 號法令原相關規定如下：

#### **『第六十八條**

#### **( 職業道德規定 )**

一、導遊及接送員向旅客提供資訊時應嚴格忠於事實。

二、禁止導遊引誘旅客：

a) 在旅遊行程未有安排的情況下進入賭場及其他博彩場地；

- c) 參與任何形式之幸運博彩；
- d) 在既定及特定之場所購物。...

### **第八十三條**

#### **(無工作證之導遊)**

- 一、違反第六十六條第一款之規定，對違法者科澳門幣 5,000.00 元至 10,000.00 元之罰款。
- 二、如違法者係為旅行社服務，旅行社亦被科以相同金額之罰款。...

### **第八十五條**

#### **(未經許可之行為)**

- 一、如違反第六十八條第二款之規定，對違法者科澳門幣 1,000.00 元至 5,000.00 元之罰款。
- 二、第八十三條第二款之規定適用於上述類型之違法行為。...

### **第八十七條**

#### **(錯誤資訊)**

如導遊提供嚴重歪曲事實之資訊，對違法者科澳門幣 1,000.00 元至 5,000.00 元之罰款。』

經 42/2004 號行政法規修改的第 48/98/M 號法令中的相關條文規定如下：

### **『第六十八條**

#### **(職業道德規定)**

- 一、導遊及接送員向旅客提供資訊時應嚴格忠於事實。

二、導遊及接送員在執行職務時禁止：

- a) 誘導旅客在既定及特定之場所購物；
- b) 藉提供屬本法規範圍內之服務，向另一導遊要求或收受金錢、財產利益或任何其他利益；
- c) 參與任何形式之幸運博彩；
- d) 推銷及售賣商品。...

### **第八十三條**

#### **( 非法從事導遊及接送員職業 )**

- 一、違反第六十四條第二款及第六十七-B 條第三款之規定者，科澳門幣 20,000.00 元至 30,000.00 元之罰款。
- 二、對旅行社則科等同於違法者雙倍罰款之罰款。...

### **第八十五條**

#### **( 未經許可之行為 )**

- 一、違反第六十八條第二款之規定者，科澳門幣 20,000.00 元至 30,000.00 元之罰款。
- 二、第八十三條第二款之規定適用於上述類型之違法行為。...

### **第八十七條**

#### **( 錯誤資訊 )**

- 一、如導遊、接送員或旅行社所提供之資訊嚴重歪曲事實，科澳門幣 5,000.00 元至 10,000.00 元之罰款，但必須符合下列所有前提：

- a) 本身職務要求知悉有關事實；
- b) 正確解說有關事實是平常執行本身職務之固有責任；
- c) 提供有關錯誤資訊可對顧客造成重大損害，或意圖為本人或第三者謀取不正當利益。

二、上款規定事實即使是由導遊或接送員作出，但可歸責為旅行社之作爲或不作爲時，則對旅行社科上款所定限額內之罰款。』

\*

本文中，被訴當局適用了經 42/2004 號行政法規修改的第 48/98/M 號法令。該行政法規對原法令做了多方面的修訂，包括加重了不遵守導遊職業道德的處罰，創設了當導遊提供錯誤資訊時對旅行社的處罰（上述經修改的法令第 85 條第 1 款、第 87 條第 1 款及第 2 款）。

因此，我們首先必須探討能否透過行政法規獨立創設或加重原有法令所規定的行政處罰。

就行政法規的法律屬性及地位，終審法院、中級法院及本院均認定它不是立法權的產物，只是行政機關行使行政權時制定的具一般性和抽象性的規範，屬廣義的法律規範。根據傳統法淵源學說，其位階低於狹義之法律規範，所以受合法性原則所羈束。（詳見終審法院於 2007 年 7 月 18 日在卷宗編號 28/2006 作出之判決、中級法院於 2007 年 12 月 13 日在卷宗編號 223/2005 作出之判決，行政法院於 2006 年 10 月 19 日及 2008 年 5 月 6 日分別在卷宗編號 38/05-EF 和 412/07-ADM 作出之判決）。

關於合法性原則之起源及發展，駐本院之檢察官曾在本院編號 358/06-ADM 卷宗內的意見書中作出詳盡的介紹，內容如下：

『...1.2- 合法性原則的含義及適用範圍

既然行政法規是行政權的運行形式，那麼，任何行政法規均須遵守澳門《行政程序

法典》第 3 條規定了合法性原則，其第 1 款行文如下：公共行政當局機關之活動，應遵從法律及法且在該機關獲賦予之權力範圍內進行，並應符合將該等權力賦予該機關所擬達致之目的。第 1 款的內容揭示了行政合法性原則的三個要點，即：遵從「法律」及「法」、不得超越權限範圍、符合立法者在賦予權力時所設定的目的。

值得著重強調的是，這裡的“遵從”不僅僅意味著「法律優先」，也同樣意味著「法律保留」(Lino Ribeiro e José Cândido de Pinho: Código do Procedimento Administrativo de Macau - Anotado e Comentado, pp.57 a 61)。終審法院在第 28/2006 號程序中的判決也明確承認法律優先和法律保留。

其實，早在 2000 年 5 月 3 日的裁判中 - - 參見第 9/2000 號案件，終審法院就言簡意賅地論述過「行政合法性原則」的演進及其構成，它精辟指出：“起初，行政合法性原則表現為相容性原則：政府行政行為不得違反適用於它的法規，稱為法律至上原則。”“後來，合法性原則演變為要求政府的每一行政行為符合生效法律的具體規定，政府行政行為與法律規定相一致，被稱之為法律規定原則。”（這份裁判之中文譯本中出現的“法律規定原則”即是“法律優先原則” - - 引者注）

終審法院進一步明確指出（引用時對部分原文做了文字修改，著重號皆為引者所加）：在自由競爭時代，法律保留原則或符合法律原則的基本含義是，法律保留涵蓋對自由和財產的一切侵害性干預。.....第一次世界大戰後，自由法治國演變為社會法治國，對個人保護的領域，由集中於自由和財產，已擴大到了包括“國家得准許或拒絕的、對個人生活影響非淺的屬於經濟、社會或文化性質的給付（服務）領域。”在「注 40」中，該判決還引用了 Marcello Caetano 教授的精彩論述，這位大師提醒我們：“在我們的法律中，公共行政機關在法律定理或允許的範圍內活動 - - 它不可以做法律未禁止的一切活動，對私人才適用這樣的邏輯；它的活動是被積極調整的，因此，它只能作法律准許它做的事情。”

用 Freitas do Amaral 教授的學說來講：法律優先的含義是，位階 ( categoria ) 低於法律 ( lei ) 的任何行為均不得抵觸 ( contrariar ) 法律，否則即非法；法律保留意味著，在沒有「法律依據」 ( fundamento legal ) 時，至少不得制定侵害性的行政規章 ( 包



括行政法規)或作出侵害性的行政行為;故此,法律不再僅是行政活動的界限,也是行政活動的根據(Freitas do Amaral: *Direito Administrativo*, vol.II, Lisboa, 1989, pp.45 e 58) 質言之,行政活動不僅不得抵觸法律,亦不得超越法律。

正如終審法院在第 28/2006 號程序之判決中所準確指出的那樣,澳門《基本法》沒有集中列舉法律保留的事項,規定法律保留事項的條文是分散的;此外“不能從《基本法》的任何規定中可以得出行政法規不能設定針對個人的義務或限制的結論。”確實,《基本法》沒有明確規定「行政違法」及其處罰制度(*regime sancionatório*)是法律保留的事項--其第 29 條只是將犯罪與刑罰定為法律保留的事項。儘管《基本法》對此沒有做出明確規定,在我們看來,創立(*criar*)行政違法及相應的處罰制度應屬於法律保留的事項。

從起源上來說,法律保留原則發端於 19 世紀的干涉行政,是 19 世紀作為憲政工具所發展起來的一項重要原則,其最初的含義是:行政機關如果要對私人的財產和自由進行干預,必須得到議會所制定之法律的明確許可,亦即,為了保障人民的權益,行政機關在實施干預性行政活動時必須有具體明確的法律依據,否則行政活動就是不合法(黃學賢:《行政法中的法律保留原則研究》,載於《中國法學》2004 年第 5 期)。時至今日,不論在葡萄牙還是在德國,法律保留構成合法性原則的組成部分已屬於社會共識,學術界如今存爭議的是法律保留的適用範圍。

隨著社會的演進,德國法律界提出了「干預保留(侵害保留)說」、「全面保留說」、「部分保留說(折衷說)」及通過聯邦憲法法院的判決而形成的「重要性理論」或曰「本質事項保留說」(吳万得:《德國法律保留原則的適用範圍及其學說》,載於《東吳法學》2001 年號)。值得澄清的是,其餘的學說(全面保留說、部分保留說、本質事項保留說)都不是對「干預保留(侵害保留)說」的否定,宗旨皆在於擴大法律保留的範圍以彌補「干預保留(侵害保留)說」的不足。

黃學賢精闢指出:雖然隨著現代行政的發展,侵害行政的領域越來越小,但是公共利益與私人利益的矛盾在任何時候都是始終存在的,而當公共利益與私人利益發生矛盾,使得犧牲私人利益成為必要時,侵害行政就不可避免。但是任何侵害行政都必須奉

行法律保留原則，而且在影響到相對人基本權益時，還必須有議會法的保留。在這一點上現代行政法上的法律保留與傳統行政法的法律保留可以說是一致的。所不同的是現代行政法上的法律保留更加強調法律應當對侵害行政的對象、內容、程序以及相應的法律後果等作出明確的規定，以使得侵害行政不僅可以預見，而且可以衡量。

在我國內地，應松年教授明確將法律保留列為“依法行政的內涵”之一（見《依法行政論綱》，載於《中國法學》1997年第1期）；至於設定行政處罰的權限，胡錦光先生告訴我們：“行政處罰設定權屬於立法權範疇，是國家立法機關行使立法權的表現，這在學術界已經形成共識”（見《行政處罰研究》，法律出版社1998年版第56頁）。由於學術界在借鑑、引進、繼受和移植國外法學理論方面的不懈努力，全國人大制定的《中華人民共和國行政處罰法》終於在行政處罰領域率先明文確立了法律保留原則。（金承東：《論行政法律保留原則》，載於《浙江社會科學》2002年第1期）

中國臺灣「司法院」之大法官會議在第313、402及619號釋文中宣告：對於人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。第614號釋文則指出：憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體體現，不僅規範國家與人民之關係，亦涉及行政、立法兩權之權限分配。給付行政措施如未限制人民之自由權利，固尚難謂與憲法第二十三條規定之限制人民基本權利之法律保留原則有違，惟如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項者，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，主管機關始得據以訂定法規命令。

分析我國內地和臺灣之法律制度的演進可以看出，行政違法和行政處罰方面的制度皆奉行法律保留原則。在澳門，第52/99/M號法令第9條明確規定《刑法典》第1條第1及3款（經必要配合後）適用於行政違法之實體制度。鑒於此，即使我們不考慮中國內地、中國臺灣、德國和葡萄牙在這方面的學說，在適用《行政程序法典》第3條規定的合法性原則時也應接受並堅持「干預保留」的理念，亦即，行政處罰的構成要件及數額應由法律定之或由行政權依據法律事先的明確授權定之。...』

述意見書引用了不同學者的見解，多角度地對有關問題作出了精闢的研究和分析，從而論證了創設行政處罰，屬相對法律保留之事項，即行政機關在沒有得到資格性法律

許可下，不得以獨立之行政法規創設行政處罰。

院對上述見解完全贊同，並將上述意見書中對有關問題的論證，在此視為完全轉錄，作為本判決理由之組成部份。

事實上，根據澳門《基本法》第 42 條第 2 款之規定，澳門居民享有的權利和自由，除依“法”規定外不得限制。

這裡所指的“法”，應理解為立法權之產物，因只有狹義的法律或經其預先資格許可之行政法規，才可對公民的權利、自由與保障作出限制。

而將某些行為定性為行政上之違法行為並為此制定相應之金錢處罰，毫無疑問是對公民的自由和權利作出限制，屬侵害性的行政活動。試問，創設新稅項須以狹義的法律為之，因其對公民的財產作出侵害，那麼將某些行為定為行政上之違法行為並為此制定相應之金錢處罰，不是更有此必要嗎？否則當行政機關欲開徵新稅項以增加財政收入得不到立法機關通過時，可自行透過行政法規，設立新的行政處罰並處高額罰款，便可達到同樣目的。若是這樣，也就沒有法治可言了！

從而可見，創設行政處罰屬相對法律保留事項，不但是法治社會的共識，也是其精髓價值之一。

回歸前，根據《澳門組織章程》第 31 條第 1 款 d)項和第 4 款之規定，創設行政處罰屬法律保留事項，立法會和總督均有權立法。

回歸後，行政長官不再享有立法權(這一點已獲得一致的認同)，但並不因此改變創設行政處罰是法律保留事項之屬性，如上所述，這是法治社會之共識和其精髓價值之一。

現在讓我們分析是否存有資格性法律許可的問題。

第 52/99/M 號法令(行政上之違法行為之一般制度及程序)第 2 條第 1 款和第 3 條第 1 款分別規定如下：

「第二條 (行政上之違法行為之概念)

一、行政上之違法行為係指單純違反或不遵守法律或規章之預防性規定之不法事實，而該事實不具輕微違反性質，且規定之處罰屬金錢上之行政處罰，稱為罰款。

二、...

### 第三條 (適用制度)

一、適用於行政上之違法行為之實體及程序制度，由規定及處罰該等行為之法律或規章訂定。

二、...

三、...」

從上述兩個條文的字面含義中，似乎已許可行政當局透過規章(regulamento)訂定行政處罰。

然而，法律解釋不應僅限於法律之字面含義，尚應尤其考慮有關法制之整體性、制定法律時之情況及適用法律時之特定狀況，從有關文本得出立法思想（民法典第 8 條第 1 款）。

第 52/99/M 號法令是回歸前所制定及頒佈實施的。而回歸前，從未出現過獨立之行政規章創設行政處罰，所有設立行政處罰之規章均被法律或法令核准。而該等規章成為核准法律或法令的組成部份，所以雖有規章之名，但實質是法律或法令。例如市區房屋稅規章、印花稅規章等等。

因此，上述法規中所指之規章，不可能是指獨立創設行政處罰之行政法規，更不可理解為回歸後獨立創設行政處罰的行政法規之資格性法律許可。

上述論點同樣適用於加重行政處罰方面。此外，回歸前，根據《葡萄牙共和國憲法》及《澳門組織章程》的規定，由立法會制定的法律及澳門總督制定的法令構成澳門狹義的“法律”，且法令的地位等同法律。換言之，法令是澳門總督行使立法權的產物，故其修改亦必須由立法機關為之。

\*

## 2. 被訴當局的處罰決定

在本個案中，第一個處罰決定是根據經 42/2004 號行政法規修改的第 48/98/M 號法令第 87 條第 1 款作出的，但該條文經上述行政法規修改了構成相關處罰的事實前提，同時加重了有關處罰，且沒有任何狹義法律之預先資格許可，因此是違法的，應拒絕適用。

同樣，被訴當局的第二個處罰決定是根據經 42/2004 號行政法規修改的第 48/98/M 號法令第 85 條第 1 款作出的，但該條文經上述行政法規修改，加重了有關處罰，且沒有任何狹義法律之預先資格許可，因此是違法的，亦應拒絕適用。

在一般情況下，依據違法規範作出之行政行為，其後果應是可撤銷而非無效。然而，在本個案中所涉及的是行政處罰行為。

根據第 52/99/M 號法令所制定之《行政上之違法行為之一般制度及程序》第 3 條第 3 款和第 9 條的規定，在行政上之違法行為之實體制度方面，經適當配合後，適用澳門《刑法典》的基本原則和部份規定，當中包括「罪刑法定」原則。

澳門《刑法典》第 1 條第 1 款明確規定，事實可受刑事處罰，以作出事實之時，其之前之法律已敘述該事實且表明其為可科刑者為限。

若將某些行為定性為違法行為並為此制定相應處罰的規範被裁定違法時，那麼便等同於沒有任何規範將那些行為定為違法行為。在此前提下，以有關規範作為依據之處罰行為，應屬無效而非只是可撤銷，因欠缺主要要素(《行政程序法典》第 122 條第 1 款)，且涉及公民之清白和自由，有可能令其因被處罰而失去某些權利或妨礙其取得某些權利。

基於此，被訴當局的兩個處罰決定均無效。

然而，綜合分析卷宗所有資料，包括旅行團領隊的聲明，眾多遊客的來函，上訴人及其他 3 名導遊、4 名旅遊車司機的聽證筆錄，治安警察局的報告書，本院認定上訴

人曾向遊客表示必須參加自費項目才會獲安排當晚的用餐和酒店，有關行為構成了向遊客提供嚴重歪曲事實的資訊，應按照 10 月 26 日公佈的第 48/98/M 號法令的原條文加以處罰。

至於上訴人及其他 3 名導遊將遊客帶往的 3 間商店，“XX 珠寶店”、“XX 服飾廣場”及“XX 老餅家”，在「XX 國際旅行社」行程表中僅指參觀三間商店，但沒有指明商店名稱，而各遊客最終被帶往的商店是由旅行社向上訴人及其他 3 名導遊事前指定的。

儘管本卷宗的資料可以證明上訴人及其他 3 名導遊將遊客帶往即定及特定的場所購物，卻無從證明他們曾“引誘”旅客在該等場所購物。作為處罰前提，法律要求的是導遊曾作出誘導性行為（induzir），單純將遊客帶往特定的場所購物並不構成有關處罰前提。所謂引誘（induzir），是指使用不正當手段使他人作為或不作為。

因此，由於未能證明上訴人曾引誘遊客在即定及特定的場所購物，被訴當局的第二個處罰決定亦存有事實前提的錯誤。

\*

### 3. 對上訴人的處罰

根據《行政訴訟法典》第 118 條第 2 款的規定，即使法院判處上訴理由成立，但認為上訴人應被判罰時，須為此在判決中訂定罰款之金額，以及附加處罰之種類及期間。

綜合分析本卷宗及其附卷的所有資料後，本院認為上訴人確實違反了第 48/98/M 號法令第 68 條第 1 款的規定，並受同一法令第 87 條第 1 款之處罰，理由是其向遊客表示只有參加了自費活動才能安排當天的膳宿，嚴重歪曲了事實真相。

如上所述，經第 42/2004 號行政法規第 1 條修改的第 48/98/M 號法令第 87 條第 1 款因違法在本案不被適用，因此應按原規定對上訴人作出處罰。

10 月 26 日公佈的第 48/98/M 號法令第 75 條規定：

**「第七十五條**

**( 限度及標準 )**

處罰係根據本法規規定之限度定出，並須考慮：

- a) 違法行為之性質及情節；
- b) 對顧客、第三人及澳門特別行政區旅遊方面之形象造成之損害；
- c) 旅行社之違法前科。」

上訴人為取得個人利益，以當晚的膳宿為要脅，向遊客施壓，強迫遊客參加自費活動，希望從中抽取部分費用作為其本人的額外收益，其行為嚴重違反了導遊的職業操守，激發了遊客的不滿情緒，從而誘發了繼後的衝突，有關事件被內地及本澳傳媒作出了廣泛報導，不僅對眾多遊客造成了巨大影響，更嚴重破壞了澳門旅遊城市的形象，上訴人雖然沒有前科，但這種行為需要特別加以譴責，因此，應對其處以澳門幣貳仟圓的罰款。

\*

綜上所述，本院決定如下：

- 一. 宣告經第 42/2004 號行政法規第 1 條修改的第 48/98/M 號法令第 87 條第 1 款及第 85 條第 1 款違法，拒絕在本案中適用；
- 二. 宣告被訴行為無效；
- 三. 根據《行政訴訟法典》第 118 條第 2 款、10 月 26 日公佈的第 48/98/M 號法令第 75 條及第 87 條的規定，判處上訴人罰款澳門幣貳仟圓。

無須支付訴訟費用。

作出適當通知。

Não se conformando com essa sentença, vieram quer a entidade administrativa recorrida quer a particular recorrente recorrer da mesma.

A entidade administrativa pedindo e concluindo que:

- I. O tribunal a quo entende que o Regulamento Administrativo n.º 42/2004, de 30 de Dezembro é, na sua totalidade, ilegal;
- II. Por entender que o Chefe do Executivo da RAEM não detém poder legislativo e que a criação de infracções administrativas novas ou o agravamento de infracções existentes, constituem matéria sujeita a reserva de lei;
- III. Diferentemente, entende a entidade Recorrida que o Chefe do Executivo (Governo da RAEM) detém, nalgumas matérias, poder legislativo originário e que, no âmbito das mesmas, pode criar uma regulamentação nova ou alterar um Decreto-Lei preexistente;
- IV. Pois a LB, ao permitir ao Chefe do Executivo emanar Regulamentos Administrativos, reconhece-lhe competência para regulamentar determinadas matérias, de forma independente, desde que as mesmas não estejam reservadas à Assembleia Legislativa;
- V. Esse poder do Chefe do Executivo caracteriza-se por ser um poder normativo independente, originário e directamente emergente da LB;
- VI. A matéria regulada pelo Regulamento Administrativo n.º 42/2004 não constitui matéria reservada à Assembleia Legislativa nem cabe, sequer, no âmbito das matérias de competência concorrential entre os dois órgãos do poder;



- VII. Mas constitui uma matéria que cabe na exclusiva competência do Governo porque decorre do artigo 129.º da LBM, onde se estabelece, no parágrafo 1.º que "O Governo da Região Administrativa Especial de Macau determina, por si próprio, o sistema relativo às profissões (. . .);
- VIII. Pelo que o Governo podia regular sobre a mesma, quer criando um regime novo, quer alterando um regime preexistente aprovado por Decreto-Lei;
- IX. O sistema tal como delineado pela LB também não se compadeceria de uma limitação ao poder regulamentar do Executivo, sob pena deste se ver incapaz de dar cumprimento dos seus objectivos e salvaguardar de forma rápida e eficiente os interesses públicos que tem por missão prosseguir;
- X. O Tribunal de Última Instância (TUI) também já entendeu, em acórdão proferido em processo diferente, que um Regulamento Administrativo pode criar um regime legal sancionatório materialmente novo;
- XI. Por entender que o Chefe do Executivo e o Governo podem aprovar regulamentos apenas com fundamento na Lei Básica, fora das matérias reservadas à lei pela Lei Básica (princípio da reserva de lei) e sem prejuízo do princípio da prevalência da lei;
- XII. A entidade Recorrida não concorda, igualmente, com o entendimento do tribunal a quo, segundo o qual no n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 52/99/M, de 4 de Outubro, a expressão "regulamentos" não abarca os actuais (p ó s 20 de Dezembro de 1999) Regulamentos Administrativos;
- XIII. Uma vez que também tal norma legitima a intervenção legislativa do

Governo em matérias do foro sancionatório;

- XIV. Mas, mesmo que assim não se entenda, não existe qualquer norma na Lei Básica que impeça os regulamentos administrativos de criar deveres ou restrições sobre os particulares;
- XV. Pois de harmonia com o estabelecido no artigo 40.º da LB, os regulamentos não podem é impor restrições aos direitos fundamentais, a que se refere o Capítulo III da Lei Básica e aos direitos previstos nos Pactos mencionados nesse artigo 40.º, matéria essa que deve constar de lei;
- XVI. O RA n.º 42/2004 que veio alterar as normas reguladoras da actividade de agência de viagens e da profissão de guia turístico é, por tudo isto, legal e plenamente válido no ordenamento jurídico de Macau;
- XVII. A entidade Recorrida também não aceita que o acto recorrido enferme de erro nos pressupostos de facto porque a situação fáctica, fixada pelo tribunal a quo, é subsumível à norma constante da alínea a) do n.º 2 do artigo 68.º do Decreto-Lei n.º 48/98/M;
- XVIII. O acto recorrido continha as razões de facto que determinaram a sua prática porque do processo constam provas das circunstâncias de facto que demonstravam que a Recorrente induziu os turistas a efectuar compras em estabelecimentos certos e determinados;
- XIX. E da própria matéria de facto, dada como provada pelo tribunal a quo, se infere que houve indução, por parte dos guias, para que os turistas fizessem compras em lojas certas e determinadas;

XX. E por esse motivo, reitera a DST que a Recorrente ser punida ao abrigo da alínea a) do n.º 2 do artigo 68.º do Decreto-Lei n.º 48/98/M, com a redacção que lhe foi dada pelo Regulamento Administrativo n.º 42/2004;

XXI. Por último, não concorda a entidade Recorrida com a interpretação que o douto tribunal faz da expressão "induzir" utilizada na lei;

XXII. Para se verificar a indução, neste caso, basta ter existido a persuasão, a sugestão, a insistência, a instigação, numa palavra "levar alguém a ...", não sendo necessário o recurso a meios ilegítimos para consumir essa indução;

XXIII. E resulta de todo o processado e provado que a Recorrente induziu os turistas a fazer compras naqueles estabelecimentos certos e determinados, escolhidos por si e pelos seus colegas, o que lhe estava vedado por lei.

Nestes termos e nos melhores de direito aplicáveis, que V. Ex.as. doutamente suprirão, deve o presente recurso ser julgado totalmente procedente, mantendo-se o acto praticado pelo Exm.º Senhor Director da DST e revogando-se, em conformidade, a sentença recorrida, fazendo V. Exas., mais uma vez, JUSTIÇA!

Por sua vez, a particular A concluiu pedindo:

1. Os depoimentos dos turistas e guias da China prestados perante a entidade recorrida ou por meio de carta violam o princípio da imediação e da plena participação dos juízes, o princípio da audiência

contraditória e o princípio da oralidade pelo não devem ser admitidos nos autos.

2. A prova produzida pela entidade recorrida nos autos relativa à conduta da recorrente não faz, como prova documental, prova dos factos compreendidos no depoimento dos turistas e guias da China prestados perante a entidade recorrida ou por meio de carta.
3. Uma vez invalidada a prova em causa, não existe qualquer prova nos autos de que a recorrente haja prestado informações que deturpam grosseiramente a realidade dos factos.
4. A sentença recorrida, ao condenar a recorrente no pagamento de uma multa por ter prestado informações que deturpam grosseiramente a realidade dos factos, violou os princípios referidos, bem como o disposto no artigo 87º do Decreto-lei n.º 48/98/M, de 3 de Novembro (versão original), nos artigos 438.º, 440.º, 444.º e seguintes e 540.º do Código de Processo Civil, no artigo 253.º do Código de Processo Penal e nos artigos 365º e 370º do Código Civil de Macau.

Nestes termos e nos demais de Direito, que Vossas Excelências doutamente suprirão, deve o presente recurso ordinário ser julgado procedente e, por conseguinte, anulada a decisão recorrida por violação de lei e insuficiência da matéria de facto.

## II

Foram colhidos os vistos, cumpre conhecer.

## **Recurso do Director dos Serviços de Turismo**

Conforme resulta do disposto nos art<sup>os</sup> 563<sup>o</sup>/2, 567<sup>o</sup> e 589<sup>o</sup>/3 do CPC, ex vi do art<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> do CPAC, são as conclusões do recurso que delimitam o seu objecto, salvas as questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras e as que sejam de conhecimento officioso.

Assim, as seguintes questões que constituem o objecto do presente recurso:

- 1. da legalidade do Regulamento Administrativo n<sup>o</sup> 42/2004; e**
- 2. do erro nos pressupostos de facto**

### **1. da legalidade do Regulamento Administrativo n<sup>o</sup> 42/2004**

Nos termos permitidos pelo disposto no art<sup>o</sup> 631<sup>o</sup>/5 do CPC, ex vi do art<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> do CPAC, a propósito da questão da legalidade do Regulamento Administrativo n<sup>o</sup> 42/2004, é nos de louvar e dar por integralmente reproduzido o julgado em primeira instância, quer quanto à decisão, quer quanto aos respectivos fundamentos para julgar improcedente recurso nesta parte.

Ao que nos limitamos a acrescentar que dado o carácter sancionatório das normas em causa (os art<sup>os</sup> 83<sup>o</sup>/2, 85<sup>o</sup>/1 e 87<sup>o</sup>/2 do D. L. n<sup>o</sup> 48/98/M, com a nova redacção dada pelo Regulamento Administrativo n<sup>o</sup> 42/2004), a ilegalidade dessas normas não pode ser retroactivamente sanada pelo art<sup>o</sup> 10<sup>o</sup> da Lei n<sup>o</sup> 13/2009.

### **2. do erro nos pressupostos de facto**

O Tribunal a quo declarou a nulidade do acto administrativo por ter aplicado normas ilegais.

E diz ex abundantia que, mesmo não entendesse assim, é de anular o acto por erro nos pressupostos de facto.

Só por mero gosto do exercício académico, é de salientar que houve efectivamente erro nos pressupostos de facto.

Para o Tribunal, não resultam da matéria de facto provada quaisquer factos demonstrativos de que os quatro guias chegaram a induzir os turistas a efectuar compras em estabelecimentos para onde os levaram.

É verdade, lida a matéria de facto assente, não vimos a tal “indução” .

Entende a ora recorrente que se infere que houve indução da própria matéria de facto.

À excepção da circunstância de uma percentagem das quantias gastas nas compras efectuadas nas lojas reverter para o benefício pessoal, de que a recorrente tentou inferir a conclusão de que houve indução por parte dos quatro guias, os outros factos que a ora recorrente alegou agora na petição do recurso não passam da interpretação que ela própria fez dos elementos existentes nos autos, mas não da matéria de facto dada por assente na sentença de primeira instância.

Quanto à reversão de uma certa percentagem das quantias gastas por turistas nas lojas a favor dos guias, limitamo-nos a dizer que essa circunstância de per si não tem a virtualidade de os levar a concluir que houve efectivamente indução, quanto muito uma circunstância que estimula a vontade de trabalhar dos guias em causa.

### **Recurso da particular A:**

Na óptica da recorrente A, ao condená-la no pagamento de uma multa com base nos factos compreendidos no depoimento dos turistas e guias da China, a sentença recorrida violou os princípios da imediação, da plena participação dos juizes, da audiência contraditória e da oralidade, por aqueles depoimentos prestados perante a entidade recorrida ou por meio de carta constituírem provas inadmissíveis.

Na esteira do douto ensinamento do Prof. Vieira de Andrade, um dos princípios gerais do processo administrativo relativos à prova é o princípio da universalidade dos meios de prova, por força do qual, são admissíveis todos os meios de provas desde que não tenham sido obtidos por métodos proibidos determinados por normas constitucionais - vide Vieira de Andrade, in *A Justiça Administrativa*, 10<sup>a</sup> Edição, pág. 504.

Não vimos obstáculos impeditivos da aplicação, *mutatis mutandis*, desse douto ensinamento no nosso ordenamento jurídico, dada a similitude existente entre contencioso administrativo português e o da RAEM..

Assim, encontramos em Macau os métodos proibidos de provas especificados no art.º 113.º do CPP, que visa concretizar os normativos constitucionais dos art.ºs 28.º a 32.º da Lei Básica.

Atento ao preceituado no 113.º do CPP, são absolutamente proibidas as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral ofensa da integridade física ou moral da pessoa e relativamente proibidas as obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

Não se integrando evidentemente os depoimentos prestados perante a entidade administrativa nem por via de cartas em qualquer das hipóteses previstas do citado artº 113º do CPP, as tais provas produzidas ou adquiridas no procedimento administrativo não são inadmissíveis e portanto susceptíveis de ser valoradas e aproveitados pelo Tribunal.

A favor desse argumento nosso, podemos ainda invocar que a aplicação dos princípios da imediação e da oralidade no procedimento administrativo não é opção do nosso legislador, uma vez que face ao disposto do artº 85º/2 do CPA, o órgão competente para a decisão pode delegar a competência para a direcção da instrução em subordinado seu, excepto nos casos em que a lei imponha a sua direcção pessoal.

In casu, não havendo uma norma excepcional que afasta a regra geral da delegabilidade da competência para a direcção da instrução pelo Director dos Serviços de Turismo, é de concluir que não é de censurar a valoração, sem imediação nem oralidade, por essa entidade decisora, das provas previamente produzidas perante o delegado seu, para proferir a última palavra da Administração.

Assim sendo, se o Tribunal é incumbido de apreciar, por via do recurso contencioso, a legalidade da actuação da Administração, não se compreende porquê é que, para ajuizar a bondade do acto administrativo objecto do recurso, não pode valorar as provas já produzidas e devidamente documentadas no procedimento administrativo.

Creemos ser suficiente para julgar improcedente o recurso da particular recorrente A.

Tudo visto resta decidir.



### III

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam negar provimento aos recursos.

Custas pela particular recorrente A.

Sem custas a cargo da entidade administrativa por isenção subjectiva.

Registe e notifique.

RAEM, aos 9 de Junho de 2012”

Depois da discussão do projecto, saíu o Relator vencido na parte da questão da ilegalidade do Regulamento Administrativo nº 42/2004 e o 1º Juiz adjunto passou a relatar tão só a parte em que a maioria se venceu, nos seguintes termos, mantendo-se os restantes fundamentos do projecto:

Quanto à questão de (i)legalidade do Regulamento Administrativo, limitaremos-nos a manter a posição já assumida nos acórdões proferidos neste TSI, entre outros, o de 19 de Janeiro de 2012 no processo nº 227/2010, em conformidade dos quais se vem entendendo não haver violação da lei o referido Regulamento Administrativo, dando-se por válidos todos os fundamentos neles tecidos para a decisão da presente questão.

Sendo assim, é de:

- Conceder provimento ao recurso da entidade recorrida, revogando a sentença da parte que se declarou ilegal o referido RA nº 43/2004;

- Negar provimento ao recurso do particular **A(A)** ;
- Baixar os autos para o Tribunal Administrativo para a aplicação da multa em conformidade com o Regulamento em causa.

Custas pela recorrente particular.

RAEM, aos 5 de Julho de 2012

(Primeiro Juiz-Adjunto)  
Choi Mou Pan

(Segundo Juiz-Adjunto)  
João A. G. Gil de Oliveira

(Relator)  
Lai Kin Hong  
Vencido, enquanto relator primitivo, nos precisos termos do projecto do Acórdão que elaborei e aqui integralmente reproduzido.

Estive presente  
Mai Man Ieng