

**Processo nº 306/2019**

**Data do Acórdão: 30SET2020**

**Assuntos:**

**Princípio da territorialidade**

**Aplicação no espaço do Direito Administrativo da RAEM**

**Lugar da prática de factos**

**Competência da Administração da RAEM**

**Actividades publicitárias**

**Autorização dos Serviços de Saúde para a divulgação dos conteúdos publicitários sobre serviços médicos**

**Âmbito de recursos jurisdicionais**

**Valoração de provas**

**Matéria de facto**

**Erro nos pressupostos de facto**

## **SUMÁRIO**

1. Por força do princípio da territorialidade, a competência administrativa territorial da RAEM deve conter-se estritamente dentro dos limites territoriais da RAEM, enquanto o âmbito da aplicação no espaço do direito administrativo da RAEM se limite, em princípio, aos mesmos limites territoriais e aos factos que não-de conter qualquer um dos elementos de conexão com o espaço territorial sobre o qual a RAEM exerce a sua competência administrativa.
2. Não sendo expressamente qualificados pela lei como crimes nem contravenções, os ilícitos previstos na Lei nº 7/89/M,

consistentes em actos divulgadores de mensagens publicitárias ilícitas, não verdadeiras e ofensivas aos princípios da livre e leal concorrência e da defesa do consumidor e puníveis apenas com pena pecuniária, devem sujeitar-se ao regime geral das infracções administrativas estabelecido no Decreto-Lei nº 52/99M.

3. Para a determinação do lugar da prática da infracção administrativa prevista e punida pelo artº 16º/1 e 27º/1-c) pela Lei nº 7/89/M, deve ser considerada o lugar dos factos a RAEM, onde os potenciais utentes ou consumidores residentes podem ter acesso, através da simples visita ao website e à conta de B, às mensagens publicitárias, que visem dirigir a atenção das pessoas para os serviços médicos de reprodução artificial, uma vez que a disponibilidade daquelas mensagens no website e na conta B deve ser entendida como o resultado típico, ou pelo menos, um dos elementos constitutivos da infracção administrativa, por força do princípio geral do direito penal sobre a determinação do lugar dos factos, consagrado no artº 7º do Código Penal, aplicável *ex vi* do artº 3º/3 do Decreto-Lei nº 52/99M.
4. Os recursos jurisdicionais são meio para obter o reexame de questões já submetidas à apreciação dos tribunais inferiores, e não para criar decisões sobre matéria nova, não submetida ao exame do tribunal de que se recorre. Assim, o recorrente não pode suscitar *ex novo* em sede de recurso jurisdicional questões que não tenham sido submetidas à apreciação na primeira instância.
5. Quer em sede de procedimento administrativo quer no âmbito do recurso contencioso, a admissão de uma simples prova

documental não lhe confere a força probatória plena vinculativa, isto é, não quer dizer que os factos demonstráveis pela mensagem contida na prova terão de ser necessariamente dados por provados pela entidade a que compete julgar a matéria de facto assente.

6. Se o recorrente entendesse que um facto deveria ter sido dado por provado e levado em conta pela Administração no acto administrativo contenciosamente recorrido, ele teria de impugnar, em sede de contencioso de anulação, a matéria de facto tida por assente pela Administração pedindo ao Tribunal administrativo a valoração de provas já existentes no procedimento administrativo, com vista à alteração da matéria de facto fixada pela entidade administrativa, de modo a lograr fazer incluir nela o facto que pretende ver provado e atendido na decisão de recurso. Não tendo reagido dessa maneira em sede do contencioso de anulação, já não pode vir impugnar *ex novo* a matéria de facto tida por assente pela Administração, em sede do recurso jurisdicional, que como se sabe, se limita ao reexame de questões já submetidas à apreciação do Tribunal Administrativo.
7. Há erro nos pressupostos de facto quando os factos que sirvam de fundamento a um acto administrativo não são verdadeiros, ou apenas putativos ou erradamente reputados como verdadeiros pela Administração na prática do acto.

O relator

Lai Kin Hong

## Processo nº 306/2019

Acordam em conferência na Secção Cível e Administrativa no Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I

A, Limitada, (doravante simplesmente designada por A), devidamente id. nos autos, tendo sido notificada da decisão do Subdirector dos Cuidados de Saúde Generalizados dos Serviços de Saúde, que lhe aplicou a pena de multa de MOP\$8.000,00, interpôs o recurso contencioso de anulação para o Tribunal Administrativo.

Devidamente tramitado no Tribunal Administrativo, veio a ser proferida a seguinte sentença julgando improcedente o recurso:

A 有限公司，詳細法人身分資料記錄於卷宗內(下稱司法上訴人)，就衛生局一般衛生護理代副局長向其作出科處澳門幣 8,000.00 元罰款之決定，針對衛生局一般衛生護理副局長(下稱被上訴實體)向本院提起本司法上訴，要求宣告被訴行為無效或予以撤銷，理由是被上訴實體絕對無權限，以及被訴行為錯誤適用法律、欠缺說明理由、違反適度原則與一事不二審原則，同時請求命令被上訴實體向其退還已繳付之罰款。

\*

被上訴實體提交答辯，反駁司法上訴人提出之訴訟理由，請求裁定本司法上訴不成立。

\*

於法定期間內，僅被上訴實體提交非強制性陳述，維持答辯狀之結論(見卷宗第 84 頁)。

\*

駐本院檢察官發表意見，認為司法上訴人提出之訴訟理由皆不成立，建議維持被訴行為(見卷宗第 85 頁至第 90 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

\*

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。

不存在待解決之無效、抗辯或其他先決問題以妨礙審理本案之實體問題。

\*

根據本卷宗及其附卷之資料，本院認定以下對案件審判屬重要的事實：

根據衛生局於 2014 年 10 月 22 日發出之編號：AL/364/2014 牌照內容，司法上訴人為“A”之牌照持有人(見附卷第 16 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2014 年 12 月 9 日，衛生局醫務活動牌照科人員制作編號：1772/NI/UTLAP/2014 內部工作備註，指出該局收到檢舉，聲稱於互聯網及 B(軟件)上發現“A”涉嫌違規的情況，經該局人員瀏覽有關網頁(XXX)及 B 帳號內容後，發現上述網頁及 B 帳號的內容均未事先向該局申請審批，違反九月四日第 7/89/M 號法律第 16 條第 1 款之規定，基於“A”涉嫌上載未經該局審批的醫療廣告，故建議提請風順堂區衛生監督協助前往上述場所進行巡查。同年 12 月 11 日，衛生局一般衛生護理代副局長在該內部工作備註上作出同意批示(見附卷第 1 頁至第 15 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2014 年 12 月 30 日，衛生局人員前往“A”進行巡查，並制作非常規性衛生檢查筆錄(見附卷第 16 頁至第 17 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2015 年 2 月 4 日，衛生局醫務活動牌照科人員制作編號：11/PP/UTLAP/2015 建議書，建議向“A”之技術指導 C 醫生錄取聲明。同

年 2 月 10 日，被上訴實體在該建議書上作出同意批示(見附卷第 25 頁至第 27 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2015 年 11 月 24 日，衛生局透過編號：3515/OF/UTLAP/2015 公函通知 C 醫生，該局就上述醫療中心分別於互聯網及 B(軟件)上載涉嫌違規的醫療廣告內容已開立卷宗跟進，並通知其於指定日期及時間前往該局錄取聲明(見附卷第 29 頁至第 30 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2015 年 12 月 4 日，衛生局人員聽取 C 醫生之聲明(見附卷第 37 頁至第 40 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2016 年 7 月 29 日，衛生局醫務活動牌照科人員制作編號：1438/NI/UTLAP/2016 內部工作備註，指出就該內部工作備註所述之情況，“A”違反九月四日第 7/89/M 號法律第 16 條第 1 款之規定，同時考慮涉案網頁內上載大量未經審批的違規醫療廣告內容，違規情節嚴重，故建議按照同一法律第 27 條第 1 款 c)項之規定，科處澳門幣 12,000 元之最高罰款；另促請上述醫療中心在簽收有關通知公函之翌日起計 30 日內，移除涉案網頁及 B 帳號“D”內未經審批的醫療廣告；此外，為確保違法者有被聽取陳述及辯護之權利，建議對“A”進行書面聽證，並通知其自簽收書面聽證通知函之翌日起計 20 日內表明意見。同年 8 月 1 日，衛生局一般衛生護理代副局長在該內部工作備註上作出同意批示(見附卷第 51 頁至第 54 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2016 年 8 月 4 日，衛生局透過編號：2297/OF/UTLAP/2016 公函，將上述決定通知司法上訴人(見附卷第 55 頁至第 57 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2016 年 8 月 24 日，司法上訴人之行政管理機關成員透過訴訟代理人向衛生局局長提交書面聽證及相關文件(見附卷第 62 頁至第 69 頁及其背頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2016 年 8 月 31 日，司法上訴人之行政管理機關成員透過訴訟代理人向衛生局局長補交文件(見附卷第 70 頁至第 71 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2016 年 9 月 19 日，衛生局醫務活動牌照科人員制作編號：1838/NI/UTLAP/2016 內部工作備註，指出九月四日第 7/89/M 號法律第 27 條第 1 款 c)項之規定沒有詳述違規醫療廣告的數量與處罰的準則，該卷宗

與該局另一卷宗涉及不同違規的廣告內容、不同的性質及不同時期檢舉的違規醫療廣告，就有關情況，建議提請法律辦公室針對該局是否可單獨就每一卷宗內違反醫療廣告的事宜按上述法律規定科處罰款，或應將同一醫療場所的所有違規醫療廣告合併處理又或合併作出處罰提供意見。同年 9 月 23 日，衛生局局長在該內部工作備註上作出轉交法律辦公室的批示(見附卷第 72 頁至第 73 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2016 年 11 月 10 日，衛生局法律辦公室人員制作編號：141/GJ/2016 意見書，指出就涉案卷宗關於該局不批准“A”透過網頁“XXX”及 B 帳號“D”上載的醫療廣告，應繼續進行其後續程序，同時建議將第 082/Q/UTLAP/2015 號卷宗歸檔。同年 11 月 29 日，衛生局局長在該意見書上作出同意批示(見附卷第 88 頁至第 101 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2016 年 12 月 12 日，衛生局醫務活動牌照科人員制作編號：499/R/UTLAP/2016 報告書，指出證實“A”違反九月四日第 7/89/M 號法律第 16 條第 1 款之規定，考慮到該醫療中心在得悉有關廣告內容違規後已分別要求 E 移除涉案網頁分頁的內容及將涉案 B 帳號刪除，同時未存有曾違反相同規定被處罰的記錄，且該局未具備證據證明上述之違規行為對第三人造成損害，因而構成減輕相應的違規責任情節，根據同一法律第 27 條第 1 款 c)項之規定，建議向“A”科處澳門幣 8,000.00 元罰款。翌日，衛生局一般衛生護理代副局長在該報告書上作出同意批示(見附卷第 103 頁至第 110 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2017 年 1 月 11 日，衛生局透過編號：41/OF/UTLAP/2017 公函，將上述決定通知司法上訴人，並在通知書中指出司法上訴人可在指定期間內向被上訴實體提出聲明異議或向行政法院提起司法上訴(見附卷第 113 頁至第 118 頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

於 2017 年 2 月 7 日，司法上訴人針對上述決定向本院提起本司法上訴。

\*

在起訴狀中，司法上訴人主張多項訴訟理由，本院現作出審理如下：

### **1. 被上訴實體絕對無權限**

針對此項訴訟理由，司法上訴人主張涉案 B 帳號“D”所刊登之程式及伺服器均位於中國內地而非在澳門特別行政區內，因而認為被上訴實體作出處罰行為屬超越行政管轄權及絕對無權限。

在此僅贊同並轉錄尊敬的駐本院檢察官在其意見書中對此項訴訟理由提出之詳細分析：

“... ..

由於被訴行為涉及行政違法事宜，因此應考慮第 52/99/M 號法令的條文，按照該法令規定：

“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、前款所指之制度應符合本法規之規定。

三、如第一款所指法律或規章未有規定，則依次補充適用本法規之規定、經必要配合之《行政程序法典》之有關規定、刑法及刑事訴訟法之一般原則。

第九條

(其他適用之規定)

《刑法典》第一條第一款及第三款、第二條、第三條、第十八條、第一百一十九條、第一百二十條及第一百二十三條第二款之規定，經必要配合後，適用於行政上之違法行為之實體制度。”

從上述條文可見，雖然《刑法典》的規定適用於行政上之違法行為的制度，但關於管轄權的條文並沒有列明適用，因此就行政當局對行政違法行為的管轄權應先適用規定及處罰該等行為之法律或規章、《行政程序法典》及行政法的法律原則，而並非僅以作出事實的行為地作為考慮因素。

第 7/89/M 號法律對上述問題沒有明確作出規定，然而其序言則對此有所表示：

“本法律訂立管制廣告活動的一系列規則，填補我們法律制度的缺漏。



本法律文本大部分源出於六月二十八日第 303/83 號法令及八月十七日第 96/88 號法律，該等法例大量採納了對保護消費者意識較強的國家所應用的解決辦法；這些辦法是用針對現代廣告技術所採用日益積極的方式者(在澳門透過六月十三日第 12/88/M 號法律，首次以法例的形式出現)。”

按照上述內容，第 7/89/M 號法律主要旨在保障消費者利益，預防消費者接收不良的廣告資訊，因此，如作出廣告行為，倘被宣傳的產品或服務是在澳門提供或由澳門的供應者提供，又或相關廣告是通過澳門的廣告媒介發出，而有可能影響到消費者權益時，上述法律應予適用。

另外，根據第 12/88/M 號法律第 1 條及第 2 條規定，保護消費者係屬行政當局的責任，凡接受由具有職業性質從事經濟活動的個人或團體供給之物品或提供為其私人使用之服務的人士視為消費者。

根據卷宗資料，司法上訴人開設及經營的「A」在澳門衛生局領取以私人制度提供衛生護理服務的執照，其營業場所亦設於澳門特別行政區。按照第 84/90/M 號法令第 2 條規定，司法上訴人經營的上述醫療中心的業務為澳門特別行政區的衛生體系之組成部分；根據第 81/99/M 號法令第 3 條第 1 款 d 項規定，衛生局有職責監督從事衛生活動之實體。故此，對於司法上訴人以上述醫療中心進行的與衛生活動有關的行為，衛生局均有權實施監督，包括涉及其提供的衛生活動的廣告宣傳行為是否符合澳門特別行政區的法律規範。

縱使司法上訴人辯稱發送相關電子資訊的媒介是設在中國內地，但作出事實的行為地不是也不應是決定行政當局對相關行政違法行為是否享有管轄權的唯一標準，而應該考慮行政當局對相關利害關係人是否可行使當局權力，並從相關行為中保障其承擔的公共利益。綜合上述法律規定，司法上訴人開設及經營的「A」受澳門衛生局監督，本案涉及該醫療中心的廣告行為所宣傳的服務在澳門提供，必然有可能涉及到前往澳門或向司法上訴人接受由其供給的服務的消費者；故此，被訴實體作為澳門衛生當局享有相關監督及處罰權力的實體，對司法上訴人的涉案廣告行為具有處罰管轄權。

因此，司法上訴人的上述理據不能成立。

... ..”

可見司法上訴人單純基於負責提供廣告媒介之公司非設於澳門特別行政區內，以規避其在本特別行政區內為其營運的醫療中心提供之衛生服

務<sup>1</sup>作出的廣告活動受到法律監管，顯然並非立法者之意圖。

因此，本個案明顯不存在司法上訴人所指稱被上訴實體屬境外執法，又或認為九月四日第 7/89/M 號法律延伸適用至境外之情況，故其指控被訴行為違反《澳門特別行政區基本法》所體現之一國兩制原則及《行政程序法典》第 122 條第 2 款 b)項規定之訴訟理由，應被裁定不成立。

\*

## 2. 被訴行為錯誤適用法律

司法上訴人指出涉案 B 帳號“D”由中國內地的廣告公司在未經其同意之情況下自行在 B 軟件內刊登，其從不知悉該 B 帳號之存在及核實有關內容是否屬廣告性質並需預先取得批准，認為其不應被歸責，且指出有關 B 帳號所載資料僅為介紹及說明而沒有作出任何推薦、要求或促成公眾購買“A”服務的內容，因而認為被訴行為錯誤適用九月四日第 7/89/M 號法律第 16 條第 1 款及第 27 條第 1 款 c)項之規定。

就行政違法程序中對已蒐集證據作出之分析及評價，十月四日第 52/99/M 號法令訂定之《行政上之違法行為之一般制度及程序》第 3 條第 3 款之規定指出：“如第一款所指法律或規章未有規定，則依次補充適用本法規之規定、經必要配合之《行政程序法典》之有關規定、刑法及刑事訴訟法之一般原則。”

另一方面，《刑事訴訟法典》第 114 條規定“證據自由評價原則”，訂明：“評價證據係按經驗法則及有權限實體之自由心證為之，但法律另有規定者除外。”

關於行政當局對證據享有之評價自由，在此僅引述尊敬的中級法院法官於 2001 年 4 月 26 日在編號：202/2000 卷宗之裁判中所提出之精闢分析：“行政當局的證據自由，作為不真正的自由裁量的情況，令其行為在自由心證部分幾乎不受審查，法院只限於審理出現明顯錯誤、不公正或不合理之情況。”(以上為本文所譯)。

---

<sup>1</sup> 根據“A”之技術指導 C 醫生(同時為司法上訴人之股東，見卷宗第 27 頁至第 31 頁)在調查期間向衛生局人員提供之聲明(見附卷第 36 頁至第 40 頁)，承認該醫療中心當時尚未開展試管嬰兒(IVF-ET)服務，卻有開展及進行醫學輔助生殖(IVF)服務，並已進行數宗個案，為每位病人培養兩至三個受精卵，並根據病人意願存放胚胎數個月不等，且表示已停止提供醫學輔助生殖(IVF)服務及沒有胚胎存留在該醫療中心。

申言之，法院當發現行政當局於證據審查方面出現明顯錯誤、絕對不公正或不合理之情況下才可介入。

根據附卷所載由“A”技術指導 C 醫生在調查期間向衛生局人員提供之聲明(見附卷第 37 頁至第 40 頁)，清楚表示：“...該中心將網站設計及 B 宣傳交由中國內地廣告公司負責，內容由該中心提供，但網頁的設計全交由中國內地公司負責，設計完成後，被投訴人未有認真審閱，而事件中並非推卸責任。該中心曾擬在澳門日報刊登醫療廣告，得悉需獲得本局申請審批同意才可以，但未知道互聯網、B 等電子媒介的宣傳亦需經本局申請審批。...”

其後司法上訴人透過訴訟代理人提交書面聽證時，又指出：“...網頁 XXX 事實是 XX 的網頁分頁，屬於“E”所有，由於本醫療中心與香港及其他地方的生殖中心有合作關係，故利害關係人曾向上指之合作機構提供“A”的相關資料...”，並提供一份由“F”發出以說明“A”沒有在該網頁刊登廣告之書面聲明(見附卷第 66 頁)。針對 B 帳號方面，儘管司法上訴人堅稱為中國內地廣告公司在未經其同意及審查之情況下自行將其提供之資料在 B 軟件內刊登，卻未就此作出任何舉證，包括該廣告公司之認別資料、廣告宣傳工作之委託證明等。

九月四日第 7/89/M 號法律《廣告活動》第 2 條之規定指出：“...凡旨在使公眾注意某商業性質的物品或服務，以便促成購買的所有宣傳視為「廣告」或「廣告活動」。...”

同一法律第 16 條第 1 款則規定：“任何宣傳藥物、成藥、補缺術、醫學或保健治療術又或對健康有好處的物品或方法的廣告均須事先由衛生司批准。”

事實上，根據附卷資料所顯示有關 B 帳號之內容(見附卷第 1 頁至第 3 頁)，顯然亦非司法上訴人所指，單純為介紹及說明而沒有作出任何推薦、要求或促成公眾購買“A”服務的內涵。即使附卷資料未足以證實“A”直接向顧客提供“試管嬰兒”服務，至少閱讀者能透過該 B 帳號之訊息知悉可直接聯繫上述私人營運的醫療中心或其指定的醫務顧問查詢“試管嬰兒”服務以解決不孕不育之問題。從一般常人之認知及根據日常生活經驗法則，可合理推斷有關 B 帳號之內容並非旨在單純分享“試管嬰兒”資訊以吸引閱讀者之關注，而是直接透過訊息讓閱讀者注意該醫學技術可治療不孕不育的個人健康問題且可經“A”提供及/或促成“試管嬰兒”技術相關的醫療服務。

因此，難以認定被上訴實體於審查及分析附卷所載文件證據時存在妄斷或明顯錯誤，又或違反一般生活經驗法則及客觀準則，以致被訴行為在審查事實方面出現錯誤之判斷，以致違反上述法律規定；司法上訴人亦未能提供充分證據藉以推翻被上訴實體針對附卷證據所作之審慎心證。基於此，應裁定此訴訟理由不成立。

\*

### 3. 說明理由含糊不清

針對此項訴訟理由，司法上訴人認為被訴行為之說明理由存在矛盾，一方面指出司法上訴人的 B 帳號違反九月四日第 7/89/M 號法律第 16 條第 1 款之規定，而另一方面又指出考慮到司法上訴人已要求“E”移除有關網頁分頁的內容並對司法上訴人作出處罰決定，從而對被上訴實體就哪一行為作出處罰存有疑問。

以下為轉錄自載有被訴行為之編號：499/R/UTLAP/2016 報告書之部分內容：

“...根據本局法律辦公室第 141/GJ/2016 號意見書的意見，“當中提及屬於不同的廣告媒介，對於每一個廣告應取得衛生局的批准，正如九月四日第 7/89/M 號法律第十六條第一款所要求一樣，因此，認為本個案涉及衛生局不批准利害關係人 A 透過網頁“XXX”及 B 帳號“澳門試管嬰兒諮詢 D”應繼續其後續的程序”。就上述的情況，本科建議按照法律辦公室之意見，繼續本卷宗的後續跟進處理，而非與本局 082/Q/UTLAP/2015 號卷宗合併處理。經本科人員再次瀏覽上述網頁及 B 帳號，有關內容已不存在(見卷宗第 103 至 104 頁)，考慮到利害關係人書面聽證所述的內容，指涉案網頁實為 E 所有，在未經利害關係人知悉及同意的情況下上載有關涉嫌違規的廣告內容，並非利害關係人刻意違規，在事件中並不知情；另外，就 B(軟件)帳號“澳門試管嬰兒諮詢 D”，利害關係人在筆錄聲明及書面聽證中均承認上述帳號為其所擁有，並解釋有關 B 帳號的宣傳工作交予中國內地之廣告公司處理及宣傳，然而，利害關係人亦應有責任預審有關 B 帳號的廣告內容，才向公眾展示及發佈，若涉及醫療及對健康有好處之聲稱應向本局作出申請，就利害關係人的 B(軟件)帳號，證實違反九月四日第 7/89/M 號法律第一六條第一款之規定，考慮到利害關係人在得悉有關廣告內容違規後已分別要求 E 移除有關網頁分頁的內容及將 B 帳號刪除；同時，利害關係人未存有曾違反相同規定被處罰的記錄，屬首次違反；且現階段本局未具備證據證明其違規之行為對第三人造成損害，因而構成減輕相應的違規責任情節，為此，

本科建議按照同一法律第二十七條第一款 c 項之規定，科以澳門幣 8,000 元之罰款。...”(底線為本文所加)

上述轉錄內容清楚指出司法上訴人對網頁“XXX”刊登之內容並不知情，從而欠缺實施違法行為之主觀要素。另外，司法上訴人在起訴狀中僅對 B 帳號“D”刊登之內容作出反駁，可見司法上訴人清楚明白針對涉案網頁刊登內容未受到局方主觀歸責並科以處罰。

事實上，從上述報告書中所引述之衛生局法律辦公室編號：141/GJ/2016 意見書的意見，當中提及網頁及 B 帳號屬於不同的廣告媒介，從而每一個廣告應取得衛生局的批准。申言之，倘被上訴實體同時認定司法上訴人需就涉案行政違法程序所指網頁刊登之廣告內容歸責，按局方之上述理解，司法上訴人理應被證實實施兩項由九月四日第 7/89/M 號法律《廣告活動》第 16 條第 1 款及第 27 條第 1 款 c)項所規定及處罰之行為，而非僅針對實施一項行政違法行為被科處罰款。

綜合上述，應裁定本訴訟理由不成立。

\*

#### 4. 違反適度原則

司法上訴人主張處罰金額過高及不合理，根據九月四日第 7/89/M 號法律《廣告活動》第 27 條第 1 款 c)項之規定：“一、倘無比特別規定更嚴厲的其他罰則時，違反本法律的規定，受下列的處分：... c)不辦理第十六條一款所規定的手續，罰款澳門幣四千元至一萬二千元...”，可見行政當局於訂定具體個案之處罰時，享有非真正裁量權(*discricionariedade imprópria*)，因應每一具體個案之情節在上述罰款幅度內訂出對追求之公共利益而言屬適當之罰款金額(學理上所稱之“行政公正”(*justiça administrativa*))。

就非真正裁量權之行使，正如本義的自由裁量權，主流學說及司法見解皆主張針對行政機關運用非真正裁量權作出行為之審查具有一定限制，原則上不受法院審查，僅當行使自由裁量權時出現明顯或嚴重的錯誤<sup>2</sup>，又或違反適當及適度原則之情況<sup>3</sup>，又或在行政決定以不能容忍之方式

---

<sup>2</sup> 參見中級法院於 2004 年 4 月 29 日在編號：220/2003 卷宗及於 2004 年 7 月 1 日在編號：97/2003 卷宗作出之裁判。

違反該等原則之情況下，法官才可介入<sup>4</sup>。

從上述轉錄之報告書內容，當中指出：“利害關係人在筆錄聲明及書面聽證中均承認上述帳號為其所擁有，並解釋有關 B 帳號的宣傳工作交予中國內地之廣告公司處理及宣傳，然而，利害關係人亦應有責任預審有關 B 帳號的廣告內容，才向公眾展示及發佈，若涉及醫療及對健康有好處之聲稱應向本局作出申請”、“利害關係人在得悉有關廣告內容違規後已分別要求 E 移除有關網頁分頁的內容及將 B 帳號刪除”、“利害關係人未存有曾違反相同規定被處罰的記錄，屬首次違反”、“且現階段本局未具備證據證明其違規之行為對第三人造成損害”等事實情節，未能證實被上訴實體於訂定罰款金額所考慮之具體標準及因素存在明顯錯誤，同時考慮有關行政違法行為罰款金額之下限為澳門幣 4,000.00 元，顯然未能認為司法上訴人被科處之罰款金額為過高而顯得不合理。

基於此，應裁定被訴行為違反適度原則之訴訟理由不成立。

\*

## 5. 一事不二審原則

最後，司法上訴人認為衛生局針對其透過 B 帳號“D”刊登廣告而開立涉案行政違法程序卷宗與針對其透過網頁“G”刊登廣告而開立另一行政違法程序卷宗(第 082/Q/UTLAP/2015 號卷宗)，同樣源於其交付資料予中國內地的廣告公司之單一行為，主張不應按有關廣告媒介數目對其開立不同的行政違法程序卷宗，質疑被訴行為違反一事不二審原則。

附卷資料證實，衛生局醫務活動牌照科人員曾制作編號：1838/NI/UTLAP/2016 內部工作備註(2016 年 9 月 19 日)，當中提及針對司法上訴人已開立涉案行政違法程序卷宗(第 005/Q/UTLAP/2015 號卷宗)與另一行政違法程序卷宗(第 082/Q/UTLAP/2015 號卷宗)，指出：“...1.在本個案中涉及違規的廣告包括網頁及 B 帳號，另在第 082/Q/UTLAP/2015 號卷宗則涉及另一網頁涉嫌違規，兩卷宗的檢舉日期存有差異，題述卷宗的檢舉日期為 2014 年 11 月 24 日，另一卷宗的檢舉日期為 2015 年 11 月 16 日，若不同時期內

---

<sup>3</sup> 參見終審法院於 2014 年 4 月 9 日在編號：13/2014 卷宗及於 2013 年 7 月 31 日在編號：30/2013 卷宗作出之裁判。

<sup>4</sup> 參見終審法院於上指編號：30/2013 卷宗及於 2013 年 7 月 31 日在編號：32/2013 卷宗作出之裁判。

針對同一醫療場所，不論利害關係人採取不同的媒介或不同形式作宣傳，是否亦屬同一醫療廣告違規行為。

2.另外，就第 7/89/M 號法律第二七條第一款 c 項之規定，沒有詳述違規醫療廣告的數量與處罰的準則，就上述的兩個投訴卷宗，現階段同處於書面聽證階段，兩個卷宗涉及不同違規的廣告內容，不同的性質及不同時期檢舉的違規醫療廣告。就上述之情況，本局是否可單獨就每一卷宗違反醫療廣告的事宜，按第 7/89/M 號法律第二七條第一款 c 項之規定科以罰款澳門幣 4,000 元至 12,000 元，抑或應將同一醫療場所的所有違規醫療廣告合併處理又或合併作出處罰。...”

衛生局局長於同年 9 月 23 日在上述內部工作備註上作出轉交法律辦公室的批示。

其後，根據衛生局法律辦公室人員於 2016 年 11 月 10 日制作的編號：141/GJ/2016 意見書，建議將第 082/Q/UTLAP/2015 號卷宗歸檔，同年 11 月 29 日，衛生局局長在該意見書上作出同意批示。

由此可見，上述兩個行政違法程序卷宗不僅針對不同的涉嫌違法事實情節(司法上訴人涉嫌在不同的廣告媒介為“A”發布廣告訊息)而開展，且第 082/Q/UTLAP/2015 號卷宗已被歸檔。不論司法上訴人是否認同局方對九月四日第 7/89/M 號法律《廣告活動》第 16 條第 1 款規定之理解，第 082/Q/UTLAP/2015 號卷宗亦早已被歸檔，可見司法上訴人除涉案卷宗外從沒因其指稱之交付資料予中國內地的廣告公司之行為而受到行政處罰。故此，難以理解司法上訴人如何認為被訴行為存在違反“一事不二審原則”之虞。

基於此，應裁定本訴訟理由不成立。

\*\*\*

綜合所述，本院裁定本司法上訴敗訴，判處司法上訴人提出之訴訟請求不成立。

訴訟費用由司法上訴人承擔，司法費訂為 8UC。

登錄本判決及依法作出通知。

**Notificada e inconformada com a sentença, a particular recorrente**

A interpôs recurso jurisdicional para este Tribunal de Segunda Instância, formulando as conclusões e o pedido nos termos seguintes:

### III. 結論

1. 本上訴案件之上訴標的為行政法院法官 閣下於2018年11月30日作出判決，當中裁定上訴人提出的本司法上訴敗訴及判處所提出之訴訟請求不成立；上訴人對此不服，並向中級法院提起上訴，有關的事實及法律依據如下：
2. 首先針對被上訴判決在審理被上訴實體絕對無權限方面，雖然被上訴判決指出第7/89/M號法律是旨在保障消費者的利益，預防消費者接收不良的廣告資訊，但本上訴人認為，有關該法律之適用範圍及定義的主要條文為“**第一條(範圍)**本法律訂定一般性制度以管制使用任何方式的廣告信息的傳播，以及其書寫內容和公開標貼的條件。”及“**第二條(定義)**為本法律之目的，下列詞語的定義為：凡旨在使公眾注意某商業性質的物品或服務，以便促成購買的所有宣傳視為「廣告」或「廣告活動」；凡用作傳送廣告信息的工具視為「廣告媒介」”，而第7/89/M號法律所列明之其他內容則是有關廣告的一般原則、合法性、可識別性、真實性、被禁止的廣告、受管制的廣告、欺詐性的廣告、消費者的保護、有關機動車輛、藥物，補缺術及治療、樓宇、旅行及旅遊的特別條文、廣告的安裝及違反之罰則等。
3. 根據《民法典》第8條1款規定，在解釋法律時儘管是需要考慮到有關法律之整體性、制定法律時之情況及適用法律時之特定狀況，但同一條文第2款當中亦規定，在解釋法律時必須遵從在法律字面上有最起碼的文字對應含意這一規定，才可以視為立法思想，而非無限制地就法律進行擴張解釋。
4. 基於第7/89/M號法律當中並未有任何一條條文拈出被上訴判決當中所指的「...如作出廣告行為，倘被宣傳的產品或服務是在澳門提供或由澳門的供應者提供，又或相關廣告是通過澳門的廣告媒介發出，而可能影響到消費者權益時，上述法律應予適用...」的見解，單純根據第7/89/M號法律當中的條文規定，並未能從字面上得出容許將相關條文作擴張解釋以得出被上訴判決的上述理解及結論，故有關解釋未能符合《民法典》第8條2款所指的在法律字面上有最起碼的文字對應含意這一規定。



5. 而且被上訴判決當中亦未有為其作出之上述結論提供任何的事實依據及法律依據，以支持其作出之上述結論，因此，被上訴判決是錯誤解釋第7/89/M號法律，並違反《民法典》第8條2款之規定，應撤銷/廢止被上訴判決。
6. 其次，被上訴判決在審理被上訴實體絕對無權限方面尚存有違反第7/89/M號法律及52/99/M號法令規定的瑕疵，理由是雖然第7/89/M號法律當中未有就區域管轄權作出規定，但從其序言部份可得知該法律是根據澳門組織章程第三十一條一款a項及d項之規定而由立法會制定的，而澳門組織章程則是專門規管與澳門有關的事務，但回歸後澳門組織章程被澳門特別行政區基本法所取代，故不論是回歸前的澳門組織章程或是回歸後的澳門特別行政區基本法均是專門規管與澳門有關的事務，因此，應理解為上述第7/89/M號法律所規管之範圍亦僅限於在澳門特別行政區內所刊登之廣告內容。
7. 儘管如被上訴判決所述，由於被訴行為涉及行政違法事宜，因此應考慮第52/99/M號法令的條文，以及就行政當局對行政違法行為的管轄權應先適用規定及處罰該等行為之法律或規章、《行政程序法典》及行政法的法律原則(見被上訴判決第6頁第2及第3個自然段，在此視為完全轉錄)，則亦基於第52/99/M號法令的序言部份可得知有關行政上之違法行為之一般制度及程序同樣是根據澳門組織章程而制定的(現被澳門特別行政區基本法取代)，而且是適用於澳門的法律體系當中。
8. 由此可見，不論是第7/89/M號法律或是第52/99/M號法令的適用範圍均是僅限於澳門特別行政區，而不包括澳門特別行政區以外作出之行為或行政上之違法行為。
9. 而且，根據《行政程序法典》第3條1款規定「一、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」，故被上訴實體在作出行政行為時應遵從法律及法之規定，而基於第7/89/M號法令及第52/99/M號法令均未有就澳門特別行政區以外作出之行為進行處罰的規定，但被上訴判決仍然認為應適用上述法律及法令，故被上訴判決違反了《行政程序法典》第3條第1款規定之合法性原則。
10. 此外，根據第52/99/M號法令第3條3款補充適用《刑法典》第1條罪刑法定原則及合法性原則當中的法無明文不為罪，不受罰的規定，基於上述法律及法令均沒有就在澳門特別行政區以外作出之行為進行處罰的規定，故被上訴判決不可以適用第7/89/M號法律及第52/99/M號

法令對上訴人作出處罰，否則便與上述原則相違背。

11. 另外，第84/90/M號法令所規管的内容僅為提供衛生護理業務的私人實體，尤其是提供衛生護理服務之人士或實體須具備之條件及相關的規定(例如准照及義務等)，雖然根據第81/99/M號法令第3條l款d項規定，衛生局有職責監督從事衛生活動之實體，但不論是從84/90/M號法令或是81/99/M號法令當中的規定均未能看出衛生護理業務是包括廣告活動的，否則便不會設立第7/89/M號法律特別地就廣告活動作出規範，而且從第7/89/M號法律的序言部份亦可以看出除了該法律外並未有其他法律規管廣告活動的進行。
12. 然而，必須強調的是，本案當中受爭議行為的重點並非在於被上訴實體對在本澳進行之衛生護理活動或廣告活動是否其有監督權及處罰權，因為上訴人並沒有排除被上訴實體對在本澳作出之廣告行為的監督及處罰權。
13. 而上訴人再三強調的是，由於涉案的行為(B)並非在本澳作出，而且根據第7/89/M號有關廣告活動的規定，該法令的適用範圍僅限於澳門特別行政區，而不包括在澳門特別行政區以外作出之行為，故被上訴實體對在澳門特別行政區以外作出之廣告行為沒有監督及處罰權。
14. 因此，即使被上訴實體能夠對上訴人在澳門作出之衛生護理活動及刊登廣告行為行使當局權力，亦不代表假如上訴人在澳門以外作出之刊登廣告行為，被上訴實體還能夠行使當局權力，理由是被上訴實體監督的範圍僅限於上訴人在澳門作出之衛生護理活動或刊登廣告的行為，故倘若上訴人在澳門特別行政區以外作出之刊登廣告行為，則不應受到被上訴實體的監管，更不應該將第7/89/M號法律延申適用至澳門境外作出之行為。
15. 因此，被上訴實體以第7/89/M號法律第16條對上訴人在中國內地透過B作出之刊登廣告行為作出處罰是超出了第7/89/M號法律的適用範圍，屬境外執法的行為，而不是被上訴判決所指的不存在上訴人所指的被上訴實體屬境外執法又或第7/89/M號法律延伸適用至境外之情況，故被上訴實體的行為及決定違反了第7/89/M號法律第16條之規定，以及違反了《行政程序法典》第122條2款b項所規定之“不屬作出行為者所屬法人之職責範圍之行為”，依據《行政程序法典》第123條規定，被上訴實體所作出之行為屬於無效。
16. 同時，根據澳門《基本法》第16條澳門特別行政區享有行政管理權，

依照本法有關規定自行處理澳門特別行政區的行政事務，而行政機關作出規管的行政措施及行為均應僅能在澳門特別行政區境產生效力，本澳行政機關無權對境外所產生之行為和事實作出監督及管理。

17. 由於B屬於國內G公司(G Limited)所有，而B伺服器亦設於國內，而本澳並不設有任何伺服器，甚至連G也沒有在本澳設立分公司，故基於地域及法域所適用之限制，本案中所指的B(軟件)帳號“澳門試管嬰兒諮詢D”是不應受到第7/89/M號法律所規管及處罰。
18. 基於此，被上訴判決所作出之決定是違反第7/89/M號法律、第52/99/M號法令及《基本法》第16條的規定，應撤銷或廢止被上訴判決。
19. 綜上所述，被上訴判決在審理被上訴實體絕對無權限時錯誤地解釋及適用第7/89/M號法律，繼而錯誤地認為本案所涉及之行為屬境內作出且需受到被上訴實體的監督及處罰，故被上訴判決是違反了第7/89/M號法律、第52/99/M號法律及《基本法》第16條的規定，應撤銷/廢止被上訴判決，而且被上訴實體的行為是違反第7/89/M號法律第16條及違反《行政程序法典》第122條2款b項規定，故應依據《行政程序法典》第123條規定，宣告被訴實體的行政行為無效。

\*

20. 此外，被上訴判決在其審理被訴行為錯誤適用法律方面，根據本案之卷宗及行政卷宗資料顯示，上訴人曾於2017年1月26日向被上訴實體提交一份由H有限公司發出的聲明書副本，當中明確指出「...H有限公司在未經“A”的負責醫生審核及允許下，上載了該中心的場景圖片和信息，建立了科普性質的B服務號I和訂閱號J，用於醫療相關方面的科普知識普及...」（見行政卷宗第129頁，在此視為完全轉錄）。
21. 上述由H有限公司發出的聲明書副本的發出日期為2017年1月25日，亦即上訴人是直至2017年1月25日才取得該聲明書之副本，且在取得該文件之副本後已隨即將其提交予被上訴實體，並附於本案之行政卷宗內，並於取得上述聲明書之正本後提交予被上訴實體，以便輔助證實涉案B內容的刊登完全是基於H有限公司在未經上訴人同意及審查之情況下便自行作出這一事實，為謹慎起見，上訴人在提交司法上訴狀時亦再次附呈上述文件，以便證實司法上訴狀第16至第20條之事實（見卷宗第15頁、行政卷宗第129及135頁，在此視為完全轉錄）。
22. 由此可見，上訴人分別在聲明異議及司法上訴階段提交了上述所指之由H有限公司發出的聲明書，以證實上訴人所闡述之上述事宜為真實

(見卷宗第15頁、行政卷宗第129及135頁，在此視為完全轉錄)。

23. 然而，被上訴判決在認定對案件屬重要的事實時卻未曾提及到上訴人提交的由H有限公司發出的聲明書這一事實，亦未有提及或指出該聲明書當中所述之事實內容，繼而認為上訴人未就其陳述之內容作出任何舉證(見被上訴判決第2至第5頁由原審法庭認定之對案件審判屬重要的事實，及第10頁第2個自然段，在此視為完全轉錄)。
24. 被上訴判決這一認定明顯是與卷宗第15頁，行政卷宗第129及135頁載有之由H有限公司發出的聲明書及其內容不相符，理由是上訴人確實已將上述文件分別提交至本案卷宗及附卷之行政卷宗內，而並非被上訴判決所指的沒有作出任何舉證，故被上訴判決在審理被訴行為錯誤適用法律部份時是**遺漏考慮**由上訴人提交的上述由H有限公司發出的聲明書及其內容。
25. 雖然根據《行政訴訟法典》第1條規定準用《民事訴訟法典》第558條1款規定，證據由法院自由評價並賦予法院在審查證據時具有一定的自由裁量權，但該條文亦同時指出法官須按其就每一事實之審慎心證作出裁判，故法院在審查證據時必須考慮到上訴人所提交之上述由H有限公司發出的聲明書及其內容，並需要以審慎的心證作出裁判。
26. 基於被上訴判決遺漏考慮上訴人所提交之載於卷宗第15頁，行政卷宗第129及135頁由H有限公司發出的聲明書及其內容，並錯誤地認為涉案B及當中所載的資訊是由上訴人所提供，繼而判處上訴人請求不成立，因而違反《民事訴訟法典》第558條1款規定證據自由評價原則及存有《民事訴訟法典》第571條1款d項所指的瑕疵，應撤銷/廢止被上訴判決。
27. 倘法庭認為被上訴判決確實遺漏審理上訴人於卷宗第15頁，行政卷宗第129及135頁之由H有限公司發出的聲明書及其內容，則應根據《行政訴訟法典》第1條規定準用《民事訴訟法典》第629條第3款規定，命令再次調查上述文件(由廣州賽悅企業管理諮詢有限公司發出的聲明書及其內容)，以及在法庭認為有需要時，根據同一條文第4款規定，將本案件發還原審法庭重新審理，以查明事實真相。
28. **即使**法庭不認為被上訴判決是遺漏考慮由上訴人提交並載於卷宗第15頁，行政卷宗第129及135頁之由H有限公司發出的聲明書及其內容，則被上訴判決亦是遺漏將上述聲明書及其內容列為本案之重要及已獲證實之事實，理由是《行政訴訟法典》第76條規定在判決當中需

詳細列明已獲證實之事實，但被上訴判決當中並未有提及到任何與H有限公司發出的聲明書有關的事實。

29. 換言之，針對H有限公司發出的聲明指出「...H有限公司在未經“A”的負責醫生審核及允許下，上載了該中心的場景圖片和信息，建立了科普性質的B服務號I和訂閲號J，用於醫療相關方面的科普知識普及...」之內容未獲被上訴判決列為屬重要及獲證實之事實。
30. 然而，必須強調的是，上述聲明書當中所載之事實對本案而言屬有用及非常重要，理由是該聲明書當中H有限公司已明確指出其在未經上訴人同意及允許之情況下，私自上載了該中心的場景圖片及信息於涉案的B帳號當中。
31. 倘若上指之事實被認定為對案件審判屬重要之事實，則足以證明涉案B帳號及載於B帳號當中的資料是未經上訴人同意及允許的，上訴人不知悉涉案B帳號已建立，亦不知悉涉案B當中所刊登的內容為何，亦能證明涉案的B帳號並非由上訴人建立，而且有關內容亦非上訴人刊登，因此上訴人是從未有作出任何刊登廣告的行為，故不應將涉案B之建立及相關內容的刊登歸責於上訴人。
32. 而且，倘若上述聲明書所述之內容被視為重要及獲證實之事實，則足以證實上訴人並非建立涉案B帳號之主體，因而不應受到第7/89/M號法律的第16條第1款及第27條第1款c項的規定處罰，故上述由H有限公司發出的聲明書，尤其是當中所載的內容，對本案的審理屬非常重要，是決定上訴人是否需要受到被上訴實體處罰的重要事實。
33. 基於此，被上訴判決應將上述聲明書中所載之事實內容列為本案之重要及獲證實的事實，並在作出裁判時予以考慮及採納，而且被上訴判決當中亦未有說明其認為上訴人提交之由H有限公司發出的聲明書不屬本案之重要事實及不列為獲證實事實的理由為何。
34. 基於此，被上訴判決是遺漏篩選由H有限公司發出的聲明書內容為本案的重要及已獲證實之事實，亦未有說明其認為上訴人提交之由H有限公司發出的聲明書不屬本案之重要及獲證實之事實的理由為何，而該文件對本案而言屬有用及非常重要，且足以證實上訴人並非建立涉案B帳號之主體，因而不應受到第7/89/M號法律第16條第1款及第27條第1款c項的規定的處罰，故被上訴判決是遺漏篩選在本案中應被視為重要的事實，以及違反《行政訴訟法典》第76條的規定，應撤銷/廢止被上訴判決。

35. 同時，基於被上訴判決在審理本案屬重要之事實時未經適當說明理由，亦未有說明由上訴人提交之由H有限公司發出的聲明書不屬本案之重要及獲證實之事實的理由為何，故根據《行政訴訟法典》第1條規定準用《民事訴訟法典》第629條5款規定，應命令原審法庭說明其作出該事實認定之理由。
36. 除此以外，被上訴判決在審理被訴行為錯誤適用法律方面亦是違反第7/89/M號法律第2條的規定，而且卷宗內所存有之資料根本不足以直接得出被上訴判決所指的可經上訴人提供及/或促成“試管嬰兒”技術相關的醫療服務，理由是卷宗第1至第3頁有關B當中的內容僅包括解釋及介紹什麼是試管嬰兒、導致不孕不育的原因及相關資訊等內容，而閱讀者能夠透過該B帳號僅能夠獲得有關“試管嬰兒”及不孕不育原因等相關資訊，故該B帳號並不存有任何直接使公眾注意其服務，又或直接指出上訴人所開設之醫療中心有提供相關服務的內容，更不能證明到上訴人有促成他人進行試管嬰兒的行為，這一事實在被上訴判決第10頁第4個自然段第3行當中亦予以認同。
37. 而且，事實上，在本案卷宗內亦沒有足夠的資料顯示上訴人所開設之醫療中心有對外提供與“試管嬰兒”技術相關的醫療服務，以及被上訴判決當中亦未有提及在卷宗內未有足夠的資料證實上訴人直接向顧客提供試管嬰兒服務的情況下，其仍然能夠作出上述結論的事實及法律依據為何。
38. 值得注意的是，從一般經驗法則可得知廣告為一具有繳請性質的行為，是直接及對外的，以便顧客能夠清楚識別產品或服務的種類、內容及提供產品或服務的地方等，但涉案B帳號的內容僅解釋及介紹什麼是試管嬰兒及導致不孕不育的原因，當中並不具有任何繳請的性質，亦沒有直接、對外及明確地向他人提供或指出任何促使購買的資訊，故並不屬於第7/89/M號法律第2條所指之廣告或廣告活動。
39. 基於此，被上訴判決在卷宗內沒有足夠證據顯示涉案B帳號存有直接使公眾注意其服務、要求或促成公眾購買上訴人所提供之服務及欠缺事實及法律依據的情況下，錯誤地從涉案B帳號所提供的資訊推論出可經上訴人提供及/或促成“試管嬰兒”技術相關的醫療服務，違反了第7/89/M號法律第2條的規定，而被上訴實體的行為及決定則違反了第7/89/M號法律第16條1款及同一法律第27條1款c項之規定，亦違反了該法律第2條規定所能適用之範圍，依據《行政程序法典》第21條第1款d)項規定，被上訴實體所作出之行為屬於可撤銷。

40. 基於此，被上訴判決因錯誤認定涉案B帳號及當中所載之內容屬第7/89/M號法律所指之廣告行為，繼而判處上訴人之訴訟理由不成立，是違反了第7/89/M號法律(尤其是該法律第2條)的規定，應撤銷/廢止被上訴判決。
41. 綜上所述，上訴人認為被上訴判決錯誤地解釋及適用第7/89/M號法律及第52/99/M號法律、在審查證據時遺漏及欠缺考慮其應予考慮之文件、遺漏篩選已認定的被視為重要的事實，以及在欠缺事實及法律依據的情況下，錯誤地從涉案B帳號所提供的資訊推論出可經上訴人提供及/或促成“試管嬰兒”技術相關的醫療服務及符合廣告或廣告活動之規定，因而違反了《民法典》第8條2款、第7/89/M號法律(尤其是該法律第2條、第16條及第27條1款c項的規定)、第52/99/M號法令、《基本法》第16條、《民事訴訟法典》第558條1款及存有《民事訴訟法典》第571條1款d項所指的瑕疵，而且被上訴判決亦違反了《行政訴訟法典》第76條的規定，應撤銷/廢止被上訴判決，故請求尊敬的中級法院法官閣下撤銷/廢止被上訴判決，並裁定本上訴理由成立。

#### IV. 請求

綜上所述，請求尊敬的法官閣下裁定本上訴理由成立，並裁定：

1. 被上訴判決違反《民法典》第8條2款、第7/89/M號法律(尤其是該法律第2條、第16條及第27條1款c項的規定)、第52/99/M號法令、《基本法》第16條、《民事訴訟法典》第558條1款及存有《民事訴訟法典》第571條1款d項所指的瑕疵，並違反了《行政訴訟法典》第76條的規定，繼而撤銷/廢止被上訴判決，以及裁定被上訴實體的行為是違反第7/89/M號法律第16條及違反《行政程序法典》第122條2款b項規定，並依據《行政程序法典》第123條規定，宣告被訴行為無效；或因被上訴判決違反了第7/89/M號法律第16條1款及同一法律第27條1款c項之規定，以及違反了同一法律第2條所能適用之範圍的規定，並依據《行政程序法典》第21條第1款d項規定，撤銷被訴行為；
2. 倘法庭認為被上訴判決確實存有遺漏審理之情況，則請求命令根據《民事訴訟法典》第629條第3款規定，再次調查上述文件(由H有限公司發出的聲明書及其內容)，並在法庭認為有需要時，根據同一條文第4款規定，將本案件發還原審法庭重新審理，以查明事實真相；以及請求命令原審法庭根據《民事訴訟法典》第629條5款規定，說明其作出該事實認定之理由。

請求尊敬的各位法官閣下公正審理!

Notificada das alegações, a entidade administrativa, ora recorrida, respondeu pugnando pela improcedência do recurso jurisdicional.

Subidos os autos a esta segunda instância e devidamente tramitados, o Ministério Público emitiu oportunamente em sede de vista o seguinte douto parecer, pugnando pela procedência do recurso:

在被上訴判決中，原審法官 閣下裁決司法上訴人「A 有限公司」敗訴。理由在於認定「A 有限公司」在起訴狀中提出的五個訴訟理由皆不成立，分別是：被上訴機關無權限針對境外廣告活動進行監管及作出處罰，錯誤適用法律（其行為不抵觸第 7/89/M 號法律第 16 條第 1 款的規定），說明理由含糊不清，被上訴實體之決定違反《行政程序法典》第 5 條第 2 款規定之適當及適度原則，被訴行政行為亦違反一事不二審原則。

針對該判決，上訴人「A 有限公司」提出的第一個上訴請求是：被上訴判決違反《民法典》第 8 條第 2 款、第 7/89/M 號法律（尤其是該法律第 2 條、第 16 條及第 27 條第 1 款 c 項的規定）、第 52/99/M 號法令、《基本法》第 16 條、《民事訴訟法典》第 558 條第 1 款及存有《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 d 項所指的瑕疵，並違反了《行政訴訟法典》第 76 條的規定，繼而撤銷 / 廢止被上訴判決，以及裁定被上訴實體的行為是違反第 7/89/M 號法律第 16 條及違反《行政程序法典》第 122 條第 2 款 b 項規定，並依據《行政程序法典》第 123 條規定，宣告被訴行為無效；或因被上訴判決違反了第 7/89/M 號法律第 16 條第 1 款及同一法律第 27 條第 1 款 c 項之規定，以及違反了同一法律第 2 條所能適用之範圍的規定，並依據《行政程序法典》第 21 條第 1 款 d 項規定，撤銷被訴行為。

此外，它還提出了如下次要請求：倘法庭認為被上訴判決確實存有遺漏審理之情況，則請求命令根據《民事訴訟法典》第 629 條第 3 款規定，再次調查上述文件（由 H 有限公司發出的聲明書及其內容），並在法庭認為有需要時，根據同一條文第 4 款規定，將本案件發還原審法庭重新審理，以查明事實真相；以及請求命令原審法庭根據《民事訴訟法典》第 629 條第 5 款規定，說明其作出該事實認定之理由。



在我們看來，本案最主要的問題在於「A 有限公司」是否違反第 7/89/M 號法律第 16 條第 1 款的規定？理由在於，如果它沒有違反該條文的要求，從而其行為不構成行政上違法行為，那麼顯而易見，在本案中討論它提出的其它事宜不僅沒有必要、而且沒有意義。循此理念，我們首先分析本案被上訴判決是否違反第 7/89/M 號法律第 2 條、第 16 條及第 27 條 1 款 c 項？儘管這不是「A 有限公司」提出的第一個上訴理由。

\*

回歸迄今，全國人民代表大會常務委員會相繼通過了授權澳門特別行政區《對設在橫琴島的澳門大學新校區實施管轄的決定》以及《對橫琴口岸澳方口岸區及相關延伸區實施管轄的決定》，以此為依據，澳門特別行政區立法會制定了第 3/2013 號法律和第 1/2020 號法律。對澳門法律的空間效力而言，全國人民代表大會常務委員會上述授權所覆蓋的區域“視同”位於澳門特別行政區以內的地域（第 3/2013 號法律第 3 條第 2 款，第 1/2020 號法律第 3 條第 2 款）。不言而喻，澳門法律之空間效力的範圍，構成澳門負責管轄的疆域。

據此，我們傾向認為：由澳門自身立法者創制的法律性質的規範，僅適用於澳門；其域外效力，只能產生於其他管轄區（*jurisdição*）的自願適用；澳門法律之空間效力的拓展，必須來自全國人大常務委員會的授權。自然而然，澳門行政機關和司法機關的權限也以屬於澳門特別行政區管轄的疆域為限，質言之，不得超越澳門法律的效力空間。基於此，我們認為：第 7/89/M 號法律不適用於發生在澳門境外的廣告活動，在澳門境外宣傳藥物、成藥、補缺術、醫學或保健治療術又或對健康有好處的物品或方法的廣告活動無須獲得澳門衛生局的預先許可，即使相關廣告活動的經營者是澳門人；相應地，不具有澳門身份的人，如果在澳門境內從事廣告活動，則必須獲得澳門衛生局的預先許可。

在本案中，行政當局沒有質疑和推翻「A 有限公司」的下述事實：它持有之 B 賬號“澳門試管嬰兒諮詢 D”的刊登程式與伺服器不在澳門境內、而是位於內地。這意味著，經由該 B 賬號進行的廣告活動發生在澳門境外，故此，即使它是有關廣告活動的經營者，不需要申請和獲得澳門衛生局的預先許可；從而，未獲得預先許可的上述廣告活動並不觸犯第 7/89/M 號法律第 16 條第 1 款，不構成行政上違法行為。

這自然不是說，對發生在境外的不法行為澳門只能束手無策、無可奈何，更不意味著澳門是在境外從事違法犯罪之澳門人的避風港或庇護所。因為，在澳門的法律體系中，即使是發生在境外的違法犯罪也可成為評價

有關人士之公民品德和人格的考量因素。舉例而言，終審法院和中級法院均不厭其煩地指出：在澳門境外作出的犯罪，從然未受追究甚至已經恢復權利，也構成拒絕居留許可的正當理由。至於本案，若認為上訴人之廣告含有欺詐成分，澳門的監管機構不僅可以通報內地的有關當局，也可在審查准照及執照應否續期時予以考量（第 84/90/M 號法令第 12 條），這和是否適用第 7/89/M 號法律第 16 條屬於不同的範疇。

鑑於此，在充分尊重不同理解的前提下，我們冒昧認為「A 有限公司」沒有觸犯第 7/89/M 號法律第 16 條第 1 款，故此其在本上訴中提出的理由成立，從而廢止原審法官 閣下的判決並撤銷司法上訴所針對的行政行為，無庸分析和分析它提出的其餘論點。

\*\*\*

綜上所述，謹建議中級法院法官 閣下 裁決「A 有限公司」提起之本上訴理由成立。

Foram colhidos os vistos, cumpre conhecer.

## II

Antes de mais, é de salientar a doutrina do saudoso PROFESSOR JOSÉ ALBERTO DOS REIS de que *“quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão”* (in *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO*, Volume V – Artigos 658.º a 720.º (Reimpressão), Coimbra Editora, 1984, pág. 143).

Conforme resulta do disposto nos artºs 563º/2, 567º e 589º/3 do CPC, ex vi dos artºs 1º e 149º/1 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 oficioso.

*In casu*, não há questões que nos cumpre conhecer *ex officio*.

Independentemente das qualificações jurídicas feitas pela recorrente das questões colocadas, em face do teor das conclusões tecidas e de acordo com a ordem cronológica de sua colocação nas alegações do recurso jurisdicional, as questões efectivamente submetidas à nossa apreciação devem ser qualificadas e enquadradas nas seguintes:

- 1. Da competência sancionatória territorial da Administração da RAEM e da aplicação no espaço da Lei nº 7/89/M da RAEM;**
- 2. Da omissão na valoração de provas, da violação do princípio de livre apreciação e da violação do disposto no artº 76º do CPAC quanto ao conteúdo da sentença; e**
- 3. Da violação da Lei nº 7/98/M – na vertente de erro nos pressupostos de facto**

Vejamos.

- 1. Da competência sancionatória territorial da Administração da RAEM e da aplicação no espaço da Lei nº 7/89/M da RAEM**

Não obstante as extensas alegações apresentadas e uma grande pluralidade de argumentos deduzidos, o que a recorrente pretende questionar é apenas a aplicabilidade espacial da Lei nº 7/89/M e a

competência territorial da Administração da RAEM para sancionar os actos, imputados à ora recorrente, de publicar conteúdos publicitários relativos a tratamentos médicos de reprodução artificial, num website e numa conta de B, cujos servidores não se localizaram na RAEM.

É incontrovertidamente tido por assente que os conteúdos relativos à reprodução artificial podiam ser visualizados através da visita *online* ao website e à conta de B.

Os autos do procedimento administrativo, que culminou com a tomada da decisão punitiva contenciosamente recorrida, foram instruídos, *inter alia*, com os documentos versando sobre os tais conteúdos, obtidos mediante o *download* efectuado do website e da conta de B – cf. as fls. 1 a 13 dos autos do procedimento administrativo.

Para a recorrente, tendo os tais conteúdos sido disponibilizados nos suportes cibernéticos cujos servidores se localizaram fora da RAEM, a Administração da RAEM não pode sancionar estes factos por carecer absolutamente da competência administrativa para aplicar as leis da RAEM aos actos praticados fora da RAEM.

Então, urge averiguar até onde pode ir o alcance territorial do direito administrativo da RAEM.

Por força do princípio da territorialidade, a competência administrativa territorial da RAEM deve conter-se estritamente dentro dos limites territoriais da RAEM, enquanto o âmbito da aplicação no espaço do direito administrativo da RAEM se limite, em princípio aos mesmos limites territoriais e aos factos que não-de conter qualquer um dos elementos de conexão com o

espaço territorial sobre o qual a RAEM exerce a sua competência administrativa.

Da leitura da decisão administrativa contenciosamente recorrida resulta que o fundamento legal invocado pela entidade administrativa para a aplicação da multa é a inobservância do disposto no artº 16º/1 da Lei nº 7/89/M, à luz do qual *a publicidade relativa a medicamentos, produtos farmacêuticos, próteses, tratamentos médicos ou paramédicos e objectos ou métodos apresentados como tendo efeitos benéficos para a saúde, tem de ser previamente autorizada pela Direcção dos Serviços de Saúde.*

O mesmo diploma estabelece no seu artº 27º/1-c) que a preterição da formalidade imposta no n.º 1 do artigo 16.º é punida com multa entre 4 000 patacas e 12 000 patacas.

O próprio diploma não qualificou a natureza desse ilícito, tendo-se limitado a tipificá-lo e estatuir a correspondente consequência jurídica que consiste na aplicação ao agente dos factos de uma sanção pecuniária fixada em moldura.

Assim, há de apurar primeiro qual é a natureza desse ilícito, e a seguir procuramos saber a que regime se deve sujeitar este tipo de ilícito, de modo a nos podermos habilitar a ajuizar se a Administração da RAEM tem a competência para sancionar este ilícito.

Dada a existência, pelo menos até ao ano de 1999, no nosso ordenamento jurídico, dos inúmeros ilícitos consistentes unicamente na violação ou na inobservância de normativos preventivos, a que a própria lei que os previu não atribuiu expressamente quer a natureza penal ou contravencional, quer a

natureza civil, o nosso legislador veio a arrumá-los, no ano de 1999, metendo todos estes ilícitos num mesmo saco, atribuindo-lhes a natureza uniforme de ilícito administrativo e fazendo-os sujeitar a um regime geral próprio das infracções administrativas, através da publicação do Decreto-Lei nº 52/99M.

O artº 2º desse diploma dispõe:

*1. Constitui infracção administrativa o facto ilícito que unicamente consista na violação ou na falta de observância de disposições preventivas de leis ou regulamentos, que não tenha a natureza de contravenção e para o qual seja cominada uma sanção administrativa pecuniária denominada multa.*

*2. O facto ilícito denominado infracção administrativa é considerado crime ou contravenção, conforme os casos, quando lhe corresponda pena de prisão ou pena de multa convertível em prisão.*

No caso *sub judice*, está em causa a publicação não autorizada dos conteúdos publicitários relativos às actividades médicas da reprodução artificial.

Não sendo qualificados pela Lei nº 7/89/M como crimes nem contravenções, os ilícitos previstos nessa lei, consistentes em actos divulgadores de mensagens publicitárias ilícitas, não verdadeiras e ofensivas aos princípios da livre e leal concorrência e da defesa do consumidor (artº 3º da Lei nº 7/89/M) e puníveis apenas com pena pecuniária, devem sujeitar-se ao regime geral das infracções administrativas estabelecido no acima citado decreto-lei.

Todavia, quer na Lei nº 7/89/M quer no Decreto-Lei nº 52/99M, não

foi fixado o critério para a determinação do lugar dos factos, de modo a nos permitir facilmente apurar, num caso concreto, se estamos perante actos praticados nos limites espaciais, dentro dos quais se aplica o Direito Administrativo da RAEM e a Administração da RAEM tem a competência administrativa, ou se os factos têm qualquer dos elementos de conexão determinativos da aplicabilidade do Direito Administrativo da RAEM e atributivos da competência à Administração da RAEM para os sancionar.

Assim, há que recorrer subsidiariamente aos princípios gerais do direito penal, nos termos permitidos pelos nºs 1 e 3 do artº 3º do Decreto-Lei nº 52/99M, que reza:

*1. Os regimes material e procedimental aplicáveis às infracções administrativas são fixados nas leis ou regulamentos que as prevêem e sancionam.*

*2. Os regimes referidos no número anterior devem conformar-se com as disposições do presente diploma.*

*3. Na ausência de regulamentação nas leis ou regulamentos previstos no n.º 1, aplicam-se subsidiária e sucessivamente as disposições do presente diploma e, com as necessárias adaptações, as adequadas do Código do Procedimento Administrativo e **os princípios gerais do direito penal**. – (subl. nosso).*

Segundo o princípio da territorialidade consagrado no artº 7º do Código Penal, o facto considera-se praticado tanto no lugar em que, total ou parcialmente, e sob qualquer forma de participação, o agente actuou, ou, no caso de omissão, devia ter actuado, como naquele em que **o resultado típico se tiver produzido**. – (subl. nosso).

Bom, por força deste princípio geral do direito penal, considera-se praticado na RAEM um facto se o resultado típico se tiver produzido na RAEM.

Ou seja, o lugar dos factos pode ser o lugar onde se produziu o resultado típico dos factos.

Diz o artº 1º da Lei nº 7/89/M que a presente lei estabelece o regime geral a que deve obedecer a difusão de mensagens publicitárias, qualquer que seja o meio utilizado, bem como as condições para a sua inscrição e afixação pública.

*In casu*, o facto que a lei censura administrativamente é a inobservância das prescrições legais para a prática das actividades publicitárias, concretamente consistente na preterição da autorização dos Serviços de Saúde, a que se refere o artº 16º/1 do mesmo diploma.

*Mutatis mutandis*, por força do acima citado princípio geral do direito penal sobre a determinação do lugar dos factos, deve ser considerada o lugar dos factos a RAEM, onde os potenciais utentes ou consumidores residentes podem ter acesso, através da simples visita ao website e à conta de B, às mensagens publicitárias que visem dirigir a atenção das pessoas para os serviços médicos de reprodução artificial, promovida pela ora recorrente ou a que se dedica a ora recorrente, uma vez que a disponibilidade e a acessibilidade daquelas mensagens no website e na conta B deve ser entendida como o resultado típico, ou pelo menos, um dos elementos constitutivos da infracção administrativa, prevista e punida pelo artº 16º/1 e 27º/1-c) do diploma.



O que nos leva a concluir que a RAEM é o lugar dos factos, pois é aqui se encontravam disponíveis e acessíveis os conteúdos publicitários, ora documentados nas fls. 1 a 13 dos autos de procedimento administrativo.

Assim, cai por terra toda a tese invocada pela recorrente apoiada na alegada incompetência absoluta da Administração e bem andou o Tribunal *a quo*, ao decidir como decidiu, julgando competente a Administração para exercer o seu poder punitivo em relação aos factos descritos no acto contenciosamente recorrido.

Improcede assim esta parte de recurso.

## **2. Da omissão na valoração de provas, da violação do princípio de livre apreciação e da violação do disposto no artº 76º do CPAC quanto ao conteúdo da sentença**

Em sede do presente recurso jurisdicional, a recorrente imputou à sentença recorrida as seguintes invalidades:

- Omissão na valoração, pelo Tribunal *a quo*, de uma carta emitida pela H 有限公司, que se juntou quer ao procedimento administrativo quer com a petição de recurso contencioso de anulação, para a comprovação da inimputabilidade dos factos à recorrente; e
- Violação do disposto no artº 76º do CPAC quanto ao conteúdo da sentença, uma vez que na sentença recorrida não foi mencionado o facto, considerado pela recorrente provado dada a força probatória daquela carta, de que ...H 有限公司在未經“A”的負責醫生審核及允許下，上載了該中心的場景圖片和信息，建立了科普性質的 B 服務號 I 和訂閱號 J，用於醫療相關方面的科普知識普及...

Todavia, nenhuma das questões pode ser objecto do presente recurso jurisdicional, uma vez que não foram suscitadas pela ora recorrente em sede de recurso contencioso de anulação.

Pois conforme se vê na petição do recurso a fls. 2 a 10 dos presentes autos, não obstante as vagas afirmações de que ignorou a existência da conta de B criada em seu nome e que foi à revelia do seu conhecimento e do seu consentimento que, no website e na conta de B, a companhia H 有限公司, mencionou as informações sobre a pessoa da recorrente e disponibilizou as mensagens, não publicitárias mas sim meramente informativas, a recorrente limitou-se a suscitar ao Tribunal *a quo* as questões da incompetência absoluta da Administração da RAEM, da obscuridade da fundamentação do acto recorrido, da violação do princípio da adequação e proporcionalidade e da violação da regra *ne bis in idem*.

A propósito do âmbito do recurso ordinário, Amância Ferreira ensina que:

*O direito português segue o modelo do recurso de revisão ou reponderação. Daí o Tribunal ad quem produzir um novo julgamento sobre o já decidido pelo Tribunal a quo, baseado nos factos alegados e nas provas produzidas perante este. Os juízes do tribunal de 2ª instância, ao proferirem a sua decisão, encontram-se numa situação idêntica à do juiz da 1ª instância no momento de editar a sua sentença, valendo também para a 2ª instância as preclusões ocorridas na 1ª.*

*Nesta Linha, vem a nossa jurisprudência repetidamente afirmando que os recursos são meio para obter o reexame de*

*questões já submetidas à apreciação dos tribunais inferiores, e não para criar decisões sobre matéria nova, não submetida ao exame do tribunal de que se recorre – in cf. Amâncio Ferreira, Manual dos Recursos em Processo Civil, 6ª edição, p. 150 a 151.*

Na esteira desse douto ensinamento, aqui citado a título de doutrina no direito comparado, não tendo sido submetidas à apreciação no recurso contencioso, as questões da omissão na valoração de provas, da violação do princípio de livre apreciação, ora suscitadas *ex novo* em sede do presente recurso jurisdicional, não podem ser apreciadas por este tribunal.

Assim, abstenho-nos de conhecer estas questões.

Por outro lado, a recorrente imputou à sentença recorrida o vício formal da violação do disposto no artº 76º do CPAC quanto ao conteúdo da sentença, por não ter sido mencionado nela um facto tido por ela provado.

Na óptica da recorrente, o facto declarado pela companhia H 有限公司, de que ...H 有限公司在未經“A”的負責醫生審核及允許下，上載了該中心的場景圖片和信息，建立了科普性質的 B 服務號 I 和訂閱號 J，用於醫療相關方面的科普知識普及... na carta cuja cópia que se juntou a fls. 15 dos presentes autos e a fls. 129 e 135 dos do procedimento administrativo, é matéria muito útil e relevante, pois demonstra a sua ignorância da existência da conta de B criada em seu nome e afasta a imputabilidade a ela da autoria dos factos de disponibilizar os conteúdos publicitários no website e na conta de B, objecto da punição pelo acto administrativo contenciosamente recorrido.

Assim, entende a recorrente que, não obstante a sua utilidade e

relevância, ao não fazer constar este facto na matéria de facto assente da sentença recorrida, o Tribunal *a quo* fez inquinar a sentença recorrida por vício da violação do artº 76º do CPAC, à luz do qual *a sentença e o acórdão devem mencionar o recorrente, a entidade recorrida e os contra-interessados, resumir com clareza e precisão os fundamentos e conclusões úteis da petição e das contestações, ou das alegações, **especificar os factos provados** e concluir pela decisão final, devidamente fundamentada – subl. nosso.*

Não tem razão alguma.

Ora, quer em sede de procedimento administrativo quer no âmbito do recurso contencioso, a simples admissão de uma prova documental não lhe confere a força probatória plena vinculativa, isto é, não quer dizer que os factos demonstráveis pela mensagem contida na prova terão de ser necessariamente dados por provados pela entidade a que compete julgar a matéria de facto.

No caso *sub judice*, independentemente da valoração ou não pela Administração dessa prova documental no procedimento administrativo que culminou com a prolação da decisão contenciosamente recorrida, o certo é que o facto declarado nesse documento nunca foi tido por assente e levado em conta pela Administração na punição do recorrente.

Se a recorrente entendesse que este facto deveria ter sido dado por provado e levado em conta pela Administração, ela teria de impugnar a matéria de facto tida por assente pela Administração pedindo ao Tribunal *a quo* a valoração dessa prova com vista à alteração da matéria de facto, de modo a lograr fazer incluir nela o tal facto declarado pela companhia H 有限公司.

Não se tendo reagido dessa maneira em sede do contencioso de anulação, já não pode vir agora suscitar *ex novo* perante nós esta questão em sede do presente recurso jurisdicional, que se limita ao reexame de questões já submetidas à apreciação do Tribunal Administrativo.

Igualmente, estamos perante uma questão colocada *ex novo*, de que ficamos impedidos de conhecer.

### **3. Da violação da Lei nº 7/98/M – na vertente de erro nos pressupostos de facto**

A recorrente veio a questionar o carácter publicitário dos conteúdos disponibilizados no website e na conta de B.

Ao que parece, está, no fundo, a imputar ao acto punitivo o vício de erro nos pressupostos de facto.

Há erro nos pressupostos de facto quando os factos que sirvam de fundamento a um acto administrativo não são verdadeiros, ou apenas putativos ou erradamente reputados como verdadeiros pela Administração na prática do acto.

Na óptica da recorrente, a Administração actuou com erro nos pressupostos de facto porque reputou erradamente como publicitários os conteúdos disponibilizados no website e na conta de B.

Para sustentar a sua tese, afirma a recorrente que “涉案 B 帳號的內容僅解釋及介紹什麼是試管嬰兒及導致不孕不育的原因，當中並不具有任何繳請的性質，亦沒有直接、對外及明確地向他人提供或指出任何促使購買的資訊，故

並不屬於第 7/89/M 號法律第 2 條所指之廣告或廣告活動。” .

Ou seja, os conteúdos disponibilizados no website e na conta de B não são conteúdos publicitários, a que se refere ao artº 2º da Lei nº 7/89/M, mas sim mensagens meramente informativas sobre a inseminação *in vitro* e as causas da infertilidade, sem que contenham quaisquer informações sobre serviços a fornecer, de forma directa e expressa, a quem quer seja, ou informações que visam à promoção desses serviços.

Mais uma vez, a recorrente está a submeter *ex novo* uma questão em sede do presente recurso jurisdicional.

Pois do petitório de recurso contencioso, a recorrente nunca questionou o carácter publicitário dos conteúdos das mensagens contidas no website e na conta de B nem o juízo de censura feita pela Administração quanto aos conteúdos publicitários.

Pelo mesmo ensinamento doutrinário do Conselheiro Amância Ferreira que citámos *supra*, não podemos deixar de nos abster de conhecer esta questão ora colocada *ex novo*.

Naufragada a questão da invocada incompetência absoluta da entidade administrativa, única atendível por nós, e julgadas insusceptíveis de ser apreciadas *ex novo* nesta segunda instância as restantes questões, é de improceder *in totum* o recurso jurisdicional.

### **Em conclusão:**

8. Por força do princípio da territorialidade, a competência

administrativa territorial da RAEM deve conter-se estritamente dentro dos limites territoriais da RAEM, enquanto o âmbito da aplicação no espaço do direito administrativo da RAEM se limite, em princípio, aos mesmos limites territoriais e aos factos que hão-de conter qualquer um dos elementos de conexão com o espaço territorial sobre o qual a RAEM exerce a sua competência administrativa.

9. Não sendo expressamente qualificados pela lei como crimes nem contravenções, os ilícitos previstos na Lei nº 7/89/M, consistentes em actos divulgadores de mensagens publicitárias ilícitas, não verdadeiras e ofensivas aos princípios da livre e leal concorrência e da defesa do consumidor e puníveis apenas com pena pecuniária, devem sujeitar-se ao regime geral das infracções administrativas estabelecido no Decreto-Lei nº 52/99M.
10. Para a determinação do lugar da prática da infracção administrativa prevista e punida pelo artº 16º/1 e 27º/1-c) pela Lei nº 7/89/M, deve ser considerada o lugar dos factos a RAEM, onde os potenciais utentes ou consumidores residentes podem ter acesso, através da simples visita ao website e à conta de B, às mensagens publicitárias, que visem dirigir a atenção das pessoas para os serviços médicos de reprodução artificial, uma vez que a disponibilidade daquelas mensagens no website e na conta B deve ser entendida como o resultado típico, ou pelo menos, um dos elementos constitutivos da infracção administrativa, por força do princípio geral do direito penal sobre a determinação do lugar dos factos, consagrado no artº 7º do Código Penal, aplicável *ex vi* do artº 3º/3 do Decreto-Lei nº 52/99M.

11. Os recursos jurisdicionais são meio para obter o reexame de questões já submetidas à apreciação dos tribunais inferiores, e não para criar decisões sobre matéria nova, não submetida ao exame do tribunal de que se recorre. Assim, o recorrente não pode suscitar *ex novo* em sede de recurso jurisdicional questões que não tenham sido submetidas à apreciação na primeira instância.
  
12. Quer em sede de procedimento administrativo quer no âmbito do recurso contencioso, a admissão de uma simples prova documental não lhe confere a força probatória plena vinculativa, isto é, não quer dizer que os factos demonstráveis pela mensagem contida na prova terão de ser necessariamente dados por provados pela entidade a que compete julgar a matéria de facto assente.
  
13. Se o recorrente entendesse que um facto deveria ter sido dado por provado e levado em conta pela Administração no acto administrativo contenciosamente recorrido, ele teria de impugnar, em sede de contencioso de anulação, a matéria de facto tida por assente pela Administração pedindo ao Tribunal administrativo a valoração de provas já existentes no procedimento administrativo, com vista à alteração da matéria de facto fixada pela entidade administrativa, de modo a lograr fazer incluir nela o facto que pretende ver provado e atendido na decisão de recurso. Não tendo reagido dessa maneira em sede do contencioso de anulação, já não pode vir impugnar *ex novo* a matéria de facto tida por assente pela Administração, em sede do recurso jurisdicional, que como se sabe, se limita ao reexame de questões já submetidas à apreciação do Tribunal Administrativo.



14. Há erro nos pressupostos de facto quando os factos que sirvam de fundamento a um acto administrativo não são verdadeiros, ou apenas putativos ou erradamente reputados como verdadeiros pela Administração na prática do acto.

Tudo visto, resta decidir.

### III

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam em conferência negar provimento ao recurso jurisdicional.

Custas pela recorrente A, com taxa de justiça fixada em 10UC.

Registe e notifique.

RAEM, 30SET2020

\_\_\_\_\_  
Lai Kin Hong

\_\_\_\_\_  
Ho Wai Neng

\_\_\_\_\_  
Fong Man Chong

(Com declaração de voto vencido em anexo)

\_\_\_\_\_  
Álvaro António Mangas Abreu Dantas

(Fui presente)

**Processo n° 306/2019** (*recurso jurisdicional do contencioso*)

Recorrente: **A, Limitada.**

Recorrido: **Subdirector dos Cuidados de Saúde Generalizados dos Serviços de Saúde**

## **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

Voto vencido o presente acórdão pelas razões seguintes:

### **I**

Subcrevo, salvo o melhor respeito, o acórdão apenas na parte em que se qualifica os factos como infracção administrativa.

### **II**

Tendo presente uma infracção administrativa, o regime disciplinador é o constante do DL n° 52/99/M, de 4 de Outubro.

O seu artigo 14° (Decisão sancionatória) dispõe:

A decisão sancionatória deve conter, sob pena de nulidade:

a) A identificação do infractor;

b) A descrição do facto ilícito imputado;

c) A indicação da norma que prevê e sanciona o facto ilícito imputado;

d) A indicação dos meios de prova;

e) A indicação da sanção aplicada e o prazo para o seu cumprimento, que não pode ser inferior a 10 dias nem superior a 30;

f) A indicação da possibilidade de impugnação da decisão, o prazo para o efeito e o tribunal para o qual se recorre; e

g) A indicação de que há lugar à execução imediata da decisão caso esta não seja impugnada.

**O regime da nulidade consta do artigo 123º (Regime da nulidade) do CPA, que dispõe:**

1. O acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade.

2. A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal.

3. O disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais de direito.

Nos termos do artigo 14º do citado DL, não resta dúvida que a decisão administrativa sancionatória tem de conter os elementos subjectivos e objectivos da imputação jurídico-administrativa da infracção em causa.

Ora, no caso, é certo que na sentença do TA se encontram elencados os chamados factos essenciais para decidir o litígio, não é menos certo que tal parte da sentença origina alguns problemas ao nível da percepção, pois:

- Tal parte remete *sistematicamente* para os relatórios e as peças do PA, sem que se especificasse quais factos concretos considerados assentes (e só) com valor para a decisão da causa, já que nessas peças há factos pertinentes e impertinente, considerações abstractas da Entidade Recorrida, conclusões fundadas e infundadas tecidas pela mesma;

- Nota-se a falta de elementos essenciais para fazer uma imputação jurídico-administrativa da infracção nos termos legalmente fixados.

Como? Vejamos então.

No relatório final do procedimento administrativo, a parte mais importante em que se encontram os elementos necessários para tomar a decisão tem o seguinte teor:

“...根據本局法律辦公室第 141/GJ/2016 號意見書的意見，“當中提及屬於不同的廣告媒介，對於每一個廣告應取得衛生局的批准，正如九月四日第 7/89/M 號法律第十六條第一款所要求一樣，因此，認為本個案涉及衛生局不批准利害關係人 A 透過網頁“XXX”及 B 帳號“澳門試管嬰兒諮詢 D”應繼續其後續的程序”。就上述的情況，本科建議按照法律辦公室之意見，繼續本卷宗的後續跟進處理，而非與本局 082/Q/UTLAP/2015 號卷宗合併處理。經本科人員再次瀏覽上述網頁及 B 帳號，有關內容已不存在(見卷宗第 103 至 104 頁)，考慮到利害關係人書面聽證所述的內容，指涉案網頁實為 E 所有，在未經利害關係人知悉及同意的情況下上載有關涉嫌違規的廣告內容，並非利害關係人刻意違規，在事件中並不知情；另外，就 B(軟件)帳號“澳門試管嬰兒諮詢 D”，利害關係人在筆錄聲明及書面聽證中均承認上述帳號為其所擁有，並解釋有關 B 帳號的宣傳工作交予中國內地之廣告公司處理及宣傳，然而，利害關係人亦應有責任預審有關 B 帳號的廣告內容，才向公眾展示及發佈，若涉及醫療及對健康有好處之聲稱應向本局作出申請，就利害關係人的 B(軟件)帳號，證實違反九月四日第 7/89/M 號法律第一六條第一款之規定，考慮到利害關係人在得悉有關廣告內容違規後已分別要求 E 移除有關網頁分頁的內容及將 B 帳號刪除；同時，利害關係人未存有曾違反相同規定被處罰的記錄，屬首次違反；且現階段本局未具備證據證明其違規之行為對第三人造成損害，因而構成減輕相應的違規責任情節，為此，本科建議按照同一法律第二七條第一款 c 項之規定，科以澳門幣 8,000 元之罰款。...”(底線為本文所加)

A decisão punitiva tem por base o artigo 16º da Lei nº 7/89/M, de 4 de Setembro, que dispõe:

(Medicamentos, próteses e tratamentos)\*

1. A publicidade relativa a medicamentos, produtos farmacêuticos, próteses, tratamentos médicos ou paramédicos e objectos ou métodos apresentados como tendo efeitos benéficos para a saúde, tem de ser previamente autorizada pela Direcção dos Serviços de Saúde.

2. Na ausência de qualquer resposta por parte da Direcção dos Serviços de Saúde, nos trinta dias posteriores à recepção do pedido, este considera-se tacitamente deferido.

3. Do despacho de indeferimento cabe recurso nos termos gerais.

(Obs. \* O **Decreto-Lei n.º 30/95/M** determina que este artigo deixa de ser aplicado à publicidade de medicamentos, continua a aplicar-se ao tratamento médico ou paramédico).

Ora, perante o quadro factual acima citado, pergunta-se, quem é que fez **a publicidade** que constitui a base da imputação da infracção administrativa em causa?

À Recorrente são imputados os factos a título de autoria material? Ou de autoria moral? Ou de cúmplice?

No relatório final não encontramos nenhum elemento directo sobre este ponto.

Em rigor das coisas, esta parte transcrita encerra alguma contradição, senão ambiguidade, pois, quando a sentença do TA remete para este relatório, significa que se considera justificada a conduta da Recorrente e se aceitam as justificações? Ou significa uma outra coisa? Dúvida subsistente!

Por outro lado, apesar de regular a responsabilidade civil, tem valor auxiliar de interpretação o artigo 25º (Responsabilidade civil) da Lei nº 7/89/M, de 4 de Setembro, que estipula:

1. Os proprietários dos suportes publicitários respondem civil e solidariamente com o agente de publicidade e com o anunciante, pelos prejuízos causados a terceiros, em virtude da difusão de mensagens publicitárias ilícitas.

2. O anunciante pode eximir-se da responsabilidade consignada no número anterior, se provar não ter tido conhecimento prévio da mensagem publicitária difundida.

Há nesta matéria 3 conceitos diferentes: o **proprietário dos suportes publicitários**, o **agente de publicidade** e o **anunciante**.

**Pergunta-se, com pertinência, que qualidade é a ora Recorrente tem?**

Omite-se a menção sobre este ponto no relatório final do procedimento administrativo sancionatório.

Não é uma questão inútil, pelo contrário, é uma matéria que tem repercussões no campo da aplicação do artigo 28º da citada Lei, ponto que veremos mais adiante.

No caso em apreço, a Recorrente negou a sua participação directa nos factos, porque foram as companhias de HK e da China que fizeram ligação por internet para a *webside* da Recorrente. Esta não tem controlo directo sobre tais informações!

Sem dúvida à entidade punitiva cabe provar os factos constitutivos da infracção imputada e a culpa da infractora, e não ao contrário.

Isto por um lado,

Por outro,

Quanto à **imputação subjectiva**, a mesma dúvida que subsiste, pois, não há menção clara de que a Recorrente agiu com dolo ou com negligência ao praticar os factos imputados.

Se se chegasse à conclusão de que, **em matéria do artigo 16º da citada Lei**, a Recorrente fosse possuidora do suporte publicitário, ela só poderá ser punida a título do dolo (culpa), e não a título de negligência, porque é muito claro o artigo 28º (Negligência) da Lei nº 7/89/M, ao consagrar:

1. A negligência do anunciante é sempre punida.

2. A negligência do proprietário ou possuidor do suporte e do agente responsável pela distribuição da mensagem publicitária é apenas punida nos casos dos artigos 4.º, 5.º, 7.º, 8.º e 11.º a 15.º

3. Havendo mera negligência, o máximo da multa que ao caso couber é reduzido a metade.

O legislador excluiu expressamente a sanção da conduta negligente em matéria prevista no artigo 16º da citada Lei.

Na decisão ora recorrida não há nenhuma menção da culpabilidade da Recorrente! Nem a qualidade que ela assume! Falta assim um elemento essencial da imputação jurídico-administrativa da infracção em vista.

O que não deixa de gerir **uma nulidade insanável.**

\*

Relativamente à jurisdição da lei macaense sobre os factos em análise, alinho os argumentos do Digno. Magistrado do MP junto deste TSI – *reproduzem-se aqui para todos os efeitos legais* -, no sentido de que a lei de Macau não tem jurisdição sobre os factos tal como eles estão descritos nos autos.

### III

Nestes termos, salvo o merecido respeito, entendo que deve declarar-se nula a decisão sancionatória ora recorrida e revoga-se a decisão do TA. O mesmo resultado será se se seguir a posição do MP constante do douto parecer acima transcrito.

RAEM, aos 30 de Setembro de 2020.

Primeiro Juiz-Adjunto

---

Fong Man Chong