

Processo n.º 209/2019

(Autos de recurso contencioso)

Relator: Fong Man Chong

Data : 20 de Maio de 2021

Assuntos:

- Multa aplicada com base no critério fixado no contrato administrativo e regra da divisibilidade do conteúdo do acto administrativo
- Princípio do aproveitamento do acto administrativo (parcialmente) ilegal

SUMÁRIO:

I – Estando em causa uma decisão de multa, aplicada com base nos diferenciados critérios fixados nas diferentes alíneas de uma cláusula de contrato administrativo (de prestação de serviços de gestão de piscinas públicas), com o valor somatório das 3 multas parcelares, sendo confirmada pelo Tribunal a aplicação correcta das 2 multas por ter respeitado o critério contratualmente estipulado, enquanto uma outra multa foi julgada ilegal por violar o critério fixado no contrato e também infringir o princípio da proporcionalidade, esta última decisão deve ser anulada por ser ilegal, enquanto aquela primeira deve ser mantida, por força da regra da divisibilidade do conteúdo do acto administrativo em causa.

II – A mesma conclusão se impõe fazendo-se apelo ao princípio do

aproveitamento do acto administrativo ilegal, que habilita o juiz administrativo a proceder a juízos ponderativos relativos à irrelevância de ilegalidade cometida pela Administração, por apelo a valores e interesses relativos a eficácia, eficiência, racionalidade, celeridade, poupança de tempo e de recursos ou economia de meios, globalmente considerados, quer na vertente da Administração, quer do particular que com ela se relaciona, pois, o órgão administrativo competente poderá sempre vir a desencadear um novo procedimento para aplicar a mesma multa (parcial) que é considerada válida neste processo.

O Relator,

Fong Man Chong

Processo n.º 209/2019

(Autos de recurso contencioso)

Data : 20/Maio/2021

Recorrente : **XXX (Proprietário da empresa “AAA”)**
(XXX(「AAA」之商業企業主))

Entidade Recorrida : **Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura**

*

Nota prévia:

1) – Em 18/06/2020 por este TSI foi proferida no âmbito destes autos a seguinte decisão:

“Pelas apontadas razões, os juízes do TSI acordam em julgar procedente o recurso, anulando-se a decisão recorrida.”

2) – Contra a referida decisão foi interposto recurso para o TUI, tendo este proferido o acórdão em 24/02/2021, que concedeu provimento ao recurso, revogando-se o acórdão do TSI, mandando baixar os autos para conhecer das demais questões suscitadas pelo Recorrente.

3) – Cabe agora cumprir a decisão do venerando TUI.

*

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA RAEM:**

I – RELATÓRIO

XXX (empresário individual da empresa “AAA”) (XXX(「AAA」之商業企業主)), Recorrente, devidamente identificado nos autos, discordando do despacho do Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, datado de 14/12/2018, pelo qual lhe foi aplicada uma multa de MOP\$4,098.000.00 (quatro milhões e noventa e oito mil patacas), por violação de obrigações decorrentes do contrato de prestação de serviços de gestão das piscinas situadas em Macau afectas ao Instituto do Desporto (*contrato celebrado em 29/03/2018 entre o Fundo do Desporto da RAEM o Recorrente, como primeiro e segundo outorgantes, respectivamente*), dela veio, em 22/02/2019 interpor o presente recurso contencioso para este TSI, com os fundamentos constantes de fls. 2 a 17, tendo formulado as seguintes conclusões:

(1) 根據於 2018 年 3 月 29 日澳門特別行政區體育基金與上訴人簽署的「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」公證合同第二十條規定，在擬科處獲判給人罰款前，必須先由合同主體即澳門特別行政區體育基金向獲判給人發出兩次警告信，上訴人並沒有收到由澳門特別行政區體育基金發出的警告信，導致社會文化司司長於 2018 年 12 月 14 日作出之批示因欠缺法定程序及違反合同規定而應予以撤銷。

(2) 而且行政當局亦沒有按照該合同第二十條第三款規定說明作出退款的條件，導致該批示因欠缺法定程序及違反合同規定而應被撤銷！

(3) 此外，行政當局在該批示中以“澳門特別行政區沒有出現任何全面或業界罷工的情況”、“個人不能以不可抗力的情況去躲避因自己的過失、疏忽或缺乏遠見而導致違反合同的情況”等為由認為 **AAA** 於 2018 年 8 月 17 日起發生的救生員罷工一事不屬不可抗力的情況。

(4) 然而，行政當局清楚知悉，上訴人是體育局轄下所有游泳設施及水上設施的救生服務獲判給者，亦是全澳所有公共游泳設施獲判給者，故 **AAA** 所有的救生僱員已可稱得上是本澳救生員業界。

(5) 而服務私人泳池的救生員因不須具備救生員證照，故與普通人無異，不應與具備專業救生員證照的救生員混為一談，更無法補充服務公共泳池的勞動力。

(6) 事實上，擁有中國國家職業資格游泳救生員證書的本澳居民僅有兩百多人，罷工事情發生後，上訴人曾經逐一致電 111 名過往透過他們考獲中國國家職業資格游泳救生員證書

的本澳人士、尋求勞工局轉介、在報章及多個網絡平台刊登招聘廣告及聯繫人力資源公司、提高招聘的救生員薪酬 66%，而即使用盡所有方法，最終亦只能聘得一名全職救生員及兩至三名為了幫忙而答應兼職數天的救生員。

(7) 實際情況反映出本澳根本沒有符合該公證合同第三條第七款第 3 項條件的救生員可以在罷工發生時立即替補罷工救生員崗位。

(8) 行政當局對上述過程及結果十分清楚，當局亦有嘗試自行聯絡符合條件的救生員亦最終無果，但行政當局最終卻視而不見，更以澳門特別行政區沒有出現任何全面或業界罷工的情況為理拒絕承認救生員罷工是不可抗力的情況是違反了善意原則。

(9) 況且，行政當局在該批示指“個人不能以不可抗力的情況去躲避因自己的過失、疏忽或缺乏遠見而導致違反合同的情況”及“AAA 應制定應變計劃以應付不可預見的事件”，正正反映出行政當局已視是次事件為不可抗力，亦是上訴人不可預見的，而上訴人有否制定應變計劃並非判定事件是否為不可抗力的指標。

(10) 行政當局一方面認為是次事件為不可抗力的情況，卻沒有根據「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」公證合同第二十條第四款的規定，免除上訴人的罰款，是違反該合同規定及違反法律。

(11) AAA 的 23 名救生員在完全無預警的情況下突然罷工是不可預見的、上訴人亦無法抵抗救生員的罷工的行為、而當時本澳已沒有符合條件的救生員可上班，且勞工事務局否決了上訴人追加之外地救生員聘用許可、上訴人亦不能答應罷工救生員諸多違反法律的要求，最終因欠缺救生員而導致泳池暫停開放的後果非為上訴人所想，亦非為上訴人個人意願之事實而產生，應視上訴人違反合同為不可抗力，該批示因沾有事實前提錯誤而應被撤銷。

(12) 而且該批示亦欠缺考慮救生員罷工一事已符合該合同第二十條第一款所指之具備足夠理由，導致作出之批示沾有事實前提的錯誤亦應被撤銷！

(13) 此外，於 2018 年 8 月 17 日罷工事件爆發初期，是由行政當局決定應關閉那些泳池或決定那些泳池的有限度開放時間，其後，於 2018 年 8 月 21 日開始，行政當局更嚴格執行所有現職救生員每日工作不能超過 8 小時、不能安排救生員加班、必須放每週休息日及每工作 1.5 小時安排休息 0.5 小時等比《勞動關係法》及該合同更高的條件。

(14) 上述要求直接減少了上訴人可用的人力資源及減低了能重新開放泳池部分時段的機會，亦令原本在罷工事件爆發後能如常開放的氹仔中央公園泳池、黑沙公園泳池及嘉模泳池(室內池)自 2018 年 8 月 22 日起也只能作有限度開放。

(15) 而該批示完全沒有考慮上述情節，更拒絕承認曾作出相關要求，是完全違反善

意原則!

(16) 此外，該 23 名救生員開始罷工時，上訴人曾向行政當局提出立即解僱 22 名罷工的外地救生員，便可使用該 22 個外地僱員聘用許可重新聘請 22 名外地救生員替補崗位，所需時間只需約十天，但當時體育局並不同意此解決方案，認為當時即時解僱所有罷工救生員將引起社會很大迴響。

(17) 行政當局一邊要求上訴人服從其指示及要求，使上訴人未能重新聘請外地救生員填補崗位，另一邊卻以上訴人未能提供足夠救生員而向其科處罰款，是有違善意原則!

(18) 上訴人於 2018 年 8 月 31 日就當時既不能解僱罷工的外地救生員，且本澳已沒有符合條件的救生員已聘請，即使勞工事務局申請增加外地僱員聘用許可亦需時約兩星期至數月不等的困局向當局陳述，並要求行政當局就當時實際情況作出指示!

(19) 但行政當局並沒有作出任何回應及指示，即使上訴人於 2018 年 9 月 24 日再一次要求行政當局就當時實際情況作出指示，行政當局亦沒有作出回覆!

(20) 行政當局僅一直要求上訴人自行解決根本無法解決的問題!顯然違反了行政當局與私人合作原則、非官僚化原則及善意原則!

(21) 再說，行政當局已於 2018 年 9 月 21 日與上訴人的會議當中提出將在不科處罰款的情況下與上訴人協議解除合同，亦沒有要求上訴人在會議內立即作出回覆，相反，更叫上訴人回去考慮後以書面回覆。

(22) 如今，行政當局卻將事實扭曲，明顯違反善意!

(23) 而且上訴人在緊接其後的第一個工作日便以書面回覆同意行政當局協議解除合同的安排，為防止行政當局對上訴人提交救生員名單的行為誤解為不同意接受有關安排，上訴人在該文件上再一次重申同意有關議解除合同的安排。

(24) 而體育局從未否認上訴人在上述書面回覆中指於 2018 年 9 月 21 日之會議上體育局曾提出在不對上訴人作出任何處罰、不追討損害賠償及將退回上述三份合同的保證金的前提下與上訴人協議解除合同一事，亦再沒有在往後的會議及書面回覆中指出不同意上訴人之所述。

(25) 使上訴人合理相信並期待雙方已達成不處罰及解除合同的合意，如今行政當局卻出爾反爾，濫用了上訴人對其的信任，嚴重違反善意原則!

(26) 另一方面，即使需要計算罰款，就計算方面，該批示亦因事實前提錯誤而應被撤銷!

(27) 首先，亦不應既根據該合同第 20 條第 2 款 1.1)及 1.2)規定就延遲開放泳池科處上訴人罰款，亦同時根據該合同第 20 條第 5 款規定就欠缺救生員提供服務科處罰款，因為當泳

池沒有對外開放時，獲判給者是不會提供救生員當值，該公證合同第 20 條第 5 款所針對之情況，應僅在泳池正在對外開放時才會發生。

(28) 除此之外，行政當局在計算該公證合同第 20 條第 5 款的罰款時，以該公證合同第 3 條第 1 款的救生員崗位數推定為上訴人沒有提供之救生員數量；以及以該公證合同第 2 條第 11 款第 2 項中的孫中山泳池的開放時間推定為上訴人沒有提供之服務時數，即在沒有證據支持下，以最大違反的可能人數及時數計算根本毫無意義，亦違反了證據的法律。

(29) 而在該公證合同當中亦沒有得出合同曾賦予行政當局可以在未經調查前直接以最大違反的可能人數及時數作計算罰款的事實前提。

(30) 況且，體育局多次重申，當泳池當值救生員人數不足時，有關泳池必須暫停開放，而無論上訴人是否能夠提供部分救生員當值，而事實上，上訴人在 2018 年 8 月 18 日至 2018 年 10 月 31 日期間，是能夠提供部份救生員在部分時間提供服務。

(31) 但如今行政當局推定以最大違反的可能人數及時數計算罰款，是對上訴人不公平及違反善意原則！

(32) 該批示因沾有事實前提錯誤的瑕疵、欠缺證據證明上訴人欠缺批示所指的救生員人數及時數、違反法律及善意原則而應予以撤銷！

(33) 而且，即使需要計算罰款，根據該公證合同第 20 條第 2 款規定，亦應自行政當局在發出兩次警告信後，及在行政當局給予私人最後履行期後私人仍然未履行時，行政當局的處罰權才會產生，計算罰款的開始期間亦應在行政當局產生處罰權後才開始，否則在合同設定上述條件將變得毫無意義。

(34) 因此，即使需要計算處罰，處罰期亦只能自上述給予期限到期後仍未履行後才開始，即至少自 2018 年 10 月 2 日開始。

(35) 行政當局亦違反了該公證合同第 20 條第 5 款規定，根據相關規定亦至少在第二次警告信發出後情況持續出現逾三次後，才能計算上述罰款。

(36) 且按字面理解，應視“情況持續出現逾三(3)次，則當局有權對其後每一(1)次欠缺工作人員每小時科處澳門元壹仟圓正(MOP1,000.00)的罰款”(底線字為後期所加)才算合理。

(37) 此外，颱風「山竹」過後，竹灣泳池尚未清理完畢，因此上訴人是能夠提供足夠的救生員完全開放孫中山泳池，但體育局不同意這樣安排，故不應視上訴人在此期間不能提供救生員而被處罰。

(38) 綜合以上種種計算錯誤，該批示應因事實前提錯誤而被撤銷。

(39) 最後，行政當局在是否科處上訴人罰款一事上是具有自由裁量權，而行政當局

在行使自由裁量權上應遵受適當及適度原則，不應將權利無限擴張。

(40) 可惜，行政當局既沒有根據該公證合同的規定及訂立處罰制度的原意 — 希望以退款作為鼓勵獲判給人改善服務，更將其處罰的權利濫用。

(41) 事實上，行政當局知悉獲判給人每月所獲得的月費，幾乎都用於支付工作團隊的薪金上，利潤微薄，如行政當局決定科處此巨額罰款，上訴人根本無力負擔，並將成為無償還能力之人，屆時本澳各大泳池及泳灘提供的救生服務將被逼停止服務，影響全澳市民的生活。

(42) 但行政當局完全沒有考慮適當性及適度性，違反了《行政程序法典》第 5 條的適當原則，有關行政行為應被撤銷！

* * *

Citada a Entidade Recorrida, o Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura veio contestar o recurso com os fundamentos constantes de fls. 347 a 383, tendo formulado as seguintes conclusões:

(i) Por despacho do Recorrido, de 14 de Dezembro de 2018, foi aplicada a multa, no valor global de MOP4.098.000,00, ao ora Recorrente por incumprimento das obrigações contratuais;

(ii) Por não se conformar com a decisão, o Recorrente interpôs dela o presente recurso contencioso, requerendo que seja anulado o despacho recorrido;

(iii) O Recorrente alega que, nos termos da Cláusula 20.^a do Contrato, antes de aplicar multa ao adjudicatário, ora Recorrente, o FD deve enviar-lhe advertência, o que não aconteceu, inobservando o procedimento legal;

(iv) No dia 21-08-2018, o IDM emitiu a 1.^a advertência ao Recorrente, informando que, da fiscalização realizada em 17-08-2018 junto da Piscina Dr. Sun Iat Sen, constatou-se que o número de nadadores-salvadores em serviço não correspondia ao previsto no Contrato;

(v) Em resposta à 1.^a advertência, o Recorrente apresentou a sua defesa escrita no dia 31-08-2018, dirigida ao Sr. Presidente do IDM;

(vi) Tendo em conta que continuava a verificar a irregularidade acima referida, o IDM emitiu a 2.^a advertência ao Recorrente,

(vii) o qual apresentou no dia 24-09-2018 a respectiva resposta dirigida ao Sr. Presidente do IDM;

(viii) Após as duas advertências, o Recorrente não logrou rectificar a sua actuação e o incumprimento contratual que vinha sendo apontado manteve-se, e as justificações apresentadas para esse incumprimento foram considerados inaceitáveis;

(ix) Pelo que, no dia 5-11-2018, foi lavrado pelo FD o Auto de Aplicação da Multa;

(x) Do teor do Auto acima referenciado, confirma-se que foram enviadas duas cartas de advertência, em datas diferentes ao adjudicatário, ora Recorrente;

(xi) Na defesa escrita, datada de 15-11-2018, apresentada e dirigida ao Presidente do Conselho Administrativo do Fundo do Desporto, o Recorrente nunca queixou de não ter recebido cartas de advertência;

(xii) Vem agora o Recorrente invocar não ter recebido advertências emitidas pelo FD, requerendo a anulação do despacho recorrido por inobservância de procedimento legal;

(xiii) Agiu, assim, o Recorrente em manifesta violação ao princípio da boa fé que consubstancia no abuso do direito, pois bem sabe que foi advertido por duas vezes, e só com manifesto má-fé pode invocar ou alegar o contrário;

(xiv) Mais alega que não foram indicadas no despacho recorrido as condições de reembolso, não tendo o mesmo observado o procedimento legal;

(xv) Não se afigura que a falta de indicação de condições de reembolso faz diminuir a garantia de defesa ou causa qualquer prejuízo ao Recorrente, cuja gravidade determine a anulação da decisão recorrida;

(xvi) A questão ora suscitada pelo Recorrente é apenas uma questão de prática;

(xvii) O Recorrente alega que o incidente ocorrido desde dia 17 de Agosto de 2018, que causou o encerramento ao público da Piscina Dr. Sun lat Sen foi devido à greve dos 24 trabalhadores, considerando-se de caso de força maior, por ser facto imprevisível;

(xviii) Pelo que, o facto de o Recorrente não ter conseguido disponibilizar número suficiente de nadadores-salvadores em serviço resultou-se da greve dos trabalhadores imprevisível, devendo a Administração dispensar a aplicação de multa ao Recorrente, tendo conta que o Recorrente apresentou as suas razões fundamentadas e o incidente é um caso de força maior;

(xix) Mas, a Administração não aceitou, nem aceita, que se trate de um caso de força maior, decidindo aplicar uma multa ao Recorrente, pelo que padece o acto recorrido de vício de erro sobre os pressupostos de facto, e viola a disposição contratual e a lei;

(xx) No requerimento de defesa escrita, datado de 15-11-2018, nos seus artigos 44 a 47 (pg. 167) demonstra que, na altura de concurso público para prestação de serviço de gestão e de salvamento nas piscinas, o Recorrente já tinha perfeito conhecimento de que o mercado de recurso humano de Macau poderia não disponibilizar nadadores-salvadores suficientes, e teve de recorrer à importação de trabalhadores não residentes;

(xxi) Uma vez adjudicada a prestação de serviço de gestão e salvamento, como o Recorrente não dispunha de nadadores-salvadores suficientes para assegurar o funcionamento normal das piscinas, evidentemente os trabalhos são suportados e distribuídos para os outros trabalhadores da empresa, obrigando-os a trabalhar ininterruptamente 13 a 18,5 horas, e trabalhar também em dia de descanso semanal;

(xxii) Além de longas horas de trabalho e sem descanso semanal e anual, a detenção de certificado de qualificação profissional por parte da entidade patronal, consentimento de prestação de trabalho extraordinário ou em dia de descanso dado não voluntariamente, e a não entrega de cópia do respectivo contrato laboral e nota de pagamento de salário aos trabalhadores, contribuíram para provocar a greve dos trabalhadores iniciada em 17-08-2018, incidente esse resultou inequivocamente de má gestão e de violação à lei laboral por parte do Recorrente;

(xxiii) Isso tudo poderia ser controlado sob a vontade do Recorrente, evitando qualquer conflito ou greve dos trabalhadores, pelo que não pode ser considerado como caso de força maior a presente greve dos trabalhadores da empresa AAA, que não se trata de greve geral ou sectorial;

(xxiv) Estamos, portanto, em afastados do campo de aplicação da excepção de causa de força maior;

(xxv) O Recorrente alega que o IDM lhe exigiu que concedesse aos nadadores-salvadores 30 minutos de descanso, depois de cada 90 minutos de trabalho, não podendo prestar serviço diário durante mais de 8 horas, nem trabalho extraordinário. E também concedesse aos nadadores-salvadores descanso semanal;

(xxvi) Nos termos do artigo 42.º da Lei n.º 7/2008 (Lei das relações de trabalho), "*o trabalhador tem direito a gozar um período de descanso remunerado de vinte e quatro horas consecutivas por semana*", e dispõe a Cláusula 3.ª, n.º 7, alínea 2) do Contrato, que "*os nadadores-salvadores não podem prestar mais de 5 (cinco) horas consecutivas de trabalho, em*

regime de turno, e exceder 6 (seis) horas o período total de trabalho diário. Segundo o número dos nadadores-salvadores, propõe-se a concessão de um intervalo para descanso de duração de 30 (trinta) minutos por cada 1.5 (uma hora e meia) de trabalho no máximo.";

(xxvii) A exigência de observância da Lei das Relações de Trabalho e de cumprimento das obrigações contratuais não pode ser traduzida como violação dos princípios de boa fé, da colaboração entre a Administração e os particulares e da desburocratização por parte da Administração;

(xxviii) O Recorrente alega que tinha proposto junto do IDM o despedimento em massa dos 22 (vinte e dois) trabalhadores não residentes em greve, mas o IDM não concordou;

(xxix) Quanto ao despedimento invocado, o Recorrente apenas pretendia encobrir as ilegalidades que praticou, repatriando os trabalhadores não residentes em greve;

(xxx) Face ao exposto, por um lado não cabia ao Recorrido decidir se o Recorrente devia ou não despedir os seus trabalhadores e, por outro, esse despedimento dificilmente resolveria um problema cuja origem era a falta de recursos humanos;

(xxxi) O Recorrente disse que na reunião realizada em 21-09-2018, nas instalações do IDM, este informou que pretendia revogar o contrato por acordo, mas enfim, a Administração não cumpriu essa intenção, e aplicou multa de valor elevado ao Recorrente, pelo que o despacho recorrido viola os princípios de boa fé, da colaboração entre a Administração e os particulares, e da desburocratização, devendo ser anulado;

(xxxii) Nessa reunião, também se informou ao Recorrente que existem diferentes tratamentos viáveis para ultrapassar os problemas enfrentados, nomeadamente aplicação de multa, resolução do contrato e pedido de indemnização;

(xxxiii) Devendo frisar-se que, durante aquela reunião, o IDM nunca propôs ao Recorrente que escolhesse alguma das opções acima mencionadas, especialmente revogação de contrato por acordo, e este também não manifestou interesse em discutir sobre essa matéria, muito menos informou ao IDM a sua preferência;

(xxxiv) Vem agora o Recorrente alegar que pensava ele ter chegado a acordo mútuo com a Administração para revogar os três contratos de prestação de serviços de gestão das piscinas e de salvamento, por ter manifestado na sua resposta à 2.^a advertência de 24-09-2018, e na carta datada de 28-09-2018, a vontade de revogar os aludidos contratos;

(xxxv) Mais alega que, após ter manifestado essa vontade de revogar os contratos, o IDM nunca negou esse facto de ter mencionado, na reunião de 21-09-2018, a revogação de contratos por acordo;

(xxxvi) Salvo melhor opinião, no ponto 7.1 da Informação n.º 0203/DFED-P/2018, datada de 5-12-2018, consta a resposta porque não teve iniciado o processo de revogação dos contratos, mas sim continuou a aplicação de multa;

(xxxvii) Sublinha-se que, nos termos da Cláusula 21.ª, n.º 3, do Contrato, as partes podem, por acordo mútuo e em qualquer momento, revogar, e a parte que toma a iniciativa deve informar a outra parte por escrito com uma antecedência mínima de trinta (30) dias úteis;

(xxxviii) Quer o IDM quer o FD nunca informou o Recorrente, por escrito, em conformidade com a disposição contratual supramencionada, da vontade de revogar os contratos;

(xxxix) O Recorrente alega que a Administração aplicou-lhe as multas, ao abrigo da Cláusula 20.ª, n.º 2, alínea 1), subalíneas 1.1) e 1.2), e alínea 5) do Contrato, por haver mais que um tipo de infracção;

(xl) O Recorrente declara que não poderia aparecer simultaneamente os dois tipos de infracção ora aplicada, porque, quando a piscina encontrar-se fechada ao público, não se colocará nadadores salvadores a prestar serviço de salvamento;

(xli) Portanto, só se verificará infracção à Cláusula 20.ª, n.º 2, alínea 5), quando a piscina encontrar-se aberta ao público e o adjudicatário não conseguir colocar número de nadadores salvadores correspondente ao do Contrato;

(xlii) Salvo melhor opinião, a infracção à Cláusula 20.ª, n.º 2, alínea 1), subalíneas 1.1) e 1.2), diz respeito à abertura da piscina ao público, e a Cláusula 20.ª, n.º 2, alínea 5) diz respeito ao número de trabalhadores e número de horas de serviços prestados, são, portanto, infracções diferentes, não havendo repetição de punição sobre o mesmo facto;

(xliii) Quanto à prova em que se baseia a aplicação das multas, a mesma encontra-se constante do "Relatório de cálculo da multa relativo ao contrato de prestação de serviços de gestão das piscinas situadas em Macau afectas ao Instituto do Desporto", documento anexado ao auto de aplicação de multa;

(xliv) O Recorrente alega que a multa aplicada devia ser contabilizada depois de decorrido o prazo indicado no auto de deficiência dos serviços, o que não aconteceu, padecendo o

acto recorrido de vício de erro sobre os pressupostos de facto;

(xlv) Se uma das partes não cumprir as obrigações contratuais, a outra parte evidentemente poderá pedir ao devedor indemnização;

(xlvi) Segundo a interpretação e raciocínio do Recorrente, a Administração não possa pedir indemnização (*in casu*, multa) relativa aos danos causados entre 17-08-2018 e 2-10-2018, período em que a Piscina Dr. Sun lat Sen não funcionou regularmente ou se encontrou encerrada ao público, o que se afigura ser descabido;

(xlvii) Segundo interpretação do Recorrente, ao tomar decisão punitiva, a Administração está a exercer o poder discricionário, devendo a Administração observar os princípios de adequação e de proporcionalidade;

(xlviii) Além de não ter actuado em observância com o Contrato e o objectivo de estabelecimento do regime sancionatório, a Administração abusou o poder sancionatório, aplicando essa multa de valor tão elevado que excede brutaemente ao lucro obtido no âmbito do presente Contrato;

(xlix) *In casu*, no que respeita à opção entre emitir ou não o acto sancionatório e ainda pela escolha entre outros tipos possíveis, existe discricionariedade por parte da Administração, mas no que respeita à determinação do montante de multa aplicada, esta é vinculada pelo Contrato;

* * *

O Digno. Magistrado do Ministério Público junto do TSI emitiu o seguinte duto parecer (fls. 585 a 586):

1. XXX, melhor identificado nos autos, interpôs recurso contencioso do acto praticado pelo **Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura**, datado de 14 de Dezembro de 2018, que lhe aplicou uma multa contratual no montante de MOP\$4,098,000.00 em consequência da violação pela sua parte de obrigações decorrentes do contrato de prestação de serviços de gestão das piscinas situadas em Macau e afectas ao Instituto do Desporto que celebrou com o Fundo do Desporto.

O Tribunal de Segunda Instância por duto acórdão proferido nos presentes autos a fls. 502 a 516 julgou procedente o recurso contencioso interposto por XXX, proprietário da empresa

AAA, melhor identificado nos autos e, em consequência, anulou o recorrido.

Inconformada, veio a Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura interpor o presente recurso jurisdicional para o Tribunal de Última Instância, que, por douda decisão que consta de fls. 562 a 577, deu provimento a esse recurso e revogou a decisão recorrida ordenando que os autos baixassem ao Tribunal de Segunda Instância a fim de serem conhecidos os restantes vícios invocados pelo Recorrente contencioso.

2.

O Ministério Público, no parecer constante de fls. 494 a 498 dos presentes autos, já se pronunciou sobre alguns dos vícios invocados pelo Recorrente pelo que, nesta altura, nos resta emitir pronúncia sobre o remanescente.

Salvo o devido respeito, parece-nos que o Recorrente tem razão.

Na verdade, no contrato que celebrou com o Fundo do Desporto tendo em vista a prestação de serviços de gestão das piscinas situadas em Macau e afectas ao Instituto do Desporto, ficou clausulado que, em caso de incumprimento das obrigações assumidas, seria devido o pagamento de determinadas multas tendo aí ficado definidos os pressupostos da respectiva aplicação e bem assim os critérios relativos à respectiva quantificação.

De acordo com a fundamentação do acto recorrido, a Administração, confrontada com o incumprimento contratual do Recorrente liquidou a multa contratual agora impugnada com um duplo fundamento: por um lado com base nas subalíneas 1.1) e 1.2) da alínea 1) cláusula 20.^a do Contrato e, por outro lado, ao abrigo da alínea 5) da mesma cláusula.

Trata-se de um equívoco, com todo o respeito o dizemos e se bem interpretamos a dita cláusula, cujo teor, sempre se diga, está muito longe da desejável e, mais, exigível clareza.

Com efeito, a situação em apreço é enquadrável na alínea 1) da cláusula 20.^a do contrato, pois o que sucedeu foi que, mercê da conduta omissiva do Recorrente, a piscina Dr. Sun lat Sen não pôde, durante algum tempo, concretamente, entre 18 de Agosto e 31 de Outubro de 2018 abrir ao público por falta de nadadores salvadores. Ora, a essa situação de incumprimento contratual provê, justamente, a dita alínea 1) da cláusula 1.^a. Aí se comina uma multa diária de 10.000 patacas para primeiros 3 dias de encerramento da piscina e de 15.000 patacas para os dias seguintes, até ao 7.^o dia e a Administração, nessa parte correctamente, enquadrou a conduta do Recorrente nas ditas alíneas e calculou a multa em conformidade.

Sucedee, no entanto, que o contrato na dita cláusula não prevê o montante da multa para os dias subsequentes ao sétimo em que o encerramento eventualmente se mantenha.

Confrontada com esta dificuldade, a Administração encontrou uma solução tentadora, se a expressão nos é permitida, mas sem apoio nas estipulações contratuais. Essa solução foi a de, a partir do 8.º dia considerar que o incumprimento do Recorrente se transfigurou e passou a enquadrar-se na alínea 5) da cláusula 20.^a.

Todavia, como é evidente, a previsão desta apenas cobre as situações em que a piscina se encontra em funcionamento, mas, por qualquer razão, o Recorrente não garante a presença de todos os trabalhadores durante todas as horas de funcionamento e não quando a piscina se encontra encerrada. É manifesto, à luz das regras legais que iluminam a interpretação dos contratos administrativos, que as previsões contratuais contidas nas alíneas 1) e 5) da cláusula 20.^a do contrato têm campos de aplicação próprios, não havendo entre elas, portanto, nenhuma sobreposição que permita, nomeadamente, a respectiva aplicação sucedânea em caso de inverificação de algum elemento da previsão da outra, como aquela que foi levada a cabo pela Administração e que sustenta o acto recorrido.

É claro, pelo menos para nós, que a Administração, confrontada com o incumprimento do Recorrente estava obrigada, tendo em vista uma eficaz satisfação do interesse público, a tomar medidas que permitissem garantir a rápida abertura da piscina, não deixando arrastar a situação de inacessibilidade da mesma à população da cidade. De resto, decorre dos autos que o Recorrente estava disposto a aceitar a resolução convencional do contrato.

A consecução daquele objectivo atinente ao interesse público, verdadeiro alfa e ómega de toda a actividade administrativa, não passava, em qualquer caso, pela inércia administrativa nem pela aplicação, a final, de uma multa de um montante de tal forma exorbitante e desrazoável que só por si isso é bem revelador do seu absoluto desenquadramento em qualquer previsão legal ou contratual, com todo o respeito o dizemos.

Concluindo, estamos convictos de que a Administração, ao fundamentar o acto de aplicação da multa contratual objecto do presente recurso na alínea 5) da cláusula 20.^a, incorreu em ilegalidade que justifica a procedência do presente recurso.

3.

Pelo exposto, é nosso parecer o de que, salvo melhor opinião, deverá ser julgado

procedente o presente recurso e anulado o acto recorrido.

* * *

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpre analisar e decidir.

* * *

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 excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III – FACTOS

São os seguintes elementos, extraídos do processo principal e do processo administrativo com interesse para a decisão da causa:

1. 社會文化司司長於 2017 年 12 月 11 日在體育基金 2017 年 12 月 4 日第 0207/DGED-P/2017 號建議書作出批示，批准將「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」判給予 AAA。

2. 2018 年 3 月 29 日，澳門特別行政區體育基金與上訴人簽署「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」公證合同(下稱“該公證合同”)，為體育局管轄的新花園泳池及孫中山泳池提供管理服務，服務期由 2018 年 1 月 1 日起至 2019 年 2 月 28 日止(見文件 2(P.13))。

3. 此外，上訴人亦是體育局轄下所有本澳游泳池及水上設施管理服務或救生服務的獲判給者，並簽署了「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」公證合同(見附呈文件 4)、「體育局

管轄氹仔區游泳池的救生服務」公證合同(見附呈文件 5)、「體育局管轄澳門區游泳池的救生服務」公證合同(見附呈文件 6)及「南灣雅文湖畔水上單車設施的管理服務」公證合同(見附呈文件 7)。

4. 按照上述公證合同規定，在泳季期間，上訴人需要至少提供 57 名救生員才可滿足體育局轄下所有泳池及設施的開放。

5. 於 2018 年 8 月 17 日，上訴人突然收到員工通知，指有 22 名外地救生員、1 名本地救生員及 1 名外地管理員集體罷工，罷工救生員的人數占需要維持體育局轄下所有泳池及設施開放的最少救生員人數約三分之一。

6. 就上述突發罷工事件，上訴人已立即通知體育局，並且於當天晚上即時到體育局開會，並向體育局指明，可提供部份救生員到孫中山泳池提供救生服務，但局方表示在未能按照合同內容安排全數的救生員數量前，不允許開放泳池，最終局方決定於 2018 年 8 月 18 日暫停開放泳客較少的孫中山泳池。

7. 自 2018 年 8 月 17 日救生員發起罷工後，上訴人已積極尋求解決方法，並奔走於體育局及到勞工局協調。

8. 2018 年 8 月 23 日，體育局代表、勞工局代表、救生員及上訴人舉行四方會議，在會議上上訴人答應了救生員提出的大部份要求，並承諾只要該 23 名救生員復工，便不會追究該 23 名救生員連續七天缺勤一事，並因此使該 23 名救生員中大部份救生員於翌日起有限度復工。

9. 由於勞資爭議尚未解決，該等救生員“復工”後並不完全按上訴人所安排的工作，更會突然遲到或缺勤，且事先不會通知上訴人，因此，即使該等救生員“復工”，亦只能視他們為替補人員，導致救生員人數仍然不足。

10. 體育局於 2018 年 8 月 21 日向獲判給者發出了第一次警告，當中指出倘未能履行公證合同的規定提供足夠救生員服務，將會被處罰(見附呈文件 2(P.77))。

11. 上訴人於 2018 年 8 月 31 日回覆體育局，指自 2018 年 8 月 18 日起未有足夠救生員提供服務一事，實屬不可抗力所致，且上訴人已盡最大努力繼續招聘救生員，亦已向勞工事務局遞交增加短期外地僱員之申請表，但一般批給需時約兩星期至數月不等，並請體育局就當時情況作出指示，考慮在符合國際安全標準的情況下，減少每個泳池線道的救生員人數或將每個泳池的開放時間確定縮短，或作出任何其他指示，以及因是次不可抗力的事件而決定不作出科處(見附呈文件 2(P.82))。

12. 2018 年 9 月 12 日，該 24 名救生員中有 17 個又再次突然無預警曠工。

13. 體育局亦於 2018 年 9 月 12 日發出發函編號為 1521/DGED-Of/2018 的關於體育局管轄澳門區游泳池的管理服務-第二次警告信，指體育局認為上訴人陳述的理由並不合理，不能接受為不履行合同責任的理據(見附呈文件 2(P.97))。

14. 但上訴人已多番表明已用盡一切方法仍無法增聘本地救生員，向勞工事務局新申請的外地僱員配額極可能不獲批准，上訴人根本無法聘請救生員履行合同義務而要求體育局作

出協助或指示，體育局面對此情況仍然沒有提供任何協助及指示！

15. 2018 年 9 月 16 日，颱風「山竹」吹襲澳門，導致本澳多個露天泳池受損而暫停開放。

16. 其中孫中山泳池於 2018 年 9 月 16 日至 9 月 28 日暫停開放。

17. 2018 年 9 月 21 日，體育局與獲判給者於體育局開會，與會者包括體育局局長 B、體育局副局長 C、體育局廳長 D 及體育局處長 E，會上副局長 C 及廳長 D 向獲判給者表示局方現計劃與獲判給者雙方協議解除合同，副局長 C 亦在會上表示解除合同已經是最大的懲罰，所以不打算作出任何處罰，以及可以退還有關合同保證金，但前提是必須一併解除「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」、「體育局管轄氹仔區游泳池的救生員服務」及「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」三份合同，並要求獲判給者回去考慮，倘若答應便再以書面回覆。

18. 同日，體育局將一份「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」服務瑕疵筆錄送交獲判給者，當中通知獲判給者可自該筆錄日期的翌日起計連續 10(十)天內，應保證當新花園泳池及孫中山公園泳池恢復條件重新對外開放時，能夠立即按照合同規定對外開放時間內提供足夠救生員當值以確保開放。

19. 上訴人於 2018 年 9 月 24 日回覆體育局(見附呈文件 2(P.133))，重申自 2018 年 8 月 18 日起未能有足夠救生員提供服務一事，屬不可抗力所致，而面對本澳沒有具備足夠合資格的救生員，且極可能不獲勞工事務局批准增聘外地僱員，而即使獲批亦需時兩星期至數個月不等的實際情況，體育局截至當時亦沒有作出任何指示，經考慮上述種種情況後，獲判給者對於體育局於 2018 年 9 月 21 日之會議上提出雙方協議解除三份合同的安排表示同意(見附呈文件 2(P.136))。

20. 獲判給者認為已和行政當局達成雙方協議解除合同的合意，只待當局進一步安排。

21. 2018 年 9 月 28 日下午，獲判給者收到體育局職員電話通知，要求於 2018 年 9 月 29 日按照颱風「山竹」前的有限度開放時間重新開放以下受颱風「山竹」影響的泳池，包括新花園泳池(開放時間為 07:00 至 22:30)、中央公園泳池(開放時間為 13:00-21:00)及黑沙公園泳池(開放時間為 11:00-19:00)(見附呈文件 2(P.190))。

22. 體育局職員並無要求開放孫中山泳池。

23. 此外，由於收到體育局通知尚未收到有關「體育局管轄氹仔區游泳池的救生服務」服務瑕疵筆錄中所要求提供完整的救生員名單，因此，上訴人於 2018 年 9 月 28 日向體育局遞交名單時，再一次重申獲判雙方協議解除合同的安排(見附呈文件 2(P.191))。

24. 2018 年 9 月 30 日該 23 名罷工的救生員當中 21 名救生員又突然在未預先通知公司的情況下缺勤，獲判給者亦已於即日通知體育局相關事宜(見附呈文件 2(P.192))。

25. 獲判給者亦於 2018 年 10 月 9 日向體育局再次發出書面通知，指出獲判給者尚未與其中 18 名缺勤救生員取得聯繫，而由於該 18 名救生員均為外地僱員，即使獲判給者解僱該 18

名救生員後再重新招聘救生員亦需時兩至三星期，屆時泳季已結束而無須相關救生員崗位，因此，獲判給者向體育局提出兩種泳池開放方案予體育局選擇(見文件 2(P.193))。

26. 而於 2018 年 10 月 12 日體育局發出函件編號 1680/DGED-Of/2018 回覆選擇方案一，且收悉獲判給者將於 2018 年 11 月 1 日起可完全按照服務合同提供全部服務(見文件 2(P.195))。

27. 而自體育局提出與獲判給者協議解除合同，及獲判給者表示同意後，體育局已沒有再催促獲判給者需盡快增聘救生員履行合同服務。

28. 因此獲判給者認為體育局將於泳季結束(即 2018 年 10 月 31 日)後便會簽署解除合同文件，故專心盡力履行其他無受影響的泳池服務，靜待體育局另行通知。

29. 體育基金於 2018 年 11 月 5 日向獲判給者發出上述罰款筆錄，並處罰獲判給者巨額罰款!(見附呈文件 2(P.148))

30. 其後，上訴人於 2018 年 11 月 15 日針對罰款筆錄向體育基金提出答辯(見文件 2(P.160))。

*

A proposta da aplicação de multa ao Recorrente que mereceu a concordância da Entidade Recorrida tem o seguinte teor:

事由：「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」- 科處罰款事宜

副局長 閣下：

1. 根據社會文化司司長於 2017 年 12 月 11 日在體育基金 2017 年 12 月 4 日第 0207/DGED-P/2017 號建議書作出批示，批准將「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」判給予 **AAA**。並且於 2018 年 3 月 29 日體育基金與「**AAA**」簽署「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」公證合同(附件 1)，服務期由 2018 年 1 月 1 日起至 2019 年 2 月 28 日止，所包括的游泳池為新花園泳池及孫中山泳池。

2. 「**AAA**」自 2018 年 8 月 17 日下午 5 時起，因未能提供足夠救生員，致使本局轄下的孫中山泳池受到影響，未能如常對外開放。

3. 就有關「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」的科處罰款事宜，本局已於 2018 年 10 月 26 日向社會文化司司長上呈第 0182/DGED-P/2018 建議書匯報情況(附件 2)，同時建議根據公證合同的規定，向「**AAA**」進行科處罰款，並於 2018 年 10 月 29 日獲社會文化司司長批准。

4. 為此，本局於 2018 年 11 月 5 日與「**AAA**」共同簽署了「體育局管轄澳門區游泳

池的管理服務」罰款筆錄(附件 3)。

5. 及後，本局於 2018 年 11 月 15 日接獲「AAA」之畫面答辯函件(附件 4)，其內容回覆「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」罰款筆錄。

6. 「AAA」在上述函件中提出的答辯理據主要有以下四點：

6.1. 本局曾於 2018 年 9 月 21 日提出透過協定解除合同，即雙方協定解除合同；

6.2. 「AAA」認為其未能提供足夠救生員履行「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」一事，屬不可抗力之情況；

6.3. 「AAA」認為本局既以公證合同中第 20 條第 2 款 1)項第(1.1)目及第(1.2)目的規定科處罰款，亦以該公證合同第 20 條第 2 款 5)項的規定科處罰款，屬重覆罰款；

6.4. 「AAA」提出即使需要罰款，處罰期亦只能自 2018 年 9 月 21 日所簽署的「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」服務瑕疵筆錄給予的期限到期後，其仍未能履行合同後才開始計算，認為本局錯誤計算處罰期。

7. 本局經分析「AAA」之書面答辯函件後，有如下意見：

7.1. 透過協定解除合同(雙方協定解除合同)：

根據 7 月 6 日第 63/85/M 號法令的規定，在違反合同的情況下，在處罰方面，判給實體的選擇如下：判給實體單方解除合同(第 54 條、第 57 條至第 59 條)及就違反合同期限科處罰款(第 56 條)。

此外，亦可透過協定解除合同(第 60 條)或通過合同失效(第 61 條)終止有關合同，但在法律而言，這些方式並不是違反合同的處罰方式。

本局為遵守善意原則(行政程序法典第 8 條)及行政當局與私人合作原則(行政程序法典第 9 條)已設法盡力為爭議尋找解決方案，但最終未能如願以償，且一同與使用受影響泳池的澳門特別行政區居民成為受害者。

根據題述服務合同第 20 條的規定，本局發出事先警告信，並就日後有可能科處罰款的工作作出準備。合同的法定制度與第 63/85/M 號法令的法定制度相比下，前者對獲判給者較為有利，因其規定在展開違反合同而科處罰款的法律程序前須發出兩次警告信。有關孫中山泳池的第一次警告信於 2018 年 8 月 21 日發出，而第二次警告信則於 2018 年 9 月 12 日發出。

當本局知悉 AAA 已沒法正常履行題述合同的規定時，已為其尋找克服這個問題的最快及低成本的方法：透過協定解除合同即雙方協定解除合同。

所以，在 2018 年 9 月 21 日，本局將這個可能性提供予 AAA，可是當日沒有收到 AAA 明確無疑接納的回覆。由於科處合同罰款的必須程序在進行中，除繼續按法律及合同的規定

進行餘下的處罰程序外，本局沒有其他選擇即除踏出有可能單方解除合同的第一步外，本局別無他選。這樣足以解釋為何本局根據第 63/85/M 號法令第 54 條的規定，向 AAA 發出題述服務瑕疵筆錄。

還應強調的是，簽署上述筆錄後，違反合同的行為並沒有終止。如上所述，相關筆錄於 2018 年 9 月 21 日簽署。數日後，即自 2018 年 9 月 30 日起，「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」公證合同中原本已被調整運作時間的黑沙公園泳池，因救生員不足而被迫於當日起關閉，這加劇了違反合同的情況。

7.2. 不可抗力的情況：

由於第 63/85/M 號法令沒有為不可抗力情況訂定相關法定定義，故須在其他法律文件尋找其定義，例如在 11 月 8 日第 74/99/M 號法令第 169 條第 3 款及民事學說在民法典第 313 條對不可抗力情況所作出的定義。

按第 74/99/M 號法令第 169 條第 3 款所述“*不可抗力之情況，僅指不可預見、不可抵抗且後果之產生不取決於承攬人意願或個人情況之自然事實或狀況，如戰爭行為、叛亂行為、疫症、颱風、地震、雷擊、水災、總罷工、部門罷工以及影響承攬工作之其他事件。*”。在民事學說中，不可抗力是指整個不可預見及不可逾越的事件，其產生的效果非取決於個人的意願。

但是，個人不能以不可抗力的情況去躲避因自己的過失、疏忽或缺乏遠見而導致違反合同的情況。

澳門特別行政區沒有出現任何全面或業界罷工的情況，而所發生的是，被 AAA 聘請以履行題述合同的 23 名工作人員聲稱因 AAA 違反勞動關係法而拒絕工作的情況。AAA 應制定應變計劃以應付不可預見的事件，例如工作人員缺勤的情況，但在是次個案則沒有作出任何應變計劃。

事實上，在執行題述合同期間遇到不可抗力的情況，其為 2018 年 9 月 16 日，颱風山竹吹襲是澳門特別行政區導致孫中山泳池損壞而於 2018 年 9 月 16 日至 28 日被迫關閉。

當然，以遵守第 63/85/M 號法令第 55 條第 1 款的規定，在計算罰款時，這期間並沒有計算在擬科處的罰款中。

7.3. 重複處罰：

AAA 簽署了題述服務的合同，且沒有就該份合同內第 20 條的行文提出任何異議。

事實上，對違反題述合同所科處罰款的計算方式載於合同第 20 條第 2 款 1)項第(1.1)目、第(1.2)目及第 20 條第 2 款 5)項中，而不幸的是，對於本局及澳門特別行政區居民來說，違反合同的行為多於一種，且符合該兩項所指的內容。泳池的開放時間不僅出現重大延誤，且往往

長時間不對公眾開放。

7.4. 錯誤計算處罰期：

根據題述合同第 20 條第 2 款的規定，如甲方發出兩(2)次警告信後，乙方仍未履行或未臻完善地履行合同規定的任何義務，須被科處罰款。

該條條文是指，在展開科處任何合同罰款的事先強制法定程序時(例如：製作罰款筆錄及給予辯護期限)，而這行為僅在第二次警告信發出後仍未能達到預期效果時才會發生，即繼續不遵守合同的規定或未臻完善地履行合同的規定。該條文並沒有就科處罰款的開始期間設立任何時間障礙。然而根據第 20 條本身的規定，科處罰款的首日應自不遵守每份合同義務的那一天起開始計算。

另一方面，如上所述，服務瑕疵筆錄包括判給實體擬單方平除合同的事先程序(第 54 條、第 57 條至第 59 條)，因此，給予 **AAA** 履行每份合同的最後期限不可作為界定計算罰款的時刻。正如之前所述，罰款為不履行合同的另一類處罰，而有關處罰則涉及另一類程序。

8. 在「**AAA**」書面答辯函件中還有兩點，本局是必須作出說明的：

8.1. 「**AAA**」的書面答辯第 6 點及第 15 點中提及，本局僅接受有達到合同規定的救生員數目能提供服務時，泳池才能開池；並指該公司曾向本局提出減少每個泳池線道的救生員人數。

本局一直十分重視體育設施使用者的安全，轄下游泳池的救生員配置是參考內地相關單位對駐場救生員數量、職責、崗位佈置等要求而訂定的，並在招標文件以至公證合同中，均清晰列明每個游泳池所需的救生員數量，因此，獲判給者必須依照公證合同要求，提供足夠救生員人數，從而確保游泳池每位使用者的用場安全。

8.2. 而在「**AAA**」的書面答辯第 10 點，提及本局嚴格要求獲判給者僅可安排當值的救生員上班時間不能超過每日 8 小時，以及安排救生員每週休假。

擬指出的是，本局僅要求獲判給者必須遵守《勞動關係法》的相關規定。

9. 根據公證合同內容，孫中山泳池在泳季，即對公眾開放期間(2018 年 5 月 1 日起至 10 月 31 日止)，必須安排相應數量的救生員駐場，而「**AAA**」在泳季結束前(即至 10 月 31 日止)，仍未能按照公證合同要求安排足夠救生員，以恢復游泳池的正常開放，因此，孫中山泳池的科處罰款計算日至 2018 年 10 月 31 日止。

10. 對於已上呈的第 0182/DGED-P/2018 建議書及已簽署之「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」服務罰款筆錄，上述兩份文件中的附件一有關「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」合同罰款計算報告書中，計算罰款的日期為 2018 年 8 月 17 日下午 5 時至 10 月 31 日

止。然而，經過本局再次核對有關該次事宜的資料，當中考慮到 2018 年 8 月 17 日當天救生員無故曠工事出突然，本局及「AAA」亦需時對有關狀況作出了解，而 AAA 亦表示因 2018 年 8 月 17 日部份員工無故曠工，致使孫中山泳池當值救生員人數不足，當天下午 5 時只有 3 名救生員駐場，基於安全理由，本局於 2018 年 8 月 17 日下午 5 時暫停開放孫中山泳池。故本局認為 2018 年 8 月 17 日當天不應計算在科處罰款範圍內，而由於「AAA」最終亦未有解決的措施，提供足夠的救生員，致使孫中山泳池由 2018 年 8 月 18 日起暫停對外開放(附件 5)。因此，有關計算科處罰款的期間應為 2018 年 8 月 18 日起至 2018 年 10 月 31 日止。

11. 為此，根據「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」的條文規定，本局再一次核實孫中山泳池科處的罰款，罰款期間由 2018 年 8 月 18 日起至 2018 年 10 月 31 日為止。共科處罰款金額為澳門幣肆佰零玖萬捌仟圓正(MOP4,098,000.00)(附件 6)。

泳池名稱	科處罰款金額	法律依據
孫中山泳池	MOP30,000.00	體育局管轄澳門區游泳池的管理服務公證合同第二條第十一款2)項及第二十條第二款1)項第(1.1)目
	MOP60,000.00	體育局管轄澳門區游泳池的管理服務公證合同第二條第十一款2)項及第二十條第二款1)項第(1.2)目
	MOP4,008,000.00	體育局管轄澳門區游泳池的管理服務公證合同第二條第十一款2)項及第二十條第二款5)項
科處罰款總金額為	MOP4,098,000.00	

總結：

綜上所述，倘蒙 閣下同意有關的內容，謹請向上級作如下建議：

- 1) 本局認為「AAA」2018 年 11 月 15 日書面答辯函件的理由是不能接受。
- 2) 批准有關「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」合同計算科處罰款的期間由 2018 年 8 月 18 日起至 2018 年 10 月 31 日止。
- 3) 批准根據本局與「AAA」於 2018 年 3 月 29 日所簽署的「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」公證合同中第二條第十一款 2)項、第二十條第二款 1)項第(1.1)目、(1.2)目以及 5)項的規定，

向「AAA」科處罰款合共澳門幣肆佰零玖萬捌仟圓正(MOP4,098,000.00)。

上述建議，謹呈 上級考慮。

* * *

IV – FUNDAMENTOS

O Recorrente imputa à decisão recorrida os seguintes vícios:

- 1) - Erros nos pressupostos de facto e incorrecta aplicação dos critérios contratualmente fixados.
- 2) - Preterição de algumas fases procedimentais – exigência de dupla advertência prevista no respectivo contrato antes de aplicar sanções;
- 3) - Violação de vários princípios enformadores da actividade administrativa e desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, com ofensa do princípio da proporcionalidade.

Comecemos pelo primeiro vício assacado à decisão ora posta em crise, sem prejuízo de analisarmos em conjunto os outros vícios quando entre eles existe alguma conexão.

No entender do Recorrente, tais erros nos pressupostos de facto e incorrecta aplicação dos critérios contratualmente fixados residem na circunstância de que não se verificam os pressupostos necessários à aplicação das alíneas 1.1.) e 1.2) do nº 2, e nº 5, da cláusula 20ª do contrato firmado entre o Recorrente e o Fundo de Desporto (FD).

Como toda a controvérsia nasce em torno do contrato da prestação de serviços de salvamento nas piscinas afectas ao Instituto do Desporto e ao Fundo de Desenvolvimento Desportivo (pela companhia do Recorrente), importa ver, antes de tudo, quais são os factos assentes que relevam neste

ponto.

Ficaram provados, entre outros, os seguintes factos:

“(…)

5. 於 2018 年 8 月 17 日，上訴人突然收到員工通知，指有 22 名外地救生員、1 名本地救生員及 1 名外地管理員集體罷工，罷工救生員的人數占需要維持體育局轄下所有泳池及設施開放的最少救生員人數約三分之一。

6. 就上述突發罷工事件，上訴人已立即通知體育局，並且於當天晚上即時到體育局開會，並向體育局指明，可提供部份救生員到孫中山泳池提供救生服務，但局方表示在未能按照合同內容安排全數的救生員數量前，不允許開放泳池，最終局方決定於 2018 年 8 月 18 日暫停開放泳客較少的孫中山泳池。

(…)

13. 體育局亦於 2018 年 9 月 12 日發出發函編號為 1521/DGED-Of/2018 的關於體育局管轄澳門區游泳池的管理服務-**第二次警告信**，指體育局認為上訴人陳述的理由並不合理，不能接受為不履行合同責任的理據(見附呈文件 2(P.97))。

14. 但上訴人已多番表明已用盡一切方法仍無法增聘本地救生員，向勞工事務局新申請的外地僱員配額極可能不獲批准，上訴人根本無法聘請救生員履行合同義務而要求體育局作出協助或指示，體育局面對此情況仍然沒有提供任何協助及指示!

15. 2018 年 9 月 16 日，颱風「山竹」吹襲澳門，導致本澳多個露天泳池受損而暫停開放。

16. 其中孫中山泳池於 2018 年 9 月 16 日至 9 月 28 日暫停開放。

17. 2018 年 9 月 21 日，體育局與獲判給者於體育局開會，與會者包括體育局局長 B、體育局副局長 C、體育局廳長 D 及體育局處長 E，會上副局長 C 及廳長 D 向獲判給者表示局方現計劃與獲判給者雙方協議解除合同，副局長 C 亦在會上表示解除合同已經是最大的懲罰，所以不打算作出任何處罰，以及可以退還有關合同保證金，但前題是必須一併解除「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」、「體育局管轄氹仔區游泳池的救生員服務」及「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務服」三份合同，並要求獲判給者回去考慮，倘若答應便再以書面回覆。

(…)

19. 上訴人於 2018 年 9 月 24 日回覆體育局(見附呈文件 2(P.133))，重申自 2018 年 8 月 18 日起未能有足夠救生員提供服務一事，屬不可抗力所致，而面對本澳沒有具備足夠合資格的救生員，且極可能不獲勞工事務局批准增聘外地僱員，而即使獲批亦需時兩星期至數個月不等

的實際情況，體育局截至當時亦沒有作出任何指示，經考慮上述種種情況後，獲判給者對於體育局於2018年9月21日之會議上提出雙方協議解除三份合同的安排表示同意(見附呈文件2(P.136))。

20. 獲判給者認為已和行政當局達成雙方協議解除合同的合意，只待當局進一步安排。

21. 2018年9月28日下午，獲判給者收到體育局職員電話通知，要求於2018年9月29日按照颱風「山竹」前的有限度開放時間重新開放以下受颱風「山竹」影響的泳池，包括新花園泳池(開放時間為07:00至22:30)、中央公園泳池(開放時間為13:00-21:00)及黑沙公園泳池(開放時間為11:00-19:00)(見附呈文件2P.190)。

22. 體育局職員並無要求開放孫中山泳池。

23. 此外，由於收到體育局通知尚未收到有關「體育局管轄氹仔區游泳池的救生服務」服務瑕疵筆錄中所要求提供完整的救生員名單，因此，上訴人於2018年9月28日向體育局遞交名單時，再一次重申獲判雙方協議解除合同的安排(見附呈文件2(P.191))。

24. 2018年9月30日該23名罷工的救生員當中21名救生員又突然在未預先通知公司的情況下缺勤，獲判給者亦已於即日通知體育局相關事宜(見附呈文件2(P.192))。

25. 獲判給者亦於2018年10月9日向體育局再次發出書面通知，指出獲判給者尚未與其中18名缺勤救生員取得聯繫，而由於該18名救生員均為外地僱員，即使獲判給者解僱該18名救生員後再重新招聘救生員亦需時兩至三星期，屆時泳季已結束而無須相關救生員崗位，因此，獲判給者向體育局提出兩種泳池開放方案予體育局選擇(見文件2(P.193))。

26. 而於2018年10月12日體育局發出函件編號1680/DGED-Of/2018回覆選擇方案一，且收悉獲判給者將於2018年11月1日起可完全按照服務合同提供全部服務(見文件2(P.195))。

(...)”。

Como a decisão punitiva (aplicação da multa) foi tomada com base nos critérios fixados pelo contrato, importa ver qual o conteúdo das cláusulas invocadas para fundamentar a respectiva decisão.

A cláusula 20ª do contrato que serviu de fundamento para aplicar a multa que deu origem ao presente litígio tem o seguinte teor:

第二十條：〈罰則〉

一、倘乙方不履行或未臻完善地履行本合同規定的任何義務，且不具備足夠理由或事前未獲甲方同意，甲方有權向乙方發出警告信。

二、如甲方發出兩(2)次警告信後，乙方仍未履行或未臻完善地履行合同規定的任何

義務，須按以下規定繳付罰款：

1) 倘乙方延遲向公眾開放澳門區泳池(新花園泳池及孫中山泳池)，且經證實不可歸責於甲方的原因，甲方有權對乙方按日科處：

1.1) 每延遲一(1)天至三(3)天，甲方有權對乙方按日科處澳門元壹萬圓正(MOP10,000.00)的罰款；

1.2) 逾本條 1.1)項所指期間，則甲方有權由第四(4)天起至第七(7)天對乙方按日科處澳門元壹萬伍仟圓正(MOP15,000.00)的罰款。

2) 倘因泳池水質變壞、泳池運作錯誤、環境污染或其他原因而導致泳池不能正常對外開放，且經證實該等情況可歸責於乙方的原因，則甲方有權按照本條第二款 1)項的規定對乙方進行科處罰款。

3) 倘泳池水質在民政總署化驗所的微生物學或化學化驗報告中不合格達三(3)次，則甲方有權對乙方科處澳門元捌仟圓正(MOP8,000.00)的罰款；逾三(3)次者，則其後每次科處澳門元壹萬圓正(MOP10,000.00)的罰款。

4) 倘發現在游泳池的工作人員與本合同第七條第二款所述的工作團隊成員的名單不相符，且未有預先通知甲方時，則甲方有權就每次違規對乙方科處澳門元叁仟圓正(MOP3,000.00)的罰款。

5) 倘乙方沒有按照本合同的規定，提供足夠工作人員及服務時數時，而情況持續出現逾三(3)次，則甲方有權對其後每一(1)欠缺工作人員每小時科處澳門元壹仟圓正(MOP1,000.00)的罰款。

三、在進行任何科處前，甲方將以書面方式通知乙方，並明確說明有關原因、繳付期以及作出退款的條件。

四、上述罰款不適用於經適當解釋的不可抗力情況。

Em torno de toda a problemática discutida nestes autos, podemos dividi-la em 3 questões para ver quem é que tem razão.

A – A aplicação do critério fixado na cláusula 20ª/2-1.1) e 1.2) do contrato em causa (acima transcrito):

A propósito dos critérios acima indicados, não se suscita grande

dúvida quanto à interpretação dada pelo FD, seguida pela Entidade Recorrida, efectivamente entre as alíneas 1.1) e 1.2) **não existe uma relação de exclusão**, já que são diferentes as situações que regem, pois, a alínea 1.1) dispõe para os atrasos verificados nos primeiros 3 dias, enquanto a alínea 1.2) disciplina o atraso do 4º dia até 7º dia.

A dúvida que se suscita imediatamente perante tais alíneas reside no ponto de saber que, a partir do atraso do 8º dia, qual será o critério da aplicação da sanção? O próprio contrato não o prevê expressamente!

Eis um dos pontos de regulamentação lacunoso do contrato e a imprecisão do raciocínio de quem elaborou o acordo.

Porém, como não foi suscitada expressamente qualquer questão nesta matéria, ficamos dispensados de aprofundar a abordagem neste ponto, ela não deixa de ter o valor de referência para mostrar a insuficiência normativa fixada pelo contrato e também o ponto que dá origem a interpretações desviantes do objectivo e espírito do contrato que veremos de seguida.

Improcedem assim os argumentos invocados pelo Recorrente nesta parte do recurso (o alegado erro na aplicação dos critérios indicados nas alíneas acima citadas).

O mesmo se diga em relação à falta de cumprimento das exigências de emissão de 2 cartas de advertência antes de aplicar a multa, os factos assentes comprovam que tais cartas foram emitidas e recebidas efectivamente pelo Recorrente, só que existe uma “anormalidade”: tais cartas, cuja emissão, em vez de em nome do FD, foram emitidas em nome do IDM, o que gerou alguma “confusão”, mas o que interessa é que o Recorrente recebeu efectivamente tais cartas e replicou, ficou assim assegurado o seu direito contraditório.

Pelo que, improcede o argumento da preterição da formalidade de emissão de tais cartas de advertência.

Assim, adiantamos desde já o nosso raciocínio neste ponto que é o de que esta parte de multa não deve ser “afectada”, ou seja, ela deve ser mantida por estarmos perante um acto de conteúdo divisível nos termos que veremos mais adiante.

*

B – A aplicação do critério fixado na cláusula 20ª/2-5) do contrato em causa (já acima transcrito):

Findo isto, passemos a ver uma outra parte da decisão punitiva com base na falta de nadadores-salvadores na piscina Dr. Sun Iat Sen (e só esta parte, não se levanta questão em relação a outras disciplinas).

Como fundamento da decisão a Entidade Recorrida invocou expressamente o seguinte:

“(…)

9. 根據公證合同內容，孫中山泳池在泳季，即對公眾開放期間(2018 年 5 月 1 日起至 10 月 31 日止)，必須安排相應數量的救生員駐場，而「AAA」在泳季結束前(即至 10 月 31 日止)，仍未能按照公證合同要求安排足夠救生員，以恢復游泳池的正常開放，因此，孫中山泳池的科處罰款計算日至 2018 年 10 月 31 日止。

10. 對於已上呈的第 0182/DGED-P/2018 建議書及已簽署之「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」服務罰款筆錄，上述兩份文件中的附件一有關「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」合同罰款計算報告書中，計算罰款的日期為 2018 年 8 月 17 日下午 5 時至 10 月 31 日止。然而，經過本局再次核對有關該次事宜的資料，當中考慮到 2018 年 8 月 17 日當天救生員無故曠工事出突然，本局及「AAA」亦需時對有關狀況作出了解，而 AAA 亦表示因 2018 年 8 月 17 日部份員工無故曠工，致使孫中山泳池當值救生員人數不足，當天下午 5 時只有 3 名救生員駐場，基於安全理由，本局於 2018 年 8 月 17 日下午 5 時暫停開放孫中山泳池。故本局認為 2018 年 8 月 17 日當天不應計算在科處罰款範圍內，而由於「AAA」最終亦未有解決的措施，提供足夠的

救生員，致使孫中山泳池由 2018 年 8 月 18 日起暫停對外開放(附件 5)。因此，有關計算科處罰款的期間應為 2018 年 8 月 18 日起至 2018 年 10 月 31 日止。

11. 為此，根據「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」的條文規定，本局再一次核實孫中山泳池科處的罰款，罰款期間由 2018 年 8 月 18 日起至 2018 年 10 月 31 日為止。共科處罰款金額為澳門幣肆佰零玖萬捌仟圓正(MOP4,098,000.00)(附件 6)。

(...)”.

Conforme o facto assente indicado sob os nº 15 a 22 acima elencados, o FD decidiu suspender o funcionamento da piscina Dr. Sun lat Sen, no período de 16/09/2018 a 28/09/2018 *(mas a multa aplicada refere-se ao período de 18/08/2018 a 31/10/2018, conforme o teor da proposta acima transcrita)*, por alegada de nadadores-salvadores, à luz da informação prestada pelo Recorrente ao FD.

Aqui, existe uma dúvida fundada: o encerramento temporário da piscina ao público resultou da decisão do FD, mas a multa foi aplicada com base na falta total de nadadores-salvadores!

Para nós, a alínea 5) da cláusula 20ª do contrato rege só a situação em que, estando aberta a piscina, se nota a falta de alguns nadadores-salvadores, e não para situação de encerramento da piscina, em que praticamente não há nadadores-salvadores, por isso, durante o período de encerramento da piscina, o uso do critério de falta de nadadores-salvadores para punir o Recorrente é um pouco contra-senso, contra o objectivo e espírito da alínea 5) da referida cláusula 20ª.

Sobre esta matéria existe no contrato uma cláusula que prevê expressamente esta situação de falta de nadadores-salvadores, que é a cláusula 21ª, que tem o seguinte teor:

第二十一條：〈解除合同〉

一、甲方可因下列任何一種情況下單方解除合同，但必須提前以書面方式通知乙方：

- 1) 乙方未清繳因不履行合同義務而被科處的罰款已達七(7)日；
- 2) 乙方不遵守與本招標服務有關的澳門特別行政區現行法律和規章的規定；
- 3) 乙方欠缺或取消以投保人名義為本服務向澳門特別行政區政府認可之保險公司購

置保險；

4) 乙方欠缺救生員；

- 5) 乙方不提交罰款或不繳交確定保證金；
- 6) 乙方多次重犯本合同第二十條第二款 3) 項所指的錯誤；
- 7) 乙方未經甲方許可將全部或部份義務及責任轉讓給第三者；
- 8) 乙方不遵守最低工資的規定；
- 9) 乙方沒有按照澳門特別行政區現行適用法例聘用員工；
- 10) 乙方延遲向公眾開放澳門區泳池(新花園泳池及孫中山泳池)多於七天；
- 11) 乙方不遵守本合同第二十條第二款 5) 項的規定，而被科處達二十小時。

二、因乙方不遵守本條第一款的規定導致甲方單方解除合同時，甲方尚可沒收本合同第十一條第一款的確定保證金。

三、雙方可通過協議隨時解除合同，而透過協定解除合同之效果應在同一協議內定出。提出解除合同的一方必須自解除合同生效之日起計最少提前三十(30)個工作天以書面方式通知對方。

Perante os factos assentes acima indicados, desde 17 de Agosto de 2018, o FD já sabia que o Recorrente não dispunha de nadadores-salvadores suficientes para prestar serviços na piscina Dr. Sun Iat Sen (e só) e o pedido de importar de nadadores-salvadores também foi indeferido em 7/5/2018, conforme o teor de fls. 105, questão esta que, como se sabe, não podia ser resolvida em dois dias, circunstâncias que o FD tinha obrigação de saber e tinha obrigação de procurar soluções que melhor acautelassem o interesse público.

Não questionando aqui a boa vontade de decidir encerrar temporariamente o funcionamento da piscina Dr. Sun Iat Sen, mas já

duvidamos da “legalidade” da aplicação da multa durante tal período de encerramento, já que a falta do número de nadadores-salvadores (fundamento para aplicar a multa), foi uma suposição do FD, não baseada em factos concretamente apurados, pois supunha-se que o Recorrente não colocasse nenhum nadador-salvador na referida piscina durante o período em causa, o que evidencia a falta de pressuposto factuais para aplicar a multa nesse sentido, para além de que foi mal apelado o critério do contrato para a situação em vista.

Ou seja:

- O FD bem sabia que naquele momento era impossível preencher as vagas dos nadadores-salvadores por razões reportadas pelo Recorrente conforme o teor das cartas enviadas por ele para o FD;

- Perante tal impossibilidade, deveria lançar-se mão de resolver o contrato para que a Entidade Recorrida pudesse ter maior espaço de liberdade no sentido de procurar outras soluções que melhor acautelassem o interesse público.

Aliás, se for válido o raciocínio do FD, seguida pela Entidade Recorrida, nunca terá hipótese da aplicação da alínea 5) da cláusula 21ª (*resolução do contrato com base na falta de nadadores-salvadores*), pois, em rigor, deveria ser este critério de que a Entidade Recorrida se socorresse para a situação em causa.

Não actuando desta maneira, verificando-se um erro nos pressupostos de facto e na aplicação do critério contratualmente fixado, **o que é fundamento de anulação da decisão recorrida, na parte respeitante à multa fixada nos termos da cláusula 20ª/-5 do contrato em vista.**

*

É pertinente aqui recordar-se a douta argumentação tecida pelo

Digno Magistrado do MP junto deste TSI nos seguintes termos:

(...)

O Ministério Público, no parecer constante de fls. 494 a 498 dos presentes autos, já se pronunciou sobre alguns dos vícios invocados pelo Recorrente pelo que, nesta altura, nos resta emitir pronúncia sobre o remanescente.

Salvo o devido respeito, parece-nos que o Recorrente tem razão.

Na verdade, no contrato que celebrou com o Fundo do Desporto tendo em vista a prestação de serviços de gestão das piscinas situadas em Macau e afectas ao Instituto do Desporto, ficou clausulado que, em caso de incumprimento das obrigações assumidas, seria devido o pagamento de determinadas multas tendo aí ficado definidos os pressupostos da respectiva aplicação e bem assim os critérios relativos à respectiva quantificação.

De acordo com a fundamentação do acto recorrido, a Administração, confrontada com o incumprimento contratual do Recorrente liquidou a multa contratual agora impugnada com um duplo fundamento: por um lado com base nas subalíneas 1.1) e 1.2) da alínea 1) cláusula 20.^a do Contrato e, por outro lado, ao abrigo da alínea 5) da mesma cláusula.

Trata-se de um equívoco, com todo o respeito o dizemos e se bem interpretamos a dita cláusula, cujo teor, sempre se diga, está muito longe da desejável e, mais, exigível clareza.

Com efeito, a situação em apreço é enquadrável na alínea 1) da cláusula 20.^a do contrato, pois o que sucedeu foi que, mercê da conduta omissiva do Recorrente, a piscina Dr. Sun lat Sen não pôde, durante algum tempo, concretamente, entre 18 de Agosto e 31 de Outubro de 2018 abrir ao público por falta de nadadores salvadores. Ora, a essa situação de incumprimento contratual provê, justamente, a dita alínea 1) da cláusula 1.^a. Aí se comina uma multa diária de 10.000 patacas para primeiros 3 dias de encerramento da piscina e de 15.000 patacas para os dias seguintes, até ao 7.^o dia e a Administração, nessa parte correctamente, enquadrou a conduta do Recorrente nas ditas alíneas e calculou a multa em conformidade.

Sucede, no entanto, que o contrato na dita cláusula não prevê o montante da

multa para os dias subsequentes ao sétimo em que o encerramento eventualmente se mantenha.

Confrontada com esta dificuldade, a Administração encontrou uma solução tentadora, se a expressão nos é permitida, mas sem apoio nas estipulações contratuais. Essa solução foi a de, a partir do 8.º dia considerar que o incumprimento do Recorrente se transfigurou e passou a enquadrar-se na alínea 5) da cláusula 20.^a.

Todavia, como é evidente, a previsão desta apenas cobre as situações em que a piscina se encontra em funcionamento, mas, por qualquer razão, o Recorrente não garante a presença de todos os trabalhadores durante todas as horas de funcionamento e não quando a piscina se encontra encerrada. É manifesto, à luz das regras legais que iluminam a interpretação dos contratos administrativos, que as previsões contratuais contidas nas alíneas 1) e 5) da cláusula 20.^a do contrato têm campos de aplicação próprios, não havendo entre elas, portanto, nenhuma sobreposição que permita, nomeadamente, a respectiva aplicação sucedânea em caso de inverificação de algum elemento da previsão da outra, como aquela que foi levada a cabo pela Administração e que sustenta o acto recorrido.

É claro, pelo menos para nós, que a Administração, confrontada com o incumprimento do Recorrente estava obrigada, tendo em vista uma eficaz satisfação do interesse público, a tomar medidas que permitissem garantir a rápida abertura da piscina, não deixando arrastar a situação de inacessibilidade da mesma à população da cidade. De resto, decorre dos autos que o Recorrente estava disposto a aceitar a resolução convencional do contrato.

A consecução daquele objectivo atinente ao interesse público, verdadeiro alfa e ómega de toda a actividade administrativa, não passava, em qualquer caso, pela inércia administrativa nem pela aplicação, a final, de uma multa de um montante de tal forma exorbitante e desrazoável que só por si isso é bem revelador do seu absoluto desenquadramento em qualquer previsão legal ou contratual, com todo o respeito o dizemos.

Concluindo, estamos convictos de que a Administração, ao fundamentar o acto de aplicação da multa contratual objecto do presente recurso na alínea 5) da cláusula

20.^a, incorreu em ilegalidade que justifica a procedência do presente recurso.

3.

Pelo exposto, é nosso parecer o de que, salvo melhor opinião, deverá ser julgado procedente o presente recurso e anulado o acto recorrido.”

Subscrevemos este raciocínio sem reserva.

Mas não só este aspecto, existe um outro que merece igualmente a nossa atenção na resolução do litígio em causa.

Com isto entramos em análise da alegada violação dos princípios da proporcionalidade e de boa fé pela Entidade Recorrida no exercício do poder discricionário.

Efectivamente ao FD o contrato confere pela alínea 5) da cláusula 21^a um poder discricionário de resolver o contrato, mas o FD optou por não exercitar tal poder naquele preciso momento em que se verificaram os pressupostos necessários, mas sim, deixou passar um longo período de tempo e depois de fim da época da natação (31/10/2018) é que veio a declarar resolvido o contrato, parece-nos que o feito já deixou de ter a sua razão.

- Mais, nos termos do contrato, o valor total pela prestação de serviço na piscina Dr. Sun Iat Sen é de MOP\$2,504,000.00 (*vidé a cláusula 10^a do contrato*) e agora a multa aplicada atingiu MOP\$4,212,000.00, nitidamente uma situação de desproporcionalidade. Obviamente esta situação causou lesão ao interesse público, mas em que medida, à Entidade Recorrida cabe alegar e provar, o que não foi feito. Conforme os factos assentes, tudo indica que, caso seja procedente a posição da Entidade Recorrida, o Recorrente prestava serviços, de modo “gratuito” noutros momentos normais, e agora viria a estar a sujeitar-se a uma multa pesada.

A propósito do princípio de proporcionalidade, recordem-se as ideias básicas de que tal princípio é um corolário do princípio da justiça, obriga a que as decisões administrativas que colidam com direitos e interesses legítimos dos

particulares apenas possam afectar as posições destes na justa medida da necessidade reclamada pelos objectivos a prosseguir. E não se pode falar de desrazoabilidade ou de erro notório, no exercício de poderes discricionários, quando a actuação administrativa é adequada à prossecução do interesse público que lhe cabe salvaguardar, desde que o sacrifício do interesse particular encontre justificação na importância do interesse público a salvaguardar.

O princípio de proporcionalidade, entendido, em sentido amplo, como proibição do excesso, postula que a Administração prossiga o interesse público pelo meio que represente um menor sacrifício para as posições dos particulares. Incorpora, como subprincípio constitutivo, o princípio da exigibilidade, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que destaca a ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível.

Para maior operacionalidade deste princípio, a doutrina acrescenta, entre outros elementos, o da exigibilidade espacial, que aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção na esfera jurídica das pessoas cujos interesses devam ser sacrificados (vd. J. J. Gomes Canotilho, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, 266, ss.).

Advoga o Recorrente que a decisão de que ora recorre atenta contra o princípio administrativo consagrado no artigo 5º/2 (*princípio da proporcionalidade*) do CPA, ora, em face das considerações acima tecidas, é da nossa conclusão que efectivamente foi infringido o princípio da proporcionalidade e como tal a decisão deverá ser anulada também nestes termos.

*

Em relação à alegada violação do princípio da boa fé, importa tecer algumas considerações nesta sede.

A este propósito do princípio em causa, ensina a doutrina:

“apesar de o princípio da boa-fé ser dotado de inúmeras potencialidades jurídicas, é possível, com Rui de Alarcão, resumi-las a dois vectores básicos: um, de sentido *negativo*, em que se visa impedir a ocorrência de comportamentos desleais e incorrectos (*obrigação de Lealdade*), e um de sentido positivo, mais exigente, em que se intenta promover a cooperação entre os sujeitos (*obrigação de cooperação*).

Naquele primeiro sentido, podem subsumir-se certas exigências típicas da boa-fé, tais como a inadmissibilidade, em certas condições, da invocação de vícios formais, a proibição de *venire contrafactum proprium* (ou proibição de comportamento contraditório) - de acordo com a qual se veda (ou impõe) o exercício de uma competência ou de um direito, quando tal exercício (ou não exercício) entra em flagrante e injustificada contradição com o comportamento anterior do titular, por este ter suscitado na outra parte uma fundada e legítima expectativa de que já não seriam (ou o seriam irreversivelmente) exercidas -, a *supressio* ou *verwirkung* (que da anterior se distingue pelo facto de a dimensão temporal ganhar uma relevância autónoma), etc. (*cfr. Código de Procedimento Administrativo, Comentado, Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves – J. Pacheco de Amorim, 2ª Edição, Almedina, pág. 108 e seguintes.*)

Pode ver-se, sobre estas figuras, por todos, Paulo Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, 1995, pág. 120 e seguintes.

Por sua vez, no segundo sentido apontado - sentido positivo - pode integrar-se o princípio da colaboração mútua entre as "partes" intervenientes, do

qual resultará por exemplo, para os interessados, *"o dever de prestar a sua colaboração para o conveniente esclarecimento dos factos e a descoberta da verdade"* (n.º 2 do art. 60.º) e, para a Administração, o dever de ordenar e promover *"tudo o que for necessário ao seguimento do processo e à justa e oportuna decisão"* (art. 57.º) devendo, por isso, evitar prol acções dilatórias do procedimento, que possam prejudicar os interessados.

Ora, os factos assentes demonstram que as partes do contrato chegaram a ponderar a hipótese de resolver o contrato, nomeadamente do lado do FD, já que em duas cartas dirigidas pelo Recorrente ao FD se reiterou da sua posição: aceitar as condições colocadas pelo FD para resolver o contrato:

A 1ª carta contém o seguinte teor:

“(…)

然而，由於該 23 名救生員至今仍然要求利害關係人取消過往按照勞動關係法訂立之合同條件及曾簽署的協議等，因此，該 23 名救生員尚未全面地復工，亦曾再度出現集體曠工的情況，導致救生員人數仍然不足。

而在罷工事件發生後，利害關係人已盡力招聘救生員，自 2018 年 8 月 18 日開始於報章及多個網絡平台刊登招聘廣告及聯繫人力資源公司協助招聘救生員，但至今尚未有本地人應徵(副本見附件二)。

同時，利害關係人已於 2018 年 8 月 28 日向勞工事務局遞交增加短期外地僱員之申請表(申請收據副本見附件三)，但現時尚未獲得勞工事務局批覆，亦有可能會不獲得有關批准。

利害關係人並非故意不履行合同義務，而是本澳根本沒有足夠救生員能提供服務，而勞工事務局不批准外地僱員的輸入，亦可能再次不批准，面對這樣的情況，利害關係人才無法履行合同義務。

而利害關係人於 2018 年 8 月 31 日對第一封警告信作出之書面陳述中已要求 貴局按現時的實際情況，即本澳沒有具備足夠合資格的救生員，且利害關係人可能不獲勞工事務局批准增聘外地僱員，而即使獲批亦需時兩星期至數個

月不等的實際情況作出批示，然而，貴局至今卻沒有作出任何指示。

最後，基於上述種種情況，利害關係人與貴局於 2018 年 9 月 21 日之會議上，貴局提出在不對利害關係人作出任何處罰、不追討損害賠償及將退回上述三份合同的保證金的前提下，雙方協議解除上述三份合同，對此安排，利害關係人表示同意。

肅此函達，順頌

公祺！

2018 年 9 月 24 日

(簽名)

XXX

A segunda carta mencionou:

澳門特別行政區政府

體育局局長 閣下

XXX，為企業 AAA 之商業企業主，於商業及動產登記局自然人商業企業主登記編號為**** CO(下稱“利害關係人”)，現按照於 2018 年 9 月 21 日作出之「體育局管轄氹仔區游泳池的救生員服務」服務瑕疵筆錄中的要求，向貴局提供為合同中每一游泳池提供救生服務的完整救生員名單(詳見附件一)。

利害關係人遞交上述救生員名單並不妨礙利害關係人同意貴局於 2018 年 9 月 21 日之會議上提出在不對利害關係人作出任何處罰、不追討損害賠償及將退回上述三份合同保證金的前提下，雙方協議解除「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」、「體育局管轄氹仔區游泳池的救生員服務」及「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」合同的安排。

肅此函達，順頌

公祺！

2018 年 9 月 28 日

(簽名)

XXX

Nestes termos, tudo indica que, durante todo o processo de negociações, o FD já revelou a sua intenção de resolver o contrato nas condições mencionadas pelo Recorrente nos termos acima citados (aliás, só o FD é que tem este poder), que foram aceites pelo Recorrente, só que o FD nunca concretizou essa ideia, não obstante ter criado já expectativa para o Recorrente, e depois, de repente, veio a utilizar um outro critério para multar o Recorrente, não resta dúvida que este comportamento do FD é incompatível com o princípio da boa fé que rege toda a forma de actuação da Administração Pública.

Estamos perante matéria da execução do contrato, é lamentável que o órgão competente não resolveu o contrato em tempo oportuno. Porém, não se nos afigura de que os factos, tal como eles foram ocorridos e alegados e por si só, sejam suficientes para invalidar a decisão ora posta em crise, sendo certo que tais demonstram a conduta “*inadequada*” do órgão competente na condução do procedimento em causa.

*

Uma nota final pertinente que importa deixar aqui ao fecharmos o litígio em apreço:

Estamos perante um acto administrativo de conteúdo divisível, visto que a decisão de multa resulta da soma aritmética das 3 multas, aplicadas nos termos dos 3 critérios diferentes contratualmente fixados:

- a) – MOP\$30,000.00 (cláusula 20ª/2-1.1));
- b) – MOP\$60,000.00 (cláusula 20ª/2-1.2));
- c) – MOP\$4,008,000.00 (cláusula 20ª/2/5)).

Em relação às multas indicadas nas alíneas a) e b), os fundamentos invocados pelo Recorrente (incumprimento de formalidades procedimentais – emissão de duas cartas antes de multar) foram julgados improcedentes, pelo que

esta parte da multa deve ser mantida.

Esta decisão também deverá ser mantida com a intervenção do princípio do aproveitamento do acto administrativo ilegal, pois, à luz da doutrina dominante sobre esta figura, defende-se:

“(Como alude o Prof. PEDRO MACHETE, “ *O aproveitamento do actos administrativos ilegais*”, in Estudos em homenagem a Rui Machete, p. 831):

“A regra, por força do princípio da legalidade, é a relevância invalidante de todos os vícios de ilegalidade: são anuláveis os actos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou outras normas jurídicas aplicáveis, para cuja violação se não preveja outra sanção. O afastamento de tal regra pode ser legítimo, a título excepcional, por consideração de outros princípios, como os da eficiência e celeridade e da eficácia da Administração na prossecução do interesse público. Mas, mesmo nesses casos, em especial quanto esteja a ser atuado o controlo jurisdicional da actividade administrativa, exige-se que os tribunais administrativos não se substituam à Administração. Assim, e como referido, é indispensável assegurar que a exclusão do efeito anulatório constitui o meio necessário e suficiente para evitar que a Administração tenha de proceder à renovação de um ato administrativo anterior materialmente correto. Tal exige um juízo de certeza positiva quanto à não interferência da ilegalidade cometida com o conteúdo desse mesmo acto. A ilegalidade em apreço apenas pode deixar de relevar, se se verificar que a mesma não teve a menor influência na decisão, pelo que, se se renovasse esta última observando as normas jurídicas anteriormente preteridas, o conteúdo da nova decisão seria necessariamente idêntico ao da decisão ilegal anterior.”

Escreveu-se também:

“ Os vários caminhos da jurisprudência administrativa na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo”, na obra supra citada de “Estudos em homenagem de Rui Machete”.

Está em causa um princípio que habilita o juiz administrativo a proceder a juízos ponderativos relativos à irrelevância de ilegalidade cometida pela Administração, por apelo a valores e interesses relativos a eficácia, eficiência, racionalidade, celeridade, poupança de tempo e de recursos ou economia de meios, globalmente considerados, quer na vertente da Administração, quer do particular que com ela se relaciona ou até de terceiros, os contra-interessados de boa-fé.

Deste modo, é exigido ao poder judicial administrativo que proceda à formulação de valorações que vão em muito para além da aplicação da mera literalidade da lei, mediante a formulação de ponderações decisórias. – pp 15-16 (..)."

Não é estranho que os órgãos judiciais lancem mão deste princípio quando estão reunidos os pressupostos, citando-se aqui algumas decisões em nome do Direito Comparado:

Defende-se (*Acórdão do TCAN nº 00462/2000-Coimbra, de 22-06-2011*):

"Tal princípio habilita o julgador, mormente, o juiz administrativo a poder negar relevância anulatória ao erro da Administração [seja por ilegalidades formais ou materiais], mesmo no domínio dos actos proferidos no exercício de um poder discricionário, quando, pelo conteúdo do ato e pela incidência da sindicância que foi chamado a fazer, possa afirmar, com inteira segurança, que a representação errónea dos factos ou do direito aplicável não interferiu com o conteúdo da decisão administrativa, nomeadamente, ou porque não afectou as ponderações ou as opções compreendidas (efectuadas ou potenciais) nesse espaço discricionário, ou porque subsistem fundamentos exactos bastantes para suportar a validade do acto [v.g., derivados da natureza vinculada dos actos praticados conforme à lei], ou seja ainda porque inexiste em concreto utilidade prática e efectiva para o impugnante do operar daquela anulação visto os vícios existentes não inquinarem a substância do conteúdo da decisão administrativa em

questão não possuindo a anulação qualquer sentido ou alcance.”

Advoga-se também (Pleno do Colendo STA, de 12.11.03, no recurso nº 41291), com relevância para a questão aqui em apreciação,

“... Nos casos em que se apura, em concreto, com segurança, atentas as específicas circunstâncias do caso, que não ocorreu uma lesão efectiva dos direitos dos interessados, não se justificará a anulação do acto mesmo que se esteja perante qualquer erro de apreciação da lei» ...”.

Porquanto o que releva é «modular os efeitos “destrutivos” da retroactividade decorrente da procedência de acção judicial impugnatória” (vidé Paulo Otero, “Manual de Direito Administrativo”, Vol. I, Almedina,., p. 564).

Mutatis mudantis, este raciocínio vale igualmente para o caso em apreciação.

Pelos argumentos produzidos, a decisão da aplicação das multas acima indicadas sob alíneas a) e b) deverá ser também mantida, porque, mesmo que se entendesse que o objecto deste recurso fosse um “acto indivisível”, e como tal toda a decisão seria anulada, o órgão administrativo poderia sempre desencadear um novo procedimento para aplicar a mesma multa tal e qual como ela foi aplicada neste procedimento, visto que relativamente a ela, ao Recorrente não foi dada a razão da impugnação. Esta repetição do procedimento é absolutamente dispensável por força da regra da divisibilidade do conteúdo do acto administrativo em causa e também pela aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo (ilegal) “salvável” (aproveitável) (aproveita-se a parte que é aproveitável).

*

Síntese conclusiva:

I – Estando em causa uma decisão de multa, aplicada com base nos diferenciados critérios fixados nas diferentes alíneas de uma cláusula de

contrato administrativo (de prestação de serviços de gestão de piscinas públicas), com o valor somatório das 3 multas parcelares, sendo confirmada pelo Tribunal a aplicação correcta das 2 multas por ter respeitado o critério contratualmente estipulado, enquanto uma outra multa foi julgada ilegal por violar o critério fixado no contrato e também infringir o princípio da proporcionalidade, esta última decisão deve ser anulada por ser ilegal, enquanto aquela primeira deve ser mantida, por força da regra da divisibilidade do conteúdo do acto administrativo em causa.

II – A mesma conclusão se impõe fazendo-se apelo ao princípio do aproveitamento do acto administrativo ilegal, que habilita o juiz administrativo a proceder a juízos ponderativos relativos à irrelevância de ilegalidade cometida pela Administração, por apelo a valores e interesses relativos a eficácia, eficiência, racionalidade, celeridade, poupança de tempo e de recursos ou economia de meios, globalmente considerados, quer na vertente da Administração, quer do particular que com ela se relaciona, pois, o órgão administrativo competente poderá sempre vir a desencadear um novo procedimento para aplicar a mesma multa (parcial) que é considerada válida neste processo.

*

Tudo visto, resta decidir.

* * *

V - DECISÃO

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do TSI acordam em **julgar PARCIALMENTE procedente o recurso**, anulando-se a decisão recorrida na parte em que se aplicou ao Recorrente a multa no valor de

MOP\$4,008,000.00 (cláusula 20ª/2/5 do contrato de prestação de serviço de gestão de piscinas).

*

Quanto ao demais, mantém-se o fixado na decisão recorrida.

*

Custas pelo Recorrente (por decaimento parcial) **que se fixam em**
4 UCs.

*

Notifique e Registe.

*

RAEM, 20 de Maio de 2021.

(Relator)

Fong Man Chong

(Primeiro Juiz-Adjunto)

Ho Wai Neng

(Segundo Juiz-Adjunto)

Mai Man Ieng

Tong Hio Fong