Processo n.º 672/2007

(Recurso Jurisdicional)

Data: 10/Julho/2008

Assuntos:

- Actividade hoteleira; regime do Decreto-Lei n.º 16/96/M
- Hospedagem

SUMÁRIO:

Não é possível, por insuficiência de matéria levada ao auto de notícia e ao processo respectivo, integrar e sufragar a punição da conduta da recorrente, que alegadamente *"alugou"* quartos a duas pessoas, como tratando-se de uma actividade hoteleira regulada pelo Decreto-Lei n.º 16/96/M.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 672/2007

(Recurso de Decisões Jurisdicionais)

Date : 10 de Julho de 2008

Recorrente: Director dos Serviços de Turismo

Recorrida: **A**

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

I - RELATÓRIO

O Senhor Director da Direcção dos Serviços de Turismo (DST), entidade recorrida e parte vencida, nos autos à margem identificados, tendo sido notificada, do conteúdo da sentença prolatada pelo Mmo Juiz do Tribunal Administrativo, que anulara acto dencerramento de pensão ilegal e de condenação no pagamento de uma multa de MOP60.000,00 a **A**, não se conformando com a mesma, dela vem interpor recurso, alegando, em síntese:

A sentença peca por entender que o acto administrativo foi praticado sem base legal;

O Decreto-Lei n.º 16/96/M, de 1 de Abril, atribui à DST a competência para

licenciar e inspeccionar os estabelecimentos hoteleiros e também estatui que "os estabelecimentos hoteleiros e similares só podem abrir ao público após a emissão da licença respectiva";

Os estabelecimentos hoteleiros, ainda nos termos do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 16/96/M, prestam por serviços de alojamento;

*A actividade desenvolvida por **A** era de prestação de serviços de alojamento, mediante o pagamento de uma quantia diária;*

E a DST entende que é ilegal por carecer de licença administrativa para ser exercida e por não obedecer aos requisitos respeitantes à instalação, equipamento e serviços constantes do Decreto-Lei n.º 16/96/M, de 1 de Abril e do diploma que regula este, a Portaria n.º 83/96/M, de 1 de Abril;

*E trata-se de uma pensão ilegal e não de outro estabelecimento hoteleiro ilegal, porque dentro do grupo dos estabelecimentos hoteleiros previstos na lei, a actividade de **A** se enquadra nas pensões;*

Que são, de entre os estabelecimentos hoteleiros existentes em Macau, e elencados no artigo 5º do Decreto-Lei n.º 16/96/M, os mais simples e de menor dimensão, em suma, aqueles para a qual a lei exige menos requisitos de construção, equipamentos e serviços;

Acresce que esta actividade, para além de ser explorada em local não permitido por lei, é levada a cabo sem qualquer controle ou preocupação com o estado de conservação geral da fracção, o estado e qualidade dos equipamentos, a higiene dos quartos e quartos de banho, a comodidade, privacidade e segurança dos clientes, a saúde pública e a prevenção contra incêndios, podendo a qualquer momento ocorrer acidentes ou incidentes com

consequências graves;

E é precisamente por se tratar de uma actividade que pode colocar em risco a segurança e saúde dos clientes e do público em geral que a lei proclama a obrigatoriedade de sujeição da mesma a licenciamento administrativo;

A aceitação da tese o doutro tribunal a quo corresponderia a legitimar a prestação de serviços de alojamento, independentemente do cumprimento dos respectivos requisitos legais, bastando para tanto invocar que não estava a ser exercida no local exigido por lei!

Pelo que a DST enquadrou correctamente a actividade de ***A*** *como exercício ilegal da actividade hoteleira porque houve uma violação do Decreto-Lei n.º 16/96/M;*

Também se discorda que a presente infracção se enquadra na figura da "hospedagem domiciliária" e que, em Macau, essa figura não se encontra regulamentada;

A "hospedagem domiciliária" consiste no aluguer de quartos em casa do hospedeiro, que habita a fracção e que envolve uma comunhão de vida entre o hospedeiro e o hóspede e a prestação de serviços complementares de natureza familiar;

E é uma figura que está regulamentada em países onde esse tipo de alojamento tem tradição e procura;

Não tendo o legislador de Macau tomado a opção política de legislar a "hospedagem domiciliária", não pode concluir-se que a prestação de serviços de alojamento em fracções habitacionais não pode ser administrativamente sancionada por falta de base legal;

Porque, e contrariamente ao que afirma o tribunal a quo, a legislação de Macau em

vigor que regula a abertura e funcionamento dos estabelecimentos hoteleiros faz o enquadramento legal dos termos e condições em que o alojamento, enquanto actividade comercial, pode ser explorado em Macau;

Consequentemente, a actividade que se enquadra nesta definição está sujeita aos termos e condições previstos no diploma em questão, isto é, às normas de licenciamento e inspecção prevista no Decreto-Lei n.º 16/96/M;

É com referência a essa legislação que se pode e deve fazer o enquadramento e sancionamento do exercício ilegal da actividade;

E a actividade de ***A*** *enquadra-se na definição de "estabelecimento hoteleiro", tal como definida na lei, mas como viola o Decreto-Lei n.º 16/96/M e a Portaria n.º 83/96/M, é ilegal;*

A DST procedeu a um correcto enquadramento legal e jurídico dos factos e o acto administrativo praticado teve por base a aplicação correcta da lei;

Como tal, o acto administrativo praticado pela ora Recorrente é legal e válido;

E a Recorrente, entidade licenciadora e fiscalizadora, actuou dentro dos fundamentos e limites que lhe são permitidos pela lei e em respeito ao princípio da legalidade e competência.

Nestes termos entende dever o presente recurso ser julgado totalmente procedente, revogando-se a decisão recorrida em conformidade.

A, ora recorrido, tendo tomado conhecimento das alegações do recurso apresentado pela D.S.T., veio oferecer o merecimento dos autos e requerer que seja mantida a sentença em impugnação por não se lhe poder atribuir qualquer nulidade substancial ou vício formal.

O **Digno Magistrado do MP** ofereceu o seguinte douto parecer:

Toda a argumentação expendida pelo recorrente nas suas alegações se encontra expressamente rebatida e contrariada na douta sentença ora em crise, com cujo conteúdo e conclusões nos encontramos plenamente de acordo e, por ocioso, nos dispensaremos de reproduzir, não se nos afigurando, pois, que a mesma se encontre eivada de qualquer vício, designadamente dos que assacados lhe são por aquela.

Compreendendo perfeitamente as preocupações da entidade recorrente relativamente às necessidades de controle de licenciamento e inspecção dos estabelecimentos em que são prestados serviços semelhantes aos prestados pela aqui recorrida, por forma a, no mínimo, salvaguardar o estado geral da fracção, estado e qualidade dos equipamentos, higiene, comodidade, privacidade e segurança dos clientes, bem como a saúde pública e prevenção de acidentes, dir-se-á, porém, que tal necessidade não pode ser usada como argumento tendente a afirmar a existência de disposições legislativas reguladoras da actividade.

É, aliás, sintomático que a entidade recorrida tenha feito questão de juntar "Parecer" (fls. 17 a 33) relativo à matéria, na sua generalidade, onde expressamente se

consigna que "Em Macau existe actualmente um vazio legal no que toca à instalação, exploração e funcionamento que deve ser suprido através da adopção de adequada regulamentação", para, pouco a seguir, sustentar que "Contudo, as pensões são a referência local, ou seja, são os estabelecimentos com menos dimensão e maior simplicidade, em termos de instalações e equipamentos, regulamentados neste ordenamento jurídico", daí partindo para concluir que "Como tal, é com referência às pensões e à legislação que lhes é aplicável que se deve fazer o contraponto da actividade (ilegal) de hospedagem".

OU seja, tanto quanto apreendemos, reconhece-se a existência de vazio legal em Macau relativo à instalação, exploração e funcionamento dos estabelecimentos explorados em moldes similares ao da recorrida, sugerindo-se, inclusive, a adopção de adequada regulamentação, entendendo-se, porém, que, na falta da mesma, para salvaguarda dos interesses públicos, se deverá aplicar o regime vigente relativo às pensões, por serem as formas de actividade mais aproximadas.

Mas, onde fica a legalidade?

Onde, a existência de pressuposto legal expresso e específico justificativo da sanção administrativa aplicada quando, manifestamente, a realidade detectada se não encontra abrangida por normativo legal vigente na Região?

A aplicação de sanções, designadamente administrativas, não pode ser efectuada por "aproximação ", quando, como é o caso, a situação em concreto não é subsumível a qualquer preceito incriminador.

É um facto que a actividade desenvolvida pela recorrida - próxima da hospedaria e da pensão, mas não sendo, verdadeiramente, nem uma nem outra, conforme demonstrado,

além do mais, pelo "Parecer" a que já se aludiu, não se enquadra na definição de "estabelecimento hoteleiro ", tal como estipulado por lei e previsto designadamente, pelo Dec Lei 16/96/M e Portaria 83/96/M.

Inexiste em Macau qualquer outro tipo de regulamentação que preveja e regule o tipo de actividade exerci da pela recorrida, no âmbito da qual foi a mesma sancionada.

Sendo assim, como bem acentua o Mmo Juíz "a quo ", tendo em vista a salvaguarda dos interesses a que no início nos reportámos, caberá à Administração providenciar pela regulamentação em falta.

Não se pode é pedir ao julgador que acolha como boa a errada interpretação efectuada, razões por que, não nos merecendo reparo a douta decisão em crise, haverá, em nosso entender, que manter a mesma.

Foram colhidos os vistos legais.

III - FACTOS

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

"Em 12 de Setembro de 2005, os agentes policiais da PSP dirigiram-se à fracção sita na Rua XXX, Edif. "XXX", XXX-andar-XXX para investigação, descobriram que a respectiva fracção estava alugada às seguintes pessoas :

1. **B**, portadora do salvo-conduto das deslocações para Hong Kong e Macau n.º XXX, a renda diária é HKD120,00, vivia lá há 8 dias.

2. **C**, portador do passaporte da China n.º XXX, a renda diária é HKD100,00, vivia lá há 7 dias.

No mesmo dia, a polícia elaborou o auto de notícia n.º 144/C3/2005 (cfr. Fls. 90 dos autos administrativos) e ouviu o depoimento dos locatários acima referidos, tirando fotos (cfr. Fls. 101 a 104 dos autos administrativos), dão-se aqui por integralmente reproduzidos todos os conteúdos acima mencionados.

Em 16 de Setembro de 2005, a PSP remeteu os autos de notícias e dados acima referidos à Direcção dos Serviços de Turismo para ser tratados.

Em 26 de Setembro de 2005, a Direcção dos Serviços de Turismo designou o instrutor para iniciar o processo da sanção administrativa previsto no Decreto-lei n.º 16/96/M.

Em 6 de Abril de 2006, o recorrente apresentou a contestação escrita junta a Direcção dos Serviços de Turismo.

Em 29 de Maio de 2006, o instrutor da Direcção dos Serviços de Turismo elaborou a informação n.º 71/DI/2006 (cfr. Fls. 45 a 48 dos autos administrativos), dá-se aqui por integralmente reproduzido o teor acima referido, na qual, o instrutor propôs a aplicação de sanção de multa de $60.000,00 e o mandado de encerramento do estabelecimento ao recorrente.

Em 7 de Julho de 2006, o Director Substituto da Direcção dos Serviços de Turismo proferiu o despacho, dando concordância à proposta do instrutor.

Em 31 de Julho de 2007, o recorrente solicitou o apoio judiciário junto a este Tribunal e interpôs o recurso contencioso em 16 de Janeiro do mesmo ano junto a este Tribunal.”

III – <u>FUNDAMENTOS</u>

1. A questão que se coloca fundamentalmente á a de saber se é possível integrar a situação detectada de aluguer de quartos no âmbito do regime da actividade hoteleira.

2. Os argumentos que vão em sentido contrário e de que a entidade recorrida discorda estão vertidos nas seguintes passagens da sentença recorrida:

"Nos processos da mesma natureza n.º 271/04-ADM, 272/04-ADM e 273/04-ADM e na sentença do processo n.º 288/04/ADM, este Tribunal indicou que as actividades administradas pelo recorrente não estavam vinculadas pelo Decreto-Lei n.º 16/96/M, visto que esta diploma é um normativo regulador da actividade hoteleira e similar, mas o estabelecimento gerido pelo recorrente é pensão residencial, ou seja apartamento que serve de pensão.

Presentemente, em Macau, não há diploma exclusiva que vincula as actividades acima referidas, com base em princípio fundamental de aplicação do direito penal no âmbito de sanção administrativa, e segundo o princípio da legalidade, quando não existe uma lei que define expressamente que os actos acima referidos são puníveis, não se pode impor uma pena ao recorrente.

Nestes termos, o acto recorrido padece do vício de errada aplicação da lei, devendo ser revogado.

Porém, isto não significa que as actividades executadas pelo recorrente são legais.

Sob o princípio da procura por interesse público e protecção do direito e interesse de cidadão, caso a Administração verificava qualquer actividade que viola os interesses públicos e de cidadão (por exemplo : afecta a higiene pública, causa prejuízo à segurança de locatário ou paz, existe possibilidade de incêndio etc..) e esta actividade não está vinculada pela lei, a Administração tem o direito (também se trata de um dever) de adoptar medidas adequadas para conter a respectiva actividade, sempre que não impuser uma pena às pessoas intervenientes.

Pelos expostos, chegamos a seguinte conclusão :

1. *as actividades executadas pelo recorrente não pertençam ao arrendamento cível, mas sim às actividades de pensão residencial;*
2. *as actividades em causa não estavam vinculadas pelo Decreto-Lei n.º 16/96/M, visto que estas não pertençam às actividade hoteleira e similar;*
3. *presentemente, em Macau, não há diploma exclusiva que vincula as actividades acima referidas;*
4. *com base em princípio fundamental de aplicação do direito penal no âmbito de sanção administrativa, e segundo o princípio da legalidade, quando não existe uma lei que define expressamente que os actos acima referidos são puníveis, não se pode impor uma pena ao recorrente;*
5. *sob o princípio de procura por interesse público e protecção do direito e interesse de cidadão, caso a Administração verificava qualquer actividade que viola os interesses públicos e de cidadão, e esta actividade não está vinculada pela lei, a Administração tem o direito (também se trata de um dever) de adoptar medidas adequadas para conter a respectiva actividade;*
6. *o acto recorrido padece do vício de errada aplicação da lei, deve ser revogado."*

3. Pensa-se, no entanto, abordar diferentemente a questão, a partir de uma perspectiva lógica que imporá se analise primeiramente a matéria de facto de forma a subsumi-la na previsão regulamentadora e punitiva do invocado diploma legal.

É certo que o Decreto-Lei n.º 16/96/M, de 1 de Abril, atribui à DST a competência para licenciar e inspeccionar os estabelecimentos hoteleiros e que o mesmo diploma estatui no seu artigo 30º que *"os estabelecimentos hoteleiros e similares só podem abrir ao público após a emissão da licença respectiva"*.

Os estabelecimentos hoteleiros são definidos no artigo 3.° daquele diploma como aqueles que *"proporcionam* ao *público alojamento, mediante pagamento, com* ou *sem fornecimento de refeições* e *outros serviços complementares"* e, segundo o disposto no artigo 5.°, podem ser hotéis, hotéis-apartamentos, complexos turísticos ou pensões.

Depreende-se daquele diploma que a actividade de hotelaria pressupõe a prestação de um serviço que é algo mais do que o mero alojamento e não se reconduz a uma mera cedência da fruição de um espaço para fins de alojamento, tal como também resulta da figura do arrendamento.

4. Ora, da matéria de facto acima transcrito, nada mais resulta

para além do facto de que **A** alugara a referida fracção àquelas duas senhoras, mediante o pagamento de uma quantia diária, não se percebendo como se conclui pela prestação de serviços de alojamento.

A matéria de facto apurada e levada tanto ao auto como aquela que foi vertida no Inquérito revela-se de uma manifesta insuficiência para, de forma sustentável e conscenciosa, criar a convicção de que aquela actividade desenvolvida pela arguida integrava uma actividade hoteleira abrangida por aquele Dec.-Lei.

Regista-se uma sã preocupação dos Serviços em indagar da lei aplicável e em se interrogarem sobre a existência de uma área de regulamentação lacunosa, cuidando em saber se um simples contrato de hospedagem ou de mero aluguer de quartos está abrangido por aquele diploma, cientes, como se deve estar, de que mesmo essa simples actividade tem de ser regulada e sujeita a critérios de inspecção de forma a garantir os serviços de qualidade mínima.

Dessa preocupação se dá conta no douto parecer de fls. 55 e segs do Proc. Instrutor, enquanto ali se conclui por um vazio legal para estas situações, donde a necessidade de, porventura analogicamente se sugerir a aplicação de um regime que se afigura ser similar, porquanto as pensões *são, de entre os estabelecimentos hoteleiros existentes em Macau, e elencados no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 16/96/M, os mais simples e de menor dimensão, em suma, aqueles para a qual a lei exige menos requisitos de construção, equipamentos e serviços.*

Não está em causa se essa eventual actividade de prestação de serviços de alojamento é ilegal, até por carecer de licença administrativa para o efeito e ter de respeitar os requisitos respeitantes à instalação, equipamento e serviços constantes do Decreto-Lei n.º 16/96/M, de 1 de Abril e do diploma regulamentar respectivo, a Portaria n.º 83/96/M, de 1 de Abril, dali resultando que a referida actividade não está licenciada e é levada a cabo em fracção cuja finalidade é a habitação, quando a lei estabelece que essa actividade não pode ser exercida em fracção habitacional de edifício não funcionalmente independente nem autónomo (artigo 1.º da Portaria n.º 83/96/M).

Mas o que importa, como já acima se assinalou, é que só se pode saber se uma determinada lei é aplicável depois de conhecer a realidade a que se aplica, devendo esta ser devidamente concretizada.

5. Perde, pois, razão a entidade recorrida quando enquadra a situação detectada como tratando-se de uma pensão ilegal e não de qualquer outro estabelecimento hoteleiro, para fins de aplicação do respectivo regime sancionatório, pelo menos, face à descrição da situação que fez dos autos.

Dali pouco mais se colhe para além de um vulgar *aluguer* (na linguagem comum) de quartos, ou seja de um arrendamento diário por MOP100,00. Mas, pergunta-se, o que havia para além disso? Prestação de outros serviços? Roupas? Comidas? Para além das fotografias

documentadoras do recheio dos quartos, qual a configuração dos mesmos e acessos? A senhoria vivia ali? Os quartos eram independentes entre si? Havia partilha ou serventia da cozinha? E casa ou casas de banho? Partilhadas ou não?

Tudo isto não deixaria de ajudar à integração da actividade a que se alude.

6. Como já se disse, nem sequer resulta claramente que A prestasse serviço de alojamento mediante retribuição, sendo que os factos bem podem configurar também um contrato de locação, enquanto gozo temporário de uma coisa mediante retribuição - art. 969º do CC -, ou pelo menos em que a natureza deste último sobreleve.

Compreendem-se as razões que se aduzem e que importa prevenir as necessárias condições de segurança e que passam pela preocupação com o estado de conservação geral da fracção, o estado e qualidade dos equipamentos, a higiene dos quartos e quartos de banho, a comodidade, privacidade e segurança dos clientes, a saúde pública e a prevenção contra incêndios, podendo a qualquer momento ocorrer acidentes ou incidentes com consequências graves.

E até que o carácter temporário e rotativo daquela fruição pode pôr em risco a segurança e saúde dos clientes e do público em geral que a lei proclama a obrigatoriedade de sujeição da mesma a licenciamento

administrativo, impondo-se que sejam cumpridos requisitos de instalação, equipamentos e serviços, cabendo à DST inspeccionar e fiscalizar o cumprimento dos mesmos.

7. Discorda a entidade recorrente da interpretação dada, no sentido de que a actividade a que se dedicava **A** não pode sequer caracterizar-se de "hospedagem domiciliária", pois esta pressupõe a comunhão de vida entre hospedeiro e hóspede e um carácter muito familiar que não existe, de todo, no caso em apreço.

Mas, tanto quanto se alcança dos autos, foi essa ou outra demonstração que, ainda que constatada, não foi vertida nos autos.

O ponto é exactamente esse.

Não se afirma, como o fez a douta sentença recorrida que não há base legal para sancionar situações como as que decorrem dos autos e não são integram actividade hoteleira.

O que se afirma é que não há matéria de facto que permita integrá-la como tal.

Posto isto, com fundamentos que não exactamente os aduzidos na sentença recorrida, antes sim pela dificuldade de integração da matéria provada como prestação de serviço de alojamento, somos a julgar improcedente o recurso.

IV - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em julgar improcedente o presente recurso.

Sem custas por delas estar isenta a entidade recorrente.

Macau, 10 de Julho de 2008

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong