Processo nº 31/2009-I

(Autos de recurso jurisdicional em matéria administrativa, fiscal e aduaneira)

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

Relatório

1. Por acordão proferido em 19.02.2009, julgou-se procedente o recurso pelo Exm° Director dos Serviços de Turismo interposto da sentença proferida pelo Mm° Juiz do Tribunal Administrativo que, apreciando um recurso contencioso aí interposto pela "AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO A, LIMITADA", decidiu anular o despacho datado de 17.12.2007 daquela entidade administrativa que retirou aquela o direito de participar no programa "Excursão a Macau".

Notificado do referido acordão, apresentou a identificada "AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO A LIMITADA" o seguinte expediente:

"Exmos. Senhores Juízes de Direito do Tribunal de Segunda Instância de Macau

Agência de Viagens e Turismo A Limitada, recorrida melhor identificada nos autos à margem indicados, tendo sido notificada do Acórdão neles proferido, vem, ao abrigo do disposto no artigo 571.°, n.° 1, alíneas b) e c), do Código do Processo Civil, aplicável por força do artigo 1.° do Código de Processo Administrativo Contencioso, arguir a nulidade do mesmo por falta de fundamentação e contradição entre os fundamentos de facto e a decisão, o que faz nos termos e com os fundamentos seguintes:

1. Como é sabido, o dever de fundamentação das decisões judiciais obriga a que se descrevam as razões de facto e de direito que levaram à decisão tomada, sendo que estas deverão estar numa relação lógica que permita que, da descrição dos fundamentos, resulte a decisão como um resultado necessário e compreensível

- dos fundamentos avançados.
- 2. Por outras palavras, o conteúdo da decisão "tem que estar apoiado nos fundamentos [anteriormente] anunciados" e não os pode contradizer. Assim, neste sentido, a fundamentação implica a "exposição dos factos considerados como provados, apreciação crítica das provas e determinação do direito aplicável"
- 3. Tal implica que seja imposto ao tribunal de recurso que na fundamentação da sua decisão faça constar a indicação das normas jurídicas aplicadas.
- 4. Ora, não foi isto que aconteceu na decisão ora em crise porquanto, desde logo, a questão de direito não é simplesmente tratada.
- 5. Com efeito, a sentença proferida pelo Tribunal Administrativo entendeu que "由於『澳門遊計劃』以至"『澳門遊接待社管理機制』均並非透過區際司法合作以立法方式作出規定及公報,只是國家及特區行政機關的一個內部合作協議,因此,不具備有權限立法機關制定及頒佈之法律的法律效力。從而被訴當局並不能適應上述『計劃』及『管理機制』之規定,…" (cfr. fls. 98 e 99 dos autos), razão pela qual o acto recorrido não poderia ser praticado ao abrigo dos programa e mecanismos instituídos pela entidade recorrida, tendo, por isso, aquela anulado o mesmo com

- fundamento na existência de vício na aplicação da lei.
- 6. Ora, tendo em conta que, como é sobejamente sabido, nenhum acto administrativo pode, em obediência ao princípio da legalidade, ser praticado sem ter por base a lei e o direito, isto é típicos tais como lei. actos normativos regulamentos administrativos, resoluções da Assembleia Legislativa, ordens executivas e despachos externos regulamentares do Chefe Executivo, etc., o presente acórdão, apesar de admitir que o acto praticado pela recorrente é efectivamente um acto administrativo -"Como se viu, com a sentença objecto do presente recurso, decidiu-se anular o acto administrativo praticado pelo ora Recorrente." (cfr. pág. 22 do Acórdão proferido) -, nada diz quanto aos actos normativos típicos ao abrigo dos quais o mesmo foi praticado.
- 7. Ou seja, o acórdão, por um lado, afirma que não existe qualquer vício na aplicação da lei e que, portanto, o acto administrativo recorrido foi praticado ao abrigo e em obediência à lei mas, por outro, não esclarece se, ao contrário do tribunal recorrido, qualifica o programa instituído pela recorrente como um acto normativo típico, clarificando se este reveste a forma de lei,

- regulamentos administrativos, resoluções da Assembleia Legislativa, ordens executivas e despachos externos regulamentares do Chefe Executivo, etc., ou se o acto foi praticado ao abrigo de outras normas e, neste caso, que normas são essas.
- 8. Acresce que entre os factos que fundamentam a decisão consta que a recorrente cancelou o direito de participação no programa "Excursão Macau" da recorrida (cfr. pág. 21 do Acórdão proferido), o que significa, por natureza, uma perda da capacidade de actuação por parte da última, seja ela qual for, pois, de outro modo, estaríamos perante um direito sem conteúdo, ou seja um direito inexistente.
- 9. Porém, a decisão vem dizer que não se alterou " ... a capacidade empresarial que a mesma recorrida detinha antes de aderir ao mencionado programa ... ", " ... não se tratando, como já se referiu, de nenhuma proibição do exercício da actividade de agência de viagens ... " (cfr. pág. 25 do Acórdão proferido).
- 10. O que consubstancia uma contradição entre os fundamentos de facto e a decisão.
- 11. Porquanto se afirma que houve efectivamente uma perda de um direito e, ao mesmo tempo, que afinal não houve perda nenhuma.

Termos em que deverá o douto acórdão proferido por V. Exas. ser declarado nulo por falta de fundamentação e contradição entre os fundamentos de facto e a decisão.

(...)"; (cfr., fls. 195 a 198).

*

Em resposta, diz o Exmº Director dos Serviços de Turismo:

- "1. Vem a recorrida arguir a nulidade do Acordão proferido por esse douto tribunal por entender que este viola o disposto no artigo 571.°, n.°1, alíneas b) e c) do Código de Processo Civil (CPC).
- 2. Salvo o devido respeito, que é muito, não existe no referido Acórdão nenhum dos vícios invocados pela recorrida, mas tão só manifesta discordância com o teor do julgamento.
- 3. Efectivamente, é nula a sentença quando não especifique os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão ou quando os fundamentos estejam de facto em oposição com a decisão (artigo 571.°, n.° 1, alíneas b) e c) do CPC).
- 4. Porém, importa em primeiro lugar referir, que a falta de motivação a que alude a alínea b) é a total omissão dos fundamentos de facto ou

dos fundamentos de direito em que assenta a decisão, isto é, a falta de fundamentação, que efectivamente constitui nulidade da sentença, apenas se verifica quando haja falta absoluta de fundamentos, visto o tribunal não estar adstrito à obrigação de apreciar todos os argumentos das partes.

- 5. Nestes termos, a nulidade prevista na alínea b) falta de especificação dos fundamentos da decisão só ocorre quando haja ausência absoluta de motivação, ou seja, total omissão dos fundamentos de facto e de direito em que a decisão assenta, o que implica que o tribunal tenha decidido a pretensão judiciária em determinado sentido, sem indicar as razões de facto e de direito em que se baseou.
- 6. No presente Acórdão os fundamentos, quer de facto, quer de direito, existem e estão expressos na decisão, só que a recorrida não os aceita como bons.
- 7. Da leitura do Acórdão é possível perceber as razões que determinaram a decisão por parte do tribunal, sem esforço se alcança do veredicto que a fundamentação de facto existe e não padece de qualquer insuficiência. Basta pois atentar no ponto "2" do Acórdão ("Estão dados como provados os factos seguintes:"), para se poder concluir que estão discriminados os factos que o tribunal considerou provados, analisadas

as provas, e especificados os fundamentos que foram decisivos para a convicção dos julgadores.

- 8. Da mesma forma está presente no Acórdão impugnado a fundamentação de direito.
- 9. Os conflitos de interesses entre as partes e as relações materiais controvertidas traduzem-se em factos. O direito aplica-se aos factos alegados e provados.
- 10. O Acórdão ora em crise descreveu os factos em que se fundamentou e deles extraiu uma conclusão jurídica, que enunciou, considerando em oposição à opinião do Mm° Juiz a quo que o ponto chave para a resolução do presente litígio era outro.
- 11. Com efeito, ao contrário do Juiz a quo, concluiram os Mm.º Juizes não existir qualquer restrição ao exercício da actividade de agência de viagens da recorrida nos termos do Decreto-Lei n.º 48/98/M, de 3 de Novembro, isto é, consideraram que a mesma nunca ficou impedida de fornecer o serviço de recepção a turistas, conforme, aliás, vinha fazendo antes de ter aderido ao Mecanismo e a ele se ter vinculado.
- 12. Efectivamente tratando-se de um Programa instituído pela ora recorrente a que a recorrida aderiu livremente vinculando-se ao cumprimento dos requisitos de participação no mesmo não houve

objectivamente uma perda da capacidade empresarial que detinha antes de ao mesmo aderir.

- 13. Na verdade, a adesão ao Mecanismo quanto muito foi uma mais valia ao exercício da actividade da recorrida, nunca uma perda dos direitos que detinha antes de ao mesmo se vincular.
- 14. Ademais, ao aderir ao Mecanismo, de cujos termos e condições usufruiu por um período de cinco anos, a recorrida tinha igualmente pleno conhecimento das sanções a que estaria sujeita em caso de incumprimento.
- 15. Não tendo cumprido o acordado com a recorrente foi-lhe retirado o direito de continuar a participar no Mecanismo, mas não o direito de continuar a exercer a sua actividade de agência de viagens.
- 16. Convenhamos que ao permitir-se a continuação de participação da recorrida no Mecanismo, em desrespeito sistemático pelas regras do mesmo, estaria a colocar-se em causa o interesse público e consequentemente a imagem do turismo do território.
- 17. Nesta conformidade, não se nos mostra, haver na decisão em crise, falta ou omissão de fundamentação.
- 18. Em suma, tem sido entendimento unanime da doutrina e jurisprudência que o vicio invocado só se verifica quando se constata

uma falta absoluta de motivação.

Veja-se v.g., José Lebre de Freitas, que afirma: «Há nulidade quando falta em absoluto a indicação dos fundamentos de facto ou a indicação dos fundamentos de direito da decisão, não a constituindo a mera deficiência da fundamentação» (in, «A Acção Declarativa Comum», coimbra Editora, 2000, pág. 297).

- 19. E, Alberto dos Reis «Há que distinguir cuidadosamente a falta absoluta de motivação da motivação suficiente, medíocre ou errada. O que a lei considera nulidade é a fala absoluta de motivação ... » e, «por falta absoluta de motivação deve entender-se ausência total de fundamentos de direito e de facto» (in, «CPC anot.» Vol.V, pág.140 e na «RLJ», ano 78.°, pág. 217 e segs.)
- 20. Quanto à jurisprudência, veja-se, v.g. o Acórdão do TSI de 13.07.2000, Processo n.º 24/2000.
- 21. Razão pela qual não possa falar-se aqui em falta de fundamentação do Acórdão improcedendo, por isso, a arguição da nulidade deste com tal fundamento.
- 22. É também suscitada pela recorrida a nulidade da sentença por oposição entre os fundamentos e a decisão, prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 571.º do CPC.

- 23. Porém, não é relevante, para efeitos da referida alínea c) a existência de uma eventual contradição entre a facticidade dada como provada e a decisão proferida, quando o juiz disse o que pretendia, porque isso, quanto muito consubstancia um eventual erro de julgamento e não a nulidade da sentença.
- 24. A contradição entre os fundamentos e a decisão, que a verificar-se constituiria nulidade da sentença, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 571.º, só ocorre quando os fundamentos invocados deveriam conduzir num processo lógico, à solução oposta ou pelo menos diferente da que foi adoptada. Ou seja, tem de existir um vício real no raciocínio do julgador, uma real contradição entre os fundamentos e a decisão que se analisa em que a fundamentação aponta num determinado sentido e a decisão segue caminho oposto, ou, pelo menos direcção diferente.
- 25. Como sabiamente invocava o Professor Alberto dos Reis "Incorre neste vício quando os fundamentos invocados pelo Juiz conduziriam logicamente, não ao resultado expresso na decisão, mas a resultado oposto", ou pelo menos na direcção diferente.
- 26. Da fundamentação do Acórdão vê-se, claramente, que não ocorre o apontado erro entre essa fundamentação, como suas premissas, e a conclusão, já que se considerou que a decisão administrativa em causa

limitou-se a excluir a ora recorrida de um programa instituído pelo ora recorrente, no qual aquela pediu para ser admitida, não existindo efectivamente perda de um direito, isto é, com a aquela decisão não houve uma alteração da capacidade empresarial que a recorrida detinha antes de aderir ao programa, sendo certo que o direito de participação no mencionado programa foi cancelado, por a recorrida não ter acatado as solicitações que lhe foram feitas pelo recorrente.

- 27. Surgindo assim a conclusão como causa lógica, coerente, congruente e necessária, ou seja, a decisão, mais não é do que a conclusão a extrair dessas invocadas premissas, não podendo o referido Acórdão incorrer no invocado vício formal de contradição entre os seus fundamentos e a decisão alcançada.
- 28. Resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação não significa considerar todos os argumentos que segundo as várias vias, à partida plausíveis, de solução de pleito, nem, por outro lado, o juiz está sujeito às alegações das partes quanto à indagação, interpretação e aplicação das normas jurídicas (artigo 567.º do CPC).
- 29. Razão por que improcede também a arguição desta nulidade."; (cfr., fls. 201 a 206).

Seguidamente, e em douto Parecer, considera o Exm° Representante do Ministério Público que:

"Afigura-se-nos clara a inexistência no douto acórdão em causa de qualquer dos vícios invocados, seja pela não especificação dos fundamentos de facto e de direito que sustentaram a decisão, seja pela anunciada oposição entre esta e aqueles.

Na verdade, pela simples leitura do douto aresto facilmente se alcança encontrarem-se discriminados os factos dados como provados, analisadas as respectivas provas e especificados os motivos decisivos para a formação da convicção, tendo-se retirado dos mesmos a conclusão jurídica pertinente, oposta à do Mmo Juíz "a quo ", não se denotando, pois, omissão de motivação, sendo certo que o Tribunal não se encontra vinculado à obrigação de apreciar todos os argumentos esgrimidos pelas partes.

Por outra banda, também se não divisa a pretendida contradição entre os fundamentos e a decisão, já que esta surge como a conclusão lógica e congruente das premissas avançadas, ou seja, por outras palavras, não se vê que os fundamentos invocados pudessem ou

devessem conduzir a solução oposta ou divergente da avançada, existindo real vício no raciocínio dos julgadores.

Donde, sem necessidade de maiores considerações, sermos a acompanhar a recorrente no sentido da não verificação "in casu" de qualquer dos vícios assacados ao douto acórdão, o qual, em conformidade, haverá que manter."; (cfr., fls. 211 a 212)

*

Cumpre decidir.

Fundamentação

2. Vem a "AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO A LIMITADA" arguir a nulidade do acordão por este T.S.I. proferido em 19.02.2009, imputando ao mesmo "falta de fundamentação e contradição entre os fundamentos de facto e a decisão".

Afigura-se-nos evidente que nenhuma razão lhe assiste.

Passa-se a expor este nosso ponto de vista.

O acordão por este T.S.I. proferido ponderou a seguinte factualidade dada por assente pelo Mm° Juiz do Tribunal Administrativo e que não era posta em causa:

"Aos 5 de Março de 2002 a recorrente apresentou junto da DST uma declaração manifestando o seu interesse no processo de selecção para participação no programa "Excursão a Macau".

Aos 29 de Agosto de 2002 a recorrente foi notificada da aprovação do seu pedido de participação no programa "Excursão a Macau" e que ela foi autorizada para a recepção dos turistas residentes do interior da China. De acordo com a Administração Nacional de Turismo da China (CNTA) e da DST da RAEM, as agências de viagens de Macau só podem fornecer às 528 agências de viagens chinesas autorizadas para a organização de excursões a Hong Kong e Macau o serviço de recepção a turistas residentes do interior da China.

Aos 9 de Setembro de 2002 a recorrente apresentou à DST o termo de aceitação da participação no respectivo programa, declarando que concorda observar as regras constantes no Mecanismo de Gestão das Agências de Viagens de Macau admitidas no Programa "Excursão a

Macau" (cujo teor se considera integralmente transcrito neste documento). Entre essas regras, está fixado que "só é permitida a organização das "Excursões a Macau" às agências de viagens de Macau seleccionadas na lista do programa "Excursão a Macau", e sendo necessário celebrar contrato com as agências de viagens do interior da China devidamente autorizadas; e as agências de viagens de Macau deverão entregar à DST cópia dos contratos celebrados com as agências de viagens do interior da China".

Caso seja verificada a infracção por parte das agências de viagens incluídas na respectiva lista, será cancelado o seu direito na participação no Program "Excursão a Macau", nos termos das seguintes situações:

- Pela utilização de Guia Turístico não licenciado, será cancelado o direito de participação pelo período de dois anos.
- 1) Pelo exercício de actividade, por lei, vedada às agências e/ou
- 2) Por infracção às normas deontológicas, caso o guia infractor esteja ao serviço da agência, (designadamente, se induzir os turistas a entrar nos casinos e outros recintos de jogos, ou efectuar compras em estabelecimentos certos e determinados), será cancelada a participação por dois anos, se num período de doze

meses a contar da punição por qualquer uma destas infracções, a agência voltar a cometer uma destas infracções.

Aos 13 de Novembro de 2002 o Director dos Serviços de Turismo enviou à recorrente o ofício n°4739/GAD/2002, solicitando a entrega de cópia dos contratos de colaboração celebrados no âmbito de organização de excursões a Macau com as agências de viagens do interior da China.

Aos 9 de Outubro de 2007 o Director dos Serviços de Turismo enviou à recorrente o ofício n°0705974/DL/2007, solicitando a apresentação de cópia dos contratos de colaboração actualizados, celebrados no âmbito de organização de excursões a Macau com as agências de viagens do interior da China.

Aos 11 de Outubro de 2007 a recorrente teve conhecimento da notificação acima mencionada.

O Director dos Serviços de Turismo enviou à recorrente o ofício n.º0707359/DLI/2007, informando a recorrente que foi cancelado o seu direito na participação no programa "Excursão a Macau"; (cfr., fls. 127 a 129-v).

Seguidamente, em termos de fundamentação, consignou-se:

"Como se viu, com a sentença objecto do presente recurso, decidiu-se anular o acto administrativo praticado pelo ora Recorrente.

O acto administrativo em questão, corporizado no ofício n° 0707359/DLI/2007 indicado na "matéria de facto", tem o seguinte teor:

"Relativamente ao assunto em epígrafe — Cancelamento do direito de participação no programa "Excursão a Macau" —, informamos que em virtude do incumprimento dos requisitos do Mecanismo de Gestão das Agências de Viagens de Macau admitidas no Programa "Excursão a Macau", nomeadamente no que diz respeito à entrega da cópia do contrato celebrado com a agência de viagens do Interior da China denominado "Shen Zhen Workers Intenational Travel Service" e facto de não terem seguido rigorosamente as actividades constantes do itinerário, é retirado à agência de viagens "Agência de Viagens e Turismo A, Limitada" o direito de participação nomencionado programa."

Apreciando tal decisão, em sede do recurso contencioso então interposto, entendeu o Mm° Juiz que possuindo a ora recorrida autorização para o exercício da "actividade de agências de viagens", concedida nos termos do art. 13° e seguintes do D.L. n° 48/98/M, (diploma que regula a actividade das agências de viagens e o exercício das profissões de guia turístico e de transferista; cfr., art. 1°), à mesma

estava reconhecido o direito à prática das "actividades próprias" das ditas agências enunciadas no art. 3° do D.L. n° 48/98/M, de entre as quais, a de "organização e venda de viagens turísticas" e de "recepção, transferência e assistência a turistas"; (cfr., n° 1, al. b) e f)).

Daí, e considerando que tanto o "Programa de Excursão a Macau", como o "Mecanismo de Gestão das Agências de Viagens de Macau admitidas no Programa "Excursão de Macau" não foram instituídos por via legislativa", "tratando-se de meros acordos de cooperação interna entre as administrações da China e de Macau", entendeu que ao ora recorrente não assistia o direito de introduzir, com base nestes acordos, restrições à actividade da ora recorrida.

Assim, dando por verificado o vício de erro na aplicação da lei, a decisão de anulação da decisão do ora Recorrente.

Insurgindo-se contra o assim entendido e decidido, considera o ora Recorrente que a decisão em causa "não deu como assentes ou provados os factos alegados pela ora recorrente, nos artigos 14, 21, 22, 33, 34, 43, 44, 46, 54, 55 a 61 da sua contestação, mostrando-se tais factos pertinentes para dirimir a questão em apreço", considerando assim "indispensável a ampliação da matéria de facto", e, nesta conformidade, que se devia dar por verificada uma situação de "venire"

contra factum proprium" por parte da ora recorrida.

Sem quebra do muito respeito por opinião em sentido diverso, não nos parece adequada a solução a que chegou o Mm° Juiz a quo, afigurando-se-nos também que necessidade não há de se ampliar a matéria de facto, e que o ponto chave para a resolução do presente litígio é outro.

Com efeito, cremos que a decisão administrativa em causa limitou-se a excluir a ora recorrida de um programa instituído pelo ora Recorrente, no qual aquela pediu para ser admitida, não nos parecendo que com a dita decisão se tenha alterado a capacidade empresarial que a mesma recorrida detinha antes de aderir ao mencionado programa e que lhe advinha da autorização para o exercício da actividade de agência de viagens.

Na verdade, tendo sido o ora Recorrente a entidade que autorizou a ora recorrida a participar no identificado programa, afigura-se-nos lógico e natural que à mesma caiba o poder de, face a determinadas circunstâncias, retirar aquela do mesmo programa.

In casu, verifica-se que a recorrida não acatou as solicitações que lhe foram feitas pelo Recorrente, e que tinham como finalidade verificar apenas se o programa instituído estava a decorrer dentro dos seus

pressupostos.

E nesta conformidade, não se tratando, como já se referiu, de nenhuma proibição do exercício da actividade de agência de viagens, motivos não vemos para se concluir que a decisão administrativa encerra o vício de erro na aplicação da lei, fundamento com o qual se decidiu pela sua anulação.

Dest'arte, não é de manter a decisão recorrida.

Visto que no âmbito do recurso contencioso interposto para o Tribunal Administrativo invocou a então recorrente vícios que naquele não foram apreciados, e não se estando perante uma situação como a prevista no art. 159° do C.J.A.C., devem os autos voltar àquele Tribunal para nova apreciação."

— Perante o exposto, poder-se-à concluir que nulo é o acordão por esta Instância proferido por "falta de fundamentação"?

Mostra-se-nos que apenas de sentido negativo pode ser a resposta.

De facto, pode-se não concordar com a fundamentação exposta – sendo este (obviamente) um direito que à requerente assiste – mas

considerar-se que a decisão em causa não está fundamentada é não querer ver o que é evidente, afigurando-se-nos mesmo que só por manifesto equívoco se poderá assumir tal entendimento, mais nada nos parecendo de acrescentar sobre o ponto em questão.

— Quanto à assacada "contradição", afirma a requerente que a mesma existe "Porquanto se afirma que houve efectivamente uma perda de um direito e, ao mesmo tempo, que afinal não houve perda nenhuma.".

Ora, ou não se leu o que se escreveu no referido acordão, ou então, não se compreendeu.

O que se disse no acordão em causa, (e agora, volta-se a afirmar), é que a decisão da entidade administrativa de retirar a ora requerente do programa "Excursão a Macau", (que a mesma aderiu por vontade própria), em virtude da sua inobservância das condições nele estipuladas, não encerra nenhuma violação da lei, pois que a mesma requerente mantém exactamente os mesmos direitos que detinha antes de aderir ao dito "programa", ou seja, continua com o reconhecido direito à prática da actividade própria de uma "agência de viagens".

É certo, que deixou de poder participar no mencionado programa, mas não deixa de ser também certo que continua a poder exercer a sua actividade de agência de viagens, tal como o fazia antes de aderir ao mesmo programa.

Será este entendimento "contraditório"?

Quanto a nós, e para além da contradição na afirmação da "falta de fundamentação e simultânea contradição da fundamentação de facto e decisão", pois que se inexiste fundamentação, não se vê como é que pode haver contradição com uma coisa que não existe, nenhuma outra contradição se vislumbra, sendo assim de se confirmar o acordão proferido.

Decisão

3. Nos termos e fundamentos expostos, acordam negar provimento ao pedido deduzido.

Pagará a requerente a taxa de justiça de 6 UCs.

Macau, aos 2 de Abril de 2009

José M. Dias Azedo

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong