

Processo nº 897/2009

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

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

Relatório

1. Por despacho do EXMO DIRECTOR DOS SERVIÇOS DE TURISMO de 24.07.2008, decidiu-se aplicar a A (XXX) com os sinais dos autos, a multa de MOP\$60,000.00, determinando-se também o imediato encerramento do (que foi considerado) “estabelecimento hoteleiro” pelo mesmo explorado; (cfr., fls. 232 do P.A. em apenso).

*

Posteriormente, por sentença de 24.06.2009, pelo Mmº Juiz do

Tribunal Administrativo proferida em sede do recurso contencioso do assim decidido, foi anulado o referido acto administrativo; (cfr., fls. 81 a 83-v).

*

Inconformada com a dita sentença, traz a entidade administrativa o presente recurso, onde, nas suas alegações, formula as conclusões seguintes:

- “1. *Com base numa interpretação errónea dos art.ºs 3.º e 5.º do DL 16/96/M, o ilustre Tribunal a quo errou no julgamento;*
2. *Atentos os factos dados por provados e ao reconhecimento pelo TA de que "há provas suficientes para comprovar que o estabelecimento se destina à prestação de alojamento de curta duração", este deveria ter sido subsumido ao disposto no art.º 3.º do DL 16/96/M;*
3. *Porém, o ilustre TA não subsume os factos ao artº 3.º do DL 16/96/M por considerar que "como envolve no caso uma só fracção autónoma, é de opinião deste Tribunal que essa actividade se trata de "alojamento em casa particular", o que não está*

vinculado pelo DL 16/96/M”;

4. *O supra critério operativo, de mera quantidade das fracções, utilizado na sentença recorrida é inadequado e não tem na letra da lei um mínimo de correspondência verbal deixando entrever o entendimento de que se, porventura, estivessem em causa, mais do que uma fracção, então o alojamento, aí prestado, estaria vinculado pelo DL 16/96/M;*
5. *Não pode "ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso" (n.º 2 do art.º 8.º do Código Civil);*
6. *E "na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados" (cfr. n.º 3 do art.º 8.º do Código Civil);*
7. *Não vinga, igualmente, a interpretação do Juiz a quo no sentido de, contrariamente ao regime revogado (Decreto-Lei n.º 30/85/M), o DL 16/96/M exclui da sua regulamentação os estabelecimentos hoteleiros em casa particulares;*
8. *A interpretação da lei deve "(...) reconstituir a partir dos textos o*

pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada" (cfr. n.º 1 do art.º 8.º do Código Civil);

9. *Assim, atendendo a que o legislador optou por consagrar no DL 16/96/M uma definição de "estabelecimentos hoteleiros" sem incorporar exceções;*
10. *Tendo em conta os valores e interesses a tutelar pelo DL 16/96/M, tais como, impor um mínimo de parâmetros internacionalmente reconhecidos, permitindo oferecer "as melhores condições de alojamento, recriação e satisfação das necessidades e expectativa dos turistas que demandam o Território" (cfr. Preâmbulo do DL 16/96/M) salvaguardando, desta forma, outros valores tais como a segurança, higiene e protecção contra incêndios dos turistas e dos cidadãos da RAEM;*
11. *Considerando que constitui uma realidade inegável, comprovada pelos inúmeros processos sancionatórios e contenciosos e pelas queixas dos vizinhos e cidadãos na DST e nos meios de comunicação social, que existe na RAEM a prestação do serviço de alojamento de turistas em locais não licenciados e sem*

obedecer a quaisquer condições de segurança, higiene e protecção contra incêndios;

- 12. Deverá, portanto, o artigo 3.º do DL 16/96/M ser interpretado de acordo com o n.º 1 do art.º 8.º do Código Civil tendo em conta as circunstâncias supra mencionadas, subsumindo-se, conseqüentemente, os factos provados a esta disposição legal;*
- 13. Por fim, não deverá, igualmente, vingar o argumento do ilustre TA, no sentido de excluir do regime do DL 16/96/M o alojamento prestado pelo ora Recorrido, pelo motivo de não estar incluída no art.º 5.º do DL 16/96/M a classificação de "alojamento em casa particular";*
- 14. O facto do serviço prestado pelo ora Recorrido não se enquadrar em nenhum das classificações previstas no art.º 5.º do DL 16/96/M significa, apenas, que o serviço não satisfaz os requisitos mínimos exigidos, pela legislação, para se poder enquadrar numa destas categorias ou grupos e não deverá ser considerado, como fez o Tribunal a quo, um requisito de aplicação do 16/96/M;*
- 15. A DST procedeu a um correcto enquadramento jurídico dos factos e o acto administrativo praticado teve por base a aplicação correcta da lei;*

16. *E, por essa razão, o acto administrativo praticado pela ora Recorrida é legal e válido;*
17. *A entidade Recorrida, 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.”;*
(cfr., fls. 87 a 94).

*

Sem contra-alegações, vieram os autos a esta Instância, onde, em sede de vista, juntou o Exm^o Representante do Ministério Público o seguinte Parecer:

“Não se nos afigura que a douta sentença sob escrutínio se encontre eivada de qualquer vício, designadamente de erro de julgamento por incorrecta interpretação dos art^{os} 3^o e 5^o do Dec Lei 16/96/M de 1/4, conforme assacado pela entidade recorrente.

Compreendendo perfeitamente as preocupações desta relativamente às necessidades de controle de licenciamento e inspecção dos estabelecimentos em que são prestados serviços semelhantes aos aqui em questão, 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-à, porém, que tal necessidade não pode ser usada como argumento tendente a afirmar a existência de disposições legislativas reguladoras da actividade, ou, melhor dizendo, definir, "a priori", esta como subsumível às disposições legislativas existentes.

É certo atribuir o Dec Lei 16/96/M à DST a competência para licenciar e inspeccionar os estabelecimentos hoteleiros, estatutando-se no seu artº 30º que "os estabelecimentos hoteleiros e similares só podem abrir ao público após a emissão da respectiva licença ", sendo tais estabelecimentos definidos (artº 3º) como aqueles que "proporcionam ao público alojamento mediante pagamento, com ou sem fornecimento de refeições e outros serviços complementares ", podendo, nos termos do artº 50, tratar-se de hotéis, hotéis-apartamentos, complexos turísticos ou pensões, depreendendo-se que a actividade de hotelaria não se reduz à mera cedência da fruição de um espaço para alojamento, como na figura do arrendamento.

Encontramo-nos de acordo com a recorrente no sentido de não ser o critério operativo da mera quantidade de fracções exploradas, isto é, a

existência de um maior ou menor número de casos similares respeitantes a qualquer responsável que determina, por si, uma diferente caracterização da situação ou actividade.

O que importa - como, de resto, bem se acentua no acórdão deste Tribunal de 10/7/08, no âmbito do proc. 672/2007 - é apurar, através da factualidade relevante, se a actividade do visado é efectivamente de "hotelaria", não se reconduzindo a mera cedência de fruição de um espaço para fins de alojamento, a poder configurar mero contrato de locação, enquanto gozo temporário de uma coisa mediante retribuição – artº 969º, CC, por forma a poder ser abrangida pela disciplina e regulamentação, designadamente dos artºs 3º e 5º do Dec Lei 16/96IM.

Para esse apuramento o que conta é a efectiva actividade desenvolvida pelo visado em cada uma das fracções em questão : se se trata de mera locação em qualquer delas, não é a mera soma ou acumulação dessas fracções (nas mesmas condições) que relevará determinadamente para a "mudança" do tipo de actividade exercida.

Ora, da matéria de facto dada como comprovada resulta apenas que, reconhecendo-se embora existirem comprovativos suficientes de que a fracção se não destinava apenas à actividade de "arrendamento civil normal", mas sim à prestação de alojamento de curta duração, já que a

mesma foi transformada em 3 quartos, com quarto de banho privativo, um dos quais cedido, por locação, a B, encontrando-se tais quartos apetrechados com mobiliário simples, com cama e televisão, transparece da situação que a matéria apurada se revela manifestamente insuficiente para a criação da convicção de que a actividade prosseguida pelo aqui recorrido integrava actividade hoteleira abrangida pelo diploma em causa, com enquadramento na definição de "estabelecimento hoteleiro", tal como estipulado por lei e previsto designadamente, pelo Dec Lei 16/96/M e Portaria 83/96/M.

Daí que, apreciando-se embora o esforço da recorrente na tentativa de subsunção da situação ao preceituado no artº 30 do Dec Lei 16/96/M, por apelo às regras interpretativas consignadas no artº 8º Cód Civil, se não veja como válidamente efectuar tal subsunção inexistindo matéria de facto que permita integrar a actividade detectada como "actividade hoteleira", sendo que a aplicação de sanções, ainda que administrativas, se não compadece com "aproximações", quando, como é o caso, a situação em concreto se não pode subsumir a qualquer preceito sancionador.

Donde, entendermos ser de manter o decidido, não merecendo provimento o presente recurso.”; (cfr., fls. 118 a 121).

*

Nada parecendo obstar, cumpre conhecer.

Fundamentação

Dos factos

2. Pelo Mm^o Juiz do Tribunal Administrativo foram dados como provados os factos seguintes:

*“Em 6 de Agosto de 2006, ao praticar actividades anti-crime na Rua de Cantão e Rua de Pequim, os guardas do CPSP descobriram que o apartamento sito na Rua XXX, Edf. XXX, XXX andar XXX era modificado em 3 suites, dos quais 1 foi alugado por **B** (XXX).*

Ao mesmo dia, a polícia elaborou o auto de notícia n.º 50/A/2006-P.º.225.48 (fls. 8 dos anexos dos autos, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido).

Em 9 de Agosto de 2006, o CPSP remeteu o auto de notícia e os dados acima referidos à Direcção dos Serviços de Turismo.

Em 16 de Agosto de 2006, o instrutor da Direcção dos Serviços de Turismo apresentou a informação n.º 16/DI/2006 (fls. 13 a 17 dos anexos dos autos, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido), promovendo que instaurasse procedimento administrativo ao proprietário do respectivo apartamento e notificasse através do edital.

Em 22 do mesmo mês, o Director da Direcção dos Serviços de Turismo proferiu despacho, concordando com a proposta supracitada.

Em 28 do mesmo mês, o subdirector da Direcção dos Serviços de Turismo emitiu a notificação n.º 105/2006, referindo que por não poder notificar pessoalmente, só notificasse através do edital o proprietário do apartamento supracitado da decisão de instauração do procedimento administrativo em causa (fls. 33 dos anexos dos autos, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido).

Em 30 do mesmo mês, o subdirector da Direcção dos Serviços de Turismo emitiu a notificação n.º 112/2006 (fls. 45 dos anexos dos autos, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido), notificando o proprietário do respectivo apartamento C (XXX) da decisão de instauração do procedimento administrativo em causa, podendo este apresentar audiência escrita até 10 dias a contar de 4 de Setembro de 2006.

Em 11 de Setembro de 2006, A (XXX) prestou à Direcção dos Serviços de Turismo declaração (fls. 49 dos anexos dos autos, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido), alegando que tinha locado o apartamento supracitado desde 1 de Abril de 2005. O recorrente também declara que o arrendamento do apartamento em causa a outrem é apenas actividade de arrendamento civil normal.

Ao mesmo dia, C (XXX), através do seu advogado, prestou declaração à Direcção dos Serviços de Turismo (fls. 66A a 67 dos anexos dos autos, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido), alegando que tinha arrendado o respectivo apartamento a A (XXX) a partir de 1 de Abril de 2005.

Em 4 de Junho de 2007, o instrutor da Direcção dos Serviços de Turismo apresentou a informação n.º 30/DI/2007 (fls. 133 a 139 dos anexos dos autos, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido), promovendo que notificasse A (XXX) para, querendo, prestar audiência escrita até 10 dias a contar da publicação da notificação.

Em 8 do mesmo mês, o subdirector da Direcção dos Serviços de Turismo proferiu despacho de assentimento na aludida informação.

Em 2 de Julho de 2008, o instrutor da Direcção dos Serviços de Turismo apresentou a informação n.º 254/DI/2008, promovendo que

intentasse acusação contra o recorrente, e este pode prestar defesa escrita até 5 dias a contar do recebimento da notificação (fls. 211 a 214 dos anexos dos autos, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido).

Em 3 de Julho de 2008, o Director da Direcção dos Serviços de Turismo proferiu despacho de assentimento na aludida informação, emitindo ao mesmo dia a notificação n.º 63.1/2008 (fls. 217 dos anexos dos autos, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido).

O recorrente não prestou defesa escrita no prazo indicado.

Em 16 de Julho de 2008, o instrutor da Direcção dos Serviços de Turismo apresentou a informação n.º 340/DI/2008, promovendo que aplicasse ao recorrente multa de MOP\$60.000,00 e encerramento imediato do estabelecimento em causa (fls. 229 a 232 dos anexos dos autos, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido).

Em 24 de Julho de 2008, o Director da Direcção dos Serviços de Turismo proferiu despacho na informação acima referida:

Concordo. Proceda-se em conformidade.”;(cfr., fls. 79 a 83 e 108 a 111).

Do direito

3. Vem interposto recurso da sentença pelo Mm^o Juiz do T.A. proferida com a qual se anulou o acto administrativo pelo Exm^o Director dos Serviços de Turismo praticado em 24.07.2008, onde, e em síntese, se considerou que A explorava um “estabelecimento hoteleiro” na Rua XXX, Edif. “XXX”, XXX andar-XXX.

Na referida sentença, e ponderando na factualidade dada como provada e atrás transcrita, decidiu-se que com o referido acto administrativo se incorreu em erro na aplicação da Lei – art. 3.^o e 5.^o do D.L. n.^o 16/96/M – decidindo-se assim pela sua anulação, pois que se considerou que o então recorrente não explorava um “estabelecimento hoteleiro”; (cfr., fls. 79 a 83 e 111 a 116).

Cremos que se impõe confirmar a sentença proferida e ora recorrida.

Com efeito, e tal como se salienta no douto Parecer do Exm^o Representante do Ministério Público, questão idêntica já foi por este T.S.I. apreciada em sede dos autos de recurso n.^o 672/2007, tendo-se aí entendido, nuclearmente, que provando-se tão só o mero aluguer de

quartos em habitação particular, inviável é qualificar-se tal factualidade como “actividade hoteleira” para efeitos do previsto no D.L. n.º16/96/M; (cfr., Ac. de 10.07.2008).

E, independentemente do demais, há que referir que idêntica é a situação nos presentes autos, pelo que, como se adiantou, à vista está a solução.

Vejamos.

Sob a epígrafe “Definição de estabelecimento hoteleiro”, preceitua o art. 3.º do mencionado D.L. n.º16/96/M que:

“Para efeitos do presente diploma consideram-se estabelecimentos hoteleiros os que se destinam a proporcionar ao público alojamento, mediante pagamento, com ou sem fornecimento de refeições e outros serviços complementares.”

E tal como se entendeu no já citado veredicto deste T.S.I de 10.07.2008, depreende-se do assim estatuído 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”.

De facto, (e mesmo pondo de parte o “fornecimento de refeições”), afigura-se-nos que uma “actividade hoteleira”, ou melhor, para se poder qualificar uma situação como a dos autos como “exploração de estabelecimento hoteleiro”, necessário seria que provado estivesse, (no mínimo), que às “suites” fosse prestado serviço de manutenção e limpeza, (v.g., a troca de roupa de cama), que nos parece comum àquele tipo de actividade.

Ora, na situação dos autos, provado está apenas que o “XXX andar XXX foi modificado em suites das quais uma encontrava-se alugada”.

Dest’arte, e não nos parecendo que a factualidade apurada permite a conclusão de que na fracção autónoma em causa nos presentes autos se desenvolvia uma actividade de “exploração de estabelecimento hoteleiro”, há que julgar improcedente o presente recurso.

Decisão

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

Sem custas, por delas estar a entidade recorrente isenta.

Macau, aos 4 de Fevereiro de 2010

José M. Dias Azedo

João A. G. Gil de Oliveira

Chan Kuong Seng

(vencido, nos termos vertidos na declaração de voto junta em texto bilingue)

(本人對此裁判書投了反對票，原因已詳述於隨附之雙語版投票聲明內)。

就中級法院第 897/2009 號案 2010 年 2 月 4 日合議庭裁判書
的
投 票 聲 明

本人作為第一助審法官，對上述裁判書不表贊同，理由如下：

本人經檢視卷宗後，得知：

一、 旅遊局局長認定 A 確實在事先未有申請行政許可下，在私人住宅經營公寓業務，因此根據 4 月 1 日第 16/96/M 號法令第 67 條第 1 款、第 2 款 b 項和第 3 款的規定，對其科處澳門幣六萬元罰金和下令立即關閉公寓；

二、 A 遂向行政法院提起司法上訴，力指該處罰行為患有形式瑕疵（因完全欠缺理由說明所致）、事實前提錯誤和法律前提錯誤，故請求法院撤銷之；

三、 最後，行政法院僅對法律前提錯誤的瑕疵問題作出審理，認為由於第 16/96/M 號法令就酒店場所而定下的法律監管制度並不適用於 A 所經營的民宿或類似住宅式旅舍，所以上述行政決定確實在處罰的法律前提上出錯，故決定撤銷之（詳見有關判決的如下內容：

「……

根據第 16/96/M 號法令第 3 條的規定，酒店場所是指透過收費方式向公眾提供住宿，並提供或不提供膳食及其他輔助服務之場所。

根據《民法典》第 969 條及第 970 條的規定，都市不動產租賃是

指一方負有義務將不動產給予另一方暫時使用，以收取回報之合同。

從上述的法律定義中，很難區分都市不動產租賃和經營酒店場所。

傳統上，不動產租賃期限較長，租客流動性較少，故此，租金是按月計算（《民法典》第 1033 條第 1 款的規定）。而酒店場所則租住期限較短，客人流動性較大，故一般以日計算租金。

然而，隨著社會的發展，單憑上述標準區分都市不動產租賃和經營酒店場所是不準確的。

眾所周知，酒店場所亦可類似都市不動產租賃般。向客人提供一些長期的住宿服務，例如長期包房和酒店式公寓等，而租金也同樣可以月為計算單位。

在都市不動產租賃方面，雖然是以月作為計算租金單位，但立法者並沒有制定最短期限。換言之，在合同自由原則下，雙方可自由設定有關租賃期限，低至一日。

此外，立法者也沒有禁止房東向租客提供類似酒店場所的服務，例如提供膳食和清潔。

在對酒店場所的定義，第 16/96/M 號法令基本上延續了第 30/85/M 號法令的有關規定。

然而，根據第 30/85/M 號法令第 1 條第 2 款 b)項的規定，私人住宅以穩定的方式向不超過 3 名住客提供住宿不視為酒店場所。

在第 16/96/M 號法令裡並沒有同樣的規定。

這是否意味著立法者將有關情況也納入酒店場所規管的範圍內？

本院認為答案應該是否定的。

第 16/96/M 號法令所規範的是經營酒店場所和同類場所的活動，而非上指的『民宿』。這點，從立法者對酒店場所的分類（第 16/96/M 號法令第 5 條）中可得到論證，因在有關分類並沒有提及『民宿』這種情況，從而可見立法者未有考慮將『民宿』納入有關規管範圍內。

大部份旅遊國家和地區都容許或默許『民宿』的存在，因為一方面可以舒緩酒店客房不足的情況，另一方面容許旅客可以選擇較便宜的住宿。

考慮到這種活動和經營酒店場所相類似，不少國家和地區均制定相應的法律以規範有關活動的經營，例如從住宿人數上做出適當的限制，以保障住客的安全和衛生等。

在本個案中，雖然上訴人將承租的單位轉租給他人作短期住宿之用，但由於只涉及一個獨立單位，本院認為其情況並不受第 16/96/M 號法令規管，屬上述之“住宅式民宿”。

本澳現階段並沒有專門法律規範有關活動，因此，在合法性原則下，上訴人不可因此而被處罰。

基於此，被訴行為存有錯誤適用法律的瑕疵，應予撤銷。

雖然不能對上訴人進行『民宿』或類似住宅式旅舍活動（非單純民事的不動產租賃）作出處罰，並不表示其所進行的活動為合法。

在謀求公共利益和保護居民權益的原則下，行政當局倘發現一些違反公共利益或侵犯居民利益的活動（例如影響公共衛生、危害住客安全或安寧、存有火災隱患等），而有關活動卻仍未受法律監管，其有權（亦是其義務）採取適當措施，制止有關活動，只是不能對有關人士作出處罰。

如上所述，總結如下：

1. 上訴人所進行是『住宅式民宿』活動；
2. 有關活動並不受第 16/96/M 號法令監管，因不屬經營酒店或同類場所的範疇；
3. 現階段本澳並沒有專門法律規範上述活動；
4. 行政處罰適用刑法的基本原則，因此在「罪刑法定」和「合法性」原則下，當沒有法律明確規定上述行為可被處罰時，不能對上訴人作出處罰。
5. 行政當局在謀求公共利益和保護居民權益的原則下，倘發現一些違反公共利益或侵犯居民利益的活動，而有關活動卻仍未受法律監管，其有權（亦是其義務）採取適當措施，制止有關活動；
6. 本案的被訴行為存有錯誤適用法律之瑕疵，因而被撤銷。
7. 即使法律沒有規範『住宅式民宿』之活動，然而，為確保大廈的公共衛生，保障住客的安全或安寧不受到侵害，以及避免火災隱患等不良影響，上訴人不應該繼續進行有關活動。

*

無需審理其他上訴理由。

*

綜合所述，判處上訴人勝訴，繼而撤銷被訴行為。」)；

四、 旅遊局局長不服，向本中級法院提起上訴，以求廢止一審判決，為此力指原審法院在法律審上出錯，因認為與原審法官所下的法律結論相反，在針對私人住宅的旅舍住宿活動之法律監管上，並無任何法律真空。

本人認為，原審法院在澳門《行政訴訟法典》第 74 條第 3 款 b 項的規定下，選對了審理問題的順序。因為倘有關法律前提錯誤的瑕疵獲裁定為成立，則 A 與旅遊局局長之間的爭議便可永久地得到解決(這是因為如真的並無法律規定 A 的行為屬可處罰的違法行為，行政實體便永遠不得懲處或不得重新懲處此人)，而毋須再對形式瑕疵和事實前提錯誤這另兩個瑕疵問題作出探究。

的確，法院如可立即得出有關第 16/96/M 號法令的監管制度並不適用於涉及在私人住宅內提供旅舍式住宿服務或經營公寓的活動之結論，便不須考究旅遊局局長在決定懲處 A 時所實質主張的事實是否構成涉及在私人住宅經營公寓的活動，也不用再探究涉案的行政處罰批示是否具備理由說明。

這樣，在本二審上訴程序中，中級法院祇應審理上訴人旅遊局局長唯一提出的上訴問題：究竟是否真的如他所指，在針對涉及於私人住宅經營公寓或提供旅舍式住宿服務的活動之監管上，並不存在法律真空？倘行政實體這上訴問題成立，則不可發生 A 針對涉案行政處罰批示而主張的法律前提錯誤，而行政法院的判決亦會因在法津審上出錯而應被廢止。

故本人認為須就澳門現行法律中涉及上述法律課題的法律條文作出如下分析，以求找出居住租賃與旅舍住宿之間的法律區分準則，從而解決行政實體的上訴。

澳門《民法典》在其第 969 條和續後條文內，對作為常見於日常生活中的其中一種典型合同之租賃行為，作出仔細規範，並定出

相應的候補性規定和若干強制性規定—此理解可見於葡萄牙卓越的法學教授 ANTUNES VARELA 先生所著的 *Das Obrigações em Geral* (債法總論)第一冊(第七版，增訂版，科英布拉，1991 年)第 276 頁內容。

根據第 969 條的法定概念，租賃係指一方負有義務將一物提供予他方暫時享益以收取回報之合同。

租賃以不動產為標的者稱為不動產租賃（見第 970 條），在此情況下，合同應以私人書訂立（見第 1032 條第 1 款）。

倘在合同內未有訂定時，不動產租賃則以一年為存續期（見第 974 條第 1 款）。這意味立約雙方可把不動產租賃期明確定為少於一年或長於一年，但如訂立的租賃期超逾三十年或訂立的合同形同永久租約者，則一概被視為減至三十年（見第 973 條）。

不動產租賃期屆滿後，無任何一方當事人按約定或法律規定之時間及方式提出單方終止者，合同即告續期（見第 1038 條第 1 款）。然而，如從不動產租賃開始至合同期滿或至其續期期滿不足兩年，則出租人無權在期滿時單方終止合同（見第 1038 條第 2 款）。

如屬轉租的情況，承租人向次承租人收取之租金，不得超出或按比例超出原租賃合同所定租金加上百分之二十之數額，但與出租人另有約定者除外（見第 1010 條）。

至於合同的目的，不動產租賃之目的可為居住、經營商業企業、從事自由職業、農務或房地產之其他合法用途（見第 1031 條第 1 款）。

而值得強調的是，第 1029 條第 2 款 a 項所指的「具特別及短期目的之租賃」（例如租賃一住宅以舉行研討會或觀看在屋外舉行的列隊巡遊等），可實質歸入上述條文所容許的「其他合法用途」。

不過，為使這類具特別及短期目的之租賃得以成立，相關的短期目的必須在其書面合同內有所載明—此理解見於葡萄牙著名法學教授 **PIRES DE LIMA** 先生和 **ANTUNES VARELA** 先生就昔日亦在澳門生效的葡萄牙 1966 年《民法典》而合著的 *Código Civil Anotado*（民法典釋義）第二冊（第三版，增訂版，科英布拉出版社，1986 年）第 528、第 533 和第 534 頁內容。這是因為在沒有約定的情況下，承租人可按房地產本身之原定用途使用之（見第 1031 條第 2 款），而倘屬都市房地產，且已發出有關使用准照，則以准照所載者為其用途（見第 1031 條第 3 款）。

由此可見，倘雙方未曾在都市不動產租賃書面合同內訂立任何特別及短期目的，則遵照第 1029 條第 1 款，必須強制適用第 1033 條第 1 款的如下規定：都市不動產租賃的租金係按月計算。

因此，在尤其是以居住為目的之都市不動產租賃中，是不得存在日租或以日數定出租金的情況。故與原審法官所實質主張者相反，以居住為目的之都市不動產租賃的立約雙方可事前訂立的最短租賃期，是不得短過一個月，因為租金正是出租方把物提供予承租方暫時享益的回報（見第 969 條）。

另一方面，澳門《商法典》把旅舍住宿合同規範於其第 798 條和續後條文內。

根據第 798 條，旅舍住宿合同係指，當事人一方有義務向他方

提供連膳食或不連膳食、相當方便舒適之住宿及其他固有服務，以取得回報之合同。

旅舍主有義務接受向其提出預訂房間之請求，但於所提出之入住日並無可供住宿之房間者除外（見第 801 條第 1 款）。

而根據第 802 條（合同存續期）：

一、如無約定，旅舍住宿合同之期間視為以二十四小時為一期，且合同期間除入住日外均於每日中午十二時屆滿。

二、如住客於退房日中午十二時或約定之時間仍未退房，視為將合同續期一日。

三、然而，旅舍主得以房間經已被預定為理由拒絕將合同續期。

如此，從《商法典》上述這些條文可清楚看到，在訂立旅舍住宿合同時，是不會考慮誰是住客，故旅舍主僅在無可供住宿的房間時，才得合法地不接受呈予其的訂房請求（見第 801 條第 1 款），或當房間經已被他人預定時，才可拒絕將合同續期（見第 802 條第 3 款）；但人們在決定是否訂立以居住為目的之不動產租賃合同時，當然必會考慮承租人是誰。

由此正可準確理解（旨在就本澳酒店及同類場所的發牌及稽查工作訂定行政規範之）4 月 1 日第 16/96/M 號法令第 3 條就酒店場所的法律定義的內涵和意義。根據該法律定義：「酒店場所係指透過收費方式向公眾提供住宿，並提供或不提供膳食及其他輔助服務之場所」。

事實上，有別於居住租賃合同，旅舍住宿合同並不考慮誰是住宿者，故是以普羅大眾為立約對象。

另正如上所述兩名出眾的法學教授 **PIRES DE LIMA** 先生和 **ANTUNES VARELA** 先生在上指合著第 623 至第 624 頁內所指出般：

—「以居住為目的而出租的樓宇，原則是供承租人居住。因此，如樓宇被第三者所使用，則發生了轉租或承租人從事酒店活動的情況。任一情況均構成解除租約的理由」（見現今澳門《民法典》第 1034 條 b、e 和 f 項所規定的出租人合法解除租賃合同的理由）；

—然而，「法律容許在原則中存在例外情況。首先，如承租人與其他以共同經濟方式與其生活之人士一同居於承租樓房中，則不把這情況視為對租賃用途的違反，其次是容許承租人可在無任何法律後果下，讓不超過三名之住客住宿於承租樓房內」（見現時澳門《民法典》第 1041 條第 1 款的下列規定：在居住用途之不動產租賃中，除承租人外，得在有關房屋居住之人為 a) 所有以共同經濟方式與承租人一起生活之人；b) 不超過三名之住客，但另有訂定者除外）；

—「因此，基於慈善原因而獲接待住宿且不需付出任何回報者均不屬住宿客人」。

故此，倘雙方在居住租賃合同內未有規定不可在出租樓房內接待客人住宿，則承租人可向最多三名客人提供住宿以換取回報。

正因如此，昔日 4 月 13 日第 30/85/M 號法令所核准的前「酒店業及同類行業之規章」的第 1 條第 2 款 b 項就規定，不把「以穩定方式住有最多三名客人的私人住宅」視為本身規章所規管的酒店場所。

誠然，在後來廢止第 30/85/M 號法令的現行第 16/96/M 號法令中，並無任何類似規定，但這並不意味私人住宅的承租人向多過三名的人士提供旅舍式住宿以換取回報的行為，便不受第 16/96/M 號法令所監管。

因為首先要指出的是，上述有關在以居住為目的之出租樓房內可住三名客人的人數上限之規定，自始至今（包括從該第 16/96/M 號法令開始生效以來）均仍繼續在本澳現行成文法中完全生效—見澳門《民法典》第 1041 條第 1 款 b 項的上述條文，以及與之一模一樣的原載於 8 月 14 日第 12/95/M 號法律所核准的《都市不動產租賃制度》中的第 101 條第 1 款 b 項的規定（這規定後來被核准現行《民法典》的 8 月 3 日第 39/99/M 號法令第 3 條第 3 款 d 項所廢止）。因此，即使在以居住為目的之都市不動產租賃合同中並沒有訂定禁止向客人提供住宿的條款，向多於三名客人提供住宿以換取回報的行為，是可歸納於受第 16/96/M 號法令監管的涉及經營酒店場所的情況。

再者，從第 16/96/M 號法令的序言和條文內容，根本看不到立法者是有任何讓未經行政許可的經營公寓的行為不再受懲罰的用意；反之，從中完全清楚看到立法者是有意重新調整「處罰制度，尤其加重有關衛生及安全方面之處罰」。

事實上，雖然公寓不可被評定為酒店，但作為現行第 16/96/M 號法令所規定的其中一類酒店場所，其經營必須取決於旅遊局的許可和受該局的監察（見第 16/96/M 號法令第 1 條、第 2 條第 1 款、第 3 條、第 5 條第 1 和第 6 款，以及作為其規章的 4 月 1 日第 83/96/M

號訓令第 74 條等聯合規定)。

另須留意的是，這訓令本身並不要求公寓應能提供洗衣及熨燙服務(訓令第 82 條)，但就要求它們應備有提供早餐的服務(訓令第 80 條)，因此凡僅提供住宿和可準備提供早餐服務的公寓，依法可被評定為居所式公寓(訓令第 74 條)。

然而，那些僅提供住宿的公寓，即使在實際上並不提供早餐服務，是不會因此而不受制於第 16/96/M 號法令所定的監管制度的。因為根據其第 3 條的規定，「為本法規之效力，酒店場所係指透過收費方式向公眾提供住宿，並提供或不提供膳食及其他輔助服務之場所」(劃線是經本人加上去的)。

正是基於這酒店場所之法定定義，凡僅提供住宿但無任何輔助服務也無早餐供應的公寓，均毫無疑問地受這法令和相應的訓令所定的規章所監管。

另一方面，所有酒店場所(可以是酒店、公寓式酒店、旅遊綜合體或公寓)，若要成為合法場所及獲正式發給行政執照，「應占整座樓宇或其完全獨立之一部分，其設施構成一個劃一之整體，並具有顧客專用之直接通往各層之通道」(訓令第 1 條)，以及尤其是要符合所有適用的安全措施，特別是防火安全措施的規定(訓令第 3 條第 1 款)。

由此可見，原審法官在其判決書內作出的有關由於祇涉及一個獨立單位，情況並不受第 16/96/M 號法令規管之斷言，是毫無道理的。

這樣，凡欲在本澳經營公寓的自然人或法人，應向旅遊局申請發牌（見第 16/96/M 號法令第 14 條第 1 款），否則將被處以澳門幣六萬元罰金和被下令立即關閉公寓（見此法令第 67 條第 1 款、第 2 款 b 項和第 3 款）。

凡被通知須立即關閉公寓而不在通知後的二十四小時內關閉場所者，須負上違令罪的刑責，並因此得被處以最高一年徒刑，或科以最高一百二十日罰金（見該法令第 68 條第 1 款和澳門《刑法典》第 312 條第 1 款 a 項的聯合規定）。

此外，凡經營非法公寓者亦須就其行為為他人帶來的損害負上民事責任（見第 16/96/M 號法令第 63 條）。這些損害可包括非法公寓所在樓宇的分層建築物所有人，因有關經營非法公寓的行為對樓宇的保安和安寧所帶來的莫大滋擾，而身受的嚴重不安情緒所導致出現的精神損害（見現行《民法典》第 489 條第 1 款的規定）。

而從第 16/96/M 號法令第 14 條和第 88 條的聯合規定，可清楚得知，受罰者應是涉案酒店場所的持有人。這持有人可同時不是樓宇或樓宇單位的所有人。

綜上所述，在針對涉及於私人住宅內提供旅舍式住宿服務的活動之監管上，並沒有任何法律真空。

經於上文審視整套涉及酒店場所的法定監管制度，以及旅舍住宿合同與都市不動產居住租賃合同兩者之間的區分準則後，現得具體斷言旅遊局局長的上訴理由是成立的，因為原審法官在決定發表其有關「民宿」並不受現行法律所監管的法律見解時，確實對第 16/96/M 號法令第 3 和第 5 條的規定，作出了有違《民法典》第 8

條所定下的釋法準則之錯誤解釋。

事實上，原審法官在作出此結論時，並沒有遵從《民法典》第 8 條第 1 款所明示般，在對法律作出解釋時，亦應把澳門法制的整體性這重要釋法元素適當考慮其中。

的確，人們在運用某一法律條文時，理應必然地運用整套法制。

總言之，針對未事先申請行政許可而在私人住宅經營公寓的行為，是適用第 16/96/M 號法令第 67 條第 1 款、第 2 款 b 項和第 3 款所規定的相應處罰，故旅遊局局長的處罰行為並未沾上法律前提錯誤的瑕疵。

然而，這在法律層面的結論並不必然代表行政當局當時針對 A 而作出的處罰決定是有效的行為，因為既然行政法院未曾具體審理此人在司法上訴起訴狀中所指出的其餘兩項瑕疵問題(即形式瑕疵和事實前提錯誤)，中級法院基於《行政訴訟法典》第 159 條第 1 款的精神，是不得在此代替原審法院去對這兩項瑕疵問題作出審判，而應把案件發回原審法院，使其對餘下的瑕疵問題作出審理。

綜上所述，本人認為中級法院理應裁定旅遊局局長的上訴理由成立，從而應：

—廢止行政法院的判決；

—繼而裁定 A 在針對該行政實體的處罰批示而提起的司法上訴的起訴狀中，所主張的法律前提錯誤的瑕疵問題並不成立；

—以及把案件發回行政法院，使其亦對 A 於司法上訴內提出的形式瑕疵和事實前提錯誤這兩個問題作出審理。

由於上訴合議庭在前面的裁判書內並沒有作出這般裁決，本人對該裁判書投下反對票。本人甚至認為根據《行政訴訟法典》第1條所容許援引適用的澳門《民事訴訟法典》第571條第1款d項的規定，該份合議庭裁判根本無效，因為一方面它實質對行政實體在上訴狀內從未提出過亦因此上訴庭不得對之作出審理的事實前提錯誤問題作出了決定，而另一方面它並沒有對這行政實體因應A當初主張的法律前提錯誤而唯一提出的下列上訴問題作出審理：在針對涉及於私人住宅內經營公寓的活動之監管上，是否不存在法律真空？

總言之，上指合議庭多數裁判（亦即有關裁定行政實體當初查明的事實並不容許其斷言在涉案獨立單位內存在經營酒店場所活動之裁判），不單沒有遵守現行訴訟法就中級法院以上訴庭運作時的審判義務和審理權範圍而定下的強制性規定，也不能避免行政實體可甚至在該份多數裁判的論調思路下，透過新的批示，主張「更多其他」事實甚或嗣後發生的事實，以對該名人士再次作出處罰。

第一助審法官

陳廣勝

**DECLARAÇÃO DE VOTO AO
ACÓRDÃO DE 4/2/2010 DO PROCESSO N.º 897/2009 DO
TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA**

Como primeiro juiz-adjunto, não concordo com o douto Acórdão que antecede, por seguintes razões:

Feito o exame dos autos, tomei conhecimento de que:

1) O Senhor Director dos Serviços de Turismo considerou provada a exploração pelo Senhor **A** de pensão em casa particular sem pedido prévio de licenciamento administrativo, e, como tal, o puniu nos termos do art.º 67.º, n.ºs 1, 2, alínea b), e 3, do Decreto-Lei n.º 16/96/M, do Primeiro de Abril, com aplicação de 60 000 patacas de multa e da medida de encerramento imediato da pensão;

2) O Senhor **A** interpôs então recurso contencioso para o Tribunal Administrativo, para pedir a anulação desse acto punitivo com fundamento no vício de forma (por falta absoluta de fundamentação), no erro de pressupostos de facto e no erro de pressupostos de direito;

3) A final, o Mm.º Juiz do Tribunal Administrativo só conheceu do vício de erro nos pressupostos de direito, considerando que como o regime sancionatório de estabelecimentos hoteleiros definido no

Decreto-Lei n.º 16/96/M não era aplicável à actividade de exploração de hospedagem em casa particular ou à actividade análoga à exploração de pensão residencial, desenvolvida pelo Senhor A, o referido acto administrativo errou efectivamente nos pressupostos de direito da punição, e decidiu conseqüentemente em anular essa decisão punitiva (cfr. com mais detalhes, o seguinte conteúdo da sentença em chinês, com tradução portuguesa feita pelo Gabinete do Presidente do Tribunal de Última Instância a fls. 112 a 116 dos autos:

– <<[...]

Nos termos do art.º 3.º do DL n.º 16/96/M, consideram-se estabelecimentos hoteleiros os que se destinam a proporcionar ao público alojamento, mediante pagamento, com ou sem fornecimento de refeições e outros serviços complementares.

Nos termos dos artigos 969.º e 970.º do Código Civil, locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar a outra o gozo temporário de uma propriedade, mediante retribuição.

Das definições jurídicas acima referidas podemos ver que é muito difícil distinguir arrendamento urbano de exploração do estabelecimento hoteleiro.

Tradicionalmente, o arrendamento tem um prazo relativamente longo e os inquilinos têm menos mobilidade, por isso, a renda é mensal (dispostos no art.º 1033.º n.º 1 do Código Civil). E ao contrário, os estabelecimentos hoteleiros têm um prazo de alojamento mais curto e os seus clientes têm mais mobilidade, razão pela qual a renda é diária.

Porém, com o desenvolvimento da sociedade, é inexato distinguir

arrendamento urbano de exploração do estabelecimento hoteleiro segundo apenas os critérios supracitados.

É de conhecimento geral que, similar ao arrendamento urbano, os estabelecimentos hoteleiros também oferecem serviços de hospedagem de longo período, como quarto reservado por longo período e apartamento servido, dos quais a renda também pode ser mensal.

Quanto ao arrendamento urbano, apesar de a renda ser mensal, o legislador não estipula um prazo mínimo, ou por outra, sob o princípio de contrato livre, as duas partes podem estabelecer livremente um período de locação num mínimo até um dia.

Ademais, o legislador também não proíbe o dono fornecer aos inquilinos serviços similares aos de estabelecimento hoteleiro, por exemplo, fornecimento de refeições e limpeza.

Em relação à definição de estabelecimento hoteleiro, o Decreto-Lei n.º 16/96/M continua os dispostos no Decreto-Lei n.º 30/85/M.

Porém, nos termos do art.º 1.º n.º 2 al. b) do DL n.º 30/85/M, são estabelecimentos hoteleiros as casas particulares em que, com carácter estável, residem hóspedes, num máximo de três pessoas.

No Decreto-Lei n.º 16/96/M não existe disposto igual.

Isto significa que o legislador adopta a respectiva situação no âmbito regulador de estabelecimento hoteleiro?

O Tribunal entende que a resposta é negativa.

O Decreto-Lei n.º 16/96/M regula as actividades de exploração de estabelecimento hoteleiro e similar, e não [hospedaria] atrás referida.

Demonstra-se isto na classificação dos estabelecimentos hoteleiros (art.º 5.º do DL n.º 16/96/M), porque na classificação não se menciona a 『hospedaria』, daí se pode constar que o legislador não considerou a inclusão de 『hospedaria』 no âmbito regulador em causa.

A maior parte dos países e regiões de turismo permitem publicamente ou tacitamente a existência de 『hospedaria』, por um lado 『hospedaria』 pode atenuar a condição da falta de quartos no hotel e por outro lado, os turistas podem escolher hospedagens mais baratas.

Tendo em conta que este tipo de actividade é similar à exploração de estabelecimento hoteleiro, vários países e regiões estipulam leis para regular as actividades de exploração em causa, como o estabelecimento dum adequado limite do número dos hóspedes para garantir a segurança e higiene destes.

No presente processo, apesar de o recorrente subalugou o apartamento locado a outrem para alojamento por curto prazo, só um apartamento autónomo é envolvido, este Tribunal entende que a situação não está regulada pelo DL n.º 16/96/M e pertence a “hospedaria de estilo residencial” supracitada.

Na actual fase Macau ainda não tem leis específicas para regular este tipo de actividades, pelo que sob o princípio da legalidade, não deve ser punido o recorrente.

Com base nisso, o acto recorrido tem vício de aplicação incorrecta da lei e deve ser anulado.

Mesmo que não se possa punir o recorrente pelas suas actividades de exploração de 『hospedaria』 ou albergue de estilo residencial (não é puro

arrendamento civil), estas actividades também não são legais.

Sob princípios da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos residentes, se a autoridade administrativa descobre umas actividades que violam o interesse público ou dos residentes (como afectar a saúde pública, prejudicar a segurança e a tranquilidade dos residentes e existir perigos de incêndio), e as respectivas actividades ainda não estão reguladas por lei, a autoridade tem direito (também obrigação) de aplicar medidas adequadas para reprimir tais actividades, só não pode punir os respectivos interessados.

Pelos expostos, chega-se à seguinte conclusão:

1. O recorrente praticou actividades de [hospedaria de estilo residencial];
2. As respectivas actividades não estão reguladas pelo DL n.º 16/96/M, pois não pertencem ao âmbito de exploração de estabelecimentos hoteleiros e similares;
3. Na actual fase Macau não tem leis específicas para regular actividades acima referidas;
4. Os princípios fundamentais do direito penal são aplicáveis na sanção administrativa, pelo que sob princípio da legalidade, quando as leis não estipulam de forma explícita que as actividades acima referidas são puníveis, não se pode punir o recorrente.
5. Sob princípios da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos residentes, se a autoridade administrativa descobre umas actividades que violam o interesse público ou dos residentes, e as respectivas actividades ainda não estão reguladas por

lei, a autoridade tem direito (também obrigação) de aplicar medidas adequadas para reprimir tais actividades;

6. O acto recorrido neste processo tem o vício de aplicação incorrecta da lei, pelo que deve ser anulado.
7. Apesar de a lei não ter regulado actividades de 『hospedaria de estilo residencial』 , para garantir a saúde pública no edifício e a segurança e tranquilidade dos residentes, bem como evitar perigos de incêndio, o recorrente não deve continuar tais actividades.

*

Não é preciso conhecer de outros motivos do recurso.

*

Pelos expostos, o Tribunal julga procedente o recurso e em consequência, o acto recorrido é anulado.>>);

4) Inconformado, recorreu o Senhor Director dos Serviços de Turismo para este Tribunal de Segunda Instância, para pedir a revogação da dita sentença, tendo para o efeito imputado ao Tribunal *a quo* o erro de julgamento de direito, por entender, ao contrário do materialmente concluído pelo Mm.º Juiz *a quo*, não haver qualquer vazio legal a nível da regulamentação sancionatória da actividade de hospedagem em casas particulares.

Ora, realizo que o Tribunal *a quo* escolheu bem a ordem de conhecimento dos vícios à luz do art.º 74.º , n.º 3, alínea b), parte final, do Código de Processo Contencioso Administrativo de Macau (CPAC),

pois se procedesse o vício de erro nos pressupostos de direito, já poderia ficar definitivamente resolvida a controvérsia entre o Senhor A e o Director dos Serviços de Turismo (isto porque se não houvesse lei a prever a punibilidade da conduta do Senhor A como infracção, a Entidade Administrativa nunca poderia punir ou voltar a punir este Senhor), sem ser necessário indagar mais da verificação ou não dos outros dois vícios imputados, quais sejam, o vício de forma e o erro nos pressupostos de facto.

Na verdade, se se pudesse concluir desde logo pela inaplicabilidade do regime sancionatório do Decreto-Lei n.º 16/96/M à actividade de hospedagem em casas particulares ou de exploração de pensão em casas particulares, já não seria mister saber se os factos então materialmente invocados pelo Senhor Director dos Serviços de Turismo na decisão punitiva do Senhor A integrariam, ou não, a actividade de exploração de pensão em casa particular, nem se mostraria necessário saber se o despacho punitivo ora em causa conteria ou não a fundamentação.

Assim, é de conhecer apenas, nesta sede recursória em segundo grau de jurisdição, se procede a única questão agora colocada pelo Recorrente Senhor Director dos Serviços de Turismo, qual seja, a de saber se não há, como ele defende, vazio legal na regulamentação sancionatória da actividade de exploração de pensão em casas particulares ou da hospedagem em casas particulares. E se valesse este

fundamento do recurso dessa Entidade Administrativa, já não se poderia ter por verificado o erro nos pressupostos de direito então assacado pelo Senhor A ao despacho administrativo punitivo, e conseqüentemente deveria ser revogada a sentença do Tribunal Administrativo, por erro de julgamento de direito.

Portanto, entendo indispensável proceder à seguinte análise legislativa do direito actualmente positivado em Macau a propósito da problemática em questão, para encontrar critérios jurídicos de distinção entre o arrendamento para habitação e a hospedagem, com pertinência à solução do recurso da Entidade Administrativa.

O Código Civil de Macau disciplina especificadamente a locação nos seus art.ºs 969.º e seguintes, como um dos contratos típicos vulgarmente surgidos na vida corrente das pessoas, com emissão de correspondentes normas supletivas e algumas normas imperativas – neste sentido, cfr. o Ilustre Professor de Direito **ANTUNES VARELA**, *in Das Obrigações em Geral*, volume I, 7.^a edição, revista e actualizada, Coimbra, 1991, pág. 276.

Trata-se, de acordo com o conceito definido no art.º 969.º, de um contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar a outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição.

A locação diz-se arrendamento quando versa sobre coisa imóvel (art.º 970.º), e neste caso, o contrato é celebrado por escrito particular (art.º 1032.º, n.º 1).

Na falta de estipulação no contrato, o prazo de duração de arrendamento é de um ano (art.º 974.º, n.º 1), o que significa que o prazo da duração de arrendamento pode ser fixado, por estipulação das partes, em período inferior a um ano, ou em período mais longo, mas obrigatoriamente reduzido a 30 anos se o contrato tiver sido celebrado por tempo superior ou como perpétuo (art.º 973.º).

Findo o prazo do arrendamento, o contrato renova-se por períodos sucessivos, se nenhuma das partes o tiver denunciado no tempo e pela forma convencionados ou designados na lei (art.º 1038.º, n.º 1), não gozando, porém, o senhorio do direito de denunciar o contrato para o seu termo ou para o termo das renovações antes do decurso de dois anos sobre o início do arrendamento (art.º 1038.º, n.º 2).

No caso de sublocação, o locatário não pode cobrar do sublocatário renda superior ou proporcionalmente superior ao que é devido pelo contrato de locação, aumentado de vinte por cento, salvo se outra coisa tiver sido convencionada com o locador (art.º 1010.º).

Quanto ao fim do contrato, o arrendamento pode ter como fim a habitação, o exercício de empresa comercial, o exercício de profissão

liberal, a actividade rural, ou outra aplicação lícita do prédio (art.º 1031.º, n.º 1).

É de salientar que à aí permitida “outra aplicação lícita do prédio” são materialmente reconduzíveis os “arrendamentos para fins especiais transitórios” referidos na alínea a) do n.º 2 do art.º 1029.º, que podem ser, por exemplo, casos de se arrendar uma casa para a realização dum congresso, ou para assistir à passagem de um cortejo lá fora, etc..

Mas, para existir este tipo de arrendamentos para fins especiais transitórios, forçoso é sempre que o fim transitório conste do respectivo contrato escrito – neste sentido, segundo os Insignes Professores de Direito **PIRES DE LIMA** e **ANTUNES VARELA**, *in Código Civil Anotado*, volume II, 3.^a edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1986, págs. 528, 533 e 534, a respeito do Código Civil Português de 1966, outrora também vigente em Macau. É que na falta de estipulação, o arrendamento do prédio se destina para o fim a que o mesmo se destina (art.º 1031.º, n.º 2), sendo certo que se o prédio for urbano e houver licença de utilização, o fim é o que resultar da mesma (art.º 1031.º, n.º 3).

Daí que não existindo qualquer estipulação no contrato escrito sobre algum fim especial transitório do arrendamento urbano, é aplicável, por imposição do n.º 1 do art.º 1029.º, a norma do n.º 1 do art.º 1033.º, segundo a qual a renda é mensal no arrendamento urbano.

Portanto, não pode haver renda diária ou renda fixada por dia no arrendamento urbano designadamente para habitação, pelo que, ao contrário do materialmente preconizado pelo Mm.º Juiz *a quo*, o prazo mais curto possível do arrendamento urbano para habitação, como tal previamente fixado pelas partes, não pode ser inferior a um mês, exactamente porque a renda é retribuição do locador pela cessão, ao locatário, do gozo temporário da coisa (art.º 969.º).

Outrossim, o Código Comercial de Macau regula o contrato de hospedagem nos seus art.º 798.º e seguintes.

Segundo o art.º 798.º: Hospedagem é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra alojamento e demais serviços inerentes, com ou sem fornecimento de refeições, em condições de comodidade e conforto adequadas, mediante retribuição.

O hospedeiro é obrigado a aceitar as reservas de alojamento que lhe sejam apresentadas, salvo se nas datas propostas não tiver alojamento disponível (art.º 801.º, n.º 1).

E conforme o art.º 802.º (sobre a duração do contrato):

1. Na falta de estipulação, considera-se que o contrato de hospedagem é celebrado por períodos de 24 horas, que terminarão sempre às 12 horas de cada dia, à excepção do dia de entrada.

2. Se o hóspede não desocupar os aposentos até às 12 horas do dia da saída, ou até à hora convencionada, o contrato considera-se renovado por mais um dia.

3. O hospedeiro pode, contudo, recusar a renovação do contrato com fundamento em reservas anteriores.

Assim, por todas essas disposições do Código Comercial, vê-se nitidamente que a hospedagem é um contrato que se celebra sem se levar em conta quem seja o hóspede, pelo que só é lícito ao hospedeiro não aceitar as reservas de alojamento que lhe sejam apresentadas quando não tiver alojamento disponível (art.º 801.º, n.º 1), ou recusar a renovação do contrato quando já houver reservas anteriores por outrem (art.º 802.º, n.º 3), ao passo que aquando da decisão pela celebração do contrato de arrendamento para habitação, considerar-se-á sempre e naturalmente a pessoa do arrendatário.

É precisamente por aí que se compreende o alcance e sentido da definição legal de estabelecimento hoteleiro, feita no art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 16/96/M, do Primeiro de Abril (diploma este que tem por objecto estabelecer as normas administrativas para o licenciamento e inspecção dos estabelecimentos hoteleiros e similares de Macau), segundo o qual <<consideram-se estabelecimentos hoteleiros os que se destinam a proporcionar ao público alojamento, mediante pagamento, com ou sem fornecimento de refeições e outros serviços complementares>>.

Na verdade, diferentemente do contrato de arrendamento para habitação, o contrato de hospedagem não é *intuitu personae* e como tal é celebrado com o público em geral.

Aliás, tal como já ensinaram os mesmos Distintos Professores **PIRES DE LIMA** e **ANTUNES VARELA**, *ibidem*, págs. 623 a 624:

– <<Os prédios arrendados para habitação destinam-se, em princípio, à habitação do arrendatário. Sendo, conseqüentemente, utilizados por terceiro, ou há um subarrendamento ou o exercício, por parte do arrendatário, da indústria hoteleira. Em qualquer destes casos, há fundamento para a resolução do arrendamento>> (vejam actualmente as situações previstas no art.º 1034.º, alíneas b), e) e f), do Código Civil de Macau, em que é lícito ao senhorio resolver o contrato de arrendamento);

– entretanto, <<a lei admite excepções à rigidez dos princípios. Por um lado, não são considerados como infringindo a afectação do arrendamento as pessoas que vivam com o arrendatário em economia comum; por outro lado, permite-se que este tenha, sem quaisquer conseqüências legais, até três hóspedes>> (vejam presentemente a disposição do n.º 1 do art.º 1041.º do Código Civil de Macau, que determina que nos arrendamentos para habitação podem residir no prédio, além do arrendatário: a) todos os que vivam com ele em economia comum; b) um máximo de três hóspedes, salvo estipulação em contrário);

– <<Não é, conseqüentemente, um hóspede a pessoa que se recebe por caridade e que não paga qualquer retribuição>>.

Do exposto resulta que se no contrato de arrendamento para habitação não se tiver estipulado que não pudesse haver hóspedes no prédio, o arrendatário poderá alojar um máximo de três hóspedes, em troca de retribuição.

Eis a razão por que é que o art.º 1.º, n.º 2, alínea b), do anterior Regulamento da Actividade Hoteleira e Similar, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 30/85/M, de 13 de Abril, não considerava como estabelecimentos de hotelaria, para efeitos do disposto no próprio Regulamento, <<As casas particulares em que, com carácter estável, residam hóspedes num máximo de três pessoas>>.

Entretanto, não existe realmente qualquer disposição análoga no actual Decreto-Lei n.º 16/96/M, ulteriormente revogatório daquele Decreto-Lei n.º 30/85/M. Isto, porém, não pode implicar que o acto de hospedagem praticado pelo arrendatário de uma casa particular a mais de três pessoas em troca de retribuição, já esteja fora do âmbito do regime sancionatório do próprio Decreto-Lei n.º 16/96/M.

É que desde logo, continua a vigorar, em pleno, no vigente direito positivo de Macau (inclusivamente a partir da entrada em vigor deste Decreto-Lei n.º 16/96/M), tal número máximo imperativo de três hóspedes possíveis em casa arrendada para habitação – cfr. a acima já

referida disposição da alínea b) do n.º 1 do art.º 1041.º do Código Civil de Macau, em si homóloga à então norma da alínea b) do n.º 1 do art.º 101.º do Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pela Lei n.º 12/95/M, de 14 de Agosto (norma esta que, por sua vez, já veio entretanto revogada por força da alínea d) do n.º 3 do art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 39/99/M, de 3 de Agosto, aprovador do actual Código Civil). Assim, a hospedagem oferecida a mais de três pessoas em troca de retribuição, mesmo que no contrato de arrendamento urbano para habitação não se tenha estipulado a proibição de hospedagem, é reconduzível à situação de exploração de estabelecimento hoteleiro, sob alçada do regime sancionatório do Decreto-Lei n.º 16/96/M.

Ademais, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 16/96/M e em todo o articulado deste, não se consegue vislumbrar aí minimamente qualquer intenção do seu legislador em deixar de punir condutas de exploração de pensão sem prévio licenciamento administrativo, mas, ao invés, resulta daí completamente muito clara a intenção do legislador em reajustar <<o sistema sancionatório agravando-se nomeadamente as sanções em matérias de higiene e segurança>>.

De facto, se bem que as pensões não possam ser classificadas como hotéis, a exploração delas, como um dos tipos de estabelecimentos hoteleiros previstos no vigente Decreto-Lei n.º 16/96/M, fica sujeita obrigatoriamente ao licenciamento e à inspecção da Direcção dos Serviços de Turismo (cfr. as disposições conjugadas

dos art.º 1.º, art.º 2.º, n.º 1, art.º 3.º, e art.º 5.º, n.ºs 1 e 6, todos do Decreto-Lei n.º 16/96/M, e do art.º 74.º do seu Regulamento, plasmado na Portaria n.º 83/96/M, do Primeiro de Abril).

E nota-se que esta Portaria nem exige que as pensões devam estar habilitadas a prestar serviço de lavandaria e engomadoria (art.º 82.º da Portaria), embora já exija que devam estar preparadas para prestar serviço de pequeno-almoço (art.º 80.º da Portaria), pelo que as pensões que ofereçam apenas alojamento e estejam preparadas para prestar serviço de pequeno-almoço são legalmente classificadas de residenciais (art.º 74.º da Portaria).

Entretanto, mesmo que não ofereçam em concreto o serviço de pequeno-almoço, as pensões que se limitam a oferecer alojamento nem por isso deixam de estar abrangidas pelo regime sancionatório traçado no Decreto-Lei n.º 16/96/M, porquanto por força do seu art.º 3.º, <<Para efeitos do presente diploma, consideram-se estabelecimentos hoteleiros os que se destinam a proporcionar ao público alojamento, mediante pagamento, com ou sem fornecimento de refeições e outros serviços complementares>> (com sublinhado posto agora).

É ante precisamente esta definição legal de estabelecimento hoteleiro que qualquer pensão que se limite a fornecer alojamento sem quaisquer serviços complementares nem de pequeno-almoço estará indubitavelmente sob a alçada sancionatória deste Decreto-Lei e do seu Regulamento definido na correspondente Portaria.

Outrossim, todos os estabelecimentos hoteleiros (que podem ser hotéis, hotéis-apartamentos, complexos turísticos ou pensões), para serem legais e susceptíveis de efectivo licenciamento administrativo, <<devem ocupar a totalidade de um edifício ou uma parte dele completamente independente, constituindo as suas instalações um todo homogéneo, e dispor de acesso directo aos andares para uso exclusivo dos clientes>> (art.º 1.º da Portaria), com observância, designadamente, de todas as medidas de segurança aplicáveis, designadamente contra incêndios (art.º 3.º, n.º 1, da Portaria).

Por aí, aliás, fica demonstrada a sem razão do Mm.º Juiz *a quo* quando este afirmou na sua sentença, que como a situação dos presentes autos apenas respeitava a uma fracção autónoma, a mesma não era susceptível de sancionamento pelo Decreto-Lei n.º 16/96/M.

Por isso, toda a pessoa singular ou colectiva que pretenda explorar em Macau uma pensão deverá requerer o respectivo licenciamento à Direcção dos Serviços de Turismo (art.º 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 16/96/M), sob pena de vir a ser punida com 60 000 patacas de multa e encerramento imediato da pensão (art.º 67.º, n.ºs 1, 2, alínea b), e 3, deste Decreto-Lei).

E quem for notificado para encerramento imediato da sua pensão e não a encerrar nas 24 horas seguintes à notificação, incorrerá em responsabilidade criminal por crime de desobediência, punível com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias (cfr. as

disposições conjugadas do art.º 68.º, n.º 1, do Decreto-Lei, e do art.º 312.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal de Macau).

Além disso, quem explorar pensão ilegal ficará também civilmente responsável por danos advenientes dessa conduta, causados a outrem (art.º 63.º do Decreto-Lei n.º 16/96/M), danos esses que poderão abranger, por exemplo, danos morais causados aos condóminos do edifício onde se instala a pensão ilegal, pela grande inquietação sofrida com a enorme perturbação da segurança e sossego do edifício acarretada pela exploração de pensão ilegal (art.º 489.º, n.º 1, do vigente Código Civil).

E das disposições conjugadas dos art.ºs 14.º e 88.º do Decreto-Lei n.º 16/96/M, resulta evidente que quem deverá ser punido é o titular do estabelecimento hoteleiro em questão, titular esse que pode não ser, ao mesmo tempo, o proprietário do edifício ou da fracção do edifício.

Não há, em suma do expendido, qualquer vazio legal na regulamentação sancionatória da hospedagem em casas particulares.

Vistos acima todo o regime legal sancionatório dos estabelecimentos hoteleiros, e inclusivamente os traços de distinção entre a hospedagem e o arrendamento de prédio urbano para habitação, é de afirmar agora concretamente que procede o recurso do Senhor Director dos Serviços de Turismo, já que o Mm.º Juiz *a quo* fez realmente errada interpretação dos art.ºs 3.º e 5.º do Decreto-Lei n.º

16/96/M, ao arrepio dos cânones de hermenêutica jurídica plasmados no art.º 8.º do vigente Código Civil, ao ter decidido em emitir o entendimento jurídico de que a “hospedagem em casa particular” não era objecto de regulamentação sancionatória legal vigente.

De facto, ao tirar esta conclusão sua, o Mm.º Juiz *a quo* não levou em devida consideração a unidade do sistema jurídico de Macau, como um dos principais factores a ter que ser levado em conta na interpretação da lei, por comando expresso do n.º 1 do art.º 8.º do Código Civil.

Com efeito, quem aplicar uma norma jurídica determinada, terá de aplicar necessariamente todo o sistema jurídico.

Em conclusão, à exploração de pensão em casa particular sem pedido prévio de licenciamento administrativo, é aplicável a punição correspondentemente prevista nos termos expressos do art.º 67.º, n.ºs 1, 2, alínea b), e 3, do Decreto-Lei n.º 16/96/M, pelo que o acto punitivo do Senhor Director dos Serviços de Turismo não padece do vício de erro nos pressupostos de direito.

No entanto, esta conclusão jurídica não conduziria necessariamente à validade certa da decisão punitiva então tomada pela Administração contra o Senhor A, porquanto como o Tribunal Administrativo não chegou a apreciar, em concreto, do mérito dos dois restantes vícios então assacados por este na petição do recurso

contencioso (quais sejam, o vício de forma e o vício de erro nos pressupostos de facto), o Tribunal de Segunda Instância não poderia, por espírito do art.º 159.º, n.º 1, do CPAC, substituir-se agora ao Tribunal *a quo* na decisão desses outros dois vícios, mas sim deveria ordenar a baixa do processo para o Tribunal *a quo* conhecer desses vícios remanescentes.

Por todo o exposto acima, entendo que o Tribunal de Segunda Instância deveria julgar provido o recurso do Senhor Director dos Serviços de Turismo, e, por conseguinte, deveria:

- revogar a sentença do Tribunal Administrativo;
- passar a julgar improcedente o vício de erro nos pressupostos de direito então assacado pelo Senhor **A** na petição do recurso contencioso do despacho punitivo daquela Entidade Administrativa;
- e ordenar a baixa do processo para o Tribunal Administrativo conhecer dos vícios de forma e de erro nos pressupostos de facto, também arguidos pelo Senhor **A** no recurso contencioso.

E como não foi isto que se decidiu no douto Acórdão que antecede, votei-o vencido, até porque se me afigura nulo o mesmo Acórdão nos termos sancionados na alínea d) do n.º 1 do art.º 571.º do Código de Processo Civil de Macau, *ex vi* do art.º 1.º do CPAC, por se ter decidido materialmente, aí, da questão de erro nos pressupostos de facto de que não se pudesse tomar conhecimento, por não ter sido

previamente colocada no recurso da Entidade Administrativa, por um lado, e, por outro, por não se ter decidido da seguinte questão unicamente posta por essa Entidade Administrativa no recurso a propósito do vício de erro nos pressupostos de direito então assacado pelo Senhor A: Inexiste, ou não, vazio legal na regulamentação sancionatória da actividade de exploração de pensão em casa particular?

Em síntese, o julgado maioritário aí feito (no sentido de os factos então apurados pela Entidade Administrativa não permitiram a conclusão de existência de desenvolvimento da actividade de exploração de estabelecimento hoteleiro na fracção autónoma dos autos) não observou as regras cogentes traçadas na actual lei de processo a respeito do dever de decisão e do âmbito do poder de cognição do Tribunal de Segunda Instância enquanto funcionando como tribunal de recurso, nem seria susceptível de evitar a hipótese de a Entidade Administrativa vir, mesmo sob o raciocínio da tese vertida nesse julgado maioritário, punir outra vez tal Senhor em novo despacho a proferir, com invocação de “mais outros” factos ou até factos vindouros.

O primeiro juiz-adjunto,

Chan Kuong Seng