

Recurso nº 666/2008

Data: 25 de Julho de 2013

- Assuntos:
- Falta de fundamentação
 - Insuficiência de fundamentação
 - Erro nos pressupostos de facto
 - Pensão ilegal
 - Actividade hoteleira
 - Falta de licença

SUMÁRIO

1. A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo embora consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas que constituem neste caso parte integral do respectivo acto – nº 1 do artigo 115º do CPA, sem conter obscuridade, contradição, de modo a esclarecer por forma clara e suficiente a motivação do acto, sob pena de o acto ser considerado pela falta de fundamentação.
2. A fundamentação distingue-se dos fundamentos: a fundamentação é um “requisito de forma” e os fundamentos são um “requisito de fundo” ou “requisito substancial”.

3. Para a insuficiência da fundamentação equivaler à falta (absoluta) de fundamentação), é preciso ser manifesta a insuficiência, “no sentido de ser tal que fiquem por determinar os factos ou as considerações que levaram o órgão a agir ou a tomar aquela decisão, ou então, que resulte evidente que o agente não realizou um exame sério e imparcial dos factos e das disposições legais, por não ter tomado em conta interesses necessariamente implicados”.
4. Os pressupostos constituem os requisitos de validade do acto administrativo e são precisamente as circunstâncias, as condições de facto e de direito de que depende o exercício de um poder ou competência legal, a prática de um acto administrativo.
5. Embora na RAEM não tinha na altura legislação como a da Lei nº 3/2010, com os serviços de alojamento que proporcionava ao público, com o pagamento do mesmo por dia, a sua actividade que explorava não pode deixar de integrar na hoteleira, o seu funcionamento careceria a licença prévia, nos termos do DL nº 16/96/M.

O Relator,

Recurso n.º 666/2008

Requerente: A

Requerido: Director dos Serviços de Turismo Subst.º (旅遊局代任局長)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M. :

A solteiro, maior, de nacionalidade XX, residente em Macau, vem interpor recurso contencioso do Despacho proferido pelo Exm.º Director dos Serviços de Turismo Substituto de 28/12/2007, exarado na Proposta n.º 60/DI/2007 de 26/12/2007 (Doc. 1), perante o Tribunal Administrativo, porquanto,

- I. Sobre o recorrente correram, na Direcção dos Serviços de Turismo, entidade ora recorrida, onze processos administrativos, com início no ano de 2003, com identidade de pedido e causa de pedir em relação ao que ora se discute;
- II. As decisões proferidas nesses processos foram alvo de recurso contencioso tendo as sentença arbitradas pelo

Tribunal Administrativo e transitadas em julgado, decidido pela anulação da decisão da entidade ora recorrida;

- III. O acto impugnado enferma de ilegalidades que o tornam inválido e anulável;
- IV. O acto recorrido incorre no vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e de direito e em vício de forma;
- V. A matéria fáctica constante do despacho recorrido não indicia o cometimento da infracção alegada;
- VI. A matéria fáctica constante do despacho recorrido, nomeadamente no Auto, não é suficiente para determinar a aplicação da medida provisória de encerramento imediato do suposto estabelecimento hoteleiro ilegal por 6 meses;
- VII. O acto recorrido limita-se a indicar a disposição legal que considera ter sido violada sem nunca motivar nem descrever os factos onde assenta o comportamento do recorrido bem como as circunstâncias de modo e lugar que lhe permitiram fazer essa mesma qualificação jurídica;
- VIII. A entidade recorrida ao subsumir, sem mais, o comportamento do recorrente no artigo 30º do Decreto Lei 16/96/M de 1 de Abril incorreu no vício de violação de lei, por erro nos pressupostos de facto e de direito;

- IX. Este tipo de arrendamento é muito comum em países ou regiões com elevada percentagem de turistas ou em zonas com população universitária havendo legislação especial para este tipo de arrendamento;
- X. Na RAEM não existe legislação especial que regule esta matéria como tal, dever-se-á aplicar a lei geral sobre a locação prevista no C.C.;
- XI. A actividade do recorrente desenvolve-se dentro dos estritos limites definidos pela lei, nomeadamente, pelas normas que regulam o instituto da locação previsto no artigo 969º e seguintes do Código Civil (C.C.);
- XII. Nas declarações prestadas, e nos contratos celebrados pelo recorrente, tudo indica que de facto estamos perante um contrato de locação de imóveis e não perante a existência de um estabelecimento hoteleiro;
- XIII. A um estabelecimento hoteleiro está inerente um contrato de hospedagem e não um contrato de locação;
- XIV. Nem, o despacho recorrido, invoca factos que permitam qualificar a fracção 2 D como uma pensão ilegal;
- XV. O recorrente, após as sentenças anteriormente proferidas por este tribunal terem decidido pela anulação da decisão tomada pela entidade recorrida ficou confiante que estava a desenvolver a sua actividade nos termos da lei;

- XVI. À medida provisória aplicada não poderia ser dada qualquer publicidade violando-se, ao fazê-lo, o Art. 66º do Decreto-Lei n.º 16/96/M por referência ao Art. 59º;
- XVII. Os factos invocados não integram o disposto no Art. 30º do Decreto-Lei n.º 16/96/M de 1 de Abril, como pretende o despacho recorrido;
- XVIII. A entidade recorrida, ao ordenar o encerramento da fracção considerando tratar-se de uma pensão ilegal, restringe gravemente os direitos do recorrente provocando-lhe prejuízos irreparáveis sem qualquer justificação e sabendo de antemão que o mesmo desenvolve a sua actividade nos termos da lei;
- XIX. Na verdade, uma punição desta gravidade, ainda que provisória, deve sustentar-se em indícios fortes do cometimento da infracção baseado em factos convincentes. O que não existe nos presentes autos;
- XX. A aplicação de uma medida provisória não visa antecipar uma punição mas tão só acautelar que, enquanto o procedimento decorre, nenhuma lesão grave ou de difícil reparação no interesse público se verifique pois existe um justo receio da Administração que tal se venha a suceder.
- XXI. Bem sabe a entidade recorrida que o recorrente com a sua actividade não está a lesionar de forma grave e irreparável

os interesses públicos que estão em jogo no não licenciamento dum estabelecimento hoteleiro;

XXII. A esses interesses públicos está subjacente o desenvolvimento de uma actividade hoteleira e não de um arrendamento. Neste impera a liberdade contratual limitada apenas pelas normas jurídicas respeitantes à locação;

XXIII. A entidade recorrida ao aplicar a medida provisória de encerramento por 6 meses tendo como falso pressuposto a infracção, praticada pelo recorrente, ao Art. 30º Decreto Lei 16/96/M, e não apresentando quaisquer factos que permitam enquadrar a mesma medida na norma do Art. 83º do CPA, incorre no vício de violação de lei, por erro nos pressupostos de fato e de direito;

XXIV. A entidade recorrida ordena a medida provisória de encerramento imediato, baseada na suposta infracção cometida pelo recorrente ao Art. 30º do Decreto Lei 16/96/M sem apresentar qualquer fundamentação para a aplicação da mesma, violando o disposto no Art. 83º do CPA;

XXV. A falta de fundamentação determina a anulabilidade do despacho recorrido por vício de forma.

Pediu por isso que fosse anulado o despacho proferido pelo Exmo Senhor Director dos Serviços de Turismo Substituto que ordenou o encerramento imediato

do estabelecimento, por um período de seis meses e a sua publicidade por o mesmo estar ferido do vício de violação de lei e enfermar também de vício de forma.

O recurso foi julgado improcedente pela sentença do Tribunal Administrativo, e com a mesma sentença não conformou, recorreu o recorrente A para esta Instância, que se alegou:

- I. Sobre o recorrente correram, na Direcção dos Serviços de Turismo, entidade ora recorrida, onze processos administrativos, com início no ano de 2003, com identidade de pedido e causa de pedir em relação ao que ora se discute;
- II. As decisões proferidas nesses processos foram alvo de recurso contencioso tendo as sentenças arbitradas pelo Tribunal Administrativo e transitadas em julgado, decidido pela anulação da decisão da entidade ora recorrida;
- III. O acto impugnado enferma de ilegalidades que o tornam inválido e anulável;
- IV. O acto recorrido incorre no vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e de direito e em vício de forma;
- V. A matéria fáctica constante do despacho recorrido não indicia o cometimento da infracção alegada;

- VI. A matéria fáctica constante do despacho recorrido, nomeadamente no Auto, não é suficiente para determinar a aplicação da medida provisória de encerramento imediato do suposto estabelecimento hoteleiro ilegal por 6 meses;
- VII. O acto recorrido limita-se a indicar a disposição legal que considera ter sido violada sem nunca motivar nem descrever os factos onde assenta o comportamento do recorrido bem como as circunstâncias de modo e lugar que lhe permitiram fazer essa mesma qualificação jurídica;
- VIII. A entidade recorrida não podia subsumir, sem mais, o comportamento do recorrente no artigo 30º do Decreto Lei 16/96/M de 1 de Abril de pois, o Meretíssimo juiz “a quo” entendeu que este regime não se aplicava à actividade do recorrente.
- IX. A entidade recorrida incorreu, assim, no vício de violação de lei, por erro nos pressupostos de facto e de direito;
- X. Na RAEM não existe legislação especial que regule esta matéria, como tal dever-se-á aplicar a lei geral sobre a locação prevista no C.C.;
- XI. A actividade do recorrente desenvolve-se dentro dos estritos limites definidos pela lei, nomeadamente, pelas normas que regulam o instituto da locação previsto no artigo 969º e seguintes do Código Civil (C.C.);

- XII. Tudo nos autos indica que estamos perante um contrato de locação de imóveis e não perante a existência de um estabelecimento hoteleiro;
- XIII. A um estabelecimento hoteleiro está inerente um contrato de hospedagem e não um contrato de locação;
- XIV. O despacho recorrido não invoca factos que permitam qualificar a fracção 2 D como uma pensão ilegal;
- XV. O recorrente, após as sentença anteriormente proferidas pelo Tribunal “a quo” terem decidido pela anulação da decisão tomada pela entidade recorrida ficou convencido que estava a desenvolver a sua actividade nos termos da lei;
- XVI. À medida provisória aplicada não poderia ser dada qualquer publicidade pois não se aplica o regime previsto no Art. 66º do Decreto-Lei n.º 16/96/M por referência ao Art. 59º.
- XVII. Os factos invocados não integram o disposto no Art. 30º do Decreto-Lei n.º 16/96/M de 1 de Abril;
- XVIII. A entidade recorrida, ao ordenar o encerramento da fracção considerando tratar-se de uma pensão ilegal, restringe gravemente os direitos do recorrente provocando-lhe prejuízos irreparáveis sem qualquer justificação e sabendo de antemão que o mesmo desenvolve a sua actividade nos termos da lei;

- XIX. Na verdade, uma punição desta gravidade, ainda que provisória, deve sustentar-se em indícios fortes do cometimento da infracção baseado em factos convincentes. O que não existe nos presentes autos;
- XX. A aplicação de uma medida provisória não visa antecipar uma punição mas tão só acautelar que, enquanto o procedimento decorre, nenhuma lesão grave ou de difícil reparação no interesse público se verifique pois existe um justo receio da Administração que tal se venha a suceder.
- XXI. Bem sabia a entidade recorrida que o recorrente com a sua actividade não está a lesionar de forma grave e irreparável os interesses públicos que estão em jogo no não licenciamento dum estabelecimento hoteleiro;
- XXII. A esses interesses públicos está subjacente o desenvolvimento de uma actividade hoteleira e não de um arrendamento. Neste impera a liberdade contratual limitada apenas pelas normas jurídicas respeitantes à locação;
- XXIII. A entidade recorrida ao aplicar a medida provisória de encerramento por 6 meses tendo como falso pressuposto a infracção, praticada pelo recorrente, ao Art. 30º Decreto Lei 16/96/M, e não apresentando quaisquer factos que permitam enquadrar a mesma medida na norma do Art. 83º do CPA, incorre no vício de violação de lei, por erro nos pressupostos de facto e de direito;

XXIV. A entidade recorrida ordena a medida provisória de encerramento imediato, baseada na suposta infracção cometida pelo recorrente ao Art. 30º do Decreto Lei 16/96/M sem apresentar qualquer fundamentação para a aplicação da mesma, violando o disposto no Art. 83º do CPA;

XXV. A falta de fundamentação determina a anulabilidade do despacho recorrido por vício de forma.

XXVI. O Meritíssimo Juiz “a quo” violou as normas constantes das seguintes disposições legais: Art. 3º, 83º e 115º do C.P.A.; Art. 3º n.º 3 do D-L n.º 52/99/M de 5 de Outubro Art. 571º n.º 1 alínea d) do C.P.C.

Teremos em que a sentença sob censura deverá ser substituída por uma outra que acolha materialmente as conclusões ora formuladas, nomeadamente anular o despacho proferido pelo Ex.mo Senhor Director dos Serviços de Turismo Substituto que ordenou o encerramento imediato do estabelecimento, por um período de seis meses e a sua publicidade por o mesmo estar ferido do vício de violação de lei e enfermar também de vício de forma.

A entidade recorrida respondeu ao recurso que se alegou que:

- I. As sentenças proferidas nos processos n.ºs 271/04-ADM, 272/04-ADM, 273/04-ADM e 288/04/ADM apenas dizem respeito às infracções neles identificadas.
- II. O processo sancionatório instaurado pela DST e que culminou no acto recorrido, diz respeito a factos materialmente novos e diferentes.
- III. O Auto de Notícia não consiste em “meras proposições conclusivas e juízos de valor” nem é omissivo quanto à exposição dos factos pois foi com base no mesmo que a DST instaurou o relatório n.º 249/DI/2007, ordenou a decisão de ordenar o encerramento imediato por 6 meses.
- IV. Também não existe falta de fundamentação do acto recorrido pois o autor do acto remeteu para o Relatório n.º 249/DI/2007 e não para o Auto de Notícia.
- V. A adesão do Director dos Serviços ao Relatório n.º 249/DI/2007 significa que este último passo a fazer parte integrante do acto administrativo recorrido.
- VI. O Relatório n.º 249/DI/2007 explana os factos praticados e também os receios que levaram a DST a ordenar o encerramento imediato, nomeadamente por a fracção não reunir as condições de sanidade, higiene, limpeza e segurança contra incêndios e a sua exploração – nos termos em que estava a ser feita – por em causa a segurança e a tranquilidade dos demais moradores do prédio.

- VII. Se a DST não aplicasse a medida de encerramento por seis meses, era justo o receio de que interesses comunitários vitais, como a saúde e a segurança, pudessem ser gravemente lesados.
- VIII. Qualquer destinatário normal, face ao itinerário cognoscitivo e valorativo que determinou a prática do acto, fica em condições de entender as razões que levaram a DST a decidir como decidiu.
- IX. Pelo que a fundamentação do acto existe e é manifestamente suficiente e clara, em cumprimento ao disposto no n.º 2 do artigo 83º do CPA, não se verificando o alegado vício de forma.
- X. Afirma o Recorrente que a decisão recorrida e a decisão do tribunal “a quo” padecem de erro nos pressupostos de facto mas não lhe pode ser dada razão, pois os factos indicam que o Recorrente não se dedica ao arrendamento.
- XI. Não tendo o Recorrente feito prova dos factos que alega, cai por terra a sua tese de que se dedica à sublocação.
- XII. O tribunal “a quo” entendeu, e bem, que face à prova constante do processo, a actividade do Recorrente não se podia enquadrar na figura do arrendamento civil.
- XIII. A actividade do Recorrente consiste na prestação de alojamento mediante retribuição e enquadra-se no artigo 3º

do Decreto-Lei n.º 16/96/M, de 1 de Abril, e legislação complementar.

XIV. A lei é clara, pois a utilização da conjunção coordenativa alternativa “ou” – “com ou sem ...”-. resulta que a actividade que verdadeiramente caracteriza a actividade hoteleira é a prestação de alojamento mediante remuneração.

XV. Esse alojamento pode ou não ser acompanhado de refeições e outros serviços complementares, mas o alojamento é que é o elemento essencial para qualificar a existência de um contrato de alojamento, tal como definido no Decreto-Lei n.º 16/96/M, de 1 de Abril.

XVI. O Recorrente utilizou uma fracção destinada à habitação para nela explorar um estabelecimento hoteleiro.

XVII. Como tal a sua actividade é ilegal porque é levada a cabo em quartos de fracções cuja finalidade legal é a habitação, quando a lei estabelece que essa actividade não pode ser exercida em fracções habitacionais de edifício não funcionalmente independente nem autónomo.

XVIII. Para além disso, a ilegalidade resulta também do facto de ser desenvolvida sem qualquer controle ou preocupação com o estado de conservação geral das fracções, 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.

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

XX. Sendo ilegal o acto praticado pelo Recorrente, a medida de encerramento ordenada pela DST foi correcta, pelo justificado receio de verificação de prejuízos de difícil reparação nos interesses que a entidade Recorrida tem de acautelar no exercício das suas competências.

XXI. Uma vez que os factos colhidos pela DST e dados como provados pelo tribunal “a quo” corresponderem à realidade, não existe erro nos pressupostos de facto.

XXII. No tocante à publicidade dada ao acto, a mesma confere uma maior garantia às pessoas envolvidas, mormente aos demais moradores do prédio que são os que, em primeira linha, podem ser afectados pela actividade do Recorrente.

Nestes termos, deve o presente recurso ser julgado improcedente, mantendo-se o despacho proferido pelo Exmo. Senhor Director dos Serviços de Turismo e a sentença recorrida.

Nesta instância o Digno Magistrado do Ministério Público deu o seu douto parecer que se transcreve o seguinte:

Embora acabando por conhecer de o mérito do recurso, entendeu o Mmo Juízo “a quo” julgar procedente a excepção de irrecorribilidade do acto aduzida pelo M.P., devido ao facto de, aquando da sua petição inicial, ter o recorrente indicado como alvo do seu inconformismo o despacho do director dos Serviços de Turismo substituto, de 28/12/2007, exarado na proposta nº 60/DI/2007 de 26/12/07, quando de tal proposta apenas consta a forma de notificação do acto, razão por que o despacho nela apostado não definiria a situação jurídica do recorrente, pelo menos no domínio dos direitos e interesses por que pugna e que contendem com a medida de encerramento provisório do seu estabelecimento hoteleiro, medida, essa sim, contida na proposta n.º 249/DI/2007, também aprovada por despacho da recorrida de 28/12/2007.

Suscita-nos sérias dúvidas tal excerto da decisão.

Conforme fàcilmente se alcança dos dados acima referenciados, as propostas em questão reportam-se ao mesmo caso, são da mesma data (26/12/07) e foram aprovadas por despachos, do mesmo dia (28/12/07) da entidade recorrida.

Daí que, incidindo a errónea identificação precisa do acto apenas no número da proposta, o lapso se tornasse compreensível, aceitável e desculpável, tanto mais que, na mesma P.I. (cfr, nomeadamente, ponto 17º) se identifica correctamente o acto em questão, depreendendo-se, de resto, de todo o argumentado e alegado que era a tal matéria, ou seja, à

decisão de encerramento provisório do estabelecimento do recorrente que se reportava o inconformismo do mesmo.

Assim sendo, detectado que fosse o lapso, não o ressaltando, e, uma vez que se não tratava de erro na identificação do autor do acto (o mesmo, na aprovação de ambas as propostas), haveria, em nosso entender, que formular convite para aperfeiçoamento, nos termos do art.º 51º, CPAC, ou, não o tendo feito, aceitar a rectificação a tal propósito empreendida pelo recorrente (fls. 90).

Em qualquer dos casos, cremos que não seria e não será caso de rejeição do recurso pela matéria em apreço.

De todo o modo, dado que o Mmo Juiz “a quo”, não obstante declarar a procedência daquela excepção, entendeu conhecer de mérito, ao mesmo nos reportaremos de seguida, não deixando de adiantar, desde já, que se nos afigura não merecer o douto aresto, a esse nível, qualquer reparo.

Atentando no despacho contenciosamente recorrido, verificar-se-á ter o mesmo concordado com a proposta submetida, a qual, por sua vez, externa, de forma clara, suficiente e congruente, as razões, de facto e de direito, que presidiram à decisão e que contendem, de forma sintética, com o facto de a fracção em causa ter sofrido obras de modificação em relação ao projecto aprovado, não tendo sido possível apurar a natureza e legalidade dessas obras, não reunindo, conseqüentemente, aquela fracção “... as condições de sanidade, higiene, limpeza e de segurança contra incêndios, como também põe em causa a segurança e tranquilidade dos

moradores, ou seja, atendendo ao interesse público subjacente” referindo-se, também de forma clara, à legislação onde se estribou a decisão de encerramento provisório, ficando, pois, um cidadão médio em perfeitas condições de apreender e aquilatar dos motivos do decidido, o que não deixou de acontecer com o recorrente.

Depois, através dos dados colhidos constantes, desta feita, do auto de notícia que originou aquela proposta, fica-se ciente da existência efectiva da situação que despoletou o procedimento, ou seja, da real efectivação das obras de modificação na fracção relativamente ao que tinha sido aprovado, com o fim de ali se prestar serviço hoteleiro, da falta de licença para tais efeitos, da falta das condições dos reais perigos para os utentes e moradores derivados dessas deficiências, preocupações que justificariam o encerramento provisório, não se vendo, pois, onde a existência do assacado erro nos pressupostos subjacentes à decisão.

Finalmente, na falta de legislação ou regulamentação específica para o caso, não se vê que, tal como na apreciação do restante, se não pudesse lançar mão do disposto no art.º 66º do Dec Lei 16/96/M relativamente à publicitação do caso, já que os interesses inerentes sempre serão os mesmos, ou seja, a necessidade de uma maior garantia e segurança quer do público de uma forma geral, quer das pessoas envolvidas em particular, designadamente os restantes moradores do prédio que, em 1ª linha poderão ser afectados pela actividade do recorrente, ao que acresce, como bem se acentua no douto aresto, um favorecimento do “supervisionamento das medidas provisórias”.

Donde, se bem que não concordando com o decidido àcerca da excepção de irrecorribilidade do acto, sermos a entender não merecer reparo o decidido quanto ao mérito, razão por que pugnamos pelo não provimento do presente recurso.

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos.

Foram consignados por assentes para a factualidade os seguintes factos para a decisão:

- Em 15 de Maio de 2007, o Corpo de Polícia de Segurança Pública procedeu à investigação na Rua de Malaca, Centro Internacional de Macau, bloco 3, 2º andar D (a recorrente é o co-proprietária do referido imóvel), e elaborou o Auto de notícia n.º 68/2007/OP/DPM (cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido), sendo este um apartamento com dois quartos e cada um tinha particularmente o seu contador de electricidade, televisão, aparelho de ar condicionado, cama e casa de banho, mais, encontrando as letras “A” e “B” fixadas respectivamente nas portas desses dois quartos, e moravam lá duas pessoas, sendo B e C, respectivamente, portadores do Passaporte da RPC n.º GXXXXXXX3 e Salvo-conduto da RPC para deslocações a HK e Macau n.º

WXXXXXXX2, ambos alegaram que os aludidos quartos lhes foram arrendados por uma mulher da nacionalidade chinesa, a chamada D, cuja renda era paga diariamente, no valor de MOP\$160,00, e era recolhida pela mesma em tempo não designado.

- Em 26 de Dezembro de 2007, o trabalhador da Direcção dos Serviços de Turismo elaborou a Informação n.º 249/DI/2007 (cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido), propondo que seja notificada à proprietária da fracção em causa sobre a instauração do procedimento administrativo contra os factos constantes do referido Auto de notícia e ordene-lhe que encerra o respectivo estabelecimento por um período de seis meses, de modo, a notificação seja publicitada pelo Gabinete de Comunicação Social, mediante o edital a afixar num jornal de língua chinesa e noutro de língua portuguesa.
- Em 28 de Dezembro de 2007, a Directora Substituta dos Serviços de Turismo proferiu o despacho de “Concordo” na referida informação.
- Em 26 de Dezembro de 2007, o trabalhador da Direcção dos Serviços de Turismo elaborou a Informação n.º 60/DI/2007, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido, propondo que as notificações referenciadas nas Informações de n.º 249/DI/2007 a 257/DI/2007 sejam feitas através do mandado de notificação particular, em vez de serem

publicitadas pelo Gabinete de Comunicação Social, mediante o edital a afixar num jornal de língua chinesa e noutro de língua portuguesa.

- Em 4 de Janeiro de 2008, a Direcção dos Serviços de Turismo publicitou nos jornais “Macao Daily News” e “Ponto Final” a Notificação n.º 101/2007, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido.
- Em 28 de Janeiro de 2008, a recorrente delegou à advogada estagiária Lei Wai Chong (李慧聰) para requerer à Direcção dos Serviços de Turismo os respectivos documentos do processo administrativo que respeita à aplicação de sanção.
- Em 31 de Janeiro de 2008, a advogada estagiária Lei Wai Chong (李慧聰) cancelou o aludido requerimento, mas requereu a consulta dos documentos do respectivo processo administrativo na Direcção dos Serviços de Turismo.
- Em 4 de Fevereiro de 2008, a recorrente interpôs recurso contencioso neste Tribunal.

O recorrente assacou contra a sentença do Tribunal Administrativo que julgou, em primeiro lugar, procedente a excepção deduzida pelo Ministério Público da irrecorribilidade do acto e improcedente o recurso contencioso, com fundamento da violação das normas constantes das seguintes disposições legais: Art. 3º, 83º e 115º do

C.P.A.; Art. 3º n.º 3 do D-L n.º 52/99/M de 5 de Outubro Art. 571º n.º 1 alínea d) do C.P.C., por ter incorrido os vício de forma de falta de fundamentação e de erro nos pressupostos de factos.

Não obstante o Mmo Juiz *a quo* não se ter previamente pronunciado sobre o requerimento da rectificação apresentado das fls. 89 a 90, quanto ao lapso na indicação do objecto do recurso contencioso, o facto é que acabou por apreciar o mérito de recurso contencioso relativamente ao verdadeiro acto sindicado.

Vejamos.

Da Falta de fundamentação

O recorrente limitou-se a afirmar que a entidade recorrida ordena a medida provisória de encerramento imediato, baseada na suposta infracção cometida pelo recorrente ao art. 30º do Decreto Lei 16/96/M sem apresentar qualquer fundamentação para a aplicação da mesma, violando o disposto no art. 83º do CPA.

De facto o disposto no citado artigo 83º do CPA impõe os requisitos e fundamentos que se servem para tomar as medidas provisórias no âmbito do direito substantivo administrativo. A exigência formal da fundamentação está prevista no artigo 114º do Código de Procedimento Administrativo.

Este artigo 114º impõe ao acto administrativo o dever de fundamentação, e, esta dita fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão,

podendo embora consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas que constituem neste caso parte integral do respectivo acto – nº 1 do artigo 115º do CPA, sem conter obscuridade, contradição, de modo a esclarecer por forma clara e suficiente a motivação do acto, sob pena de o acto ser considerado pela falta de fundamentação – artigo 115º nº 2.

Na fundamentação, a Administração indicará qual o regime ou disciplina jurídica (premissa maior) que tem por aplicável no caso concreto, com a indicação dos factos que tem por ocorridos (premissa menor) e que o levaram de acordo com as razões de direito invocadas a praticar aquele acto (conclusão).

Podemos afirmar que esta exigência da fundamentação se traduz em requisito formal do acto administrativo, de modo a ser exigível uma fundamentação expressa, clara, suficiente e sem contradição.

Ensina o Prof. Vieira de Andrade, “o conteúdo da fundamentação expressa exigida pela dimensão formal do dever não é, portanto, o de uma qualquer declaração do agente sobre as razões do acto, assim como não é a ausência total de menção dos fundamentos a única modalidade de vício de forma por incumprimento desse dever. O conteúdo da declaração fundamentadora não pode ser o de um qualquer enunciado, há-de consistir num discurso aparentemente capaz de fundar uma decisão administrativa.”¹.

¹ In “O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos”, Almedina, Coimbra, 1991, p.231

Quer isto dizer que a fundamentação assume uma dimensão formal e autónoma relativamente aos verdadeiros fundamentos da decisão: a fundamentação é um “requisito de forma” e os fundamentos são um “requisito de fundo” ou “requisito substancial”. O legislador ao impor a fundamentação expressa e suficiente de alguns dos seus actos, afastou-se destas opiniões substancialistas, optando, sem quaisquer equívocos, por uma construção formalista, que dá relevância autónoma ao dever formal de fundamentação.²

Na prática, quer nas jurisprudências deste Tribunal de Segunda Instância quer do Tribunal de Última Instância, (Vide entre outros, respectivamente, de 9 de Dezembro de 2004 do Processo nº 235/2004 e de 6 de Dezembro de 2002 do processo nº 14/2002) a exigida fundamentação formal da decisão não corresponde necessariamente à fundamentação material relativa à legitimidade da própria decisão, i. e. os fundamentos de facto e de direito como menção constitutiva do acto administrativo não se confundem com o fundamento material do mesmo, fundamentação formal essa que se apresenta uma plurifuncionalidade que visa não só a tradicional protecção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos

² Lino J. B. R. Ribeiro e J. Cândido de Pinha, Código do Procedimento Administrativo de Macau, anotado e comentado, Fundação de Macau e SAEP, 1998, p. 637.

Como também assim considera David Duarte, a fundamentação é um requisito formal das decisões, que não se confunde com o seu conteúdo e que, independentemente das implicações entre a declaração de fundamentação e a substância da decisão, tem uma existência e uma dimensão valorativa autónoma. Esta autonomia da fundamentação formal expressa-se na separação entre os requisitos da correcção da fundamentação e os requisitos de correcção da decisão, implicando que, embora existam pontos de comunicabilidade, a patologia da fundamentação não determine, como ponto de partida, a deficiência da decisão, por si só considerada/ou seja, a fundamentação diz apenas respeito à exteriorização dos pontos de sustentação da decisão e não ao que eles são como realidade ontológica intradecisória. *In* Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório, Almedina Coimbra, 1996, p. 237 a 241.

particulares, mas sobretudo a maior prudência e objectividade no processo conducente à tomada decisão e a correcção e justeza desta, satisfazendo, deste modo, o interesse público da legalidade e até juridicidade das actividades administrativas, bem como a compreensão do sentido decisório pelo próprio destinatário e o público em geral, evitando a potencial conflitualidade.

No caso, o acto recorrido que optou pela referência da informação dada pela entidade da hierarquia inferior, concordando com os termos da proposta, a qual, por sua vez, de forma clara, suficiente e congruente, as razões, de facto e de direito, que presidiram à decisão e que contendem, de forma sintética, com o facto de a fracção em causa ter sofrido obras de modificação em relação ao projecto aprovado, não tendo sido possível apurar a natureza e legalidade dessas obras, não reunindo, consequentemente, aquela fracção “... as condições de sanidade, higiene, limpeza e de segurança contra incêndios, como também põe em causa a segurança e tranquilidade dos moradores, ou seja, atendendo ao interesse público subjacente” referindo-se, também de forma clara, à legislação onde se estribou a decisão de encerramento provisório, ficando, pois, um cidadão médio em perfeitas condições de apreender e aquilatar dos motivos do decidido, o que não deixou de acontecer com o recorrente.

De facto, o que alegou o recorrente não deixa de invocar os fundamentos, que se afiguram ser insuficientes, não justificam uma decisão da medida provisória nos termos do disposto no artigo 83º do CPA.

Como temos entendido, para a insuficiência da fundamentação

equivaler à falta (absoluta) de fundamentação), é preciso ser manifesta a insuficiência, “no sentido de ser tal que fiquem por determinar os factos ou as considerações que levaram o órgão a agir ou a tomar aquela decisão, ou então, que resulte evidente que o agente não realizou um exame sério e imparcial dos factos e das disposições legais, por não ter tomado em conta interesses necessariamente implicados”.³

Prevê o artigo 83º do Código de Procedimento Administrativo que:

“1. Em qualquer fase do procedimento pode o órgão competente para a decisão final, por sua iniciativa ou a requerimento dos interessados, ordenar as medidas provisórias que se mostrem necessárias, se houver justo receio de, sem tais medidas, se produzir lesão grave ou de difícil reparação dos interesses públicos em causa.

2. A decisão de ordenar ou alterar qualquer medida provisória deve ser fundamentada e fixar prazo para a sua validade.

3. A revogação das medidas provisórias também deve ser fundamentada.

4. O recurso hierárquico necessário interposto de decisão que ordene qualquer medida provisória não suspende a sua eficácia, salvo quando o órgão competente o determine.”

³ José Carlos Vireira de Andrade, O Dever da Fundamentação Expressa de actos Administrativos, Almedina, 1991, p. 238. Vide também o Acórdão deste TSI de 23 de Setembro de 2004 do Processo nº 181/2004.

Com a referência do texto do acto, não podemos detectar uma manifesta insuficiência dos fundamentos que levou a decisão em causa, ao abrigo do disposto no artigo 83º nº 1 do Código de Procedimento Administrativo, não se pode, portanto, conduzir os mesmos equivalentes à falta de fundamentação.

Assim, para já, não se verifica o vício de falta de fundamentação.

Passamos então a apreciar a questão seguinte.

2. Erro nos pressupostos de facto

Nesta parte, o recorrente alegou que a sentença padece do vício da ilegalidade por erro nos pressupostos de facto e de direito nos seguintes termos:

A matéria fáctica constante do despacho recorrido não indicia o cometimento da infracção alegada e por consequente aplicação da medida provisória de encerramento imediato do suposto estabelecimento hoteleiro ilegal por 6 meses, argumentando que o acto recorrido se limita a indicar a disposição legal que considera ter sido violada sem nunca motivar nem descrever os factos onde assenta o comportamento do recorrido bem como as circunstâncias de modo e lugar que lhe permitiram fazer essa mesma qualificação jurídica, com o qual a entidade recorrida não podia subsumir, sem mais, o comportamento do recorrente no artigo 30º do Decreto Lei 16/96/M de 1 de Abril, pois, o Meritíssimo

juiz “a quo” entendeu que este regime não se aplicava à actividade do recorrente.

Para a sua solução, entendeu o recorrente que, como na RAEM não existe legislação especial que regule esta matéria, como tal dever-se-á aplicar a lei geral sobre a locação prevista no artigo 969º e seguintes Código Civil, por tudo nos autos indica que estamos perante um contrato de locação de imóveis e não perante a existência de um estabelecimento hoteleiro, enquanto o despacho recorrido não invoca factos que permitam qualificar a fracção 2 D como uma pensão ilegal.

Sabemos que os pressupostos constituem os requisitos de validade do acto administrativo e são precisamente as circunstâncias, as condições de facto e de direito de que depende o exercício de um poder ou competência legal, a prática de um acto administrativo.

Um acto administrativo válido pressupõe satisfação dos seguintes requisitos:

- A determinação ou escolha dos pressupostos do acto. A indicação vinculada e discricionária dos pressupostos. As noções vagas e os conceitos técnicos.
- A ocorrência dos factos que constituem o pressuposto do acto administrativo.
- Os factos realmente ocorridos devem subsumir-se no

pressuposto indicado na lei ou escolhido pelo órgão.⁴

Nos presentes autos, nomeadamente dos autos de notícia elaborados pela PSP que originou aquela proposta, e com os dados colhidos constantes, dessa feita, não terá qualquer dificuldade em fazer a conclusão da existência efectiva da situação da real efectivação das obras de modificação na fracção relativamente ao que tinha sido aprovado, com o fim de ali se prestar serviço hoteleiro, por dia e aberto ao público.

Quanto à actividade hoteleira, estabeleceu-se o regime regulador no D.L. nº 16/96/M, onde tem a seguinte disposição importante, designadamente para a decisão do presente caso:

Artigo 30.º (Entrada em funcionamento)

“Os estabelecimentos hoteleiros e similares só podem abrir ao público após a emissão da licença respectiva.”

Artigo 67.º (Abertura ilegal)

1. A infracção ao disposto no artigo 30.º é punida com encerramento imediato e multa.

2. A multa prevista no número anterior é de:

a) 50 000,00 patacas para os estabelecimentos hoteleiros dos Grupos 1, 2 e 3 do n.º 1 do artigo 5.º;

⁴ Mário Esteves de Oliveira, Direito Administrativo, Vol. I, Lisboa, 1980, pp. 443 a 448.

b) 30 000,00 patacas para os estabelecimentos hoteleiros do Grupo 4 do n.º 1 do Artigo 5.º e para os estabelecimentos similares dos Grupos 1, 2 e 3 do n.º 1 do artigo 6.º;

c) 10 000,00 patacas para os estabelecimentos similares dos Grupos 4 e 5 do n.º 1 do artigo 6.º

3. As multas previstas no número anterior são elevadas para o dobro quando não haja sido dado cumprimento ao disposto no artigo 14.º.”

O exercício das actividades hoteleiras pressupõe a obtenção da licença respectiva.

A falta de licença é muito óbvia, este facto conjuntamente com o facto da falta, apesar da verificação desnecessária, das condições dos reais perigos para os utentes e moradores derivados dessas deficiências, preocupações que justificariam o encerramento, provisório, não se vendo, pois, onde a existência do assacado erro nos pressupostos subjacentes à decisão.

Quanto à alegação da falta de legislação no local, devendo à mesma actividade ser aplicada o regime de locação no âmbito do Código Civil, digamos não tinham mínima razão.

Como acima se referiu, é um facto muito importante que a sua actividade seja hoteleira, tendo em conta todos os elementos colhidos nos respectivos autos de notícia elaborada pela PSP, satisfazendo assim a definição prevista no citado Decreto-Lei nº 16/96/M.

Prevê o artigo 3º (Definição de estabelecimento hoteleiro) 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.”

Por sua vez, o Código Civil prevê, quanto à locação ou arrendamento, que:

“Artigo 970º (Arrendamento e aluguer)

A locação diz-se arrendamento quando versa sobre coisa imóvel, aluguer quando incide sobre coisa móvel.

Artigo 971º (A locação como acto de administração)

A locação constitui, para o locador, um acto de administração ordinária, excepto quando for celebrada por prazo superior a 6 anos.

Artigo 974º (Prazo supletivo)

1. Na falta de estipulação, entende-se que o prazo de duração do contrato de aluguer é igual à unidade de tempo a que corresponde a retribuição fixada, e o de arrendamento ao período de 1 ano.

2. O disposto na parte final do número anterior não prejudica o regime fixado no n.º 2 do artigo 1038.º quanto à denúncia do arrendamento.”

Como se resulta a diferença óbvia entre os dois: a locação tinha geralmente um prazo longo, com o prazo supletivo de, minimamente um ano (com certeza, as partes podem estabelecer o prazo relativamente

curto, mas cremos nunca ser por um dia), enquanto os estabelecimentos hoteleiros não o tem, que “se destinam a proporcionar ao público alojamento, mediante pagamento, com ou sem fornecimento de refeições e outros serviços complementares”.

Embora na RAEM não tinha na altura legislação como a da Lei nº 3/2010, com os serviços de alojamento que proporcionava ao público, com o pagamento do mesmo por dia, a sua actividade que explorava não pode deixar de integrar na hoteleira, o seu funcionamento careceria a licença prévia, nos termos do DL nº 16/96/M.

Assim sendo, com tal qualificação dos factos, não se vê em que termos haver erro nos pressupostos de facto e de direito.

Improcede portanto o recurso nesta parte.

3. Da publicidade do acto recorrido

Nesta parte, o recorrente entendeu que à medida provisória aplicada não poderia ser dada qualquer publicidade pois não se aplica o regime previsto no Art. 66º do Decreto-Lei n.º16/96/M por referência ao Art. 59º.

Concordaremos totalmente com o douto parecer do Ministério Público que se entendeu que, “na falta de legislação ou regulamentação específica para o caso, não se vê que, tal como na apreciação do restante, se não pudesse lançar mão do disposto no art.º 66º do Dec Lei 16/96/M relativamente à publicitação do caso, já que os interesses inerentes

sempre serão os mesmos, ou seja, a necessidade de uma maior garantia e segurança quer do público de uma forma geral, quer das pessoas envolvidas em particular, designadamente os restantes moradores do prédio que, em 1ª linha poderão ser afectados pela actividade do recorrente, ao que acresce, como bem se acentua no douto aresto, um favorecimento do “supervisionamento das medidas provisórias”.

Donde, improcede também o recurso nesta parte.

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso interposto por A, mantendo-se a sentença recorrida.

Custas pelo recorrente.

RAEM, aos 25 de Julho de 2013

Choi Mou Pan
(Relator)

Mai Man Ieng
(Estive presente)
(Magistrado do M.ºP.º)

João Augusto Gonçalves Gil de Oliveira
(Primeiro Juiz-Adjunto)

Ho Wai Neng
(Segundo Juiz-Adjunto)