Processo n.º 208/2019
(Autos de recurso contencioso)

Data: 28/Janeiro/2021

Recorrente:

- **A**

Entidade recorrida:

- **Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura**

Acordam os Juizes do Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I) RELATÓRIO

A, com sinais nos autos, notificado do despacho do Exm.º Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, que lhe aplicou a multa no valor global de MOP\$7.613.500,00, por incumprimento do Contrato de Prestação de Serviços de Gestão das Piscinas situadas nas Ilhas afectas ao Instituto do Desporto, dele não se conformando, interpôs o presente recurso contencioso de anulação de acto, formulando na petição de recurso as seguintes conclusões:

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

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

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

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

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

6. 事實上，擁有中國國家職業資格游泳救生員證書的本澳居民僅有兩百多人，罷工事情發生後，上訴人曾經逐一致電111名過往透過他們考獲中國國家職業資格游泳救生員證書的本澳居民、尋求勞工局轉介、在報章及多個網絡平台刊登招聘廣告及聯繫人力資源公司、提高招聘的救生員薪酬66%，而即使用盡所有方法，最終亦只能聘得一名全職救生員及兩至三名為了幫忙而答應兼職數天的救生員。

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

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

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

10. 行政當局一方面認為是次事件不可抗力的情況，卻沒有根據「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」公證合同第二十條第四款的規定，免除上訴人的罰

款，是違反該合同規定及違反法律。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

22. 如今，行政當局卻將事實扭曲，明顯違反善意！

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

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

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

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

27. 首先，亦不應既根據該合同第20條第2款1.1)及1.2)規定就延遲開放泳池科處上訴人罰款，亦同時根據該合同第20條第5款規定就欠缺救生員提供服務科處罰款，因為當泳池沒有對外開放時，獲判給者是不會提供救生員當值，該公證合同第

20條第5款所針對之情況，應僅在泳池正在對外開放時才會發生。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

37. 此外，颱風「山竹」過後，竹灣泳池尚未清理完畢，因此上訴人是能夠提供足夠的救生員完全開放中央公園泳池及黑沙公園泳池，但體育局不同意這樣安排，故不應視上訴人在此期間不能提供救生員而被處罰。

38. 綜合以上種種計算錯誤，該批示應因事實前提錯誤而被撤銷。

39. 最後，行政當局在是否科處上訴人罰款一事上是具有自由裁量權，而行政當局在行使自由裁量權上應遵守適當及適度原則，不應將權利無限擴張。

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

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

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

綜上所述，本司法上訴所針對的該批示顯然違反《行政程序法典》所規定的善意原則(第8條)、行政當局與私人合作原則(第9條)、非官僚化原則(第12條)、沾有事實前提錯誤的瑕疵、違反法律、欠缺法定程序、違反合同規定行使自由裁量權時有明顯錯誤或絕對不合理行使自由裁量權及違反適度原則，應被撤銷。

綜上所述，請求 法官閣下依法裁定本司法上訴理由成立，並撤銷社會文化司司長於2018年12月14日作出的批示。”

*

Regularmente citada, apresentou a entidade recorrida contestação, tendo formulado as seguintes conclusões:

“i. Por despacho do Recorrido, de 14 de Dezembro de 2018, foi aplicada

a multa, no valor global de MOP7.613.500,00, ao ora Recorrente por incumprimento das obrigações contratuais.

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

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

iv. Não assiste razão ao Recorrente.

v. Porque, no dia 21-08-2018, o IDM emitiu a 1ª advertência ao Recorrente, informando que, da fiscalização realizada em 17-08-2018 junto da Piscina Cheoc Van, constatou-se que o número de nadadores-salvadores em serviço não correspondia ao previsto no Contrato, razão pela qual aquela piscina deixou de estar aberto ao público desde 18-08-2018.

vi. Em relação às piscinas do Parque de Hác-Sá e do Parque Central da Taipa, no dia 22-08-2018, o IDM emitiu a 1ª advertência ao Recorrente, informando que o horário reduzido de abertura das piscinas supramencionadas ao público não correspondia ao horário previsto no Contrato.

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

viii. Tendo em conta que continuava a verificar a irregularidade acima referida, o IDM emitiu a 2ª advertência ao Recorrente,

ix. o qual apresentou no dia 24-09-2018 a respectiva resposta dirigida ao Sr. Presidente do IDM.

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

inaceitáveis.

xi. Pelo que, no dia 5-11-2018, foi lavrado pelo FD o Auto de aplicação da Multa.

xii. Do teor do Auto acima referenciado, também pode confirmar-se que foram enviadas duas cartas de advertência, em datas diferentes ao adjudicatário, ora Recorrente.

xiii. Na defesa escrita, datada de 15-11-2018, apresentada e dirigida ao Presidente do Conselho Administrativo do Fundo do Desporto, o Recorrente não alegou a falta de qualquer advertência.

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

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

xvi. Mais alega que não foram indicadas no despacho recorrido as condições de reembolso, não tendo o mesmo observado o procedimento legal.

xvii. Não se afigura que a falta de indicação de condições de reembolso faça diminuir a garantia de defesa ou cause qualquer prejuízo ao Recorrente, cuja gravidade determine a anulação da decisão recorrida.

xviii. A questão ora suscitada pelo Recorrente é apenas uma questão de prática.

xix. O Recorrente alega que o incidente ocorrido desde dia 17 de Agosto de 2018, que causou o encerramento ao público ou afectou o funcionamento normal da Piscina do Parque Central da Taipa, Piscina de Cheoc Van e Piscina do Parque de Hác-Sá, foi devido à greve dos 24 trabalhadores, considerando-se de um caso

de força maior, por ser facto imprevisível.

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

xxi. Mas, defende o Recorrente, a Administração não aceitou, nem aceita, que se trate de um caso de força maior, decidindo aplicar uma multa ao Recorrente, pelo que no seu entendimento o acto recorrido padece de vício de erro sobre os pressupostos de facto, e viola a disposição contratual e a lei.

xxii. Lendo o requerimento de defesa escrita, datado de 15-11-2018, nos seus artigos 46 a 49 (fls. 191) constata-se que, na altura de concurso público para prestação de serviço de gestão e de salvamento nas piscinas, o Recorrente já tinha perfeito conhecimento de que o mercado de recursos humanos de Macau poderia não disponibilizar nadadores-salvadores suficientes, e teve de recorrer à importação de trabalhadores não residentes.

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

xxiv. Além de levar os seus empregados a trabalhar longas horas e sem descanso semanal e anual, o Recorrente (i) retire o certificado de qualificação profissional dos trabalhadores, (ii) exigiu aos trabalhadores o consentimento de prestação de trabalho extraordinário ou em dia de descanso dado não

voluntariamente, e (iii) não entregue aos trabalhadores cópia do respectivo contrato laboral nem a nota de pagamento de salário aos trabalhadores.

xxv. Todos estes factores contribuíram para provocar a greve dos trabalhadores iniciada em 17-08-2018, incidente esse resultou inequivocamente de má gestão e de violação à lei laboral por parte do Recorrente.

xxvi. Isso tudo poderia ser controlado pelo próprio Recorrente, evitando qualquer conflito ou greve dos trabalhadores.

xxvii. De acordo com o acima exposto, pode-se verificar que aquilo que os nadadores-salvadores pretendem reivindicar, em sede de greve, é o seu interesse individual e não um interesse geral da profissão ou do sector.

xxviii. Essa greve, que resultou de má gestão e de violação à lei laboral por parte do próprio Recorrente, cuja conduta lesou os interesses dos trabalhadores, portanto não pode ser considerado como um caso de força maior.

xxix. Quanto à alegação “B應制定應變計劃以應付不可預見的事件” constante do ponto 7.2 da Informação Proposta n.º 0204/DGED-P/2018), o Recorrente interpreta que a Administração também considera a empresa estar perante um caso de força maior, por ser uma situação imprevisível.

xxx. Conduto, entende o Recorrido que uma situação imprevisível não necessariamente tem de ser um caso de força maior, como o exemplo dado nessa mesma informação proposta: “B應制定應變計劃以應付不可預見的事件，例如工作人員缺勤的情況”。

xxxi. Estamos, portanto, bem afastados do campo de aplicação da excepção de causa de força maior.

xxxii. Sublinha-se que, no requerimento de defesa escrita acima referido, o Recorrente alegou no seu artigo 46 que precisava, pelo menos, 143 (cento e quarenta e três) nadadores-salvadores para garantir o funcionamento

normal de todas as piscinas afectas ao IDM.

xxxiii. Mas, vem agora, no artigo 60º da presente petição de recurso, declarar precisar 57 (cinquenta e sete) nadadores-salvadores, verificando-se uma redução (bruta) de 86 (oitenta e seis) pessoas.

xxxiv. Mais alegou que os 23 (vinte e três) trabalhadores em greve representam 1/3 (um terço) dos nadadores-salvadores que prestam serviço de salvamento, pelo que demonstra o Recorrente ter o intuito de reduzir propositadamente o número de nadadores-salvadores, no sentido de realçar o peso proporcional dos nadadores-salvadores em greve, para que possa ser considerada uma greve de maiores dimensões, eventualmente qualificando o presente incidente como caso de força maior – o que o Recorrido não concede.

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

xxxvi. Nos termos do artigo 42º da Lei n.º 7/2008 (Lei das relações de trabalho), “o trabalhador tem direito a gozar um período de descanso remunerado de vinte e quatro horas consecutivas por semana”, e dispõe a Cláusula 3ª, n.º 7, alínea 2) do Contrato, que “os nadadores-salvadores não podem prestar mais de 5 (cinco) horas consecutivas de trabalho, em regime de turno, e exceder 6 (seis) horas o período total de trabalho diário. Segundo o número dos nadadores-salvadores, propõe-se a concessão de um intervalo para descanso de duração de 30 (trinta) minutos por cada 1.5 (uma hora e meia) de trabalho no máximo.”

xxxvii. A exigência de observância da Lei das Relações de Trabalho e de cumprimento das obrigações contratuais não pode ser traduzida como violação

dos princípios de boa fé, da colaboração entre a Administração e os particulares e da desburocratização por parte da Administração.

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

xxxix. Quanto ao despedimento invocado, o Recorrente apenas pretendia encobrir as ilegalidades que praticou, repatriando os trabalhadores não residentes em greve.

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

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

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

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

preferência.

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

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

xlvi. Salvo melhor opinião, no ponto 7.1 da Informação n.º 0203/DFED-P/2018, datada de 5-12-2018, explica-se porque não iniciou o processo de revogação dos contratos, mas sim continuou a aplicação de multa.

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

xlviii. Nem o IDM nem o FD informaram o Recorrente, por escrito, em conformidade com a disposição contratual supramencionada, da vontade de revogar os contratos, assim como não manifestaram essa intenção por qualquer outra via.

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

I. Declara que não poderia cometer simultaneamente os dois tipos de infracção ora aplicada, porque, quando a piscina se encontrar fechada ao público, não se colocará nadadores salvadores a prestar serviço de salvamento.

li. Portanto, só se verificará infracção à Cláusula 20ª, n.º 2, alínea 5),

quando a piscina se encontrar aberta ao público e o adjudicatário não conseguir colocar número de nadadores salvadores correspondente ao do Contrato.

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

liii. Quanto à prova em que se baseia a aplicação das multas, a mesma encontra-se constante do “Relatório de cálculo da multa relativo ao contrato de prestação de serviços de gestão das piscinas situadas nas Ilhas afectas ao Instituto do Desporto”, documento anexado ao auto de aplicação de multa documento anexo à Informação Proposta n.º 0204/DGED-P/2018.

liv. Relatório esse discrimina as datas em que foi verificada a falta de nadadores-salvadores destacados nas respectivas piscinas, bem como o encerramento ou funcionamento com horário reduzido das piscinas em causa.

lv. O Recorrente alega que a multa aplicada devia ser contabilizada depois de decorrido o prazo indicado no auto de deficiência dos serviços, o que não aconteceu, padecendo o acto recorrido de vício de erro sobre os pressupostos de facto.

lvi. Se uma das partes não cumprir as obrigações contratuais, a outra parte evidentemente poderá pedir ao devedor indemnização.

lvii. Segundo a interpretação e raciocínio do Recorrente, a Administração não possa pedir indemnização (in casu, multa) relativa aos danos causados entre 18.08-2018 e 2-10-2018, período em que as Piscina do Parque Central da Taipa, Piscina de Cheoc Van e Piscina do Parque de Hác-Sá não funcionaram regularmente ou se encontraram encerradas ao público, o que se

afigura ser descabido.

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

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

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

Nestes termos e nos demais de Direito que V. Exas., mui douta e certamente, suprirão, deverão ser declarados improcedentes os pedidos do Recorrente e indeferido o recurso por não se verificarem os vícios por este invocados, mantendo-se, assim, a decisão de aplicação de multa, por ser válida e legal.”

*

Notificadas as partes para, querendo, apresentarem alegações facultativas, ambas as partes usaram desta faculdade, tendo o recorrente formulado as seguintes conclusões:

“1. 根據於2018年3月29日澳門特別行政區體育基金與上訴人簽署的「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」公證合同第二十條規定，在擬科處獲判給人罰款前，必須先由合同主體即澳門特政區體育基金向獲判給人發出兩次警告信，上訴人並

沒有收到由澳門特政區體育基金發出的警告信，導致社會文化司司長於2018年12月14日作出之批示因欠缺法定程序及違反合同規定而應予以撤銷。

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

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

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

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

6. 事實上，擁有中國國家職業資格游泳救生員證書的本澳居民僅有兩百多人，罷工事情發生後，上訴人曾經逐一致電111名過往透過他們考獲中國國家職業資格游泳救生員證書的本澳居民、尋求勞工局轉介、在報章及多個網絡平台刊登招聘廣告及聯繫人力資源公司、提高招聘的救生員薪酬66%，而即使用盡所有方法，最終亦只能聘得一名全職救生員及兩至三名為了幫忙而答應兼職數天的救生員。

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

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

9. 況且，行政當局在該批示指“個人不能以不可抗力的情況去躲避因自己

的過失、疏忽或缺乏遠見而導致違反合同的情況”及“B應制定應變計劃以應付不可預見的事件”，正正反映出行政當局已視是次事件為不可抗力，亦是上訴人不可預見的，而上訴人有否制定應變計劃並非判定事件是否為不可抗力的指標。

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

11. 需要強調的是，事實證明在該23名救生員尚未罷工前，上訴人是具有足夠救生員完全履行合同服務並維持所有公眾泳池開放，且並沒有欠缺救生員當值的記錄，但在該23名救生員罷工後，便不能再維持全部救生服務，即是導致上訴人未能履行服務的原因是基於該23名救生員罷工，而非因救生員人資短缺。

12. 而最終經勞工局調查後案件已歸檔，罷工救生員最終亦沒有獲得合法合理的依據去取得其欲取得的金錢。

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

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

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

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

17. 而該批示完全沒有考慮上述情節，更拒絕承認曾作出相關要求，是完全違反善意原則！

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

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

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

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

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

23. 再說，行政當局已於2018年9月21日與上訴人的會議當中提出將在不科處罰款的情況下與上訴人協議解除合同，C廳長在庭上作證時力證有關事實。

24. 如今，行政當局卻將事實扭曲，明顯違反善意！

25. 而且上訴人在緊接其後的第一個工作日便以書面回覆同意行政當局協議解除合同的安排，為防止行政當局對上訴人提交救生員名單的行為誤解為不同意接

受有關安排，上訴人在該文件上再一次重申同意有關議解除合同的安排。

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

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

28. 行政當局與上訴人已達成協議解除合同的合意，只要上訴人同意，豁免合同訂定的提前及形式要求亦未嘗不可。

29. 另一方面，該批示亦因事實前提錯誤、違反法律及善意原則-重覆處罰及欠缺證據證明上訴人欠缺批示所指的救生員人數及時數而應被撤銷！

30. 首先，被上訴實體同時以該公證合同第二十條第二款1.1)及1.2)以及第二十條第5項規定向上訴人科處罰款，是違反了一事不二罰的原則。

31. 再證，公證合同第二十條第二款第5項之規定所指的工作人員僅指公證合同第三條工作團隊成員中的工作人員，並不包括救生員，因此，不能以該規定對上訴人科處罰款。

32. 而且亦不應既根據該合同第20條第2款1.1)及1.2)規定就延遲開放泳池科處上訴人罰款，亦同時根據該合同第20條第5款規定就欠缺救生員提供服務科處罰款，因為當泳池沒有對外開放時，獲判給者是不會提供救生員當值，該公證合同第20條第5款所針對之情況，應僅在泳池正在對外開放時才會發生。

33. 除此之外，在整個行政卷宗當中並沒有具體證據證明上訴人於2018年8月18日至2018年10月31日期間，透過何種調查及記錄得出此期間上訴人在何時何地欠缺多少名救生員，行政當局在計算該公證合同第20條第5款的罰款時，只是以該公證合同第3條第1款的救生員崗位數推定為上訴人沒有提供之救生員數量；以及以該公證合同第2條第11款的開放時間推定為上訴人沒有提供之服務時數，即在沒有證據支

持下，以最大違反的可能人數及時數計算根本毫無意義，亦違反了舉證的責任。

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

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

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

37. 而且明顯地該公證合同第二十條第二款第5項的罰則原意是科處個別欠缺工作人員的情況，而非停止開放泳池的情況，否則按罰則計算罰款數字將極為龐大，且輕易超過延遲開池的罰款，顯然並不合理。

38. 在體育基金最新的救生服務招標案卷中，體育基金已摒棄了原合同第二十條第二款第5項的相關規定，並將科處“延遲開放泳池”改為科處“停止開放泳池”，保留了按日計算“停止開放泳池”的罰則，亦為罰款設定上限。

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

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

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

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

43. 此外，颱風「山竹」過後，竹灣泳池尚未清理完畢，因此上訴人是能夠提供足夠的救生員完全開放中央公園泳池及黑沙公園泳池，但體育局不同意這樣安排，故不應視上訴人在此期間不能提供救生員而被處罰。

44. 綜合以上種種計算錯誤，該批示應因事實前提錯誤而被撤銷。

45. 最後，行政當局在是否科處上訴人罰款一事上是具有自由裁量權，而行政當局在行使自由裁量權上應遵守適當及適度原則，不應將權利無限擴張。

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

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

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

綜上所述，本司法上訴所針對的該批示顯然違反《行政程序法典》所規定的善意原則(第8條)、行政當局與私人合作原則(第9條)、非官僚化原則(第12條)、沾有事實前提錯誤的瑕疵、違反法律、欠缺法定程序、違反合同規定行使自由裁量權時有明顯錯誤或絕對不合理行使自由裁量權及違反適度原則，應被撤銷。

綜上所述，請求 法官閣下依法裁定本司法上訴理由成立，並撤銷社會文化司司長於2018年12月14日作出的批示。”

Por seu turno, apresentou a entidade recorrida, nas alegações facultativas, as seguintes conclusões:

“i. Por despacho da Entidade Recorrida, de 14 de Dezembro de 2018, foi aplicada a multa, no valor global de MOP7.613.500,00, ao ora Recorrente por

incumprimento das obrigações contratuais.

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

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

iv. Não assiste razão ao Recorrente.

v. Porque, nos dias 21 e 22-08-2018, o IDM emitiu a 1ª advertência ao Recorrente, respeitante às Piscina Cheoc Van, Parque de Hác-Sá e do Parque Central da Taipa.

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

vii. Tendo em conta que se continuava a verificar a irregularidade detectada, o IDM emitiu a 2ª advertência ao Recorrente,

viii. o qual apresentou no dia 24-09-2018 a respectiva resposta dirigida ao Sr. Presidente do IDM.

ix. No dia 5-11-2018, foi lavrado pelo FD o Auto de aplicação da Multa.

x. Na defesa escrita, datada de 15-11-2018, apresentada e dirigida ao Presidente do Conselho Administrativo do Fundo do Desporto, o Recorrente não alegou a falta de qualquer advertência.

xi. Vem agora o Recorrente invocar não ter recebido advertências emitidas pelo FD, agindo, assim, o Recorrente em manifesta violação ao princípio da boa fé que consubstancia no abuso do direito, pois bem sabe que foi advertido por duas vezes, e só com manifesta má-fé pode invocar ou alegar o contrário.

xii. Mais alega que não foram indicadas no despacho recorrido as

condições de reembolso, não tendo o mesmo observado o procedimento legal.

xiii. Não se afigura que a falta de indicação de condições de reembolso faça diminuir a garantia de defesa ou cause qualquer prejuízo ao Recorrente, cuja gravidade determine a anulação da decisão recorrida.

xiv. O Recorrente alega que o incidente ocorrido desde dia 17 de Agosto de 2018, que causou o encerramento ao público ou afectou o funcionamento normal da Piscina do Parque Central da Taipa, Piscina de Cheoc Van e Piscina do Parque de Hác-Sá, foi devido à greve dos 24 trabalhadores, considerando-se de um caso de força maior, por ser facto imprevisível.

xv. O Recorrente fundamenta ainda com o depoimento de testemunha que a seguir se transcreve, como razões que levaram os 23 nadadores-salvadores a entrar em greve: “...該23名救生員罷工的原因是要求上訴人將其等薪金提升至與某救生員睇齊，且要求上訴人補回自其入職日起計至當時的薪金差額，以及要求上訴人取消過往曾簽署的超時工作協議及週假上班協議，並要求上訴人補回過往在沒有協議下之超時工作及週假上班報酬，只有上訴人答應並支付有關金錢，才願意完全復工。”

xxi. Pelo que, o facto de o Recorrente não ter conseguido disponibilizar número suficiente de nadadores-salvadores em serviço resultou, segundo alega, da greve dos trabalhadores imprevisível, sendo este um caso de força maior.

xvii. Lendo o requerimento de defesa escrita, datado de 15-11-2018, nos seus artigos 46 a 49 (fls. 191) constata-se que, na altura de concurso público para prestação de serviço de gestão e de salvamento nas piscinas, o Recorrente já tinha perfeito conhecimento de que o mercado de recursos humanos de Macau poderia não disponibilizar nadadores-salvadores suficientes, e teve de recorrer à importação de trabalhadores não residentes.

xviii. Uma vez adjudicada a prestação de serviços de gestão e

salvamento, como o Recorrente não dispunha de nadadores-salvadores suficientes, evidentemente os trabalhos foram suportados e distribuídos para os outros trabalhadores da empresa, obrigando-os a trabalhar ininterruptamente 13 a 18,5 horas, e trabalhar também em dia de descanso semanal.

xix. Além de levar os seus empregados a trabalhar longas horas e sem descanso semanal e anual, o Recorrente (i) retire o certificado de qualificação profissional dos trabalhadores, (ii) exigiu aos trabalhadores o consentimento de prestação de trabalho extraordinário ou em dia de descanso dado não voluntariamente, e (iii) não entregue aos trabalhadores cópia do respectivo contrato laboral nem a nota de pagamento de salário aos trabalhadores.

xx. Todos estes factores contribuíram para provocar a greve dos trabalhadores iniciada em 17-08-2018, incidente que resultou inequivocamente de má gestão e de violação à lei laboral por parte do Recorrente.

xxi. Essa greve, que resultou de má gestão e de violação à lei laboral por parte do próprio Recorrente, cuja conduta lesou os interesses dos trabalhadores, portanto não pode ser considerado como um caso de força maior.

xxii. Quanto à alegação “B應制定應變計劃以應付不可預見的事件” constante do ponto 7.2 da Informação Proposta n.º 0204/DGED-P/2018), o Recorrente interpreta que a Administração também considera a empresa estar perante um caso de força maior, por ser uma situação imprevisível.

xxiii. Conduto, entende o entidade Recorrido que uma situação imprevisível não necessariamente tem de ser um caso de força maior, como o exemplo dado nessa mesma informação proposta: “B應制定應變計劃以應付不可預見的事件，例如工作人員缺勤的情況”。

xxiv. Quanto aos fundamentos indicados no ponto (xv), de acordo com

as informações constantes da “acta do registo de pedido”, datado de 21-08-2018, junto a fls. 5 a 7 da pasta intitulada “體育局管轄澳門區游泳池的管理服務-其他”, fica demonstrado que não assiste razão ao Recorrente, ou seja, ficou demonstrado que aqueles 23 nadadores-salvadores não formularam aqueles pedidos alegados pelo Recorrente.

xxv. Por outro lado, de acordo Ofício n.º 059461/DIT/CINA/2018 da Direcção dos Serviços para os Assuntos Laborais junto aos autos com o requerimento apresentado pelo Recorrente em 11 de Julho de 2019 (Doc. n.º 1), também não consta qualquer menção sobre pagamento retroactivo de compensação de prestação de trabalhos extraordinários e de trabalhos nos dias de descanso semanal.

xxvi. Estamos, portanto, bem afastados do campo de aplicação da excepção de causa de força maior.

xxvii. Sublinha-se que, no requerimento de defesa escrita acima referido, o Recorrente alegou no seu artigo 46 que precisava, pelo menos, 143 (cento e quarenta e três) nadadores-salvadores para garantir o funcionamento normal de todas as piscinas afectas ao IDM.

xxviii. Alegou o Recorrente que os 23 (vinte e três) trabalhadores em greve representam 1/3 (um terço) dos nadadores-salvadores que prestam serviço de salvamento às piscinas afectas ao IDM, pelo que demonstra que os trabalhos que deviam ser garantidos por 143 (cento e quarenta e três) nadadores-salvadores, foram suportados por 69 pessoas.

xxix. Se cada trabalhador prestar 8 (oito horas) de serviço por dia, os 143 (cento e quarenta e três) nadadores-salvadores prestam 1.144 (mil cento e quarenta e quatro) horas de serviço (8 horas X 143 pessoas).

xxx. Se esse número de hora de serviço for suportado por 69 (sessenta e nove) nadadores-salvadores, cada pessoa tem de trabalhar 16,5 (dezasseis e meio) horas por dia (1144 horas/69 pessoas), o que coincide com a informação prestada pelos nadadores-salvadores que declararam que foram obrigados a trabalhar diariamente 13 a 18,5 horas.

xxxi. O Recorrente alega que o IDM lhe exigiu que concedesse aos nadadores-salvadores 30 minutos de descanso e descanso semanal, não podendo prestar serviço diário durante mais de 8 horas, nem trabalho extraordinário.

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

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

xxxiv. Quanto ao despedimento invocado, o Recorrente apenas pretendia encobrir as ilegalidades que praticou, repatriando os trabalhadores não residentes em greve.

xxxv. Entende a Entidade Recorrida que, por um lado, não lhe cabia decidir se o Recorrente devia ou não despedir os seus trabalhadores e, por outro, esse despedimento dificilmente resolveria um problema cuja origem era a falta de recursos humanos.

xxxvi. O Recorrente disse que na reunião realizada em 21-09-2018, o IDM este informou que pretendia revogar o contrato por acordo, mas enfim, a Administração não cumpriu essa intenção, e aplicou multa de valor elevado ao

Recorrente, pelo que o despacho recorrido viola os princípios de boa fé, da colaboração entre a Administração e os particulares, e da desburocratização, devendo ser anulado.

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

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

xxxix. O que se pode verificar pela Informação-Proposta n.º 0204/DGED-P/2018, de 5 de Dezembro de 2018, no seu ponto 7.1, que relatou que, no dia 21 de Setembro de 2018, o IDM tinha informado a empresa B sobre a possibilidade de revogar os contratos por acordo, conforme a versão chinesa que se transcreve: “當本局知悉B已沒法正常履行題述合同的規定時，已為其尋找克服這個問題的最快及低成本的方法：透過協定解除合同即雙方協定解除合同。所以，在2018年9月21日，本局將這個可能性提供予B，可是當日沒有收到B明確無疑接納的回覆。”

xl. Relativamente à reunião que teve lugar no dia 21 de Setembro de 2018, na respectiva acta de reunião, junto a fls. 36 e 37 da pasta intitulada “體育局管轄離島區游泳池的管理服務-其他”, não se registou qualquer proposta de revogação de contratos, por acordo mútuo, mas sim os diversos procedimentos que o IDM poderia optar, incluindo aplicação de multa, cancelamento de contrato e pedido de indemnização pelos danos.

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

xlii. Salvo melhor opinião, no ponto 7.1 da Informação n.º 0203/DFED-P/2018, datada de 5-12-2018, explica-se porque não iniciou o processo de revogação dos contratos, mas sim continuou a aplicação de multa.

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

xliv. Nem o IDM nem o FD informaram o Recorrente, por escrito, em conformidade com a disposição contratual supramencionada, da vontade de revogar os contratos, assim como não manifestaram essa intenção por qualquer outra via, não tendo a Entidade Recorrida abusado a confiança do Recorrente nela depositada, e violado o princípio de boa fé.

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

xlvi. Declara que não poderia cometer simultaneamente os dois tipos de infracção ora aplicada, porque, quando a piscina se encontrar fechada ao público, não se colocará nadadores salvadores a prestar serviço de salvamento.

xlvii. Portanto, só se verificará infracção à Cláusula 20ª, n.º 2, alínea 5), quando a piscina se encontrar aberta ao público e o adjudicatário não conseguir

colocar número de nadadores salvadores correspondente ao do Contrato.

xlvii. A infracção à Cláusula 20ª, n.º 2, alínea 1), subalíneas 1.1) e 1.2), diz respeito à abertura da piscina ao público, e a Cláusula 20ª, n.º 2, alínea 5) diz respeito ao número de trabalhadores e número de horas de serviços prestados, são, portanto, infracções diferentes.

xlix. Quanto à prova em que se baseia a aplicação das multas, a mesma encontra-se constante do “Relatório de cálculo da multa relativo ao contrato de prestação de serviços de gestão das piscinas situadas nas Ilhas afectas ao Instituto do Desporto”, documento anexado ao auto de aplicação de multa documento anexo à Informação Proposta n.º 0204/DGED-P/2018.

I. Relatório esse discrimina as datas em que foi verificada a falta de nadadores-salvadores destacados nas respectivas piscinas, bem como o encerramento ou funcionamento com horário reduzido das piscinas em causa.

ii. O Recorrente alega que a multa aplicada devia ser contabilizada depois de decorrido o prazo indicado no auto de deficiência dos serviços, o que não aconteceu, padecendo o acto recorrido de vício de erro sobre os pressupostos de facto.

iii. Se uma das partes não cumprir as obrigações contratuais, a outra parte evidentemente poderá pedir ao devedor indemnização.

iiii. Segundo a interpretação e raciocínio do Recorrente, a Administração não podia pedir indemnização (in casu, multa) relativa aos danos causados entre 18.08-2018 e 2-10-2018, período em que as Piscina do Parque Central da Taipa, Piscina de Cheoc Van e Piscina do Parque de Hác-Sá não funcionaram regularmente ou se encontraram encerradas ao público, o que se afigura ser descabido.

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

lv. Além de não ter actuado em observância com o Contrato e o objectivamente estabelecimento do regime sancionatório, a Administração teria abusado do poder sancionatório, aplicando essa multa de valor tão elevado que excede brutaemente ao lucro obtido no âmbito do presente Contrato.

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

Nestes termos e nos demais de Direito que V. Exas., mui douta e certamente, suprirão, deverão ser declarados improcedentes os pedidos do Recorrente e indeferido o recurso por não se verificarem os vícios por este invocados, mantendo-se, assim, a decisão de aplicação de multa, por ser válida e legal.”

*

Aberta vista ao Digno Magistrado do Ministério Público, foi emitido o seguinte douto parecer:

“在起訴狀及任意陳述詞中，司法上訴人A（以「B」之商業企業主身份）訴請法院撤銷社會文化司司長於2018年12月14日作出之批示，為此目的而提出的訴因如下：I- 欠缺法定程序及違反合同規定—澳門特別行政區體育基金沒有向上訴人發出警告；II- 欠缺法定程序及違反合同規定—欠缺提出退款的條件；III- 訴訟前提錯誤—欠缺足夠救生員屬於不可抗力及具備足夠理由，違反善意原則及合同規定；VI- 違反善意原則、行政當局與私人合作原

則及非官僚化原則；V- 事實前提錯誤、違反法律及善意原則—重複處罰及欠缺證據證明上訴人欠缺批示所指的救生員人數及時數；VI- 違反法律及事實前提錯誤—錯誤計算處罰期間；VII- 違反自由裁量權及適當適度原則、濫用權力。

*

關於上訴人提出的理由，除“VI- 違反法律及事實前提錯誤—錯誤計算處罰期間”外，我們認同答辯狀中所作的反駁。的確，本案P.A.內地書面資料確鑿無疑地顯示：被訴行政當局答辯狀中所陳述的事實—尤其是有關“警告信”和罷工原因的事實—皆符合真實狀態。此外，在尊重不同見解之前提下，我們傾向於認為：被訴行政當局對應適用於本案之法律規範、法律原則和合同條款之解釋也準確、忠實且公允。

遵循澳門的理論學說和司法見解（參見中級法院在第234/2011與第307/2013號程序中之裁判，以及João Gil de Oliveira和José Cândido de Pinho: *Código Civil de Macau Anotado e Comentado*, 2018, Vol. IV, 第572-578頁），我們所得出的推論是：只有外在的（*estranha*）、異己的（*alheia*）和不可抗拒的（*invencível*）事件，才構成不可抗力；任何事件對其「引起者（*causador*）」而言，都肯定不屬於不可抗力—這不僅是法律的要求，亦是倫理的要求。

鑑於此，儘管司法上訴不是討論勞資糾紛的適當程序，從而姑且不論「B」與其僱員之間的是非曲直，但無可爭辯的是：其僱員的罷工或者曠工，必然不構成「B」不履行它和澳門特別行政區體育基金所簽訂之行政合同的不可抗力或免責事由（*causa de justificação*）。

關於上訴人在起訴狀第93條所言之事宜，有必要指出：在2018年9月21日之會議上，即使體育局提出了“將在不科處罰款的情況下與上訴人協議

解除合同”的口頭建議，鑑於雙方未就“解除合同”達成協議，故此行政當局按照合同條款科處罰款不構成出爾反爾，亦不違反善意原則；再者，由於未能就解除合同和賠償損失達成協議，所以，按照合同條款科處罰款是唯一合法的方案，職是之故，善意原則不得成為對抗合法性原則的藉口。

*

依據《行政程序法典》第115條第1款以及相關司法見解（舉例而言，參見中級法院在第334/2017號程序中之裁判摘要第I點），我們認為：被訴批示之“批准”的含義是社會文化司司長閣下完全接受和採納第0204/DGED-P/2018號建議書的提議和理由說明（參見卷宗第21-28頁）。該建議書第2）點結論表明，被訴批示對「B」科處罰款的期間是：竹灣泳池計算科處罰款的期間由2018年年8月18日起至2018年10月31日止。而氹仔中央公園泳池及黑沙公園泳池計算科處罰款的期間由2018年8月22日起至2018年10月31日止。在答辯狀第14條，被訴實體承認第二封警告信（a 2ª advertência）的日期是2018年9月12日。顯而易見，對上訴人科處罰款的期間包含第二封警告信“之前”的日期。

須知，澳門特區體育基金與「B」簽訂之合同第20條明確規定：一、倘乙方不履行或未臻完善地履行本合同規定的任何義務，且不具備足夠理由或事前未獲甲方同意，甲方有權向乙方發出警告信。二、如甲方發出兩(2)次警告信後，乙方仍未履行或未臻完善地履行合同規定的任何義務，須按以下規定繳付罰款（著重號，為我們所加）。在充分尊重不同觀點的前提下，結合第63/85/M號法令第56條和第74/99/M號法令第174條，我們不認回答辯狀第99條所持的觀點。

在我們的法律秩序中，依據《行政程序法典》第167條，行政合同中訂立的罰款及其他類型的處罰（性質上）屬於行政當局的特殊權力（*prerrogativa*），而且資深法官諄諄指出（Lino Ribeiro, José

Cândido de Pinho: Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, p. 941) : A função principal da sanção no contrato administrativo é obrigar o particular a cumprir a prestação a que está obrigado e não a compensar a Administração pelos prejuízos causados pela falta da contraparte.

循該理念，我們傾向認為：行政合同中訂立之罰款或類似處罰，價值底蘊和宗旨所在皆接近強迫性金錢處罰（澳門《民法典》第333條）。關於“強迫性金錢處罰”的中止與目的，學者中肯指出：Destina-se a exercer pressão sobre a vontade do devedor, visa vencer a sua rebeldia, levando-o a cumprir voluntariamente (**Calvão da Silva**,). Em última análise, por conseguinte, a sanção compulsória apresenta um duplo objectivo: por um lado, tem por missão a dignificação da justiça e o respeito pelas decisões dos tribunais e, por outro lado, o favorecimento do cumprimento da relação jurídica violada (João Gil de Oliveira, José Cândido de Pinho: Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Vol. V 2018, p.114)

遵照上引學說的啟發，我們對涉案行政合同第20條第一款和第二款之解釋是：其一，警告信是科處罰款的前提，只有在警告信對「B」不起“督促”作用時，才可以科處罰款；其二，僅可對第二次警告信“之後”仍然持續或出現的不履行或瑕疵履行科處罰款，第二次警告信之前的期間屬於寬限期，不應計入科處罰款的期間。這意味著，依我們的淺見：上訴人提出的“VI- 違反法律及事實前提錯誤—錯誤計算處罰期間”成立，本案存在“處罰期間”的計算

錯誤。

作為補充，我們認為值得提及的一點是：答辯狀第102條混淆了性質不同的兩個概念—罰款和賠償，有必要銘記罰款不是賠償（公法人之）損失的手段—公法人為彌補其自身（在行政合同法律關係中）遭受之損失，須在行政法院提起訴訟（澳門《行政程序法典》第174條），不享有先予執行特權（Lino Ribeiro, José Cândido de Pinho: Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, p. 941）。

綜上所述，檢察院建議法官閣下：裁決A（以「B」之商業企業主身份）勝訴，撤銷社會文化司司長 閣下於2018年12月14日作出之批示，因其存在“處罰期間”的計算錯誤。”

*

Corridos os vistos, cumpre decidir.

O Tribunal é o competente.

O processo é o próprio.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas, estão devidamente representadas e têm interesse processual.

Não existem nulidades nem excepções que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

II) FUNDAMENTAÇÃO

Resulta provada dos elementos constantes dos autos, designadamente do processo administrativo, a

seguinte matéria de facto com pertinência para a decisão do recurso:

2018年3月29日，澳門特別行政體育基金與上訴人簽署「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」公證合同(下稱“該公證合同”)，為體育局管轄的新花園泳池及孫中山泳池提供管理服務，服務期由2018年1月1日起至2019年2月28日止(見卷宗第31至60頁)。

此外，上訴人亦是體育局轄下所有本澳游泳池及水上設施管理服務或救生服務的獲判給者，並簽署了「體育局管轄澳門區游泳池的管理服務」公證合同(見卷宗第275至302頁)、「體育局管轄氹仔區游泳池的救生服務」公證合同(見卷宗第304至315頁)、「體育局管轄澳門區游泳池的救生服務」公證合同(見卷宗第317至328頁)及「南灣雅文湖畔水上單車設施的管理服務」公證合同(見卷宗第330至347頁)。

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

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

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

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

2018年8月23日，體育局代表、勞工局代表、救生員及上訴人舉行四方會議，在會議上上訴人答應了救生員提出的大部份要求，並承諾只要該23

名救生員復工，便不會追究該23名救生員連續七天缺勤一事，並因此使該23名救生員中大部份救生員於翌日起有限度復工。

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

體育局於2018年8月21日向上訴人發出了第一次警告，當中指出倘未能履行公證合同的規定提供足夠救生員服務，將會被處罰(見卷宗第103至105頁)。

上訴人於2018年8月31日回覆體育局(見卷宗第110至113頁)。

2018年9月12日，該24名救生員中有7個又再次突然無預警曠工。

體育局亦於2018年9月12日發出發函編號為1523/DGED-Of/2018的關於體育局管轄離島區游泳池的管理服務-第二次警告信，指體育局認為上訴人陳述的理由並不合理，不能接受為不履行合同責任的理據(見卷宗第125至126頁)。

2018年9月21日，體育局與上訴人於體育局開會。

上訴人於2018年9月24日回覆體育局，重申自2018年8月18日起未能有足夠救生員提供服務一事，屬不可抗力所致，而面對本澳沒有具備足夠合資格的救生員，且極可能不獲勞工事務局批准增聘外地僱員，而即使獲批亦需時兩星期至數個月不等的實際情況，體育局截至當時亦沒有作出任可指示，經考慮上述種種情況後，上訴人對於體育局於2018年9月21日之會議提出雙方協議解除三份合同的安排表示同意(見卷宗第167至170頁)。

2018年9月30日該23名罷工的救生員當中21名救生員又突然在未預先通知公司的情況下缺勤，上訴人亦已於即日通知體育局相關事宜(見卷宗第236頁)。

上訴人亦於2018年10月9日向體育局再次發出書面通知，指出上訴

人尚未與其中18名缺勤救生員取得聯繫，而由於該18名救生員均為外地僱員，即使上訴人解僱該18名救生員後再重新招聘救生員亦需時兩至三星期，屆時泳季已結束而無須相關救生員崗位，因此，上訴人向體育局提出兩種泳池開放方案予體育局選擇(見卷宗第237至238頁)。

而於2018年10月12日體育局發出函件編號1680/DGED-Of/2018回覆選擇方案一，且收悉上訴人將於2018年11月1日起可完全按照服務合同提供全部服務(見卷宗第239頁)。

體育基金於2018年11月5日向上訴人發出罰款筆錄(見卷宗第186至200頁)。

Foi elaborado pelo Departamento de Administração de Instalações Desportivas o seguinte parecer:

“事由: 「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」- 科處罰款事宜

建議書編號: 0204/DGED-P/2018

日期: 5/12/2018

副局長 閣下:

1. 根據社會文化司司長於2017年12月19日在體育基金2017年12月13日第0209/DGED-P/2017號建議書作出批示，批准將「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」判給予B。並且於2018年3月29日體育基金與「B」簽署「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」公證合同(附件1)，服務期由2018年1月1日起至2019年2月28日止，所包括的游泳池為氹仔中央公園泳池、竹灣泳池及黑沙公園泳池。

2. 「B」自2018年8月18日起，因未能提供足夠救生員，致使本局轄下的竹灣泳池暫停開放。另外，自2018年8月22日起，「B」同樣因救生員不足

致氹仔中央公園泳池及黑沙公園泳池需作有限度開放。而自2018年9月30日起，黑沙公園泳池更由有限度開放轉為需暫停開放。

3. 就有關「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」的科處罰款事宜，本局已於2018年10月26日向社會文化司司長上呈第0181/DGED-P/2018建議書匯報情況(附件2)，同時建議根據公證合同的規定，向「B」進行科處罰款，並於2018年10月29日獲社會文化司司長批准。

4. 為此，本局於2018年11月5日與「B」共同簽署了「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」罰款筆錄(附件3)。

5. 及後，本局於2018年11月15日接獲「B」之書面答辯函件(附件4)，其內容回覆「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」罰款筆錄。

6. 「B」在上述函件中提出的答辯理據主要有以下四點：

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

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

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

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

7. 本局經分析「B」之書面答辯函件後，有如下意見：

7.1 透過協定解除合同(雙方協定解除合同)

根據7月6日第63/85/M號法令的規定，在違反合同的情況下，在處

罰方面，判給實體的選擇如下：判給實體單方解除合同(第54條、第57條至第59條)及就違反合同期限科處罰款(第56條)。

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

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

根據題述服務合同第20條的規定，本局發出事先警告信，並就日後有可能科處罰款的工作作出準備。合同的法定制度與第63/85/M號法令的法定制度相比下，前者對獲判給者較為有利，因其規定在展開違反合同而科處罰款的法律程序前須發出兩次警告信。有關竹灣泳池、黑沙公園泳池和氹仔中央公園泳池的第一次警告信分別於2018年8月21日及2018年8月22日發出，而第二次警告信則於2018年9月12日發出。

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

所以，在2018年9月21日，本局將這個可能性提供予B，可是當日沒有收到B明確無疑接納的回覆。由於科處合同罰款的必須程序在進行中，除繼續按法律及合同的規定進行餘下的處罰程序外，本局沒有其他選擇即除踏出有可能單方解除合同的第一步外，本局別無他選。這樣足以解釋為何本局根據第63/85/M號法令第54條的規定，向B發出題述服務瑕疵筆錄。

還應強調的是，簽署上述筆錄後，違反合同的行為並沒有終止。如上所述，相關筆錄於2018年9月21日簽署。數日後，即自2018年9月30日起，原本已被調整運作時間的黑沙公園泳池，因救生員不足而被迫於當日起關閉，這加劇了違反合同的情況。

7.2 不可抗力的情況:

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

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

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

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

事實上，在執行題述合同期間遇到不可抗力的情況，其為2018年9月16日，颱風山竹吹襲澳門特別行政區導致下列泳池損壞而被迫關閉:

氹仔中央公園泳池 – 2018年9月16日至28日；

竹灣泳池 – 2018年9月16日至10月13日；

黑沙公園泳池 – 2018年9月16日至28日。

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

7.3 重複處罰:

B簽署了題述服務的合同，且沒有就該份合同內第20條行文提出任何異議。

事實上，對違反題述合同所科處罰款的計算方式載於合同第20條第2款1)項第(1.1)目、第(1.2)目及第20條第2款5)項中，而不幸的是，對於本局及澳門特別行政區居民來說，違反合同的行為多於一種，且符合該兩項所指的內容。泳池的開放時間不僅出現重大延誤，且往往長時間不對公眾開放，而多個泳池因救生員不足而需要減少運作時間的日子亦常有發生。

7.4 錯誤計算處罰期:

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

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

另一方面，如上所述，服務瑕疵筆錄包括判給實體擬單方解除合

同的事先程序(第54條、第57條至第59條)，因此，給予B履行每份合同的最後期限不可作為界定計算罰款的時刻。正如之前所述，罰款為不履行合同的另一類處罰，而有關處罰則涉及另一類程序。

8. 在「B」書面答辯函件中還有兩點，本局是必須作出說明的：

8.1 「B」的書面答辯第11點及第15點中提及，本局僅接受有達到合同規定的救生員數目能提供服務時，泳池才能開池；並指該公司曾向本局提出減少每個泳池線道的救生員人數。

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

8.2 而在「B」的書面答辯第9點，提及本局嚴格要求獲判給者僅可安排當值的救生員上班時間不能超過每日8小時，以及安排救生員每週休假。

擬指出的是，本局僅要求獲判給者必須遵守《勞動關係法》的相關規定。

9. 根據公證合同內容，氹仔中央公園泳池、竹灣泳池及黑沙公園泳池在泳季，即對公眾開放期間(2018年5月1日起至10月31日止)，必須安排相應數量的救生員駐場，而「B」在泳季結束前(即至10月31日止)仍未能按照公證合同要求安排足夠救生員，以恢復受影響泳池的正常開放。因此，上述3個泳池的科處罰款計算日至2018年10月31日止。

10. 為此，根據「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」的條文規定，竹灣泳池罰款期間由2018年8月18日起至2018年10月31日為止。而氹仔中央公園泳池及黑沙公園泳池罰款期間由2018年8月22日起至2018年10月31日為

止。上述3個泳池共科處罰款金額為澳門幣柒佰陸拾壹萬叁仟伍佰圓正 (MOP7,613,500.00)(附件5)。

法律依據	泳池名稱		法律依據	泳池名稱 氹仔中央 公園泳池	科處罰款 金額
	竹灣泳池	黑沙公園 泳池			
體育局管轄離島區游泳池的管理服務公證合同第二條第十一款2)項及第二十條第二款1)項第(1.1)目	30,000.00	30,000.00	體育局管轄離島區游泳池的管理服務公證合同第二條第十一款1)項及第二十條第二款1)項第(1.1)目	30,000.00	90,000.00
體育局管轄離島區游泳池的管理服務公證合同第二條第十一款2)項及第二十條第二款1)項第(1.2)目	60,000.00	60,000.00	體育局管轄離島區游泳池的管理服務公證合同第二條第十一款1)項及第二十條第二款1)項第(1.2)目	60,000.00	180,000.00
體育局管轄離島區游泳池的管理服務公證合同第2條第11款2)項及第20條第2款5)項	3,024,000.00	2,664,000.00	體育局管轄離島區游泳池的管理服務公證合同第二條第十一款1)項及第二十條第二款5)項	1,655,500.00	7,343,500.00
上述三個泳池科處罰款總金額為				7,613,500.00	

總結:

綜上所述，倘蒙閣下同意有關的內容，謹請向上級作如下建議:

1) 本局認為「B」2018年11月15日書面答辯函件的理由是不能接受。

2) 批准有關「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」合同，竹灣泳池計算科處罰款的期間由2018年8月18日起至2018年10月31日止。而氹仔中央公園泳池及黑沙公園泳池計算科處罰款的期間由2018年8月22日起至2018年10月31日止。

3) 批准根據本局與「B」於2018年3月29日所簽署的「體育局管轄離島區游泳池的管理服務」公證合同中第二條第十一款1)項及2)項、第二十條第二款1)項第(1.1)目、(1.2)目以及5)項的規定，向「B」科處罰款合共澳門幣柒佰陸拾壹萬叁仟伍佰圓正(MOP7,613,500.00)。

上述建議，謹呈 上級考慮。”

Por despacho do Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, de 14.12.2018, foi proferido o seguinte despacho:

“批准。”

*

Vejamos agora os vícios invocados pelo recorrente, segundo a ordem dos fundamentos cuja procedência permita uma maior estabilidade ou tutela dos direitos e interesses do administrado, ao abrigo da alínea a) do n.º 3 do artigo 74.º do CPAC.

Da alegada inobservância de procedimento legal e violação de disposição contratual

Diz o recorrente que nunca recebeu cartas de advertência emitidas pelo Fundo do Desporto, pedindo a

anulação do despacho recorrido por inobservância de procedimento legal.

Sem necessidade de delongas considerações, somos a entender que não assiste razão ao recorrente, por se verificar que, ao contrário do que ele alega, foram-lhe emitidas duas advertências, uma em 21.8.2018 e outra 12.9.2018, pelo que outra solução não resta senão julgar improcedente o recurso quanto a esta parte.

*

Alega o recorrente que no despacho recorrido não foram indicadas as condições de reembolso previstas no n.º 3 da cláusula 20.^a do Contrato de Prestação de Serviços de Gestão das Piscinas, pelo que entende dever ser anulado o despacho com fundamento na violação do procedimento legal.

Ora bem, é verdade que é exigida no n.º 3 da cláusula 20.^a do Contrato de Prestação de Serviços de Gestão das Piscinas a indicação na decisão punitiva das condições de reembolso (presumindo-se ser reembolso da caução prestada pelo recorrente), mas no caso dos autos, como a entidade recorrida apenas limitou-se a aplicar a multa, não tendo apreciado outras questões, pelo que, não se vislumbra que haja necessidade de indicar no mesmo acto recorrido as supostas condições de reembolso, improcedendo, assim, o recurso nesta parte.

*

Da alegada causa de força maior

Vem o recorrente invocar a existência de força maior, em virtude do encerramento ao público da Piscina do Parque Central da Taipa, Piscina de Cheoc Van e Piscina do Parque de Hác-Sá ser devido à participação em “greve” de 24 trabalhadores, sendo 23 nadadores-salvadores, ficando o recorrente impedido de disponibilizar número suficiente de nadadores-salvadores para assegurar o funcionamento daquelas piscinas.

Vejamos.

Para Gil de Oliveira e Cândido de Pinho¹, citando a doutrina de Menezes Cordeiro, “A força maior é todo o evento imprevisível e insuperável, cujos efeitos se produzem independentemente da vontade do indivíduo. Está, de resto, inserido na noção de força maior o vocábulo “impedimento”, o mesmo é dizer, a impossibilidade de o titular poder fazer valer os seus direitos, nela se incluindo a impossibilidade efectiva, temporária e absoluta.”

No caso dos autos, não obstante não haver muitos nadadores-salvadores que reúnam condições para assegurar o funcionamento das piscinas públicas de Macau, mas tal já não era novidade, devendo o recorrente bem saber dessa situação aquando da abertura do respectivo concurso público para prestação de serviço de gestão e de

¹ Código Civil de Macau, Anotado e Comentado, Volume IV, pág. 575

salvamento nas piscinas afectas ao Instituto do Desporto.

Isto significa que o recorrente devia ter previsto e assumido o risco de enfrentar com problema de falta de nadadores-salvadores, pelo que não podemos afirmar que o encerramento ao público das piscinas constitui algo imprevisível para o recorrente, antes pelo contrário, foi resultado de má gestão por parte do mesmo.

Ademais, não se diga que o abandono pelos 23 trabalhadores do seu posto de trabalho constituiria uma situação insuperável.

Em boa verdade, para que se verifique um caso de força maior, compete ao interessado alegar e provar que está perante um caso imprevisível e insuperável. No caso dos autos, ainda que os trabalhadores, sendo na sua maioria nadadores-salvadores, tivessem efectivamente abandonado o seu posto de trabalho, não se mostrava comprovada a inexistência de outros meios ou medidas que permitissem superar aquela situação.

Isto quer dizer que o recorrente não logrou demonstrar que estava impossibilitado de recorrer a outras soluções ou alternativas com vista a resolver a questão de falta de pessoal, por forma a evitar o encerramento ao público das piscinas, como por exemplo, oferecendo um salário mais alto a outros nadadores-salvadores cuja qualificação profissional está

reconhecida, ou pedindo a outros seus trabalhadores que prestassem trabalho extraordinário (dentro dos limites legalmente previstos) para poder assegurar o funcionamento normal de todas as piscinas afectas ao Instituto do Desporto de Macau, mediante pagamento de compensações adicionais, etc.

Uma vez que não logrou a prova dessa impossibilidade, não podemos concluir pela verificação do caso de força maior.

*

Da alegada violação dos princípios de boa-fé, da colaboração entre a Administração e os particulares, e da desburocratização

O recorrente entende que o Instituto do Desporto, ao exigir-lhe que concedesse aos nadadores-salvadores 30 minutos de descanso depois de cada 90 minutos de trabalho, assim como que aqueles nadadores-salvadores não pudessem prestar mais de 8 horas de serviço por dia, estava a exigir mais do que a lei laboral exige.

Mais alega que, ao manifestar a discordância com a proposta formulada pelo recorrente quanto ao despedimento em massa dos 22 salvadores-nadadores em greve, com o objectivo de permitir o recrutamento de novos nadadores-salvadores na China, a Administração está a violar os princípios de boa-fé, da colaboração entre a

Administração e os particulares, e da desburocratização.

Ademais, alega ainda que, ao ter informado que apenas pretendia revogar o contrato e não aplicar qualquer sanção, mas a final veio a aplicar a multa ao recorrente, está em causa um venire contra factum proprium por parte da Administração.

Vejamos por partes.

Em primeiro lugar, sem necessidade de delongas considerações, dúvidas não restam de que a exigência de observância da Lei das Relações de Trabalho nunca pode traduzir-se em violação dos princípios de boa-fé, da colaboração entre a Administração e os particulares, e da desburocratização.

E quanto ao facto alegado pelo recorrente de que a Administração manifestou a sua discordância com a proposta formulada pelo recorrente relativamente ao despedimento em massa dos 22 salvadores-nadadores em greve, tal proposta consistia em mera opinião da Administração e não vinculava o recorrente. Sendo assim, cabe ao recorrente decidir qual seria a melhor solução para resolver o problema de insuficiência de nadadores-salvadores com vista a assegurar o funcionamento das piscinas, não se vislumbrando, em consequência, a pretensa violação dos princípios de boa-fé, da colaboração entre a Administração e os particulares, e da

desburocratização.

E no tocante à alegada violação de boa-fé, na vertente de venire contra factum proprium por parte da Administração, apenas ficou demonstrado que durante a reunião realizada nas instalações do Instituto de Desporto, foi informado ao recorrente de que havia soluções para resolver a situação que enfrentava naquela altura, a saber, aplicação de multa, resolução do contrato e pedido de indemnização, mas não há prova de que a Administração prometeu não aplicar a multa mas que posteriormente deu o dito por não dito.

Daí que, ao ter decidido, a final, aplicar a multa ao recorrente, não se verifica que a Administração tenha cometido qualquer violação de confiança criada por sua conduta, improcedendo, assim, as razões aduzidas pelo recorrente.

*

Da alegada repetição de punição

Entende o recorrente que a Administração não podia aplicar simultaneamente as multas previstas na cláusula 20.^a, n.º 2, alínea 1), subalíneas 1.1) e 1.2) e na cláusula 20.^a, n.º 2, alínea 5) do Contrato de Prestação de Serviços de Gestão das Piscinas.

Prevê a cláusula 20.^a, n.º 2, alínea 1), subalíneas 1.1) e 1.2) o seguinte:

"1) Caso de verifique atraso na abertura ao público das piscinas situadas nas Ilhas (Piscina do Parque Central da Taipa, Piscina de Cheoc Van e Piscina do Parque de Hác-Sá) e por motivos comprovados não imputáveis ao primeiro outorgante:

1.1) Por cada atraso de um (1) a três (3) dias, o primeiro outorgante reserva-se o direito de aplicar ao segundo outorgante uma multa diária de dez mil patacas (MOP10.000,00);

1.2) Ultrapassando o prazo referido na subalínea 1.1) da presente cláusula, a partir do quarto ao sétimo dia, o primeiro outorgante reserva-se o direito de aplicar ao segundo outorgante uma multa diária de quinze mil patacas (MOP15.000,00).

Por sua vez, dispõe a cláusula 20.^a, n.º 2, alínea 5) o seguinte:

"Caso o número de trabalhadores e o número de horas de serviços prestados pelo segundo outorgante não correspondam ao determinado no presente contrato e a situação acumule por três (3) vezes, o primeiro outorgante reserva-se o direito de lhe aplicar uma multa horária de mil patacas (MOP1.000,00) por cada falta de trabalhadores nas situações que se seguem."

Salvo o devido respeito por opinião contrária, somos a entender que se tratam de situações diferentes, mais precisamente, uma coisa é as piscinas não poder abrir ao público por motivos não imputáveis à entidade administrativa, antes foi devido a razões imputáveis ao recorrente, outra é o recorrente não dispor de trabalhadores suficientes ou não prestar o número de horas de serviços contratualmente acordado.

Caso assim não entendesse, o recorrente poderia fugir à aplicação da multa relativamente à insuficiência do número de trabalhadores ou do número de horas de serviços, bastando para tal proceder o encerramento das piscinas.

Nestes termos, sem necessidade de delongas considerações, somos a entender que não existe a alegada repetição de punição, improcedem, assim, as razões invocadas pelo recorrente.

*

Do alegado erro nos pressupostos de facto no tocante à determinação do período sujeito a punição

Segundo entende o recorrente, só depois de emitida a segunda advertência ao recorrente, e se este continuava a não cumprir as obrigações contratuais, é que a Administração podia aplicar-lhe a respectiva multa.

A nosso ver, afigura-se ter razão o recorrente.

Prevê a cláusula 20.^a, n.º 2 do Contrato de Prestação de Serviços de Gestão das Piscinas o seguinte:

“二、如甲方發出兩(2)次警告後，乙方仍未履行或未臻完善地履行合同規定的任何義務，須按以下規定繳付罰款。”

E dispõe a cláusula 20.^a, n.º 5 do mesmo Contrato o seguinte:

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

Ora bem, é bom de ver que, tal como sustenta o Digno Magistrado do Ministério Público, só depois de emissão da segunda advertência escrita (ou seja, decorrido o prazo de tolerância), se o recorrente continua a não cumprir as obrigações contratuais por ele assumidas, é que pode a Administração aplicar a multa prevista na cláusula 20.^a, n.º 2 do Contrato de Prestação de Serviços de Gestão das Piscinas.

O mesmo acontece com a multa prevista na cláusula 20.^a, n.º 5 do mesmo Contrato, segundo a qual só depois de emitida a segunda advertência escrita, mas o recorrente continua a não cumprir as obrigações contratuais assumidas, mais precisamente, se vier a

verificar-se a falta de pessoal, por três vezes, após a emissão da segunda advertência escrita, é que pode a Administração aplicar a multa prevista nessa cláusula contratual.

No vertente caso, está provado que a segunda advertência escrita foi emitida em 12.9.2018, sendo assim, ao efectuar o cálculo das multas a partir de 18.8.2018 e 22.8.2018, respectivamente, há erro nos pressupostos de facto, uma vez que ainda não foi emitida a segunda advertência escrita ao recorrente, devendo, em consequência, ser anulado o acto administrativo impugnado por estar inquinado do vício de violação de lei.

*

Da alegada desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, violação do princípio da proporcionalidade e existência do abuso de direito

Entende o recorrente que ao ser-lhe aplicada uma multa tão elevada, a Administração está a abusar do seu poder sancionatório e viola o princípio da proporcionalidade.

Em boa verdade, perante o incumprimento das obrigações contratuais, a Administração pode escolher a solução que melhor entender, a saber, aplicação de multa, resolução do contrato ou/e pedido de indemnização. Nesta circunstância, a Administração está a exercer os seus

poderes discricionários.

Entretanto, uma vez escolhida a aplicação da multa, a Administração está vinculada às regras e fórmulas previstas no Contrato de Prestação de Serviços para cálculo do montante da multa.

Isto significa que, no cálculo do valor da multa, não há lugar a discricionariiedade, antes está em causa o exercício de poderes vinculados da Administração, improcedendo, assim, as razões invocadas pelo recorrente nesta parte.

Em suma, por o acto administrativo estar inquinado do vício de violação de lei no que respeita à fixação da data a partir da qual se deve proceder ao cálculo da multa, há-de julgar procedente o recurso contencioso.

III) DECISÃO

Face ao exposto, acordam em julgar procedente o recurso contencioso, anulando o acto administrativo impugnado.

Sem custas, por a entidade recorrida estar isenta.

Registe e notifique.

RAEM, 28 de Janeiro de 2021

Tong Hio Fong

Rui Carlos dos Santos P. Ribeiro

Lai Kin Hong

Mai Man Ieng