澳門雜誌 Legisiuris

Legisiuris de Macau

em REVISTA

年 1
2013年04月
Nº 1

CREDDM

Centro de Reflexão, Estudo
e Difusão do Direito de Macau
澳門法律反思研究及傳播中心

澳門雜誌 Legisiuris

Legisiuris de Macau em Revista

學說部分

一。遏止澳門娛樂場的洗黑錢活動. Jorge Godinho – 澳門大學法學院副教授

第二。浮動押記 – 珠江三角洲地區法律架構注解. José Augusto de Carvalho Lourenço, 法律顧問

第三。強制締約制度解析 – ——以澳門法為主要研究視角. 劉怡

司法見解部分

一。出庭前的醫療程序：第218/211號案件中裁決的簡要說明. Vera Lúcia Raposo, University of Coimbra法律學院副教授生物醫學法中心. (Vieira de Almeida & Associados)律師顧問

法例

一。澳門特別行政區存款保障基金. João Calvão da Silva, 葡萄牙科英布拉大學法學院正教授

第三。澳門特別行政區 – 第9/2012號法律 – 存款保障制度

第二。反吸煙新法. Jorge Godinho, 澳門大學法學院副教授

第三。澳門特別行政區 – 第5/2011號法律 – 預防及控制吸煙制度

SECÇÃO DE DOUTRINA

1. A Prevenção do Branqueamento de Capitais nos Casinos em Macau. Jorge Godinho, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

2. Garantia Flutuante - Notas sobre o seu enquadramento jurídico na região do delta do rio das pérolas. José Augusto de Carvalho Lourenço, Assessor Jurídico

3. Análise do Sistema Contratual Obrigatório - Liu Yi, Doutorando em Direito Civil e Comercial, Universidade de Ciência e Tecnologia de Macau

SECÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

1. O Acto Médico Perante o Olhar Judicial: Breve Apontamento à Decisão Proferida no Processo n.º 218/211. Vera Lúcia Raposo, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico. Advogada-Consultora (Vieira de Almeida e Associados)

SECÇÃO DE LEGISLAÇÃO

1. Fundo de Garantia de Depósitos na RAEM. João Calvão da Silva, Professor Catedrático da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra

2. Região Administraviva e Especial de Macau - Lei n.º 9/2012 - Regime de Garantia de Depósitos

3. A nova lei do tabaco. Jorge Godinho, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

4. Região Administraviva e Especial de Macau - Lei n.º 5/2011 - Regime de Prevenção e Controlo do Tabagismo

技術資料表

題目
澳門雜誌Legisiuris
CRED-DM
澳門法律反思研究及傳播中心
官樂怡基金會
官樂怡行政委員會
-官樂怡 （主席），
Rui Pedro Cunha, 江可為 (副主席)
Isabel Cunha, Connie Kong (委員)
總監
郭麗茹 (filipa@fundacao-rc.org)
編輯委員會
Jorge Godinho,
郭麗茹 - 行政編輯
編輯
Jorge Godinho, João Calvão da Silva,
Vera Raposo, José Lourenço, Liu Yi
行政委員會助理
羅秀麗 (sofia@fundacao-rc.org)
行政委員會秘書/協助翻譯
布慧娜 (sara@fundacao-rc.org)
翻譯
Paulo Leite, Elsa Rodrigues, Office 88 Ltd
封面圖片
江可為
平面設計及插圖 照片編輯
Célia Brás
電話
(853) 28923288
電郵
cred-dm@fundacao-rc.org
郵寄
澳門法律反思研究及傳播中心 - 出版
官樂怡基金會
澳門南灣大馬路749號地下
澳門價錢
澳門幣$150.00
聯絡
請電(853) 28923288
或發電郵至cred-dm@fundacao-rc.org
出版社
官樂怡基金會 - Célia Brás
行政出版
中華人民共和國 澳門南灣大馬路749號地下

版權/ 編輯
官樂怡基金會

日期
2013年04月
印刷
匯豐印務
發行量
400

Ficha Técnica

Título
Legisiuris de Macau em Revista
CRED-DM
Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau
Fundação Rui Cunha
Conselho de Administração
Rui Cunha (presidente);
Rui Pedro Cunha, João Tubal Gonçalves
(vice-presidentes);
Isabel Cunha e Connie Kong (vogais)
Director Executivo
Filipa Guadalupe (filipa@fundacao-rc.org)
Conselho Editorial
Jorge Godinho,
Filipa Guadalupe (Editores Executivos)
Colaboraram Nesta Edição
Jorge Godinho, João Calvão da Silva,
Vera Raposo, José Lourenço, Liu Yi
Assistente do Conselho de Administração
Sofia Sales Lopes (sofia@fundacao-rc.org)
Secretária da Direcção e Assistente de Tradução
Sara Pinto (sara@fundacao-rc.org)
Tradução
Paulo Leite, Elsa Rodrigues, Office 88 Ltd
Fotografia da Capa
João Tubal Gonçalves
Grafismos, Ilustração e Tratamento de Imagem
Célia Brás
Telefone
(853) 28923288
Email
cred-dm@fundacao-rc.org
Correio
CRED-DM - Publicações,
Fundação Rui Cunha
Avenida da Praia Grande, n.749 - R/C, RAEM, China
Preços em Macau
MOP 150.00
Contactos
Telefone - (853) 28923288;
e-mail - cred-dm@fundacao-rc.org
Produção
Fundação Rui Cunha - Célia Brás
Sede: Administração e Publicidade
Av. da Praia Grande, n.749 - R/C, RAEM, China
Propriedade/Editora
Fundação Rui Cunha
Data
Abril 2013
Tipografia
Fábrica de Imprimir Vui Fong
Tiragem
400

目錄 / Índice

遏止澳門娛樂場的洗黑錢活動
頁. 4
A Prevenção do Branqueamento de Capitais nos Casinos em Macau
Pag. 15

浮動押記
頁. 28
Garantia Flutuante
Pag. 50

強制締約制度解析
頁. 76
Análise do Sistema Contratual Obrigatório
Pag. 84

在法庭上的醫療程序看：簡要說明決定的情況下沒有º 二百一十一分之二百十八
頁. 95
O Acto Médico Perante o Olhar Judicial: Breve Apontamento à Decisão Proferida no Processo n.º 218/211
Pag. 110

在澳門的存款擔保基金
頁. 128
Fundo de Garantia de Depósitos na RAEM
Pag. 132

第9/2012號法律 / Lei n.º 9/2012
Pag. 137

反吸煙新法
頁. 144
A Nova Lei do Tabaco
Pag. 148

第5/2011號法律 / Lei n.º 5/2011
Pag. 153

序

為慶祝官樂怡基金會設立一周年，我非常榮幸可以介紹第一期的[澳門雜誌Legisiuris]。

每一年我們會定期推出這本雜誌。澳門法律反思研究及傳播中心希望借此能在澳門的法律界填補漏洞。讓法律專業人士、本地及國際學術人員及有專業技術認可的人士表達個人意見分享個人知識。

雜誌分爲3大部分(學說部分、司法見解部分及法例部分)。 [Legisiuris雜誌]希望成爲一個自由公開的法律平台，展示每一個人的個人意見“stricto sensu” 是以法律技術為基礎。

我們希望通過這項練習，鞏固澳門法律。雜誌不但展示個人意見，亦為法律界的人士提供澳門法律的另外一種技術工具。

雜誌是澳門法律反思研究及傳播中心的出版物，我們會提供雙語翻譯 – 中/葡。

最後，我們衷心感謝每一位協助完成這部雜誌的人士。

這次我們的夢想作品終于實現了!

澳門及法律界人士，希望讀者們會喜歡這個作品，我們會繼續為澳門，無私奉獻，精益求精!

基金會主席
官樂怡

Nota de Abertura

Por ocasião do primeiro aniversário da Fundação a que tenho a honra de presidir, é com profunda alegria e enorme satisfação que apresento a nossa Primeira Revista Jurídica Legisiuris de Macau em Revista.

Com o lançamento desta publicação que se quer periódica ao longo de todo o ano, o CRED-DM – Centro de Reflexão, Estudo, e Difusão do Direito de Macau, colmata uma lacuna no universo jurídico da RAEM, dando voz a todos os profissionais forenses, académicos locais, nacionais e internacionais, e demais personalidades cuja competência e qualidade técnica, constituem, de per si, o requisito necessário à partilha de conhecimentos e difusão de saberes.

Dividida em três grandes Secções (Doutrina, Jurisprudência e Legislação), a Legisiuris pretende ser um espaço de direito livre e aberto, onde apenas relevará o comentário stricto sensu, numa óptica exclusivamente técnico-jurídica, desprovido de todo e qualquer conteúdo individual ou personalista no que à autoria do que se escolhe comentar diz respeito.

Através deste exercício jurídico, nada mais pretendemos se não contribuir para uma cada vez maior sedimentação e consolidação do Direito de Macau, não apenas através de espaços de exposição e registo perpétuo de opiniões, como também, e muito especialmente, dotando e disponibilizando a todos os profissionais forenses um conjunto cada vez mais vasto de ferramentas técnicas e especificas deste Direito único e singular como é o Direito de Macau.

Na senda, daquela que já é uma marca do CRED-DM, também esta publicação é disponibilizada a toda a comunidade em versão bilingue (Chinês/Português).

Por último, uma palavra de profundo agradecimento a todos quantos colaboraram, activamente, para que, mais este objectivo se tornasse realidade.

O homem sonha, a obra nasce!

A toda a comunidade forense mas sobretudo a Macau, resta-me desejar BOAS LEITURAS na prossecução de um Macau cada vez Mais e Melhor!

O Presidente da Fundação
Rui Cunha

遏止澳門娛樂場的洗黑錢活動

Jorge Godinho

澳門大學法學院副教授
jgodinho@umac.mo / jg.macau@gmail.com

1. 起點；2. 娛樂場的洗黑錢風險；3. 演變和來源；4. 遏止機制：一般方面；5. 客戶相關責任；6. 保存記錄；7. 報告責任；8. 內部程序；9. 金融情報辦公室；10. 最後評論

1. 起點

每個法律問題取決於一組假設。因此，儘管簡短，從一開始就提出與娛樂場洗黑錢的風險有關的問題依據是很重要的。

所有文明都拿運氣博彩來做試驗，不是純粹為了娛樂而作為消遣，就是為了獲得金錢。因此發明出種類繁多的遊戲。這些遊戲以屬於隨機來源（即獲得不可預測結果的方法）的物件或過程為依據：骰子、撲克牌、硬幣、輪盤、抽獎、幸運輪盤、機械過程、電腦程式（隨機數字產生器）和許多可能以金錢或其他資產投注的其他遊戲的不同種類和組合。由於博彩中使用的物件與博彩規則和投注系統整體上共同構成有限的範圍，因而結果僅在若干最大限度內隨機出現。因此，從概念上說，有可能通過全面的科學途徑得知所有可能的結果，以及參與者獲得收益的理論概率。

數學的進步和概率讓長久向公眾提供運氣博彩的商業企業得以創立。這些企業須以數學為基礎來經營，長遠來說才不會失敗。該基礎依賴所有賭枱遊戲的賭場優勢或理論贏率的存在[1]，保證了博彩公司的財務償付能力，讓國家可持續地徵收稅款。[2]

相反，玩家的勝算在起初始終不大，即使只有細微差距。例如，在百家樂中賭場優勢是投注莊家1.06%，投注閑家1.24%，平局14.36%[3]。因此只有少數賭客能贏取一些錢，而有些運氣克服賠率至關重要；取決於遊戲，擁有某種技術可能也不可缺少[4]。這種現實是大眾智慧的基礎，據此，在博彩中穩定持續地獲勝的唯一方法是成為娛樂場的擁有者。

其次，從另一個角度看，這意味著實際上只有少數玩家成功在已授權的遊戲中贏錢。在這方面，基於隨後評論的依據的基本事實是，合法的博彩是一種受監管的娛樂和獲得完全認可的財產的方法，受法律體系保護：因此，在合法博彩中贏得的金錢是‘乾淨錢’。一般來說，任何年齡超過18或21歲[5]的人士可合法在獲授權博彩遊戲中投注。幸運是合法的，簡言之，贏錢是合法的[6]。因此，法律上允許參與賭博的人

1. 賭枱遊戲中，玩家與娛樂場對賭。根據數學知識和能在短期內應付任何偏差的資本儲備，娛樂場可成功地接納任何賭注和投注者（“來者不拒”），長期來看只贏不輸。在玩家互賭且娛樂場沒有參與的遊戲（如麻將和撲克牌）中，娛樂場對每種遊戲收取統一費用。

2. 數學家在20世紀60年代發現，二十一點的算牌法是一種特例（且在沒有採用預防措施的娛樂場裏可能仍會如此）；參看愛德華•索普（Edward Thorp）的經典著作《打敗莊家：二十一點遊戲的獲勝策略》(*Beat the Dealer: a winning strategy for the game of twenty-one*)第二版，Vintage Books，紐約，1966年。有關問題通過有關主題的小說和電影進入主流觀眾的想像中，尤其是本•莫茲裏奇（Ben Mezrich）的《滿堂喝彩：六名麻省理工學生從維加斯贏得百萬美元的內幕》（*Bringing down the house: the inside story of six MIT students who took Vegas for millions*）一書（自由出版社，紐約，2002年）其後在2008年為電影業改編成電影《決勝21點》，主演是凱文•史派西（www.sonypictures.com/homevideo/21）。

3. 詳見Robert Hannum和Anthony Cabot的《實用娛樂場數學》（*Practical Casino Math*）第二版，Trace，拉斯維加斯，2005年，第99頁和後續頁。

4. 在二十一點中，有一種基礎策略以數學假設為前提，如果不遵從這種基礎策略，則會削減玩家的賠率，進一步有利於娛樂場。

5. 我們可能還記得，近期由8月27日頒佈的第10/2012號法律引入的立法修訂將進入娛樂場和在娛樂場參與賭博和工作的最低年齡提高至21周歲，所有其他形式的合法博彩活動（對足球遊戲或籃球的體育博彩、賽馬或賽狗博彩、即發彩票或‘刮刮卡’和中式彩票白鴿票）則保持在18周歲的最低年齡。有關8月27日頒佈的第10/2012號法律生效前的情況的討論，參看Jorge Godinho的《*Menores em casinos: é necessário alterar a lei?*》，載於*澳門大學法學院公告*（隨索隨有）和《*Revista de Direito Público*》，第二卷，第4期，2010年，第127頁和後續頁。

6. 這種陳述也許需要就博彩和投注合同的法律效力問題展開辯論，在本文中可能不適用。參看Jorge Godinho的《1999年澳門<民法典>有關博彩和投注合同的規定》（The regulation of gaming and betting contracts in the 1999 Macau Civil Code），博彩法評論和經濟學（Gaming Law Review

士在合法博彩（沒有欺詐或作弊成分[7]）中贏得的金錢不是‘髒錢’。

從90年代初開始，這個事實已被確認為整個博彩業的弱點或漏洞和關注的緣由，特別是側重在娛樂場方面。其實，由於多種原因，娛樂場的業務在本質上具有金融性質：依賴與現金等值的博彩籌碼；娛樂場內有大量流通的現金；娛樂場提供定金存放和發行支票等某些金融服務。娛樂場24小時對外開放，從全球來看是一個蓬勃發展的行業。

金融行動特別工作組（FATF）已經指出通過娛樂場洗黑錢的風險。因此，已就此立法，但最多相當於最初為銀行業創立的監管模式的延續，並構成更廣義的監管機構的一部分[8]。

接下來數頁是討論在中華人民共和國澳門特別行政區（最大的博彩市場[9]），進行遏止娛樂場幸運博彩洗黑錢活動機制的一些假設。

鑒於對防止博彩特許經營者[10]或博彩仲介人落入‘壞人之手’的基本憂慮，本文不會討論這方面的另一種風險來源。政府就此制定了某些規則，用於控制博彩特許經營者的擁有權、其公司高級人員和主要員工，強調適宜程度的法律規定。這對博彩仲介人特別重要[11]。

2. 娛樂場的洗黑錢風險

a) 一般方面

正如剛才所見，在合法博彩活動中贏錢獲法律體系認可。這意味著，如果可能通過任何方式，給予有非法來源的資金（特別是犯罪所得）成為在娛樂場遊戲或其他形式的合法化博彩（如彩票）贏得的獎金的表像，則實際上這些資金會通過這種方式‘清洗’、‘沖洗’或‘回收’[12]，並獲得通過合法的方式得來的表像，因此更難證實其真正來源，且會影響國家作出充公的宣佈。

掩飾資金真實來源的過程，其後試圖在博彩中給予據稱的合法來源，這可通過多種方法實施[13]。簡單來說，娛樂場的洗黑錢活動[14]通常有

---

and Economics），第11卷，第3期，2007年，第572頁和後續頁。

7. 否則可能要承擔民事和刑事責任。欺詐性博彩是犯罪行為，可根據7月22日頒佈的第8/96/M號法律第6條予以處罰：“*凡欺詐地經營或進行賭博，或透過錯誤、欺騙或使用任何設施以確保幸運者，處1至5年徒刑或罰金。*”作弊者贏得的金錢屬犯罪所得。根據民法，澳門《民法典》第1171(2)條規定了獎金的失效情況：“*如在執行有關合同中有欺詐行為，則對該作出欺詐行為之人，合同不產生任何使其受益之效力。*”在此討論範圍之外的，是其他可影響博彩或投注合同效力的問題。有些情況中，某位元特定客戶可能不得參與賭博，例如其未滿21周歲（參看註5），或其為公務員；兩種情況均與玩家的個人問題有關，不會在本文中加以討論。某些特例的存在並不影響一般的看法，即通常在合法化博彩活動中贏錢是合法的。

8. 如需瞭解一般概述，參看Jorge Godinho的《*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*》，載於與 Leonel Alves、Paulo Cardinal（協作）的《*Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa*》，Coimbra Editora，科英布拉，2009年，第139頁和後續頁。（葡文版和中文版）如需索取本文的英文版，參看比較資料：Jorge Godinho的《澳門特區的犯罪控制金融策略》（*Financial strategies of crime control in the Macao SAR*），載于Jorge Godinho（編輯）的《澳門民事、商務、憲制和刑事法律的研究》（Studies on Macau civil, commercial, constitutional and criminal law），律商聯訊，香港，2010年，第249頁和後續頁。

9. 2012年第三季度，娛樂場的數目為35家。本文專注於番攤、百家樂、二十四點、輪盤或骰寶等幸運博彩。在澳門其他形式的合法博彩（即彩票、互相博彩和體育博彩）中，如果情況可能較罕見，由於中獎彩票或中獎賭注向持票人發行，所以可能通過這些彩票或賭注的交易進行洗黑錢活動。

10. 澳門對銀行擁有權和娛樂場擁有權實施幾乎無懈可擊的分離策略：這只能同時進行。據此，自1989年起屬於澳娛/澳博的誠興銀行在2009年被工商銀行（中國最大的銀行之一）合併。此外，現有子特許經營者/特許經營者無法繼續收購位於澳門的小型金融機構。子特許經營者/特許經營者僅允許經營外匯櫃檯；除遵守一般規則外，這些公司也須遵守澳門金融管理局為遏止洗黑錢活動而批准的特定準則。有關準則在若干方面與博彩業的現有準則不同。

11. 參看9月24日頒佈的第16/2001號法律第14和23條；10月29日頒佈的第26/2001號行政法例第6條和後續條款；4月1日頒佈的第6/2002號行政法例第6條、第8條和後續條款。

12. 有關術語，參看比較資料：Jorge Godinho的《*Do crime de branqueamento de capitais. Introdução e tipicidade*》，Almedina，科英布拉，2001年，第26頁。

13. 有關該主題的主要資料提供機構之一已提供若干例子，參看博彩監察協調局（DICJ）頒佈的第2/2006號指引（目前生效）。如需瞭解在美國提供的例子，參看金融犯罪執法網路的《娛樂場可疑活動報告指引》（*Suspicious activity reporting guidance for casinos*），2003年。

14. 由於澳門沒有監管於線上操作的幸運博彩的特定情況下的洗黑錢活動，我們不會提及這方面的風險。不管怎樣，也許值得一提的是，由於在識別客戶方面更加努力，以及在另一方面，每個賭注均有電腦系統記錄，所以風險通常較低。有關這個主題，參看Graham Brooks的《線上博彩與洗黑錢：內幕觀點》（*Online gambling and money laun-*

兩種目的。

主要或一般目的在於通過娛樂場改變資金，通常以購買博彩籌碼為切入點，然後投下通常價值減少的賭注或在大多數情況下互相抵消的賭注（輪盤中為黑色和紅色，體育博彩中為對壘雙方等），以避免損失大量金額。最後通過由娛樂場發出的支票兌換籌碼作為結束。

另一個次要或輔助目的，可能是確保分拆或分開這一切交易（購籌、下注、兌籌），藉此每項交易均不會超過觸發業務自動記錄的金額[15]，行內話中稱這種慣例為‘化整為零’。

b) 澳門的情況

在澳門的特定情況中，重要的是考慮到有關娛樂場的博彩市場的具體結構，以及注意博彩仲介人的主要角色（在其最大的細分市場貴賓百家樂中稱為“仲介人”）。一份重要的國際報告提及了有關事項[16]。除上述一般情況外，主要的憂慮與大量獲授權博彩仲介人（幾乎達兩百家[17]）的存在有關。這些博彩仲介人參與籌集中國內地（大部分前往澳門娛樂場的‘大賭客’的源頭）的資金流。博彩仲介人的經濟規模可能有天淵之別，介乎小型個人獨資企業和大型公司之間。若干仲介人在香港和納斯達克交易所上市。

到底是什麼使博彩仲介人在法律體系中不同？通常，仲介人是一家代理商，負責吸引或聚集玩家，並將玩家帶給子特許經營者/特許經營者，從而收取傭金（理論上可有多種形式[18]）。澳門仲介人也可根據6月14日頒佈的第5/2004號法律為博彩活動放貸[19]。大家都知道仲介人插手轉移資金或分佔某些賭枱或博彩廳的收益。其實，仲介人（或至少規模較大的仲介人）通常經營所謂的‘貴賓廳’，即與其他類似博彩廳和大眾市場隔離的博彩區域，擁有僅限於某家娛樂場且屬於自己的博彩籌碼。我們承認貴賓廳至少可作統計和稅項用途。據FATF和APG的資料，仲介人存在若干漏洞，包括仲介人的干預建造了額外一層可能無助於瞭解玩家的身份和資金的來源；以及並非所有司法權區可監管博彩仲介人及/或其各自的辦事處[20]。鑒於子特許經營者/特許經營者和博彩仲介人之間的商業利益有潛在衝突，有關問題變得複雜了[21]。

關於這種事件，應該注意的是，眾所周知，澳門特區擁有自主的金融體系，特點在於資金可自由流動。即使不完全是避稅天堂（這裡需繳交所得稅）或聲譽卓著的國際金融中心，但澳門確實有吸引人的方面。在中國，資金不能自由流動：攜帶資金到國外的限額為人民幣

---

dering: views from the inside），《洗黑錢控制雜誌》（Journal of Money Laundering Control），2012年，第304頁ss.；Anthony Cabot和Joseph Kelly的《互聯網娛樂場與洗黑錢活動》（*Internet casinos and money laundering*），《洗黑錢控制雜誌》，1998年，第134頁和後續頁。

15. 為500,000港元/澳門元，約合62,500美元。參看註49和相關內文。

16. 比較資料：FATF/經合組織（OECD）和亞太反洗黑錢組織(APG)的《娛樂場和博彩業的漏洞》（*Vulnerabilities of Casinos and Gaming Sector*），2009年3月。該報告主要為對犯罪性質的初步分析，旨在指出在該領域中發現的風險、問題、趨勢和弱點，與FATF以“類型學”之名展開的具有該性質的眾多研究一致。該研究專注於博彩仲介人的某些細節，尤其在澳門方面；參看第47頁和後續頁。

17. 持牌博彩仲介人的最新名單載於《公報》編號:4，第二組，2012年1月26日，第681至688頁。

18. 即：在到達娛樂場時存入的某個百分比的金錢（定金）；從購買的‘死碼’或‘活碼’中抽取的傭金；從損失中抽取的傭金；或下注金額的某個百分比。參看註腳16 FATF/OECD和APG的《娛樂場和博彩業的漏洞》，第48頁。該類事件是立法干預的物件（通過8月10日的第27/2009號行政法例和2009年9月21日頒佈的《公報》38號所載第83/2009號經濟財政司司長法令實行）。立法干預忽略計算基準，將傭金的金額上限設定為下注總金額的1.25%（累計淨額）。澳門沒有監管計算補償的方法，而是讓市場來做。引用標準的最後一部分強調了這方面（‘忽略計算基準’）。

19. 參看 J. Godinho的《*Créditoparajogo em Macau*》,載於Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau第25號，2008年，第91頁和後續頁；Jorge Godinho的《澳門博彩業的信貸》（*Credit for gaming in Macau*），載於博彩法評論和經濟學，第10(4)卷，2006年，第363頁ss；Jorge Godinho的《娛樂場和顧客的信貸協議要獲得政府的事先批准嗎？有關永利度假村訴Mong Henry案的評論》（*Should credit agreements between casinos and patrons be subject to prior government approval? A note on Wynn Resorts (Macau) SAv. Mong Henry*），載於博彩法評論和經濟學，第 14(7)卷，2010年，第541頁和後續頁。

20. 參看註16比較資料：FATF/OECD和APG的《娛樂場和博彩業的漏洞》，第48至49頁。

21. 這種博彩仲介人和娛樂場的利益衝突源於娛樂場在獲得客戶方面的利益，無須向代理商支付傭金。其實，由於貴賓玩家（‘大賭客’或甚至‘鯨魚’）有能力每注押下鉅款，因此產生大筆收益。吸引和挽留這類客戶明顯須通過仲介人試圖限制有關玩家身份的消息而實施保護性措施。任何情況中，該市場分部幾乎均有利可圖，因此營運商無法避免疑慮和風險；有關該主題，參看Robert Hannum和Sudhir Kale的《死碼專案的數學與行銷：發現並保持優勢》（*The mathematics and marketing of dead chip programs: finding and keeping the edge*），載於國際博彩研究（International Gambling Studies），第4(1)卷，2004年，第33頁和後續頁。

20,000元（約為2,500歐元）[22]。因此，像香港一樣，嘗試從中國內地攜帶資金到境外的人士可能會去澳門[23]。嚴格來說，這並不構成洗黑錢[24]，但違反了在中國境內生效的外匯管制法律，當中可能存在其他行為要素，例如逃稅。

博彩仲介人可能協助將資金轉移至澳門的娛樂場。就貴賓百家樂而言，所涉金額可能非常巨大。此外，許多情況中並無資金轉移，而只是簡單地在中國內地的貸款和澳門的借款間平衡賬目。這是為何博彩仲介人行業頗為成熟的理由之一[25]。

不論是否源於貪污、挪用公共或私人實體的財產或任何其他來源，這種管道無疑也可用於非法來源資金的流通。因此特別需要制定偵查規定和程序。

3. 演變和來源

a) 演變

如同這個領域的許多發展進程，偵查娛樂場洗黑錢活動的機制演變受到了美國的某些影響，導致在經《銀行保密法》[26]（本質上，該法直至1984年

才被應用）批准後，澳門擴大了在1970年與銀行業制定的規定範圍。然而，1984年，即羅納德雷根(Ronald Reagan)任總統期間進行的著名“毒品戰爭”之際，情況改變了。波士頓銀行被罰五十萬美元，期間開始系統化執行該法律和多項其他措施，包括美國編制新法例和聯合國編制新的國際公約。這份公約後來被稱為1988年“維也納公約”。1985年5月，鑒於《銀行保密法》的規定，年度總收入超過一百萬美元的娛樂場被視為金融機構，須就此承擔上報金額超過一萬美元的交易的責任[27]，然而，內華達州議定了特別安排，即直至2007年才被應用的所謂“6A規定”（Regulation 6A）。2003年作出的立法修訂增加了報告可疑交易的規定[28]。

多年來，這些機制並沒有在其他國家出現。長期以來，我們已經知道存在貪污、販毒和其他有利可圖的犯罪活動，其非法所得最終被金融業處理掉。然而，在銀行業中，客戶的資金來源並非值得銀行家關心的事，這種想法曾盛行多年。70、80年代期間，人們仍普遍認為銀行的職責並非查核客戶帶到銀行的資金的合法性。

然而，這種模式在80年代末至90年代初開始逆轉，銀行徹底改變了這種態度。如今，人們承認，金融機構不可簡單地經營，而不對非法來源的資金設立檢查機制。銀行必須接受新監管層的影響，以及其關聯成本和侵犯隱私權的現象。這一切均以打擊犯罪和金融權力的名義進行。隨後不久，該模式被應用在經濟活動的其他行業。

b) FATF的建議

早在1990年，FATF《40項建議》（40FATF Recommendations）第一版已暗示需要將當時提出的機制伸延至銀行業以外的其他行業，然而，有關應在哪些行業同樣實施方面並未達成一致[29]。在1996年的《40項建議》第二版中，通過收錄一份業務清單採用了按功能實施的觀點，讓金融機構以外的實體開展業務（如吸收存款）時可實施有關建議[30]。九一一悲劇事件發生後，2003年的《40項建議》第三版首次特別提及娛樂場[31]；建議提出對價值超過三千美

22. 中國人民銀行公告（2003）第18號。

23. 這方面有時會與洗黑錢本身混淆。例如，2012年1月3日，聲名顯赫的《金融時報》刊登了徐曉瑜署名的頭條新聞：“*非法現金推動澳門娛樂場蓬勃發展*”。然而，該記者在文中描述的內容包括資本外逃，其來源未必非法。

24. 澳門的洗黑錢犯罪僅指藏匿應判處3年以上徒刑的上游犯罪的所得。有關主題，參看註8 Jorge Godinho的《澳門特區的犯罪控制金融策略》，第159頁和後續頁。

25. 另一個主要理由是，博彩債務不能在中國法院中依法強制執行，因此產生了須由博彩仲介人承擔的重大信貸風險。

26. 該法律確定了須向美國政府申報和上報所有金額超過10,000美元的現金交易，申報在國際間運送超過10,000美元的現金，甚至申報存款超過10,000美元的任何外國銀行帳戶的責任。《銀行保密法》因侵犯隱私權而可能構成違憲，此事隨即被提呈公堂，但最高法院裁定並無違法（加州銀行協會訴Shultz案，1974年）。如需瞭解更多詳情，參看註腳12 Jorge Godinho的《*Do crime de branqueamento de capitais. Introdução e tipicidade*》，第62頁和後續頁。

27. 如需瞭解更多詳情，參看Anthony Cabot和Joseph Kelly的《互聯網、娛樂場和洗黑錢活動》（Internet, casinos and money laundering），註14，第139頁和後續頁。

28. 《美國聯邦法例》（*Code of Federal Regulations*），103.21 e 22.Cf. Jim Kilby、Jim Fox和Anthony Lucas，《娛樂場經營管理》（*Casino operations management*），第二版，Wiley，新澤西州霍博肯，2005年第61頁和後續頁。

29. FATF，《40項建議》，1990年，第9至11項建議。

30. FATF，《40項建議》，1996年，第9項建議和相關附件。

31. FATF，《40項建議》，2003年，第12(a)項

元/歐元的金融交易設置觸發程式。2012年通過的目前版本仍保留了這種方向，當中也包括娛樂場須接受有效監管和獲得行政許可的建議[32]。

a) 國際來源

並非所有FATF建議均按其準確意思被採納或理解。《40項建議》所載的立法程序是極度誇張的和雄心勃勃的，且並非建議的所有項目均獲多種法律體系認可，特別是在向全球傳播現有監管模式中特別重要的歐盟指令。

無論如何，可清楚看到國際法律正從軟法逐漸轉變為硬法：各種條約建議或要求創立偵查機制。1999年，《制止向恐怖主義提供資助的國際公約》[33]明確建議採取措施，以‘*要求金融機構和參與金融交易的其他職業運用可採納的最有效方式驗證其常客或稀客和開辦了利息帳戶的客戶的身份，以及特別關注異常或可疑交易，報告懷疑源於犯罪活動的交易*’，即‘*立即向有關機構報告所有複雜、異常大宗交易和並無明顯經濟或合法目的的異常交易形式*’[34]。

2000年，《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》[35]已規定（具有法律約束力），根據第7(1)(a)條，各締約國均應

在其力所能及的範圍內，建立對銀行和非銀行金融機構及在適當情況下對其他特別易被用於洗黑錢的機構的綜合性國內管理和監督制度，以便制止並查明各種形式的洗黑錢。這種制度應強調驗證客戶身份、保持記錄和報告可疑的交易等項規定。

最後，《聯合國反腐敗公約》[36]也在其廣泛的第14條中詳細制約有關事件。

有趣的是，打擊有組織犯罪公約和反腐敗公約均指出“籲請締約國將各個地區、區域間和多邊組織的有關反洗黑錢提議作為指南”[37]。有關組織並未被提及名稱，但FATF和其他FATF模式的區域性機構卻被故意提及；在澳門的例子中則提及亞太反洗黑錢組織，簡稱APG[38]。

b) 內部來源

為符合國際規定，1998年澳門首先通過了有關偵查洗黑錢活動的法例[39]。這些法例在2006年被‘第二輪’法例所取代。

正式來說，目前的體制具有相當的複雜性。來源分佈在三個層面：立法會的兩部法律；一部行政規定；以及由監管機構批准專門針對各個行業的規範。

金字塔的頂部是獲4月3日頒佈的第2/2006號法律（洗黑錢活動）和4月10日頒佈的第3/2006號法律（恐怖活動）採納的規則，總體上包括刑法部分和行政法部分。[40]刑法部分與洗黑錢活動的刑事定罪有關，本文不會詳述這方面[41]。行政法部分具體包括第6至8條。本質上，第6條界定了須承擔該範圍內的適用責任的實體，第7條詳述了須承擔的責任，第8條則提到了某部行政規定中有關責任的詳情，以及指定了應接收可疑交易報告的實體。

從第二個層面來說，5月15日頒佈了第7/2006號行政規定。

最後，根據DICJ的第2/2006號指示頒發的規定[42]涵蓋博彩業。所涵蓋的實體是幸運博彩的子特許經營者/特許經營者、娛樂場博彩仲介人和所有其他博彩特許經營者。有關的監管機構自

建議和第5、12和16項建議的詮釋性評註。 辭彙表闡明實體娛樂場和線上娛樂場均為實施物件。

32. FATF，《40項建議》，2012年，第22項建議；第22項建議的詮釋性評註。 有一個註腳說明，除實體娛樂場外，線上娛樂場和流動娛樂場也是實施物件；比較資料：註55。

33. 第26/2006號行政長官批示的比較資料，載於2006年6月28日頒佈的第26/2006號《公報》。

34. 第18(1)(b)條和第18(1)(b)(*iii*)條。

35. 第30/2004號行政長官批示，載於2004年9月8日頒佈的《公報》編號：36。

36. 第5/2006號行政長官批示，載於2006年2月21日頒佈的《公報》編號：7。

37. 《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》，第7條，第3段；《聯合國反腐敗公約》，第14條，第4段。

38. 比較資料：David McClean，《跨國有組織犯罪：有關聯合國公約及其議定書的評論》（*Transnational organized crime. A commentary on the UN Convention and its protocols*），牛津大學出版社，牛津，2007年，第92頁和後續頁。該書清楚說明採納FATF建議的意向。

39. 6月1日頒佈的第24/98/M號法令適用於多個行業，包括博彩業。

40. 4月10頒佈的第3/2006號法律（恐怖活動）中，行政法部分通過參照4月3日頒佈的第2/2006號法律第6至8條受到監管。

41. 有關該主題較近期的論著，參看Jorge Godinho的《*Para uma reforma do tipo de crime de branqueamento de capitais*》，即將公佈大量研究以紀念Peter Hünerfeld博士，科英布拉，2013年；註8 所載Jorge Godinho的《*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*》，第146頁和後續頁。

42. 博彩監察協調局，第 2/2006號指示，《清洗黑錢及資助恐怖主義犯罪的預防措施》，2006年11月13日。

然就是博彩監察協調局（DICJ）。

因此，澳門採用的來源體系具有明顯的形式複雜性，意味著為了獲得許多問題的答案，首先需要核實立法機構的頭兩部法律全文，其次是適用於所有行業的行政規定的全文，最後是為有關特定行業頒佈的規定全文。這種特別情況在有關體制內的各個部分產生了可理解性和連鎖的實際問題。所採用的模式似乎是可獲得立法會唯一許可權較高等級標準的選擇，而政府通過各個領域的有關監管機構頒發的行政規定和規則監管所有其他問題，而不再是通過法律[43]。法律並沒有一直規定須向公眾披露這種模式[44]。DICJ頒發的指示並沒有刊登在《公報》上，但已在DICJ的網站（www.dicj.gov.mo）上向大眾公佈。值得注意的是，鑒於DICJ指示通常不會刊登出來，因此甚至不可能知道頒發了多少指示或就此對什麼主題事項進行監管，所以這種披露是一種特例[45]。

還需一提的是，DICJ的第2/2006號指示包括完全不必要的定義，而由於來源等級，該指示也不能宣稱提出定義。因此，該指示所採用的立法方式導致其本身遭到批評。其實，該指示定義了多個概念，如‘洗黑錢’和‘洗黑錢犯罪’（載於4月3日頒佈的第2/2006號法律）、‘支票’（《商法典》第1212條和後續條中有規定）、‘博彩信貸’（定義見6月14日頒佈的第5/2004號法律）、‘資助恐怖主義犯罪’（定義見4月10日頒佈的第3/2006號法律）或DICJ（受11月3日頒佈的第34/2003號行政規定管治）。

4. 遏止機制：一般方面

遏止娛樂場的洗黑錢活動基於一套廣泛的複雜規則，包括多個基本方面，主要特徵可概述如下：

a) 與客戶有關的責任（客戶盡職調查），包括識別客戶和獲得客戶資訊的責任、持續監督的責任和拒絕在未完成身份識別時進行交易的責任；

b) 勤勉責任和持續監督博彩業務與在其金額超過法律界定的上限時報告博彩業務的責任；

c) 保留交易記錄的責任；

d) 在無須告知客戶或對博彩營運商承擔相應責任的情況下，向政府機構報告可疑交易的責任；

e) 向政府機構披露價值超過法律所設定金額的所有交易的責任；

f) 內部組織責任，包括採用洗黑錢活動偵查程序的責任、委任監察主任的責任和向員工提供培訓的責任。

進行詳細討論前，應注意DICJ第2/2006號指示將其規則描述為最低限度的一系列強制責任[46]。博彩營運商可採用更多嚴格的程序，包括引入公司成立地區的其他法律體系慣例，但僅在有關慣例符合澳門現行的規則（包括DICJ的第2/2006號指示所載的規則），或由於子特許合約/特許合約[47]或與澳門一般的法律產生的責任不相容時，這種情況才能發生；營運商不能從其他法律體系援引其法律的任何所謂域外適用，藉此證明違反澳門的法律是合理的。

5. 客戶相關責任

現在關注與客戶有關的特定責任，首先有一

43. 其實，APG引述道，澳門現行法律體制的許多方面並非由法律或行政法例規定，而是僅由監管機構頒發的規定或指引來規定。比較資料：APG/離岸銀行監管組織（OCBS），《針對 FATF 40項建議（2003年）和9項特別建議而對中國澳門所作的共同評估報告》（*Mutual evaluation report on Macao, China, against the FATF 40 Recommendations (2003) and 9 Special Recommendations*），2007年7月，第77頁第378段。

44. 事實上，5月15日頒佈的第7/2006號行政法例第2(2)條，提出監管機構通過通函、掛號信或協定（不要求向公眾披露的方法）或通過法案或《公報》上刊登的通知傳達的指示使體制的若干方面更細密。

45. 有時就此提出的解釋證實，由於某些事情（如計算和處理資金的方法）極其敏感，不能公之於眾，所以為了安全緣故須要保密。本文並非就該論點或其對所有DICJ指示的適用程度展開詳細討論的適合地方。

46. 根據DICJ第2/2006號指示第一點：“*本指示界定澳門博彩業將遵守的最低限度強制責任、規則和程式*（.....）”。

47. 就此應注意，除法律產生的各種保密責任外，子特許合同/特許合同包括一則條款，據此，政府或負責履行合同的特許經營者發出的文件被視為保密，或許僅可向獲得另一訂約方明確授權的第三方提供（第92條）。

套通常旨在獲得客戶身份識別資料的規則。這組規則最初被稱為‘瞭解你的客戶’（KYC），但這個名稱已被一種更廣義的新表達所取代：‘客戶盡職調查’（CDD）。

a） 身份識別責任

該規則最初為銀行業而設，但後來應用至許多其他行業，其基本含義是一條匿名禁令。博彩營運商與不知道身份或真實身份的人士進行交易是不被允許的。為此，娛樂場可要求客人出示身份證明文件。

至於娛樂場和在偶然交易中有顯著金額的其他行業，例如外匯兌換業務和不會出現永久或持久的商業關係的其他業務，該規則須必要地放寬。事實上，要求識別進入博彩區的每個人的身份可能不合適，也有些不切實際。開始時，許多進入娛樂場的人士最終根本不參與賭博，或可能只是小額投注。因此，有關責任不可能是識別每個單一客戶；相反，有關責任被法律限定為兩種情況。

首先，無論何時出現可疑交易，均須識別身份。應注意，這並沒考慮金額[48]，即不論金額，可疑交易一律相關。

其次，無論何時出現‘大額’交易，均需根據4月3日頒佈的第2/2006號法律中稍為抽象的解釋識別身份。5月15日頒佈的第7/2006號行政規定提出對準確厘定有關金額作出進一步指示。因此，有關金額須等於或大於已就各行業的活動預先厘定的某個數額，且在各個行業中可能（實際如此）並不相同。至於博彩業方面，該金額目前被稱為“巨額”，由DICJ[49]設定為五十萬澳門元/港元，遠高於FATF建議的三千美元/歐元[50]。

DICJ第2/2006號指示詳述如何識別身份。這須通過由官方機構發出的正本文件進行。可接受的文件包括護照、身份證和‘同等文件’[51]。獲得地址證明和核實個人樣貌的方法和將於識別身份時使用的表格也受到監管。無論何時出現可疑交易，有必要　填妥DICJ就此批准的一份表格[52]。

b） 涵蓋人士（除玩家外）

除玩家或賭客外，識別身份指識別代表（如有）和如果並非代其自身而代別人行事的任何其他人士[53]。

c） 政界人士

某件備受關注的事件與所謂的‘政界人士’（PPE）有關：鑒於轉移來自貪污或其他非法行徑的資金存在風險，客戶要求提高關注。

這方面的第一個問題是判定誰是政界人士。請注意，2012年之前澳門在這方面遵循現行的國際建議，僅將中國境外的外國人士納入其定義。其實，政界人士的定義如下（斜體字並非原文）：‘現擔任或曾擔任外國或外地主要政治行政職務（包括國家元首、政府首腦）、高級行政、司法或軍事職務、國家企業管理或政黨代表等之人士，其親屬或合夥人’[54]。這意味著，澳門、中國內地、香港或臺灣的政客因不能被視為擔任外地職務而沒有被包括在內。

很容易理解，這是一種缺乏任何似乎合理的犯罪政策理由的限制。其實，過去曾識別出這類情況，並提供了特別具有啟發的學術研究[55]。政界人士的定義不包括博彩市場最大的部分，似乎意義不大。這方面應注意，在2012年版的FATF建議裡，政界人士的定義現在涵蓋國內實體和國際組織：已放棄了對外國實體的約束[56]。

除那些直接有關的人士外，也須考慮‘家庭’和‘合夥人’。DICJ的指示並無澄清這些

48. 4月3日頒佈的第2/2006號法律第7(1)條；5月15日頒佈的第7/2006號行政法例第3(1)(1)條；DICJ第2/2006號指示第5點。

49. 4月3日頒佈的第2/2006號法律第7(1)條；5月15日頒佈的第7/2006號行政法例第3(1)(2)條；DICJ第2/2006號指示的定義和第5點。

50. FATF，《40項建議》，2012年，第22項建議和第22項建議的詮釋性評註。

51. DICJ第2/2006號指示第5.2點。

52. 9頁的表格可於>http://www.dicj.gov.mo/web/files/anticrime/STR_Portuguese_general.pdf>索取。

53. 5月15日頒佈的第7/2006號行政法例第3(2)和(3)條；DICJ第2/2006號指引第5.1.2和5.1.3點。

54. DICJ第2/2006號指示的定義，第3頁。忽略篩選國會議員的方法，該定義並未明確提及目前或曾經在立法部持有政治職位的人士。

55. 曾忠祿和David Forrest的《中國內地的大賭客：基於99個案例的特徵》（High-rollers from mainland China, a profile based on 99 cases），內華達大學拉斯維加斯校區《博彩研究與評論雜誌》（Gaming Research & Review Journal），第13(1)卷，2009年，第29頁和後續頁。所研究的總共99個案例中,87個有犯罪問題。至於玩家的特徵，作者表明其中有24位公務員、18位高級行政人員和8為國企出納員；這些案例的其中15個均有人被判死刑。

56. 儘管有關國內政界人士的建議仍可略為放鬆；比較資料：FATF《40項建議》，2012年，第12項建議、第22項建議和定義。

概念的範圍。

鑒於這套規則，營運商的首個實際任務便是識別任何特特定的潛在客戶是否政界人士。第一步，這種查詢要澄清其目前和過往的職業活動。DICJ第2/2006號指示並無明確解釋這點。如果該指示包含澄清責任的明確制定（即判定客戶實際上是否政界人士的責任），則是可取的。

如果發現政界人士，最重要是小心謹慎。指示以相對簡潔的方式規定‘*在識別政界人士的身份時應提高關注*[57]’。有必要嘗試查明資金來源（FATF使用的表達方式為‘採取合理措施確定財富來源和資金來源’[58]）。

d) 識別營運的責任

其次是‘識別交易的責任[59]’。這必需在上述兩種情況下執行：可疑交易或超過為各個行業設定的金額的交易。DICJ指示依靠‘博彩業務’的合法定義界定了所涵蓋的交易[60]：

合法經營由澳門特區政府許可的幸運博彩、彩票或彩池投注的相關業務，包括投注、發放獎品、籌碼、 ‘博彩機票券’或‘代幣’的購買和贖回，以及提供或償還博彩信貸款項等

實際上已涵蓋在合法博彩領域的所有相關交易，包括幸運博彩的信貸款項。請注意，任何組合交易中若在單獨考慮時均少於所界定的金額，但如果共同衡量，會在24小時內超過該金額，則也包括在內。

e) 風險為本法?

風險為本法最初為金融業而制定。或許有人會提出問題，博彩子特許經營者/特許經營者是否會有可能將風險為本法的概念在實際中引入該領域[61]。風險為本法本質上指，一旦明確存在洗黑錢活動的低風險時，通過進行更少或簡化的盡職調查，以及在高風險的情況下（如具有政治風險的人士(政界人士)）通過進行更多盡職調查，實施靈活管理的可能性。如果法律允許，風險為本法不應被理解為作出更少努力或節省努力的授權，而是通過切合每種實際情況的方式表現更好或更迅速的指令。然而，碰巧這種風險為本法未有在博彩業的指示中被提及，而只是與銀行業有關[62]。結論必然是，應在不加調整或調節的情況下，嚴格履行博彩業的相關法律責任。如果有關方面超出了適用的法律規定，實施風險為本法的機會微乎其微。

f) 拒絕交易的責任

如果不能得到履行客戶識別責任所需的資訊或有關業務（包括可疑交易或價值超過五十萬澳門元/港元的交易）的必要資訊，法律要求履行拒絕玩家所要求的交易的責任[63]。這表示如果顧客希望將籌碼兌換為超過該金額的款項，則須提供合理的身份證明。沒有身份證明則拒絕兌換。這條規則對子特許經營者/特許經營者是例外的，並被納入各自的特許合同中以償還已發出的博彩籌碼[64]。

6. 保存記錄

根據目前的國際標準，澳門法律規定文件和記錄[65]需要保存。4月3日頒佈的第2/2006號法律僅談到‘合理時間’，但沒有界定最短期限。5月15日頒佈的第7/2006號行政規定則設定期限為5年。

有關文件全部均為與識別參與可疑交易或超

57. DICJ第2/2006號指示第5.7點。

58. FATF，《40項建議》，2012年，第12(c)建議。

59. 4月3日第2/2006號法律第7(1)(2)條；5月15日頒佈的第7/2006號行政法例第5條復述了該規則，但並無提供進一步詳情。

60. DICJ第2/2006號指示的定義。

61. 實施風險為本法的新焦點在於人們暗示有關規定既繁重又難以執行，為了減輕官僚負擔應留有餘地。

62. 澳門金融管理局第10/2009-AMCM號通告《反對金融機構清洗黑錢和資助恐怖主義的指示》（*Directive against Money Laundering and Terrorism Financing for Financial Institutions*）。

63. 4月3日頒佈的第2/2006號法律第7(1)(3)條；5月15日頒佈的第7/2006號行政法例第5條；DICJ第2/2006號指示第9點。

64. 其實，子特許合同/特許合同裏有一條列明‘特許經營者有責任保證以現金、支票或等同的可磋商契據償還流通中的籌碼’。

65. 4月3日頒佈的第2/2006號法律第7(1)(4)條；5月15日頒佈的第7/2006號行政法例第6條；DICJ第2/2006號指示第11點。娛樂場及其附屬地帶安裝的攝像機（‘天空之眼’）拍攝了視頻記錄。保存這些視頻記錄的問題不在本文範圍內，而9月24日頒佈的第16/2001號法律第22(6)條和子特許合同/特許合同分別有所規定。合同的第13條沒有設定最短保存期限。由於數百甚或數千部攝像機的記錄並不需要保留很長時間，可以理解這方面只需相對較短的期限。關於從經營方面考慮攝像機的使用，參看Derk Boss和Alan Zajic的《娛樂場安全和博彩監督》（Casino security and gaming surveillance），CRC Press，2011年，第7頁和後續頁。無論如何，這些記錄對調查洗黑錢案件和識別參與的人士有某些偶然益處。

過設定金額交易的人士有關的文件和巨額交易報告。按照監察主任[66]的決定，某些可疑交易只在內部報告，而沒有送呈金融情報辦公室，因此在可疑交易方面，有一條頗為異常的額外規則要求保留上述可疑交易的檔案。如下文所討論，監察主任負責就該事宜作出決策。因此，碰巧如果前線員工或其他官員提出了若干交易的潛在可疑性質問題，但在分析事實後，因監察主任的決策，有關事宜沒有轉交，則不允許消除這些案件的文件記錄。因此，保留這些記錄為評估或審查監察主任的表現或採納的標準提供了依據。

現時也有可能利用縮微膠片或電腦技術履行這些責任。

7. 報告責任

鑒於向政府報告交易的責任的法律規定包含兩種完全分離的責任，這些責任顯得有些複雜，也呈現某些特性：

a) 向金融情報辦公室（澳門金融情報部門）報告可疑交易的責任；

b) 向DICJ（博彩業監管機構）報告超過五十萬澳門元/港元的所有交易的責任。

a)向金融情報辦公室報告可疑交易的責任[67]是國際法律擬執行的反對洗黑錢程序的基本方面。這是4月3日頒佈的第2/2006號法律涵蓋的所有其他經濟活動共同的責任。在博彩業中，它適用於所有子特許經營者/特許經營者和博彩仲介人。應強調指出，子特許經營者/特許經營者須對報告可疑交易承擔‘直接’責任，以及對報告與博彩仲介人進行的交易有關的犯罪活動的任何證據承擔責任[68]。審計師也須對報告洗黑錢嫌疑承擔責任[69]。

當然難以界定到底什麼是可疑交易，但DICJ第2/2006號指示為這項工作提供了一些支援：一個概念（‘*博彩或投注的相關業務基於其性質、非慣常性或複雜性而顯示有清洗黑錢或資助恐怖主義活動的跡象*’）和若干例子[70]。由於可能出現‘化整為零’，交易金額並不相關。報告應通過一份獲批准的表格，在兩個工作日內送達金融情報辦公室[71]。

禁止向訂約方、客戶、顧客或其他第三方揭露在履行責任時瞭解的事實，特別是有關已作出的報告的事實（告密）。客戶可能不知道已經作出報告[72]。

b)至於超過某個數額（‘相關金額’）的交易或基於限額的報告，應注意國際標準沒有要求執行這類程序；僅涵蓋報告可疑交易。其實，報告所有交易也許會產生大量可能難以管理的資料，更別說提高成本和擴大官僚階層。在國際層面上實施這類規則是過度了。因此，各個法律體系均選擇這種性質的體制。因此，博彩業法律體制的特性是所有超過五十萬港元/澳門元的交易須向DICJ（博彩業監管機構）報告。銀行業或任何其他行業沒有出現類似責任。其實，這種責任的法律依據不是4月3日頒佈的第2/2006號法律或5月15日頒佈的第7/2006號行政規定。僅在DICJ第2/2006號指示找到了依據，當中在第6.4點中指出‘應向本局遞交一份《巨額交易報告書》的副本’[73]。

這種責任涉及DICJ第2/2006號指示所界定的所有‘博彩交易’，包括老虎機累積獎金或彩票獎金[74]。通過觀察澳門貴賓市場的重要性，原則上可反駁通常對限額過高的批評。澳門貴賓市場與博彩信貸有關連：平均來說，澳

66. DICJ第2/2006號指示第11.1.3點。
67. 6月1日頒佈的第24/98/M號法令的體制在1998年至2006年期間適用。該體制中規定，須通知司法員警，並向相關監管機構（即向負責博彩業的DICJ）提供副本。
68. 根據第6/2002號行政法例第30(6)條，子特許經營者/特許經營者須‘將任何可顯示博彩仲介人進行犯罪活動的跡象，尤其是洗黑錢的跡象的事實，通知有許可權當局’。
69. 9月24日頒佈的第16/2001號法律第34(5)(1)條。根據該規定，須向DICJ和財政局（稅務部門）報告。
70. DICJ第2/2006號指示附件二。
71. 5月15日頒佈的第7/2006號行政法例第7條。
72. 4月3日頒佈的第2/2006號法律第7(4)條。
73. 4月3日頒佈的第2/2006號法律第7(1)(5)條確定僅有一項‘須通知【政府】所進行的活動，如在有關活動中有跡象顯示有人實施清洗黑錢犯罪’的責任，而並非在交易純粹超過某個數額時。因此，該系統性報告責任的法律依據是可疑的，而系統性報告要求向政府披露私人資料，即使其不在場仍屬保密。
74. 由於支票包括在發放獎金、贖碼或所退還的信貸內，所以也涵蓋發行支票；然而，發行娛樂場支票時須應用預防措施，對這些措施的重要事項制定明確規定是明智之舉。按照實際情況，除提供法律定義外，DICJ第2/2006號指示僅提及關於博彩營運商內部規則和程式的支票，當中也要求有關內部規則解決支票問題，但沒有設立大量限制；參看第3.2.7點。然而，我們承認，這可能屬於由某項其他未公佈的DICJ指示解決的方面。

門投注者的風險值遠高於在歐洲或美國。至於博彩業的餘下部分（賽馬或賽狗博彩、白鴿票和即發彩票、體育博彩），事實上限額可能被誇大了。

正如所述，這種報告送呈DICJ，而非金融情報辦公室。為此制定了一份標準表格。因這種機制，DICJ累積了大量的資料庫，擁有幾十萬份記錄、一份澳門行業的真實‘名人錄’[75]。

8. 内部程序

DICJ第2/2006號指示確立了用於內部程序的一套規定。鑒於有關法人對洗黑錢活動須承擔刑事責任的法例，這些規定的不合規情況可能既與行政法有關，也與刑法有關。

事實上，有規定要求設立有關洗黑錢風險的一套最低限度的程序，而這些程序須獲DICJ批准。有關最低限度規定在指示中詳述，其中最突出的是向員工提供培訓的責任（3.2.6）。此外，所有涵蓋的實體（包括博彩仲介人）須至少[76]有一名監察主任和一名替代職員。監察主任須擁有專業經驗；如果監察主任缺乏適用性或履行責任所需的技術專長，DICJ可據此安排其替換人員[77]。

這些實體也須承擔與有關機構合作和提供資料的責任[78]。

最後，提到在這行業使用技術是一種現實：現時有數種電腦程式，允許自動進行合規程序的某些環節。但是沒有強制使用電腦；然而，由於某些功能（如檢查聯合國安全理事會發佈的‘目標’名單[79]）無疑不能按紙質清單以人手進行，所以強烈建議使用電腦 。

9. 金融情報辦公室

專門負責收集和分析可疑交易報告的金融情報部門稱為金融情報辦公室。創立該辦公室是2006年引入的重要創舉[80]。該實體的創立是作為臨時特別專案，據報導，原因在於這是較快成立該實體的方式，但這種狀況在六年後寫入文字時仍保持不變。未來的永久組織架構的性質正待解決，且有兩種選擇：簡單的公共服務或具有法人地位的獨立公共機構。

自2007年金融情報辦公室營運的首個年度起，其接收的可疑交易如下[81]：

	2007	2008	2009	2010	2011
銀行和保險	343	386	382	338	477
博彩業	374	443	767	814	1082
其他行業	8	9	7	68	4
合計	725	838	1156	1220	1536

該資料顯示，博彩業是目前為止產生最大量可疑交易的行業。此外，儘管應注意從2007年到2011年博彩業也大幅增長，但有關數量正迅速增加。可疑交易數量和博彩總收益在2007年至2011年間大致增長了兩倍，因而幾乎呈線性關聯。

	總收益 (10^3 MOP)	娛樂場 (數目)	賭枱 (數目)	老虎機 (數目)
2007	83022245	28	4375	13267
2008	108772000	31	4017	11856
2009	119369000	33	4770	14363
2010	188343000	33	4791	14050
2011	267867000	34	5302	16056

金融情報辦公室自2007年起開始每年報告這種資料，這事明顯受到歡迎。但由於該辦公室不允許進行詳細分析，對各個行業進行總計可能要批評。事實上，描述為‘博彩業’的資料包含其所有子行業，包括賽馬和賽狗博彩、即發彩票、體育博彩和白鴿票。我們是不可能知道由博彩仲介人特定作出的報告數目。分別參看有關幸運博彩和博彩仲介人的子特許經營者/特許經營者的資料可能是重要的。資料總計選擇無助於資料透明度，同時也不允許進行更詳細的分析。

75. 下文在此提及此問題；參看註82和相應內文。

76. 幸運博彩的最大子特許經營者/特許經營者經營著大量娛樂場或大型娛樂場。人們也許認為這些子特許經營者/特許經營者可能有需要設立數名監察主任或等同的內部程式。

77. DICJ第2/2006號指示第4.5點。

78. DICJ第2/2006號指示第12點。

79. 有關該話題，參看Jorge Godinho的《當領域碰撞：按歐盟的法律秩序執行聯合國安理會的資產凍結》（When worlds collide: enforcing UN SC asset freezes in the EU legal order），歐洲法律雜誌（*European Law Journal*），第16(1)卷，2010年，第67頁和後續頁。

80. 第227/2006號行政長官批示，載於2006年8月7日頒佈的《公報》編號：32。

81. 資料來源：金融情報辦公室，《2011年報》，澳門，2012年，第45頁。

另外，雖然DICJ根據監管規定（須報告超過五十萬澳門元/港元的所有交易）接收交易報告，但沒有向公眾提供有關這些交易報告的資料。無論如何，DICJ的官員在公開會議中已提到數字非常高（每年成千上萬）的資料。由於博彩總收益增長（將在2012年創出新的年度記錄），據推測這些資料在持續增加[82]。

事實上這種資料並非會定期報告，作為不出版年報的標準公共部門，這種資料必然地與DICJ的法律地位關聯。或許應重新考慮澳門主要經濟活動的監管機構的法律地位，以及可能重新考慮轉變為獨立監管機構，因為這種地位與澳門特區的經濟重要性更相符。

10. 最後評論

擴大遏止娛樂場洗黑錢活動的機制源於國際發展。無可否認，擴大這些機制的成本對娛樂場和政府而言均較高，但結果卻不能確定。然而，我們普遍認為值得追求這種努力。事實上，根據目前的國際標準，送交金融情報辦公室的可疑交易報告的統計資料表明該適當的體系處於良好表現狀態，且可能支援這個結論。因此，應繼續調查、評估和改善整個行業，以在法律基礎、實際運作和這些機制的整體平衡方面取得進步。然而，這是難以研究的領域：調查機構到處面臨不可逾越的障礙，因此本文的概述只可探討可能的事物。

澳門娛樂場業僱用了很多人，且持續面臨犯罪風險。有時會出現某種情況（‘害群之馬’），這種事在某種程度上是可以預測及應該預計的。某些情況中，博彩業出現可疑來源的金錢，這不足為奇。真正的問題是決定法律體系在每種特定情況中的適當反應。事實上，鑒於事情的複雜性，視乎情況，會有各種可能的態度：不實行任何處罰；行政處罰；洗黑錢犯罪；由法人承擔刑事責任，在最惡劣和真正難以置信的案件中，即有清楚固定的刑事關連形式時，最高可被判解散公司和終止子特許業務/特許業務。

除了像剛才提及的極端案件外，娛樂場可能隨時面臨涉及與其合作的博彩仲介人的情況。在這些情況中，我們認為，他們應立即終止與被發現不適合人士的商業關係。如果發現任何有可疑來源的資金，應向金融情報辦公室提交報告；如為博彩仲介人，DICJ有資格調查該事件，以決定是否可保留仲介人牌照。總而言之，每件事均指明，只要博彩仲介人繼續（如目前狀況）在澳門博彩業中起決定性作用，則將繼續出現這些問題。如果在中國內地，博彩信貸可通過法院收回，以及資金可自由流動，僅在這樣的情況下，上述狀況才可大幅改觀。

*** ** ***

82. 比較資料：Victor Quintã的《2010年可疑娛樂場交易達到300,000宗》（*Suspicious casino deals reach 300,000 in 2010*），澳門每日時報，2011年6月9日；《2010年有逾800宗娛樂場可疑交易》，澳門每日時報，2011年6月26日。在DICJ任職的澳門政府高官曾在澳門大學舉辦的澳門博彩法年度回顧會議（由本文作者組織）上發言。根據其陳述，2010年DICJ接收了293,931份報告，較2009年增加46%。

A PREVENÇÃO DO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS NOS CASINOS EM MACAU

Jorge Godinho
Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau
jgodinho@umac.mo / jg.macau@gmail.com

1. Pressupostos do problema; 2. O risco de branqueamento de capitais nos casinos; 3. Evolução e fontes; 4. Mecanismos de prevenção: aspectos gerais; 5. Deveres relativos à clientela; 6. Conservação de registos; 7. Dever de comunicação; 8. Funcionamento interno; 9. O Gabinete de Informação Financeira; 10. Reflexões finais

1. Pressupostos do problema

Todo o problema jurídico tem um conjunto de pressupostos em que assenta. Importa assim começar por referir, ainda que de modo necessariamente resumido, em que base jurídica se poderá colocar a problemática dos riscos de branqueamento de capitais através dos casinos.

Em todas as civilizações se experimentou com a sorte e o azar, seja de modo puramente lúdico, como forma de entretenimento, ou com repercussões mais amplas, designadamente patrimoniais. Foram inventados os mais variados jogos. Na base de tais jogos estão objectos ou processos que constituem uma fonte de álea, ou seja, um método de obtenção de um resultado à partida imprevisível: vários tipos e combinações de dados, baralhos de cartas, moedas, roletas, tômbolas, rodas da sorte, processos mecânicos, programas informáticos (função *random number generator*) e muitos outros. Sobre estes jogos podem recair apostas em dinheiro ou outros valores patrimoniais. Uma vez que os objectos usados no jogo, em conjugação com as regras do mesmo, e com os sistemas de apostas, constituem no seu conjunto um universo finito, o resultado só é aleatório dentro de certos limites. Torna-se assim possível um conhecimento científico e exaustivo de todos os resultados em abstracto possíveis, e logo também das probabilidades teóricas de ganho para os intervenientes.

O desenvolvimento da matemática e do cálculo de probabilidades permitiu a criação de empresas comerciais que oferecem jogos de fortuna ou azar ao público de uma forma estável, para o que têm necessariamente de funcionar numa base matemática imbatível no longo prazo. Essa base consiste na existência de uma «vantagem da casa» (*house advantage* ou *theoretical win percentage*) em todos os jogos bancados,[1] que garante solvabilidade financeira às empresas organizadoras e permite ao Estado proceder à recolha continuada de impostos[2].

Inversamente, para os jogadores a probabilidade de ganhar terá de ser sempre à partida desfavorável, ainda que só por uma pequena margem. Por exemplo, no *Baccarat* a vantagem da casa é de 1,06% nas apostas no *Banker*, de 1,24% nas apostas no *Player* e de 14,36% no empate[3]. Pelo que só uma minoria de jogadores ou apostadores consegue ganhar algum dinheiro, para o que é imperativo ter uma dose de sorte que permita superar probabilidades adversas; consoante o jogo, será igualmente necessário ter alguma perícia[4]. Esta realidade é recolhida na afirmação, corrente na sabedoria popular, de que a única forma de ganhar ao jogo de modo estável e continuado reside em ser o proprietário do casino.

O que significa, em segundo lugar, e vistas agora as coisas do outro prisma, que há de facto uma minoria de jogadores ou apostadores que consegue ganhar dinheiro

1. Nos jogos bancados o jogador aposta contra o casino; este, estribado na matemática e em reservas de capital que permitam enfrentar quaisquer desvios no curto prazo e logo quaisquer apostas e apostadores (*take all comers*), deverá ganhar sempre no longo prazo. Nos jogos não bancados, nos quais os jogadores apostam entre si e o casino não é parte, como o *Poker* e o *Mahjong*, o casino cobra uma comissão fixa por cada jogo.

2. Os casos de *card counting* no *Blackjack* foram uma excepção (e poderão ainda sê-lo lá onde os casinos não tenham adoptado medidas preventivas), descoberta por matemáticos nos anos 60; cfr. o clássico de Edward Thorp, *Beat the dealer. A winning strategy for the game of twenty-one,* 2.ª ed., Vintage Books, New York, 1966. A questão entrou no imaginário do grande público através de romances e filmes sobre a matéria, em especial o livro de Ben Mezrich, *Bringing down the house: the inside story of six MIT students who took Vegas for millions*, Free Press, New York, 2002, posteriormente adaptado para o cinema em 2008 no filme 21, com Kevin Spacey (www.sonypictures.com/homevideo/21).

3. Em detalhe, Robert Hannum e Anthony Cabot, *Practical casino math,* 2.ª ed., Trace, Las Vegas, 2005, p. 99 ss.

4. Como no caso do *Blackjack*, onde há uma estratégia de base assente em premissas matemáticas que, a não ser seguida, agrava as probabilidades do jogador e favorece as do casino.

em jogos autorizados. O facto fundamental a este respeito, e que está na base das considerações que se seguem, é que o jogo lícito constitui um entretenimento regulado e uma forma de adquirir tutelada pelo sistema jurídico: o dinheiro nele ganho é «dinheiro limpo». De um modo geral, é lícito a qualquer pessoa com mais de 18 ou 21 anos[5] arriscar e perder ou ganhar dinheiro em jogos autorizados. É claramente lícito ter sorte e, em suma, é lícito ganhar[6]. Daqui resulta que o dinheiro ganho no jogo autorizado, sem fraude ou batota[7], por pessoas que podem jogar, não é «dinheiro sujo».

Este facto tem desde o início dos anos 90 do século XX sido apontado como uma fragilidade ou vulnerabilidade e um motivo de preocupação em relação à indústria do jogo no seu conjunto, com especial destaque para os casinos. Na verdade, o negócio de um casino tem uma natureza essencialmente financeira por se basear em fichas de jogo equivalentes a dinheiro vivo e de haver normalmente muito *cash* em circulação no seu interior, a que acresce o facto de que oferecem alguns serviços financeiros conexos como o depósito de fundos (*front money*) e a emissão de cheques, estão abertos ao público 24 horas por dia, e de resto estão em franca expansão em todo o mundo.

O risco de branqueamento de capitais através dos casinos foi apontado pelo Grupo de Acção Financeira Internacional (GAFI). Como resultado, foi criada regulamentação para este fim, que geralmente representa uma expansão de padrões criados inicialmente para o sector bancário e constitui um elemento de um aparato regulatório mais amplo[8].

Estes os pressupostos da discussão que se segue nas próximas páginas sobre os mecanismos em vigor na Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, o maior mercado mundial do jogo[9], para a prevenção do branqueamento de capitais através da prática de jogos de fortuna ou azar em casino.

Não se irá aqui discutir uma outra fonte de riscos nesta área e que diz respeito à preocupação fundamental de evitar que as concessionárias de jogo, ou os promotores de jogo, «caiam em mãos erradas». A este ponto se referem as regras sobre a regulação da propriedade das empresas concessionárias de jogo[10] e seus administradores e principais trabalhadores, com ênfase no requisito legal de idoneidade, que assume especial importância

5. Recorde-se a alteração legislativa introduzida através da Lei n.º 10/2012, de 27 de Agosto, que elevou para 21 a idade mínima para acesso, jogo e emprego nos casinos, mantendo nos 18 anos a idade para todas as outras formas de jogo lícito (apostas desportivas em jogos de futebol ou basquetebol, apostas em corridas de cavalos ou em corridas de galgos, lotarias instantâneas ou «raspadinhas», e a lotaria chinesa *Pacapio*). Para uma discussão da situação anterior à entrada em vigor da Lei n.º 10/2012, de 27 de Agosto, cfr. Jorge Godinho, «Menores em casinos: é necessário alterar a lei?», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau* (no prelo) e in *Revista de Direito Público*, ano II, n.º 4, 2010, pp. 127 ss.

6. Damos como adquirida a conclusão de um debate que não cabe aqui refazer sobre a questão dos efeitos jurídicos dos contratos de jogo e aposta. Sobre essa matéria, cfr. a nossa posição expressa em Jorge Godinho, «The regulation of gaming and betting contracts in the 1999 Macau Civil Code», *Gaming Law Review and Economics*, vol. 11, n.º 3, 2007, pp. 572 ss.

7. Caso contrário haverá lugar a consequências civis e penais. O jogo fraudulento é um crime punível nos termos do art. 6.º da Lei n.º 8/96/M, de 22 de Julho: «*Quem, fraudulentamente, explorar ou praticar o jogo ou assegurar a sorte através de erro, engano ou utilização de qualquer equipamento é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos ou com pena de multa*». O dinheiro ganho pelo «batoteiro» é uma vantagem do crime. Em termos civis, a invalidade da aquisição resulta expressamente do disposto no n.º 2 do art. 1171.º do Código Civil de Macau: «*Se houver fraude na sua execução, o contrato não produz qualquer efeito em benefício de quem a praticou*». De fora desta discussão ficam outras questões que podem afectar a validade de um contrato de jogo ou aposta. Há casos em que um cliente em particular não pode validamente jogar, como a idade inferior a 21 anos (cfr. nota 5) ou a condição de funcionário público, ambas questões pessoais relacionadas com o jogador que não cabe abordar neste contexto. A existência de algumas excepções não afecta a afirmação geral de que, em regra, é válido ganhar dinheiro no âmbito do jogo legalizado.

8. Para um conspecto geral, cfr. Jorge Godinho, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», in Leonel Alves e Paulo Cardinal (coords.), *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 139 ss (português e chinês); para uma versão inglesa deste texto, cfr. Jorge Godinho, «Financial strategies of crime control in the Macau SAR», in Jorge Godinho (ed.), *Studies on Macau civil, commercial, constitutional and criminal law,* LexisNexis, Hong Kong, 2010, pp. 249 ss.

9. No terceiro trimestre de 2012 o número de casinos existentes era de 35. No presente escrito a atenção centra-se nos jogos de fortuna ou azar tais como o *Fantan,* o *Baccarat, o Blackjack, a Roleta* ou o *Cussec*. Nas outras forma de jogo lícito existentes em Macau, nomeadamente nas lotarias, apostas mútuas e apostas desportivas, onde o fenómeno será talvez mais raro, a aparência de legitimação poder-se-á obter através da transacção de bilhetes premiados ou recibos de apostas emitidos ao portador.

10. Pode-se observar em Macau a imposição de uma separação mais ou menos estanque entre a propriedade de bancos e a propriedade de casinos, que não pode coincidir. Neste sentido, o Banco Seng Heng, que pertencia ao universo da STDM/SJM desde 1989, foi em 2009 absorvido pelo ICBC, um dos maiores bancos da China. Por outro lado, as pretensões de uma das actuais sub/concessionárias à aquisição de uma pequena instituição financeira de Macau não puderam ir adiante. As sub/concessionárias apenas estão autorizadas a operar balcões de câmbios; estes devem observar, para além do regime geral, as normas específicas aprovadas pela Autoridade Monetária de Macau para a prevenção do branqueamento de capitais, que diferem em vários aspectos das vigentes para o sector do jogo.

no caso dos promotores de jogo[11].

2. O risco de branqueamento de capitais nos casinos

a) Aspectos gerais

Como vimos, a aquisição de património através de jogo lícito é reconhecida pelo sistema jurídico. Isto significa que se for possível, por quaisquer processos, conferir a fundos de origem ilícita (em especial: vantagens do crime) a aparência de que foram legalmente ganhos em jogos de casino ou outras formas de jogo legalizado tais como as lotarias, tais fundos serão, por essa via, de facto «branqueados», «lavados» ou «reciclados»[12]: tornar-se-ão aparentemente adquiridos por um meio lícito, o jogo, sendo assim mais difícil provar a sua real origem e efectivar a pretensão do Estado ao seu confisco.

O processo de dissimulação da verdadeira origem dos fundos e consequente atribuição de uma suposta proveniência no jogo poderá ser empreendido de várias formas[13]. Resumidamente, o branqueamento de capitais através dos casinos[14] terá em geral dois tipos de objectivos.

O objectivo principal ou geral será o de fazer passar os fundos pelo casino, tipicamente tendo como ponto de entrada a compra de fichas de jogo. Segue-se a realização de apostas, normalmente de valores reduzidos, ou de apostas que na maior parte dos casos se anulem (preto e vermelho na *Roleta*, ambas as equipas em apostas desportivas, etc), de modo a evitar perdas de quantias significativas. A sessão de jogo termina com o resgate das fichas através da emissão de um cheque do casino.

Um outro objectivo, secundário ou acessório, poderá ser o de assegurar que todas as referidas transacções (aquisição de fichas, realização de apostas, resgate) são fraccionadas de modo a que cada uma delas não exceda o valor que desencadeia o registo automático das operações[15], uma prática conhecida na gíria por «*smurfing*».

b) O caso de Macau

No caso específico de Macau importa ter em conta os contornos concretos do mercado de jogos em casino e referir o papel fundamental dos promotores de jogo, os chamados «*junkets*», no seu maior segmento, o *Baccarat* VIP. A matéria foi já objecto de referência internacional[16]. A principal preocupação, para além dos aspectos gerais já referidos, tem que ver com a existência de um número muito significativo de promotores de jogo autorizados - mais de duas centenas[17] -, que assumem um papel de relevo na canalização dos fluxos financeiros do interior da China, de onde provém a maioria dos «*high rollers*», para os casinos de Macau. A dimensão económica dos promotores de jogo pode ser muito díspar, desde pequenas empresas individuais até grandes empresas listadas, havendo vários promotores cotados na bolsa de Hong Kong, e um cotado no Nasdaq.

O que seja em concreto um promotor de jogo varia consoante o sistema jurídico em causa. Em geral tratar-se-á essencialmente de um agente que capta ou angaria jogadores, que encaminha para uma sub/concessionária, contra o pagamento de uma remuneração que em abstracto pode revestir várias formas[18]. Em Macau os pro-

11. Cfr. arts. 14.° e 23.° da Lei n.° 16/2001, de 24 de Setembro; arts. 6.° ss do Regulamento Administrativo n.° 26/2001, de 29 de Outubro; art. 6.° e 8.° ss do Regulamento Administrativo n.° 6/2002, de 1 de Abril.

12. Sobre a terminologia, cfr. Jorge Godinho, *Do crime de branqueamento de capitais. Introdução e tipicidade*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 26.

13. Vários exemplos são desde logo fornecidos por uma das principais fontes sobre a matéria, a Instrução n.° 2/2006, emitida pela Direcção de Inspecção e Coordenação de Jogos (DICJ), actualmente em vigor. Para exemplos oferecidos nos Estados Unidos, cfr. Financial Crimes Enforcement Network, *Suspicious activity reporting guidance for casinos*, 2003.

14. Deixamos de lado a análise dos riscos de branqueamento de capitais no caso específico dos jogos de fortuna ou azar praticados *online*, dado que Macau não regulamentou esta área, na qual se salienta o facto de que o risco é em geral menor visto que há uma maior diligência na identificação dos clientes e, por outro lado, todas e cada uma das jogadas são registadas pelos sistemas informáticos. Sobre a matéria, cfr. Graham Brooks, «*Online* gambling and money laundering: "views from the inside"», *Journal of Money Laundering Control*, 2012, pp. 304 ss.; Anthony Cabot e Joseph Kelly, «Internet, casinos and money laundering», *Journal of Money Laundering Control*, 1998, pp. 134 ss.

15. Que é de HKD ou MOP 500.000, ou cerca de USD 62.500. Cfr. infra, nota 49 e respectivo texto.

16. Cfr. FATF/OECD e APG, *Vulnerabilities of Casinos and Gaming Sector*, Março de 2009. Trata-se de uma análise ainda preliminar e de natureza sobretudo criminológica, com vista a apontar riscos, problemas, tendências e fragilidades encontradas no terreno, na linha dos muitos trabalhos desta índole realizados pelo GAFI sob a designação de «*typologies*». Este estudo debruça-se com algum pormenor sobre os promotores de jogo, em especial no caso de Macau; cfr. pp. 47 ss.

17. A mais recente lista dos promotores de jogo licenciados foi publicada no *Boletim Oficial* n.º 5, II.ª Série, de 30 de Janeiro de 2013, pp. 962-969.

18. Nomeadamente: uma percentagem dos fundos depositados no casino à chegada (*front money*); uma comissão sobre as «fichas mortas» ou «fichas vivas» adquiridas; uma comissão sobre as perdas; ou uma percentagem sobre o montante apostado. Cfr. FATF/OECD e APG, *Vulnerabilities of Casinos and Gaming Sector*, como na nota 16, p. 48. Esta matéria foi objecto de intervenção legisla-

motores podem também conceder crédito para jogo nos termos da Lei n.° 5/2004, de 14 de Junho[19]. É conhecida a intervenção dos promotores na transferência de fundos ou mesmo na participação nos lucros de certas mesas ou salas de jogo. Com efeito, os promotores, ou pelo menos os maiores, operam normalmente nas chamadas «salas VIP», áreas de jogo separadas de outras salas semelhantes e do *mass market*, com contabilidade própria e fichas de jogo específicas, situadas dentro de um casino. As salas VIP são reconhecidas para efeitos estatísticos e fiscais. De acordo com o GAFI e o APG, as vulnerabilidades dos promotores são várias, nomeadamente o facto de que a sua intervenção propicia a criação de um estrato adicional que pode não contribuir para o conhecimento da identidade dos jogadores e da origem dos fundos, a que acresce a circunstância de que nem todas as jurisdições regulam os promotores de jogo e/ou os seus escritórios de representação[20]. A questão de resto complicar-se-á dado o potencial conflito de interesses comerciais entre as sub/concessionárias e os promotores de jogo[21].

Importa recordar a este propósito que, como se sabe, a RAEM dispõe de um sistema financeiro autónomo, que se caracteriza pela existência de livre circulação de capitais. Não sendo exactamente um paraíso fiscal (já que existe tributação sobre o rendimento) ou um centro financeiro internacional de renome, Macau tem em todo o caso pontos atractivos. Já na RPC não há livre circulação de capitais: o limite para a transporte de numerário para o exterior situa-se nos 20.000 RMB (cerca de 2500 euros)[22]. Desta forma, Macau, tal como Hong Kong, poderão ser procurados por pessoas que tentem retirar os seus capitais do interior da China e movê-los para o exterior[23]. Esta situação, em bom rigor, não configura branqueamento de capitais[24]. Tratar-se-á de uma violação das leis de controlo cambial vigentes no interior da RPC, onde poderá haver elementos de outras condutas, como evasão fiscal.

Os promotores de jogo poderão auxiliar na transferência dos fundos para os casinos de Macau. No caso de jogo em *Baccarat* VIP, as quantias em causa podem atingir valores muito elevados. De resto, em muitos casos não haverá sequer transferência de fundos mas um simples encontro de contas entre créditos no interior da China e débitos em Macau. Esta é uma das razões que explicam a existência de um sector de promotores de jogo assaz desenvolvido[25].

Dúvidas não restam que este canal pode servir igualmente para a movimentação de fundos de origem ilícita, seja resultantes de corrupção, do desvio de fundos de entidades públicas ou privadas, ou de quaisquer outras fontes. Daí a necessidade particular de regras e procedimentos de detecção.

3. Evolução e fontes

a) Evolução

A evolução dos mecanismos de detecção do branqueamento de capitais nos casinos tem, como muitos dos desenvolvimentos nesta área, alguma influência dos Estados Unidos, onde resultou de um alargamento da regulamentação iniciada no sector bancário em 1970 com a

tiva (através do Regulamento Administrativo n.º 27/2009, de 10 de Agosto, e do Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 83/2009, in *Boletim Oficial* n.° 38, de 21 de Setembro de 2009), que fixou como limite máximo às comissões o valor de «1,25% do valor total apostado (*net rolling*) seja qual for a respectiva base de cálculo». Macau não regula o modo de cálculo da remuneração, deixando a matéria ao mercado; este aspecto é vincado pelo último segmento da norma citada («seja qual for»).

19. Cfr J. Godinho, «Crédito para jogo em Macau», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n.° 25, 2008, pp. 91 ss; Jorge Godinho, «Credit for gaming in Macau», in *Gaming Law Review and Economics*, vol. 10(4), 2006, pp. 363 ss; Jorge Godinho, «Should credit agreements between casinos and patrons be subject to prior government approval? A note on Wynn Resorts (Macau) S.A. v. Mong Henry», in *Gaming Law Review and Economics*, vol. 14(7), 2010, pp. 541 ss.

20. Cfr. FATF/OECD e APG, *Vulnerabilities of Casinos and Gaming Sector*, como na nota 16, p. 48-9.

21. Com efeito, estando em causa jogadores VIP («*high rollers*» ou mesmo «*whales*»), capazes de apostar quantias assinaláveis em cada jogada, e de assim gerar proventos significativos, a angariação e conservação deste tipo de clientela é naturalmente objecto de medidas protectoras, tendentes a limitar ao máximo o conhecimento da própria identidade dos jogadores. Em todo o caso, o carácter mais ou menos lucrativo deste segmento do mercado não é isento de dúvidas e riscos para as operadoras; sobre a matéria, cfr. Robert Hannum e Sudhir Kale, «The mathematics and marketing of dead chip programmes: finding and keeping the edge», in *International Gambling Studies*, vol. 4(1), 2004, pp. 33 ss.

22. Aviso do Banco Popular da China n.° 18 de 2003.

23. Este aspecto é por vezes confundido com o branqueamento de capitais propriamente dito; assim, por exemplo, em 3 de Janeiro de 2012 o prestigiado *Financial Times* titulava: «*Macau casino boom fuelled by illicit cash*», em peça assinada por Enid Tsui. No entanto, o que a jornalista descreve no texto consiste em fuga de capitais cuja origem não é necessariamente ilícita.

24. Recorde-se que o crime de branqueamento de capitais em Macau refere-se apenas à dissimulação de vantagens resultantes de factos puníveis com pena de prisão superior a 3 anos. Sobre a matéria, cfr. Jorge Godinho, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», como na nota 8, pp. 159 ss.

25. A outra principal razão reside em que as dívidas de jogo não são executáveis nos tribunais da RPC, havendo desta forma um significativo risco de crédito, que é assumido pelos promotores de jogo.

aprovação do *Bank Secrecy Act*[26], que no entanto até 1984 no essencial não foi aplicado. Porém, nesse ano de 1984, no contexto de uma renovada «*war on drugs*» durante a presidência de Ronald Reagan, a situação mudou. O *Bank of Boston* foi multado em USD 500.000 e o cumprimento sistemático da lei começou a partir desta altura, a par de várias outras iniciativas incluindo a preparação de nova legislação nos EUA e de uma nova convenção internacional nas Nações Unidas, que viria a ser a Convenção de Viena de 1988. Em Maio de 1985 os casinos com receita bruta anual superior a USD 1.000.000 foram considerados como instituições financeiras para efeitos do *Bank Secrecy Act,* com as consequentes obrigações em relação a transacções superiores a USD 10.000[27], embora tenha sido negociado um regime especial para o Estado do Nevada, a chamada *Regulation* 6A, que vigorou até 2007. Uma alteração legislativa de 2003 aditou a obrigação de comunicar transacções suspeitas [28].

Passaram anos até que todos estes mecanismos surgissem noutros países. Durante muito tempo se soube da existência de corrupção, de tráfico de droga, e de outras actividades criminosas lucrativas, cujos proventos ilícitos acabavam muitas vezes por ser processados pelo sector financeiro. Porém, prevaleceu na banca durante muitos anos a filosofia de base de acordo com a qual a origem dos fundos do cliente não era algo que dissesse respeito ao banqueiro. Durante os anos 70 e 80, a visão generalizada era ainda a de que à banca não cabia qualquer papel no controlo da licitude dos fundos trazidos pelo cliente para o banco.

Porém, este paradigma inverteu-se a partir do final dos anos 80 e início dos anos 90 e a banca operou uma revisão radical desta atitude. Hoje aceita-se de modo pacífico que pura e simplesmente não é possível funcionar enquanto instituição financeira sem ter mecanismos de detecção de capitais de origem ilícita. A banca teve de aceitar o impacto de uma nova camada regulatória, com os custos associados, e com a respectiva erosão do direito à privacidade, tudo em nome do combate à criminalidade e ao seu poderio financeiro. A aplicação deste novo paradigma a outros sectores de actividade económica não se fez esperar.

b) As recomendações do GAFI

Logo em 1990, na primeira versão das 40 Recomendações do GAFI, se aludiu à necessidade de alargar os mecanismos então propugnados a outros sectores que não apenas a banca, embora não se tenha na altura chegado a um entendimento sobre quais os sectores que deveriam ser igualmente abrangidos[29]. Na segunda versão das 40 Recomendações, de 1996, foi adoptada uma perspectiva funcional através da inserção de uma lista de operações que, quando levadas a cabo por entidades que não instituições financeiras, poderiam ser abrangidas, como a aceitação de depósitos[30]. Foi na terceira versão das 40 Recomendações, de 2003, posterior aos trágicos acontecimentos do 11 de Setembro, que os casinos foram expressamente mencionados pela primeira vez[31]; a recomendação foi no sentido de os procedimentos serem desencadeados em relação a transacções financeiras de valor superior a USD/€ 3.000. Esta orientação foi mantida na actual versão, de 2012, onde surgem igualmente recomendações no sentido de os casinos serem objecto de licenciamento administrativo e supervisão efectiva[32].

c) Fontes internacionais

É conhecido o facto de que nem todas as recomendações do GAFI foram adoptadas, ou adoptadas nos seus exactos termos. O programa legislativo constante das 40 recomendações é maximalista e ambicioso, e nem todos os pontos sugeridos são consagrados pelos vários sistemas jurídicos, em especial pelas directivas da União Europeia, que revestem particular importância na difusão dos modelos regulatórios efectivamente vigentes à escala mundial.

Em todo o caso, a gradual passagem de *soft law* a *hard law* é evidente no direito internacional: várias conven-

26. Este diploma instituiu a obrigatoriedade de declarar ou comunicar ao Governo todas as transacções em numerário acima de USD 10.000, bem como a obrigatoriedade de declarar o transporte internacional de numerário acima de USD 10.000 e ainda a obrigatoriedade de declarar quaisquer contas bancárias no estrangeiro com um saldo superior a USD 10.000. A eventual inconstitucionalidade do *Bank Secrecy Act* por violação do direito à privacidade foi de imediato suscitada mas o *Supreme Court* decidiu no sentido de que não haveria qualquer violação (*California Bankers Association v. Shultz*, 1974). Com mais detalhe, Jorge Godinho, *Do crime de branqueamento de capitais. Introdução e tipicidade*, como na nota 12, pp. 62 ss.

27. Anthony Cabot e Joseph Kelly, «Internet, casinos and money laundering», como na nota 14, pp. 139 ss., com mais detalhes.

28. *Code of Federal Regulations*, 103.21 e 22. Cfr. Jim Kilby, Jim Fox e Anthony Lucas, *Casino operations management*, 2.ª ed., Wiley, Hoboken NJ, 2005, pp. 61 ss.

29. GAFI, 40 *Recomendações*, 1990, recs. 9-11.

30. GAFI, 40 *Recomendações*, 1996, rec. 9 e respectivo anexo.

31. GAFI, 40 *Recomendações*, 2003, rec. 12, a); e Nota Interpretativa às recomendações 5, 12 e 16. O glossário esclarece que são visados quer os casinos físicos quer os casinos *online*.

32. GAFI, 40 *Recomendações*, 2012, Rec. 22; Nota Interpretativa à Rec. 22. Uma nota de rodapé esclarece que para além dos casinos físicos são igualmente visados os casinos *online* e os casinos flutuantes;

ções vieram sugerir ou exigir a criação de mecanismos de detecção. Em 1999, a *Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo*[33] veio sugerir expressamente a adopção de medidas «*que obriguem as instituições financeiras e outras profissões envolvidas em transacções financeiras a utilizar os meios disponíveis mais eficazes para identificar os seus clientes habituais ou ocasionais, bem como os clientes em cujo interesse uma conta é aberta, a prestar atenção especial às transacções financeiras não habituais ou suspeitas e a comunicar as transacções que se suspeite resultarem de actividades criminosas*», nomeadamente «*a obrigação de comunicar prontamente às autoridades competentes todas as transacções complexas, de dimensão não habitual, bem como todos os tipos não habituais de transacções que não apresentem uma manifesta finalidade económica ou um fim lícito óbvio*»[34].

Em 2000 a *Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional*[35], nos termos do seu art. 7.°, n.° 1, a), veio determinar, de modo vinculativo, que cada Estado Parte

> *Estabelecerá um regime interno completo de regulamentação e controlo dos bancos e das instituições financeiras não bancárias e, se necessário, de outras entidades especialmente susceptíveis de ser utilizadas para o branqueamento de capitais, no âmbito da sua competência, a fim de prevenir e de detectar qualquer forma de branqueamento de capitais; devendo esse regime dar preponderância aos requisitos relativos à identificação de clientes, ao estabelecimento de registos de operações e às comunicações sobre as transacções suspeitas.*

Por fim, a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*[36], no seu extenso art. 14.°, regulamentou igualmente a matéria com pormenor.

Terá interesse assinalar que quer a convenção contra o crime organizado quer a convenção contra a corrupção indicam que «*todos os Estados Partes são instados a utilizar como orientação as iniciativas pertinentes adoptadas pelas organizações regionais, inter-regionais e multilaterais de combate ao branqueamento de capitais*»[37]. Tais organizações não são nomeadas, mas tem-se em vista desde logo o GAFI e ainda as organizações regionais semelhantes (*FATF-style regional bodies*), no caso de Macau, o *Asia/Pacific Group on Money Laundering*, conhecido como APG[38].

d) Fontes domésticas

Dando cumprimento aos imperativos internacionais, Macau aprovou legislação sobre esta matéria em 1998[39], posteriormente substituída por uma «segunda vaga» legislativa em 2006.

O regime vigente reveste-se de grande complexidade formal já que consta de fontes situadas a três níveis: duas Leis da Assembleia Legislativa; um Regulamento Administrativo; e normas aprovadas pelo regulador de cada um dos sectores especificamente visados.

No topo da pirâmide estão as regras aprovadas pela Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril (branqueamento de capitais), e pela Lei n.º 3/2006, de 10 de Abril (terrorismo), que contêm, em síntese, uma parte penal e uma parte administrativa[40]. A parte penal ocupa-se da criminalização do branqueamento de capitais, que não cabe aqui desenvolver[41]. A parte administrativa consta em especial dos artigos 6.° a 8.°; no essencial, o artigo 6.° define quais as entidades sujeitas aos deveres aplicáveis neste domínio, o artigo 7.° explicita os deveres a cumprir e o artigo 8.° remete para Regulamento Administrativo a concretização dos deveres e a indicação de qual a entidade que recebe as comunicações de transacções suspeitas.

Num segundo nível surge o Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio.

Por fim, no sector do jogo foi emitida regulamentação através da Instrução da DICJ n.º 2/2006[42]. As entidades abrangidas são as sub/concessionárias de jogos de fortuna ou azar, os promotores de jogo em casino e todas as

33. Cfr. Aviso do Chefe do Executivo n.° 26/2006, in *Boletim Oficial*, n.° 26, de 28 de Junho de 2006.

34. Art. 18.°, n.° 1, b); e art. 18.°, n.° 1, b), i).

35. Aviso do Chefe do Executivo n.º 30/2004, in *Boletim Oficial*, n.° 36, de 8 de Setembro de 2004.

36. Aviso do Chefe do Executivo n.º 5/2006, in *Boletim Oficial*, n.º 7, de 21 de Fevereiro de 2006.

37. *Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional*, art. 7.°, n.° 3; *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, art. 14.°, n.° 4.

38. Cfr. David McClean, *Transnational organized crime. A commentary on the UN Convention and its protocols*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 92 ss, que refere com clareza a intenção de seguir as recomendações do GAFI.

39. Decreto-Lei n.° 24/98/M, de 1 de Junho, aplicável a vários sectores incluindo o do jogo.

40. No caso da Lei n.º 3/2006, de 10 de Abril, em matéria de terrorismo, a parte administrativa é regulada por remissão para os artigos 6.° a 8.° da Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril.

41. Sobre a matéria, cfr., por último, Jorge Godinho, «Para uma reforma do tipo de crime de branqueamento de capitais», no prelo no volume de estudos em memória do Prof. Peter Hünerfeld; Jorge Godinho, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», como na nota 8, pp. 146 ss.

42. Direcção de Inspecção e Coordenação de Jogos, Instrução n.° 2/2006, *Medidas preventivas da prática de crimes de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo*, de 13 de Novembro de 2006.

restantes concessionárias de jogo. A entidade competente na área é naturalmente a dita Direcção de Inspecção e Coordenação de Jogos.

Assim, a grande complexidade formal do sistema de fontes adoptado em Macau significa que para obter resposta a muitas questões é em princípio necessário confrontar primeiro o texto das duas leis da Assembleia Legislativa, depois o texto do Regulamento Administrativo aplicável a todos os sectores, e por fim o texto da regulamentação específica emitida para o sector concreto em causa. Desta particular situação resultam problemas efectivos de inteligibilidade e concatenação das várias peças do regime vigente. O figurino adoptado parece recolher em normas de grau hierárquico superior apenas os aspectos da competência exclusiva da Assembleia Legislativa, sendo os restantes regulados pelo Governo através de Regulamento Administrativo e de normas emanadas pelas entidades de fiscalização competentes em cada área, não já por lei[43], cuja divulgação ao público não é sequer legalmente exigida[44]. A Instrução emanada pela DICJ não foi publicada no *Boletim Oficial*, tendo no entanto sido disponibilizada ao público em geral através da página electrónica da DICJ (www.dicj.gov.mo). Esta divulgação, note-se, é uma excepção, já que em regra as Instruções da DICJ não são publicadas e por isso não é sequer possível o conhecimento genérico de quantas foram emitidas ou sobre que matérias versam[45].

Diga-se ainda que o estilo legislativo adoptado na Instrução da DICJ n.° 2/2006 se presta à crítica de que inclui definições perfeitamente desnecessárias, que uma Instrução da DICJ não pode pretender oferecer, em virtude da hierarquia de fontes. Com efeito, nela se definem conceitos como «branqueamento de capitais» e «crime de branqueamento de capitais» (que constam da Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril), «cheque» (regulado no Código Comercial, arts. 1212 ss.), «crédito para jogo» (definido na Lei n.° 5/2004, de 14 de Junho), «crime de financiamento do terrorismo» (definido na Lei n.º 3/2006, de 10 de Abril), ou DICJ (a que se aplica o Regulamento Administrativo n.° 34/2003, de 3 de Novembro).

4. Mecanismos de prevenção: aspectos gerais

A prevenção do branqueamento de capitais nos casinos faz-se com base num complexo normativo extenso, composto por múltiplas vertentes fundamentais, cujos principais aspectos poderão ser sintetizados da seguinte forma:

a) deveres relativos à clientela (*customer due diligence*), incluindo deveres de identificação e de obtenção de informação sobre os clientes, de vigilância da clientela, e de recusa de realização de transacções onde a identificação não seja conseguida;

b) deveres de acompanhamento constante e diligente das operações de jogo e de registo das mesmas onde excedam valores definidos por lei;

c) deveres de conservação de registos das operações;

d) dever de comunicação de transacções suspeitas a uma entidade governamental, sem que o cliente seja disso informado ou que a operadora de jogo possa ser responsabilizada por ter feito tal comunicação;

e) dever de comunicação a uma entidade governamental de todas as transacções acima de um montante fixado por lei;

f) deveres de organização interna, incluindo o dever de adoptar procedimentos específicos para a detecção do branqueamento de capitais, o dever de nomear um responsável principal e o dever de dar formação aos trabalhadores.

Antes de entrar numa discussão de pormenor refira-se que as regras estabelecidas na Instrução da DICJ n.° 2/2006 são descritas como constituindo deveres mínimos obrigatórios[46]. Os operadores de jogo poderão assim aplicar outros procedimentos mais rigorosos, nomeadamente práticas trazidas de outros sistemas jurídicos de onde sejam originárias as empresas. Porém, tal apenas poderá ocorrer na medida em que não seja incompatível com as regras vigentes em Macau, designadamente as constantes

43. O APG criticou o facto de que muitos aspectos do regime jurídico vigente em Macau não constam de lei ou de regulamento administrativo mas apenas de regulamentos ou linhas de orientação emitidas por entidades supervisoras. Cfr. APG/OGBS, *Mutual evaluation report on Macao, China, against the FATF 40 Recommendations (2003) and 9 Special Recommendations*, Julho de 2007, ponto 378, p. 77.

44. Com efeito, o n.° 2 do art. 2.° do Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio, remete a densificação de certos aspectos do regime para instruções comunicadas pelas autoridades de fiscalização por meio de carta-circular, carta registada ou protocolo - formas que não implicam uma divulgação ao público - ou por aviso ou acto normativo publicado no Boletim Oficial.

45. A explicação por vezes adiantada para este facto reside em que tal se torna necessário por razões de segurança, visto que certas matérias (p. ex., métodos de contagem e manipulação de fundos) serão extremamente sensíveis e não podem ser do conhecimento do público. Não é este o local apropriado para proceder a uma discussão detalhada da bondade deste argumento ou da sua aplicabilidade geral a todas as Instruções da DICJ.

46. Nos termos do ponto 1 da Instrução da DICJ n.° 2/2006, «*A presente instrução define os deveres, regras e procedimentos mínimos obrigatórios a observar na indústria do jogo em Macau* (…)».

da Instrução n.° 2/2006 da DICJ, ou incompatível com as obrigações decorrentes dos contratos de sub/concessão[47], ou com as leis de Macau em geral, não podendo as operadoras estribar-se numa qualquer suposta aplicação extraterritorial das leis dos respectivos sistemas jurídicos de origem.

5. Deveres relativos à clientela

Passando à análise na especialidade dos deveres relativos à clientela, surge em primeiro lugar um conjunto de regras que em geral visam a obtenção de dados de identificação dos clientes. Este complexo normativo era inicialmente conhecido através da fórmula inglesa «*know your customer*» (KYC), que porém foi suplantada por uma nova fórmula mais abrangente: «*customer due diligence*» (CDD).

a) Dever de identificação

O sentido fundamental desta regra, elaborada sobretudo tendo em vista a banca mas depois aplicada a muitos outros sectores, reside numa proibição de anonimato. Não é permitida a realização de transacções com pessoas cuja identidade ou verdadeira identidade o próprio casino desconhece. Para o efeito, o casino deve exigir a apresentação de documentos de identificação.

No caso dos casinos e outros sectores onde onde há uma quantidade assinalável de transacções meramente pontuais, como por exemplo sucede na actividade dos cambistas e noutras onde se não constitui uma relação comercial ou de negócios mais ou menos estável ou duradoura, esta regra tem necessariamente de ser temperada. Com efeito, seria descabida e pouco exequível na prática a exigência de identificação de toda e qualquer pessoa que ingressasse num espaço de jogo. Sucede desde logo que muitas das pessoas que entram num casino acabam por nada jogar, ou apenas arriscam quantias pouco significativas ou por vezes irrisórias. Assim, a obrigação imposta neste domínio não pode ser a de identificar todos os clientes e é circunscrita pela lei a dois tipos de casos.

Em primeiro lugar, cabe exigir a identificação sempre que tenha lugar uma transacção suspeita, note-se, qualquer que seja o seu montante[48]; ou seja, insista-se, as transacções suspeitas relevam independentemente do valor que nelas esteja em causa.

Em segundo lugar, cabe exigir a identificação sempre que tenha lugar uma transacção de «valor relevante», na expressão algo abstracta usada pela Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril. A fixação concreta deste valor foi remetida pelo Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio, para instruções. Deste modo, o valor em causa deverá ser igual ou superior a um certo montante pré-determinado para cada sector de actividade, podendo ocorrer, como de facto sucede, que esse valor não seja o mesmo em todos os sectores. No que respeita ao sector do jogo, esse valor, agora denominado de «valor elevado», foi fixado pela DICJ[49] em MOP/HKD 500.000, portanto muito acima do valor sugerido pelo GAFI, que é de USD/€ 3.000[50].

A Instrução da DICJ n.° 2/2006 discrimina o modo de efectivação da identificação em geral, que deve ser feita «por confronto com documentos originais, emitidos por entidades oficiais». Os tipos de documentos admissíveis incluem passaportes, bilhetes de identidade e «documentos equivalentes»[51]. É ainda regulado o modo de comprovação dos endereços, e de verificação da aparência das pessoas e o formulário a usar na identificação. Onde ocorram transacções suspeitas será necessário preencher completamente um formulário diverso, aprovado para o efeito pela DICJ[52].

b) Pessoas abrangidas para além do próprio jogador

A identificação refere-se, para além do próprio jogador ou apostador, ao seu representante (caso exista), e ainda a quaisquer outras pessoas em nome de quem esteja a agir nos casos onde não actue por conta própria[53].

c) Pessoas politicamente expostas

Uma matéria que tem merecido uma atenção particular tem que ver com as chamadas «pessoas politicamente ex-

47. Assinale-se a este propósito que, para além de vários deveres de confidencialidade resultantes da lei, os contratos de sub/concessão incluem uma cláusula nos termos da qual os documentos produzidos pelo Governo ou pela concessionária, em cumprimento do contrato, têm carácter confidencial, apenas podendo ser disponibilizados a terceiros mediante autorização da outra parte (cl. 92.ª).

48. Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, art. 7.°, n.° 1; Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio, art. 3.°, n.° 1, 1); Instrução da DICJ n.° 2/2006, ponto 5.

49. Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, art. 7.°, n.° 1; Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio, art. 3.°, n.° 1, 2); Instrução da DICJ n.° 2/2006, definições e ponto 5.

50. GAFI, 40 *Recomendações*, 2012, Rec. 22 e Nota Interpretativa à Rec. 22.

51. Instrução da DICJ n.° 2/2006, ponto 5.2.

52. O modelo, de 9 páginas, está disponível em < http://www.dicj.gov.mo/web/files/anticrime/STR_Portuguese_general.pdf>.

53. Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio, art. 3.°, n.° 2 e n.° 3; Instrução da DICJ n.° 2/2006, pontos 5.1.2 e 5.1.3.

postas» (PPEs), clientes que justificam graus acrescidos de diligência dado o risco de movimentação de fundos provenientes de corrupção ou de outras condutas ilícitas.

A primeira questão a este propósito reside em determinar quem é uma PPE. Cabe referir que Macau acompanha as sugestões internacionais vigentes até 2012 a este respeito, incluindo na sua definição apenas pessoas no estrangeiro, fora da China. Com efeito, uma PPE é definida nos seguintes termos (itálico não no original): «pessoa, familiar ou seu associado próximo que exerça ou tenha exercido funções político-administrativas proeminentes em *país ou território estrangeiro*, designadamente a chefia de Estado ou Governo, funções administrativas, judiciais ou militares de nível superior, gestão de empresas estatais ou representação, a nível elevado, de partido político»[54]. Isto significa que ficam de fora os políticos *lato sensu* de Macau, do interior da China, de Hong Kong ou de Taiwan, que obviamente não podem ser considerados como exercendo cargos em territórios estrangeiros.

Estamos assim, como facilmente se compreende, perante uma limitação sem qualquer justificação plausível de índole político-criminal. Com efeito, foram no passado identificados casos deste tipo, havendo um estudo académico particularmente esclarecedor sobre o tema[55]. Não parece fazer grande sentido que a definição de PPE exclua os maiores segmentos do mercado de jogo. Deve a este propósito ser salientado que na versão de 2012 das recomendações do GAFI a definição das PPEs passou a abranger entidades domésticas e de organizações internacionais, tendo sido abandonada a restrição a entidades estrangeiras[56].

Para além das pessoas directamente em causa, há ainda que ter em conta os «familiares» e os «associados próximos». A Instrução da DICJ não clarifica a extensão destas noções.

Perante este conjunto de normas a primeira tarefa prática que se coloca às operadoras será a de saber se um qualquer cliente é uma PPE. Esta indagação redunda, num primeiro nível, numa aclaração da sua actividade profissional, actual e passada. A Instrução da DICJ n.º 2/2006 não trata este ponto de modo expresso. Seria desejável que contivesse a formulação explícita de um dever de esclarecimento, ou seja, uma obrigação de determinar se um cliente é ou não uma PPE.

Perante uma PPE haverá naturalmente que ter cuidados adicionais. A Instrução refere de modo algo lacónico que «*A identificação das PPEs deve ser realizada com diligência acrescida*»[57]. Importará sobretudo tentar averiguar a origem dos fundos («*take reasonable measures to establish the source of wealth and source of funds*», na expressão do GAFI[58]).

d) Dever de identificação de operações

Surge de seguida um «dever de identificação de operações» [59], cujo cumprimento deve ter lugar nos dois casos já mencionados: transacção suspeita ou acima do valor fixado para cada sector. A Instrução da DICJ procede à delimitação das transacções abrangidas para este efeito através da definição legal de «operações de jogo»[60]:

operações relacionadas com a exploração legal dos jogos de fortuna ou azar, lotarias ou apostas mútuas autorizadas pelo governo da RAEM, designadamente, a colocação de apostas, o pagamento de prémios, a aquisição e resgate de fichas, "tickets" ou "tokens" e concessão ou reembolso de crédito para jogo

São assim abrangidas na prática todas as transacções relevantes no domínio do jogo lícito, incluindo o crédito para jogos de fortuna ou azar. Saliente-se que são igualmente compreendidos os conjuntos de transacções que, sendo isoladamente inferiores ao montante definido o acabem por exceder num período de 24 horas.

e) Adequação ao grau de risco (*risk-based approach*)?

Poder-se-á colocar a questão de saber se será possível às sub/concessionárias de jogos praticar neste domínio uma adequação ao risco ou abordagem baseada no risco (*risk-based approach*), um conceito desenvolvido para o sector financeiro[61]. Uma abordagem baseada no risco significa no

54. Instrução da DICJ n.º 2/2006, definições, pág. 3. Esta definição não se refere expressamente a pessoas que ocupem ou tenham ocupado cargos políticos no âmbito do poder legislativo, independentemente da forma de escolha dos deputados ou parlamentares.

55. Zhonglu Zeng e David Forrest, «High-rollers from mainland China; a profile based on 99 cases», UNLV *Gaming Research & Review Journal*, vol. 13(1), 2009, pp. 29 ss. No universo de 99 casos estudados surgiram 87 situações com matéria crime. Quanto ao perfil dos jogadores, os autores apontam a existência de 24 funcionários públicos, 18 quadros de topo e 8 caixeiros (*cashiers*) de empresas estatais. Em 15 destes casos houve condenação à pena de morte.

56. Embora haja ainda uma ligeira suavização das recomendações em relação às PPEs domésticas; cfr. GAFI, 40 *Recomendações*, 2012, Rec. 12, Rec. 22 e definições.

57. Instrução da DICJ n.º 2/2006, ponto 5.7.

58. GAFI, *40 Recomendações*, 2012, Rec. 12, c).

59. Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, art. 7.º, n.º 1, 2); o Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio, repete a norma no seu art. 4.º sem adiantar mais detalhes.

60. Instrução da DICJ n.º 2/2006, definições.

61. O novo enfoque na aplicação de uma abordagem baseada no risco é um reconhecimento implícito de que a regulamentação é

essencial a possibilidade de realizar uma gestão flexível, aplicando diligência reduzida ou simplificada onde se entenda que existe baixo risco de branqueamento de capitais, e diligência reforçada no caso de riscos elevados, como p. ex. no que diz respeito às pessoas com risco político (PPEs). Uma abordagem baseada no risco, onde a lei a autorize, não deverá naturalmente ser entendida como uma autorização para fazer menos ou economizar esforços mas antes um imperativo no sentido de agir melhor ou de modo mais inteligente, talhado à medida da realidade presente em cada caso. No entanto, sucede que uma tal abordagem baseada no risco não é mencionada nas instruções para o sector do jogo, mas apenas no que respeita à banca[62]. Desta forma, impõe-se a conclusão de que as obrigações legais devem ser cumpridas rigorosamente no sector do jogo, sem espaço para ajustes ou modulações. Apenas haverá margem para uma abordagem baseada no risco lá onde estejam em causa aspectos que vão para além das imposições legais.

f) Dever de recusa

A lei impõe um dever de recusa de realização das operações solicitadas pelos jogadores caso não seja possível obter os elementos necessários ao cumprimento do dever de identificação do cliente, ou obter os elementos necessários sobre as próprias operações em causa incluindo operações suspeitas e operações acima do montante de MOP/HKD 500.000[63]. O que significa que se um apostador pretender fazer por exemplo uma troca de fichas por dinheiro acima desse montante deverá exibir identificação, sem o que a troca deverá ser recusada. Esta regra configura uma excepção ao dever das sub/concessionárias, consagrado nos respectivos contratos de concessão, de reembolsar as fichas emitidas[64].

6. Conservação de registos

Em consonância com os padrões internacionais vigentes nesta matéria, a lei de Macau exige a conservação de documentos e registos[65]. O prazo mínimo de conservação não foi definido logo pela Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, que fala apenas num «prazo razoável». O Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio, concretizou a sua duração, fixando-a em 5 anos.

Os documentos em causa são todos os atinentes à identificação das pessoas nos casos de transacções suspeitas ou acima do montante determinado e os relatórios de operações de valor elevado. Em relação às transacções suspeitas existe ainda uma regra adicional muito particular, que exige a conservação dos documentos «*comprovativos das transacções suspeitas reportadas, mas não remetidas ao GIF por decisão do funcionário de acompanhamento e coordenação*»[66]. Como se verá adiante, ao funcionário em causa (o chamado *compliance officer*) compete tomar decisões nesta matéria. Sucede assim que não é permitida a eliminação do *paper trail* dos casos em que, analisados os factos, foi suscitada pelos funcionários de primeira linha, ou por outros funcionários, a questão do eventual carácter suspeito de certas transacções mas o assunto não teve seguimento de acordo com o entendimento do *compliance officer*. Assim, a retenção destes registos permite lançar as bases de uma avaliação ou inspecção do desempenho ou dos critérios adoptados por este funcionário.

Há a possibilidade de utilizar microfilme ou um suporte informático no cumprimento destas obrigações.

7. Dever de comunicação

O regime jurídico dos deveres de comunicação de transacções ao Governo reveste-se de alguma complexidade e particularismo já que compreende dois tipos de obrigações:

a) Dever de comunicação de transacções suspeitas ao Gabinete de Informação Financeira;

pesada e difícil de cumprir, dando por esta via alguma margem para um aligeiramento das cargas burocráticas em questão.

62. Autoridade Monetária de Macau, Aviso n.º 10/2009-AMCM, *Directiva contra o Branqueamento de Capitais e o Financiamento ao Terrorismo para Instituições Financeiras*.

63. Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, art. 7.°, n.° 1, 3); Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio, art. 5.°; Instrução DICJ n.° 2/2006, ponto 9.

64. Com efeito, os contratos de sub/concessão incluem uma cláusula nos termos da qual «*A concessionária obriga-se a garantir o reembolso, em numerário ou através de cheque ou título de crédito equivalente, das fichas que hajam sido lançadas em circulação*».

65. Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, art. 7.°, n.° 1, 4); Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio, art. 6.°; Instrução DICJ n.° 2/2006, ponto 11. A questão da conservação dos vídeos das câmaras instaladas nos casinos e nas suas zonas anexas (o chamado «*eye in the sky*») não gravitou para esta órbita e é regulada em separado na Lei 16/2001, de 24 de Setembro, art. 22.°, n.° 6, e nos contratos de sub/concessão. A cláusula 13.ª dos contratos não fixa um prazo mínimo de conservação. A necessidade de prazos relativamente curtos neste domínio é compreensível já que estão aí em causa gravações de centenas ou mesmo milhares de câmaras, não sendo necessária a sua conservação por períodos de tempo muito prolongados. Sobre a utilização de câmaras de um prisma operacional, cfr. Derk Boss e Alan Zajic, *Casino security and gaming surveillance*, CRC Press, 2011, pp. 7 ss. Em todo o caso, estas gravações poderão aqui e ali ter algum interesse na investigação de situações de branqueamento de capitais e na identificação das pessoas envolvidas.

66. Instrução da DICJ n.° 2/2006, ponto 11.1.3.

b) Dever de comunicação de todas as transacções acima de MOP/HKD 500.000 à DICJ.

a) A obrigação de comunicação de transacções suspeitas ao GIF[67] é um aspecto fundamental dos procedimentos contra o branqueamento de capitais, recolhido no direito internacional. Trata-se de um dever comum a todas as outras actividades abrangidas pela Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, e que no sector do jogo se aplica a todas as sub/concessionárias e ainda aos promotores de jogo. Cabe frisar que as sub/concessionárias têm um dever «directo» de comunicar transacções suspeitas e bem assim um dever amplo de comunicar indícios de actividade criminosa em relação a transacções efectuadas pelos promotores de jogo[68]. Os auditores têm igualmente um dever de comunicar suspeitas de branqueamento de capitais[69].

O que seja uma transacção suspeita é naturalmente difícil de definir, mas a Instrução da DICJ n.° 2/2006 fornece algum apoio: um conceito - «*operação relacionada com a prática do jogo ou aposta que, pela sua natureza, carácter inabitual ou complexidade, indicia uma actividade de branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo*» - e vários exemplos[70]. O valor da transacção é irrelevante, desde logo porque pode haver «*smurfing*». As comunicações devem ser enviadas para o GIF até dois dias úteis após a sua realização[71], existindo um formulário para o efeito.

A revelação ao contratante, cliente, frequentador ou a terceiros de factos conhecidos por força do exercício de função, e em especial relativos às comunicações feitas (*tipping-off*) é proibida. O cliente não pode saber que foi feita uma comunicação[72].

b) Em relação às transacções que excedam um certo montante (um «valor relevante»), ou *threshold-based reporting*, cabe observar que os padrões internacionais não tornam exigível este tipo de procedimento, pois apenas abrangem a comunicação de transacções suspeitas. Com efeito, a comunicação de todas as transacções cria massas enormes de informação potencialmente difíceis de gerir, bem como custos e burocracia acrescida, pelo que seria excessiva a imposição de uma regra desta índole a nível internacional. Desta forma, cabe a cada sistema jurídico a opção por um regime desta natureza. Assim, a especial particularidade jurídica do regime do sector do jogo consiste no facto de que todas as transacções de valor superior a HKD/MOP 500,000.00 devem ser comunicadas à DICJ. Não foi criada obrigação semelhante para a banca nem para qualquer outro sector. Com efeito, a base legal deste dever não é a Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, nem o Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio, mas apenas a Instrução da DICJ n.° 2/2006, que no seu ponto 6.4 determina que «Deve ser enviada à DICJ uma cópia do relatório ROVE»[73].

O dever refere-se a todas as «operações de jogo» definidas na Instrução da DICJ n.° 2/2006, o que inclui nomeadamente o clássico pagamento de *jackpots* de *slot machines* ou de prémios de lotarias[74]. A crítica geralmente feita de que o valor é demasiado alto em princípio poderá ser rebatida com a observação da importância do mercado VIP em Macau, muito ligado ao crédito para jogo: em Macau os apostadores arriscam em média valores muito mais altos do que na Europa ou nos Estados Unidos. Já para os restantes segmentos do sector do jogo (apostas mútuas em corridas de cavalos ou de cães, lotaria *Pacapio* e lotaria instantânea, apostas desportivas), o valor será de facto exagerado.

Acresce que esta comunicação é enviada à DICJ, não já ao GIF. Existe um formulário para o efeito. Como re-

67. No regime do Decreto-Lei n.° 24/98/M, de 1 de Junho, que vigorou de 1998 a 2006, a comunicação era feita à Polícia Judiciária, devendo ser dado conhecimento à respectiva autoridade de fiscalização, ou seja, no caso do sector do jogo, à DICJ.

68. Nos termos do n.° 6 do art. 30.° do Regulamento Administrativo n.° 6/2002, as sub/concessionárias devem «[c]omunicar às autoridades competentes qualquer facto que possa indiciar a prática de actividade criminosa, designadamente de branqueamento de capitais, por parte dos promotores de jogo».

69. Lei n.° 16/2001, de 24 de Setembro, art. 34.°, n.° 5, 1). A comunicação deve ser feita, nos termos desta disposição, à DICJ e à Direcção dos Serviços de Finanças.

70. Instrução da DICJ n.° 2/2006, Anexo II.

71. Regulamento Administrativo n.º 7/2006, de 15 de Maio, art. 7.°

72. Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, art. 7.°, n.º 4.

73. A Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, no seu art. 7.°, n.° 1, 5), apenas cria um «Dever de comunicação [ao Governo] de operações, quando estas possam indiciar a prática do crime de branqueamento de capitais», não já quando simplesmente excedam um determinado montante. Poder-se-á pois questionar a base legal deste dever de comunicação sistemática, que impõe a revelação de dados privados ao Governo que na sua ausência permaneceriam confidenciais.

74. A emissão de cheques deverá igualmente estar sempre abrangida pois estes consistirão no pagamento de prémios, no resgate de fichas ou no reembolso de crédito; seria no entanto conveniente a emissão de regulamentação explícita sobre a importante questão das cautelas de que se deve rodear a emissão de cheques pelos casinos. No estado actual, para além de oferecer uma definição a Instrução da DICJ n.° 2/2006 apenas se refere a cheques a propósito das regras e procedimentos internos das operadoras, onde exige que tais regras internas tratem a questão da sua emissão, sem que surjam limites substantivos; cfr. ponto 3.2.7. Admitimos no entanto que esta possa ser uma área tratada por uma outra Instrução da DICJ, não publicada.

sultado deste mecanismo a DICJ terá acumulado uma base de dados de dimensões assinaláveis, com centenas de milhares de registos, um verdadeiro «*who's who*» da indústria em Macau[75].

8. Funcionamento interno

A Instrução da DICJ n.° 2/2006 consagra um conjunto de exigências em matéria de procedimentos internos, cujo incumprimento pode eventualmente assumir relevância não apenas ao nível administrativo mas igualmente ao nível penal, em virtude do regime da responsabilidade penal das pessoas colectivas por branqueamento de capitais.

Com efeito, existe uma obrigação de ter procedimentos mínimos sobre a problemática do risco de branqueamento de capitais, que devem ser aprovados pela DICJ. O conteúdo mínimo é detalho na Instrução, sendo de assinalar a obrigação de dar formação aos funcionários (3.2.6). Por outro lado, deve existir pelo menos[76] um funcionário responsável (*compliance officer)* e um substituto em todas as entidades abrangidas, incluindo os promotores de jogo. O *compliance officer* deve ter experiência profissional apropriada; a DICJ pode determinar a sua substituição com base em falta de idoneidade ou de competência técnica para o exercício das funções[77].

Existe ainda uma obrigação de cooperação com as autoridades e de prestação de informações[78].

A finalizar, diga-se que a utilização de tecnologia neste sector é uma realidade: há vários programas informáticos que permitem automatizar algumas partes do processo. O uso de meios informáticos não é obrigatório; dir-se-ia no entanto que é bastante aconselhável, já que certas funções, como a verificação das listas de «alvos» emitidas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas[79], seguramente que não poderá ser feita de uma maneira manual, com base em listas em papel.

75. Regressamos ao tema infra; cfr. nota 82 e respectivo texto.

76. Será de crer que as maiores sub/concessionárias de jogos de fortuna ou azar, que exploram um número importante de casinos, ou casinos de largas dimensões, possam ter a necessidade de ter vários *compliance officers* ou procedimentos internos equivalentes.

77. Instrução da DICJ n.° 2/2006, ponto 4.5.

78. Instrução da DICJ n.° 2/2006, ponto 12.

79. Sobre esta matéria, cfr. Jorge Godinho, 'When worlds collide: enforcing UN SC asset freezes in the EU legal order', *European Law Journal*, vol. 16(1), 2010, pp. 67 ss.

9. O Gabinete de Informação Financeira

A criação de uma unidade de informação financeira (*financial intelligence unit*) especializada na recolha e análise das comunicações das transacções suspeitas, denominada Gabinete de Informação Financeira (GIF), foi uma importante inovação, introduzida em 2006[80]. Esta entidade foi criada com a natureza de equipa de projecto, o que se terá devido ao facto de ser uma forma mais expedita de lançar a estrutura, mas que permanece sem alteração na data em que são escritas estas linhas, seis anos mais tarde. A futura estrutura orgânica permanente estará a ser equacionada e as opções são duas: serviço público simples ou instituto público.

As transacções suspeitas recebidas pelo GIF desde 2007, o seu primeiro ano completo de operação, são as seguintes[81]:

	2007	2008	2009	2010	2011
Banca e seguros	343	386	382	338	477
Sector do jogo	374	443	767	814	1082
Outros sectores	8	9	7	68	4
Total	725	838	1156	1220	1536

Estes dados mostram que o sector do jogo é de longe o que gera o maior número de transacções suspeitas. Por outro lado, o volume tem vindo a aumentar a passos rápidos, embora seja conveniente recordar que de 2007 a 2011 o sector do jogo cresceu igualmente bastante, havendo uma correlação mais ou menos linear entre o número de transacções suspeitas e o montante da receita bruta, já que ambos grosso modo triplicaram entre 2007 e 2011.

	Receita bruta (10^3 MOP)	Casinos (no.)	Mesas (no.)	Máquinas (no.)
2007	83022 245	28	4 375	13267
2008	108772000	31	4 017	11856
2009	119369000	33	4 770	14363
2010	188343000	33	4 791	14050
2011	267867000	34	5 302	16056

É evidentemente de saudar o facto de que a partir de 2007 o GIF iniciou a divulgação anual destes dados, embora se possa criticar a agregação de vários sectores, que

80. Despacho do Chefe do Executivo n.º 227/2006, in *Boletim Oficial*, n.° 32, 7 de Agosto de 2006.

81. Fonte: Gabinete de Informação Financeira, *Relatório anual 2011*, Macau, 2012, p. 45.

não permite uma análise detalhada. Com efeito, os dados relativos ao que se descreve como «sector do jogo» incluem todos os seus subsectores, nomeadamente as apostas em corridas de cavalos e de galgos, a lotaria instantânea e as apostas desportivas e a lotaria *Pacapio*. Nomeadamente, não é possível saber quantas comunicações foram feitas especificamente pelos promotores de jogo. Seria importante conhecer em separado os dados das sub/concessionárias e dos promotores de jogos de fortuna ou azar. Esta opção por uma agregação de dados não contribui para a transparência e não permite uma análise mais detalhada.

Por outro lado, a DICJ não fornece regularmente dados ao público sobre os relatórios de transacções recebidos ao abrigo da exigência regulamentar de comunicar todas as transacções acima de MOP/HKD 500.000. Em todo o caso, responsáveis da DICJ avançaram em conferências públicas dados que apontam para números elevadíssimos, da ordem das centenas de milhar por ano, e que presumivelmente estarão em aumento constante em virtude do crescimento da receita bruta, que atingiu um novo recorde anual no final de 2012[82].

A questão da não revelação regular destes dados não poderá deixar de estar relacionada com o facto de que a DICJ é um serviço público simples, que não publica um relatório anual. Este estatuto jurídico do regulador da principal actividade económica de Macau deveria talvez ser ponderado, equacionando-se a sua passagem a uma entidade reguladora autónoma, um estatuto que seria mais de acordo com a sua importância económica para a RAEM.

10. Reflexões finais

A expansão dos mecanismos de prevenção do branqueamento de capitais aos casinos resulta da evolução internacional. Não se poderá duvidar de que os custos da sua aplicação, para os casinos como para o Governo, são relativamente elevados. Já os resultados são incertos, havendo no entanto a crença genérica que este esforço valerá a pena. Esta conclusão poderá ser factualmente sustentada nas estatísticas de transacções suspeitas enviadas ao GIF, que indicam um estado de bom funcionamento do sistema instituído, de acordo com os padrões internacionais vigentes. Pelo que toda esta área deve continuar a ser investigada, avaliada e refinada com vista à melhoria das suas bases jurídicas e funcionamento prático e ao equilíbrio destes mecanismos. No entanto, esta área é de investigação difícil: aqui e ali a o investigador depara com barreiras intransponíveis, pelo que a panorâmica que aqui foi oferecida é a possível.

O sector dos casinos em Macau emprega milhares de pessoas e está constantemente exposto a riscos de crime. O facto de por vezes surgir um caso, uma «maçã podre», é previsível até certo ponto: tal é expectável e não deverá constituir uma surpresa o facto de ser encontrado, em algumas ocasiões, dinheiro de fontes duvidosas no sector do jogo. A verdadeira questão consiste em determinar qual a correcta reacção do sistema jurídico em cada situação concreta. Com efeito, dada a complexidade da matéria existe uma panóplia de atitudes possíveis, dependendo dos casos: não aplicação de qualquer sanção; aplicação de sanções administrativas; crime de branqueamento de capitais; responsabilidade penal das pessoas colectivas, maxime com dissolução e extinção da sub/concessão no caso limite e verdadeiramente inconcebível de existência de um padrão claro e sólido de ligações criminosas.

Para além de casos patológicos como os acabados de aludir, os casinos poderão a cada passo ser confrontados com situações envolvendo promotores de jogo com quem trabalhem. Perante tais casos, cremos que devem imediatamente cortar as relações comerciais com pessoas que não sejam idóneas. Lá onde ocorram fundos de origem duvidosa, os relatórios devem ser apresentados ao GIF e, no caso dos promotores de jogo, à DICJ caberá analisar a questão com vista a decidir se a licença do promotor em questão deve ser mantida. Em geral, tudo aponta no sentido de que estes problemas possam continuar a ser sentidos enquanto os promotores de jogo tiverem, como sucede no momento actual, um papel decisivo na indústria do jogo em Macau, uma situação que só poderia ser substancialmente alterada se um dia no interior da China o crédito para jogo lícito pudesse ser executado nos tribunais e se passasse a haver livre circulação de capitais.

*** ** ***

82. Cfr. Vítor Quintã, «Suspicious casino deals reach 300,000 in 2010», *Macau Daily Times*, 9 de Junho de 2011; «Over 800 suspicious casino deals in 2010», *Macau Daily Times*, 26 de Junho de 2011. A DICJ terá recebido 293.931 comunicações em 2010, um aumento de 46% sobre 2009, de acordo com declarações proferidas por um alto responsável do Governo de Macau a exercer funções na DICJ, na conferência *Annual Review of Macau Gaming Law*, organizada pelo autor destas linhas na Universidade de Macau.

浮動押記[a]

珠江三角洲地區法律架構注解

José Augusto de Carvalho Lourenço
法律顧問

＊ 我們必須借此機會向官樂怡基會所採取的開拓性的創舉致以敬意。在擔任主席職位期間，他勇於承擔職責，專門針對澳門法律（特別是私法和本地法庭的法律體系）的研究、分析和評注發表一年三期的評論意見，並且同時以兩種官方語言發表。考慮到澳門大學法律系迄今存在時間尚短，在澳門法律界從業的人士迫切需求各種資料，能夠通過建設性的批評和創新為他們的思維過程提供啟發指引。謝謝。

簡介 1. 一般概念、起源和發展；1.1歷史、經濟和商業方面及其演變；1.1.1出現；1.1.2 20世紀上半葉；2. 浮動押記的性質；3. 珠三角的另一面：香港和中國大陸；3.1繼承的“浮動押記”；3.1.1立約雙方和資產：主觀和客觀方面；3.1.2形式、有效性和效力；3.1.3監控和具體化的權力；3.1.4浮動押記持有人的優先權；3.1.5在理論和法律體系中缺乏共識；3.1.6法律體系及其演變；3.2具有中國特色的浮動押記；3.2.1法律頒佈的根本原因；3.2.2主觀和客觀要求；3.2.3形式、有效性和效力要求；3.2.4監控“穩定化”的權力；3.2.5債務清償中債權人的優先順序；4. 概念、特徵、類型和相關事宜；4.1概念和特徵；4.2合同要求；4.2.1客觀和主管要求；4.2.2有效性、效力和通知要求；4.3與相關事宜的相似性和區別；4.4潛力和脆弱性；5. “兩個階段”中的法律影響；5.1具體化的依據：合同的和法律的；5.1.1合同依據；5.1.2法律依據；5.2效力要求和具體化的取消；5.3債權人在企業清盤和破產時的權利；6. 最終說明

簡介

本文的目的是提供有關浮動押記的簡短概述。這是對普遍性的義務提供的一種特殊保障，由澳門立法部門在擬定現行《商法典》時創新地決定引入該概念。它代表了對未來的一種憧憬，預見了需要為本地商業立法提供法律工具，能夠向不同的企業提供可能性，使其能夠獲得它們在市場中發展各自經營活動所需的信用，而他們所在的這個市場被其他在活力以及經濟、金融、銀行和商業規模等方面均比澳門龐大的市場所包圍。

除此以外，全球經濟的確立帶有本質的和明顯的金融性質。對於作為真正的實體經濟發動機的企業以及珠江三角洲地區（澳門特別行政區（澳門）即為其中的一部分）經濟體的發展和協調過程的重視僅佔有次要地位。

正是在這樣的金融、經濟、創業和商業背景下，我們才認為本文所提議的內容值得我們進行透徹的考慮。我們並非將其假設為一種比較法（微觀）的工作，我們的出發點僅僅是，並且純粹是為適用於自 1999 年以來在澳門有效實施的浮動押記的法律架構中更具相關性的方面提供一個總結分析[1]。與之相對比的，是在香港特別行政區（香港）已經實施多年，承襲自英國行政體系、以普通法理論為依據並深深根植於《公司條例》的法律架構。另外，我們還將其與中國人民共和國（以下稱為中國）更近的法律架構比較。隨著 2007 年《物業法》的頒佈，中國的法律架構引進了全新的法律規定，其主要內容表明其引進了盎格魯-撒克遜式的浮動押記，但其保障體系具有中國特色。

1. 一般概念、起源和發展

浮動押記的各種概念從廣義上揭示了有關如何定義下列事件的一般理解，即公司[2] 以其所有或部分現有以及/或者將來資產向金融或貸款實體（債權人/承押記人）提供抵押；同時，作為債務人/押記人，公司可以在其一般業務過程中自由處置其資產，直至發生特定的事件（法定的或商定的條件），產生某種特定的結果（此前暫停發生的），使浮動押記的持有人（承押記人）受益。

1. 隨現行《商法典》經 8 月 3 日第 40/99/M 號法令有澳門立法院批准生效。

2. 鑒於本文通篇參考的各種確定押記人（債務人）的法律體系依照各自立法使用相似的表述但往往具有不同的含義，在使用“公司”一詞時僅表示需要相關當地立法通過浮動押記向其提供合法管道，使其能夠獲得其所需信用的經營者。滿足涉及抵押的主觀要求的自然人或法人的各種情況將在有關香港、中國和澳門的各段落中依次表明。

因此，浮動押記並不決定涉及資產所有權的轉移，也不會對資產的指定和分配（初步階段）產生任何阻礙效應。它適用於押記人當前財產中現有以及/或者將來的資產。

此外，它不是一種將來的抵押，而是當前的抵押，因為一經創立，它就將對債務人產生特定的法律和合約限制。但是，在具體化（抵押的第二個階段）之後，某些法律效果被觸發[3]，但只在先決條件經驗證後發生。簡言之，它是一種在兩個階段產生效果的抵押：在具體化之前和之後。

因此，依照澳門商法的規定，它是“一種抵押，涵蓋公司所有現有的和/或將來的流動資產，並且允許公司以一般的方式經營其業務，但是，在發生具體化[4] 時，將根據（該抵押相關的）資產的性質和當時構成公司的可移動遺產向債權人分配質押或抵押權。任何在發生事件之前已經收購，但在後來才包含到資產中的部分也將添加到該資產中。”[5]

1.1 歷史、經濟和商業方面及其演變

1.1.1 出現

19 世紀中期，英國的工業和商業發展導致對資金的商業需求不斷增長，要求投入到其企業中。但是，與此同時，通過股份認購增加資本已經遠遠無法滿足需求，因此各類公司紛紛向擁有必要資金的機構申請貸款。作為債權人，後者要求以公司的不動資產或商品為這些貸款提供適當的擔保（包括法律的和衡平法的）。而這些資產或商品要不就是非常小額的，要不就是不存在的，同時也是生產所必須的，因而限制了獲得必要信貸的能力。

大部分公司的大部分資產包括製造和生產中不同階段的原材料和物品、倉庫庫存、銷售成品以及構成流動資產的應收賬款。作為一項規則，流動資產在一般業務過程中不斷更替且持續變化。依照當時有效的立法，企業的這些資產不可以用作傳統抵押。

1862 年，在 Holroyd v. Marshall 案件[6]中，英國上議院認可存在使用事後收購財產（將來資產）進行的抵押。在創立該抵押後，企業有效擁有的設備被自動抵押，無需採取任何其他措施。法庭認為“在新的機械和效果確定後……它們立即受合同運作的約束，並且依照衡平法傳遞到抵押中”。這被視為浮動押記的第一例，而僅在數年之後，這一概念將獲得更為明確的定義，如我們在下文所見。

但是，“浮動押記”這一表達直到 1870 年才由大法官上訴法庭在 Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mint Company 一案[7,8,9] 中認可和使用。該表達提供了一種特定的形式，債務人企業依照該形式將其所有“事業”和“從中產生的所有款項”用作抵押 - 依照該承諾，企業從任何來源獲得的所有資金將被用於清還貸款包含的債務請求權（公司債券）。

但是，術語“事業”並不僅僅表示從一般業務過程中獲得的金錢，還包括公司現有的和將來的資產，並且因此債務請求權持有人不得干涉公司的一般業務及其業務交易，直至公司

3. 依照魁北克民法典（CCQ）修訂計畫第 11 號主題，pp. 11-12，在通知浮動押記結晶作用之前，債權人/承押記人需要承擔某些後果：1）“承押記人無權轉售財產，因為在發佈結晶作用通知之前，開放抵押權對於第三方沒有約束作用。屬於債務人/押記人的資產並未由於抵押權而受到抵押，因為只有從發生結晶作用的一刻起，債權人/承押記人的權利才受資產所有權抵押的保障；”2）“在主張對資產的所有權時，債權人/承押記人並沒有優先權，因為在結晶作用通知發佈之前，浮動抵押權對於第三方並沒有約束力。因此，如果另一項抵押佔用了財產或行使其回報權，則浮動抵押權可能無法與之抗爭。在構成浮動抵押權的過程中，這種狀況可能被指定為默認狀況，但即便如此，在浮動抵押權對其他債權人產生約束力之前，仍必須發佈結晶作用通知；”3）“在浮動抵押權中，優先權並未被暫停，因為浮動抵押權自身之間的排序依照各自的登記確定，而不是依照結晶作用通知的發佈日期確定。”（CCQ 第 2955 條）。CCQ 第 2720 條還規定，公司的合併或重組不可以對浮動抵押權的持有人作相對立的規定，即使浮動抵押權中抵押的並且尚未結晶化的財產已經被出售。

4. 在涉及的各種法律體系中，對於發生確定終止債務人處置權力的事件所導致的影響，適用的術語可能不盡相同，但它們的含義是一樣的：澳門稱為“合併”（consolidação）；中國稱為“穩定化”；香港和英國則稱為“結晶作用”。

5. 澳門《商法典》，前言 § 157, p. XLII。

6. [1862] 10 HL Cas 191。在其陳述中，上議院議員 Westbury L C 明確說明“抵押人只能以更換為目的搬離機械，在任何其他情況下，抵押始終有權禁止其搬離”，Roy Goode，“商法”，第二版，企鵝出版社，1999，第730 頁，注釋 (1) 和 (2)。涉及案件被視為浮動押記的首次文獻記錄，即使其定義並不完善（參閱 R. R. Pennington,“浮動押記的起源”(1960) 第23 卷，MLRm，第630-634 頁）。即使如此，對於 Goode 和 Gough 教授而言，該抵押是一項固定抵押；參閱 W. J. Gough，“公司押記”，第二版，Butterworths，第 82 頁。

7. Roy Goode，同前所述，第 731 頁。

8. Terry Noble，“公司帳面債務及其收益的抵押：固定或浮動？”，梅鐸大學梅鐸商學院商法講師，2004，第 5 頁。

9. W. J. Gough，“公司押記”，第 102 頁。

進入清盤程序。此時，債務持有人可以出售其公司資產提供的抵押，並且主張其對一般債權人清單的抵押。換言之，法庭裁定雙方已經同意，在將涉及的抵押視為浮動抵押時，該企業能夠以一般的方式繼續其業務經營具有極為重要的意義。

正式在該次裁決之後，普通法法庭的法律體系才開始提倡在債權人以整體資產（債務人的“事業”）為抵押並且同時允許企業在其一般業務中無需債權人同意即可處置這些資產時，採用浮動押記的概念。

有越來越多數量的法律文書使公司在提供擔保後可以接受債務，並借此獲取他們發展業務所需的資金，這使得通過現有體系承擔某些債務的有限能力更顯得捉襟見肘。另外，有能力借出資金的金融機構的決策人士拒絕在沒有適當擔保的情況下提供貸款，使情況更為惡化。

普通法體系承認物權的創造僅適用於現有資產，而不適用於將來的資產；因此，在收購一項資產的貸款合同中，借款人只能在收購該資產後才能將其用於抵押。直到 19 世紀後半葉，普通法才接受將商品的抵押和質押作為擔保。[10], [11]

因此，到 19 世紀的最後十年，浮動押記在商業圈中逐漸確立，並經常獲使用，以滿足經濟、商業和工業經營者的需求。這種應用的基礎是衡平法和信託，浮動押記的兩個法律的和商業的支柱。[12]

在信託方面，一家公司的經營能力取決於其各董事和經理為公司的需要獲取充分信用的技巧。只有當它能夠在潛在的債權人中創造一種信任的氣氛，使他們在提供貸款時感覺足夠安全時，公司才能實現高效的經營。如果我們考慮到那些擁有充分的資源，能夠滿足企業財務需求的實體通常更偏好能夠提供更高還款保障的物權擔保，在市場中創造信任環境的行為則更為重要。但是，一個企業能夠實現這種此類擔保的資產相對於其需求十分有限，因此，浮動押記即成為而且現在仍然是一種滿足該需求的途徑。

衡平法概念的根源完全在於英國衡平法庭。當地域內的常設法庭無法達成司法決定時，可以通過衡平法庭達成。此時，利益衝突可以憑藉依照只有王權才能決定的非法律價值觀建立的衡平法標準解決。[13]

考慮到這些限制，為促進國內和國際貿易，特別是不同的英屬殖民地之間的貿易，極需對抵押擔保體系進行改革。也正是前英屬殖民地政府本身提出了改革的要求，從而使私營公司能夠為不同的公共利益項目獲得融資，例如鐵路、工廠、運河以及灌溉系統等。[14]

但是，即使這種新的抵押形式對於某些債權人和公司存在便利性，但對其他債權人和第三方也存在 一些缺點。與債務人交易的有官方不知道該企業的流動資產是否已經被用於抵押。而且，如果企業被宣佈資不抵債或終止經營，浮動押記持有人可以主要使用資產償付其債務，[15] 其結果是，一般債權人和員工則可能因此而無法分別獲得貸款和工資的償付。

第一部相關立法，《破產優先付款修訂法案》（PPBAA）於 1897 年通過並且規定，當企業已開始清盤程序或其破產資產已被接管時（1987 年 PPBAA 第 2 條和第 3 條），皇家

10. 在前者中，流動資產的所有權轉移給承押人。如果抵押人未能償還貸款，則承押人可以自由出售該資產，即使該資產由債務人持有；在後者中，被質押資產的所有權屬于債務人所有，但資產由受質押人持有，直至貸款被償還，並且，如果債務人違約，則受質押人有權出售資產並使用出售收益償還所欠債務。

11. 參閱 David Feldman 和 Frank Meisel 所著，公司和商法：現代發展，由 Mustill 議員作序，Lloyd’s of London Press Ltd 出版，第 194 頁。普通法法律體系承認其質押概念不如羅馬法中典質概念靈活，因為它不允許對押記人後來收購的和進行中的資產確立任何形式的押記。簡言之，羅馬法中典質的概念允許貸款人，即質押持有人，將受質押資產退還給借款人，後者僅以貸款人的託管人身份持有該資產，並且資產保持完好。依照該體系，貸款人並未將受質押資產的擁有權授予借款人，而是具有合同權利，能夠在借款人違反其義務時沒收該資產。

12. 值得注意的是，除了當時商業和工業經營者的需求以外，浮動押記還通過律師和法官的安排依照衡平法創建。

13. Robert R. Rennington，浮動押記的起源，第 23 卷，第 635 頁 [1862] 10 H.L.C. 211。Westbury 議員說：“但是，如果提供方或抵押人同意出售或抵押其當時並不擁有的資產，無論是流動還是不動資產，並且通過合同收到付款，無疑衡平法庭將強制他們尊重合同，並且衡平法合約必須在財產收購後立即將利益轉移給受抵押人或收購人。”

14. 這項限制是顯而易見的，並且含鈣所有此前的英屬殖民地。請參閱 CCQ 修訂計畫第 11 號主題，第 II 點，第 5 頁，出處同上，Roy Goode，商法，第730 頁；Robert R. Rennington，浮動押記的起源，第 23 卷，第 630-634 頁。

15. 參閱 Macnaghten 議員，Salomon v Salomon & Co. Ltd (1897) 10 AC 22，第 53 頁。

債權人和員工的工資應被視為優先債權人，其結果是，對於已抵押資產類別以外的貸款的付款，他們可以比浮動押記的持有人優先。

總體而言，優先債權人獲得比一般債權人優先的特權，而上述規定並未取消浮動押記持有人相對於一般債權人的優先權。

1.1.2 20 世紀上半葉

20 世紀 40 年代初，在某些盎格魯-撒克遜法律體系中開始了一場運動，逐漸遠離依據殖民時代的衡平法原則建立的浮動押記概念。其中尤為突出的是美國。在美國，一群專攻商法的律師考慮到各種類型的抵押不斷擴散，決定將抵押的概念結合到統一的“抵押權益”中，如我們在本文中所涉及的，該概念最終導致了《統一商法法典》（UCC）第 9 條的誕生[16]。在該條款中，術語“浮動押記”被“浮動留置權”所替代。[17]

UCC 第 9 條沒有在固定抵押和活動抵押[18]之間區分，因為其所依賴的原則是，如果雙方同意使用與浮動押記完全一致的條款完成一項抵押合同，則抵押即對其相關的資產生效。這一點與英國法律中規定的浮動押記向反，後者的抵押相對於一個類別的資產發生浮動。[19]

浮動押記與某個類別的資產相關這一事實並不意味著後者轉換為固定押記與債務人在一般業務過程中處置被抵押資產的權力不相容。[20]

依照 UCC 的規定，我們看到的是，抵押合同必須提及債務人是否獲授權“以不受抵押權益約束的方式”處置被抵押的資產；如果是，則相關資產上的抵押不再存在，但債權人的權益仍然存在，即債務人仍然必須使用資產出售的收益向債權人償還所欠的貸款。[21]

此外，UCC 第 9 條結束了民法和普通法中各種現有的定義，並且根據各種抵押不同的目的和功能創建了一套全新的分類。因此，通過真正的美國方式，使其變得更為實用。原則上而言，現在債權人對於債務人全部或部分現有或將來財產擁有抵押權，並以此確保其現有或將來的債務，而無需訴諸法庭。

另外，出於對第三方衡平法以及避免第一債權人/投資人壟斷的原因，制定了兩項保護性的機制：

1）“要求確保在第三方就該抵押的創建獲得通知後方可生效”- 登記該行為並就事實發出通知的義務；
2）“為以對雙方公平並且在特定情況下實用的方式解決抵押持有人和第三方之間的爭議設定優先權規則。”[22]這確保了第三方，誠信的買方，在一般業務過程中能夠受到優先權規則的保護，使其能夠免於承擔責任，同時能夠通過針對較早創建的有效貸款向第二投資人授予優先權的方式向該第二投資人提供保護。

美國立法機關的目的是保護誠信行事的第三方的信用，同時防止較早抵押的債權人（第 1 貸款人/投資人）收到債務人通過使用其向新的

16. 為了更好地理解 UCC 之前的抵押體系，請參閱 Grant Gilmore，“個人財產中的抵押權益”，第 I 卷，2007 年第 5 次重印，第 1 版，1999 年，The Law Book Exchange, Ltd 出版，Union，新澤西，1999，第 5-286 頁和有關權益和浮動留置權的第 9 條，第 359-365 頁；Harry C. Sigman，“美國動產抵押 - 統一商法典第 9 條，對比基礎”，Eva-Maria Kieninger (org.)，“動產中的抵押權”，歐洲私法，劍橋，CUP，2004 年，第54-80 頁；Albina Candian，“Le garanzie mobiliari. Modelli i problemi nella prospectiva europea”，Milano, Giuffrè，2001，第 111 ss 頁。

17. 參閱 Roy Goode，“浮動押記的撤離”，公司和商法：現代發展，D. Feldam 和F. Meisel，編輯，Lloyds of London Press，1996，第 199-200 頁。

18. 參阅 Gerard McCormack，“英國和美國法律下的抵押信用”，公司法劍橋研究，劍橋，CUP，2004，第 39-69 和 70-98 頁。但是，在同一本書中，作者還稱“在債務要求權中，兩種“留置權”系統中有關受抵押債務的優先償付的主要區別在於，在美國，它優先於所有其他受抵押貸款，而在英國，抵押在固定和浮動之間劃分，並且僅有前者優先于優先債權人。”。

19. Gerard McCormark，出處同上，第 73 頁。

20. 參閱 UCC，§ 9-205 - 在未經會計許可的情況下使用或處置抵押物 - “抵押權益並不由於債務人可自由使用、合併或處置所有或部分抵押物（包括退回的或重新擁有的商品），或收取或協商賬款或動產契據，或接受商品退貨或重新擁有，或使用、合併或處置收益，或由於受抵押方未能要求債務人解釋收益或更換抵押物等原因而對債權人失效或成為欺騙性質。本條規定並不放寬擁有的要求，其中抵押權益的完善性取決於受抵押方或受託人對抵押物的擁有。”

21. 參閱 UCC, § 9-315 (a) (1) “如果商品中的抵押權益得到完善，並且在此後商品或其中的一部分已成為一件或一批產品的一部分，則抵押權益繼續存在於該件或該批產品中，只要（a）商品在經過如此製造、加工、組裝或合併後，其特性已經消失在該件或該批產品中；或（b）涵蓋原商品的融資聲明也涵蓋使用該商品製造、加工或組裝的產品。如果（b）適用，則在該部分已經製造、加工或組裝成為產品的原商品中，不得依照第 9-314 條要求獨立的抵押權益。”

22. David Feldman 和 Frank Meisel，公司和商法：現代發展，第 199-200 頁。

投資人獲得的信貸收購的資產對其貸款進行的預期外的償付。

2. 浮動押記的性質

迄今為止，與浮動押記的性質相關的理論仍未達成一致。

一些作者[23]將浮動押記描述為當前的而非將來的抵押，該抵押在資產上浮動[24]，它並不以債權人允許企業在其一般業務過程中處置的資產為抵押，並且後者不必等待發生某種時間，觸發其具體化成為浮動押記範圍內所有現有或將來資產上附帶的固定押記。

他們還認為，浮動押記不與任何特定的資產相關，也不對任何資產產生實際的影響。它使受抵押債權人享有的權利是在發生（法定或商定的）事件並且不存在在該浮動押記的具體化通知之前創建的固定（物權）押記時，相對於其他債權人擁有優先權，無需採取新的措施即可將必要的資產用於債務的償付並允許其執行。

他們認為，理解浮動押記性質的最佳方法是將其理解為資金債權人的性質，因為在法律上，它的識別確定獨立於其組成部分之外，並且，即使其組成部分不斷變化，其特性並不會發生改變。換言之，公司債券的浮動押記持有人所具有的地位等同於信託債權人的地位，在其中，受託人被要求履行一系列行政管理行為。 如果如本節推論所示，並且考慮到抵押的特性由交易的目的所主導，那麼它就沒有任何存在的依據。

其他人在看待浮動押記的性質時，則沒有這麼嚴肅。他們所採用的立場，在我們看來，可以在澳門立法機構所採用的思維方法中找到蹤跡。

依照被澳門商法典中的浮動押記體系用作法律依據的魁北克民法典（CCQ）的規定，“浮動抵押權的性質與被抵押財產的類型或債務人或債權人個人無關”[25]，而是一種對一類不斷變化的資產的抵押，並且其中某些影響被延緩，直至債務人違約並且債權人促使押記具體化、通知債務人該具體化並完成登記。[26]

這是浮動押記的中心特徵，其法律效果被延緩，直至其具體化並且債務人因此獲得通知並且違約通知被登記。暫不論我們將在下文討論的其他特徵方面。[27]，[28]

同樣的，由於缺乏“浮動押記”的定義，普通法和平衡法庭的理論和法律體系逐漸採用英國上訴法庭發佈的經典“定義”，即使創造該定義的人士明確聲明其並不認為這是一個準確的定義[29]，而是確定“法案的含義範圍內將內有浮動押記，該法案未包含我將要提到的所有三項特徵”：

- 如果它是對公司現有的或將來的一類資產的押記；
- 如果該類別資產在公司的一般業務過程中將不斷地發生變化；並且
- 如果你發現依照該押記可以預期在押記中涉及利益的有關方採取或代表其採取某些將來的措施之前，公司在涉及我所討論的特定類別的資產的方面可以按照一般方式經營其業務。

在澳門的法律體系中，根據葡萄牙法律，浮動押記是一個客觀規律，因為其法律原理據以建立的立法以社會和諧為目的。它也是一種主觀規律，因為它允許立約方在獲得本地法律體系充分保護的情況下行使其權利。它是一種以義務為基礎的私法法律關係，是典型的和提名的（通過其自身的法律架構和名稱），通常是社會的（由於由不同的經濟經營者執行）、商業的、複雜的、有保證的、互惠的、產生負擔的、附屬的、正式的、並且從屬於延緩條件的。

3. 珠三角的另一面：香港和中國大陸

3.1 繼承的“浮動押記”

在香港，浮動押記的概念、特徵、雙方的權利和職責以及授予浮動押記的法律效果在總體上與英國和威爾士的相關規定基本一致。[30]

---

23. David Feldman 和 Frank Meisel，公司和商法：現代發展，第 197-198 頁。

24. 參閱 Fletcher Moulton L J 在 Evans v Rival Granite Quarries Ltd (1910) UK 一案中的裁決，2 K.B. 979，第 999 頁；出處同上，Millett L J 在 Re Cosslett (Contractors) Limited (1998) 案中的裁決Ch 495, 510C-D。

25. CCQ 修訂計畫第 11 號話題，III。魁北克民法典規定的浮動抵押權， § 1，第 9 頁。

26. 參閱 CCQ 第 2715 和 2716 條。

27. Terry Noble，對公司帳面債務及其收益的押記：固定或浮動？，第 5 頁。

28. Gore Browne，論公司，第 I 卷，Boyle & Sykes， §. 18.003。

29. 參閱 Romer LJ 議員，上訴法庭，Re Yorkshire Woolcombers Association [1903] 2Ch. 第 284 和 295 頁。

30. 首次提及的情況可以在公司條例（1865 年第 1 版）中找到，即使並未明確使用該術語。在法律體系方面，當地法庭在 1997 年之前和之後始終遵循英國法庭有關與浮動押記的創建、性質和效果相關的事宜的決定。請參閱 Lee Jones, J. W.，香港公司條例簡介、注釋和索引，Kelly and Walsh, Limited 出版，上海、新加坡和橫濱，1907，康奈爾大學圖書館，http://archive.org/details/cu31924023454410, consulted on 03/09/2012.

3.1.1 立約雙方和資產：主觀和客觀方面

在香港法律中，個人或合夥企業[31]不得授予浮動押記，該押記僅可由公司創造，如第 32 章公司條例所規定。[32]

香港法律中該項限制的依據如下：首先，個人或合夥企業（定義如注釋 32 所述）在以受抵押貸款擔保的形式轉讓其所有或部分資產時被視為構成一種出售，該出售須進行稅務申報，此時資產完善確定但不能改變（此項規定不適用於公司）[33]；其次，借款人或合夥企業僅在業務交易中持有擁有權，因為作為受託人，債權人才是擁有人（受信託人），而且在發生債務人破產時，涉及的資產並不包含在債務人的破產財產中。

浮動押記可能影響一般事業中的所有或部分流動資產 - 包括有形的和無形的，現有的和將來的，[34] 例如其一般業務所需的固定或流動機械（原材料或加工材料、不同製造階段的物品、倉庫存貨、辦公設備、電腦設備、機動車輛等）。

3.1.2 形式、有效性和效力

依照現行立法，企業簽訂的大部分合同均為書面形式（ad probationem）並且必須在法定代表人的簽名之上加蓋公司印章。[35]

為使浮動押記能夠在立約雙方之間生效，該書面形式必須包含各種必要的細節，從而使其具備浮動押記的資格。例如，在澳門，該要求被定義為“最少合同內容”（如果缺少該內容，押記無法在適當的部門登記），在本文所述情況下，該最少合同內容包括：創建抵押的合同日期並指明抵押的類型；抵押的總金額；被抵押資產的簡要描述；立約方的名稱和負責該抵押的受託人（如存在）；指明需要向任何同意承銷任何債券的任何人士支付的傭金、折扣或報酬。

與澳門法律不同，浮動押記無需登記即可生效，並且在立約雙方之間產生效力。

但是，為使浮動押記可由第三方提出反對或為債權人或任何普通債權人宣佈風險無效，則必須[36]在適當的部門登記浮動押記（抵押合同及其相關的資產）[37]。即便如此，缺乏登記並不影響其有效性，也不影響其對企業以及不是債權人的任何購買方或第三方具有約束力。

如果沒有登記，債權人可能遇到其他抵押問題：

- 如果合同中未包含有關銷售條款的限制或包含權力保留優先條款，使企業有權在抵押之下再次抵押資產；
- 如果抵押未能在授予日期起五星期（35 天）之內登記；如果不存在有關銷售條款的限制，則企業可以在此期間將資產轉售給與第二債權人相關的較早抵押，無論是否諮詢過登記。如果抵押不可反對，則第一債權人的付款狀態將受到嚴重的影響；
- 即使如此，如果企業沒有登記押記，則可以向法庭申請對上述期限提供五星期的延長期；但是，當該延期獲得批准時，將增加一項條件，表明延遲登記不會損害第三方在登記日期之前獲得的權利；前述不損害第三方所獲得權利的條件僅對於延長期有效（很自然）。

但是，如果押記不再具有任何效力，則債權人有權要求清還債務，但在此情況下，其身份為普通債權人。但是，如果在合同中有規定，則在浮動押記失效時，企業必須立即償還所有債務。

最後一點，與澳門和中國不同，在香港，浮動押記的創造日期對於持有人而言是最重要的，因為它決定了付款的優先性：“以先入者時間為准或首先創造者擁有優先權”。我們將在下文更詳細地討論這一標準。

31. Vanessa Stott，香港公司法，第 11 版，朗文香港教育出版社，2005，第 292-299 頁，其中將“合夥企業”稱為兩位或多位人士的經濟利益的合約聯合（書面形式），該等人士決定開發並共同經營特定的盈利活動，可以是商業的、專業的或工業的活動，但不具備法人性質。請參閱香港公司合規性守則，合規性官員學會，Thomson, Sweet & Maxwell Asia，2007。條例第 38 章和 37 章請參閱 http://www.hklii.hk/eng/hk/legis/ord/; consulted on 03/09/2012

32. 請參閱第 32 章公司條例，最近於 10/08/2012 香港政府公報上通過 2012 年第 28 號條例重新頒佈，參閱 http://www.hklii.hk/eng/hk/legis/ord/，03/09/2012 諮詢，第 32 章第 2 條和第 4 條。擔保有限公司：僅適用於上市公司，其中股東責任“在公司發生清盤時被公司組織大綱限定為股東承諾對公司資產出資的金額”；以及股份有限公司：其中股東責任“被公司組織大綱限定為各股東持有的股份中未繳付的金額，如有”；不受限制的公司。出處同上。香港公司合規性手冊，§ 1.055，第 1010-1011 頁。

33. 請參閱第 20 章賣據條例第 17 條，http://www.hklii.hk/eng/hk/legis/ord/，03/09/2012 諮詢。

34. 請參閱Re Panama, New Zealand and Australia Royal Mint Co (1870) UK。

35. 請參閱第 32 章公司條例第 2 條。

36. 請參閱第 32 章公司條例第 80 - 83 條和第 85-89 條。登記的責任屬於企業，並且可由任何利益相關人士完成；登記必須在抵押授予日期起五星期之內執行。

37. 例如，對於船舶的浮動押記必須添加到船運登記處，而對飛機或飛機部件的浮動押記則必須向民航局通知（登記部門）。

3.1.3 監控和具體化的權力

為了保護其利益並獲取必要的資訊依照法律或協定及時決定其具體化，債權人必須確立法律途徑，可以借此在擬定合同時監控和監督浮動押記以及押記在其上浮動的資產。因此，債權人可以要求企業按不同的時間間隔提供有關一般業務過程中的股票、收購和商業交易的報告，以便其決定是否加強抵押，並且，如果企業未能做到這一點，或如果已檢測到特定的法定或商定環境，則通知後者進行具體化。

作為一項規則，當較早押記的持有人或法庭制定管理人或接管人、企業進入接管狀態或絕對終止經營時，將依照合同條款（例如，對貸款的使用超過商定的部分；未更換相同類別的被他人出售的資產；資產發生任何與一般業務過程不相關的出售或產生負擔；存貨量水準低於商定水準）和法律條款發生具體化。

盎格魯-撒克遜理論和法律體系中一個有爭議的問題是關於自動具體化條款，[38]此類條款規定了雙方在擬定合同時商定的依據，無需債權人採取任何措施即可觸發具體化。

即使如此，只要債務人就具體化獲得有效通知，並且合同的一部分必須遵守公告該措施的規則，以便為其他債權人（無論是否接受抵押）和第三方提供保護，自動具體化條款即被接受。

對承押記人而言，具體化的一大利益是可以指定其自己的接管人以控制受抵押類別資產的移動，無需獲得法庭的同意，同時其有義務：直接答復並遵守受抵押債權人的指引，例如，控制具有抵押的被抵押資產和/或收取出售收益；如指定接管人，則無需再指定向法庭提供應當的一般管理人；[39] 並且，在法庭同意的情況下，強制出售分配用於抵押的資產，即使是通過較早的抵押擔保進行抵押，只要可以證明通過該資產銷售獲得的金額將大於相同資產在稍後日期出售所獲得的金額。[40]

3.1.4 浮動押記持有人的優先權

依照法律規定，接管下的企業在償還其債務時必須遵守兩條根本的準則：

- 抵押創建的日期 - 這是在向抵押持有人進行償付時決定優先權的關鍵日期；
- 抵押的性質 - 換言之，依照如上所述的浮動押記的特徵判斷涉及抵押是固定的還是浮動的；

除了這些準則以外，債權人的優先權還取決於個案的具體環境，但是，作為一項規則，優先權的順序如下：

(1) 受抵押債權人：
- 抵押擔保和衡平法抵押擔保的持有人通過被抵押資產的出售收益減去出售費用後獲得償付；
- 法定固定擔保持有人，其後是衡平法固定擔保持有人；在後者的情況下，如果擔保以相同的資產作為抵押，則優先權屬於最早創建者；

(2) 司法和清盤費用；

(3) 優先債權人 - 員工工資、權利和其他補償，其後是在香港經營的保險；

(4) 浮動押記持有人通過被抵押類別資產的出售獲得償付，並且在優先債權人獲得全額償付後方可獲得償付，如果超過一項抵押與同一類別的資產相關聯，則最久者擁有優先權。

(5) 普通債權人（無抵押）通過破產財產中剩餘的部分獲得償付，如果該剩餘部分不足以償還債務，則按比例分割；

(6) 合夥人或股東。

其貸款未獲得全額償付的浮動押記持有人可以與普通債權人一起要求剩餘的部分。

最後，作為一項對所欠債務償付的限制，在提交破產申請之前 12 個月內創建的浮動押記被視為無效，並且，如果債務不是由企業在押記創建當時或之後立約產生，則破產財產的接管人可以拒絕使用資產償付。此外，如果押記被視為無效，則其對於押記的授予人也應當無效。但是，如上所述，即使押記被視為無效，企業仍有義務向債權人還款。

3.1.5 在理論和法律體系中缺乏共識

在普通法法庭中有大量與對於帳面債務的固定押記和浮動押記的應用相關的判例。這個存在爭議的事宜涉及下列問題：

- 有利於承押記人的固定押記能否應用於押記人的帳面債務？
- 如果答案是肯定的，固定押記對於帳面債務的影響範圍有多大？它們是否僅適用至收到信貸的那一刻以及債務人在債權人銀行的帳戶中存有的金額？或者，在收到信貸之後，是否對於債務人在一般業務過程中抵押、出售或出

38. 請參閱 Evans v Rival Granite Quarries Ltd (1910) UK, 2 K.B. 979，第 999 頁。

39. 英國的新企業法案（EA/2002）允許債權人控制被抵押資產，無需任何法庭措施。該規定使債權人對處於財務困境中的企業的資產擁有更高程度的控制權。

40. 作為一項規則，當押記人由於未能在到期日付款而發生違約行為或當押記具體化時，將指定接管人。在履行其職責時，通過資產出售或應收賬款向債權人還款的行為應當在優先債權人已經獲得償付後方可執行。

讓的權力（從銀行帳戶中支取資金的權力）有任何影響？

– 債務人在浮動押記下的資產能否在此後通過固定押記產生負擔？

在討論這些問題的一些答案之前，我們需要定義固定和浮動押記之間的區別，並且確定普通法理論和法律體系中用於區分它們的要點，我們應當對此簡要執行：

在確定一項押記是固定還是浮動押記時，關鍵的準則是“押記人是否可以無需承押記人的同意自由處置資產”，即使立法規定，債權人可以對債務人通過出售或抵押處置被抵押資產的權利加以限制。[41]

固定押記是一種附於特定的可識別資產上的押記，這意味著未經貸款人的同意，借款人不得處置資產。並且，作為一項規則，固定押記可以對各種可能由於正常業務過程而發生變化的資產創建。[42]

另一方面，浮動押記則不是對於某種具體的資產創建，這意味著，作為一項規則，債務人有權在未經債權人同意的情況下抵押和處置資產。它通常適用於一個類別的資產，包括現有的和/或將來的，直至發生某種法定的或商定的事件（債務人違約）並觸發具體化。

浮動押記可以為需要信貸的公司提供利益，因為它們使這些公司能夠提供一類資產作為抵押，同時又能繼續將這些資產用於一般的業務過程。

總體而言，在英國、威爾士和香港法律中，針對公司帳面債務創建的固定和浮動押記之間的區別以及隨這種區別產生的不同的法律衍生物均在債權人的權利中得以體現。

首先，固定押記被認為更加安全，因為在債務人發生違約的情況下，它們向債權人授予了高於優先債權人和浮動承押記人的優先權；[43]此外，由於破產法案（1984）第 245 條的規定，浮動押記更可能發生違約行為[44]。該條款規定，如果浮動押記在債務人宣佈破產之前十二個月內授予，則可被宣告無效。[45]

在本文中，我們將要檢視的是，如果債務人的帳面賬務已經在浮動押記之下，債權人是否能夠對其創建固定押記。對此，我們通過以下五個由普通法法庭裁決並審判的案例提供一個簡要的說明。

3.1.6 法律體系及其演變

第一份法庭裁決 – Siebe Gorman & Co. Ltd. v Barclays Bank Ltd.[46] – 可追溯至 1979 年，與固定押記事宜相關，其中心問題是銀行債券是否構成對帳面債務的固定押記，該押記將使銀行在回收其貸款時具有優先權，但損害了 Siebe Gorman 要求權的分配。

法庭認為，依照法律，企業通過出讓對於帳面債務的衡平法固定押記繼續獲取新資金貸款的行為是完全可行的，此時完全限制債務人從貸款存入之日起在未經債權人必要同意的情況下處置貸款的權力，即使在債權人最終要求加強抵押之前的時期內。

法庭裁定，由於涉及的押記是一項固定押記，承押記人將需要對接收、使用和消滅貸款的權力擁有充分的控制權，這是在合同中規定的一項限制條件。但是，法庭並沒有規定“充分”的確切含義，並且將固定押記視為存在與帳面債務之上。

在第二個案例中，高等法院在 Re Brightlife Ltd.[47] 一案中做出裁決，涉及的問題是向債務人支付的貸款被存入一個銀行帳戶中，而債權人對該帳戶沒有訪問或控制權（例如銀行或信貸機構）。

法庭裁定，如果債務人獲准收取其債務並將其存入在債權人控制範圍之外的銀行帳戶中，則該抵押應當被解釋為一種浮動押記，因此，

41. Joanna Benjamin，抵押擔保中的利益：國際證券市場專門法律分析，97，牛津，OUP，2000，第 104 頁，注釋 (23)。

42. Joanna Benjamin，出處同上，第 103 頁，注釋 (23)。

43. 對於銀行或信貸機構，浮動押記最不利的一面是其持有人在固定押記持有人和優先債權人之後才能獲得償付。

44. 該立法由破產法案（2002）撤銷。請參閱“National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors；針對帳面債務的固定押記的最新資訊”，財務概述（O’Melveny & Myers，英國倫敦），2004 年7月，http://www.omm.com/webdata/content/publications/fb_07_04.pdf; Idem，“針對帳面債務的固定押記：Spectrum Plus案件”，香港概述（Norton Rose，香港）2004 年 6 月，第 2 頁，http://www.nortonrose.com/publications/2366-Fixedchargesoverbookdebts.pdf。懷疑期延長至 15 年。

45. 在某些情況下，浮動押記具體化的後果已成為法律體系和理論的區別，其中一些部分通過 UCC 第 9 條解決，在我們看來，它們特別體現了英國法庭和澳大利亞及新西蘭法庭上法律體系權力之間存在的衝突，特別是後兩者所採納的浮動押記體系與自 2002 年生效的 1999 年魁北克個人財產抵押法案中所規定的浮動押記體系十分相似。

46. Siebe Gorman & Co. v. Barclays Bank, 1972 WL 37837, [1979] Sc. Ed., Lloyd’s Rep.，第 142 頁 ss。

47. Re Brightlife Ltd. [1986] BCLC 418, [1987] Ch 200。

它完全不同於 Siebe Gorman 案中針對帳面債務創建的固定押記。法庭裁定涉及的押記為浮動押記。

在第三個案例中 - Re New Bullas Trading Ltd.[48] and Lloyd's Bank in 1994 - 提出了一個有關固定押記規律的稍有不同的問題，該問題澄清了在為貸款分配固定押記的過程中涉及利益的銀行和信貸機構應當遵循的程序。雙方之間商定的公司債券針對 New Bullas的帳面債務創建了一項固定押記，並且規定，當債務被收取時，將對其（被收取的債務）分配一項浮動押記。

法庭裁定，由於公司債券是一種合同，並且對於收取的摘取存在浮動押記，固定押記對於帳面債務的影響並未受到損害。該裁決考慮到了有關合同依據的理論，該理論規定只有當“……司法部門阻止雙方之間的合同時，才應當以協議為准。”

如果雙方希望創建涉及的公司債券，因此，法庭只需要允許他們繼續。該裁決並沒有引進任何新的內容。[49]

2001 年，在案件 Agnew and Another v. Commission of Inland Revenue[50] 中，涉案事宜是關於 Brumark Company 和 Westpac Banking Corporation 之間的公司債券貸款，其中，雙方達成意向，將對在一般業務過程中尚欠 Brumark Company 公司的帳面債務以及處置該債務的權力創建一項固定押記。其中明確提到，對於處置被收取債務的權力，不存在任何固定押記，直至銀行在押記具體化或加 強之前要求其通過將資金存入銀行帳戶的方式進行還款。

該公司債券貸款合同並不允許 Brumark Company 在其債務人償付之前處置其債務；但是，它授予了處置受抵押資產的權力，包括在一般業務過程中收取的債務。

該裁決的目的是回答貸款人能夠對 Brumark Company的帳面債務分配固定押記的問題，同時也同意後者在收到貸款後對之進行出售、抵押和轉讓。

英國樞密院認為，由於 Brumark Company 在債務收取後對其擁有控制權和處置的權力，因此在一般業務過程中，貸款銀行僅有對受分配資產的承押記人權利。

法庭認為，確定一項押記是否浮動押記的根本準則是與在債務人償付後對帳面賬務進行處置和抵押的權力相關的合同中所表述的意圖，並且指出，由於涉及的押記是固定的，貸款銀行應對已收取的債務擁有充分的控制權，而向 Brumark Company 授予有限的處置權力，或者根本不授予任何權力。

最後，Spectrum Plus 公司案件，[51]該公司從 National Westminster Bank 獲得了透支額並且為此目的開設了銀行帳戶。鑒於獲取的金額，Spectrum Plus 向銀行授予了針對所有帳面債務的固定押記。Spectrum Plus 後來發起了自願清盤。清盤人拒絕向銀行（銀行要求法庭宣佈與 Spectrum Plus 創建的抵押為固定押記）支付清盤過程中從收取的債務中產生的收益。

原訟法庭裁定立約雙方之間創建的公司債券“沒有創建固定押記”；

上訴法庭則於此後推翻了原訟法庭的裁決，裁定該公司債券事實上針對 Spectrum Plus 的帳面債務創建了固定押記，其依據是，即使固定合同沒有完全禁止 Spectrum Plus 可以如何處置其資產，“但即使如此，銀行還是能夠對被抵押資產行使充分的控制權。”

該案件於 2005 年在上議院中被提及，上議院同意 Foscote 的 Scott 議員的意見。他認為涉及的公司債券屬於浮動押記，[52]其原因如下所列：

“……在所有這些案件中……押記人始終能夠從抵押中自由移除被抵押的資產，原則上，押記應當被歸類為浮動押記。資產應當具有浮動押記的流動性和非固定性特徵。

……由於帳面債務作為抵押擔保的根本價值取決於能夠通過債務人還款獲取的款額，因此，在我看來，Millet 議員裁定該抵押應當

48. New Bullas [1994] 1 BCLC 485, [1994] BCC 36。

49. Janet Dine, “公司法”, 第4版, NY, Palgrave Macmillan, 2001, 第 313 頁。

50. 新西蘭上訴法庭, Agnew and Another v. Commission of Inland Revenue, [2001] 2 A.C. 710, [2001] 3 WLR 454。

51. 初審, Spectrum Plus, [2004] 1 All ER 981; [2004] EWHC 9 (Ch)。上訴法庭 (2004) EWCA Civ 670; (2004) Ch 337。上議院 (2005) UKHL 41; 出處同上，請參閱該案件上訴裁判議員的意見 - National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others and others （上訴人）, SESSION 2005-06 (2005) UKHL 41, www. Parlament.uk - 議會業務、出版物和記錄。2012 年 9 月諮詢。

52. 案件上訴法庭法官裁決意見, § § 120, 127 e 162, pp. 51-53 e 68, “鑒於我尊敬和博學的朋友 Lord Scott of Foscote 意見中提供的理由以及 Lord Hope of Craighead 和 Lord Walker of Gestingthorpe 所做的補充，我同意本案中創建的公司債券僅僅是一種浮動押記”; 2012 年 9 月諮詢。

被歸類為浮動抵押是正確的，而 New Bullas [1994] 1 BCLC 485 的裁決是錯誤的。

我認為，浮動押記的根本特徵……是，在發生某個未來的事件之前，接受押記的資產並未最終被用於償付債務的擔保。同時，押記人可以自由使用被抵押的資產……

如果，如我所認為的，浮動押記的標誌以及其與固定押記之間不一致的特徵是押記人可以自由使用接受押記的資產，並且可以借此將其從抵押擔保中抽離……

此外，對於 Spectrum 處理其未收取帳面債務的權利的限制並不能使銀行具備針對這些未收取的賬目債務回收其抵押的能力。在沒有首先採取一些使其具備該權力的措施的情況下，銀行無法出售帳面債務。事實上，我認為，必須發生具體化事件。未收取帳面債務的價值始終取決於在這些債務獲得償還時能夠從債務人還款中獲取的款額。

銀行的公司債券要求 Spectrum 收到的所有帳面債務的還款均支付到其在銀行的帳戶中。這些資金一旦被銀行收到，就將成為銀行的資金，而已經收到的金額也將從 Spectrum 的帳戶中劃走。無論帳戶在當時是結餘還是虧空的狀態，其結果……將是，Spectrum 將有權為自身一般業務目的從該帳戶中支取。

我認為，正確的結論是，該公司債券雖然明確向銀行授予固定押記……但在法律上，它所授予的僅僅是一種浮動押記……出於所有這些原因以及一些特定的原因……（我對這些原因表示同意），我將允許該上訴恢復 a ordem do 副大法官裁決的第 1 和 第 2 段。銀行必須支付本案費用及下列費用。”

如果我們所見，在緊隨英國法庭立場的香港，由於上述最終裁決的影響，推出了一項要求，即固定押記合同必須包含至少三條控制或限制債權人權力的措施：

- 限制債務人在收到帳面債務之前和之後處置帳面債務的權力；
- 在確認收到後，貸款必須存入銀行的一個帳戶；
- 商定一個條款，禁止債務人在未經債權人同意的情況下使用該帳戶（已經在使用中）。

3.2 具有中國特色的浮動押記

自稱為世界貿易組織的永久成員以來，中國已經開始了全面採用適當的國內立法加強其法律體系的進程，以符合其受約束的國際法律要求，並且滿足其蓬勃發展的經濟的要求。該國的經濟以在中國市場經營的經濟利益相關方（包括國內和國外的）在不同領域中的活動為基礎。[53]

在物權法（2007）[54]頒佈生效之前，所有權由擔保法（1995）管轄。依照該法律，可以對所有權創建三類抵押擔保：質押、權益賦予/保留和抵押。[55]該法律中從未提到可以以質押或抵押合同的形式對將來財產的資產創建抵押，而且也沒有提到使用公司所有資產為其義務提供抵押的可能性。

3.2.1 法律頒佈的根本原因

在中國，金融體系以及貸款的授予直到相對近期都一直是銀行的專屬權利，特別是大型國有銀行，他們更為瞭解貸款和融通交易的風險，[56]同時也是一種促進商業和工業發展並進而促進經濟發展的途徑。

但是，在中國法律體系中引進浮動押記並將其作為一種新的抵押工具供銀行使用，這一觀點已經由一些作者提出，[57]我們對他們的觀點表示贊同。我們將此視為確保大量現有中小型企業（SME）發展的最適宜的途徑。[58]

因此，我們認為，由於以下實用性的原因，

53. 中國於 1978 年開始經濟改革。自上世紀 80 年代起，中國的銀行作為對各種商業、工業和農業經營者最大的貸款人，已經擴展其經營方式並實現了現代化，以滿足不斷增長的需求。截至上世紀 90 年代，貸款依照銀行的貸款政策發放，包括擔保貸款或抵押貸款。

54. 中國的物權法於 2007 年 3 月 16 日在第十屆全國人大第五次會議上被採納，並於 2007 年 10 月 1 日頒佈成為正式法律；http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/Frameset-index.html，最後諮詢日期 04/09/2012。

55. 對於可用作抵押的商品或資產的類型，擔保法（1995）第 34 和 75 條規定，對不動產的所有權，例如使用土地、建築物和機械的權利以及某些類型的需要登記的資產（見第 42（4）條，飛機、輪船和機動車輛）可以用於抵押，而持有的對無形動產（匯票、支票、期票、證券、存款證明、倉庫收據、提單；品牌的獨家使用權、依法可轉讓的專利權和版權中的所有權、依法可轉讓的部分股份或股份證明）的權利只能用於質押；對於帳面債務，其中沒有明確提及，但在實踐中，它們允許用於質押。

56. 請參閱 Riccardo Bellofiore, Joseph Halevi，“明斯克時刻？次貸危機和‘新’資本主義”，信貸、貨幣和宏觀經濟政策：後凱恩斯方法，由 Claude Gnos, Louis-Philippe Rochon 編輯，Edward Elgar 出版，2011，第 22 頁ss。

57. 參阅中國人民銀行副行長胡曉煉，中華人民共和國物權法律，物權法律司法解釋研討會，北京，2010 年 5 月 27 日：“物權法的推出對於信貸市場的發展、預防和減輕金融風險以及緩解中小企業融資困難具有重要的意義。”

58. 應當注意的是，在 2011 年，中小企業在所有已註冊公司中所占比例為 99% 左右，這些公司提供了大約 81% 的新工作崗位。

銀行增加向 SME 提供的信貸已具備了政治上的優先性：

- 中國的銀行一直不願意向大部分是私營企業的 SME 提供貸款，[59]因為：

- 國有企業（SOE）是國有銀行的主要信貸接收方，銀行與他們有直接和方便的溝通途徑。[60]然而，作為國家控制的企業，他們的將來受到限制，而且隨著中國成為世界貿易組織的成員，他們的逐漸消失也在情理之中，[61]因此，銀行開始尋找數量龐大的 SME 作為其潛在的新客戶；

- SME 利用非正式的甚至是非法的信貸管道（這些管道一直受到當地有關部門的容忍，並成為一種使 SME 和當地人口受益的經濟發展途徑），承擔極高的利率，這導致一種非正式融資體系迅速成為最繁榮的私人活動領域之一。[62], [63]

因此，我們認為，在妥善考慮各方意見之後，浮動押記已經開始通過物權法（2007）的第 181、189 和 196 條植根於中國的法律體系中。[64]即使尚未實際將其付諸立法，但從這些條款主題內容的解釋中，已經可以很清晰的領會到其中的含義。

在系統性方面，中國的立法機關將涉及的這些條款插入到“第四部分 - 物業中的抵押權益 - 第十六章 - 從抵押中獲得的利益 - 第一條 - 從抵押中獲得的一般利益”，這表明：

- 一方面，優先考慮了抵押問題而不是理論問題，從實用性的角度來看，這可能是為了避免可能在債務人公司清盤和破產過程中發生的索求，這最終導致我們認為立法機構的意圖是頒佈對抵押制度的擴展。

- 另一方面，在考慮到這種系統性插入的同時，我們認為，更準確地說，它將是一種浮動抵押（與魁北克民法典中的系統性架構相似）。

現在，我們將簡要看一下依照中國立法訂立的浮動押記合同的要求，我們可以從中確定能夠表達其特徵的要素：

- 當前和將來的動產；

- 押記人可以在一般業務過程中繼續使用資產資金，而該資產可能發生變化；

- 直至發生雙方議定的、法定的或以其他方式確定的事件，並導致具體化。

3.2.2 主觀和客觀要求

依照物權法（2007）第 181 條的規定，公司可以以債務人/押記人的身份創建浮動押記（有限責任公司、上市有限公司、合夥企業、獨資企業、無限責任農業公司，“民法總則 1986”第 26、27 和29 條中使用的屬於）。我們認為，主觀範圍（貿易、工業和農業）是確認前述政治優先性，即將浮動押記用作一種提高對 SME 信貸需求回應並在原則上降低信貸成本和中國農村和城市地區間不對稱的途徑。

浮動押記可以針對債務人公司現有的和最終的動產（當前的/將來的）創建。其中包括可以用於抵押的動產類別：生產設備和機械、原材料和加工原材料、半成品和成品（存儲中的）。但是，信貸權利（帳面債務）和知識產權不可用於浮動押記，僅可用於質押。[65] 即使依照物權法，企業仍然禁止轉讓其所有目前和將來的動產和權利。

3.2.3 形式、有效性和效力要求

浮動押記合同採用書面形式 ad probationem 並且自簽署之日起在雙方之間生效（與澳門商法不同）。但是，為了對第三方具有約束力，該合同必須在適當的登記部門並依照應當在各自登記部門登記的資產進行登記（與澳門的法律程序相同），否則存在被宣佈無效的風險。[66]

另外還與澳門及香港法律（分別以具體化登記的日期和押記的創建日期為准）不同的是，

59. SME 擁有的資產類型大部分是無形的，並且其市場價值具有很高的浮動性，例如，證券投資組合、帳面債務和知識產權，這些都不為銀行所接受。

60. 參阅 Robert J. Cull, Lixin Colin Xu, Tian Zhu, “中國轉型期的正式金融和貿易信貸”, 世界銀行出版物，2004，第 12 頁ss。

61. 參阅 Wei Dan。

62. 浙江省實行了被稱為“溫州模式”的經濟增長模式，但在 2011 年以失敗而告終，其原因是大部分債務人公司在財務上無法償付他們應當償付的債務。

63. 正是這種情況迫使國務院於 2012 年 3 月在溫州實行了一個試點專案，允許 SME 使用商品和資產通過浮動押記獲取必要的信貸。通過該措施，中國有關當局設法在一定程度上使一些非法的和不受監管的活動合法化，並對之加以監管。

64. 我們感覺應當提出的一點是，物權法（2007）第 181 條中規定的資產類型並不適合擔保法（1995）第 34 條中規定的資產、權利和信貸類別，該條款仍然有效，因為物權法並未如後者第 178 條所述對其撤銷。值得注意的是，涉及將所有權（作為抵押）、信貸和存款作為個人擔保的事宜並沒有包含在物權法（2007）中。

65. 參阅物權法（2007）第 223 條，“權利質押”，(5)、(6) 和 (7)，。

66. 請參閱物權法（2007）第 181 和 189 條。

物權法沒有提到需要登記具體化日期，即確定償付優先權的登記日期。這體現在“穩定化”（具體化）條件中，如我們所見。[67]

3.2.4 監控“穩定化”的權力

關於債權人監控債務人的權利，必須在合同條款中正式且明確表述，合同的內容和行使根據情況各有不同。各種時間間隔的有關被抵押資產狀況、股票審計和股票交易的詳細報告使承押記人能夠要求 加強抵押，如果未能做到這一點，將觸發具體化。

物權法（2007）第 196 條規定了浮動押記對於其所涵蓋的動產穩定化的條件：法定條件，由於債務人的過失或當債務人被宣佈破產時；雙方之間商定的並在合同中擬定的條件；以及其他嚴重影響到債權人獲得債務償付的權利的條件。[68]

考慮到諮詢抵押登記冊的困難性，一般情況下，需要信貸的企業會收到合同中一系列明確規定的條件的約束，這些條件對其在一般業務過程中處置被抵押資產的權力加以限制，並且規定了在發生後將確定具體化（無需押記人通知的自動具體化條款）或在通知企業（“半自動”具體化條款）[69]後使承押記人有權要求立即還款的情況（事件）。[70]

依照中國的法律架構，管理人或接管人尚不具備如同香港的地位，因此，在浮動押記具體化後，債權人面臨著通過被抵押資產的價值收回還款的困難。債務人不可以指定接管人行使對涉及資產的控制許可權。

物權法（2007）第 195 條規定了雙方之間初步的協商解決方案，優先通過被抵押資產出售中產生的收益償還債權人債務；[71]如果協商失敗，債權人可以申請法庭於檢測到導致具體化的條件之日起一年之內取消合同。我們認為，該申請可以與中國民事訴訟法第 92 條所規定的申請配合提出，該條款規定，如果法官認為由於其中一方的行為或某些其他原因難以做出裁決，法庭可以自行決定或應對方的要求，禁止財產的出售，申請方應當提供適當的擔保。

但是，該法律並未明確禁止債權人指定接管人，也沒有禁止雙方就該問題達成協定。因此，如我們所看到的，沒有任何規定阻止雙方在擬定合同時商定由債權人指定接管人，規定可以進行該指定的情況以及分配給雙方的權力和職責，只要他們沒有違反法律，特別是關於遵守清償擔保和一般債權人債務時的法定優先順序；

3.2.5 債務清償中債權人的優先順序

出於實用的原因，為避免在清償因抵押產生的債務時發生有關優先順序的利益衝突，第 199 條規定了債務償付的優先順序：最早登記的利益首先清償；如果登記日期相同，則按比例進行清償；登記的利益優先於未登記的利益；未登記的利益按比例償付。[72]

在頒佈上述排序時，中國立法機構對債權人授予了更大的保護，因為它限制了債務人使用以此前已經抵押的資產作為擔保獲得的將來貸款的使用權限。其中規定，後來通過已經抵押的資產獲得利益的持有人將不會具有優先權，也不會與較早日期登記的利益的持有人擁有相同的排序。

對於擔保和優先債權人以及一般債權人之間的優先順序，法律體系也已發生了變化。1986 年，第一部企業破產法（EBL）獲得批准，其中只規定了管轄 SOE 的架構[73]，並沒有確認擔保債權人之間的任何優先順尋。然而，當前的立法 - 企業破產法（2006）- 則確認了擔保債權人的優先權高於所有一般債權人，並且確保浮動押記持有人獲得高於員工和其他優先債權

67. 有關登記的情況目前比澳門和香港更為嚴重，因為無法在互聯網上搜索被抵押資產的登記資訊。

68. 我們認為，在此，與澳門運行的體系並沒有不同，因為清盤程序的開始或業務活動的終止構成了可以輕易歸類為“影響債權人權利的其他環境”。

69. 在澳門，必須為具體化提供依據，通知企業並進行具體化的登記，並且為導致具體化的狀況提供補救措施以及為其取消進行登記。

70. 除其他條款以外，還可以規定一個條款，限制債務人出售浮動押記中的資產，如果該條款被違反，將確定發生具體化（與澳門的情況產生不同的法律後果）。

71. 我們認為，這是一種非常弱的解決方案，極有可能與其他持有擔保並且擁有合法償付優先權的債權人產生衝突。

72. 對該條款的第一反應是中國立法機構並未向香港一樣選擇浮動押記的簽字日期，也沒有選擇澳門所使用的具體化登記日期。

73. 在 EBL（1986）生效以及當前立法執行期間，特別是從上世紀 90 年代初開始，在本條款範圍以外發生了一場政治運動，在該運動中國務院採納了一整套特殊的立法措施，其目的是保護 SOE 工人的利益，確保在發生破產時，工資以及其他所欠報酬能夠優先於任何其他債務獲得償付。第 492 號法令（1996）對 EBL 進行了修訂，如果發生破產程序，尚欠 SOE 員工的工資將優先于擔保債權人獲得償付。第 10 號法令（1997）再次確認了該優先權。

人的優先權。

因此，依照新的法律架構，已經宣佈破產的公司必須按下列優先順序償還其債務：擔保債權人（包括浮動押記）；清盤成本；工資、健康福利、傷殘補助、退休補助以及其他員工付款；社會保障供款和其他未支付稅款；向未擔保債權人支付公司債務，最後，從剩餘資金中向股東或資本員工付款。[74]

擔保債權人（包括浮動承押記人）在使用被抵押資產的價值進行還款時擁有優先權，但是，如果並非所有債務信貸均獲得償付，那麼未受覆蓋的部分只能像未擔保債權人一樣從剩餘的財產中並且依照適用的比例規則獲得償付。

4. 概念、特徵、類型和相關事宜

4.1 概念和特徵

商法典（Ccom）第 928.1 條規定“浮動押記是對於所有或部分資產的抵押，除不動產以外。這些資產已經或可能於某一天被分配到企業的經營中，其影響被延緩，直至債權人由於法律或合同規定的原因對之執行具體化的一刻。”[75]

這就是商法典中包含的有關浮動押記的定義。[76]如果我們查看相關的立法，特別是以上的規定，可以確定三個根本的區分特點：[77]

a）當針對目前和將來附於一般業務過程的動產[78]創建浮動押記時，該押記並沒有分配到任何特定的資產。債務人保持所有權，並且在原則上也因此保留對被抵押資產的擁有權。但是，在發生具體化時，它將觸發（商業）質押或抵押的效果；

因此，它在立約方和第三方之間具有商業質押的效果，資產仍然由債務人持有。債務人在這裏被視為受質押人，代表他人持有資產（僅作為持有人）。當發生具體化時，債權人作為質押人獲取擁有權。

關於抵押，債務人仍然擁有資產的權益和擁有權，但在發生具體化時，債權人可以合法出售或交易當前被抵押的動產，並且使用其收益償付所欠的部分或全部債務，並且優先於任何其他在具體化通知登記日期之後登記的實物抵押的債權人。如果存在任何結餘，則將該結餘退還給債務人。

b）企業可以利用公司在一般業務過程中無需債權人/承押記人同意即可處置動產的自由（第 933.1 條），通過絕對轉讓所有權或對資產創建新利益的方式出售一般業務過程中使用的動產；

只有當債權人在合同中插入相關條款，限制債務人處置和創建抵押的權力，並且該條款字合同登記之日起生效時，才不會發生這種情況。違反這些條款將觸發具體化，並且使債務人承擔受託人的責任。除非有另外的理解，我們感到僅對於質押，當浮動押記下的動產在第 912.2 和 3 條“一般業務過程中使用的資產”和“經營業務所必需的資產”的精神範圍之內時，提及受託人時應當與第 916 條（而非民法典）相關。

c）當發生特定的合同或法定事件時，浮動押記被具體化並轉換為特定押記[79]，使債權人具有受質押人或受抵押人的權利，[80]具體視涉及的資產而定。

因此，有可能主張浮動押記是一項非固定的

74. 參閱 EBL（2006）第 109、110 和 113 條。但是，由於某些說不清楚的原因，該法律（大部分為 SOE 員工）對所述優先性規則採納一種例外情況，裁定在 2012 年 7 月 1 日之前欠公司員工的債務（工資、醫療費用和養老金）將相對于擔保債權人擁有優先權。因此，第 113 條將僅適用於 2012 年 9 月 1 日之後涉及的債務。

75. 以下所述的條款大部分來自商法典，因此只有在存在其他立法來源時才會被提及。

76. 在 澳門特區，浮動押記背後的概念是對相同體系的一種調整，但受到了加拿大魁北克民法體系中目前使用的模式的啟發，並依照其調整，而後者又進而在美國 UCC 第 9 條中吸收和調整了其體系。請參閱 Roy Goode，“浮動押記的撤離”，第 200 頁。

77. Roy Goode，“商業法”，第 646 頁。請參閱 法律委員會諮詢檔，第 164 頁 - 抵押權益的登記：公司押記和土地以外的財產，§ 2.16，第 37 頁，www.lawcommission.justice.gov.uk，23/09/2012 諮詢。W. J. Gough，“公司押記”，第 12 頁，還增加了下列特徵：a) 需要登記和公示（因其是一種非持有和獨佔性的押記[無剝奪]，與登記需求相關的是“虛假財富”的問題；b）它通過指定清盤人獲得加強，該清盤人可以管理押記下的所有資產[在具體化之後]。

78. 在其他體系中，與澳門不同，法律允許浮動押記針對動產和不動產創建。例如，在魁北克，CCQ 第 2665 條和 CCQ 修訂計畫第 11 號主題；在英國，Philip R. Wood，“抵押和擔保的對比法”，國際金融的規律和實踐，Sweet & Maxwell，第 11 頁；在美國（UCC 第 9 條），請參閱，David Feldman / Frank Meisel，“公司和商法：現代發展”，第 199 頁。

79. W. J. Gough，“公司押記”，第85 頁，注釋 (1)：“浮動押記的具體化被分別描述為‘特定’或‘固定’押記，但無論採用哪一種表述，它們之間並沒有區別。”

80. 須接受登記的動產（民法典第 684.1(e) 條）。

利益，因為在其具體化之前，它“徘徊”在目前和將來的相關動產之上，不影響公司在一般業務過程中處置這些資產的權力，並且僅在某些延緩的法定或商定條件被驗證時才產生影響。

4.2 合同要求

由於我們現在所分析的法律原理向企業提供了更高的靈活性，使其能夠將目前或將來分配的部分或所有動產使用到其一般業務中，因而在制定和簽訂合同時，就需要遵守一整套要求，以確保立約雙方的利益、一般債權人的利益以及最終確保澳門商業法律關係的穩定性和安全性。

在檢視這些要求之前，我們希望首先表達我們對於創建浮動押記合同的整個法律架構的一致性以及立法機構所推崇的合法交易中應當注意的安全性的看法，明確規定“押記的浮動性質應當在其創建時明確聲明”（第 928.2 條）。

這種押記的浮動性質不是合同固有的一個方面，因此必須在合同本身中明確表述，從而滿足使押記符合浮動資格的要求，同時使任何利益相關方能夠領會立約雙方使押記具備浮動性質的明確意圖。

由此產生出驗證客觀和主觀方面是否一致的需求，從而使管理法律的人士能夠確認一項押記屬於浮動還是特定性質，為此，僅僅在合同中明確提到“浮動”一詞是不夠的。雙方還必須在條款中明確聲明其意圖，明白押記的非固定性質。[81], [82]

4.2.1 客觀和主管要求

一方面，兩項客觀法律限制已經規定：抵押可能與之相關並對之創建的動產[83]和公司債券來源。

因此，浮動押記只可能與有形或無形動產相關，包括在押記創建時就已存在的資產和在後來包含到流動資產中以及成為固定商品一部分的資產，這些資產具備實質上的普遍性，包含擔保人的動產，無論是否需要登記以及是否產生債務和權利。[84]

此外，浮動押記只可以在一般業務過程中產生的公司債券的背景下創建，即只有企業家在經營其業務是立約產生的公司債券（參閱第 2.1 條）才能用於浮動押記的抵押。

這項限制並不適用於其他採用浮動押記的法律體系，但立法機構決定將其包含在內，為澳門整個商業法律體系確立當前的抵押同時考慮到其使用者，即澳門的企業家（第 1(a) 和 (b) 條，後者與第 174.1 和 2 條結合）。

誰是企業家這個問題引導我們考慮主觀法律限制的問題，在該限制中，只有企業家[85]在經營

81. 總的來說，管理法律的人士不會僅僅由於雙方認為如此就假定一項押記為浮動押記，因為他沒有義務確定雙方的資格（CC 第 7.1、8.1 和 230.1 條以及 CPC 第 567 條）。

82. 雙方的意圖以及提出押記浮動特徵的明確義務在其他法律體系中也有要求。請參閱 CCQ第 2715.2 條“……抵押權的浮動特徵應當在法案中明確規定”。新西蘭通過 1999 年個人抵押法案採納了與魁北克相同的體系，該法案於 2002 年 5 月生效。請參閱 CCQ 修訂計畫第 11 號主題，第 III 點，§ 2 (b)，第10. 頁。在英國、威爾士和香港，即使這些地區不存在明確指出浮動特徵的義務，“在合同中沒有能夠創建浮動押記的神奇措辭”。對於法官而言，最重要的一點是合同內容語句所表達的意圖，特別是押記的影響以及擔保人的處置權利，這決定了法官對於押記浮動性特徵的卡飯。請參閱 W. J. Gough，公司押記，第 86-88、109 和 113 頁。Roy Goode，商法，第 735 頁，“無需特定形式的措辭，只要協議表明將公司現有的和將來的資產用於押記的意圖就已足夠”。

83. 應當注意的是，與魁北克不同，在澳門商業法律體系中禁止針對動產創建浮動押記的原因是現有的或將來的不動產可能用於公司質押的抵押。

84. 對於本文，流動資產包括：存貨（商品、原材料、輔材和耗材、成品和中間商品、產品和進行中的工作）；第三方債務（客戶子類別、州和其他公共機構）；可用的資源（即現金子類別、活期存款、定期存款、可銷售證券、已發行債券（第 433.1、434、436-438 條））、公司持有的證券組合、公司作為持票人的購得資產的運輸單證副本（第 762.1、2 和 3 條，以及第 1065.2 和 1080 條）以及其他沒有任何短期投資撥備的短期投資。固定商品是指基本設備（機械、運輸設備、機動車輛和摩托車）、工具和用具、辦公設備、包裝材料、容器和其他。

85. 應當提到的是，依照澳門現行的商業法律制度，商業公司，例如一家上市公司，不得經營企業（Ccom 第 174.1 和 2 條）。澳門立法機構將“正式標準 - 無論其目的”插入到該條款中，使其區別於葡萄牙 1888 年商法典第 104 條所述文字。澳門此前即採用該立法，其中規定了一個“實際標準” - 執行商業活動 - 使非商業公司作為“sociedade civil”產生區別，即使該公司依照標準形式之一（合夥企業、上市公司、有限合夥公司和有限責任公司）成立並且其法律架構就是葡萄牙民法典所含法律架構。總括而言，採納上述形式之一的事實並不足以使一家商業公司被視為商業公司，因為公司商業性的標準是一個實際的標準，即公司的目的必須是系統性地執行商業活動。因此，公司必須同時採納上述形式之一，並且系統性地執行商業活動。為了清除瞭解一家公司的活動和目的時所遭遇的困難，澳門立法機構在被提議的葡萄牙商法典正在起草期間（該法典中有關上述事宜的提案未被接受），確定了一條正式的標準和一種商業

公司的過程中才可以出於其承擔的義務將其現有的和將來的資產用於浮動押記的抵押。[86]因此，該規定就排除了合夥企業（沒有該身份但須受 CCom 管轄的聯合會、基金會和協會），這些合夥企業沒有實質性的利益，而且其人員禁止從事與企業經營相關的職 業（第 9 條和第 10 條）。

同樣是關於主觀要求的問題，現行立法沒有對投資人/貸款人（即澳門的銀行或銀行財團，包括本地銀行、香港銀行以及來自其他市場的銀行。這些銀行迄今為止，已與本地企業家簽訂了各種合同，創建登記的浮動押記）的品質做任何限制。

4.2.2 有效性、效力和通知要求

立法機構施加了有關形式和效力的要求，這些要求構成了對自由形式和非正式原則的例外情況，“因為合同效力非常簡單”（民法典（CC）第 211 和 402.1 條）。

浮動押記合同是一種正式的合同，因為它遵守了書面形式 ad substantiam（第 931.1 條），如果其相關資產的性質不要求其他形式。此外，它具有被宣佈無效和失效的風險（CC 第 212 條）。另外，作為一種私人檔，立法機構要求立約雙方通過簽名對合同加以親自認可（CC 第 367 和 369 條），並借此向合同授予最高的合理性，同時考慮到延長其目的以及在浮動押記具體化過程中產生的法律影響。

它還包含了最少合同內容的義務，存在被宣佈無效或失效的風險，如果合同未獲得遵守將使其無法登記，其目標是確保穩定的商業和法律流量。其中包括：a) 對法律關係中主體的確認；b) 抵押相關物件的類型；c) 債務的金額或使其能夠獲得確認的細節；d) 付款的時長、地點和日期（第 932 條）。

關於效力和通知的要求，浮動押記合同僅在登記後才“對雙方具有效力”。換言之，為使合同在具體化之前和之後在雙方之間以及針對第三方產生合法效力，它必須在商業和動產登記局（CRCBM）根據涉及資產的類型進行登記。這為立約方和第三方提供了額外的保障，因為其中規定了債券的義務和方法，並且與抵押具有相似的實質性效果，這些是確保合同效力能夠發生所必需的（參閱第 931.2 條和商業登記法典（CRCom）第 2.2(e) 條）。

登記和通知浮動押記的義務在本質是為了確保任何新的債權人（承押記人）在決定是否向公司提供貸款之前能夠證明其名下是否存在任何更早的押記，以及這些押記與哪些資產相關。這一點是必需的，因為企業可能針對與第一浮動押記相關的相同的動產創建第二或第三相同的或其他法律允許的押記（第 933.1 條），這在原則上只有在雙方（在創建第一押記時）明確商定限制出售條款時才可能預防。

瞭解立法機構在規定押記需要登記後才能具備法律效力時的推理將會很有意思，同時我們還要考慮到澳門和葡萄牙法律一樣，採用一種保障制度，通過該制度，物權的創建或轉讓只需存在合同即可發生，除非法律另行規定。[87]由於澳門的登記體制是因果的和雙方共同同意的（保障具有法律所要求的有效性），該行為需要被告知，從而對合同的因果性和共識性進行補充。此外，它發揮一種聲明性和選擇性的作用，規定了對於收購的權利持有人的負擔，這只會授予更高的保障（它不會補救保障中的缺陷，也不會創建權利），但以實物擔保進行的抵押除外。

公司的形式（類型原則），以確定一家公司的商業利益能夠大量被採納。但是，應當注意的是，澳門立法機構並沒有忽略掉實際標準。第 174.2 條規定，“以經營企業為目的的公司只可……”依照條款 1 所述類型中的一種類型成立，即為經營企業，公司必須採用法律規定的類型之一，或者屈從于公訴人機構的司法清盤權力（CCom 第 329.1(b) 條）。事實是，“無論其目的”，採用條款 1 所規定類型之一的公司並非必然意味著他們經營企業，例如控股公司。建築設計事務所屬於商業公司，因為他們依照法律規定的類型之一建立。但是，他們並沒有經營企業，因為他們的結構和組織的目的並不是“……經營以為系統性和盈利性的交易為目的生產商品的經濟活動”（請參閱 CCom 第 2.1 條），並且因此，他們不受為企業家制定的法律制度的約束，特別是商法典第 12 條中規定的義務。所有上述內容，AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA，Anotações ao Código Comercial de Macau，第 1-17 條，影印版，未公佈。

86. 請參閱 CCQ 第2686 條：“只有經營企業的人士或受託人可以針對其企業的財產授予浮動抵押權。但是，沒有從事商業活動但獲准發行證券和債券的私營有限公司在經過評估之後，可以依照特別公司權力法案第 27 條創建浮動押記”。

87. Orlando Carvalho，法律系學生有關登記和公證課程的大會，1994 年 7 月 1 日，發表于澳門大學法學公報 nº 70 (1994)，第 97-106 頁：“是否發生實際影響僅取決於具體的分配依據，在從合同中產生的變化中，這些依據與確定分配期望並獲取權利的協議相一致，換言之，協定對於這種權利的轉讓或構成達成了簡單的共識，無論是否有任何別具用心的行為意在執行其中包含的預期（modo）。”

由於這種例外情況，為使浮動押記（第936.1 條）在具體化時根據涉及的動產以及民法典中規定的內容具有質押或抵押的效力，法律裁決不可能出現其他情況。[88]

4.3 與相關事宜的相似性和區別

在檢視浮動押記的概念和根本特徵後，現在我們簡要看一下浮動押記與企業質押以及商業質押（分別參閱 Ccom 第 144-152 條和 911-916 條）之間的法律相似性和區別。

- 企業質押

對企業的質押也適用於商業上活躍的企業（第 145、147 條），並且和浮動押記一樣，無需轉交公司資產即可生效（第 144 條）；

關於被抵押資產的類型，它比浮動押記更為全面：企業及其所有有形/無形資產以及動產/不動產[89]（公司財產的部分，第147.1 條和147.3 條），即使該等財產在質押創建之前尚未登記，另外也包括在質押創建時刻之後購得的資產；

在受質押人行使其法定權利之前，依照詳細和有序的管理規則出售並從企業中移除的資產不受影響。

關於有效性、效力和通知要求，它們採用書面形式（第 146 條和 931 條），並且僅在於不同的主管登記機構登記後才在立約方之間生效（第 145 條和 931.2 條以及 CRCom 第 2.2(d) 和 (e) 條）。這些要求對於第三方同樣具有約束力（第 145 條和 931.2 及 931.3 條）。同樣重要的是，與浮動押記以及抵押一樣，其登記也具有實質性的效果，屬於宣告性效果規則的例外情況。

- 最少合同內容相同（第 146 條和932 條），但與為貸款提供抵押的債權人相比，質押的債權人有權通過質押創建和具體化登記之後形成的實物抵押就其相關貸款和所欠利息（這是唯一的相似點）獲得優先償付，前述兩個時刻是產生影響的明顯的時刻點（第 151.3 條和930 條）。

- 質押持有人有權在擁有特權的債權人之後獲得貸款的償付，但優先於在稍後日期登記的針對企業的其他質押。但是，如果存在於較早日期創建的實物抵押，則該優先權不再存在。因此，如果浮動押記具體化，並且質押或抵押生效，如果具體化通知的登記先於質押創建日期，則企業質押的優先權將低於浮動押記。

- 商業質押

和浮動押記一樣，在商業質押中，涉及的通過擔保抵押的義務必須從一般業務過程中產生（該義務的性質是民事質押的一個獨特的方面），並且應當接受兩種抵押的資產必須是動產（Ccom 第 911、913、928.1 和 929 條），這一點與浮動押記的現狀原則不同。

關於動產，商業質押（沒有剝奪）也可以對各種現有資產創建，而這些資產毫無疑問也是企業業務經營所必須的財產（在商業質押創建的同時；現狀原則）（參閱第 912.3 和 913 條，例如，機械、鍋爐、烤箱等不是不動產不可分割的部分，化學設施以及其他固定材料元素）。它們也可以在一般業務過程中出售或抵押。

當資產分配到一般業務過程時，商業質押始終在無剝奪的情況下創建，但是與浮動押記不同的是，該等資產的處置和產生負擔需要獲得受質押人的書面同意。但是，在兩種抵押情況下，債務人違反法定或商定限制將分別產生受託人責任（第 916 和 933.4 條）。

它可以在不嚴格遵守形式的情況下創建。但是，如果它以無剝奪的方式創建，則必須通過下列方式遵守與浮動押記相同的形式、有效性和通知要求：

- 一種 ad substantione 形式，存在被宣佈無效的風險，通過雙方親筆簽名認可（第915.1 條；加蓋企業印章）；

- 一份具有強制最少內容的合同，具有被宣佈無效的風險，在適當的登記部門登記，使其對第三方具有約束力（第 915.1 和 2、931.1

88. 在魁北克法律體系中（CCQ 第 2716 條），無論被抵押的資產是動產還是不動產，浮動抵押權都必須在個人登記部門（服務於個人或企業）登記並且在各項不動產和動產的相關登記部門登記。在某些情況下，債權人可以就擁有抵押發送通知，在此情況下，無需在登記部門（個人和動產物權）進行登記，因為一方面，在具體化固有的權利被登記之前，具體化通知不可以被登記，而在另一方面，對於擁有抵押的通知極少發生。在香港，與英國和威爾士體系相比最主要的區別是沒有權利能夠秘密創建。因此，任何創建法律權利的法律行為，無論是對於自然人還是對於法人，都必須被通知，從而使其為公眾所知。

89. 參閱 Ccom 第 147.1 和 3 條。其區分如上文注釋（87）所述。

、2 和3以及第 2.2(d) 和(e) 條）。關於第915.1(b) 條中的規定，由於涉及的資產在創建商業質押時已經屬於企業所有，該條款規定了專門化原則，因此合同應當明確詳細規定資產須以無剝奪的方式接收商業質押合同的約束。另一方面，浮動押記的合同不需要明確規定資產，因為浮動押記並不提名或分配現有資產，而是提及現有的和/或將來的資產。因此，明確規定資產的情況僅在抵押具體化後發生，但發生的規模較大。必須強制指明資產位於何處，分配給那家企業，因為某些被質押的資產可能屬於第三方，這就是為何需要確定質押人身份的原因（第 915.1(a) 和 (c) 條）。

– 同樣關於登記的效力，它與浮動押記之間的區別在於雙方之間的有效性並不取決於登記。

最後，沒有剝奪的質押的受質押人有權相對於其他受質押人獲得相關債務和所欠利息的償付，優先權的順序依照無剝奪質押在 CRCBM 登記的日期去頂。這種情況與針對動產的浮動押記的債權人相對於同一資產的另一項浮動押記的債權人獲得償付的權利相似，其中相對優先權根據登記的日期確定。對於所有其他情況，受質押人的地位如民法典所述。

4.4 潛力和脆弱性

在澳門，企業允許獲取財務資源（合同目的），該財務資源在義務上必須用於公司業務的經營，實現當前或將來動產價值的最大化（第 928.1 條），該動產部分或全部成為或可能成為構成“不動產”的結構/組織和已執行的生產系統（第 2.1 條）的一部分。通過這種方式，他們可以滿足對於信貸的需求，同時保持對於進入企業的資產和資金的處置權力，並且對其可能在將來獲取的資產授予浮動押記。

浮動押記的靈活性對於立約雙方均有利：

– 當浮動押記保持有效時，公司有權自由處置押記相關的動產，無需獲得債權人的同意，並且可以在一般業務過程中提取資金；

– 使債權人從中受益的事實是，押記對整個類別的資產設立，其商業貶值的風險可以通過加強押記或改變利率的方式進行補償，但始終通過對監督權力的適當形式實現；

監控是另一項優勢，在談判過程中，可以確定相對於企業呈現的風險以及涉及的資產適當的途徑，以確保對公司有關股票、資產出售和財務狀況相關的狀況進行監督和控制，在後者情況下，還可以引進職責，按各種不同的時間間隔提供資訊。

在脆弱性方面，在具體化和通知債務人之後，押記持有人有權獲得其債務和利息償付，“其權利優先於其他沒有持有在具體化登記之前創建的實物抵押的債權人”（第 930 條）。即：

(1) 在所有持有在具體化通知登記之前創建的實物抵押的債權人之後（第 931.3 和 934 條）；

(2) 相對於具體化通知登記之後創建的實物抵押和公司債券擁有優先權；

在這一點上，我們應當強調，浮動押記的支柱之一是信託。[90]眾所周知，債權人在債務償付方面的立場容易受到損害，因此，多年以來不斷加強的實質性的信託是必不可少的，借此“普通商人”將可以創建此類抵押。

5. “兩個階段”中的法律影響

當我們討論浮動押記的一般概念時，我們提到浮動押記合同的完成在具體化之前觸發某些法律和合同性質的後果：

a) 它提供了對分配到公司一般業務中的資產進 行處置和抵押的自由，這標誌著公司在經營其業務的範圍內，可以採取其認為適當的管理和負擔措施，而無需獲得債權人的授權。

b) 此外，雙方可以商定限制浮動押記相關資產出售的條款，影響債務人在具體化之前處置資產和使資產產生負擔的權力。換言之，如果違反該限制，企業將必須依照受託人責任條款承擔責任。該限制僅在具體化通知被登記後才對第三方具有約束力。

c) 如果抵押持有人不受與企業相關的交易的約束，它也具有相關的後果。接管人決定其最終的出售、出租或使用權，而各項權利的新的持有人有義務遵守現有的合同（第 110 和 113 條），並且如果他們希望並且已議定為依據的話，可以決定對浮動押記具體化（第 938 條）。

d) 最後，在具體化之後進行債務償付時，其

90. 參見以上 § 1.1.1

登記的日期在確定一項浮動押記相對於另一項押記的優先權方面具有根本性的作用。

5.1 具體化的依據：合同的和法律的

具體化是浮動押記的根本特徵之一。正是在這個時候，潛在的影響不再延緩，並且在某些合同的、法律或其他的依據發生時發生（第935 條）。

在此，簡要確定哪些類型的事件允許進行具體化會有一點意思。

該術語於 1897 年在 Re Victoria Steamboats Ltd.案件中首次使用。在該案件中，對一整類現有的和將來的已抵押和已質押資產創建了一項押記。

具體化的首要依據是當企業“不再繼續經營”以及“終止經營業務”，[91]導致意見分歧的原因是第一項表述不存在相應的英國法律依據，而且法庭唯一能夠裁定的是，它是指定清盤人的原因之一。[92]

其他與所謂的由於雙方之間商定的合同條款而產生的自動具體化相關的依據。

同樣，這種新情況導致了英國理論和法律體系見的意見分歧。

Gower 認為，合同條款中規定的事件不應被視為具體化的依據，而Gore-Browne 和 R.R. Pennington 則認為應當。[93],[94]

在另一個合同條款情況下，確定的是如果債務人因任何原因受到起訴，則押記持有人可以觸發具體化。該條款也被視為有效，但在此情況下，即使押記被具體化，企業仍有權處置資產，直至押記持有人指定接管人。

對於由於將某些事件包含到合同條款中而產生的自動具體化，理論和法律體系的目標是對三個問題做出回應：a） 通過押記持有人對條款的啟動而產生的自動具體化的影響；b）在商定的具體化特定依據下對第三方利益的保護；以及 c）債務人保護其所有一般債權人利益的職責。[95]

不同的理論理解由於新西蘭法庭採用的法律體系而開始出現，因為新西蘭法庭開始做出與英國上訴法庭相反的裁決，一些較受敬重的法官和學者認為這個問題應當交由上訴法庭和上議院裁決。

上議院已在 Government Stocks and Other Securities Investment Companies v. Manila Railway Company 一案中對此事宜做出說明，而且據我們所知，上議院也表現出對浮動押記合同中存在的一個條款的不滿，該條款允許債權人在債務人延遲還款三個月後自動觸發具體化。

兩種理論對於自動具體化的理解如下：

a） 第一種理論支持自動具體化，在該理論中，浮動押記是從任何根據特定的有利的法律決定制定合同的人士（例如律師）所具備的能力中衍生出的產物：“浮動押記不是一件藝術品；它是對檔中包含的一類抵押的描述，該檔可能提供各種導致發生具體化的情況”[96]，而且它與債務人處置受抵押資產的權力以及“律師”在為立約方提供服務時具備的技能相關。

這裏包含了兩個觀點，一個是法律的，另一個是經濟的。關於第一個觀點，優先性問題和浮動押記完全是一個合同性的問題，任何人，只要更熟悉規則，就能獲得更好的押記；在第二個觀點中，任何在合同中擁有主導地位並且能夠滿足另一方需求的人士總是可以通過指導規則以及威脅不授予押記來獲得更多的利益。

b） 第二種理論是反對由於合同中所含事件發生自動具體化的，因為其認為浮動押記不只是“律師”的發明創造，因為其主體、資產類型、目標及其也正是由英國法庭的法律體系所

91. J. H. Farrar，“浮動押記的具體化”，產權轉讓和物業律師，第 40 卷（新系列），J. T. Farrand & Ernest H. Scamell 編輯，Sweet & Maxwell, London，第398-399 頁。

92. 涉及的兩個階段已通過各種方式理解：“企業終止經營”被認為是不準確的和主觀的。它被用於持續會計評估，因而區別於清盤狀況下的評估，並因此被視為一種表達已知事物而非進行指示的方式；另一方面，“終止經營業務”被視為一種更為客觀的表達，可以在更廣範圍內使用。

93. J. H. Farrar，“浮動押記的具體化”，第235-236 頁；R. R. Pennington，“浮動押記的起源”，第 23 卷，[1910] 2 K.B. 第 979 和993 頁。

94. J. H. Farrar，出處同上，第 400 頁，提到規定浮動押記具體化依據的條款直到 1885 年才被確認有效，並且當“收購方擁有合理證據表明沒有違約行為，並且，如果存在違約行為……他將已對浮動押記進行具體化”時，自動具體化才獲得確認。

95. A. J. Boyle，“自動具體化條款的有效性”，商業法雜誌，總編輯 Clive M. Schmitthoff 教授，Stevens & Sons Limited，London，1979，第231-240 頁。

96. J. H. Farrar，“浮動押記的具體化”，第 234 頁。

創造的，因此，浮動押記被視為法律的創造物。在案件“Evans v. Rival Granite Quarries”審理過程中，其中一位法官的陳述中對此思維方法有所表述，[97]該法官認為，法庭很難想像，如果債務人沒有償還其債務，債權人可以無需法庭有關商業責任的裁決就能有完全的自由解決問題。根據這一立場，在 1977 年，英國法庭裁定已經獲得補償的浮動押記持有人退還其收到的金額，因為一般債權人尚未獲得全額支付。[98]

對於這種思想學派，這個裁決表明了那些宣導自動具體化的人士的一個薄弱的觀點，因為它確認了公司應當保護一般債權人，而對於債券的浮動押記的持有人，當具體化的押記轉換為固定押記時，他們不應當認為其比優先債權人更為安全。

英國法律體系達成的解決方案是要求法律將企業終止經營業務是為具體化的一個明確的條件，這使得押記持有人能夠啟動具體化，但同時必須承擔告知義務。該裁決逐漸確立，直到最近才從立法上被登記通知的義務所取代。[99]

如效力要求方面所指，依照商法，具體化僅在登記合同之前在雙方之間有效，但僅在具體化通知登記後才對第三方具有約束力，從而可以遵照 par condicio creditorum的原則保護公司的一般債權人。

5.1.1 合同依據

在法律限定以及自由設定和擬定合同的原則範圍之內（CC 第 399.1 條），雙方可以商定特定數量的狀況，一旦發生這些狀況，債權人將可以執行浮動押記的具體化。

關於合同內容，作為保護其各自利益的方式，雙方可以商定雙方的權利和職責，但尤為重要的是，他們必須明確清晰地規定：債權人可以在企業家經營其業務的過程中合法對其施加的限制；發生時將使債權人有權要求加強擔保或對押記執行具體化並要求還款的事件。

作為一項規則，浮動押記合同是一種對一個談判過程終止的合同，其目的是獲取企業所需的信貸，並且為向公司提供資金所帶來的風險向投資人提供充分的保障。此外，在實踐中，浮動押記合同的條款在押記之前擬定（因為這些條款已經存在於融資/貸款合同中，參考雙方擁有的權益，並參照其他法律體系中的制度擬定），因此，在轉換為一種官方語言後，向抵押合同提供其內容。

例如，他們可以商定，如果在公司生存期間發生特定的時間，則債權人有充分的依據執行抵押的具體化：如果違反限制出售條款；如果企業在重組後不再需要被抵押的資產；如果為公司目的必須進行資產出售後未能獲得替換；在公司轉讓、租賃或行使用益權之後，同時考慮到作為此類抵押支柱之一的信託因素；以及，如果任何浮動押記債權人（無論涉及何種資產）執行抵押的具體化。

在法律理論中，浮動押記不可以僅僅由於特定的事件出現在雙方議定的合同條款中就被具體化，因為如果議定的事件對於涉及的企業沒有必要的嚴重性，具體化也不會發生。債權人的權力必須獲得“調和”以貼合具體的情況以及債務人實際的、商業的和財務的條件。

因此，各種議定內容的採納依照當地法律執行對於雙方都是有利的，因為如果違反了實質性的商法，登記中產生的影響並不會使雙方產生義務，也不會對第三方產生約束力。

因此，我們認為，對一般業務過程中處置和負擔的行為加以限制的條款（第 933.2 條）必須在浮動押記合同中明確說明，而不應當僅僅在融資合同中提及。如果發生這種情況，融資合同（以及所有涉及的不便）必須附加到浮動押記合同上。

這個觀點的依據來自於一個事實，即違反

97. “我無法否認，在第一批案件中，特定檔中的措辭可能對法庭產生了影響，使他們能夠做出他們所做的裁決。但在最近，法官們已經更清晰地意識到，他們的結論並不取決於特定檔中所使用的措辭，而是此類抵押的本質和性質……”

98. J. H. Farrar，“浮動押記的具體化”，第 237-238 頁。R. R. Pennington，“浮動押記的起源”，第 28 卷 [1977] 2 All E. R.，第741-742 頁；第 29 卷 [1978] 2 All E. R. 第890-900 頁。這種限制性的有關自由制定的原則的思維一直保留到最近。在案件 B.C.L. v Anglo-American Leasing Ltd. (1977) 中，前者開始破產程序，並且在支付法律費用和優先債權人之後，浮動押記持有人獲得全額支付，但一般債權人卻什麼都沒有得到。法官裁定浮動押記持有人退還已經存入到他們銀行帳戶中的資金。

99. 2002 年，英國和威爾士法律委員會以及蘇格蘭法律委員會執行了一項有關浮動押記狀態及其債權人在具體化之前和之後權利的研究。兩個委員會在 2002 年 10 月為該項研究提交一份聯合提案，並於 2005 年 7 月再度獲得分析。

這些條款將決定押記的具體化，這種具體化必須以違反抵押合同中規定的條款為依據（第 934 條），而這種情況只有當合同被登記時才具有效力。例如，如果規定依據的條款中提到“融資合同中規定的條款的內容”並且沒有添加到抵押合同中，那麼我們可以推論，該內容不包含在該合同中，該內容沒有獲得登記，因此依照澳門法律（第 931.1 條第 1 部分、第 933.2 條、第 934 條和第 935 條“超出合同中規定的依據”、第 937 條和第 941 條），即使在具體化之前，它對於雙方也沒有約束力（參見第 933.3 條）。

5.1.2 法律依據

立法機構已經通過實例的方式規定了各種依據，其中列出了企業中存在的各種狀況，作為一項規則，這些狀況表示了企業遭遇的財務困難，使企業的將來存在風險並因此而提高了債權人無法獲得償付的風險。[100]

關於抵押分期付款拖延的情況，由於債權人並不接觸資產，並且後者是債務人的財產並由債務人持有，立法機關認為保護債權人唯一客觀的方法是對浮動押記執行具體化。

當發生這種情況時，並且違約行為僅存在於承押記人一方，則不存在與償還債務相關的重大問題，因為具體化的依據已經促使在合同中規定了相關的協議。

但是，當具體化的依據是第 935 b) c) 和 d) 中所述的情況時，債權人的狀況則變得更為複雜。在這些情況下，狀況的複雜性以及其中產生的法律影響使債權人處於一個過度薄弱的地位。因此，我們將在本文第 5.3 節中對這些情況特別加以敍述。

但是，另外也有一些其他的依據，可以使債權人對抵押執行具體化。

如果，如果債權人 A 和浮動押記持有人 B 對相同的資產持有浮動押記，當債權人 A 對押記執行具體化時，將對債權人 B 授予權利，使其能夠立即對其自己的浮動押記執行具體化。發生這種情況的原因是因為在發生具體化之後，浮動押記之間的要求權排序取決於在 CRCBM 登記的日期。[101]關於這一點，應當特別強調的是，澳門立法與北美立法（該立法保護第二抵押持有人，並且阻止較早登記的抵押的持有人通過使用來自第二抵押的貸款購得的資產獲得償付）不同，它保護第一承押記人，但損害第二承押記人的利益（依據創建登記的日記），更重視登記，並且從實際的角度來看，將風險中固有的問題交由新的債權人（其必須向登記機構諮詢）承擔，而不是由較早的債權人承擔。

5.2 效力要求和具體化的取消

在澳門法律中，為使具體化生效，只存在依據和通知企業尚不足夠；只有在具體化的通知在適當的登記部門登記並就此發送通知後，才會真正產生效力。債權人只有在此時才能主張其相對於第三方的權利（第 931.3 條和 937.1 條 最後）。但是，如果浮動押記和具體化的通知對於使用浮動押記抵押的貸款的債務人而言是已知的（即使是法庭以外的），那麼上述通知並非必須的（CC 第 582條、577 條以及第 937.2 條）。[102]

另外，相對於將具體化的通知和登記的義務作為保護一般債權人的方式，具體化必須以兩種官方語言在印刷媒體上公佈，除非法令另行規定（第 937 條）。它不可能是任何其他方式，因為登記的義務和對一般債權人的保護（例如召集的債權人會議上所規定的）具有相同的目的：警告一般債權人 par condicio creditorum。

在債權人執行浮動押記的具體化之後，質押或抵押產生效力，迫使債權人和債務人行使其規定的權利和職責。在具體化之後，債務人可以對導致具體化的情況進行補救。在此情況下，債權人必須在登記具體化通知的同一登記機構對具體化的取消進行登記（第 941 套）

100. 參閱以上注釋（3）。

101. 該原則還是第 2722 條的基礎，其中提到，當相同資產的另一項抵押的持有人執行具體化時，浮動押記持有人可以執行其押記的具體化。請參閱 CCQ 修訂計畫第 11 號主題，第 III 點§ 2 和(b)，第 12 頁。

102. 這也是魁北克法律體系中使用的效力狀況（第 2718 和 2721 條），並且增加了在當地報紙上公佈的要求。請參閱第 11 號主題，出處同上，第 12 頁，第 2718 條：“當具體化通知登記時，一項以上要求權上的浮動抵押權對於被抵押要求權的債務人生效，但前提是該通知已經在浮動抵押權授予人最後已知地點當地流通的報紙上公佈，或者，如果該授予人經營一家企業，則在該企業家要經營地址當地流通的報紙上公佈。如果抵押權和具體化通知可以按照與分派要求權相同的方式針對被抵押要求權債務人設立，則無需公佈該通知。”第 2721 條：“從具體化通知登記時起，持有一般財產浮動抵押權的債權人可以在浮動抵押權登記日期之後公佈其抵押權的情況下優先于任何其他債權人擁有該財產，並對其進行管理。”

，並且押記重新具備其非固定的性質。[103], [104]

5.3 債權人在企業清盤和破產時的權利

在浮動押記具體化時，影響不再延緩並立即發生，就如同抵押或質押一樣。一旦具體化通知的有效性和效力要求獲得滿足，就將發生下列事件：

a) 債權人被包含到還款的優先債權人名單中，依照實物抵押和債券的類型以及前述的優先順序；

b) 浮動押記包含到浮動押記優先順序列表中，以具體化通知登記的日期為依據（第 939 條）；

c) 債權人相對於其他浮動押記優先獲得償付，這些其他浮動押記即使已經登記，但只是在稍後的日期登記（第 940 條）；

d) 質押或抵押對使用債權人的浮動押記提供負擔的貸款的債務人生效（第 937.1 條）。

由於業務經營終止導致的分期還款延遲，進而導致抵押的具體化，此時觸發一種狀態，在該狀態下，債權人可以利用法律工具確保債務的償付。債權人可以利用以及時保護其債務的方法包括企業支付所欠的分期付款和利息（此後須對具體化的取消進行登記）、加強抵押或增加利息。如果企業發生決定性的過失，抵押的具體化產生質押或抵押的效力，並且在司法授權後，債權人可以執行被抵押資產的出售。

在香港，當押記具體化時，浮動押記債權人可以指定一位接管人，該接管人擁有上文所述的職責和權力。即使在澳門法律中無法做到這一點，但當企業終止營業時，抵押持有人作為債權人可以申請法庭指定一名破產管理人（具有與接管人不同的權力和職責）並且申請依照法律條款宣佈破產。

很顯然，當發生具體化而企業發生結業、清盤或法庭可以宣佈其破產的狀況時，浮動押記持有人的地位相對於抵押的目的 - 債務分期付款的支付 - 變得更為脆弱。

商法和公司立法規定了企業可以結業或清盤的理由，其任何債權人和公訴人機構可以申請這些理由（第 315.1 條和 315.3 條）。無論其根本原因是什麼，如果企業結業，其法律後果如下：其開始清盤程序；董事會提交賬目供合夥人批准，參照結算日期；指定管理人，該管理人將組成清盤委員會（司法外清盤人）；企業結業程序和清盤程序依照民事訴訟法條款啟動（這裏值得注意的是浮動押記持有人在發生自願清盤時提起法律訴訟的正當性）；結業在登記和公佈後生效；企業隨後進入“清盤狀態”。

一旦指定清盤委員會後，企業有兩年的時間[105]，在這兩年的時間裏，企業應當提交商法要求的賬目，並且應當終止截至清盤日期時已經啟動的所有業務：“收取所有尚欠的債務，償付所欠的借項，並且為此目的要求合夥人完成任何尚未實現的資金注入，同時考慮到公司向其債權人還款以及支付清盤費用的需求，除非合夥人另行決定”（參閱第 322 條）。

這是一個合乎邏輯的程序， 因為清盤委員會只能提交第三方債務已經獲得償付或保護後的最終賬目，即使為實現這一點，其必須將公司財產按比例轉換為貨幣資金。

依照民事訴訟法的規定，浮動押記持有人在申請清盤時擁有完全的正當性，因此其還可以在相同的申請中指定執行清盤人職責的人士，並依此跟蹤上文所述的整個清盤過程，從而保護其利益並確保其債務獲得償付，並且“優先於其他未持有在具體化登記之前創建的實物抵押的債權人”，如實體法中所規定（收益分配、質押、抵押、信用特權、代扣權利）。如果其貸款沒有獲得保證，即便如此，它也可以依照民事訴訟法（CPC）第 1038.3 條的規定干預清盤過程。

公司可能破產

司法破產程序可以由企業家自願啟動，也可以由清盤委員會（CPC 第 1047 條）、債權人（浮動押記持有人）或公訴人機構（CPC 第 1044、1047.1、1082(a)、1084 和 1085 條）啟動。

103. 參閱 CCQ 修訂計畫第 11 號主題第 2723 條：“當債務人的違約行為已經獲得補救時，債權人要求對具體化通知的取消進行登記。具體化的影響隨取消而終止，並且抵押權的影響再次被延緩。”

104. 參閱：第 11 號主題，出處同上，附錄 § 7. “浮動押記的解除”，第 5 頁。

105. 該時間可以延期，CPC 第 1041.2 條。

一旦破產管理人被指定並且法官確定債權人會議的日期，在清盤程序中即發生一個根本的時刻，此時各方試圖達成協定，[106]該協議只是一種重組公司的計畫，依照更為強有力的管理控制對公司進行重新架構，其目的是產生幫助公司擺脫其經濟和財務困境的可能性並且試圖拯救公司。一份報告被提交至債權人會議，對債權人進行排序（CPC 第 1055、1056.4、1057、1060 和 1061 條）。[107]

法庭發佈的破產聲明對於破產人存在某些影響，但如果浮動押記持有人在已經驗證發生導致具體化的事件後沒有及時行使權利，則啟動一個程序，在改程序中，債務償付的機會變得越來越小。如果抵押是在破產聲明發佈日期之前六個月的懷疑期內創建，則這種情況將會更加惡化。

在浮動押記法律架構的背景下，我們剛剛看到的兩種狀況確定了兩個時刻，押記的持有人需要對這兩個時刻尤為注意：首先，在擬定合同時，合同中應當包含何時發生押記具體化的所有必要事件、對於監控企業財務狀況和資產資金的方法的定義；其次，在發生變更期間監督和控制方法的有效執行。

106. 如果提議的安排未獲得批准，則債權人可以通過決定組建私人有限公司並繼續公司的活動來達成西詼（參見 CPC 第 1075 條）。

107. 關於安排的特定條件，如果公司是一家發行可轉換公司債券的有限責任公司，則第 445 條中規定的內容將適用。

6. 最終說明

鑒於上述內容，我們希望再次強點本文中提到的有關澳門法律體系的幾個要點：

- 抵押的特徵取決於合同的準確性。在擬定合同以及對合同內容進行自由調整時，雙方的意圖對於表達其願望極為重要。

- 在合同簽訂之後，雙方的行為與其作為浮動押記合同的特徵沒有關聯，因此，當合同在適當的登記部門登記後，其發生的任何變更均必須在合同條款中進行添加、修訂或刪除，並重新登記。

- 浮動押記的根本特徵是債務人有權在一般業務過程中出售和抵押資產，無需獲得債權人的同意，這構成了可由債權人依照商法加以限制的債務人權利規則，但該規則始終存在一種例外情況：對債務人權利的限制不得對債務人本身加以限制；

- 被抵押信貸的安全在合同上依賴於在擬定合同時的密切注意，此時應當規定所有法律途徑和債務人行使處置和負擔權力的例外情況，著眼於方便債權人進行監控。

- 債權人權利的行使目的必須純粹是確保通過被抵押資產的出售進行分期還款，不得用於其他目的，從而確保其不會以任何形式發生與債務人義務不相符的情況。

GARANTIA FLUTUANTE[1]

Notas sobre o seu enquadramento jurídico na região do delta do rio das pérolas

José Augusto de Carvalho Lourenço
Assessor Jurídico

1. * *Não queremos deixar passar esta oportunidade sem dar o relevo merecido à iniciativa pioneira da Fundação Rui Cunha, na pessoa do seu presidente, de tomar a seu cargo a publicação de uma revista, de periodicidade quadrimestral, dedicada ao estudo, análise e comentário do direito de Macau, em particular do direito privado e da jurisprudência proferida pelos Tribunais locais e a sua publicação nas duas línguas oficiais. Considerando a data da criação da Faculdade de Direito da Universidade de Macau urgia a necessidade de o universo dos aplicadores e operadores do direito de Macau terem, ao seu dispor, uma obra que, de modo construtivamente crítico e inovador, dê a conhecer o pensamento do direito de Macau. Bem-haja.*

Introdução. 1 - Noção geral, origem e evolução; 1.1 – Elementos históricos, económicos e empresariais. Sua evolução; 1.1.1 – O seu aparecimento; 1.1.2 – Na primeira metade do século XX; 2. A natureza da garantia flutuante; 3. Do outro lado do delta: Hong Kong e a China Interior; 3.1 – A "floating charge" herdada; 3.1.1 – Das partes contratantes e dos bens: elementos, subjectivo e objectivo; 3.1.2 – Forma, validade e eficácia; 3.1.2 – Forma, validade e eficácia; 3.1.3 – Poder de fiscalização e cristalização; 3.1.4 – A prioridade do titular de garantia flutuante 3.1.5; – Ausência de consenso na doutrina e na jurisprudência; 3.1.6 – A evolução da jurisprudência; 3.2 – A garantia flutuante com características chinesas; 3.2.1 – Razões subjacentes à sua consagração legal"; 3.2.2 – Requisitos subjectivos e objectivos; 3.2.3 – Requisitos de forma, validade e eficácia; 3.2.4 – Poder de fiscalização e "estabilização"; 3.2.5 – Prioridade do credor na satisfação do crédito; 4 – Conceito, caracterização, tipo e figuras afins; 4.1 – Conceito e caracterização; 4.2 – Dos requisitos do contrato; 4.2.1 Requisitos objectivos e subjectivos; 4.2.2 – Requisitos de validade, eficácia e publicidade; 4.3 - Semelhanças e diferenças com figuras afins; 4.4 - Potencialidades e vulnerabilidades; 5 – A produção de efeitos jurídicos a "dois tempos"; 5.1 – Fundamentos da consolidação: contratuais e legais; 5.1.1 – Fundamentos contratuais; 5.1.2 – Fundamentos legais; 5.2 - Requisitos de eficácia e do cancelamento da consolidação; 5.3 – Direitos do credor na liquidação e na falência da empresa; 6 – Considerações finais

Introdução

O presente artigo visa fazer uma breve apresentação do contrato de garantia flutuante que o legislador de Macau, quando dos trabalhos do actual Código Comercial, decidiu, de modo inovador, consagrar esta modalidade de garantia especial das obrigações, sobre universalidades, denotando uma visão do futuro que previa a necessidade de dotar a legislação comercial local de instrumentos jurídicos que conferissem aos diferentes agentes Económicos a possibilidade de obterem o crédito necessário para desenvolverem as respectivas actividades numa praça, rodeada por outras, cujo dinamismo e dimensão económica, financeira, bancária e comercial, eram, em tudo, superior a Macau.

Ao acabado de referir acresce a consagração de uma economia global, que num primeiro plano é marcadamente de natureza financeira e só num segundo plano se debruça sobre agentes económicos verdadeiros actores e empreendedores da economia real, e o processo de desenvolvimento e coordenação das economias das Regiões do delta do rio das pérolas onde a Região Administrativa Especial de Macau (Macau) se inclui.

É neste contexto financeiro, económico, empresarial e comercial que consideramos ser de todo o interesse a apreciação a que nos propomos, jamais com a presunção de ser um trabalho de direito (*micro*) comparado, mas, apenas e só, apresentar uma análise sumária dos elementos normativos mais relevantes do regime jurídico da garantia flutuante em vigor em Macau desde 1999[1], face ao regime do mesmo instituto, desde longa data praticado na Região Administrativa Especial de Hong Kong (Hong Kong), sob a denominação de *floating charge* herdada da administração britânica com base na jurisprudência do common law e ancorado no regime jurídico da *Company Ordinance* e, por último, com o mais recente regime jurídico da República Popular da China, doravante China, adoptado com a consagração na Lei da Propriedade de 2007, de novos preceitos normativos, cujo conteúdo material expressam a consagração da garantia flutuante de matriz anglo-saxónica, mas com características, garantísticas, chinesas.

1. Noção geral, origem e evolução

As diversas noções de garantia flutuante denotam um entendimento geral comum que, em sentido lato, nos permitem afirmar ser uma garantia dada por uma empresa[2] a

1. Com a entrada em vigor do actual Código Comercial com a aprovação pela Assembleia Legislativa de Macau do Decreto-Lei n.º 40/99/M, de 3 de Agosto.

2.Face às referências efectuadas ao longo do artigo a vários ordenamentos jurídicos em que a entidade garante (devedora) é de-

uma entidade financiadora ou emprestadora (credor/garantida), sobre, a totalidade ou parte dos seus bens, presentes e/ou futuros, permitindo-lhe, como devedora/garante, poder continuar a dispor dos seus bens no âmbito da normal actividade empresarial até ao momento, em que ocorra um evento (uma condição, legal ou convencionada), que determine a produção de certos efeitos (anteriormente suspensos) em benefício do titular da garantia flutuante (o garantido).

Neste sentido, a garantia flutuante não determina a transferência da propriedade dos bens sobre os quais incide, não tem qualquer efeito dispositivo de nomear e afectar bens (num primeiro momento), mas refere-se aos bens presentes e/ou futuros no património circulante da empresa comercial garante.

Por outro lado não é uma garantia para o futuro, antes pelo contrário, é uma garantia para o presente, porque com a sua constituição impõe ao devedor certas limitações de natureza legal e contratual, mas é a partir da consolidação (o segundo momento da garantia) que, tem lugar a produção de certos efeitos jurídicos na esfera jurídica daquele[3], que apenas se concretizam com a verificação de uma condição suspensiva. Em suma é uma garantia que produz efeitos a dois tempos, antes e depois da consolidação.

Assim, em sede do ordenamento jurídico comercial de Macau, é "*uma garantia que abrange todos os bens móveis, presentes e/ou futuros, da empresa, que permite o seu normal exercício, mas que, ocorrendo a sua consolidação*[4]*, atribui ao credor um direito de penhor ou de hipoteca, consoante a respectiva natureza dos bens (sobre os quais incide) e que nesse preciso momento constituem o património mobiliário da empresa, ao que acrescem os que tenham sido adquiridos antes do evento, mas que só posteriormente sejam incorporados neste último*".[5]

1.1 - Elementos históricos, económicos e empresariais. Sua Evolução

1.1.1 - O seu aparecimento

Em meados do século XIX, a expansão industrial e comercial no Reino Unido resultou na necessidade crescente das empresas em obter mais capital para o desenvolvimento das actividades e projectos; mas ao tempo, a subscrição para aumento de capital social não satisfazia aquela necessidade, pelo que as empresas recorreram ao empréstimo junto de entidades com capacidade para o efeito. Só que estas, enquanto credoras, exigiam garantias (legais ou em *equity*) adequadas aos empréstimos solicitados sobre os bens imóveis ou mercadorias da empresa comercial que, respectivamente, eram diminutos ou inexistentes e necessários à actividade produtiva, o que constituía uma limitação à obtenção do crédito necessário.

A grande parte dos activos da maioria das empresas comerciais consistia em matérias-primas e artigos nas diferentes fases, respectivamente, de transformação e produção, inventário de armazéns, produto acabado comercializado e créditos a receber que constituem o activo circulante, em regra, substituído no normal exercício da empresa e em constante mutação. Estes bens do activo da empresa, nos termos da legislação então em vigor não podiam ser objecto das modalidades de garantias tradicionais.

Em 1862, num processo judicial entre *Holroyd v. Marshall*[6], a Câmara dos Lordes em Londres reconheceu a

nominada, nos termos das respectivas legislações, por expressões semelhantes, mas por vezes com significados distintos, a utilização da expressão *empresa*, significa tão só o agente necessitado de crédito a quem a legislação do local onde se encontra atribui a legitimidade de contratar em sede de garantia flutuante. O âmbito das pessoas singulares ou colectivas que preenchem o requisito subjectivo da garantia em apreço será indicado nos parágrafos, para Hong Kong, China e Macau, por esta ordem.

3.De acordo com o T*ópico 11 do Projecto de Revisão do Código Civil do Quebec (CCQ)*, pp. 11-12, no período anterior à notificação da consolidação da hipoteca flutuante verificam-se certas consequências para o credor/garantido: 1) "*O garantido não tem o direito de seguir a propriedade [direito de sequela] pois a hipoteca aberta não é oponível a terceiros até à publicação da notificação da cristalização [consolidação]. Os bens propriedade do devedor/garante não estão onerados pela hipoteca pois só a partir do momento da cristalização da hipoteca os direitos que o credor/garantido possa ter são garantidos, onerando a propriedade dos bens"; 2) "O credor/garantido não tem direito de preferência em reclamar a propriedade dos bens, porque a hipoteca flutuante não é oponível a terceiros até à publicação da notificação da cristalização. Assim se outro credor hipotecário fizer o arresto da propriedade ou exercer o seu direito de regresso, o credor da hipoteca flutuante não pode opor-se a este. É possível que no acto de constituição da hipoteca flutuante seja especificada esta situação como uma condição de não cumprimento, mas mesmo assim, a notícia da cristalização deve ser publicitada e registada antes de a hipoteca flutuante poder ser oponível a outro credor". 3) "Entre hipotecas flutuantes, o direito de preferência não é suspenso, dado que a graduação das hipotecas flutuantes entre si é estabelecida de acordo os respectivos registos e não de acordo com a data da publicação da notícia de cristalização*" – cfr., art. 2955.º, do CCQ. O art. 2720º, do CCQ consagra, também, que a fusão ou incorporação no âmbito da reorganização de uma empresa, não pode ser estabelecida contra o titular de uma hipoteca flutuante, ainda que a propriedade onerada com uma hipoteca flutuante, não cristalizada, tenha sido vendida –.

4.De acordo com os regimes jurídicos em apreço a denominação dada ao efeito provocado pela ocorrência do evento que determina a cessação dos poderes de disposição da entidade devedora é diferente, mas tem mesmo significado; assim, no regime jurídico de Macau – consolidação, na China estabilização e no de Hong Kong e Reino Unido cristalização.

5.*Código Comercial de Macau*, Nota de Abertura, § 157, p. XLII.

6.[1862] 10 HL Cas 191, Lord Westbury L C, nas suas declarações, tornou claro que "*o devedor hipotecário só poderia retirar qualquer maquinaria com a intenção de a substituir, porque para outras razões, o credor hipotecário teria sempre o direito de não autorizar tal remoção*", in Roy Goode, "*Commercial Law*", Second Ed., Penguin

existência de uma garantia sobre equipamentos a adquirir (bens futuros); após a constituição da mesma, os equipamentos da titularidade efectiva pela empresa ficaram automaticamente onerados pela garantia sem necessidade de outro acto. A decisão judicial considerou que "*a garantia tinha efeitos sobre os equipamentos adquiridos posteriormente, em substituição dos equipamentos originais e com prioridade para a satisfação do crédito do credor/garantido*". Esta é considerada a primeira pré-forma de uma garantia flutuante e que só anos mais tarde veio a ter uma decisão mais esclarecida como, mais à frente, abordaremos.

Mas o reconhecimento e utilização da expressão "*floating charge*" só ocorreram em 1870 pelo Tribunal de Apelação de Chancery no processo "*In Re Panama, New Zealand and Australian Mail Co*[789]" , que a inferiu de uma particular expressão em que a empresa devedora deu em garantia todos os "*undertaking*" e "*all sums of money arising therefrom*" – promessa de que todas as entradas em dinheiro de qualquer origem na empresa seriam afectadas ao pagamento dos títulos de crédito por ela emitidos "*debenture*", que representavam o empréstimo contraído.

Contudo, o termo "*undertaking*" significa não só as entradas em dinheiro provenientes da normal actividade da empresa, mas também os bens presentes e futuros da empresa e, nestes termos, o titular dos títulos de crédito não poderia interferir na normal actividade da empresa e nos negócios desenvolvidos pela mesma até que esta última entrasse em processo de liquidação, momento em que o titular dos títulos poderia assegurar o seu crédito sobre os bens da empresa e posicionar-se com a sua garantia na lista de credores gerais da empresa. Ou seja, o Tribunal interpretou e decidiu no sentido de que as partes teriam convencionado que *a empresa poderia continuar a sua normal actividade comercial,* característica determinante para considerar a garantia em apreço como uma garantia flutuante.

Foi só a partir desta decisão, que a jurisprudência dos Tribunais do *common law* passou a defender a existência de uma garantia flutuante sempre que a garantia do credor fosse sobre a totalidade dos bens - "*undertaking*" da empresa comercial devedora e, simultaneamente, permitisse a esta transaccionar os mesmos no âmbito da sua normal actividade sem necessidade do consentimento do credor.

Facilmente podemos constatar que o número de instrumentos jurídicos que conferiam às empresas a possibilidade de, prestando garantias, assumirem responsabilidades com vista a obter o capital necessário para a respectiva actividade empresarial, ao que acrescia, agravando, a limitada capacidade em assumir certas responsabilidades através do sistema de garantias existente agravado, ainda mais, pelo poder decisório das entidades financeiras, com capacidade para mutuar capital, que recusavam realizar empréstimos sem as adequadas garantias.

O sistema do *common law* apenas admitia que a constituição de direitos reais se verificasse sobre bens presentes e nunca sobre bens futuros; pelo que, em face do contrato de mútuo para aquisição de um bem, o mutuário só podia onerar, este último, com uma garantia hipotecária depois de o adquirir. E, sensivelmente até à segunda metade do século XIX, o sistema jurídico do common law apenas consagrava como acervo de garantias, a "*mortgage*", hipoteca de terras ou de bens e o "*pledge of goods*", o penhor[10,11].

Assim, na última década do século XIX a garantia flutuante estabeleceu-se na prática comercial e passou a ser utilizada regularmente para satisfação das necessidades dos agentes económicos comerciais e industriais, com base na "*equity*" e na confiança que são os dois pilares jurídico comerciais da garantia flutuante[12].

No que respeita à confiança, a eficiência operacional de uma empresa consiste na habilidade, dos respectivos directores e gestores, em procurar e obter o crédito adequado às necessidades, o que só é possível se souber criar um clima

Books, 1999, p. 730, notas (1) e (2); o caso em apreço é visto como a preocupação de uma primeira modalidade de garantia flutuante, ainda que não completamente descrita (cfr., R. R. Pennington, "*The Genesis of the Floating Charges*" (1960) vol. 23 MLRm, p. 630-634); ainda assim para os Professores Goode e Gough, a garantia era uma garantia hipotecária fixa; cfr., W. J. Gough, "*Company Charges*", Second Ed., Butterworths, p. 82.

7. Roy Goode, *Ibidem*, p. 731.

8. Terry Noble, "*Charges Over Company Book Debts and Their Proceeds: Fixed or Floating?", Lecture in Commercial Law in Murdoch Business School, Murdoch University,* 2004, p. 5.

9. W. J. Gough, "*Company Charges*", p. 102.

10. Na primeira, a propriedade do bem imóvel era transferida para o credor hipotecário, que a podia alienar se o devedor hipotecário não satisfizesse o seu crédito, ainda que o bem fosse detido pelo devedor; na última, a titularidade do direito de propriedade do bem onerado com o penhor era do devedor, mas o bem era detido pelo credor pignoratício até que ocorresse a satisfação do crédito que, no caso de inadimplemento do devedor, tinha o direito de alienar o bem e com o valor obtido satisfazer o crédito devido.

11. Cfr., David Feldman e Frank Meisel, "*Corporate and Commercial Law: Modern Developments*", Foreword by Lord Mustill, published by Lloyd's of London Press Ltd, p. 194, a jurisprudência do *common caw*, concluiu que o seu conceito de penhor era menos flexível que o "*pignus*" do direito romano, pois não permitia alcançar uma forma de garantia sobre os bens, posteriormente adquiridos pelo garante e em trânsito. Ou seja, a figura original do "*pignus*" romano permitia que o mutuante, titular do penhor, devolvesse o bem objecto do penhor ao mutuário que o passava a deter como um mero depositário à ordem do mutuante enquanto o bem se mantivesse intacto. Posteriormente no regime jurídico do "*pignus*", o mutuante nunca conferiu a posse do bem penhorado ao mutuante, tendo antes um direito contratual de o confiscar em face do inadimplemento da obrigação pelo mutuário.

12.Interessante verificar que a garantia flutuante foi criada em equity por expediente dos advogados e juízes, para além das necessidades dos agentes comerciais e industriais de então.

de confiança junto dos eventuais credores como forma que estes sintam a segurança necessária ao crédito prestado. Esta operação de transmissão de confiança para a "*praça*" comercial é ainda mais importante quando é sabido que as entidades, com disponibilidades para a satisfação das necessidades financeiras das empresas, preferem naturalmente uma garantia real que lhes confira uma maior segurança na satisfação do seu crédito. Só que os bens de uma empresa, que permitem a constituição deste tipo de garantias, são limitados face às necessidades e, por isso, a garantia flutuante, era e é um meio de as satisfazer.

Quanto à "*equity*", sendo esta uma noção com origem exclusiva nos Tribunais ingleses da "equity" que permitia a obtenção de decisões judiciais que jamais podiam ser obtidas nos Tribunais permanentes do reino, onde os conflitos de interesse eram resolvidos com o recurso a normas de "*equity*"[13] com fundamento em valores supra legais, que só o poder real pode decidir.[14]

Face a todos estes condicionamentos urgia uma reforma do sistema de garantias devido ao aumento das trocas comerciais domésticas e internacionais, muito em especial o comércio entre as diferentes colónias inglesas. Mais, eram os próprios governos das ex-colónias britânicas que clamavam também por uma reforma no sentido de permitir às empresas privadas obter financiamentos para concretizarem os diferentes projectos de interesse público, como por ex., caminhos-de-ferro, fábricas, canais e sistemas de rega para a agricultura.[15]

Mas esta nova modalidade de garantia, não obstante a sua conveniência, para credores e empresas, tinha desvantagens para outros credores e terceiros; aqueles que lidavam com as empresas devedoras não tinham conhecimento se os bens do activo circulante da empresa tinham, ou não, sido onerados com um garantia e, no caso de a empresa comercial viesse a ser declarada insolvente ou cessasse a sua actividade, o titular da garantia flutuante poderia reclamar o valor dos mesmos como meio de pagamento do seu crédito[16], pelo que os credores comuns e os funcionários da empresa dificilmente seriam ressarcidos dos seus créditos e salários, respectivamente.

A primeira intervenção legislativa teve início em 1897 com o *Preferential Payments in Bankruptcy Amendment Act* (PPBAA) tendo sido estipulado que quando uma empresa comercial se encontra em processo de liquidação ou a massa falida se encontra sob a administração e responsabilidade do administrador da falência (Sec. 2 e 3 do PPBAA, de 1987), os credores da coroa e os salários dos trabalhadores passaram a ser considerados credores privilegiados, pelo que em resultado passaram a ter prioridade na satisfação dos respectivos créditos sobre os credores titulares de garantias flutuantes no que respeita ao pagamento de créditos alheios ao acervo de bens onerados com a garantia.

Em suma, os credores preferenciais passaram a ter prioridade sobre os credores comuns e as normas acima referidas não retiraram a prioridade que os titulares da garantia flutuante tinham sobre os credores comuns.

1.1.2 – Na primeira metade do século XX

No princípio dos anos 40 do século passado, assiste-se a um movimento em certos ordenamentos jurídicos, de natureza anglo-saxónica, no sentido de se afastarem do conceito de garantia flutuante herdado da *equity* durante o período colonial entre os quais se destaca os Estados Unidos da América (EUA) onde, um conjunto de advogados especialistas em direito comercial, tendo em consideração a proliferação que se verificava de diversos tipos de garantias resolveram unir o conceito de garantia num conceito uniforme o "*security interest*" que deu origem, no que aqui interessa, ao artigo 9.º, do *Uniform Commercial Code* (UCC)[17] não fazendo constar deste preceito normativo a expressão *floating charge*, mas antes *floating lien*.[18]

13.Não existe uma tradução directa do termo que nada tem a ver com a equidade (art.º 3.º do Código Civil «CC»). Porém, cfr., Castro Mendes, "*Direito Comparado*", Revisto e Actualizado, AAFDL, Lisboa, 1982-1983, pp. 193, nota (257), pp. 194-203, defende que a "*equity*" pode ser vista como um conceito, com base num sistema fundamental de justiça, que se desenvolveu para neutralizar a dureza e as limitações do "*common law*" e as suas decisões legais; no mesmo sentido, René David, "*Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*", trad., de Hermínio A Carvalho, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 386.

14.Robert R. Rennington, "*The Genesis of the Floating Charge*", vol. 23, p. 635, [1862] 10 H.L.C. 211., Lord Westbury said: "*Mas se o vendedor ou devedor hipotecário concordou em vender ou hipotecar a propriedade de bens, móveis ou imóveis, que ao tempo não possuía, e ele recebeu o pagamento pelo contrato, não há qualquer dúvida que, um Tribunal de "Equity" irá coagi-lo a cumprir o contrato e o contrato em "equity" deve transferir os benefícios para o credor hipotecário ou adquirente imediatamente com a aquisição da propriedade*".

15. Esta limitação era evidente e extensiva a todas as ex-colónias britânicas, cfr., Tópico 11 do *Projecto de Revisão do CCQ*, Ponto II, p. 5; Idem, Roy Goode, "*Commercial Law*", p. 730; Robert R. Rennington, "*The Genesis of the Floating Charge*", vol. 23, pp. 630-634.

16.Cfr., Lord Macnaghten em *Salomon v Salomon & Co. Ltd* (1897) 10 AC 22, p. 53.

17. Para um melhor entendimento do sistema de garantias antes do UCC, vide Grant Gilmore, "*Security Interests in Personal Property*", vol. I, 5.ª Reimpressão, 2007, da 1.ª ed., 1999, published by The Law Book Exchange, Ltd, Union, New Jersey, 1999, pp. 5 a 286 e The article 9.º interests and the floating lien, pp. 359-365; Harry C. Sigman, "*Security in movables in the United States – Uniform Commercial Code, Article 9 a basis for comparison*" in Eva-Maria Kieninger (org.), "*Security Rights in Movable Property*" in *European Private Law*, Cambridge, CUP, 2004, pp. 54-80; Albina Candian, "*Le garanzie mobiliari. Modelli i problemi nella prospectiva europea*", Milano, Giuffrè, 2001, pp. 111 ss.

18. Cfr., Roy Goode, "*The Exodus of the Floating Charge*", in *Corporate and Commercial Law: Modern Developments*, D. Feldam and F.

O artigo 9.º do UCC dos EUA não faz a distinção entre garantia fixa e garantia móvel[19] porque, parte do princípio, se as partes concordam na conclusão de um contrato de garantia utilizando as expressões jurídicas idênticas às de uma garantia flutuante, então a garantia entra em vigor e tem como objectos os bens sobre os quais ela incide, ao contrário da *floating charge* ao abrigo da legislação de Inglaterra em que a garantia é ambulatória sobre o acervo de bens[20].

O facto de uma garantia flutuante incidir sobre um acervo de bens não significa que a constituição posterior de uma garantia fixa seja incompatível com o poder de disposição da entidade devedora, no normal exercício da sua actividade[21]. O que se verifica é que ao abrigo do UCC, o contrato de garantia tem necessariamente de conter a informação se a entidade devedora está ou não autorizada a dispor dos bens onerados com a garantia "*free of the security interest*"; e, no caso de estar então a garantia sobre os bens em que incide extingue-se, mas mantém-se o interesse do credor, isto é, mantém-se para o devedor a necessidade de satisfação do crédito em divida para com o credor sobre o valor obtido com a venda dos bens.[22]

Por outro lado, o artigo 9.º, do UCC, conseguiu terminar com as diversas definições existentes no direito civil e no common law criando uma nova classificação de actos de garantia, baseada na diferença dos objectivos a que se destinam e na sua função, tornando-a, à maneira americana, mais prática, onde, em princípio, o credor tem poderes de garantia sobre toda ou parte da propriedade existente ou futura do devedor como forma de assegurar situações presentes ou futuras de endividamento, sem ter de recorrer aos procedimentos iniciais de uma acção judicial.

Também por razões de equidade, para os terceiros, evitando o monopólio do primeiro credor/financiador são assegurados dois mecanismos de protecção daqueles:

1) "*Requisitos de validade para assegurar que os terceiros são notificados da constituição da garantia*"; ou seja, a obrigatoriedade da existência do registo e da publicidade do acto decorrente do mesmo;

2) "*Regras de prioridade para resolução de conflitos entre, a parte titular da garantia e os terceiros, de forma justa (equitable) para ambas as partes e praticável face ao caso em concreto*"[23]; desta forma um terceiro, comprador de boa-fé, e no normal exercício de uma empresa, pode ser protegido pela regra da prioridade, permitindo-lhe ficar livre da responsabilidade e, simultaneamente um segundo financiador fica protegido pela regra que lhe confere a prioridade sobre um crédito constituído anteriormente de forma válida.

O que o legislador norte-americano visou foi garantir que o terceiro, de boa-fé, fica com o seu crédito protegido, não permitido ao credor de uma garantia anterior (1º mutuante/financiador) obter a satisfação inesperada do seu crédito através dos bens adquiridos, pelo devedor, com o recurso ao crédito obtido junto de novos financiadores.

2. A natureza da garantia flutuante

Ainda hoje a doutrina não é unânime no que respeita à natureza da garantia flutuante.

Para alguns Autores[24], a garantia flutuante é uma garantia do presente e não para o futuro, que flutua sobre os bens[25], e não uma garantia hipotecária sobre um bem com a autorização do credor para que a empresa possa dispor do bem no normal exercício da empresa, esperando unicamente pela ocorrência do evento que permita a consolidação, para passar a ser uma garantia fixa sobre todos os bens, existentes ou que venham a ser adquiridos pela empresa, que caiam no âmbito do conteúdo da garantia flutuante.

Meisel, editors, Lloyds of London Press, 1996, pp. 199-200.

19. Cfr., *Gerard McCormack, "Secured Credit under English and American Law"*, Cambridge Studies in Corporate Law, Cambridge, CUP, 2004, pp. 39-69 e 70-98. Contudo o Autor, na mesma obra, não deixa, mais adiante, de defender que "*em sede de reclamação de créditos a grande diferença entre os dois sistemas de «lien» relativamente à prioridade de satisfação face a créditos garantidos, nos EUA tem preferência sobre todos os restantes créditos garantidos, enquanto no sistema do Reino Unido as garantias são divididas em fixas e flutuantes tendo, apenas, as primeiras prioridade sobre os credores privilegiados*". A tradução é nossa.

20. Gerard McCormark, *Ibidem*, p. 73.

21. Vide UCC, § 9-205 - Use or Disposition of Collateral Without Accounting Permissible - "A security interest is not invalid or fraudulent against creditors by reason of liberty in the debtor to use, commingle or dispose of all or part of the collateral (including returned or repossessed goods) or to collect or compromise accounts or chattel paper, or to accept the return of goods or make repossessions, or to use, commingle or dispose of proceeds, or by reason of the failure of the secured party to require the debtor to account for proceeds or replace collateral. This section does not relax the requirements of possession where perfection of a security interest depends upon possession of the collateral by the secured party or by a bailee.

22. Vide UCC, § 9-315 (a) (1) "*If a security interest in goods was perfected and subsequently the goods or a part thereof have become part of a product or mass, the security interest continues in the product or mass if (a) the goods are so manufactured, processed, assembled or commingled that their identity is lost in the product or mass; or (b) a financing statement covering the original goods also covers the product into which the goods have been manufactured, processed or assembled. In a case to which paragraph (b) applies, no separate security interest in that part of the original goods which has been manufactured, processed or assembled into the product may be claimed under Section 9-314.*".

23. David Feldman e Frank Meisel, "*Corporate and Commercial Law: Modern Developments*", pp. 199-200.

24. David Feldman e Frank Meisel, "*Corporate and Commercial Law: Modern Developments*", pp. 197-198.

25. Vide, by Fletcher Moulton L J in *Evans v Rival Granite Quarries Ltd* (1910) UK, 2 K.B. 979, p. 999.; Idem, Millett L J in Re Cosslett (Contractors) Limited (1998) Ch 495, 510C-D.

Defendem, também, que a garantia flutuante não é dirigida a bens específicos nem muito menos tem efeitos reais sobre quaisquer bens. O que a garantia permite é a prioridade da satisfação do crédito sobre outros, quando se verifique um evento, (legal ou convencionado) que não goze de garantia fixa (real) constituída antes da notificação da consolidação da garantia flutuante, sem necessidade de um novo acto que vincule os bens necessários à satisfação do crédito da garantia e permitindo a sua execução.

Consideram, ainda, que a melhor maneira de entender a natureza da garantia flutuante é a do conceito do credor de um fundo, porque é identificado pela lei em separado dos seus componentes e cuja identidade não se altera por os mesmos mudarem constantemente. Ou seja, o titular de uma garantia flutuante constituída sobre um fundo obrigacionista "*debenture*" tem uma posição muito análoga à de um credor de um fideicomisso activo, em que exige do fiduciário a prática de um conjunto de actos de administração. Ora, se assim é, com este pensamento e tendo em conta que são os propósitos da transacção comercial que ditam a caracterização da garantia, então a razão de ser da mesma deixa de existir.

Para outros Autores o entendimento sobre a natureza da garantia flutuante é menos grave; entendimento, que em nosso entender, se insere o pensamento do legislador de Macau.

Seguindo o regime jurídico previsto no Código Civil do Quebec (CCQ), ordenamento que serviu de base ao regime jurídico da garantia flutuante consagrado no Código Comercial de Macau, a natureza da "*hipoteca flutuante não está relacionada com o tipo de propriedade onerada ou com a pessoa do devedor ou do credor*"[26] , mas antes considerada como flutuando sobre um acervo de bens alterável e em que alguns dos efeitos estão suspensos até que o devedor não cumpra, e o credor provoque a sua consolidação, concretize a notificação da mesma ao devedor, bem como o seu registo[27] .

Este é o carácter central da garantia flutuante expresso na suspensão dos efeitos jurídicos até que ocorra o momento da sua consolidação, e, em consequência, o devedor dela seja notificado e o aviso da mesma registado sem contudo esquecer os outros elementos característicos que serão desenvolvidos mais adiante.[28,29]

De igual modo a doutrina e a jurisprudência do *common low* e dos tribunais da *equity* na ausência de definição de garantia flutuante têm vindo a utilizar a "*definição*" clássica proferida pelo Tribunal de Apelação do Reino Unido, ainda que o seu mentor, de modo expresso, não a tenha considerado como uma definição exacta[30], mas antes como a certeza de que "*jamais se está perante uma garantia flutuante, de acordo com o Preferential Payments in Bankruptcy Amendment Act (1897), se não tiver, cumulativamente, as três características seguintes*":

- se for uma garantia sobre um acervo de bens da empresa, presentes e futuros;

- se o acervo de bens, no exercício normal da empresa, é alterado (substituído) ao longo do tempo; e,

- se estiver expresso no contrato de garantia que até o titular, ou representante legal praticar acto para garantir o seu crédito, a empresa pode continuar o normal exercício da sua actividade, no que respeita ao acervo de bens em que a garantia incide.

Nos termos da doutrina de Macau, de matriz portuguesa, entendemos que a garantia flutuante é Direito objectivo porque a sua disciplina jurídica encontra-se estabelecida em normas legais que visam a convivência em sociedade; é direito subjectivo porque permite às partes contratantes a faculdade de exercício dos seus direitos devidamente protegidos pelo ordenamento jurídico local; é um negócio jurídico obrigacional, de direito privado, típico e nominado (com regime jurídico próprio e um nome), tipicamente social (porque praticado pelos diferentes agentes económicos), mercantil, complexo, de garantia, sinalagmático, oneroso, acessório, formal e subordinado a condição suspensiva.

3. Do outro lado do delta: Hong Kong e a China

3.1 – A "*floating charge*" herdada

O conceito, caracterização, direitos e deveres das partes e efeitos jurídicos produzidos com constituição da garantia flutuante praticada em Hong Kong é, em geral, idêntica à praticada em Inglaterra e no País de Gales.[31]

3.1.1 – Das partes contratantes e dos bens: elementos, subjectivo e objectivo

A prática em de Hong Kong afasta a possibilidades de

26. Tópico 11, do *Projecto de Revisão do CCQ, III. The Floating Hypothec Under the Civil Code Of Quebec,* § 1, p. 9.

27. Cfr., respectivamente, arts. 2715.º e 2716.º, do *CCQ do Quebec.*

28. Terry Noble, *Charges Over Company Book Debts and Their Proceeds: Fixed or Floating?,* p. 5.

29. Gore Browne, "*On Companies*", vol. I, Boyle & Sykes, §. 18.003.

30. Cfr., Lorde Romer LJ in the Court of Appeal in the *Yorkshire Woolcombers Association* [1903] 2Ch. pp. 284 e 295.

31. Podemos encontrar a primeira referência na *Companies Ordinance* (No. 1 of 1865) ainda que o termo não seja utilizado expressamente. Em sede de jurisprudência os tribunais locais, antes e depois de 1997, seguiram sempre as decisões dos tribunais ingleses no que respeita às matérias relativas á criação, sua natureza e efeitos da garantia flutuante; Vide, Lee Jones, J. W., "*The Companies Ordinance of Hong Kong with Introduction, Notes and an Index*", published by Kelly and Walsh, Limited, Shanghai, Singapore & Yokohama, 1907, Cornell University Library in http://archive.org/details/cu31924023454410, consultado em 03SET2012.

uma pessoa singular ou uma "*partneship*"[32] ser parte contratante numa garantia flutuante estando a contratação da mesma reservada apenas às empresas, denominadas "*companies*" com o âmbito previsto na Ordinance Company n.º 32[33] .

A razão invocada pela doutrina de Hong Kong para esta limitação funda-se: por um lado, no facto de uma pessoa singular ou uma "*partnership*" (nos termos referidos em nota) ao onerar a totalidade ou parte dos seus bens como garantia de um mútuo recebido em garantia é considerada como uma venda que está sujeita a declaração fiscal em que os bens estão perfeitamente identificados sem que possam ser alterados (o que não é aplicável às empresas)[34]; por outro lado, a pessoa ou "*partnership*" mutuária passando apenas a ter a detenção dos bens (*possession in trade of business*) pois o credor é, em sede do "*trustee*" o proprietário (fiduciário), pelo que em caso de insolvência da devedora os bens em apreço são alheios à massa insolvente do devedor.

A garantia flutuante pode incidir sobre a totalidade ou parte dos bens móveis, corpóreos ou incorpóreos, presentes ou futuros de uma empresa (*general undertaking*)[35], por exemplo, maquinaria, fixa ou móvel, necessária ao normal funcionamento (matéria-prima, em bruto ou em transformação, artigos nas diferentes fases do processo de produção, existências em armazém, equipamentos de escritório, equipamentos informáticos, viaturas, etc.).

3.1.2 – Forma, validade e eficácia

À luz da legislação vigente a maior parte dos contratos realizados por empresas obedecem à forma escrita (*ad probationem*) e no caso de empresas deve ser aposto sobre a assinatura do(s) representante(s) legal(is) o carimbo da empresa.[36]

Para que a garantia flutuante seja válida entre as partes contratantes basta que conste de documento escrito que contenha um conjunto de elementos essenciais à qualificação da garantia como flutuante que, a exemplo de Macau, denominamos de conteúdo *mínimo do contrato* (sem o qual não é possível efectuar o registo da garantia nos departamentos adequados) que no caso em apreço deve constar: *data do contrato pela qual a garantia é criada e a indicação do tipo de garantia; o montante total garantido; uma pequena referência aos bens sobre os quais incide; os nomes das partes contratantes e do "trustee" responsável pela garantia se existir; indicação de comissão, descontos ou provisão apagar a qualquer pessoa que acorde em subscrever qualquer obrigação.*

A garantia flutuante (ao invés do regime jurídico de Macau), não necessita de registo para ser válida e produzir efeitos entre as partes contratantes.

Mas o registo da garantia flutuante, nos departamentos adequados (ao contrato de garantia e conforme os bens que incide)[37], é obrigatório[38], para que seja oponível a terceiros, sob pena de nulidade, para o credor da garantia e qualquer credor comum da empresa; ainda assim, a ausência de registo não afecta a validade e oponibilidade da garantia contra a empresa e qualquer comprador ou terceiro que não seja credor.

Atente-se que da não realização do registo podem emergir outras questões de segurança para o credor:

- Quando do contrato não conste cláusula de inalienabilidade ou conste cláusula (power reserve priority) a autorizar a empresa a voltar a onerar os bens adstritos à garantia;

- Quando a garantia não for registada no período das cinco semanas (35 dias) imediatas á data da sua criação; inexistindo cláusula de inalienabilidade pode acontecer que a empresa, durante este período volte a alienar os bens sobre os quais a garantia anterior incidia um segundo credor independentemente de consultar ou não o registo. Não sendo a garantia oponível o credor da primeira garantia vê

32. Vanessa Stott, "*Hong Kong Company Law*", 11.ª ed., Longman Hong Kong Educatio, 2005, pp. 292 e 299, refere-se às denominadas "partnership" associação contratual (forma escrita) dos interesses económicos de duas ou mais pessoas que decidem desenvolver e explorar conjuntamente uma determinada actividade, seja ela comercial, profissional ou industrial mas com fins lucrativos, *mas sem personalidade jurídica*. Vide, *Hong Kong Companies Compliance Manual,* Institute of Compliance Officers, Thomson, Sweet & Maxwell Asia, 2007. Ordinances n.ºs 38 e 37, in http://www.hklii.hk/eng/hk/legis/ord/; consultado em 03SET2012

33. Vide, Capítulo 32, *Company Ordinance*, recentemente republicado na *Ordinance n.º 28 of 2012*, in *Hong Kong Gazette*, de 10/08/2012, in http://www.hklii.hk/eng/hk/legis/ord/; consultado em 03SET2012; Cap. n.º 32, s. 2, s. 4 - Companhias de responsabilidade limitada: "*by guarantee*", apenas para as companhias públicas, ou seja a responsabilidade dos sócios está limitada ao valor da subscrição garantida indicada no respectivo acto constitutivo da mesma, cujo capital não é representado por acções; aplicável apenas a empresas públicas; ou "by shares" em que a responsabilidade dos sócios, em caso de liquidação, está limitada ao valor do capital representado por acções [ou participações sociais] indicado no contrato de constituição (ex., sociedades anónimas e sociedades por quotas); responsabilidade ilimitada (ex., sociedade em nome colectivo); Idem, Hong Kong Companies Compliance Manual, § 1.055, pp. 1010-1011.

34. Vide, Bills of Sales Ordinance n. 20, s.17, in http://www.hklii.hk/eng/hk/legis/ord/; consultado em 03SET2012.

35. Vide, in Re Panama, New Zealand and Australia Royal Mint Co (1870) UK.

36. Vide Company Ordinance n.º 32, s. 2.

37. Por ex., a garantia flutuante sobre navios deve ser realizada no Shipping Register e sobre aviões ou partes de aviões tem lugar junto Civil Aviation (register department).

38. Vide Company Ordinance n.º 32, ss. 80 – 83 e 85 - 89; a responsabilidade de efectuar o registo é da empresa, podendo ser realizado por qualquer pessoa com interesse; o registo deve ser efectuado dentro no período de cinco semanas imediatas à data da criação da garantia.

a satisfação do seu crédito fortemente abalada;

- Porém se a empresa não efectuou o registo pode requerer ao tribunal a prorrogação do prazo de cinco semanas; mas quando a prorrogação é concedida é feito constar a condição que o registo tardio não pode prejudicar os direitos adquiridos de terceiros anteriores à data do registo; só que, a con dição de não prejudicar os direitos adquiridos por terceiros é valida, apenas e só, para a prorrogação (como não poderia deixar de ser).

No entanto, deixando a garantia de produzir quaisquer efeitos, o credor tem o direito de junto da empresa reclamar o pagamento do crédito em dívida, mas, agora, como credor comum; porém, caso tenha sido acordado no contrato, a nulidade da garantia flutuante determina o pagamento imediato de todo o crédito em dívida pela empresa.

Resta referir que em Hong Kong (ao invés do da legislação de Macau e da China) a data da criação do contrato de garantia flutuante é a mais importante para o titular da mesma, pois é a partir desta que é definida a prioridade de satisfação do crédito garantido - "first in time prevails or the first to be created hás priority", critério que adiante daremos o desenvolvimento apropriado.

3.1.3 – Poder de fiscalização e cristalização

A entidade credora no sentido de salvaguardar os seus interesses e de obter a informação necessária para, em tempo oportuno, decidir pela cristalização, nos termos da lei ou convencionados, deve na elaboração do contrato fazer constar os meios legais que lhe permitam fiscalizar, na vigência da garantia flutuante, a situação dos bens sobre os quais incide a garantia. Neste sentido pode exigir à empresa a realização e entrega de relatórios de periodicidade diversa sobre as existências, aquisições, transacções comerciais em sede do normal exercício da actividade da empresa para poder decidir pela necessidade de reforço da garantia e em caso de a empresa não efectuar o reforço ou verificarem-se algumas das circunstâncias legais ou convencionadas, notificar aquela da cristalização de garantia.

Em regra, a cristalização tem lugar nos termos consagrados no contrato (por ex., utilização de parte dos créditos recebidos em percentagem superior à convencionada; a não substituição dos bens alienados por outros do mesmo género e espécie; qualquer alienação ou oneração dos bens alheia ao normal exercício da empresa, existências em armazém inferior a percentagem acordada); e, nos termos legais quando o titular de uma garantia anterior ou o tribunal nomeia um delegado (administrator receiver), a empresa entra em liquidação ou cessa definitivamente a sua actividade.

Questão controversa na doutrina e jurisprudência anglo-saxónica é a matéria referente às denominadas cláusulas de cristalização automática[39]; estas expressam as situações que as partes convencionam, quando da elaboração do contrato, como fundamentos da consolidação da garantia flutuante sem que o credor necessite de ter um comportamento com vista à sua concretização.

Ainda assim, as cláusulas cristalização automática são admissíveis desde que a cristalização seja notificada de modo válido à empresa devedora e fazendo parte do contrato devem obedecer à doutrina da publicidade do acto para protecção dos restantes credores, garantido ou não, e de terceiros.

Uma das grandes vantagens do credor da garantia com a cristalização é a possibilidade de poder nomear um seu representante/delegado "receiver", sem necessidade de autorização do tribunal, para poder controlar o movimento do acervo de bens sobre os quais incide a garantia ficando obrigado: a responder directamente e actuar em conformidade com as orientações do credor garantido como, por exemplo, o controlo dos bens onerados com a garantia e/ou o receber os créditos decorrentes da alienação; a sua nomeação vai impedir a nomeação de um administrador ordinário que responda perante o tribunal[40]; e pode, mediante autorização judicial, provocar a venda de bens adstritos à garantia, mesmo que estejam onerados com garantia anterior, caso prove, que o valor recuperado com a venda do bem será superior ao que pode resultar da sua alienação em momento posterior. [41]

3.1.4 – A prioridade do titular de garantia flutuante

De acordo com o regime jurídico existem dois critérios fundamentais a observar pelo qual a empresa em processo de insolvência deve realizar o pagamento dos suas obrigações:

- A data da criação da garantia – esta é a data fundamental para efeitos de prioridade no pagamento dos titulares de garantias;

- A natureza da garantia, isto é, saber se a garantia em apreço é fixa ou flutuante segundo a os elementos caracterizadores desta última, acima referidos;

39. Vide, Evans v Rival Granite Quarries Ltd (1910) UK, 2 K.B. 979, p. 999.

40. O novo Enterprise Act (EA/2002) no Reino Unido autoriza os credores a tomarem o controlo sobre os bens onerados com a garantia sem necessidade de intervenção do tribunal, conferindo deste modo ao credor um elevado grau de controlo na recuperação dos bens de uma empresa comercial em dificuldades financeiras.

41. Em regra, o representante/delegado é nomeado quando a empresa devedora não realiza o pagamento da prestação na data devida ou quando a garantia cristalizar. No exercício dos seus deveres os pagamentos efectuados ao credor pela alienação ou créditos a receber dos bens só devem ter lugar depois de os credores privilegiados virem os seus créditos satisfeitos.

Para além dos critérios acima referidos a prioridade dos credores depende das circunstâncias de cada caso, mas, em regra, a ordem de prioridade é a seguinte:

(1) Credores com garantia:

- Credores com garantia hipotecária e credores com garantias hipotecárias "equitable" pagos pelo valor obtido com a venda dos bens onerados, sendo-lhes descontado as despesas com a venda;
- Credores com garantia fixa legal seguidos dos credores com garantia fixa "equitable" ; nesta última se a garantia onerar os mesmos bens a prioridade é da daquela cuja data de criação é mais antiga;

(2) Custas judiciais e despesas de liquidação;

(3) Credores privilegiados – salários, direitos e outras remunerações dos trabalhadores, seguidos de seguros para o exercício da actividade em Hong Kong;

(4) Credores com garantias flutuantes são pagos pela alienação do acervo de bens onerado e só após os credores privilegiados serem satisfeitos, na totalidade, dos seus créditos, no caso de mais que uma garantia incidir sobre o mesmo acervo de bens tem prioridade a que foi criada há mais tempo.

(5) Credores comuns (sem garantia) são pagos do valor remanescente da massa insolvente que em caso de não ser bastante para satisfazer a totalidade dos credores comuns o pagamento é efectuado com recurso à meação proporcional;

(6) Os sócios ou accionistas.

O titular de garantia flutuante que não vir o seu crédito satisfeito na totalidade pode reclamar a parte em falta a ser paga no âmbito dos credores comuns.

Por último, como limitação à satisfação do crédito devido, a garantia flutuante criada no período de 12 meses anteriores á declaração de insolvência é considerada inválida e o administrador da massa insolvente pode reservar os bens se o montante do crédito obtido não deu entrada na empresa em momento contemporâneo ou posterior à criação da garantia; por outro lado, se a garantia é considerada inválida é também para o cessionário da garantia. Contudo, como acima referido a invalidade da garantia não desobriga a empresa que continua obrigada a reembolsar o credor.

3.1.5 – Ausência de consenso na doutrina e na jurisprudência

É abundante a jurisprudência dos tribunais do common law no que respeita á aplicação da garantia fixa e da garantia flutuante sobre os créditos a receber por uma empresa; matéria controversa que tem envolvido as seguintes questões:

- Sobre os créditos a receber da empresa garante pode incidir uma garantia fixa a favor da entidade credora?

- Caso a resposta seja afirmativa qual a amplitude dos efeitos da garantia fixa sobre os créditos a receber: se apenas até ao momento em que o crédito é recebido e sendo o valor depositado em conta do devedor no banco credor; ou, também, se podem fazer sentir em momento posterior ao recebimento do crédito, sobre o poder do devedor de onerar, alienar e ceder os mesmos no desenrolar do normal exercício da empresa (o poder de movimentar a conta a conta bancária)?

- Se os bens da devedora sobre os quais incide uma garantia flutuante são passíveis, posteriormente, de serem onerados com uma garantia fixa?

Antes de apresentar algumas das soluções às questões colocadas interessa fazer a distinção entre garantias fixas e flutuantes e identificando os elementos essenciais que, a doutrina e a jurisprudência do common law, consideram bastantes, para as diferenciar, o que faremos de modo muito resumido:

O critério fundamental para determinar se uma garantia é fixa ou flutuante é " se o devedor da garantia é livre de dispor dos bens onerados sem o consentimento do credor", ainda que, à luz da legislação o credor possa impor algumas limitações aos poderes de disposição do devedor em alienar ou onerar os bens sobre os quais a garantia incide.[42]

Assim, uma garantia fixa pode incidir sobre um determinado bem devidamente identificado o que significa que o devedor necessita do consentimento do credor para dispor sobre o bem e, em regra, pode ser criada sobre um acervo de bens que podem variar em consequência da normal actividade da empresa devedora".[43]

Por seu lado, a garantia flutuante, no momento da sua constituição não incide sobre um bem determinado o que significa que o devedor, em regra, tem o poder de onerar e dispor do bem sem o consentimento do credor; em regra, incide sobre um conjunto de bens, presentes e/ou futuros até que, ocorrendo um determinado evento, legal ou convencionado (inadimplemento do devedor), o credor faça operar a sua cristalização.

As garantias flutuantes são benéficas para a empresa comercial necessitada de crédito, porque permitem-lhe dar ao credor como garantia do crédito recebido o conjunto de bens sobre os quais incide, sem que seja desapossada dos mesmos, podendo continuar a fazer uso dos mesmos no normal exercício da sua actividade empresarial.

Em resultado, a diferença entre uma garantia fixa e uma garantia flutuante, nos ordenamentos jurídicos de Inglaterra, Gales e de Hong Kong, constituída sobre os créditos a receber por uma empresa "bookdebts" e as diferentes ra-

42. Joanna Benjamin, "Interests in Securities: A Proprietary Law Analysis of the International Securities Markets", 97, Oxford, OUP, 2000, p. 104, nota (23).

43. Joanna Benjamin, Ibidem, p. 103, nota (23).

mificações legais que resultam desta distinção reflectem-se nos direitos do credor.

Por um lado, as garantias fixas são consideradas mais seguras porque conferem ao credor a prioridade sobre os credores preferenciais e os credores de garantia flutuante quando o devedor se constitui em inadimplemento[44]; por outro lado, a garantia flutuante era mais susceptível de cair em detrimento da garantia fixa em resultado da sec. 245 do Insolvency Act (1986)[45] que consagrava o afastamento da garantia flutuante se constituída nos doze meses anteriores à empresa comercial devedora ser declarada insolvente.[46]

A situação que aqui pretendemos realçar está relacionada com o facto de se saber se um credor pode criar uma garantia fixa sobre os créditos a receber do devedor que sejam já objecto de uma garantia flutuante. Para o efeito, expõe-se a seguir, sumariamente, os cinco casos decididos pelos tribunais da common law e transitados em julgado.

3.1.6 – A evolução da jurisprudência

A primeira decisão judicial versa sobre garantias fixas e data de 1979 – Siebe Gorman & Co. v Barclays Bank[47] tendo como questão fundamental da acção interposta em tribunal saber se a obrigação contraída junto do banco, constituía uma garantia fixa sobre os créditos a receber - o que, daria priori dade ao banco na satisfação do crédito devido em detrimento da cessão de créditos da Siebe Gorman.

O tribunal defendeu ser perfeitamente possível, nos termos da lei uma empresa, no sentido de continuar a garantir entradas em dinheiro mutuado, conceder ao credor uma garantia fixa em equity sobre os créditos a receber, com a total limitação dos poderes de disposição do devedor sobre os mesmos créditos a partir do momento em que sejam recebidos sem o necessário consentimento do credor mesmo em período anterior a um eventual exigência de reforço da garantia pelo credor.

Foi decidido que *para se estar perante uma garantia fixa o credor necessitaria de ter o controlo suficiente sobre o poder receber, eliminar e utilizar os referidos créditos, limitação que foi estabelecida no contrato*; porém, o tribunal não especificou o significado da qualificação da expressão *suficiente. Considerou existir uma garantia fixa sobre os créditos a receber*.

No segundo caso, decisão do Tribunal Superior (High Court) no caso Re Brightlifr Ltd.[48], a questão colocada estava relacionada com o pagamento de créditos à empresa devedora que eram depositados numa conta bancária à qual o credor não tinha acesso ou controlo (ex., banco ou instituição de crédito).

O tribunal considerou, se o devedor estava autorizado a receber os seus créditos e depositá-los em conta bancária, cujo controlo era alheio à pessoa do credor, então a garantia devia ser interpretada com flutuante, pelo que, a sua constituição era completamente distinta da garantia fixa criada sobre os créditos a receber decidida em Siebe Gorman. O tribunal considerou estar perante uma garantia flutuante.

No terceiro caso, em 1994, foi colocada uma questão ligeiramente diferente no processo Re New Bullas[49] e Lloyd´s Bank, sobre a lei das garantias fixas clarificando os procedimentos necessários para as instituições bancárias e de crédito que estavam interessadas em criar uma garantia fixa sobre mútuos (empréstimos). A obrigação concluída entre as duas partes criou uma garantia fixa sobre os créditos não recebidos da New Bullas, estipulando que recebidos os créditos, sobre estes (créditos recebidos) incidiria uma garantia flutuante.

O tribunal decidiu que sendo a obrigação um contrato e pelo facto de existir uma garantia flutuante sobre os créditos recebidos não prejudicava os efeitos da garantia fixa sobre os créditos não recebidos. A decisão teve em consideração a teoria dos contratos com fundamento em que só se "(...) uma autoridade judicial impedisse as partes de contratar, o acordo deveria prevalecer".

Assim, se as partes quiseram criar as obrigações em apreço o tribunal só teria que permitir a continuação das mesmas. Esta decisão não trouxe nada de novo.[50]

Em 2001, no caso Agnew and Another v. Commission of Inland Revenue[51], a situação versa sobre um emprésti-

44. Para a instituição bancária ou de crédito credora a característica mais desvantajosa da garantia flutuante é o facto de os seus titulares serem pagos, apenas e só, depois dos titulares das garantias fixas e dos privilégios creditórios. 65

45. Esta norma foi revogada pelo Insolvency Act (2002). Vide, "National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors; Update on Fixed Charges Over Book Debts", Financial Briefing (O'Melveny & Myers, London, Eng.), July 2004, in http://www.omm.com/webdata/content/publications/fb_07_04.pdf; Idem, "Fixed Charges over Book Debts: The Spectrum Plus Case", Hong Kong briefing (Norton Rose, Hong Kong) June 2004, p. 2, at http://www.nortonrose.com/ publications/2366-Fixedchargesoverbookdebts.pdf. O período de suspeição passou a poder ir até aos 15 anos.

46. Em algumas situações os efeitos produzidos pela consolidação da garantia flutuante têm sido objecto de divergências jurisprudenciais e doutrinárias, algumas resolvidas em parte pelo artigo 9.º, do UCC, que acima de tudo nos pareceu reflectir a existência de conflitos entre o poder jurisprudencial dos Tribunais ingleses e seus equivalentes da Austrália e da Nova Zelândia, estes últimos em especial a partir do momento em que adoptaram um regime jurídico para o instituto da garantia flutuante muito próximo do consagrado da no The Personal Property Securities Act 1999, da Província do Quebec, em vigor desde 2002.

47. Siebe Gorman & Co. v. Barclays Bank, 1972 WL 37837, [1979] Sc. Ed., Lloyd's Rep., pp. 142 ss.

48. Re Brightlife Ltd. [1986] BCLC 418, [1987] Ch 200.

49. New Bullas [1994] 1 BCLC 485, [1994] BCC 36.

50. Janet Dine, "Company Law", 4.ª ed., NY, Palgrave Macmillan, 2001, p. 313

51. Court of Appeal of New Zealand, Agnew and Another v. Commission of Inland Revenue, [2001] 2 A.C. 710, [2001] 3 WLR

mo obrigacionista entre a Brumark Company e Westpac Banking Corporation onde foi estabelecido a intenção de criarem uma garantia fixa sobre os créditos a receber, ainda não pagos à Brumark Company no normal exercício da sua actividade e sobre os poderes de disposição sobre esses mesmos créditos; sendo expressamente referido que não existe uma garantia fixa – sobre os poderes de disposição no que respeita aos créditos já recebidos até que o banco exija o seu pagamento através de depósito em conta bancária no banco antes que ocorra a cristalização da garantia ou o seu reforço.

O contrato do empréstimo obrigacionista não permitia à Brumark Company dispor sobre os seus créditos antes de serem pagos pelos seus devedores; mas, conferia-lhe poderes de disposição sobre os bens objecto da garantia incluindo os créditos já recebidos no normal exercício da empresa.

A decisão visa responder à questão se o mutuante pode criar uma garantia fixa sobre os créditos não recebidos da Brumark Company e ao mesmo tempo dar o consentimento, a esta última, de alienar, onerar e ceder os créditos após serem recebidos.

O Conselho Privado considerou que tendo a Brumark Company o controlo e o poder de disposição sobre os créditos, depois de recebidos, no normal exercício da empresa o banco credor apenas tem os direitos do titular de uma garantia flutuante sobre os bens que incide a garantia.

O Tribunal considerou que o critério essencial para considerar a garantia flutuante baseou-se na intenção, expressa no contrato, sobre o poder de disposição e oneração dos créditos a receber depois de terem sido pagos pelos devedores e fez notar que para se estar perante uma garantia fixa, no caso em apreço, o banco credor deveria ter o suficiente controlo sobre os créditos recebidos conferindo à Brumark Company limitados podres de disposição ou simplesmente não conferir qualquer poder.

Por último, o caso da empresa comercial Spectrum Plus[52] que, junto do National Westminster Bank, obteve as facilidades de um overdraft, abrindo uma conta bancária para o efeito; em face do montante obtido, a Spectrum Plus constituiu uma garantia fixa a favor do banco sobre todos os créditos a receber; mais tarde a Spectrum Plus entrou em liquidação voluntária. Os administradores liquidatários recusaram pagar ao banco (que requereu ao tribunal a declaração de que a garantia constituída com a Spectrum Plus era uma garantia fixa) as quantias decorrentes dos créditos recebidos no âmbito do processo de liquidação da empresa.

O tribunal de primeira instância decidiu que a obrigação contraída entre as partes contratantes não criou uma garantia fixa;

Na segunda instância a decisão do tribunal de apelação veio revogar a decisão do tribunal a quo decidindo que a obrigação criou de facto uma garantia fixa sobre os créditos a receber pela Spectrum Plus invocando que não tendo o contrato fixado uma proibição total ao modo como a Spectrum Plus poderia dispor dos seus bens, contudo, o banco, ainda assim, tinha a capacidade de exercer os poderes suficientes de controlo sobre os bens onerados;

Em sede da última jurisdição, em 2005, o Tribunal dos Lordes decidiu em acordo com a opinião do Lord Scott of Foscote para quem a garantia em apreciação era uma garantia flutuante[53] com os fundamentos seguintes, que se sumarizam:

- em todos os caso (...) em que o devedor tem a liberdade de movimentar os bens sobre os quais a garantia incide, a garantia deve, em princípio ser qualificada com garantia flutuante. Os bens podiam circular e serem substituídos, caracteres que distinguem a garantia flutuante;

- assentando a garantia, essencialmente, no valor dos créditos a receber o que pode ser obtido com o pagamento efectuado pelo devedor então (...) Lord Millet estava certo quando concluiu que a presente garantia deve ser classificada de flutuante (...) e que a decisão do processo Nova Bullas (1994) 1 BCLC 485 foi errada;

- na minha opinião, a característica essencial da garantia flutuante que a distingue da garantia fixa é os bens sobre os quais a garantia incide não estarem adstritos à garantia até que ocorra um certo evento. Entretanto, até que o evento ocorra, o devedor tem a liberdade utilizar de os bens (...);

- se é como penso, a característica de uma garantia flutuante incompatível com a característica de uma garantia fixa é o devedor ser livre de usar os bens sobre os quais a garantia incide como quem os retira à garantia (...);

-além disso, as limitações ao poder de disposição sobre os créditos não recebidos não permitia ao banco realizar a garantia sobre os mesmos; o banco não podia alienar os créditos recebidos sem primeiro tomar a iniciativa de cristalizar a garantia, o que deveria ter ocorrido; por outro lado o valor dos créditos não recebidos poderia ser obtido atra-

454.

52. At first instance, Spectrum Plus, [2004] 1 All ER 981; [2004] EWHC 9 (Ch). Court of Appeal (2004) EWCA Civ 670; (2004) Ch 337. House of Lords (2005) UKHL 41; Idem, vide, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the case - National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others and others (Appellants), SESSION 2005-06 (2005) UKHL 41, in www. Parlament.uk - parliamentary business, publications & records; consultado em SET2012.

53. Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the case, §§ 120, 127 e 162, pp. 51-53 e 68, I agree that, for the reasons given in the opinion of my noble and learned friend, Lord Scott of Foscote, supplemented by those of Lord Hope of Craighead and Lord Walker of Gestingthorpe, the debenture in this case created only a floating charge."; consultado em SET2012.

vés do pagamento pelos devedores à Spectrum;

- o banco exigiu que todos os créditos recebidos fossem pagos através de depósito na conta da Spectrum no banco; este recebia o dinheiro e depositava-o na conta da Spectrum; ora depositado na conta da Spectrum esta tinha o poder de movimentar a sua conta, no normal exercício da sua actividade, sem o consentimento do banco;

A conclusão correcta, na minha opinião é que embora o contrato consagre expressamente uma garantia fixa, nos termos da lei apenas atribui uma garantia flutuante (...). Por todas estas razões, e pelas razões dadas (...), com a qual eu concordo, eu permitiria este recurso e substituía os parágrafos 1 e 2 da ordem do vice-chanceler. O banco deve pagar as custas (…).

De todo o exposto, em Hong Kong, que segue de perto as posições dos tribunais ingleses, em consequência dos efeitos desta última decisão passou a ser exigido, para se estar perante uma garantia fixa, dever constar do contrato pelo menos três meios de controlo ou de limitação dos poderes do credor:

- uma limitação aos poderes de disposição do devedor sobre os créditos a receber, antes e depois de serem pagos à empresa;

- a obrigatoriedade de os créditos serem pagos por depósito em conta no banco, contra recibo;

- cláusula convencionada de proibição do devedor de movimentar a conta sem o consentimento do credor (já em uso).

3.2 – A garantia flutuante com características chinesas

Desde a entrada com membro permanente da Organização do Mundial do Comércio a China iniciou um processo de produção legislativa, que continua, no sentido de apetrechar de modo transversal o seu ordenamento jurídico com a legislação interna adequada à observância dos diplomas internacionais a que se encontra vinculada, bem como às exigências decorrentes da nova dinâmica comercial, baseada nos diferentes sectores da actividade dos seus agentes económicos, nacionais e estrangeiros, a operarem a partir da praça comercial chinesa.[54]

Antes da entrada em vigor Lei da Propriedade - Property Law (2007)[55] o regime jurídico dos direitos de propriedade estava previsto Lei das Garantias «Guaranty Law (1995)». De acordo com este último diploma era possível constituir três tipos de garantia sobre o direito de propriedade – o penhor, direito/ónus de retenção e a hipoteca[56] não existindo qualquer menção à propriedade futura como bem passível de ser objecto de garantia em contrato de penhor ou de hipoteca e, por outro lado não mencionava a possibilidade de utilizar a totalidade dos bens da empresas como garantia das suas obrigações.

3.2.1 – Razões subjacentes à sua consagração legal

Na China o sistema financeiro, bem como a concessão de crédito sempre foi, até há relativamente pouco tempo, completamente controlado pelas instituições bancárias, em particular pelos grandes bancos estatais que têm maior capacidade de conhecer os riscos de concessão do crédito e facilitam as transacções[57], tudo como meio de incrementar o desenvolvimento da actividade comercial e industrial e, em resultado o desenvolvimento da economia.

Por outro lado, consagrar o instituto da garantia flutuante no ordenamento jurídico chinês, como um novo instrumento garantístico a aplicar pelos bancos, foi visto por alguns Autores[58], com os quais concordamos, como o meio mais apropriado de permitir o desenvolvimento de grande

54. A China iniciou a sua reforma económica em 1978; desde os anos 80 do século passado, os bancos chineses, como os maiores operadores em sede da concessão do crédito necessário aos diferentes agentes comerciais, industriais e agrícolas que têm expandido e modernizado os "modus operandi" visando satisfazer uma procura sempre em crescimento. Até aos 90 a concessão de empréstimos baseava-se na política de créditos dos bancos, empréstimos com garantia ou empréstimos com garantia colateral.

55. A Lei da Propriedade da RPC foi adoptada na 5.ª Sessão do 10º Congresso Popular Nacional em 16MAR2007, em que foi promulgado e entrou em vigor a 01OUT2007, in http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/Frameset-index.html; última consulta em 04SET2012.

56. Em relação ao tipo de bens/activos passíveis de serem utilizados com garantia os arts. 34.º e 75.º da Guaranty Law (1995), consagrava que o direito de propriedade sobre bens imóveis, por ex., o direito de uso da terra, edifícios e maquinaria e certo tipo de bens móveis sujeitos a registo (cfr. art. 42 (4), aeronaves, navios e viaturas) podiam ser objecto de hipoteca, enquanto a titularidade do direito de propriedade sobre bens móveis incorpóreos (letras de câmbio, cheques, notas promissórias, títulos, certificados de depósito, recibos de armazém, conhecimentos de embarque; os direitos de uso exclusivo de marcas, o direito de propriedade entre os direitos de patentes e direitos autorais que são transferíveis de acordo com a lei partes de acções ou certificados de acções que são transferíveis de acordo com a lei) só podiam ser objecto de penhor; em relação aos créditos a receber nada era expressamente estipulado, mas a prática permitia serem objecto de penhor.

57. Vide, Riccardo Bellofiore, Joseph Halevi, "A Minsky moment? The subprime crisis and the «new» capitalism", in Credit, Money and Macroeconomic Policy: A Post Keynesian Approach, edit by Claude Gnos, Louis-Philippe Rochon, Published by Edward Elgar, 2011, p. 22 ss.

58. Cfr., Deputy Governor of the People's Bank of China, Hu Xiaolian, "Law on real rights of the People's Republic of China", at the Symposium on Judicial Interpretation of Law on Real Rights, Beijing, 27 May 2010, "The launch of the Law on Real Rights is of great significance to the development of the credit market, prevention and mitigation of financial risks and easing the financing difficulties of SMEs.".

número de Pequenas e Médias Empresas (PMEs) existentes[59].

Neste sentido, é nosso entendimento, que a perspectiva de um aumento da obtenção de crédito pelas PMEs, junto das instituições bancárias foi, de modo pragmático, elevado à condição de prioridade política, pelas razões seguintes:

- As instituições bancárias chinesas tiveram sempre uma posição relutante em conceder crédito às PMEs[60] que maioritariamente pertenciam ao sector privado; porque,

- Sendo as State Own Enterprise (SOEs) as entidades que mais créditos recebiam dos bancos estatais, pelo acesso directo e fácil aos mesmos[61], tinham contudo, o seu futuro ameaçado, enquanto organização empresarial controlada pelo Estado, prevendo-se o seu desaparecimento por força da legislação a observar decorrente da entrada da China como membro da Organização Mundial do Comércio[62], pelo que os bancos passaram a olhar para as PMEs como um número elevado de futuros novos clientes;

- O recurso pela PMEs ao crédito por vias informais ou até ilegais (que foi sempre tolerado pelas autoridades locais, como meio de desenvolvimento económico com benefícios para as PMEs e populações locais), sujeitos a juros elevadíssimos que originou a constituição de um sistema de financiamento informal que rapidamente se tornou em um dos mais prósperos sectores da actividade privada.[6364]

Neste sentido, é nosso entender, com o respeito devido por entendimento diverso, que a consagração da garantia flutuante no ordenamento jurídico da China veio a concretizar-se nos artigos 181.º, 189.º e 196.º, da Lei da Propriedade (2007)[65], mesmo não constando da letra da lei qualquer menção à mesma, mas que facilmente se infere pela interpretação do conteúdo substantivo das mesmas.

Em termos sistemáticos, a colocação das normas em apreço pelo legislador chinês na "Part Four - Security Interest in Property - Chapter XVI - Interests Obtained from Mortgage - Section 1 - General Interest Obtained from Mortgage", denota:

- por uma lado, a prioridade a preocupações de segurança em detrimento da doutrina, quem sabe, se com o pragmatismo de evitar eventuais demandas decorrentes de liquidações e falências das empresas devedoras que, "in fini", nos leva a crer que a intenção do legislador foi a de consagrar uma extensão do regime jurídico da hipoteca.

- por outro lado, considerando a sua inserção sistemática entendemos que a denominação mais adequada seria de hipoteca flutuante (a exemplo, do enquadramento sistemático no Código Civil do Quebec).

Façamos agora uma apreciação breve dos requisitos do contrato de garantia flutuante, à luz da legislação da China, da qual podemos retirar os elementos caracterizadores da garantia flutuante:

- Bens móveis, presentes ou futuros;

- O devedor continua poder utilizar o acervo de bens, que é alterável, no normal exercício da empresa;

- Até que se verifique um evento, convencionado, legal ou outro, que determina a consolidação da garantia.

3.2.2 – Requisitos subjectivos e objectivos

De acordo com o artigo 181.º da Lei da Propriedade (2007) podem constituir uma garantia flutuante enquanto devedoras/garantes as empresas (sociedades de responsabilidade limitada, sociedades anónimas, sociedades em nome colectivo, sociedades unipessoais, as sociedades agrícolas de responsabilidade ilimitada, designações conforme os arts. 26.º, 27-º e 29.º, da "General Principles of Civil Law «1986»). A abrangência do espectro subjectivo (comércio, industria e agricultura) é, em nosso entender, a confirmação da prioridade política acima referida de com a garantia flutuante poder aumentar a possibilidade de satisfação do crédito pelas PMEs, diminuir, em princípio, os custos do crédito e, também, as assimetrias entre as zonas rurais e urbanas da China.

A garantia flutuante pode incidir sobre bens móveis, existentes ou que venham a existir (presentes/futuros) na empresa devedora. Encontram-se no conjunto de bens móveis a onerar os equipamentos e maquinaria inerentes à

59. Atente-se que em 2011 o número total de PMEs correspondia a cerca de 99% do número total de empresas registadas e eram responsáveis pela oferta de cerca de 81% de novos postos de trabalho.

60. O tipo de bens que as PMEs detinham, por exemplo, carteira de títulos, créditos a receber, direitos de propriedade intelectual, maioritariamente intangíveis com valor de mercado muito flutuante, não eram aceites pelos bancos.

61. Cfr., Robert J. Cull, Lixin Colin Xu, Tian Zhu, "Formal Finance and Trade Credit During China´s Transition", in World Bank Publication, 2004, pp. 12 ss.

62. Cfr., Wei Dan,

63. O denominado modelo de crescimento económico "Wenzhou Model" teve lugar na Província de Zhejiang, mas que, em 2011, faliu por a maioria da empresas devedoras não terem capacidade financeira para pagarem as prestações a que estavam obrigadas.

64. Foi esta última situação que levou o Conselho de Estado, em Março de 2012, a implementar um projecto-piloto em Wenzhou que permitia às PMEs a utilização dos bens activos para a obtenção do crédito que necessitavam através da garantia flutuante. Com este projecto as autoridades chinesas conseguiram de algum modo transferir uma actividade ilegal, desregulada para o plano da legalidade e regulamentação pelas autoridades competentes.

65. É de consideramos de realçar que o tipo de bens previstos no artigo 181.º da Lei da Propriedade (2007) não se enquadra no tipo de bens, direitos e créditos estipulados no artigo 34.º da Lei das Garantias (1995), em vigor visto que este diploma não foi revogado pela Lei da Propriedade como decorre do artigo 178.º, desta última; de notar que as matérias referentes ao direito de propriedade (como garantia), créditos e depósitos como garantia pessoal, não foram consagradas na Lei da Propriedade (2007).

produção, matérias-primas em bruto, transformadas, produtos semiacabados e acabados (em armazém); porém, os direitos de crédito (créditos a receber) e os direitos de propriedade intelectual não são passíveis de garantia flutuante, mas, apenas e só, de penhor[66]. Mesmo com a Lei da Propriedade mantém-se a proibição de uma empresa onerar a totalidade dos bens móveis e direitos, presentes ou futuros.

3.2.3 – Requisitos de forma, validade e eficácia

O contrato de garantia flutuante obedece a forma escrita "ad probationem" sendo válida, entre as partes, a partir da data da sua conclusão (ao invés do estipulado na lei comercial de Macau). Contudo para que a garantia flutuante seja oponível a terceiros necessita de estar registada, sob pena de nulidade; registado o contrato na conservatória adequada e conforme os bens sujeitos a registo na conservatória respectiva (idêntico ao regime jurídico de Macau).[67]

Também, contrariamente aos ordenamentos jurídicos de Macau e de Hong Kong (respectivamente, data do registo da consolidação; data da constituição da garantia), a Lei da Propriedade não faz qualquer menção à necessidade de registo da data da cristalização da garantia, sendo a data do registo a que determina a prioridade no pagamento do crédito. Situação que tem reflexos no que respeita às condições de "estabilização", como adiante se refere.[68]

3.2.4 – Poder de fiscalização e "estabilização"

No que respeita o poder de fiscalização da parte credora sobre a parte devedora deve aquele ficar devidamente expresso nas cláusulas do contrato e o seu conteúdo e exercício varia caso a caso. Relatórios pormenorizados, com periodicidade diversa, dando conta da situação sobre a existência dos bens onerados, auditorias às existências e transacções comerciais sobre os mesmos. Decorre deste controlo a possibilidade de o credor poder exigir o reforço da garantia o que, a não acontecer, determina a consolidação da garantia.

O artigo 196.º da Property Law (2007) determina as circunstâncias em que a garantia flutuante estabiliza sobre os bens móveis em que incide: condições legais, por incumprimento do devedor ou quando a empresa devedora seja declarada falida; condições acordadas entre as partes postuladas no contrato; e, outras circunstâncias que afectem gravemente o direito do credor de receber o crédito em dívida.[69]

Considerando a dificuldade de pesquisa, referida acerca da consulta sobre o registo de garantias, em regra, a empresa necessitada de crédito, é sujeita a um conjunto de condições expressas no clausulado do contrato que configuram limitações ao poder de disposição sobre os bens onerados no exercício normal da empresa e a situações que a ocorrerem (eventos) determinam a consolidação da garantia (cláusula de consolidação automática, sem notificação do devedor), ou após o envio da notificação à empresa (cláusula de cristalização "semi-automática")[70] confere ao credor o direito de exigir o pagamento imediato.[71]

Ainda, no que respeita ao credor, no regime jurídico da China não existe a figura do "administrator receiver" como em Hong Kong razão pelo que, após a consolidação da garantia flutuante o credor enfrenta dificuldades em fazer-se pagar pelo valor dos bens que passaram a estar adstritos à garantia. O devedor não pode nomear um delegado para exercer o controlo da massa de bens em apreço.

O artigo 195.º da Property Law (2007) aponta como solução, num primeiro momento a negociação entre as partes no sentido de o credor ser ressarcido do crédito, com prioridade, sobre o valor obtido com a alienação dos bens onerados com a garantia[72]; falhando a negociação o credor pode recorrer ao tribunal pedindo o cancelamento do contrato no prazo de um ano após a data da verificação da circunstância que consolidou a garantia. A este pedido, pensamos que pode ser cumulado o pedido constante do artigo 92.º do Código do Processo Civil da China onde se prevê que tendo o Juiz dificuldade em realizar um juízo face ao comportamento de uma das partes ou por outras razões, o tribunal, por sua iniciativa ou a pedido da outra parte pode ordenar proibição de alienação da propriedade, devendo a parte requerente depositar a caução adequada.

Contudo, a lei não proíbe expressamente a indicação de delegado pelo credor, como também não consagra a

66. Cfr., art. 223.º Penhor de direitos, (5), (6) e (7), da Lei da Propriedade (2007).

67. Vide, arts. 181.º e 189.º, da Property Law (2007).

68. Em matéria de registo a situação é, de momento, mais grave que em Macau e Hong Kong dada a impossibilidade de fazer a pesquisa através da rede internet dos registos das empresas sobre os bens onerados.

69. Entendemos, salvo opinião diferente, não existir diferença com o regime jurídico de Macau porque entendemos que a entrada da empresa em liquidação ou a cessação definitiva da actividade da empresa constituem situações de facto facilmente subsumíveis à referência a outras circunstâncias que afectam os direitos do credor.

70. Em Macau é necessário a fundamentação da consolidação; a notificação da empresa comercial e registo da consolidação, bem como, solucionada a situação que fundamentou a consolidação realizar o registo do cancelamento da mesma.

71. Podem, entre outras, estipular uma cláusula de inalienabilidade que não permite o devedor voltar a onerar os bens onerados com a garantia flutuante, cuja violação de cláusula de inalienabilidade determina a consolidação da garantia (efeitos jurídicos distintos do regime jurídico de Macau).

72. Solução, em nosso entender, bastante frágil e, muito provavelmente, geradora de conflitos com outros credores titulares de garantias e prioridades legais a satisfazer em primeira prioridade;

proibição de as partes acordarem nesse sentido; pelo que, entendemos, nada obstar, que as partes na elaboração do contrato acordem na nomeação de um delegado pelo credor, estipulando as situações em que a nomeação poder ter lugar, bem como os poderes e deveres que lhe forem atribuídos, desde que o exercício não viole a lei, em especial, no que respeita à observância das prioridades legais na satisfação dos créditos dos credores garantidos e dos credores comuns;

3.2.5 – Prioridade do credor na satisfação do crédito

Razões de ordem prática, visando evitar conflitos de interesses, em sede de prioridade no ressarcimento dos créditos decorrentes de garantias, o artigo 199.º estipula a prioridade no pagamento: pagamento inicia-se pela garantia com data de registo mais antigo; se a data de registo é a mesma o pagamento efectua-se com base na "pro rata"; prioridade de pagamento às garantias registadas sobre as não registadas; as garantias não registadas são pagas "pro rata".[73]

O legislador chinês, com a consagração deste critério de prioridade, denota a concessão de uma maior protecção aos interesses dos credores porque limita a capacidade das empresas devedoras no acesso a futuros empréstimos dando como garantia os bens onerados anteriormente, dado que a lei estipula que os titulares de garantia subsequentes que incidam sobre bens já onerados nunca terão prioridade ou não serão graduados em igualdade com os titulares de garantias registadas com datas anteriores.

No que respeita à prioridade entre credores com garantia e credores privilegiados e credores comuns o ordenamento jurídico tem sofrido alterações. Em 1986, foi aprovada a primeira Enterprise Bankruptcy Law (EBL) que estipulava o regime jurídico apenas para as SOEs[74] e não reconhecia qualquer prioridade aos credores garantidos. A legislação actual a Enterprise Bankruptcy Law (2006) veio reconhecer e atribuir prioridade aos credores com garantia sobre todos os credores comuns e assegurar que os titulares de garantias flutuantes serão pagos com prioridade sobre os empregados e outros credores privilegiados.

Assim, á luz do novo regime jurídico as empresas em situação de falência declarada devem pagar as obrigações existentes pela prioridade seguinte: credores com garantia (incluindo a garantia flutuante); despesas de liquidação; salários, subsídios de saúde, pensões por deficiência, reformas e outras prestações devidas dos empregados; impostos para a segurança social e outros impostos não pagos; dívidas da empresa a credores sem garantia e, por fim, do capital remanescente os accionistas ou colaboradores de capital.[75]

Os credores garantidos, incluindo com garantia flutuante, têm prioridade de pagamento sobre o do valor dos bens onerados com as garantias e, em caso da não ter sido satisfeita a totalidade do crédito em dívida a parte não coberta só pode ser recuperada através do património remanescente, em sede de credores sem garantia, e na proporcionalidade aplicável.

4. Conceito, caracterização, tipo e figuras afins

4.1 – Conceito e caracterização

Decorre da lei comercial que "A garantia flutuante é aquela que versa sobre todos ou parte dos bens, exceptuados os imóveis, que estejam ou venham a estar afectados ao exercício de uma empresa, e cujos efeitos ficam suspensos até ao momento em que, verificado o fundamento previsto na lei ou no contrato, o credor provoque a consolidação da garantia", do artigo 928, nº 1, do Código Comercial (CCom)[76].

Este é o conceito de garantia flutuante consagrado no Código Comercial[77] e da apreciação do respectivo regime jurídico decorre, em particular, da norma acima referida a

73. A primeira elação a retirar da norma em apreço é de que o legislador da China não optou pela data da conclusão da garantia flutuante, critério vigente em Hong Kong como, também, não adoptou o critério da data do registo da consolidação da garantia vigente em Macau.

74. No período entre a vigência do Enterprise Bankruptcy Law (EBL) (1986) e a legislação actual, em especial a partir do início da década de 90 do século pretérito, assistiu-se a um movimento político, alheio a este artigo, em que o Conselho de Estado adoptou um conjunto de medidas legislativas especiais visando proteger os interesses dos trabalhadores das SOEs, garantindo o pagamento dos salários e outras remunerações devidas com prioridade a quaisquer outros créditos nos processos de falência; Decreto n.º 492 (1996) que alterando o EBL conferiu prioridade ao ressarcimento dos salários devidos aos empregados das SOEs em processo de falência sobre os credores com garantia; pelo Decreto n.º 10 (1997) foi reafirmada a mesma prioridade.

75. Cfr., arts. 109.º, 110.º e 113.º da EBR (2006). Porém, a lei em apreço, por razões estranhas ao direito (maioritariamente, empregados das então SOEs, adoptou uma excepção à regra da prioridade referida ao considerar que os créditos devidos pela empresa aos empregados (salários, despesas médicas e despesas de pensão) constituídos antes de 01/07/2012 seriam pagos com prioridade em relação aos credores garantidos, pelo que o expresso no art. 113.º só se concretiza para os créditos em apreço, após 01/09/2012.

76. As normas a seguir referidas pertencem, maioritariamente, ao Código Comercial, pelo que apenas se indicará a fonte legislativa quando assim não aconteça.

77. A concepção da garantia flutuante da RAEM que é uma adaptação da mesma matriz, mas inspirada e ajustada no modelo existente no ordenamento jurídico civil da Província do Quebec do Canadá que, por sua vez absorveu e adaptou o sistema do artigo 9.º, do UCC, dos Estados Unidos da América (EUA), cfr., Roy Goode, "The Exodus of the Floating Charge", p. 200.

existência de três elementos caracterizadores, essenciais, a saber:[78]

a) Quando constituída, a garantia flutuante sobre os bens móveis[79], presentes e futuros, afectos ao exercício da empresa, não é adstrita a qualquer bem específico; o devedor mantém a titularidade do direito de propriedade e, em princípio, a posse causal dos bens sobre os quais a garantia incide; porém a partir do momento em que se dá a consolidação da garantia esta passa a produzir os efeitos do penhor (mercantil) ou da hipoteca;

Assim, passa a produzir os feitos do penhor mercantil entre as partes e terceiros e, ainda que os bens fiquem na posse do devedor agora considerado, quanto ao direito pignoratício, como possuidor em nome alheio (um mero detentor) e o credor só com a consolidação passa a ter a posse pignoratícia.

No que respeita à hipoteca o devedor continua a conservar o direito e a posse sobre os bens, mas com a consolidação da garantia o credor pode vender ou trocar judicialmente os bens móveis, agora já onerados, e com o produto da venda satisfazer, parte ou totalidade, do crédito devido, com preferência sobre qualquer outro credor com garantia real registada em data posterior á data do registo da notificação da consolidação; devolvendo o superfluum ao devedor, se existir.

b) A empresa pode alienar os bens móveis afectos ao seu normal funcionamento transmitindo definitivamente a sua propriedade ou onerando-os com a constituição de uma nova garantia o que concretiza a liberdade plena do empresário comercial no poder de disposição dos bens móveis dentro do exercício normal da empresa afastando a necessidade do consentimento do credor/garantido (art. 933.º, n.º 1);

Só assim não acontece quando o credor consagra no contrato de cláusulas de inalienabilidade que imponha limitações ao poder disposição e oneração do devedor que são eficazes entre as partes contratantes desde a data realização dos registos do contrato; a violação do conteúdo destas normas determina a consolidação da garantia e constitui o devedor em responsabilidade inerente aos fiéis depositários. No nosso entender, salvo entendimento diverso, no que apenas respeita ao penhor a remissão para o instituto dos fiéis depositários deve ser entendida para o artigo 916.º (e não para o Código Civil) quando os bens os bens móveis objectos da garantia flutuante se enquadrem no espírito das normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 912.º "bens afectados ao exercício de uma empresa" ou "imprescindível ao exercício da empresa".

c) Ocorridas certas condições, contratuais ou legais, verifica-se a consolidação da garantia flutuante, convertendo-se numa garantia específica[80], conferindo ao credor os direitos do credor pignoratício ou credor hipotecário[81], conforme o bem em apreço.

Nestes termos, é possível afirmar que a garantia flutuante é uma garantia ambulatória porque, até ao momento da consolidação, "paira" sobre os bens móveis, presentes e futuros sobre os quais incide, não afecta os actos de disposição, sobre estes últimos, decididos pelo empresário comercial no normal exercício da empresa, e, apenas e só, produz efeitos quando verificadas certas condições suspensivas, de natureza legal ou convencional.

4.2 – Dos requisitos do contrato

À maior flexibilidade conferida, pela disciplina jurídica em análise, a uma empresa permitindo-lhe utilizar, a totalidade ou parte, dos bens móveis que estejam, ou venham a estar, afectados ao normal exercício da mesma, emerge a necessidade de um conjunto de requisitos, a observar, na preparação e conclusão do contrato, com a finalidade de assegurar os interesse das partes contratantes, dos credores comuns da empresa e, "in fini", a estabilidade e segurança das relações jurídicas comerciais na praça de Macau.

Antes de abordarmos os requisitos propriamente ditos, consideramos importante realçar aquilo que entendemos ser verdadeiramente a expressão da consistência de todo o regime jurídico na constituição do contrato de garantia flutuante e dos cuidados de segurança no comércio jurídico que o legislador consagrou ao estipular que " O carácter flutuante da garantia deve ser expressamente estipulado no

78. Roy Goode, "Commercial Law", p. 646; Vide, The Law Commission, Consultation Paper n. 164 – Registration of Security Interest: Company Charges and Property Other Than Land, § 2.16, p. 37, in www.lawcommission.justice.gov.uk, consultado em 23SET2012.; W. J. Gough, "Company Charges", p. 12 acrescenta, ainda, as características seguintes: a) a necessidade de registo e publicidade (porque é garantia não possessória [sem desapossamento] e monopolística), relacionado a necessidade de registo com o problema da "false wealth"; b) É reforçada pela nomeação de um gerente liquidatário que pode gerir a totalidade dos bens que estejam sujeitos à garantia [depois da consolidação].

79. Em outros sistemas, os regimes jurídicos da garantia flutuante permitem a sua constituição sobre bens móveis e imóveis, ao contrário do regime jurídico de Macau; a ex., na Província do Quebec (art. 2665º, do CCQ) e Tópico 11 do Projecto de Revisão do CCQ, p. 10; em Inglaterra, Philip R. Wood, "Comparative Law of Security and Guarantees", in Law and Pratice of International Finance, Sweet & Maxwell, p. 11; nos E.U.A. (art. 9.º, do UCC), cfr., David Feldman / Frank Meisel, "Corporate and Commercial Law: Modern Developments", p. 199.

80. W. J. Gough, "Company Charges", p. 85, nota (1) "A cristalização de uma garantia flutuante é diversamente descrita como garantia "específica" ou "fixa", não existindo qualquer diferença entre as duas expressões.".

81. Bens móveis, sujeitos a registo (art. 684.º, nº 1, al. e), do Código Civil).

acto da constituição" (art. 928.º, n.º 2).

Esta característica flutuante da garantia, não é inerente ao contrato, pelo que deve ser expresso no próprio contrato consubstanciando um dos requisitos de qualificação da garantia como flutuante permitindo a qualquer interessado inferir a intenção expressa das partes de darem à garantia um carácter flutuante.

Assim, decorre a necessidade de verificar-se a consonância entre o elemento objectivo e o elemento subjectivo para que o aplicador do direito a considere uma garantia flutuante e não uma garantia específica, pelo que não é bastante consagrar expressamente no contrato o carácter flutuante, é também necessário que a intenção das partes seja expressa no clausulado contratual permitindo inferir o seu carácter ambulatório.[82,83]

4.2.1 - Requisitos objectivos e subjectivos

Por um lado, são estipulados dois limites legais objectivos – os bens móveis[84] e a origem das obrigações sobre os quais a garantia pode incidir e ser constituída.

Neste sentido, a garantia flutuante pode incidir, apenas, sobre os bens móveis, corpóreos ou incorpóreos, que existam no momento da sua constituição como os que posteriormente venham a ser incluídos no activo circulante e parte do activo fixo que dá corpo a uma universalidade, de facto, constituída por bens móveis, sujeitos ou não a registo, créditos e direitos da empresa garante.[85]

Por outro lado, a garantia flutuante só pode ser constituída no âmbito de obrigações decorrentes do normal exercício de uma empresa comercial, isto é, só as obrigações contraídas por um empresário comercial e no exercício da sua actividade empresarial (cfr., art. 2.º, n.º 1), é que podem ser garantidas por uma garantia flutuante.

Este limite não se verifica em outros ordenamentos jurídicos que consagram a garantia flutuante, porém o legislador optou por o impor considerando o instituto da presente garantia inserido no todo do ordenamento jurídico comercial de Macau e dos seus destinatários, os empresários comerciais (art. 1.º, als. a) e b) esta última conjugada com o art. 174.º, nº 1 e 2).

A questão sobre quem é empresário comercial transporta-nos para o limite legal subjectivo, de que só os empresários comerciais[86], no exercício de uma empresa comercial,

82. Em suma, não é por as partes qualificarem a garantia como flutuante que o aplicador do direito a entenderá como tal, pois não está obrigado à qualificação das partes (arts. 7.º, n.º 1, 8.º, n.º 1 e 230.º, n.º 1, do CC e art. 567.º, do CPC).

83. A intenção das partes e a obrigatoriedade de expressamente fazer constar do contrato o carácter flutuante da garantia, são elementos exigíveis em outros ordenamentos jurídicos: Vide, art. 2715,º, n.º 2, in fine, do CCQ "(...).The floating character of the hypothec shall be expressly stipulated in the act.".; Nova Zelândia, que adoptou o regime jurídico do Quebec pelo Personal Proprety Security Act 1999 que entrou em vigor em Maio de 2002, cfr., Tópico 11 do Projecto de Revisão do CCQ, Ponto III, § 2 (b), p. 10; Idem em Inglaterra, Gales e Hong Kong, não havendo uma obrigatoriedade de expressamente referir o carácter flutuante "não há palavras mágicas que criem uma garantia flutuante no contrato" o principal elemento a reter pelo Juiz é a intenção contratual expressa pela letra do conteúdo contratual, em especial nos efeitos da garantia e nos direitos de disposição do garante que determinam o convencimento do Juiz sobre o carácter flutuante da garantia, cfr., W. J. Gough, "Company Charges", pp. 86-88, 109 e 113; Roy Goode, "Commercial Law", p. 735, "no particular form of words is necessary it suffices that the agreement manifests an intention to charge the company's present and future assets.".

84. De realçar que a razão de ser de no ordenamento jurídico comercial de Macau, ao invés do regime jurídico da Província do Quebec, não ser permitido constituir uma garantia flutuante sobre bens imóveis é a possibilidade de um bem imóvel presente ou futuro ser onerado com um penhor de empresa.

85. Par o presente artigo no que interessa ao activo circulante das empresas: existências (mercadorias, matérias-primas, subsidiárias e de consumo, produtos acabados e intermédios, produtos e trabalhos em curso); dívidas de terceiros (subclasses de clientes, Estado e outros entes públicos); disponibilidades (nomeadamente, subclasses de caixa, depósitos à ordem, depósitos a prazo, títulos negociáveis «obrigações emitidos (arts. 433.º, nº 1, 434º, 436º a 438º), carteira de títulos que a empresa seja titular, duplicado das guias de transporte de bens adquiridos de que é portadora (art. 762.º, nºs 1, 2 e 3 conjugado com os arts. 1065.º, nº 2 e 1080º) e outras aplicações de tesouraria, líquidas de eventuais provisões para aplicações de tesouraria. Pela referência ao activo fixo, entenda-se o equipamento básico (maquinaria), equipamento de transporte Viaturas e motociclos), ferramentas e utensílios, equipamento administrativo, taras e vasilhame entre outros

86. De referir que em Macau de acordo com o regime jurídico comercial vigente uma sociedade comercial, ex., sociedade por quotas pode não exercer uma empresa comercial (art.º 174 nº 1 e 2, CCom); o legislador de Macau consagrou na norma referida um critério formal – independentemente do seu objecto - o que o diferencia do conteúdo do texto do artigo 104.º, do CCom de Portugal de 1888, legislação pretérita em Macau, que consagrava um critério material, a prática de actos de comércio, pelo que, uma sociedade que não praticasse actos de comércio era uma sociedade civil, ainda que constituída segundo uma das formas tipo, em nome colectivo, por quotas, em comandita e anónimas - e o seu regime jurídico era o constante no Código Civil de Portugal. Em suma o facto de adoptarem uma das formas referidas não era bastante para serem consideradas sociedades comerciais porque o critério da comercialidade das sociedades era um critério material, isto é, era preciso que a sociedade tivesse por objecto a prática sistemática de actos de comércio. Era assim necessário que cumulativamente adoptassem uma das formas referidas e praticassem sistematicamente actos de comércio. E foi no sentido de afastar a constante dificuldade em saber qual a actividade, qual o objecto da sociedade que, o legislador de Macau, na esteira do Projecto do novo Código Comercial português (cuja proposta para a matéria em apreço não foi aceite), estabeleceu um critério formal passando a ser bastante a adopção de uma das formas de sociedade comercial (Princípio da Tipicidade) para que se determine a comercialidade da sociedade. Note-se contudo que o legislador de Macau não deixou de dar relevo ao critério material,

podem, em resultado de obrigações contraídas no decurso do mesmo, onerar os seus bens móveis, presente e futuros com uma garantia flutuante[87]; assim, ficam afastadas as pessoas colectivas (associações, fundações e sociedades que não adquirem esta qualidade, mas no exercício daquelas ficam sujeitas á disciplina do CCom) sem interesse materiais e as pessoas singulares proibidas de exercer uma profissão ligada ao exercício de uma empresa comercial (arts. 9.º e 10.º).

Ainda em sede de requisitos subjectivos a legislação em vigor não estipula qualquer limite à qualidade da entidade financiadora/mutuante sendo contudo as instituições bancárias da Macau ou sindicatos bancários, constituídos por bancos locais, de Hong Kong e de outras praças, que têm, até ao momento, contratado com os empresários comerciais locais na constituição de garantias flutuantes registadas.

4.2.2 – Requisitos de validade, eficácia e publicidade

O legislador consagrou de forma imperativa requisitos de forma e de eficácia que constituem excepções ao princípio da liberdade de forma e ao princípio da causalidade, "por mero efeito do contrato" (respectivamente, arts 211.º e 402.º, nº 1, do Código Civil «CC»).

O contrato de garantia flutuante é um contrato formal, pois obedece a forma escrita "ad substantiam" (art. 931.º, nº 1), se outra forma não for exigida pela natureza dos bens que incida, sob pena de nulidade (art. 212.º, do CC), e, sendo documento particular, o legislador exigiu o reconhecimento presencial das assinaturas das partes contratantes (arts. 367.º e 369.º, do CC) como meio de conferir a máxima veracidade ao contrato, tendo em atenção a extensão do seu objecto e a produção dos seus efeitos jurídicos aquando da consolidação da garantia flutuante.

Consagra, também, a obrigatoriedade de o contrato ter um conteúdo mínimo, sob pena de nulidade, e cuja inobservância impede a realização do registo, que visa a segurança do tráfego jurídico comercial, consagrando: a) a identificação dos sujeitos da relação jurídica; b) o universo dos objectos sobre o qual a garantia incide; c) montante da dívida ou de elementos que permitam a sua determinação; d) o termo do pagamento, o local e a data em que o mesmo deve ser cumprido (art. 932.º).

Relativamente aos requisitos de eficácia e publicidade o contrato de garantia flutuante só produz "efeitos mesmo entre as partes" depois de realizado o registo, ou seja, para que o contrato produza, entre as partes e contra terceiros, quaisquer efeitos jurídicos, ante e pós a consolidação da garantia, é obrigatório o seu registo, na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis (CRCBM), adequado aos bens em apreço, o que consagra uma segurança acrescida dos interesses das partes e de terceiros, porque configura, por excepção, a obrigatoriedade de um título e de um modo, tendo este registo, há imagem da hipoteca, um efeito constitutivo, necessário para que a produção de efeitos do contrato se materialize (Cfr., art. 931.º, nº 2 e art. 2º, nº 2, al. e), do Código do Registo Comercial «CRCom»).

A obrigatoriedade do registo e da publicidade da constituição da garantia flutuante visa, fundamentalmente, permitir que eventuais novos credores (garantidos), em momento anterior à decisão de conferirem crédito à empresa, possam certificar-se se existem, ou não, em nome daquela, garantias anteriores e quais os bens sobre que incidem. Entendemos que só assim deve ser pois a empresa pode voltar a onerar com uma segunda ou terceira garantia, idêntica ou outra legalmente admissível, os bens móveis sobre os quais incidiu a primeira garantia flutuante (art. 933.º, n.º 1), o que, em princípio, só não se verificará se as partes (na constituição da 1.º garantia) convencionarem expressamente a cláusula de inalienabilidade.

Interessante será perceber a intenção do legislador quando consagrou a necessidade do registo para a produção de efeitos jurídicos, considerando que Macau consagra um sistema de título, em conformidade com a doutrina portuguesa, onde a constituição ou transferência de direi-

o nº 2 do artigo 174.º consagra "As sociedades que tenham por objecto o exercício de uma empresa comercial só podem constituir-se (...)." segundo um dos tipos constantes no nº 1, ou seja, para exercer uma empresa comercial a sociedade tem de adoptar um dos tipos consagrados na lei, sob pena de ver requerida a sua liquidação judicial em sede dos poderes de fiscalização do Ministério Público (art. 329.º, nº 1, al. b, CCom). Logo o facto da sociedade, independentemente do seu objecto, ter adoptado um dos tipos sociais previstos no nº 1, não significa necessariamente o exercício de uma empresa comercial. Por ex., as denominadas "holdings" - sociedades gestoras de participações, as sociedades de projectos de arquitectura são sociedades comerciais porque constituídas segundo um dos tipos consagrados na lei porém, não exercem uma empresa comercial porque a sua estrutura, organização não visa "… o exercício de uma actividade económica destinada à produção para a troca sistemática e vantajosa …" (cfr., art. 2.º, nº 1, do CCom) e, em resultado, sendo sociedades não estão obrigadas ao regime jurídico dos empresários comerciais, em especial às obrigações consagradas no artigo 12º, do Código Comercial. Por todos, AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, "Anotações ao Código Comercial de Macau", artigos 1.º a 17.º, fotocopiado, não publicado.

87. Cfr., art. 2686.º, do CCQ, somente uma pessoa ou um "trustee" que tenham, respectivamente, uma empresa comercial ou a sua administração e gestão dos bens, podem garantir uma hipoteca flutuante sobre propriedade da empresa. Porém uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que não desenvolva uma actividade comercial, mas que esteja autorizada a emitir garantias e títulos obrigacionistas, pode, analisado o caso, constituir uma garantia flutuante, de acordo com a secção 27, do Special Corporate Powers Act.

tos reais dá-se por mero efeito do contrato, salvo as excepções previstas na lei[88]. Sendo o nosso sistema de registo um sistema causal, consensual (o título com todas os requisitos de validade exigíveis por lei), resulta a necessidade da publicidade do acto que vem compensar a causalidade e a consensualidade do contrato; e, por outro lado, funcionar como um registo declarativo e facultativo, o que configura um ónus para o titular adquirente do direito que apenas lhe confere uma maior segurança (não é saneador dos vícios do título nem cria direitos), com excepção da hipoteca enquanto garantia real.

Em resultado desta excepção, por a garantia flutuante (art. 936º, nº 1), quando consolidada, produzir os efeitos de um penhor ou de uma hipoteca, conforme o bem móvel em apreço, não podia ser outra a decisão normativa considerando o estabelecido no Código Civil.[89]

4.3 – Semelhanças e diferenças com figuras afins

Expresso o conceito e as características essenciais de garantia flutuante, impõe-se uma breve referência às suas semelhanças e diferenças normativas com o instituto garantístico do penhor sobre a empresa, e o penhor mercantil (respectivamente, arts. 144.º a 152.º e 911.º a 916.º, do CCom).

- O penhor sobre a empresa

O penhor sobre a empresa é de igual modo constituído no âmbito de uma empresa comercial em actividade (arts. 145.º, 147.º), verificando-se a produção de efeitos sem a entrega dos bens da empresa como igualmente acontece com a garantia flutuante (art. 144.º nº 2);

No que respeita ao tipo de bens a onerar é mais abrangente que a garantia flutuante – a empresa comercial e todos os bens corpóreos /incorpóreos, móveis /imóveis[90] que compõem a empresa (parte do património da empresa, art. 147.º, n.ºs 1 e 3), ainda que não constem dos livros de registo até ao momento da constituição do penhor, mas também os bens adquiridos posteriormente a partir do momento em que forem inseridos na empresa; e,

Ficam livres do penhor os bens que segundo regras da administração criteriosa e ordenada forem vendidos e retirados da empresa ate ao momento em que o credor pignoratício exercer judicialmente os seus direitos.

Em sede de requisitos de validade, eficácia e publicidade, a sua constituição de ambos obedece a forma escrita (arts. 146.º e 931.º) e so é válido mesmo entre as partes contratantes após o registo nas diferentes conservatórias competentes (arts. 145.º e 931.º, nº 2 e art. 2.º, nº 2 als. d), e e), do CRCom), requisitos que se estendem também à oponibilidade a terceiros (arts. 145.º e 931.º, nºs 2 e 3), relevando igualmente o efeito constitutivo do registo, à imagem da garantia flutuante e da hipoteca enquanto excepções à regra que é a do efeito declarativo.

- O conteúdo mínimo do contrato é idêntico (arts. 146.º e 932.º), mas a posição do credor, em sede da garantia do seu crédito, tem o direito à satisfação do respectivo crédito e dos juros devidos com preferência (só aqui há semelhança) sobre as garantias reais constituídas em data, respectivamente, posterior à sua constituição e inscrição no registo da sua consolidação, momentos distintos da produção dos seus efeitos (arts. 151.º, nº 3 e 930.º).

- O credor do penhor tem direito à satisfação do seu crédito, depois dos credores com privilégios creditórios especiais, mas com preferência sobre outro penhor sobre a empresa com data de registo posterior, porém, a sua prioridade cede perante garantia real constituída em data anterior à data da sua constituição; neste sentido, consolidada uma garantia flutuante, produzidos os efeitos do penhor ou da hipoteca, a prioridade do penhor sobre a empresa cede perante a garantia flutuante se a data do registo da notificação da consolidação for anterior à data da sua constituição.

- O penhor mercantil

Em relação ao penhor mercantil nos mesmos termos da garantia flutuante é imperativo que a obrigação em apreço

88. Orlando Carvalho, Conferência proferida na Faculdade de Direito ao Curso dos Registos e do Notariado, em 1JUL1994, publicado no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, nº 70 (1994), pp. 97-106, "a produção do efeito real depende apenas da justa causa de atribuição, o que, nas mutações de domínio provenientes de contrato, coincide com o acordo em que se estabelece a vontade de atribuir e de adquirir o ius in re, isto é, o simples consenso em que se acorda essa transmissão ou constituição de direitos, independentemente de qualquer acto ulterior destinado a executar a vontade contida naquele (modo)".

89. Também, cfr., o regime jurídico do Quebec (art. 2716.º, do CCQ) é necessário o registo da hipoteca flutuante, quer os bens onerados sejam móveis ou imóveis, na conservatória do registo pessoal (da pessoa ou da empresa) e na conservatória de cada um dos bens imóveis e móveis. Em certos casos, pode efectuar-se a publicidade da posse da hipoteca pelo credor, neste caso sem necessidade de realizar o registo na conservatória (pessoal e de direitos reais móveis), dado que, por um lado, não pode registar a notificação de consolidação até que o direito inerente à consolidação seja registado e, por outro, a publicidade de posse da garantia é diminuta. Igualmente em Hong Kong a primeira grande diferença face ao regime jurídico de Inglaterra e Gales é de que não é permitida a constituição de qualquer direito em segredo. Assim, todo e qualquer acto jurídico constitutivo de um direito na esfera jurídica, de pessoa singular ou colectiva devem ser objecto de publicidade, para que seja do conhecimento público.

90. Cfr., art. 147º nº 1 e 3, do CCom; distinção referida Supra nota (87).

a onerar com a garantia, resulte do normal exercício da empresa comercial (a natureza das obrigações é o elemento distintivo do penhor civil) e os bens passíveis de serem objecto de ambas as garantias sejam bens móveis (arts. 911.º, 913.º e 928.º, n.º 1 e 929.º, do CCom) divergindo no que respeita ao princípio da actualidade para a garantia flutuante.

No que respeita aos bens móveis é também possível a criação do penhor mercantil (sem desapossamento) sobre um acervo de bens existentes no património e serem propriedade da empresa (contemporâneos da constituição do penhor mercantil; princípio da actualidade) que, sem qualquer dúvida, sejam imprescindíveis ao exercício da empresa (cfr., arts. 912.º, n.º 3, 913.º, a exemplo os maquinismos, caldeiras, fornos que não sejam parte integrante do imóvel, as instalações químicas e outros elementos materiais fixos); de igual modo, podem ser alienados ou onerados no normal exercício da empresa.

No penhor mercantil, quando os bens sejam afectados ao normal exercício da empresa, é sempre constituído sem desapossamento mas os actos de disposição e oneração, ao invés da garantia flutuante, necessitam do consentimento por escrito do credor pignoratício. Porém em ambas as garantias a violação das restrições legais ou convencionadas, respectivamente, pela empresa devedora faz incorrer os mesmos na responsabilidade do fiel depositário (arts. 916.º e 933.º, n.º 4).

Pode ser constituído sem observação de forma; porém, se for constituído sem desapossamento deve observar requisitos de forma, validade, eficácia e publicidade idênticos aos da garantia flutuante; nesta última modalidade:

- Obedece a forma "ad substantione", sob pena de nulidade, com reconhecimento presencial das assinaturas das partes (art. 915.º, n.º 1; com aposição do carimbo da empresa comercial);

- Contrato com conteúdo mínimo obrigatório, sob pena de nulidade e registado na conservatória adequada, para ser oponível a terceiros, (arts. 915.º, n.º 1 e 2, 931.º n.ºs 1, 2 e 3 e art. 2.º, n.º 2 als. d) e e); no que respeita ao estipulado na alínea b) do n.º1 do artigo 915.º, como estamos perante bens existentes na empresa quando da constituição do penhor mercantil é uma norma que exprime o princípio da especialidade, pelo que na redacção do contrato há que especificar minuciosamente os bens objecto do contrato de penhor mercantil sem desapossamento; diversamente na garantia flutuante quando da sua constituição o contrato não necessita de especificar os bens, pois a garantia flutuante não nomeia ou afecta bens existentes à garantia flutuante referindo-se a bens presentes e/ou futuros, pelo que a especificação dos mesmos só se verifica após a consolidação da garantia mas com uma maior amplitude; é obrigatório indicar o local onde se encontram os bens e a indicação da empresa à qual se encontram afectados, dado que alguns dos bens dados em penhor podem pertencer a terceiro, razão porque se exige a identificação do empenhador (art. 915.º, n.º 1, als. a) e c)).

- Ainda, no que respeita aos efeitos do registo, diverge da garantia flutuante porque a validade entre as partes não está dependente de registo.

Por último a posição do credor pignoratício, sem desapossamento, em sede da garantia da satisfação do crédito devido, face a outros credores pignoratícios, tem o direito à satisfação do respectivo crédito e dos juros devidos sendo a prioridade do pagamento fixada em função da data do registo do penhor sem desapossamento na CRCBM o que configura uma posição semelhante ao credor com garantias flutuante sobre bem móvel concorrente com outra garantia flutuante sobre o mesmo bem, cuja prioridade de pagamento é determinada pela data do registo; para as restantes situações a posição do credor pignoratício é a consagrada no Código Civil.

4.4 – Potencialidades e vulnerabilidades

Em Macau, no que à empresa respeita, permite a obtenção de meios financeiros (finalidade do contrato), os quais deve obrigatoriamente aplicar no exercício da empresa, maximizando o valor dos bens móveis, que existem ou venham a existir (art. 928.º, n.º 1), na sua totalidade ou parte, que, fazem ou venham a fazer parte, do elemento estrutural/organizativo e do sistema de produção implementado (art. 2.º, n.º 1), que constituem o "universo patrimonial activo". Desta forma, consegue a satisfação das suas necessidades de crédito, não perdendo o poder de disposição sobre os bens e das entradas em dinheiro na empresa, mas fazendo incidir a garantia flutuante sobre os bens que futuramente venha a adquirir.

A flexibilidade da garantia flutuante é vantajosa para ambas as partes contratantes:

- Para a empresa tem o direito de, durante a validade da garantia flutuante, poder livremente dispor dos bens móveis sobre os quais a garantia incide sem necessidade do consentimento do credor podendo levantar o dinheiro no normal exercício da sua actividade;- Já o credor beneficia do facto de a garantia incidir sobre todo o acervo de bens, podendo o risco da desvalorização comercial dos mesmos ser compensado com um reforço da garantia ou com uma alteração da taxa de juro, mas sempre acompanhado do adequado exercício do poder de fiscalização;

Fiscalização que é mais uma vantagem quando durante a negociação pode estabelecer os meios que entenda por adequados ao risco da empresa e aos bens em apreço, que lhe assegurem a fiscalização e controlo da situação da empresa sobre as existências, comercialização dos bens e situ-

ação financeira da empresa, consagrando deste modo, para esta, um dever de informação de periodicidade variável.

Das vulnerabilidades entendemos que, depois de verificada a consolidação e a respectiva notificação à empresa devedora, o titular da garantia tem direito à satisfação do seu crédito e juros devidos "sobre os demais credores que não gozem de garantia real constituída, antes da inscrição da consolidação no registo" (art. 930.º), ou seja:

(1) Depois de todos os credores titulares de garantia reais constituídas antes da inscrição da notificação de consolidação no registo (arts. 931.º, n.º 3 e 934.º);

(2) Com preferência sobre os titulares de garantias reais e obrigacionais constituídas depois do registo da notificação de consolidação;

Chegados aqui, entendemos ser de realçar, um dos pilares em que a garantia flutuante assenta - a confiança.[91] É notória a vulnerabilidade da situação de satisfação do crédito, da pessoa do credor da garantia, pelo que é necessária uma grande dose de confiança cimentada ao longo de anos, para que "um negociante médio" possa avançar para a constituição desta garantia.

5. A produção de efeitos jurídicos a "dois tempos"

Logo na noção geral de garantia flutuante deixámos entender que a conclusão do contrato de garantia flutuante produz certas consequências de natureza legal e de natureza contratual antes da consolidação da garantia:

a) Consagra a liberdade de disposição e oneração dos bens afectados ao normal exercício da empresa, o que significa que esta pode, no âmbito daquele exercício, realizar os actos de gestão e de oneração que entender, sem que para tal necessite de autorização do credor.

b) Por outro lado, podem as partes convencionar cláusula de inalienabilidade dos bens sobre os quais incide a garantia flutuante, o que implica a produção de efeitos no poder de disposição e oneração do devedor antes da consolidação; ou seja, é uma limitação, cuja violação da cláusula faz responder a empresa nos termos da responsabilidade do fiel depositário; a oponibilidade da cláusula a terceiros só será efectiva depois de registada a notificação de consolidação;

c) Produz ainda efeitos no que respeita à inoponibilidade ao credor da garantia dos negócios sobre a empresa decididos pela administração, quer na alienação da empresa a título definitivo, na locação, no usufruto da empresa e os novos titulares dos respectivos direitos estão obrigados a responder pelos contratos existentes (arts. 110º e 113º), podendo, se convencionado como fundamento, determinar a consolidação da garantia flutuante. (art. 938.º).

d) Por último, a data em que o seu registo é efectuado é o facto essencial que determina a prioridade da garantia flutuante quando em concorrência com outra garantia flutuante, para a satisfação do crédito depois da consolidação.

5.1 – Fundamentos da consolidação: contratuais e legais

A consolidação é uma das características essenciais da garantia flutuante, momento em que os efeitos, em potência, deixam de estar suspensos e se produzem, quando certos fundamentos de ordem contratual, legal ou outros ocorrem (art. 935.º).

Interessa aqui identificar, de modo breve, qual a natureza do evento que permite a consolidação.

O termo foi utilizado pela primeira vez em 1897 no processo Re Victoria Steamboats Ltd., em que a garantia foi constituída sobre toda uma classe de bens hipotecados e penhorados, existentes à data da sua conclusão e que viessem a existir.

O primeiro fundamento da cristalização foi o de "cessação do exercício da empresa" - "ceasing to be a going concern" e "o normal exercício da empresa" -"ceasing carry on business"[92]; fundamentos que geraram discórdia no seio da doutrina, por se considerar não existir jurisprudência inglesa para a primeira expressão e porque era uma das causas da nomeação de um administrador liquidatário, da exclusiva competência dos tribunais.[93]

Uma outra situação está relacionada com a denominada consolidação automática decorrente de cláusulas contratuais acordadas entre as partes.

Mais uma vez tal situação inovadora gerou diferenças de opinião entre a doutrina e a jurisprudência inglesas.

Para Gower, os eventos constantes de cláusulas contratuais não deveriam ser considerados como fundamento de cristalização, já Gore-Browne e R.R. Pennington consideravam que tais eventos eram fundamentos de consolida-

91. Vide, Supra § 1.1.1

92. J. H. Farrar, "The Crystallization of a Floating Charge", in The Conveyancer and Property Lawyer, vol. 40 (New Series), Editors J. T. Farrand & Ernest H. Scamell, Sweet & Maxwell, London, pp. 398-399.

93. As duas frases em apreço têm sido objecto de entendimentos diversos: a "ceasing to be a going concern" é tida com imprecisa e subjectiva. É utilizada em sede da avaliação contínua contabilística e portanto diferente da avaliação numa situação de liquidação sendo assim entendida como meio de demonstrar o que se sabe e não para prescrever; por seu lado, "ceasing carry on business" é considerada uma expressão mais objectiva que permite a sua utilização num sentido mais abrangente.

ção.[94][95]

Em outra situação de cláusula contratual, determinava-se que se a empresa devedora fosse accionada judicialmente por qualquer razão, tal permitia ao titular da garantia accionar a sua consolidação. Também esta cláusula foi considerada válida e efectiva, mas, neste caso, ainda que a garantia se consolidasse, a empresa teria o poder de disposição dos bens até que fosse nomeado um administrador indicado pelo titular da garantia.

A doutrina e a jurisprudência pretendem dar resposta, em sede da consolidação automática pela inclusão de certos eventos em cláusulas contratuais, a três questões: a) a produção dos efeitos efectivos da "cristalização" automática pelo accionamento de cláusula contratual pelo credor da garantia; b) a protecção de interesses de terceiros face aos fundamentos de consolidação convencionados; e, c) o dever de protecção, pelo devedor, dos interesses de todos os seus credores comuns[96].

O diferente entendimento doutrinário emergiu devido à jurisprudência dos Tribunais da Nova Zelândia que começou a decidir em sentido inverso ao Tribunal de Apelação de Inglaterra, e os Juízes e os doutrinadores mais conceituados considerarem que a questão devia aguardar a decisão do Tribunal de Apelação e da Câmara dos Lordes.

Este último tribunal havia tido contacto com a matéria em apreço no processo Government Stocks and Other Securities Investment Companies v. Manila Railway Company, e, segundo consta, as declarações dos Lordes foram no sentido de demonstrar o seu desagrado, pela existência de uma cláusula no contrato de garantia flutuante que permitia ao credor provocar automaticamente a consolidação, três meses após o vencimento da prestação, se o devedor não efectuasse o pagamento.

O entendimento das duas teorias sobre a consolidação automática é o seguinte:

a) A primeira posição, favorável à cristalização automática, a garantia flutuante é um produto derivado das capacidades de quem produziu o contrato (ex., os advogados/barrister), com fundamento em certas decisões judiciais favoráveis – "a garantia flutuante não é uma palavra de arte; é uma descrição de um determinado tipo de garantia contida num documento escrito, que deverá providenciar várias circunstâncias, que provoquem a consolidação"[97] e está relacionada com os poderes de disposição do devedor sobre os bens objecto da garantia e com a habilidade do "advogado" em servir as partes contratantes.

Dela podemos inferir duas perspectivas: uma de ordem legal e outra económica. Quanto à primeira, a questão da prioridade e da garantia flutuante é tudo uma questão contratual e quem melhor conhecer as regras melhores garantias obterá com o contrato; a segunda é a de quem está numa posição dominante no contrato, em situação de satisfazer as necessidades da outra parte, tem sempre a possibilidade de obter mais vantagens, ditando as regras, sob pena de a garantia não ser concedida.

b) A segunda teoria é contra a cristalização automática por efeito de evento contido em cláusula contratual, por considerar que a garantia flutuante é algo mais do que uma mera criação do "advogado", pois os sujeitos, tipo de bens, objecto e as suas características têm sido regidos pela jurisprudência dos Tribunais ingleses e, neste sentido, consideram que a garantia flutuante é uma criação dos tribunais. Pensamento expresso no decorrer do processo "Evans v. Rival Granite Quarries", por um dos Juízes[98], defensor desta teoria, sendo impensável para um Tribunal aceitar que, se o devedor não pagar os seus débitos, o credor tenha a completa liberdade de decisão de resolver a questão sem o recurso à responsabilidade comercial a apurar pelo tribunal. Aliás, dentro desta posição jurisprudencial ainda em 1977 o tribunal inglês mandou o titular da garantia flutuante ressarcido do crédito devido devolver a quantia recebida por os credores comuns não terem sido satisfeitos na totalidade dos seus créditos.[99]

94. J. H. Farrar, "The Crystallization of a Floating Charge", pp. 235-236; R. R. Pennington, "The Genesis of the Floating Charges", vol. 23, [1910] 2 K.B. pp. 979 e 993.

95. J. H. Farrar, Ibidem, p. 400, refere que só em 1885 foi reconhecida a validade das cláusulas contratuais que estabeleciam fundamentos de consolidação da garantia flutuante e foram reconhecidas como consolidação automática "o adquirente está na posse de evidências razoáveis de que não houve incumprimento, e que a haver...teria consolidado a garantia flutuante".

96. A. J. Boyle, "The Validity of Automatic Crystallisation Clauses", in The Journal of Business Law, General Editor, Prof., Clive M. Schmitthoff, Stevens & Sons Limited, London, 1979, pp. 231-240.

97. J. H. Farrar, "The Crystallization of a Floating Charge", p. 234.

98. "Não posso negar que, nos primeiros casos, as palavras do documento particular talvez tenham influenciado os tribunais e permitido que eles tenham proferido as decisões que tomaram. Mas em período recente ficou claro para os Juízes que as suas conclusões não dependem da linguagem usada num documento particular, mas da essência e da natureza da garantia deste tipo (...)".

99. J. H. Farrar, "The Crystallization of a Floating Charge", pp. 237-238., R. R. Pennington, "The Genesis of the Floating Charges", vol. 28 [1977] 2 All E. R., pp. 741-742 ; vol. 29, [1978] 2 All E. R. pp. 890-900. Este pensamento limitador do princípio da liberdade de formulação manteve-se até há bem pouco tempo; no processo B.C.L. v Anglo-American Leasing Ltd., (1977) em que a primeira entrou em insolvência e, após o pagamento das custas judiciais e dos créditos preferenciais, os credores da garantia flutuante receberam todo o seu crédito e os credores comuns não receberam nada, o que determinou que o juiz decidisse que os credores da garantia deviam repor o dinheiro que havia sido depositado na sua conta bancária.

Esta decisão foi para esta escola uma demonstração da fragilidade do pensamento dos que defendem a cristalização automática, porque veio confirmar que as empresas devem proteger os credores comuns e, por outro lado, o credor da garantia flutuante sobre os títulos obrigacionistas não deve pensar que está seguro dos credores preferenciais que se venham a constituir com a consolidação da garantia a converter-se em garantia fixa sobre aqueles.

A solução encontrada pela jurisprudência inglesa foi no sentido de o tribunal dever considerar a cessação do normal exercício da empresa como uma condição expressa de consolidação, que permitia ao credor da garantia accionar aquela, mas obrigado a notificar esta da consolidação. Decisão que se estabeleceu e que se só terminou, muito recentemente, em sede legislativa, com a obrigatoriedade do registo da notificação.[100]

Conforme referido em sede de requisitos de eficácia, à luz da lei comercial a consolidação só tem eficácia entre as partes antes do registo do contrato, mas só é oponível a terceiros depois do registo da notificação da consolidação protegendo, deste modo, os credores comuns da empresa, em observância do princípio "par condicio creditorum".

5.1.1 – Fundamentos Contratuais

Às partes é permitido, dentro dos limites da lei e no âmbito do princípio da liberdade de fixação e modelação do contrato (art. 399.º, nº 1, do CC), acordarem sobre um determinado conjunto de situações que a ocorrerem permitem ao credor da garantia accionar a consolidação da garantia flutuante.

No que respeita ao conteúdo contratual as partes como meio de salvaguardarem os respectivos interesses podem convencionar direitos e deveres de ambas, mas com especial relevância devem estabelecer de modo expresso e claro: as limitações que nos termos legais o credor pode impor ao empresário comercial no exercício da sua actividade; os eventos que, a ocorrerem, conferem ao credor o direito de exigir o reforço ou determinar a consolidação da garantia e exigir o pagamento do crédito devido.

O contrato de garantia flutuante é, em regra, a contrato que culmina um processo de negociação, com vista à obtenção do crédito necessário à empresa, e que visa exclusivamente conferir às entidades financiadoras uma garantia adequada ao risco de financiamento da empresa. Acresce que, na prática, a elaboração das cláusulas contratuais do contrato de garantia flutuante são anteriores a este (pois já constam dos contratos de financiamento/empréstimo, cfr., denominação atribuída pelas partes, elaborados à luz de regimes jurídicos de outros ordenamentos), dando, depois de traduzidas para uma das línguas oficiais, conteúdo ao contrato de garantia.

Podem, por exemplo, acordar que a verificação certos eventos na vida de empresa concede ao credor fundamento bastante para consolidar a garantia: quando violada a cláusula de inalienabilidade; em sede reorganização da empresa deixar esta de necessitar dos bens objecto da garantia; pela venda sem substituição de bens necessários aos fins da empresa; a transmissão, locação e o usufruto da empresa, considerando o factor confiança que é um dos pilares deste tipo de garantia; quando qualquer credor de garantia flutuante, independentemente dos bens em apreço, consolidar a garantia.

Ensina a doutrina que uma garantia flutuante não se consolida apenas porque determinado evento consta de uma cláusula contratual acordada entre as partes, por que se o evento acordado não tiver a dimensão necessária face à empresa em apreço a consolidação não se verifica. O poder do credor deve ser exercido de modo "temperado" face à situação verificada e à dimensão real, comercial e financeira da empresa devedora.

Neste sentido é de todo o interesse das partes que a adopção dos diversos conteúdos convencionados esteja de acordo com o regime jurídico local pois os efeitos decorrentes do registo não obrigam as partes contratantes no que violar a lei substantiva comercial nem podem ser oponíveis a terceiros.

Assim, por exemplo, as cláusulas que imponham limitações aos actos de disposição e oneração no âmbito do exercício normal da empresa (art. 933.º, n.º 2), em nosso entender, devem constar expressamente do contrato de garantia flutuante e não apenas, por remissão, para o contrato de financiamento; quando assim se verifique, deve o contrato de financiamento (com todos os inconvenientes dai decorrentes) ser apenso ao contrato de garantia flutuante.

A defesa por este entendimento decorre do facto de a violação de tais cláusulas determinar a consolidação da garantia que deve ser fundamentada (art. 934.º) com base em violação de cláusula prevista no contrato de garantia; contrato que só produz efeitos, entre as partes, se estiver registado. Se a cláusula que serve de fundamento, remete por exemplo "para o conteúdo de cláusula prevista no contrato de financiamento" e este não se encontra apenso ao contrato de garantia, então podemos deduzir que não constando do contrato não está registada e nos termos da regime jurídico de Macau (arts. 931.º, n.º 1, 1.ª parte, 933.º, n.º 2, 934.º, 935.º "para além dos fundamentos previstos no contrato", 937.º e 941.º), jamais pode obrigar as partes, mesmo antes

100. A Comissão de Leis de Inglaterra e Gales e a Comissão da Escócia, desde 2002 elaboraram um estudo sobre a situação das garantias flutuantes e dos direitos dos seus credores antes e depois da consolidação, tendo ambas as comissões apresentado proposta conjunta nesse sentido em Outubro de 2002, que voltou a ser analisada em Julho de 2005.

da consolidação (cfr., art. 933.º, n.º 3).

5.1.2 - Fundamentos Legais

O legislador consagrou, exemplificativamente, um conjunto de fundamentos que configuram situações na vida da empresa que em regra são indiciadoras de dificuldades financeiras que põem em causa o futuro da empresa e, por conseguinte, aumentam o risco de o credor não ver o seu crédito satisfeito.[101]

No que respeita à falta de pontualidade do pagamento das prestações decorrentes da garantia, o legislador, pelo facto de o credor não ter qualquer contacto com o bem e este ser propriedade e estar na posse do devedor, considerou que a única forma objectiva de salvaguardar o credor é o de consolidar a garantia flutuante.

Quando tal evento ocorre e o incumprimento apenas existe em relação ao credor da garantia, este não encontrará grandes dificuldades na satisfação do seu crédito porque o fundamento da consolidação resulta de convenção prevista no contrato.

Porém, a situação do credor agrava-se quando o fundamento da consolidação é um dos referidos nas alíneas b) c) e d) do artigo 935.º onde a complexidade das situações e dos efeitos jurídicos em presença transporta o credor para uma posição creditória excepcionalmente débil. Por esta razão, estes fundamentos serão objecto de atenção especial no § 5.3 do presente artigo.

Mas existem, ainda, outros fundamentos que permitem ao credor fazer accionar a consolidação da garantia.

Por exemplo, o caso de um credor A titular de uma garantia flutuante que onere os mesmos bens de uma outra garantia flutuante B, accionar a consolidação da mesma, concede ao credor B, o direito de imediatamente consolidar a sua. E isto porque entre garantias flutuantes a satisfação dos respectivos créditos após a consolidação é ordenada pelo momento do registo na CRCBM[102]. Neste particular é de salientar que a legislação de Macau, ao contrário da legislação norte-americana (que protege o titular de uma segunda garantia não permitindo que o titular de garantia registada anteriormente satisfaça o seu crédito à custa de bens adquiridos com o financiamento da segunda), consagra a defesa do primeiro garantido em detrimento do segundo titular de garantia flutuante (data do registo da constituição), dando elevado relevo ao efeito do registo e, em termos práticos, coloca as preocupações inerentes ao risco na pessoa do credor que vai conceder (devendo consultar o registo) e não em quem já concedeu.

5.2 - Requisitos de Eficácia e do cancelamento da consolidação

No regime jurídico de Macau, a consolidação, para ser eficaz, não se basta com a fundamentação e notificação à empresa; a eficácia só é obtida com o registo nas conservatórias adequadas da notificação da consolidação e da publicidade desta, só assim o credor verá o seu direito assegurado em relação a terceiros (arts. 931.º, nº 3 e 937.º, nº 1 in fine). Porém, a publicidade acima referida não é necessária se a garantia flutuante e a notificação da consolidação forem do conhecimento (mesmo que extrajudicial) dos devedores dos créditos onerados com a garantia flutuante (arts. 582.º, 577.º, do CC ex vi art. 937.º, nº 2).[103]

Ainda, em relação à notificação da consolidação e à obrigatoriedade do seu registo como meio proteger os credores comuns, deve a mesma ser publicada nos meios de comunicação escrita, em ambas as línguas oficiais, com a excepção prevista na lei (art. 937.º). Não podia ser outra a prescrição normativa a obrigação do registo e a protecção dos credores comuns assim o impõe aliás, á imagem, por exemplo, do estipulado para a convocação da assembleia de credores, cuja finalidade é a mesma, alertar os credores comuns "par condicio creditorum".

Com o accionamento da consolidação da garantia flutuante pelo credor verifica-se a produção dos efeitos do penhor ou da hipoteca o que determina para credor e devedor a possibilidade de exercício dos direitos e deveres consagrados nos respectivos institutos. Mas pode o devedor, depois da consolidação da garantia, sanar a circunstância que a fundamentou. Neste caso, deve credor realizar o registo do cancelamento da consolidação, nas mesmas conservatórias em que efectuou o registo da notificação da consolidação (art. 941.º), readquirindo a garantia ao seu carácter ambu-

101. Ver Supra nossa nota (3).

102. É também a doutrina subjacente ao regime jurídico do art.º 2722º, quando refere que o titular de uma garantia flutuante pode consolidar a garantia quando o titular de outra garantia sobre os mesmos bens a fizer consolidar. Vide, Tópico 11 do Projecto de Revisão do CCQ, Ponto III, § 2 e (b), p. 12.

103. Esta é a situação de eficácia que também se verifica no regime jurídico do Quebec, Arts.º 2718º e 2721º com um requisito mais de publicação num jornal local. Vide, Tópico 11, Ibidem, p. 12, art. 2718.º – "A floating hypothec on more than one claim has effect in respect of the debtors of hypothecated claims, upon registration of the notice of crystallization, provided the notice has been published in a newspaper circulated in the locality of the last known address of the grantor of the floating hypothec or, where he carries on an enterprise, in the locality where the enterprise has its principal establishment. The notice need not be published if the hypothec and the notice of crystallization may be set up against the debtors of the hypothecated claims in the same way as an assignment of claim"; art. 2721.º – "The creditor holding a floating hypothec on a universality of property may, from registration of the notice of crystallization, take possession of the property to administer it in preference to any other creditor having published his hypothec after the date of registration of the floating hypothec".

latório.[104][105]

5.3 – Direitos do credor na liquidação e na falência da empresa

Com a consolidação da garantia flutuante, deixam de estar suspensos os efeitos da mesma passando a produzirem-se como se de uma hipoteca ou um penhor se tratasse, tendo o credor direito, satisfeitos os requisitos de validade e eficácia da notificação da consolidação, a:

a) Ser incluído na lista de prioridade de credores a satisfazer os seus créditos, de acordo com o tipo de garantias reais e garantias obrigacionais, e aprioridade acima referida;

b) A garantia flutuante ser incluída na lista de prioridades de garantias flutuantes, com base no momento do registo da notificação da consolidação (art. 939.º);

c) Ter o crédito satisfeito com prioridade, quando em concorrência com outra garantia flutuante (mesmo bem) registada em momento posterior à sua (art. 940.º);

d) A produção dos efeitos de um penhor ou de uma hipoteca sobre os devedores dos créditos onerados pela sua garantia flutuante (art. 937.º, n.º 1).

A consolidação da garantia pela mora no pagamento da prestação devida ou pela cessação do exercício da empresa configuram situações para as quais o credor da garantia tem instrumentos jurídicos ao seu dispor para poder assegurar a satisfação do crédito devido. A possibilidade de a empresa pagar a prestação vencida acrescida de juros (com o consequente registo do cancelamento da consolidação), o reforço da garantia ou o aumento dos juros são meios que o credor tem ao seu dispor, para proteger o seu crédito em tempo oportuno. Caso a empresa se constitua em incumprimento definitivo a consolidação da garantia passa a produzir os efeitos do penhor ou da hipoteca e, neste sentido, pode o credor, após autorização judicial, realizar a venda antecipada dos bens onerados com a garantia.

Em Hong Kong, o credor da garantia flutuante pode nomear um delegado "receiver" quando ocorre a consolidação da garantia com os deveres e poderes atrás mencionados. Esta possibilidade não existe no ordenamento jurídico da Macau, ainda que, em situação de dissolução da empresa, o titular da garantia como credor, pode, requerer ao Tribunal a nomeação de administrador da massa liquidatária (com diferentes poderes e deveres do "receiver") e nos termos da lei requerer a declaração de falência da mesma.

Destarte, a posição do credor da garantia flutuante torna-se mais vulnerável, face ao objecto da garantia - o pagamento das prestações devidas, quando a consolidação da garantia ocorre com a sociedade comercial em dissolução, liquidação e se verifiquem os pressupostos da decretação da falência pelo tribunal.

Decorrem da lei comercial e dos estatutos da sociedade as razões de uma empresa entrar em dissolução e liquidação, podendo a mesma ser solicitada, por qualquer credor da empresa e pelo Ministério Público (art. 315.º, n.ºs, 1 e 3). Independentemente das razões subjacentes, a entrada da sociedade em dissolução produz os efeitos jurídicos já conhecidos, de modo resumido: determina a sua entrada em liquidação; os administradores submetem as contas à aprovação dos sócios, em referência à data da dissolução; são nomeados os administradores que passam a compor a comissão liquidatária, (liquidatários extrajudiciais); a acção de dissolução da sociedade e de início do processo de liquidação tem início nos termos da lei processual civil (sendo de realçar a legitimidade para a propositura da acção do titular da garantia flutuante, quando perante liquidação voluntária; a dissolução torna-se efectiva verificados o registo e a publicação; deve acrescentar-se à firma "em liquidação".

Nomeada a comissão liquidatária da sociedade tem o prazo de dois anos[106] para apresentar as contas exigidas nos termos da lei comercial devendo concluir todos os negócios da sociedade que tenham tido início até à data da dissolução: cobrar os créditos devidos à sociedade, realizar o pagamento dos débitos contraídos, exigindo para o efeito as entradas não realizadas aos sócios, tendo em conta as necessidades da sociedade para satisfazer os seus credores e os encargos da liquidação, a não ser que os sócios deliberem em contrário (cfr. art. 322.º).

Tal procedimento é lógico porque a comissão liquidatária apenas pode apresentar as contas finais quando os créditos de terceiros estiverem satisfeitos ou acautelados, ainda que para o efeito haja que, proporcionalmente, converter património da empresa em dinheiro.

O credor da garantia flutuante tendo legitimidade activa, nos termo do Código do Processo Civil para requerer a acção de liquidação, pelo que pode, também, no mesmo requerimento indicar pessoa singular para exercer as funções de liquidatário e como tal acompanhar todo o processo de liquidação acima expresso, no sentido de salvaguardar os seus interesses e assegurar que o seu crédito é satisfeito e "com preferência sobre os demais credores que não gozem de garantia real constituída, antes da inscrição da consolidação no registo", consagradas na lei substantiva (consignação de rendimentos, penhor, hipoteca, privilégios creditórios, direito de retenção); caso não tenha o seu crédito assegu-

104. Cfr., Tópico 11 do Projecto de Revisão do CCQ art. 2723 – "Where the default of the debtor has been remedied, the creditor requires the registrar to cancel the notice of crystallization. The effects of crystallization cease with the cancellation, and the effects of the hypothec are again suspended"

105. Cfr., Tópico 11, Ibidem,, anexo, § 7. Discharge of floating charges, p. 5.

106. Que pode ser prorrogado cfr., art. 1041.º, n.º 2, do CPC.

rado, ainda assim, pode intervir no processo de liquidação nos termos do artigo 1038.º, n.º 3, do Código do Processo Civil (CPC).

A possível falência da empresa

O processo judicial de falência tem início, voluntariamente por iniciativa do empresário comercial, ou da sua comissão liquidatária (art. 1047.º, do CPC), ou por iniciativa de qualquer credor (o titular da garantia flutuante) ou do Ministério Público (arts. 1044.º, 1047.º, n.º 1, 1082.º, al. a), 1084.º e 1085.º, do CPC).

Nomeado o administrador da falência, marcada assembleia de credores pelo Juiz, tem lugar um momento essencial no processo que é o de se tentar obter a concordata[107] que mais não é do que um projecto de reconstituição empresarial, reestruturação da empresa sob forte controlo de gestão, com vista a criar uma possibilidade de retirar a empresa da situação económica e financeira difícil em que se encontra, tentando salvar a empresa, sendo apresentado na assembleia de credores um relatório do qual consta a classificação de credores (arts 1055.º, 1056.º n.º 4, 1057.º, 1060.º e 1061º, do CPC)[108].

A declaração de falência proferida pelo Tribunal produz certos efeitos no universo do falido, mas o titular da garantia flutuante, verificado um evento que a consolidasse, não tendo exercido esse direito em tempo oportuno inicia um processo de em que a possibilidade de satisfação do crédito devido é cada vez menor, situação que pode ser agravada se a garantia fora constituída dentro do denominado período de suspeição de seis meses anteriores à data da sentença de declaração de falência, transitada em julgado.

As duas situações acabadas de referir apontam, no âmbito do regime jurídico da garantia flutuante, para a acurada atenção do titular de garantia flutuante em dois momentos da garantia: o primeiro momento, a elaboração do contrato onde devem constar todos os eventos considerados por adequados à consolidação da garantia e a definição dos meios de fiscalização da situação financeira da empresa e do acervo de bens; o segundo momento a concretização efectiva dos meios de fiscalização e controlo durante a vigência da garantia.

6. Considerações finais

Face ao exposto consideramos ser realçar alguns pontos do regime jurídico de Macau referidos ao longo do presente artigo:

• A caracterização de uma garantia está dependente da correcta elaboração do contrato sendo a intenção das partes extremamente importante no sentido de expressar a vontade das partes na sua criação e na modulação de modo livre do conteúdo do contrato.

• Após a conclusão do contrato, o comportamento das partes é irrelevante para a caracterização do mesmo como um contrato de garantia flutuante, pelo que, qualquer alteração ao contrato após o seu registo nas conservatórias adequadas, deve ser aditado, modificado ou extinto do clausulado contratual e de novo registado.

• A característica essencial da garantia flutuante é o direito do devedor poder alienar e onerar os bens, no normal exercício da empresa, sem necessidade do consentimento do credor, o que constitui a regra dos direitos do devedor que podem ser limitados pelo credor, nos termos da lei comercial, mas sempre como excepção à regra – as restrições ao direito do devedor não podem ser redutoras deste último;

• A segurança do crédito garantido, em sede de contrato, está dependente de uma acurada atenção na sua elaboração com vista a facilitar a acção de fiscalização ao credor consagrando todos os meios legais e estipulando as excepções ao exercício do poder de disposição e oneração do devedor.

• O direito do credor deve ser exercido, apenas e só, com a finalidade de salvaguardar o pagamento da prestação pela venda dos bens onerados e não para outros fins, pelo que não deve de todo ser incompatível com as obrigações do devedor.

107. Se a proposta de concordata não for aprovada, pode ocorrer um acordo de credores, decidindo a constituição de uma sociedade por quotas, continuando a actividade da empresa comercial (cfr., art. 1075.º, do CPC).

108. No particular da concordata, em caso de ser uma sociedade anónima, se houver obrigações convertíveis, verifica-se o consagrado no art.º 445º.

強制締約制度解析

——以澳門法為主要研究視角

劉怡*
*．澳門科技大學法學院民商法博士研究生。

一、強制締約的概念和內涵；1. 強制承諾和強制要約；2. 沉默和強制締約；3. 強制締約和合同的內容強制；4. 強制締約和相似概念的區分；5. 強制締約概念的得出；二、強制締約制度的法律屬性；1. 強制締約制度和締約決定自由；2. 強制締約制度和人格自由權；1）自主決定和人身自由權；2）觀點評析；三、結論；

契約自由應受限制已是共識，但契約自由當怎樣予以限制？該問題的回答還是要從契約自由本身具有的內涵著手，以尋找一個確切的答案。申言之，契約自由的內容包括是否締約的自由、締約內容的自由和締約方式的自由，如果要想對契約自由予以限制，首當其衝就要對是否締約的自由加以管制，事實上，強制締約制度就是專門為了限制民事主體的締約自由而設置的法律制度。當然，該制度的設置歸根結底還是力圖實現契約自由與合同（實質）正義的交軌。二十世紀三十年代的德國學術界曾經對強制締約制度有過熱烈的討論，[1] 我國內地和臺灣學者近幾年也開始關注這一問題，並進行了一些有益的探索。[2] 他山之石可以攻玉，這些基礎性的研究為進一步挖掘澳門強制締約制度提供了珍貴的素材。

一、強制締約的概念和內涵

德國著名學者尼佩代（Nipperdey）在其一九二三年出版的《強制訂約與強制性合同》一書中將強制締約的含義界定為：根據法律制度規範及其它解釋，為了一個受益人的合法權益，在無權利主體意思約束的情況下，使一個權利主體負擔與該受益人簽訂具有特定內容或者應由中立方指定內容的合同的義務。[3] 有學者認為，強制締約又稱合同締約之強制，或強制性合同，是指在若干特殊之情形，個人或企業負有應相對人之請求，與其訂立合同的義務，即對相對人之要約非有正當理由不得拒絕承諾。[4] 有學者認為，所謂締約強制，指依法律的規定，他方請求訂立合同時，一方負有締結合同的義務。[5] 還有學者認為，強制締約是基於國家法律的直接規定，取消一方當事人訂立合同的自由但保留其選擇當事人的自由，或者相反，取消一方選擇當事人的自由但保留其不訂立合同的自由，或者既取消一方不訂立合同的自由，也取消其選擇相對人的自由。[6] 除此之外，也有學者非常尖銳的指出，強制締約的概念本身就存在難以自圓其說的邏輯矛盾，因為締約只能夠通過合意方式達成一致，反之，強制情況下不可能成立有效的合同。[7] 概言之，合同是不能夠通過強制方式達成，強制和締約無法共存。

可見，以上各觀點角度各異，於不同處著筆墨，都力圖揭示強制締約制度的真實涵義，其中不乏可取之處，但也同樣存在眾多待商榷的地方。譬如，強制締約到底只是強調限制民事主體之締約行為的自由，還是在一定程度上也同時限制合同本身的內容，即當事人一方必須強制締結“特定內容”的合同條款？譬如，合同的成立必須包括要約和承諾兩個意思表示，[8]

1. Nipperdey, Kontrahierungswang und diktierter Vertrag, 1923; Jan Busche, privatautonomie und Kontrohierungszwang, 1999.
2. 內地有關強制締約制度的研究可參閱姚新華：《契約自由論》，載於《比較法研究》，1997年第1期；崔建遠：《強制締約及其中國化》，載於《社會科學戰線》，2006年第5期；鄭永寬：《按份共有人優先購買權之實現——<物權法>第101條的法解釋和適用》，載於《法律科學》，2008年第2期。臺灣相關的研究可參閱楊崇森：《私法自治之流弊及其修正》，載於鄭玉波主編《民法債篇論文選輯》（上），臺北：五南圖書出版公司1984年版。
3. Nipperdey, Kontrahierungswang und diktierter Vertrag, 1923, S. 7.
4. 王利明：《合同法研究》（1），北京：中國政法大學出版社2002年版，第87頁。
5. 參閱季瑞佳 ：《論強制締約義務》，中國政法大學碩士論文，第16頁；比較參閱楊禎：《英美契約法論》，北京：北京大學出版社，2007年，第2頁。
6. 尹田：《法國現代合同法》，北京：法律出版社，2009年，第44頁。
7. 冉克平：《強制締約制度研究》，北京：中國社會科學出版社，2010年，第78頁。
8. 劉高龍 趙國強主編：《澳門法律新論》（上），澳門：澳門基金會2005年，第218頁。

那麼強制締約僅僅指向契約一方當事人的強制承諾，還是也包括強制要約？譬如，強制締約限制的是一方當事人的締約自由，還是在特定情況下也可以同時限制雙方當事人的締約自由？當然，強制締約概念還需要澄清的一個問題是，在現行澳門法律制度下，強制和締約能夠共存嗎？為回答以上問題，也為了能給強制締約一個較為客觀合理的定義，對此，我們可從以下幾個方面加以闡釋。

1. 強制承諾和強制要約

有學者認為，強制締約是指個人或企業負有應相對人的請求，與其訂立合同的義務。易言之，對合同相對人的要約，非有正當理由不得拒絕承諾，故強制締約的實質樣態是強制承諾。[9] 但與之相對應的觀點則認為，除強制承諾的義務外，民事主體負有的強制要約義務也應該屬於強制締約義務的範疇。[10] 以上兩種相對立的觀點實際上就需要我們回答，強制締約僅僅指的是強制承諾義務的履行，還是也應當包括強制要約義務的履行？

所謂的強制承諾是指法律對民事主體施加的、對締約對象提出的要約應該予以承諾的強制締約方式。[11] 一般而言，一方當事人向對方發出要約，受要約人並沒有必須承諾的義務，[12] 除非當事人透過預約合同的方式事先約定。[13] 但是，如果法律另有規定，要求受要約人負有承諾的義務，且非有正當理由不得拒絕該要約，則強制締約就表現為法律對民事主體施加的強制承諾義務。譬如，澳門第50/88/M號法令，即《澳門運輸法律制度的一般基礎》的第二條規定，運輸系統之主要職能為：a）確保提供各種類型及級別之客運及貨運服務，以配合在本地區所從事活動之正常發展；b）滿足居民每日往來之需要。既然交通運輸的目的是為了滿足居民每日之需要，則通常情況下運輸企業沒有正當的理由不得拒絕締約對象提出的締約請求。由此可見，澳門有關此類的條款就是對從事公共運輸業的承運人課以強制承諾的義務。其實，不僅公共交通運輸如此，計程車運輸亦有相類似之規定，澳門第366/99/M號訓令所核准的《輕型計程車(的士)客運規章》第十二條第一款b）規定，如行駛中之的士顯示“空車”之標誌，駕駛員有義務遵從任何擬使用該的士之人所作之停車示意，但在禁止停車區行駛時不在此限。除了交通運輸合同之外，水電、煤氣等供應企業也有類似之強制承諾義務，譬如澳門《延長澳門特別行政區供水公共服務批給的公證合同》的第二十八條就規定，在用戶向專營公司作出通知及同意用戶合同範本的條款後，專營公司應向用戶提供供水服務，並與用戶簽訂用戶合同，即供水公共服務（必須）向用戶供應原水或符合法定飲用水標準的水。在這裏，水務公司和供電機構都是因為用戶提出的要約請求而必須履行的強制承諾義務。

與強制承諾相比，強制締約制度也應當包括強制要約，至少從合同法的原理上可以推導出這樣的結論。[14] 強制要約是指法律對民事主體施加的、應該向他人發出要約的強制締約方式。[15] 不管是強制締約還是常規情形下的締約行為，合同仍然是當事人之間產生權利義務的基礎，本質仍然是當事人之間基於要約和承諾達成合意的結果。[16]“至於合同締結過程中發生的交叉要約、同時表示與意思實現等特殊的締約方式，只是要約和承諾的特殊形態。”[17] 事實上，現行的法律制度也不缺乏強制要約的規定，尤其在證券、保險法領域更是如此。澳門第57/94/M號法令《汽車民事責任之強制性保險制度》第二條第一項規定，車輛之所有人有投保之義務，但在行使用益權、保留所有權之出賣、融資租賃制度及由車輛轉讓合同訂定其使用權之情況下，投保之義務則由車輛之用益權人、保留所有權之取得人、承租人或使用人承擔。出於對交通安全的考慮，機動車輛的所有人或佔有人一般情況向必須和保險公司締結交通強制保險合同。在這裏，法律規定“必須和保險公司締結交通強制保險”就是要求車輛所有人向保險公司發出締約要約之意思表示，也就是要求該民事主體的強制要約義務。又如澳門第104/99/M號法令《遊艇民事責任強制保險之法律制度》第二條第一項對遊艇責任保險

9. 王利明：《合同法研究》（1），北京：中國人民大學出版社2002年，第149頁。
10. 鄭玉波：《民法債篇總論》，北京：中國政法大學出版社，2004年，第33-34頁。
11. 冉克平：《強制締約制度研究》，北京：中國社會科學出版社，2010年，第64頁。
12. Carlos Alberto Da Mota Pinto：《民法總論》，澳門：澳門法務局、澳門大學出版，2001年，第42頁。
13. 朱琳琳：《簡析現行預約合同制度》，載於《澳門公共行政雜誌》，2005年，第1190頁。
14. 孫憲忠：《中國民法教科書》，澳門：澳門大學法學院出版，2005年，第325頁。
15. 冉克平：《強制締約制度研究》，北京：中國社會科學出版社，2010年，第65頁。
16. （日）北川善太郎：《中國的合同法和模範合同法》，載於《外國法學》，1987年，第3期。
17. 崔建遠、王利明：《合同法新論》（總則），北京：中國政法大學出版社，2000年，第166頁。

作出類似之規定，該條款規定，遊艇所有人有投保之義務，但在行使用益權及保留所有權之出賣之情況下，投保之義務則由遊艇之用益權人及保留所有權之取得人承擔。就締約方式而言，遊艇所有人或者管理人所負投保義務的即是強制要約義務。

由是可見，澳門的法律規範本來就有強制要約的規定。作為強制要約的法律效果，有義務發出強制要約一方在要約意思表示生效之後，強制要約人就產生了法律上拘束力，[18] 而作為要約相對人則因為強制要約的規定獲得了一種特殊的資格或地位。這種特殊的資質和地位表現在受要約人可以自由的選擇發出承諾，也可以拒絕承諾，但對於強制要約人則因為法律的明確規定喪失了自由選擇的空間。或許這種資質和地位在一個普通的合同締結過程並沒有任何的特殊性可言，但在強制要約方面，由於強制要約一方所必須履行的要約義務而體現出其特殊性。比較而言，基於強制要約而產生的對締約自由的限制程度要比強制承諾更為苛刻，換言之，法律對民事主體課以強制要約義務，意味著義務人要承擔更為嚴格的法律責任。[19] 確實，在市場經濟中，提供公共服務或壟斷性產品的主體是賣方市場，往往對締約對象、範圍選擇等有著決定性的支配地位，締約的另一方只能向其發出要約，在這種情況下，為平衡兩方力量，保障弱勢一方利益，強制處於優勢一方主體給予承諾，符合社會現實。

總之，強制締約不僅包含法律對特定當事人規定的承諾義務，也包括對特定當事人施加的發出要約的義務，這樣的規定不僅符合合同法的基本原理，也符合經濟社會的真實需求。

2. 沉默和強制締約

在解析強制要約和強制承諾的過程中，我們還可能會面臨一種意思表示的特殊形態——沉默，此時我們必須回答一個新的問題，即：在強制締約的規範下，沉默是否可認定為強制要約或強制承諾？譬如當事人提出要約時，強制締約義務人沒有正當理由既不給予承諾也不予於拒絕，而保持沉默，那麼這種情形，沉默具有何種法律意義？他和民事法律規範中的默示有什麼關係？

“默示者，指由特定行為間接推知行為人的意思表示，不包括沉默。”[20] 一般而言，雖然默示與沉默在一定程度上具有一定相似性，但沉默不構成默示，也不會產生默示所具有的法律後果。[21] 沉默之所以不構成有效的意思表示，究其原因就在於默示是在特定情況下一種意思表示的特殊表現形式，它可以根據一定的情勢對意思表示作出判斷，進而產生法律上的拘束力，[22] 與之相反，沉默則不具有可能性。但需要明確的是，因為強制締約制度是建立在排除一方當事人意思表示自由的基礎之上，所以這一規制在強制締約制度中不適用。申言之，鑒於實質正義的需求，有必要對強勢的當事人一方在締約自由方面予以限制，而最徹底的限制就是排除其決絕要約或者拒絕承諾的自由。因此，強制締約中的沉默行為固然可以推定為意思表示的一種方式——表示要約，或者表示承諾，但也可以更徹底的把它推定為不產生任何法律效果的事實行為，無論是強制要約和強制承諾皆是如此。就強制要約而言，既然要約的意思表示被強制性向契約對象發出，其中意思表示自由的空間已經被排除，無論是以默示的方式發出，還是以明示的方式發出，甚至根本就不發出要約（事實上的沉默），都不能否認對方強制性的締約資格。也就是說，在特定契約關係中，法律的強制性規定替代個體的意思自治，即使契約主體以沉默的方式“否認”對方的締約資格，從而以沉默的形式不主動的發出締約要約，也不影響合同最終的成立。概言之，沉默可以作為強制要約的形態。以澳門第104/99/M號法令《遊艇民事責任強制保險之法律制度》第二條第一項為例，該條就規定，遊艇所有人有投保之義務、在這裏，遊艇所有人之強制締約義務屬於法定義務，和交通強制險一樣不可透過約定形式或其他任何形式予以規避，也就是說，即使是遊艇所有人有意識的、以沉默的方式對抗投保要約，也都不能排除其強制締約之義務，至於該所有人選擇哪家保險公司則不是問題的關鍵。

再聯繫到強制承諾，既然強制締約也包括強制承諾，也就意味著締約相對人根本沒有拒絕締約、拒絕作出承諾的自治空間，當其契約一方作出要約的意思表示時，留給意思表示接受

18. 孫憲忠：《中國民法教科書》，澳門：澳門大學法學院出版，2005年，第326頁。

19. （日）我妻榮著，徐慧譯：《債權各論》（上卷），北京：中國法制出版社，2008年，第16頁。

20. 王澤鑒：《債法原理(一)基本理論債之發生》，北京：中國政法大學出版社2001年，第79頁。

21. Carlos Alberto Da Mota Pinto：《民法總論》，澳門：澳門法務局、澳門大學出版，2001年，第240頁。

22. （德）迪特爾 施瓦布 著，鄭沖 譯：《民法導論》，北京：法律出版社，2005年，第346-348頁。

方的只有一種選擇，那就是表示同意。至於是明示同意，還是默示同意，甚至是以各種明確的形式表示“締約抗辯”等都無法阻卻契約的成立與生效。在這裏，無論是“沉默的同意”，還是“沉默的抗辯”，其效果沒有任何的區別。從具體的法律規範來看，將承諾人默示視同承諾，其實也就是督促其作出必要的反映，以保護要約人的權利。各國法律或商事規則都規定，在某些特定行業，如公共事業服務，或者某些特種契約，如公用事業勞務合同等，如果承諾人不拒絕要約，即視為承諾。[23]《澳門民法典》第一千二百六十三條第一款，即建築物伸延至他人土地中規定，如土地之主人在自己土地上建造建築物時善意佔據他人之一部分土地，且他人自佔據開始時起計三個月內無提出反對，則建造人可取得該被其佔據之部分土地之所有權，但須支付該部分土地之價額及彌補所造成之損失，尤其是彌補因可能導致其餘部分之土地貶值而引致之損失。以上規定表明，土地之主人在三個月之內沒有以任何方式提出抗辯，也無法從土地之主人的沉默行為中推導出許可或是拒絕的意思，純粹的“沉默”狀態導致的最終結果是土地所有權的喪失。在這裏，沉默和普通的合同關係產生了不一樣的法律效力，沉默在強制締約制度中的法律效力得到了認可和支持。

3. 強制締約和合同的內容強制

強制締約是否包括締約內容的強制？對契約自由的限制是多方面的，既然可以限制民事主體的締約自由，也可以限制締約的具體方式，當然還可以對契約內容的的限制。所謂締約內容的強制，是指法律對當事人所訂立的合同內容進行的強制性干預，從而限制當事人決定合同內容的自由。[24] 契約當事人之間可以自行約定契約內容，並發生預期的私法效果，故當事人之間約定的合同內容是合同關係最為重要的構成部分。甚至，法律所預設的任意性規範也僅僅是在缺乏具體約定的前提下才開始啟用。[25]換言之，有約定，從約定，無約定，從法律，此處的法律除非是強制性的規範，否則都可以被當事人之間的約定予以排除。[26] 任意性條款的可排除性則進一步凸顯出合同內容自由在合同制度中的重要性。但無論如何，此處的合同內容涉及到的是雙方就具體條款的磋商，並不涉及到限制民事主體的締約意願自由。從這個角度講，強制締約和締約內容的限制顯然存在很大的區別。概言之，強制締約聚焦于締約自由的限制，締約內容限制則顯然聚焦於透過強制性規範限制合同內容的自由。因此，如果把契約內容的限制也包括在強制締約制度之內則顯得界定不清晰。

事實上，現行法律規範法律也不缺乏締約內容限制的具體制度，其中最為典型的就是一般交易條款制度，內地則稱之為格式條款制度，德國稱之為一般交易條件。一般條款就是對締約內容的控制，就是透過強行的法律規範對當事人所訂立的合同的內容進行干涉，從而限制當事人決定合同內容的自由，防範強勢契約主體利用自己的優勢地位濫用合同制度。[27] 一般條款制度就是為了抑制強勢企業濫用合同自由，保護弱勢消費者避免“要麼接受，要麼離開”這樣的交易窘境，實現合同的實質正義。[28]澳門第17/92/M號法律，即《澳門合約的一般條款》第一條第二款規定，事先制定以便在不定數目的合約內有效及一方向純粹接受的另一方提出以完成確實簽署合約的條款，視為合約的一般條款。第十一條第一款更為明確的規定，禁止將違反善意原則，不適當地損害同意人的合約一般條款列入合約內。上述法律條文就是從合同的內容方面對契約自由作出限制。

由是可見，法律對合同內容的決定自由進行強制的干預，雖然也是對合同自由的限制，但法律所強調的干預對象是當事人所擬定的具體合同條款。相反，強制締約制度則是對當事人是否締結合同，以及其如何選擇締約當事人的自由予以限制，兩者之間的差異顯而易見。因此，強制締約並不包括對締約內容的限制。當然，強制締約制度功能的發揮離不開締約內容的強制，實務中，如果強制締約義務人在締約過程中任意提高締約條件，使相對人無法或難以接受這樣的交易條件，如水價、電價過高，公車價格超過計程車價格等，這樣就直接導致強制締約義務人變相逃避締約義務，這就產生法律規避的問題。對此情形，法律通常會同時對那些公共性的合同關係就合同內容進行強制性干預，設定統一標準或行業標準，以及價格

23. 李軍：《從“強制締約”到“承諾在先”》，載於《法律適用》，2008年，第134－135頁。
24. 冉克平：《強制締約制度研究》，北京：中國社會科學出版社，2010年，第72頁。
25. 耿林：《強制規範與合同效力》，北京：中國民主法制出版社，2009年，第43頁。
26. Carlos Alberto Da Mota Pinto：《民法總論》，澳門：澳門法務局、澳門大學出版，2001年，第42頁。
27. （德）迪特爾 施瓦布 著，鄭沖 譯：《民法導論》，北京：法律出版社，2005年，第564頁。
28. 比較參閱簡萬寧：《澳門遊客權益保護研究》，澳門：澳門專業導遊協會，2008年8月，第68頁。

變動的許可幅度等，並經過物價部門的確定或審核以限制其逃避締約義務。透過以上環節，實質上就是對適用於強制締約的公共資源交易領域進行締約內容的限定，從而使強制締約能夠真正發揮效力。但需要明確的是，這不意味著強制締約保護締約內容的強制，從總體上觀察，兩者在制度設計上基本處於平行狀態，即針對同一個法律關係同時採取兩類平行干預合同自由的手段。[29] 再從立法技術上來看，把締約內容的強制排除出強制締約制度的範圍之外，也是好了更好的設計和規範強制締約制度和一般條款制度，兩者互倚互立，以便更好的發揮對合同自由的管制功能。

4. 強制締約和相似概念的區分

在概念上，應與之嚴格區別的是所謂的是一般條款、命令合同（diktierter Vertrag），或強制合同（Zwangsvertrag）。

首先，強制締約與一般條款雖有很大的相似性，但也有不同之處。一般條款的特點在於一方當事人預先擬定的，而對方當事人卻不能對其內容加以改變，只能整體同意或者不同意的合同。一般條款與強制契約一樣，都是對私法自治的流弊進行克服而制定的“反契約自由”法規。在一般條款中，由於締約方不能對條款擬定方提出的條款進行任何變動，從而使之具有某種強制色彩。從事實效果來看，一般條款往往成為強勢一方利用相對人之無知，或者無經驗，強制不當內容之締結。[30] 但是，強制性合同與一般條款卻是存在著明顯的差異。這種差異首先表現在強制性的淵源不同，強制性合同的強制力量源於法律的規定，而在一般條款中，強制力量源于條款擬定方在經濟上的絕對優勢地位。[31] 不僅如此，兩者在強制內容上也存在差異，強制性合同中的強制是指在訂約的過程中法律強使一方負有承諾的義務，而一般條款中所體現的強制則是指由於締約雙方的經濟地位過於懸殊，從而使得條款擬定方的意志在訂約的過程中居於主導和支配的地位，對方當事人的意志不能對合同的內容產生影響。[32]

概言之，強制契約的法定性和一般條款的意定性是兩者最為顯著的特徵。

其次，強制締約與命令契約也存在著差異。命令契約是指國家或者國家機關依據法律規定，以命令代替當事人間之合意，使當事人間發生某種法律關係。[33]“命令契約是以政府行為取代當事人的意思，而成立私法上的契約關係。”[34] 命令契約的名稱為德國學者Hedemann、Larenz等所創，往往是作為戰爭中國家統制社會經濟的形式而被加以運用，不過，這種形式在改革開放前的大陸地區、前蘇聯、東歐、古巴、北朝鮮等實行計劃經濟體制的社會主義國家的經濟生活中尤為常見。國家機關利用命令契約的目的在於操縱私人之間的財貨交易或分配活動，通過國家的意志實現來社會資源或財富在社會成員之間的移轉。強制締約與命令契約的差異主要體現在：在強制締約的場合，雖然法律科以受要約人以承諾的義務，從而使一方當事人的契約自由受到限制，但另一方當事人卻仍然享有要約自由，繼續享有締約意思自由權；而命令契約則不問當事人雙方是否有締約的意思，國家機關依其法律關係之形成行為，使私人之間發生與成立契約同樣的法律關係。因此，雖然兩者都體現了國家對自治的管制，但是命令契約被認為是統制契約自由之最高法律形式，把交易在國民生活秩序之下組織化之最高契約形態。雖然有學者認為，命令契約因非以當事人合意為基礎，已失契約之真正意義，[35] 但命令合同的實質仍然是以公法上的行政行為作為依據，於特定背景下形成的私法意義上的合同關係。[36] 在這個意義上，命令契約也沒有脫離強制締約範疇，其不過是強制締約的一種更為極端的形式而已。[37] 需要明確的是，所稱之“極端”僅限於法律對

29. 冉克平：《強制締約制度研究》，北京：中國社會科學出版社，2010年，第74頁。
30. 楊崇森：《私法自治制度之流弊及其修正》，載於鄭玉波主編：《民法總則論文選輯》，臺北：五南圖書出版公司1985年，第130頁。
31. 尹田：《法國現代合同法》，北京：法律出版社1995年，第39頁。
32. 強制締約和預約也有區別，兩者之間的區別源自效力來源的不同，預約是本約的效力來源，當事人之所以有簽訂本約的義務，源自預約的有效性；而強制締約的效力來源於法律的直接規定或者社會公共利益、社會公德的本質要求。所以，當事人基於預約而簽訂本約不符合強制締約的規格。作此區分的價值之一在於，預約可能無效或者被撤銷，當事人締結本約的義務隨之消失，而強制締約的義務則不存在這樣的問題。參閱崔建遠：《強制締約和中國化》，載於《社會科學戰線》2006年第5期
33. 楊崇森：《私法自治制度之流弊及其修正》，載於鄭玉波主編：《民法總則論文選輯》，臺北：五南圖書出版公司1985年，第141頁。
34. 王澤鑒：《債法原理(一)基本原理債之發生》，北京：中國政法大學出版社，2001年第1版，第77頁。
35. 孫森焱：《民法債編總論》，臺北：三民書局1986年版，第22頁。
36. （日）美濃部達吉著，黃馮明譯：《公法與私法》，北京：中國政法大學出版社，2003年，第169頁。
37. 冉克平：《強制締約制度研究》，北京：中國社會科學出版社，2010年，第71頁。

締約決定自由的高度限制，至於命令合同當中負有締約義務的雙方仍然可以就合同的標的價格、履行地點、履行期限、履行方式以及違約條款的設置等進行自由的磋商。[38] 從這個角度來看，命令契約的自由程度似乎比社會保險合同更高，因為社會保險合同直接掛鈎于雇傭合同，其締約與否、締約類型和繳費多少完全由社會保障法明文規定，被保險人只需依據自身年齡、繳費年限、薪酬高低、家庭狀況等因素進行“分檔分類”，其合同內容完全沒有自由磋商的空間。[39]

5. 強制締約概念的得出

給一個法律術語下定義不是一件容易的事情，儘管有多種方法和角度可供參考，但有一個原則必須予以把握，那就是言簡意賅但不失準確。通過上述問題的分析和解答，基本上可以對強制締約制度的內涵和外延有一個比較全面的認識，鑒於此，強制締約的可定義如下：所謂的強制締約指的是依照法律規範，於特定情形下對民事主體施加的與他人訂立合同的義務。

該定義雖然極為簡單，但我們透過以上分析去可以從不同的角度和側面，也可以從強制締約的內涵和外延來解讀強制締約制度的真是內容。譬如，強制締約的方式通常包括強制承諾，但強制要約亦屬於強制締約制度中的常規形態；強制締約既有可能為一方當事人設定義務，也有可能為雙方當事人都設定強制締約義務。譬如，沉默在普通合同關係中不推定為要約或承諾的意思表示，但在強制締約制度當中強制締約義務人一方往往會因為締約決定自由的排除而獲得了要約或承諾的特殊資質，強制締約也不會因為締約義務人保持沉默而喪失其既定的法律效果。再譬如，強制締約雖然常常和一般條款的交叉使用增強法律對合同自由的限制效果，但強制締約卻屬於獨立於締約內容強制之外的法律制度，與此同時，命令合同卻屬於強制締約的特殊形式。此外，我們還可以得出強制締約雖然在常規情況下保護締約相對人的合理利益，但也不排除在特定情況下也有可能為第三人的利益，甚至是為了強制締約義務人的自身利益提供保護的結論。

可以說，對一個簡潔法學概念進行詮釋，以界定其內涵和外延，以及該概念適用的條件等，是法學研究的重要內容。[40] 以上就強制締約概念得出的一些結論則有助於我們準確理解強制締約的真實含義，也有助於我們在法律實務當中正確合理的適用強制締約制度。

二、強制締約制度的法律屬性

強制締約制度就從本質而言它是對契約當事人一方就締約自由的一種限制，而這種締約自由是否屬於法律所明確規定的一項權利呢？如果是一種權利，那它又是一種什麼性質的權利？如果對上述問題有一個明確的回答，實質上就是對強制締約制度的法律屬性有一個明確的定位。

1. 強制締約制度和締約決定自由

“合同的基本目的就是打碎束縛人們的桎梏，讓他們盡可能的自由行動”；“如果在公共政策所要求的東西之外還有什麼，那就是有正常理解力的成年人應有最大限度的締約自由”。[41] 由是可見，契約自由不僅是法律所追求的一個目標，同樣是構築合理社會的一個基石。依據契約自由原則，合同的成立必須是雙方當事人意思表示一致，間而達成合意的結果。其間，意思表示一致，即合意的達成有一個不可規避的要件，那就是意思表示的自願性，“因為任何人都不可能被意向不符合其意願的合同關係所約束。”[42] 訂立合同，首先意味著自願，就其價值而言，自願對於合同有效性的價值位階甚至要高於締約能力，要高於合同內容的合法性，當然也要高於合同成立的形式要件。[43] 因此，強制締約限制的是契約當事人的締約自由，更準確的講，限制的是契約當事人締約意願的自由。

如果我們繼續深入思考，限制契約當事人的締約自由主要有兩種可能，其一限制當事人是否訂立合同的自由，即限制當事人拒絕與他人訂

38. 冉克平：《強制締約制度研究》，北京：中國社會科學出版社，2010年，第71頁。

39. 關於澳門社會保障制度的現狀可參閱楊鳴宇：《澳門社會保障制度的思維變遷——<社會保障和養老保障體系重整諮詢方案>的研究》，載於於《澳門研究》，澳門：澳門基金會，2010年，第71-72頁。

40. （德）卡爾 拉倫茨 著，陳愛娥 譯：《法學方法論》，2005年，北京：商務印書館，第316頁。

41. （德）伯納德/施瓦茨著，王軍等譯：《美國法律史》，北京：中國政法大學出版社，1989年，第125頁。

42. 尹田：《契約自由與社會公正——法國合同法中的意思自治原則的衰落》，載於梁慧星主編《民商法論叢》（2），北京：法律出版社，1994年， 第264頁。

43. 冉克平：《強制締約制度研究》，北京：中國社會科學出版社，2010年，第77頁。

立合同的權利；其二，限制契約當事人選擇合同相對人的自由，即在特定的交易領域，提供標的物的一方自由選擇合同對象的權利被法律明確剝奪。換言之，強制締約制度的出現，改變了當事人訂立合同必須自願的原則，是法律對特定的民事主體施加的與他人訂立合同的義務。毫無疑問，從締約自由的一種“締約權利”演變為一種必須履行的“締約義務”，這個過程的轉變是對契約自由原則最大限度的干預。[44] 強制締約制度的本質就是對當事人之間自由、自願締約契約的限制。

再聯繫到具體的法律制度，強制締約可從不同的方面限制締約自由，譬如，《澳門民法典》第一千三百零八條第一款（優先權）規定，任何共有人向第三人出賣其份額或以其份額作代物清償時，其他共同權利人享有優先權，且優先於其他法定優先權人。在這裏，法律沒有規定締約強制的義務，但規定了如果出賣共有物，則必須和其他共有人之間的優先締約權，即締約對象的選擇自由受到限制。再譬如，法律僅限制民事主體是否訂立合同的自由，但保留其選擇相對人的自由，典型者為交通責任強制保險合同，提供該險種的有眾多的保險公司，機動車所有者可以自行選擇，但對於是否締約卻沒有任何的自由空間。[45]

2. 強制締約制度和人格自由權

強制締約限制的是的締約自由，更確切的講，它束縛的是契約當事人一方的締約意志自由。在民事法律規範當中，法律調整的範圍主要分兩類，一類是財產權，另一類則是人身權，而人身權當中又可分為人格權和身份權。強制締約當然不會和財產權之間發生法律上的關聯，也不會和身份權發生關聯，按照這樣的推理，強制締約制度調整的對象只能是民事主體的人格權。再具體的講，人格權又可分為人格尊嚴、人格獨立和人格自由，[46] 因此強制締約最有可能限制的是民事主體的人格自由。那問題就在於，強制締約就從實質來講限制的是契約當事人一方的締約意志自由，那麼締約意志自由屬於人格自由權的一種嗎？或者從更寬泛的意義上講，締約意志自由是人身自由權的調整範圍嗎？對此我們要具體加以分析。

1）自主決定和人身自由權

有學者認為，人身自由權僅僅指身體行動的自由，不包括精神活動的自由，也因此不包括意志自由。“人身自由權是支配身體、行動的自由權，僅限於人身不受非法的拘束和限制的狀態，並不包括精神活動範疇的自由。”[47] 該觀點就認為，如果人身自由權若將精神自由包括在內則顯得調整範圍過於寬泛，更為重要者，它因此很難和憲法所規範的言論自由、表達自由等相區分，因為這些自由權的本質是國家承擔的義務，其義務主體是國家而非其他的民事主體。與之相反，也有觀點認為，人身自由權應當包括身體行動的自由和精神活動的自由，並認為，身體行動的自由指的是自然人自由支配自己身體，不受他人非法干涉的狀態，精神活動的自由指的是心理活動表達于外部的自由以及意思決定的自由，例如宗教信仰、言論自由、投票自由，也包括合同締結自由等。[48]

上述兩種觀點的主要分歧也就是我們分析的關鍵，即人身自由權是否包括精神活動的自由，是否包括締約意志的自由。從釋義學的角度講，所謂的精神活動的自由實質上是思想的自由、意志的自由，以及思維活動的自由，[49] 反映的法律行為當中，則是指民事主體將自己的意志表達於外部，而不受他人限定的自由。從思維意志的自由狀態到一個自由完整的法律行為，其自由的“內部精神”和“外部行動”很難進行切割，換言之，意志決定自由和行為表示自由共同構成法律行為，也共同構成民法意義上的契約自由和私法自治。[50] 按照這樣的分析，包括締約自由在內的意志行為自由也應當屬於人身自由權的範圍。其實，就從立法和司法的實踐來看，人身自由權將意志決定自由囊括在內的做法已不是少數。《德國民法典》第八百二十三條中所表述的“自由”也將通過脅迫和欺詐來干涉意思決定自由的行為作為自由發展人格，即人身自由權調整的對象。[51] 在日本民法中，人身自由權被侵犯的情形既包括對身體自由的侵害，也包括欺詐、脅迫等對意志自由的侵害。[52] 在臺灣地區則透過私法判決對此予以確認：“唯查所謂侵害他人之自由，並不剝奪他人之行動或限制其行為自由為限，

44. （德）梅迪庫斯 著，杜景林等 譯：《德國債法總論》，北京：法律出版社，2004年，第70頁。

45. 比較參閱冉克平：《強制締約制度研究》，北京：中國社會科學出版社，2010年，第78-79頁。

46. 王利明：《人格權法研究》，北京：人民大學出版社，2005年，第14頁。

47. 王利明：《人格權法研究》，北京：人民大學出版社，2005年，第390-391頁。

48. 持這種觀點的尤其以臺灣地區的學者居多，參閱史尚寬：《債法總論》，北京：中國政法大學出版社，2000年，第148-149頁；又見鄭玉波：《民法債篇總論》，北京：中國政法大學出版社，2004年，第129頁。

49. 楊立新：《自由權之侵害及其民法救濟》，載於《法學研究》，1994年，第4期。

50. 冉克平：《強制締約制度研究》，北京：中國社會科學出版社，2010年，第85-86頁。

51. （德）迪特爾 施瓦布著，鄭沖譯：《民法導論》，北京：法律出版社，2006年，第207頁；又見迪特爾 梅迪庫斯著，杜景林、盧謀譯：《德國債法分論》，北京：法律出版社，2007年，第637-638頁

52. 於敏：《日本侵權行為法》，北京：法律出版社，2006年，第168頁

即以強暴、脅迫之方法影響他人之意思決定，或對其身心加以威脅，使生損害，亦包括在內。”[53] 由是可見，意思決定自由包括在人身自由權之內已是一個比較確定之結論，於此，強制締約制度的直接指向是限制締約意志的自由，對締約意志的自由歸根結底還是對民事主體人身自由權的限制。確實，將意志決定自由歸屬於民事主體的人身自由權更符合法律行為的內在要求，畢竟“心素”也是構成法律行為不可或缺的組成部分。從這個角度來看，我們基本可以得出如下結論，即強制締約制度限制的是締約意志的自由，該制度也因此是限制民事主體人身自由權的法律制度。

2）觀點評析

至於部分學者認為將精神活動自由列入人身自由會導致其調整範圍過於寬泛，或者會和公法制度，尤其是憲法所調整的言論自由、表達自由等產生混淆，亦無法在兩者之間作準確界定，[54] 該結論缺乏強有力的法理依據。

首先，調整範圍的寬泛程度是大是小從來不是判定人身自由權範圍的標準，也從來不是判定任何法律領域的標準。相反，只要是應該屬於該部門法所調整的內容，即使是範圍再為廣闊，內容再為複雜，也不會因此而排除出調整範圍。譬如民法制度，民法包涵的內容就及其龐雜，債法、物權、親屬家庭、繼承等都可以獨立城篇，甚至債法當中的合同法和侵權法都可以獨立城篇，但他們都歸屬於民法調整的範圍之下。因此上述觀點很難得到支持。

再者，因為公法制度主要調整精神意志方面的自由權而將締約意志自由權排除出民事人身自由權的調整範圍，該論據也顯得極為牽強。其實，公法制度和私法制度之間不排除有共同調整的法益和價值秩序基礎，也因此會產生所謂的“第三人間接適用”方法，將公法制度適用至私法規範。[55] 但不能懷疑的是，兩之間調整的主體、對象，尤其是性質存在著截然不同之處。[56] 概言之，同一價值秩序可以同時置於公法和私法調整之下，也會因此而產生調整對象的表面上的“衝突”或“重疊”。以澳門基本法和《澳門民法典》為例，《澳門民法典》有專門的章節對所謂的一般人格權作詳細的規定，這和《澳門基本法》中有關人格尊嚴的規定相當的類似。譬如，《澳門基本法》第三十條明確的規定了澳門居民的人格尊嚴不受侵犯，禁止（政府）用任何方法對居民進行侮辱、誹謗和誣告陷害，以確保澳門居民享有個人的名譽權、私人生活和家庭生活的隱私權。該條款和《澳門民法典》有關人格權的內容幾乎完全一致。《澳門民法典》第七十三條對名譽權的規定，第七十四條對私人生活隱私權的規定，第七十九條對個人資料之保護（隱私權）等，都可以看出兩者之間在調整對象方面有“雷同”之處。但需要明確的是，具體制度看起來再怎麼“相似”，或者“雷同”，他們都歸屬於不同的法律調整範圍。[57] 基本法所調整的人格尊嚴避免的政府公權力過多的干預公民的私有空間和獨立人格，[58] 民法調整的人格權主要防止平等的民事主體之間不要侵害對方的各種隱私，包括姓名權、肖像權等。因此，同樣是對人格的調整，基本法和民法有著截然不同的含義。再聯繫到之前的觀點，有學者認為精神意志的自由應當（僅僅）由公法來調整而不能由私法來調整，以避免產生公私法調整對象的重疊，該結論甚是值得商榷。

三、結論

透過對具體制度的分析，基本可以解讀出一項特定制度在特定國家或地區的法制狀況，本文就是出於這樣的研究動機對澳門現行法下的強制締約制度作一個較為全面的研究。通過研究表明，澳門法下的強制締約不僅包括強制承諾，同時也包括強制要約；儘管沉默在一般締約情形下不具備法律效力，但在強制締約方面，無論是強制要約還是強制承諾，沉默都不能阻止締約行為與合同效力的發生；在內容強制方面，澳門的合約一般制度已經將這方面的強制內容從強制締約制度當中排除出去，兩者屬於並列關係而非包含關係。從法哲學的角度來看，強制締約隨時民法制度，但實際上卻是限制了民事主體的自主決定權，是對民事主體人身權的限制。又因為強制締約制度實質上是以特別法的形式介入民事主體的自主決定權，所以強制締約制度的背潛伏現公權力的影跡，契約自由為體，公法管制為用，兩者相映成輝，隱現交軌，共同實現民事主體的實質平等。

53. 臺灣1992年度臺上字第200號判決。
54. 王利明：《人格權法研究》，北京：人民大學出版社，2005年，第390-391頁。
55. Carlos Alberto Da Mota Pinto：《民法總論》，澳門：澳門法務局、澳門大學法學院，2001年，第34頁。
56. （德）迪特爾 施瓦布著，鄭沖譯：《民法導論》，北京：法律出版社，2006年8月，第61頁及以下。
57. 比較參閱冉克平：《強制締約制度研究》，北京：中國社會科學出版社，2010年，第87頁
58. 張千帆：《憲法學導論》，北京：法律出版社，2004年，第489頁。

ANÁLISE DO SISTEMA CONTRATUAL OBRIGATÓRIO

Pesquisa elaborada à luz das leis de Macau

Por Liu Yi[1]

1. Um candidato de doutoramento de direito civil e comercial na Faculdade de Direito de Macau da Universidade de Ciência e Tecnologia.

I. Conceito e Significado de Obrigação Contratual ; 1. Aceitação obrigatória e oferta obrigatória ; 2. O Silêncio e a contratação obrigatória; 3. Contratação obrigatória e o conteúdo obrigatório do contrato ; 4. Diferenciação entre a contratação obrigatória e conceitos análogos; 5. O conceito de contratação obrigatória; II. Propriedades legais do sistema contratual ; 1. Sistema contratual obrigatório e a liberdade na decisão de contratação; 2. Sistema de contratação obrigatória e o direito de personalidade ; 1) Poder discricionário e direito de liberdade pessoal ; 2) Análise sobre opiniões ; III. Conclusão

Muito embora, sejam muitas as vozes que defendem que a liberdade contratual deva ser restringida, importa, no entanto, acautelar a melhor forma de o fazer, ou seja, em que termos e em que moldes deverá ser limitada essa liberdade?

Na prossecução de uma resposta definitiva, debrucemo-nos, antes de mais, sobre o verdadeiro significado da expressão liberdade contratual.

Na prática, falar em liberdade contratual é, no fundo, falar da liberdade de contratar ou não, da liberdade sobre o conteúdo do contrato ou da liberdade sobre a forma de contrato.

Assim, e no tocante a uma possível restrição da liberdade contratual, atentemo-nos, antes de mais, sobre a hipotética possibilidade de controlar de alguma forma a liberdade de contratar ou não.

De facto, o sistema contratual obrigatório é um sistema jurídico destinado a limitar a liberdade contratual nos termos civis, cujo escopo final se centrará num equilibrio entre a liberdade contratual e a justiça do contrato (substância).

Na década de 30 do século passado, foram inúmeras as discussões académicas sobre a implementação de um sistema contratual obrigatório na Alemanha.[1] O mundo académico quer na China continental quer nas Ilhas Formosas voltou, igualmente, as suas atenções para este problema nos últimos anos, mediante a apresentação de vários estudos e debates doutrinários sobre esta temática, os quais se tornaram verdadeiramente fundamentais para um estudo mais apropriado sobre o sistema contratual obrigatório em Macau[2], acabando por fazer jus ao velho ditado chinês: *Pedras de outros morros podem servir para polir o jade deste morro* (os conselhos de outras pessoas podem ajudar a superar as nossas dificuldades).

I. Conceito e Significado de Obrigação Contratual

Hans Karl Nipperdey, ilustre académico alemão, no seu livro *Kontrahierungswang und diktierter Vertrag* (Contratação Obrigatória e Contrato Obrigatório), publicado em 1923, define a contratação obrigatória como *"os direitos legais e benefícios que um usufrutuário pode exigir a um sujeito relativamente à celebração de um contrato, cujo conteúdo específico possa vir a ser designado por um terceiro, salvo quando existam restrições a esse fim, por via de disposições legais e afins"*. [3]

Parte da doutrina, defende que a contratação obrigatória, também designada como contratação forçada ou contrato obrigatório, vincula em algumas circunstâncias especiais e por força de uma solicitação, um indivíduo ou uma empresa, à outorga de um contrato, sem que a outra parte possa rejeitar a proposta sem justificação[4].

De outra banda, há quem sustente que a chamada contratação obrigatória se dirige, de acordo com as disposições legais, à parte que assume a obrigação contratual após solicitação da contraparte com vista à celebração do contrato.[5]

Por fim, há, ainda, quem argumente que a contratação obrigatória se encontra alicerçada em disposições imperativas dos direitos do Estado, coartando, por um lado, a liberdade de uma das partes na celebração do contrato, mas preservando a liberdade de escolha dos sujeitos contratuais, ou, por outro lado, revogando a liberdade de escolha

1. Nipperdey, Kontrahierungswang und diktierter Vertrag, 1923; Jan Busche, privatautonomie und Kontrohierungszwang, 1999.

2. References for mandatory contracting system in Mainland China: Yao Xinhua, On the Freedom of Contract, published on Journal of Comparative Law, Issue 1 of 1997; Cui Jianyuan, Mandatory Contracting and Its Sinicization, publicado na Social Science Front, Issue 5 de 2006; Zheng Yongkuan, Realization of the Right of Preemption of Several Co-owners – Interpretation and Application of Article 101 of Property Law, publicado no Legal Science, Issue 2 of 2008. References on related researches in Taiwan: Yang Congsen, The Abuses of Autonomy of Private Law and Their Correction, publicado na Collection of Papers on Civil Laws and Debts (I), Taipei: Wunan Press, 1984.

3. Nipperdey, Kontrahierungswang und diktierter Vertrag, 1923, S. 7.

4. Wang Liming, Study on Contract Law (1), Beijing: China University of Politic Science and Law Press , P87.

5. Consulte por favor, Ji Ruijia, On the Obligation of Mandatory Contracting, Tese de Mestrado da China University of Politic Science and Law, P16; comparativamente consulte Yang Zhen, On Anglo American Contract Law , Beijing: Peking University Press, 2007 , P2.

de uma das partes, preservando, no entanto, a possibilidade de não celebração, ou, ainda, e em última instância, a impossibilidade de não ter a liberdade de não celebrar o contrato ou até mesmo de escolher as partes com quem se contratualiza.[6] Para além destas, a doutrina afirma, também, muito claramente que o conceito de obrigatoriedade contratual contém contradições lógicas, cuja justificação é que não se podem justificar, pois um contrato só pode ser estabelecido através de um consenso e nenhum contrato efectivo poderá ser estabelecido em circunstâncias forçadas.[7] Ou seja, um contrato não pode ser celebrado de maneira forçada, de modo que a contratação não pode coexistir com obrigatoriedade.

Tal como demonstrámos *supra* e, pese embora, todos estes pontos de vista partam de ângulos e intensidades bem distintas, todos procuram, com algum mérito, diga-se, demonstrar o verdadeiro significado do sistema contratual obrigatório, malgrado persistam algumas questões a necessitar de um maior aprofundamento, designadamente se a contratação obrigatória deverá cingir a restrição da liberdade do contraente apenas ao contrato, ou se, deverá ir mais além, impondo restrições ao próprio conteúdo do contrato, mediante a obrigatoriedade de "conteúdos específicos".

Aquando da celebração de um contrato, devemos ter sempre em linha de conta ambos os interesses em jogo, isto é, deveremos ter sempre em atenção quer a oferta, quer a aceitação.[8]

Neste sentido, será que a contratação obrigatória dirá, apenas, respeito à aceitação obrigatória de uma das partes do contrato, ou dever-se-á, também, incluir a oferta obrigatória?

A contratação obrigatória restringirá a liberdade de apenas um dos contraentes, ou, ao invés, poderá restringir a liberdade contratual de ambas as partes em circunstâncias muito concretas?

Antes de procurarmos desvendar o nó gordio da questão axial em análise, importa aferir, antes de mais, aferir se, obrigatoriedade e contratação podem coexistir dentro do sistema legal vigente em Macau.

Para melhor compreender todas questões, proporcionando uma cabal definição da obrigação contratual, urge esclarecer os seguintes aspectos:

1. Aceitação obrigatória e oferta obrigatória

Alguns académicos defendem que a contratação obrigatória diz respeito à obrigação que um indivíduo ou empresa têm em celebrar um contrato com as contrapartes, após solicitação. Dito de outro modo, trata-se de um compromisso singular ou colectivo de não, ser possível, rejeitar determinada oferta sem causa justificativa. Razão pela qual, o modo essencial da obrigação contratual ser a aceitação obrigatória.[9]

Destarte, há quem considere que, para além da obrigação de aceitação, também a obrigação de oferta do sujeito deverá estar incluída na obrigação contratual.[10]

A aceitação obrigatória diz, essencialmente respeito a uma forma imperativa de contratação obrigatória, imposta por lei ao sujeito civil, impelindo-o a aceitar a proposta apresentada pela contraparte[11]. Geralmente, quando uma parte propõe a outra uma oferta, esta não tem qualquer obrigação de a aceitar[12], excepto quando tal tenha sido previamente previsto em negociações preliminares, ou pré-contratuais[13], obviamente, razão que não se verifica, de todo, na contratação obrigatória onde são as próprias disposições imperativas que impedem, sem qualquer justificação, uma das partes de rejeitar a oferta que lhe foi proposta. A título meramente ilustrativo, damos como referência o Artigo 2o do Decreto No.50/88/M de Macau (Base Geral do Sistema Legal de Transportes de Macau), o qual enumera as principais funções do sistema de transporte da forma como segue:

a) Garantir a existência dos tipos e níveis de serviços de transportes de passageiros e de mercadorias ajustados ao normal desenvolvimento das actividades exercidas no Território;

b) Satisfazer as necessidades de mobilidade diária da população.

Ora, se considerarmos que o objectivo geral de um qualquer serviço de transportes se traduz na satisfação das necessidades diárias da população, teoricamente uma empresa de transportes não deveria rejeitar um pedido de contratação proposto pela contraparte sem motivo aparente. Donde se intuí que, em Macau, tais cláusulas apenas se destinam à aceitação obrigatória das concessionárias envolvidas nos transportes públicos.

A par das disposições *supra* mencionadas para os serviços de transportes de passageiros, existem, igualmente, disposições semelhantes no que ao transporte por Táxi diz respeito, designadamente o estatuído no Artigo 12º, n.1, al. b), do Regulamento do Transporte de Passageiros em

6. Yin Tian, Modern Contract Law of France, Beijing: Law Press, 2009, P44.
7. Ran Keping, Study on Mandatory Contracting System, Beijing: China Social Sciences Press , 2010, P78.
8. Liu Gaolong and Zhao Guoqiang como editores-chefe, New Theory on the Laws of Macao (I), Macao: Macao Foundation 2005, P218.
9. Wang Liming, Study on Contract Law (1), Beijing: China Renmin University Press , 2002, P149
10. Zheng Yubo, Pandect on Liability Chapter of Civil Law, Beijing: China University of Politic Science and Law Press, 2004, P33-34
11. Ran Keping: Study on Mandatory Contracting System, Beijing: China Social Sciences Press, 2010 , P 64 .
12. Carlos Alberto Da Mota Pinto: General Principles to Civil Law, Macao: Macao Legal Affair Bureau, Macao University Press, 2001, P42.
13. Zhu Linlin: Brief Analysis on Existing Precontract System, published on the Journal of Public Administration of Macao, 2005, P 1190 .

Automóveis Ligeiros de Aluguer, ou Táxis, também designado por Regulamento dos Táxis de Macau, aprovado pela Portaria N.366/99/M, o qua reza como segue:

"Obedecer ao sinal de paragem que lhe seja feito por qualquer pessoa que deseje utilizar o táxi, quando este circular com a indicação de «livre», salvo nas zonas em que a paragem é proibida".

Semelhante obrigação de aceitação obrigatória, têm as chamadas empresas de serviços públicos essenciais, onde se incluem as empresas de fornecimento de água, energia e gás.

O Artigo 28º, n.2, do Contrato de Prorrogação da Concessão do Serviço Público de Abastecimento de Água na Região Administrativa Especial de prevê que:

"A CONCESSIONÁRIA deverá prestar o serviço de abastecimento de água aos utentes, com os quais celebrará Contrato-Tipo, depois de ter recebido a comunicação dos mesmos para o efeito, e de esses mesmos utentes a terem informado sobre a sua adesão às cláusulas do Contrato-Tipo"

Aqui temos um exemplo claro da obrigação de aceitação obrigatória por parte da empresa de abastecimento de água no que ao fornecimento do serviço diz respeito, após solicitação do utente, ou da oferta do consumidor. Ora se compararmos este sistema de contratação obrigatória, com a aceitação obrigatória, facilmente anuímos para a necessidade de, também aqui, dever ser incluída a oferta obrigatória assente no princípio do direito contratual.[14]

A oferta obrigatória diz respeito à forma de contratação obrigatória imposta por lei ao sujeito contratante, ao qual se exige que envie essa mesma oferta aos outros sujeitos[15].

Quer estejamos perante uma contratação obrigatória ou perante uma contratação regulada pelas regras normais, o contrato deverá, sempre, ter como base os direitos e obrigações de ambos os contraentes, sendo que o seu escopo deverá ser, sempre, o resultado do acordado entre ambos os contraentes[16]...*"Os modos de contratações especiais, como o cross offer, onde a realização e propósito ocorrem simultaneamente no decurso da contratação, consistem apenas em formas especiais de oferta e aceitação"* .[17]

Na realidade, não faltam exemplos de ofertas obrigatórias no sistema legal vigente na RAEM, muito em particular no âmbito dos Valores Mobiliários e Seguros. Isso mesmo nos diz o Artigo 2, n.1 do Decreto No.57/94/M, Regime Legal Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel, onde podemos ler:

"A obrigação de segurar impende sobre o proprietário do veículo, exceptuando-se os casos de usufruto, venda com reserva de propriedade, regime de locação financeira e de direitos de uso estipulados em contratos de alienação de veículos, em que a obrigação recai respectivamente sobre o usufrutuário, adquirente com reserva de propriedade, locatário ou usuário do veículo".

Tendo em consideração a segurança rodoviária como um bem público a proteger, o proprietário ou ocupante do veículo tem o dever de celebrar um contrato de seguro obrigatório com a empresa de seguros. Aqui, a especificação de que o proprietário ou ocupante *"tem de celebrar um contrato de seguro obrigatório com a companhia de seguros"*, implica, que seja o proprietário do veículo a fazer a oferta contratual à companhia de seguros, assumindo, assim, a obrigação de oferta obrigatória.

Outro exemplo é o Artigo 2, n.1 do Decreto N.104/99/M, Regime legal do seguro obrigatório de responsabilidade civil de embarcações de recreio (ER), cuja disposição acerca desta temática, reza como segue:

"A obrigação de segurar impende sobre o proprietário da ER, exceptuando-se os casos de usufruto e de venda com reserva de propriedade, em que a obrigação recai respectivamente sobre o usufrutuário ou o adquirente com reserva de propriedade".

Conforme dita a norma, a obrigação de segurar impende sobre o proprietário da ER, salvo nos casos de usufruto e de venda com reserva de propriedade, em que a obrigação recai respectivamente sobre o usufrutuário ou o adquirente com reserva de propriedade. No que ao modo de contratação, diz respeito, também aqui a obrigação de contratar um seguro a realizar pelo proprietário da ER e/ou gerente, é, também ela, uma obrigação de oferta obrigatória.

Conforme aludido *supra*, as leis e regulamentos em vigor em Macau contemplam variadíssimas disposições de oferta obrigatória, onde a parte obrigada a enviar a oferta obrigatória deve ficar sujeita à força jurídica vinculativa[18] e a contraparte da oferta deverá obter uma qualificação ou posição especial, em virtude dessas mesmas disposições de oferta obrigatória.

Tal qualificação ou posição significa, por um lado, que a visada pode optar por aceitar ou recusar tal aceitação, e, por outro, que as disposições jurídicas específicas, não permitem ao oferente escolher livremente o aderente, contrariamente ao que se verifica na contratação comum, em

14. Sun Xianzhong, Textbook on Civil Law of China, Macao: Law School of Macao University, 2005, P325
15. Ran Keping, Study on Mandatory Contracting System, Beijing: China Social Sciences Press, 2010, P65.
16. (Japan) Zentaro Kitagawa, The Contract Law and Model Contract Law of China, published on the Laws of Foreign Countries, 1987 , Issue 3.
17. Cui Jianyuan, Wang Liming, New Theory on Contract Law (General Rules), Beijing: China University of Politic Science and Law Press, 2000 , P166.
18. Sun Xianzhong, Textbook on Civil Law of China, Macao: Law School of Macao University, 2005, P326.

que esta mesma qualificação não tem qualquer relevância.

Malgrado, na oferta obrigatória esta especificidade é extremamente relevante, uma vez que é a oferta é obrigatória por parte do oferente, levando-nos a concluir que, em termos comparativos, a restrição da oferta obrigatória sobre a liberdade de contratação é mais rigorosa que a aceitação obrigatória. Dito de outro modo, a lei ao impôr a obrigação de oferta obrigatória a um determinado sujeito, impõe, igualmente ao tomador responsabilidades legais acrescidas[19]. De facto, numa economia de mercado, sempre que a procura é superior à oferta, o prestador de serviços públicos ou de produtos monopolistas, adquire uma posição dominante e decisiva no objecto da selecção, deixando, apenas, espaço à contraparte na contratação para solicitar ofertas.

Em circunstâncias como as que ora se explanam, importa atingir um certo equilíbrio entre ambos os lados, protegendo os interesses da parte mais fraca, ou em desvantagem, e impelindo a parte mais forte ou em vantagem a permitir a aceitação.

Em suma, a contratação obrigatória não se subsume apenas a uma obrigação de aceitação imposta por lei a um determinado contraente, mas inclui, igualmente, a obrigação da oferta imposta a um determinado contratante, cujas disposições obedecem tanto aos princípios basilares do direito dos contratos, como às próprias exigências advenientes da hodierna realidade económica e social.

2. O Silêncio e a contratação obrigatória

Ao analisarmos a oferta e a aceitação obrigatória, é perfeitamente possível encontrarmos uma forma especial de intenção da vontade - o silêncio.

Aqui chegados, importa, antes de mais perceber se o silêncio, pode ou não, ser reconhecido como oferta obrigatória ou como aceitação obrigatória, designadamente quando uma das partes faz uma oferta e a contraparte que assume o encargo da contratação obrigatória não a aceita ou rejeita-a, através do silêncio... .Quais serão as consequências legais que tal silêncio pode assumir? Qual a relação entre o silêncio e a declaração tácita no âmbito do direito civil, no que a esta temática em concreto, diz respeito?

Por declaração tácita, entendemos toda o "comportamento do qual se deduza *com toda a probabilidade* a expressão ou a comunicação de algo, embora esse comportamento não tenha sido finalisticamente dirigido à expressão ou à comunicação daquele conteúdo"...não incluindo, portanto, o silêncio"[20]. Geralmente, embora se constatem algumas semelhanças entre a declaração tácita e o silêncio, este não constitui uma declaração tácita, não tendo, por isso, o efeito jurídico daquela"[21].

Em traços largos, a razão pela qual o silêncio não constitui uma intenção de expressão eficaz, explica-se, pelo facto de a declaração tácita ser uma forma especial de manifestação da vontade em circunstâncias específicas, o que pode valer como uma determinada intenção, em conformidade com situações específicas acabando por surtir um determinado efeito jurídico vinculativo[22], facto que já não se verifica com o silêncio.

No entanto, importa ressalvar que quando a contratação obrigatória é estabelecida com base na exclusão da liberdade de uma das partes expressar a sua intenção, essas regras não são aplicáveis ao sistema de contratação obrigatória. Por outras palavras, tendo em conta as exigências substantivas da justiça, é necessário restringir a liberdade contratual da parte dominante, sendo que a restrição mais completa será a de excluir a liberdade de rejeitar a oferta.

Assim, muito embora o silêncio na contratação obrigatória possa ser presumido como uma forma de intenção de expressão, a oferta ou aceitação, poderão, igualmente, ser presumido como um comportamento factual, desprovido de todo e qualquer efeito legal, tanto na óptica da oferta obrigatória, como na da aceitação obrigatória.

Na oferta obrigatória, já que a manifestação da vontade é obrigatoriamente enviada à contraparte, a liberdade manifestação da vontade é excluída. A elegibilidade de contratação obrigatória não pode ser negada, quer a oferta seja enviada de forma implícita, explícita, ou até mesmo quando não haja qualquer oferta enviada (silêncio de facto).

Por outras palavras, numa relação contratual específica, as disposições legais obrigatórias substituem a autonomia individual da vontade, mesmo quando o sujeito contraente "negue" a elegibilidade contratual da contraparte através do silêncio, não enviando de forma activa determinada oferta contratual. Também aqui, a celebração final do contrato não é afectada.

Concluímos afirmando que, em determinadas situações, o silêncio poderá ser considerado como uma forma de oferta obrigatória, nomeadamente no Artigo 2, n.1 do Decreto No.104/99/M, o qual estabelece o Regime Legal do Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil de Embarcações de Recreio, e onde se constata que o proprietário da ER tem a obrigação de efectuar o seguro. Aqui, a obrigação contratual do proprietário da ER é uma espécie de obrigação legal, a qual tal como o anteriormente verificado para o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, não poderá ser afastado por acordo das partes, ou qualquer outra forma, ainda que o proprietário da ER

19. Japan) Wagatsuma Sakae , traduzido por Xu Hui, Systematics of Creditor ' s Right (I), Beijing: China Legal Publishing House , 2008, P16.

20. Wang Zejian: Principles of the Law of Obligation (I), Basic Theories, The Occurrence of Obligation, Beijing: China University of Politic Science and Law Press, 2001, P79.

21. Carlos Alberto Da Mota Pinto : General Principles on Civil Law, Macao: Legal Affair Bureau of Macao, Macao University Press, 2001, P240

22. (Germany) Dietl Schwab , traduzido por Zheng Chong, Introduction to Civil Law, Beijing: Law Press, 2005, P 346-348

resista à oferta para contratar seguros de forma intencional através do silêncio, este não pode praticar a sua actividade sem proceder ao cumprimento desta obrigação, independentemente da empresa de seguros escolhida.

Indaguemos agora acerca da aceitação obrigatória. Ora, atendendo ao facto de a contratação obrigatória incluir a aceitação obrigatória, o aderente fica desprovido de toda e qualquer autonomia para rejeitar ou aceitar o contrato.

Quando uma parte do contrato manifesta a sua intenção através do envio de uma oferta, a parte que a recebe tem a apenas a opção de aceitar a oferta. A concretização e eficácia do contrato, não é afectada independentemente de a parte concordar de forma expressa, tácita, ou mesmo quando defenda a não contratação de qualquer forma específica. Nestes casos, não existem quaisquer diferenças entre os efeitos de um "acordo silencioso" ou de uma "defesa silenciosa".

Do ponto de vista das disposições legais específicas e considerando a declaração tácita do aderente como uma aceitação, tais disposições actuam de forma a exigir deste, uma resposta necessária, de forma a proteger os direitos do oferente. Na maioria dos países, as leis ou regras comerciais estipulam que, em alguns sectores particulares, como é o caso dos serviços de utilidade pública, ou de alguns contratos especiais, nomeadamente, contratos de trabalho em empresas de utilidades públicas, se o aderente não rejeitar a oferta, tal comportamento é considerado como uma forma de aceitação[23]. O Artigo 1263, n.1 do Código Civil de Macau estatui que:

"O dono de um terreno que, na construção de um edifício em terreno próprio, ocupe, de boa fé, uma parcela de terreno alheio, pode adquirir a propriedade do terreno ocupado, se tiverem decorrido 3 meses a contar do início da ocupação, sem oposição do proprietário, pagando o valor do terreno e reparando o prejuízo causado, designadamente o resultante da depreciação eventual do terreno restante".

Esta disposição indica que sempre que o proprietário do terreno não se oposer nos três meses após a ocupação do mesmo, o resultado final do estado de "silêncio" puro será a perda da posse do terreno. Neste caso, a relação contratual com o silêncio e a relação normal contratual têm diferentes efeitos jurídicos. Os efeitos jurídicos do silêncio no sistema de contratação obrigatória são reconhecidos e apoiados.

3. Contratação obrigatória e o conteúdo obrigatório do contrato

A contratação obrigatória inclui, igualmente, a obrigatoriedade do conteúdo do contrato?

A restrição à liberdade contratual é variada. Pode ser uma restrição à liberdade do contraente, uma restrição à forma específica de contratação e, claro, uma restrição ao conteúdo do contrato. A chamada obrigatoriedade do conteúdo do contrato refere-se à obrigatoriedade das leis sobre o conteúdo do contrato entre ambas as partes, restringindo a liberdade contratual relativa à aferição do próprio conteúdo contratual[24].

Uma vez que as Partes têm legitimidade para determinar o conteúdo do contrato por si mesmas, conduzindo aos resultados esperados pelo direito privado, este mesmo conteúdo, deixado ao livre arbítrio das partes, transforma-se na parte mais importante da relação contratual. Mesmo a norma discricionária estabelecida na lei não é accionada até que se verifique uma falta de acordo das Partes. Por outras palavras, havendo acordo, releva o acordo[25]; quando não existe acordo, accionem-se as disposições legais. Neste caso, e salvo as normas obrigatórias, todas as restantes disposições legais são passíveis de ser afastadas por acordo das Partes, dentro dos poderes estatuídos pela chamada liberdade contratual[26].

A possibilidade de exclusão da cláusula discricionária traduz a importância da liberdade sobre o conteúdo do contrato no regime contratual. No entanto, o conteúdo do contrato acima mencionado, envolve *tout court* negociações entre ambas as partes acerca de cláusulas específicas e não quanto à restrição da liberdade do sujeito contraente. Nesta perspectiva, muitas são as diferenças entre a contratação obrigatória e as restrições ao conteúdo dos contratos. Numa palavra, a contratação obrigatória assenta na restrição à liberdade do contrato, e a restrição do conteúdo do contrato assenta na restrição à liberdade no conteúdo do contrato, através de disposições obrigatórias, razão pela qual, se incluírmos a restrição do conteúdo dos contratos no sistema de contratação obrigatória, a definição tornar-se-á bastante obscura.

Na realidade, as leis e regulamentos vigentes, são pródigos em cláusulas específicas no sentido da restrição ao conteúdo do contrato. O exemplo mais comum são os termos gerais e condições do sistema, o qual apelidamos de sistema de termos padrão na China Continental, assim como as cláusulas e condições gerais na República Federal da Alemanha. O objectivo das cláusulas gerais não é mais do controlar o conteúdo do contrato, intervindo no conteúdo do contrato estipulado pelas partes contraentes, mediante disposições legais imperativas, as quais funcionam como uma barreira restritiva à liberdade contratual na determinação do conteúdo do mesmo, obstando o contra-

23. Li Jun, From " Mandatory Contracting " to " Acceptance First " , published on Legal Applications, 2008, P134-135.

24. Ran Keping, Study on Mandatory Contracting System, Beijing: China Social Sciences Press , 2010, P72.

25. Geng Lin, Mandatory Provisions and Contract Effect, Beijing: China Democracy and Legal System Press, 2009, P43.

26. Carlos Alberto Da Mota Pinto , General Principles to Civil Law, Macao: Macao Legal Affair Bureau, Macao University Press, 2001, P42.

ente dominante a utilizar sua posição de forma abusiva[27].

As cláusulas gerais visam restringir a liberdade de actuação dos sujeitos dominantes, normalmente empresas – as quais, amíude, tendem a abusar da sua liberdade contratual – protegendo, desta forma, a parte mais fraca, normalmente os consumidores que, muitas vezes são confrontados apenas com a hipótese de *"aceite ou vá embora"*[28].

O Artigo 1, n.2 da Lei nº17/92/M, Cláusulas Contratuais Gerais prevê que:

As condições previamente formuladas para valer num número indeterminado de contratos e que uma das partes apresenta à outra, que se limita a aceitar, para a conclusão de um contrato singular, devem ser consideradas como cláusulas contratuais gerais.

Já o Artigo 11o, n.1 da mesma Lei proíbe a inclusão em contratos de cláusulas contratuais gerais que, contrárias aos princípios da boa fé, prejudiquem inadequadamente o aderente. As disposições *legais supra* mencionadas, *restringem*, claramente, a liberdade contratual do conteúdo do contrato.

As leis impõem, pois, uma determinada conduta, obrigatória, na determinação do conteúdo contratual. Muito embora estejamos perante um clara restrição à liberdade contratual, esta não deixa, no entanto, e estar assente em cláusulas contratuais específicas previamente acordadas pelas partes sinalagmáticas. Inversamente, o sistema de contratação obrigatória restringe a liberdade das partes a partir da própria decisão de celebração, ou não do contrato, assim como na própria escolha da própria contraparte.

As diferenças são bastante óbvias.

Antes de mais, a contratação obrigatória não inclui a restrição ao conteúdo do contrato. Claro que o desenvolvimento do sistema contratual obrigatório não pode ser feito sem a obrigatoriedade do conteúdo contratual, mas na prática, se o devedor na contratação obrigatória adenda novas condições de contratação, de forma totalmente arbitrária durante a vigência do contrato, apenas com o objectivo de impedir a contraparte de aceitar as condições de negociação, designadamente aumentando excessivamente o preço da água, da electricidade, ou aplicando uma tarifa de transportes públicos superior à tarifa de táxi.

Advém daqui que, o devedor na contratação obrigatória procura "fugir" à obrigação contratual de forma mais ou menos dissimulada, conduzindo, invariavelmente a uma violação das disposições legais. Nestes casos, a lei impõe, normalmente, uma obrigatoriedade no que concerne ao conteúdo dos contratos públicos em relações contratuais, estabelecendo padrões uniformes, assim como flutuações de preços aceitáveis, evitando, assim, a evasão da obrigação contratual. Medidas, como as que ora aludimos, são essencialmente restrições ao conteúdo dos contratos no âmbito do comércio de recursos públicos onde o sistema contratual obrigatório é aplicável, de forma a que a contratação obrigatória possa, efectivamente, produzir efeitos.

Malgrado, tal não significa que a contratação obrigatória inclua ou estipule uma obrigatoriedade relativamente ao conteúdo dos encargos. De um modo geral e em termos de concepção do sistema, situam-se quase em paralelo, isto é, são medidas paralelas de intervenção para a liberdade contratual na mesma relação jurídica[29]. No que à técnica legislativa diz respeito, o propósito de excluir a obrigatoriedade de conteúdos de contratos, do âmbito de aplicação do sistema de contratação obrigatória, visa, tão-somente melhorar a concepção e estandardizar o sistema contratual obrigatório e as cláusulas contratuais gerais, uma vez que, ambos dependem um do outro com vista a uma maior eficácia no que ao controlo da liberdade contratual diz respeito.

4. Diferenciação entre a contratação obrigatória e conceitos análogos

Os conceitos que carecem de uma diferenciação dizem, estritamente, respeito às Cláusulas Contratuais Gerais, à Directiva contratual (diktierter Vertrag) e à obrigatoriedade contratual (Zwangsvertrag).

Em primeiro lugar, são grandes as semelhanças e diferenças entre a contratação obrigatória e as cláusulas contratuais gerais. A grande característica das cláusulas gerais consiste no facto de o contrato ser preparado previamente por uma das partes, sem qualquer possibilidade da contraparte modificar o conteúdo do mesmo; Ao aderente apenas lhe é permitido concordar ou discordar de todo o cláusulado. Assim como na contratação obrigatória, as cláusulas gerais, ou os termos gerais, constituem também normas "*anti liberdade contratual*", criadas para resistir aos abusos da autonomia do direito privado.

Em termos gerais, e uma vez que não é possível ao aderente fazer qualquer alteração aos termos propostos pelo oferente, este último tem determinadas obrigações imperativas. Dito de outro modo, os termos gerais são frequentemente utilizados pela parte dominante na celebração de um contrato, tentando introduzir conteúdos abusivos, abusando, indevidamente, da inocência ou falta de experiencia do aderente[30].

Ainda assim, existem diferenças óbvias entre um contrato obrigatório e os termos gerais.

Em primeiro lugar, essas diferenças reflectem-se nas diferentes origens de obrigatoriedade. A força de um con-

27. (Germany) Dietl Schwab , translated by Zheng Chong, Introduction to Civil Law, Beijing: Law Press, 2005, P564.

28. Comparativamente consulte Jian Wanning, Study on Protection of Rights and Benefits of Tourists in Macao, Maocao: Macao Professional Tour Guide Association, August 2008, P68.

29. Ran Keping, Study on Mandatory Contracting System, Beijing: China Social Sciences Press , 2010, P74.

30. Yang Congsen, The Abuses of Autonomy of Private Law and Their Correction, published on Collection of Papers on General Rules of Civil Law edited by Zheng Yubo, Tai pei : Wunan Press, 198 5, P130 .

trato obrigatório advém da lei, e ao passo que nos termos gerais, a força obrigatória resulta da posição dominante, ou vantagem económica da parte que redige a cláusula[31].

Em segundo lugar, identificam-se, igualmente, diferenças relativamente ao conteúdo de obrigatoriedade. No contrato obrigatório, a obrigatoriedade refere-se à obrigação de aceitação imposta pela lei à parte obrigada no decorrer das negociações, enquanto que, na obrigatoriedade dos termos gerais, há uma grande distância entre as posições económicas das partes contratuais, sendo que a vontade da parte que prepara a cláusula assume uma posição claramente dominante durante as negociações, não tendo a contraparte qualquer influência ou intervenção no conteúdo do contrato[32]. Em suma, a legalidade da contratação obrigatória e a arbitrariedade dos termos gerais são as características mais marcantes.

Em terceiro lugar, existem também diferenças entre contratação obrigatória e a directiva contratual. A directiva contratual advém de uma autoridade estatal ou governamental, a qual, em conformidade com as disposições legais vigentes, substitui o consenso das partes contraentes através de uma directiva, de forma a que prevaleça a relação jurídica estabelecida entre as partes[33]. "Num contrato de directiva, a vontade das partes envolvidas, é substituída por um acto governamental, estabelecendo-se, desta forma, uma relação contratual de direito privado"[34].

Este conceito de directiva contratual, tem a sua génese em académicos alemães, entre os quais Hedemann e Larenz, sendo usado múltiplas vezes pelo Estado como forma de controlo social e económico em tempo de guerra. Esta forma particular de contrato era bastante comum na vida económica dos países socialistas como a China continental antes da reforma e abertura, a ex-União Soviética, Europa de leste, Cuba e a Coreia do Norte.

O propósito das autoridades governamentais em utilizar as directivas contratuais era, simplesmente, o de poder controlar os negócios de bens ou actividades de distribuição entre particulares, e realizar a transferência dos recursos sociais ou riqueza entre os membros da sociedade, mediante a vontade do Estado, e não das partes contraentes.

A maior diferença entre a contratação obrigatória e a directiva contratual reside no facto de na contratação obrigatória, embora a lei imponha a obrigação de aceitação por parte do aderente, restringindo, consequentemente, a liberdade contratual de uma das partes, a parte contrária ainda dispõe da liberdade de oferta, assim como do direito de liberdade na intenção de contratar; por outro lado, num contrato de directiva, não importa se as partes têm, realmente, intenção de realizar determinado contrato, na medida em que as são as autoridades governamentais que definem a relação contratual entre as partes privadas, em conformidade com o escopo que se pretende alcançar com aquela relação jurídica concreta.

Muito embora, ambas as partes reflictam o controlo do Estado sobre a autonomia da vontade, o contrato de directiva é, por muitos considerado, como a forma suprema de controlo legal sobre a liberdade contratual, organizando os negócios de forma a manter a ordem social.

Apesar de alguma doutrina sustentar a opinião que o contrato de directiva, não poderá ser considerado um verdadeiro contrato, uma vez que não assenta na liberdade contratual das partes e no consenso das mesmas[35], a essência de um contrato de directiva é, ainda, baseada no acto administrativo de direito público, formando, por isso, e sob um ponto de vista específico, uma relação contratual com o sentido de direito privado[36].

Nesse sentido, o contrato de directiva não sai do âmbito da contratação obrigatória e é apenas uma forma mais extrema de contratação obrigatória[37]. Cabe então esclarecer que "extrema" como acima referido, circunscreve-se apenas à restrição da lei sobre o nível de liberdade de decisão contratual e, as partes que assumem a obrigação contratual de um contrato de directiva podem livremente realizar negociações sobre o preço, lugar de desempenho, período de execução, *modus operandi* ou definição das cláusulas de contra-ordenação do contrato[38].

Nesta perspectiva, o nível de liberdade de um contrato de directiva parece ser maior do que um contrato de seguro social, como, por exemplo, o contrato de seguro social que está directamente ligado ao contrato de trabalho. Existem disposições específicas na lei da segurança social relativas à criação, tipo e valores de contribuição para o seguro de tais contratos. Os segurados são "classificados" tendo em conta factores como a idade, anos de contribuição, salários

31. Yin Tian, Modern Contract Law of France, Beijing: Law Press, 1995, P39.

32. Existem também diferenças entre contratação e nomeação obrigatória, que são originados a partir da diferença na fonte do efeito. Nomeação é a fonte de efeito para o contrato e o motivo para as partes contratantes celebrarem o contrato é a eficácia da nomeação, por outro lado, o efeito de contratação obrigatória origina das disposições legais directas ou requisitos essenciais da vida social ou interesses públicos ou ética social. Portanto, quando as partes contratantes celebram um contrato com base numa nomeação, não se enquadra no âmbito de contratação obrigatória. Um dos méritos da diferenciação acima referida é que, um compromisso pode se tornar inválido ou ser cancelado e consequentemente, a obrigação das partes contratantes para celebrar o contrato desaparece também, enquanto a obrigação de contratação obrigatória não tem tal problema. Por favor, consulte Jianyuan Cui, Mandatory Contracting and Its Sinicization, publicado Social Science Front, Issue 5 de 2006.

33. Yang Congsen, The Abuses of Autonomy of Private Law and Their Correction, publicado por Collection of Papers on General Rules of Civil Law edited by Zheng Yubo, Tai pei : Wunan Press, 198 5, P141

34. Wang Zejian, Principles of the Law of Obligation (I), Basic Theories, The Occurrence of Obligation, Beijing: China University of Politic Science and Law Press , 2001 Edition 1, P77.

35. Sun Senyan, Pandect on Obligations in Civil Law, Taipei: San Min Book Co., Ltd., 1986 Edition, P22.

36. (Japan) Tatsukichi Minobe , tranduzido por Huang Fengming, Public Law and Private Law, Beijing: China University of Political Science and Law Press , 2003, P169.

37. Ran Keping, Study on Mandatory Contracting System, Beijing: China Social Sciences Press , 2010, P71.

38. Ran Keping, Study on Mandatory Contracting System, Beijing: China Social Sciences Press , 2010, P71.

e condições familiares, não havendo qualquer espaço discricionário para a livre negociação do conteúdo contratual como um todo[39].

5. O conceito de contratação obrigatória

Definir um conceito legal nunca é fácil de fazer. Muito embora existam muitas perspectivas e métodos referenciais, temos de nos cingir a um princípio específico, que seja ser conciso e abrangente, sem perder o escopo, no fundo temos que encontrar uma definição geral e abstrata do conceito legal em apreciação.

Após tudo o que até ao momento aludimos, é possível chegar a um entendimento relativamente amplo acerca do sistema contratual obrigatório. Assim sendo, podemos definir a contratação obrigatória como a uma forma de obrigação de contratação, imposta a um determinado sujeito, em circunstâncias muito específicas e concretas, e em conformidade com as disposições legais vigentes.

Dada esta simples definição, podemos perceber o verdadeiro significado do sistema contratual obrigatório a partir de perspectivas e aspectos bem distintos, assim como as diferentes variantes de contratação obrigatória. Por exemplo, a forma de contratação obrigatória inclui geralmente a aceitação obrigatória, no entanto, a oferta obrigatória é, igualmente, uma forma comum no sistema contratual obrigatório; a contratação obrigatória pode impor obrigações a uma parte, podendo, também, impor a obrigação de contratação obrigatória a ambas as partes. Por exemplo, numa relação contratual comum, o silêncio não é presumido como uma manifestação de vontade relativamente à oferta ou de aceitação; no entanto, no sistema de contratação obrigatória, a parte que assume a obrigação de contratação obrigatória obtém uma vantagem especial relativamente à oferta ou à aceitação, em virtude da exclusão de liberdade contratual na decisão de contratação, nem perdendo, tão-pouco, o efeito legal estabelecido, apenas porque o devedor permanece em silêncio.

Outro exemplo é que, apesar da contratação obrigatória ser muitas vezes utilizada em conjunto com os termos gerais, com vista a reforçar a restrição das leis sobre a liberdade contratual, a contratação obrigatória é um sistema jurídico independente da obrigatoriedade do conteúdo do contrato. Por fim, temos, ainda, o contrato de directiva o qual consiste numa outra forma especial de contratação obrigatória.

Além disso, podemos concluir que, apesar de a contratação obrigatória proteger, em termos gerais, os interesses do contraente, teoricamente mais frágil, não pode mos esquecer que em condições especiais, também pode proteger os interesses de terceiros ou até mesmo os benefícios da parte que assume a obrigação de contratação obrigatória, ou parte dominante.

Posto isto, podemos, pois, afirmar que a interpretação das definições legais, como a que ora se analisa, constituem uma parte bastante importante no estudo das leis[40]. As conclusões tiradas a partir da definição de contratação obrigatória poder-nos-á ajudar a compreender, com precisão, o significado conceitual em causa, ajudando-nos a aplicar o sistema contratual obrigatório em práticas legais, de forma correta e razoável.

II. Propriedades legais do sistema contratual

Na sua essência, o sistema contratual obrigatório constitui um tipo de restrição à liberdade contratual das partes. Mas será que a liberdade contratual é um direito expressamente previsto na lei? Se assim é, qual é a sua natureza?

No momento em que a doutrina encontrar resposta a estas questões, estaremos habilitados a adoptar uma posição clara e objectiva relativamente às propriedades legais do sistema contratual obrigatório.

1. Sistema contratual obrigatório e a liberdade na decisão de contratação

"O propósito subjacente a um contrato, não é mais que quebrar as correntes que amarram as pessoas, para que estas possam agir tão livremente quanto possível". Para além dos normais e necessários requisitos de políticas públicas, o que importa proteger é a liberdade contratual das partes"[41]. Portanto, a liberdade contratual não é apenas um objectivo da lei, mas também a pedra angular de uma sociedade plural.

Em conformidade com o princípio da liberdade contratual, a celebração de um contrato deve ser o resultado adveniente da intenção da vontade das partes, as quais manifestam a sua vontade de forma expressa e consistente, chegando a um consenso, *"porque ninguém deve ser obrigado a uma relação contratual cuja intenção está de acordo com a sua vontade"*[42]. A primeira característica da celebração de um contrato é a voluntariedade. Em termos de valorativos, a voluntariedade é mais importante do que a eficácia do contrato, a capacidade do contraente, a legalidade dos conteúdos do contrato, ou até mesmo as exigências da forma do contrato[43], vindo a contra-

39. No que diz respeito ao estado atual do sistema de segurança social de Macau, consulteYang Mingyu, The Transition of Ideology in the Social Security System in Maocao, the Study on Consultation Scheme for Reorganization of the Social Security and Pension System, published on Study of Macao, Macao: Macao Foundation , 2010, P71-72.

40. (Germany) Karl Larenz, traduzido por Chen Aie, Methodology of Law, 2005, Beijing: Commercial Press, P316.

41. (Germany) Bernard / Schwartz , traduzido por Wang Jun, et al., History of American Law, Beijing: China University of Politic Science and Law Press , 1989 , P125.

42. Yin Tian, Contract Freedom and Social Justice – The Decline of Intention Autonomy Principle in the Contract Law of France, published in Collection of Papers on Civil and Commercial Laws (2) edited by Liang Huixing, Beijing: Law Press, 1994, P264.

43. Ran Keping, Study on Mandatory Contracting System,

tação obrigatória restringir a liberdade contratual das partes, mais precisamente, a sua liberdade na intenção contratual.

Indo um pouco mais além, verificamos que existem duas possibilidades na restrição à liberdade contratual das partes: Uma é a restrição à liberdade de se celebrar o contrato, ou seja, a restrição do direito de uma parte se recusar a celebrar um contrato com a outra; Outra é a restrição à liberdade do contraente para seleccionar a contraparte no contrato, ou seja, em determinadas áreas específicas, a parte fornecedora está expressamente impedida, por lei, de seleccionar livremente a sua contraparte . Por outras palavras, o surgimento do sistema de contratação obrigatória muda o princípio de que as partes devem agir livremente, aquando da celebração do contrato.

Trata-se de uma obrigação imposta por lei sobre o sujeito aquando da celebração de um contrato com outro. Certamente que a transição do "direito de contratar" na liberdade contratual para a "obrigação contratual" deve ser feita como uma intervenção ao princípio da liberdade contratual na sua forma mais ampla[44], na medida em que a essência do sistema de contratação obrigatória é restringir a contratação livre e voluntária entre as partes.

Relativamente ao sistema jurídico específico, a contratação obrigatória pode restringir a liberdade do contrato em diferentes aspectos. Por exemplo, o Artigo 1308, n.1 (Direito de Preferência), do Código Civil de Macau prevê que, "o comproprietário goza do direito de preferência e tem o primeiro lugar entre os preferentes legais no caso de venda, ou dação em cumprimento, a estranhos da quota de qualquer dos seus consortes".

Aqui, a lei não prevê qualquer obrigação de contratação obrigatória, mas prevê que, quando uma propriedade comum é vendida, o co-proprietário que tiver a iniciativa de vender, deverá, primeiro, conceder aos restantes co-proprietários o direito de preferência sobre essa mesma venda, ou seja, a sua liberdade na escolha das contrapartes do contrato são restritas. Um exemplo adicional é que a lei apenas restringe a liberdade do sujeito relativamente à celebração do contrato, ficando, igualmente, reservado a escolha das contrapartes. Um dos casos mais comuns é o contrato de seguro obrigatório para os passivos rodoviários. Existem muitas companhias de seguros que oferecem esse seguro e os proprietários de veículos podem fazer a sua escolha livremente, não podendo, no entanto, determinar se efectuam o seguro ou não[45].

2. Sistema de contratação obrigatória e o direito de personalidade

A contratação obrigatória restringe a liberdade contratual, mais precisamente, limita a liberdade de uma das partes na intenção de contratação. Nas leis civis, o escopo do normativo legal assume duas categorias principais: os direitos de propriedade e os direitos pessoais.

Os direitos pessoais são divididos em direitos de personalidade e direito à identidade. Se é verdade que a contratação obrigatória não tem qualquer ligação jurídica com os direitos de propriedade, nem com o direito à identidade, podemos presumir que a meta do normativo legal por parte do sistema de contratação obrigatório, só poderá ser o direito de personalidade do sujeito.

Em linhas gerais, poderemos dividir o direito de personalidade em dignidade da pessoa humana, independência, e a própria liberdade pessoal[46], daí aferir-se que a contratação obrigatória se destine a restringir a dita liberdade de personalidade do sujeito. Ora, uma vez que o problema reside no facto de a contratação obrigatória restringir, essencialmente, a liberdade da parte que manifesta a intenção de contratação, será a liberdade na intenção contratual uma espécie de direito de liberdade de personalidade? Ou, num sentido mais amplo, será a liberdade de intenção contratual o âmbito da regulamentação sobre o direito de liberdade pessoal? Analisaremos este assunto em mais detalhe a seguir.

1) Poder discricionário e direito de liberdade pessoal

Parte da doutrina defende que o direito de liberdade pessoal se refere, apenas, à liberdade de movimento físico, não incluíndo a liberdade de actividades mentais, ou seja não incluíndo a liberdade da vontade. *"O direito de liberdade pessoal é o direito à liberdade de controlar o corpo e actos físicos. A intervenção do Estado limita a protecção da restrição ao corpo (físico), não incluindo a liberdade relativamente a actividades mentais"*[47].

Esta opinião assenta na ideia que, se o direito de liberdade pessoal incluísse a liberdade mental, o âmbito da regulamentação seria demasiado lato. O que é mais importante é que, nesse caso, é difícil diferenciar o direito à liberdade pessoal da liberdade de expressão, mas concretamente da liberdade de expressão tal qual vem especificada na Constituição, sendo que a raíz de tais direitos de liberdade, deverá consistir numa obrigação a ser assumida pelo Estado e, cujo devedor é o Estado, e não os outros sujeitos civis.

Em sentido oposto, outro lado da doutrina sustenta que o direito de liberdade pessoal deverá incluir as liberdades de movimento físico actividades mentais. Em conformidade com essa opinião, a liberdade de movimento físico referir-se-á ao limite em que uma pessoa poderá, livremente, controlar seu corpo, sem qualquer intervenção ilegal dos outros, ao passo que a liberdade das actividades mentais referir-se-á à liberdade de expressar as actividades mentais para o exterior, incluindo a liberdade da intenção de decisão, designadamente crenças religiosas, liberdade de velocidade, liberdade de voto,

Beijing: China Social Sciences Press , 2010, P77.

44. (Germany) Medicus , translated by Du Jinglin et al., Pandect on the Obligation Law of Germany, Beijing: Law Press, 2004, P70.

45. 45 Comparatively refer to Ran Keping, Study on Mandatory Contracting System, Beijing: China Social Sciences Press , 2010, P78-79.

46. Wang Liming, Study on the Law of Right of Personality, Beijing: China Renmin University Press, 2005, P14.

47. Wang Liming, Study on the Law of Right of Personality, Beijing: China Renmin University Press, 2005, P390-391.

ou liberdade contratual, entre outras[48].

A principal diferença entre estas duas opiniões é o móbil da nossa análise. Dito de outro modo, se o direito de liberdade pessoal incluir a liberdade de actividades mentais e a liberdade de intenção contratual, do ponto de vista hermenêutico, a essência da referida liberdade de actividades mentais referir-se-á à liberdade de pensamento e de vontade[49] quando reflectida em actos jurídicos, referindo-se à liberdade do sujeito em expressar a sua intenção sem ser restringido por outros. A partir da condição de liberdade de vontade de um acto livre e legal, é difícil dividir o "espírito interno" e o "acto externo" da liberdade. A liberdade da vontade de decisão e liberdade de expressão em conjunto constituem um acto jurídico, à semelhança da liberdade de contratar e da autonomia da vontade privada no direito civil[50].

De acordo com a análise anterior, a lei norteadora da liberdade da vontade, incluindo a liberdade de contratação, deverá ser considerada como no âmbito do direito à liberdade pessoal. Na realidade, em práticas legislativas e judiciais, já houve uma série de casos em que o direito à liberdade pessoal inclui a liberdade da vontade de decisão. A "Liberdade", como vem expressa no artigo 823 do Código Civil Alemão considera o acto de intervir na liberdade de intenção de decisão até à ameaça e fraude como a personalidade para o desenvolvimento dessa mesma liberdade, isto é, o alvo da regulamentação sobre o direito de liberdade pessoal[51].

No direito civil do Japão, a violação do direito de liberdade pessoal inclui a violação da liberdade física, bem como a violação da liberdade da vontade até à fraude e ameaça[52].

Nas Ilhas Formosa, este direito é reconhecido através de um juízo de direito privado, *"A investigação deve ser limitada ao acto de infringir a liberdade dos outros, não, devendo, no entanto, privar os outros de, ou restringir a liberdade de movimento, ou acto; ou seja, tal acto deve, também, incluir o acto de influenciar a intenção de decisão dos outros mediante violência ou ameaça com vista a prejudicar o bem-estar físico e mental dos outros, mediante ameaça"*[53].

Por isso, já se tornou uma conclusão definitiva que a liberdade de intenção da decisão está inclusa no direito à liberdade pessoal. Assim, o sistema de contratação obrigatória aponta directamente para a restrição à liberdade da vontade contratual, referindo-se, em última análise, à restrição do direito à liberdade pessoal do sujeito.

É verdade que, ao incluir a liberdade da vontade de decisão no direito à liberdade pessoal do sujeito civil, se tem em melhor consideração as necessidades inerentes dos actos jurídicos, uma vez que o "factor mental" é parte integrante do acto jurídico. Nesta perspectiva, podemos basicamente concluir que o sistema contratual obrigatório restringe a liberdade da intenção contratual, restringindo, portanto, o direito à liberdade pessoal do sujeito civil.

2) Análise sobre opiniões

Alguns académicos sustentam a opinião que, se a liberdade de actividades mentais for incluída na liberdade pessoal, o âmbito da regulamentação será excessivamente extensa ou pode haver confusão entre tal liberdade e o sistema de direito público, especialmente a liberdade de expressão, mais concretamente a liberdade de expressão especificada na Constituição, tornando bastante difícil uma identificação clara entre ambos os lados[54].

No entanto, esta conclusão não tem qualquer sustentabilidade legal, até porque o tamanho do escopo da regulação nunca foi usado como padrão para a determinação do âmbito do direito de liberdade pessoal, nem tão-pouco o padrão para a determinação de qualquer campo legal.

Olhemos para o sistema de direito civil, por exemplo. A lei civil abrange conteúdos numerosos e desordenados. Temos leis que regulamentam obrigações, leis de propriedade, leis de família e sucessões, entre outras, as quais podem ser distribuídas em capítulos separados. No entanto, todos eles se encontram no âmbito e natureza do Direito Civil. Razão pela qual, também nós, dificilmente poderemos apoiar tal opinião.

Em segundo lugar, a opinião de que o sistema de direito público, regula acima de tudo, a liberdade de vontade mental e, consequentemente, devemos excluir a liberdade de contratação deste âmbito de regulamentação sobre o direito de liberdade pessoal do sujeito civil, é, também, extremamente improvável.

De facto, poderá haver uma base de interesse jurídico e ordem de valor para uma regulação conjunta entre o sistema de direito público e o sistema de direito privado. Como resultado, poderá haver um método de "aplicação indirecta a um terceiro", através da aplicação do sistema de direito público sa normas do direito privado [55]. No entanto, há sem dúvida, diferenças absolutas entre os sujeitos e objectos, especialmente a natureza dos regulamentos de ambos os lados[56].

Em suma, a mesma ordem de valor pode estar, simultaneamente, sob a regulamentação do direito público e do direito

48. A maioria dos académicos a sustentar tal opinião são da região de Taiwan. Por favor, consulte Shi Shangkuan, Pandect on the Law of Obligation, Beijing: China University of Politic Science and Law Press, 2000, P148-149; also refer to Zheng Yubo, Pandext on Obligation in Civil Law, Beijing, China University of Politic Science and Law Press , 2004, P129.

49. Yang Lixin, Infringement to the Right of Freedom and Its Civil Law Relief, published on Study of Law, 1994, Issue 4.

50. Ran Keping, Study on Mandatory Contracting System, Beijing: China Social Sciences Press , 2010, P85-86.

51. (Germany) Dietl Schwab , translated by Zheng Chong, Introduction to Civil Law, Beijing: Law Press, 2006, P207; also refer to Dieter Medicus , translated by Du Jinglin and Lu Kan, Substantial Introduction to the Law of Obligation of Germany, Beijing: Law Press, 2007, P 637-638 .

52. Yu Min, The Law of Torts of Japan, Beijing: Law Press, 2006, P168.

53. Judgment No.TSZi No.200 of 1992 in Taiwan.

54. Wang Liming, Study on the Right of Personality, Beijing: China Renmin University Press, 2005, P 390-391

55. Carlos Alberto Da Mota Pinto : General Principles on Civil Law, Macao: Legal Affairs Bureau of Macao, Law School of Macao University, 2001, P34.

56. (Germany) Dietl Schwab , traduzido por Zheng Chong, Introduction to Civil Law, Beijing: Law Press, August 2006, P61ff.

privado, podendo levar a um aparente "conflito" ou "sobreposição" na regulação que se visa atingir. Veja a Lei Básica de Macau e o Código Civil de Macau, por exemplo. No Código Civil de Macau, há capítulos específicos com disposições pormenorizadas sobre o chamado direito geral da personalidade, os quais são, em tudo, semelhantes às disposições sobre a dignidade pessoal da Lei Básica de Macau. O artigo 30o da Lei Básica de Macau, prevê expressamente que, *"é inviolável a dignidade humana dos residentes de Macau. São proibidas a injúria, a difamação, bem como a denúncia e acusação falsas, seja qual for a sua forma, contra qualquer residente de Macau; Aos residentes de Macau são reconhecidos o direito ao bom nome e reputação e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar".*

Este artigo é quase idêntico ao plasmado no Código Civil de Macau. Das disposições sobre o direito à honra constantes no artigo 73 do Código Civil de Macau, do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada no artigo 74o, ou da protecção de dados pessoaisdas no artigo 79o, podemos reconhecer que as leis são "idênticas" no que ao objecto de protecção diz respeito. No entanto, dever-se-á esclarecer que, não obstante as "semelhanças" ou "paridades", pertencem a âmbitos de regulação de leis diferentes[57].

A Lei Básica protege a dignidade da pessoa humana para evitar abusos por parte do Estado em intervir excessivamente reserva privada dos cidadãos[58]; enquanto que a lei civil regula o direito de personalidade com vista a impedir que os sujeitos civis infrinjam a esfera pessoal de cada um de nós. Portanto, apesar de a Lei Básica e a Lei Civil regularem a personalidade, ambas têm significados diferentes.

Regressemos à opinião supra. Alguns académicos acreditam que a liberdade da vontade mental deve (apenas) ser regulada por normas de direito público, em detrimento das regras de direito privado, evitando, desta forma, a sobreposição de metas de regulação de direito público e direito privado. Tal conclusão é, no entanto, bastante questionável.

57. Comparativamente consulte Ran Keping, Study on Mandatory Contracting System, Beijing: China Social Sciences Press , 2010, P87.

58. Zhang Qianfan, Pandect on Constitution, Beijing: Law Press, 2004, P489.

III. Conclusão

Através da análise em diferentes sistemas, podemos ter um entendimento básico sobre o estatuto jurídico de um determinado sistema específico relativo a um país ou região.

Com base nesta análise, este artigo fez uma pesquisa abrangente sobre o sistema de contratual obrigatório, tendo em conta as leis vigentes na RAEM.

Assim, e tal como demonstra a pesquisa, a contratação obrigatória ao abrigo das leis de Macau não inclui apenas a aceitação obrigatória, mas inclui também a oferta obrigatória;

Pese embora o silêncio não tenha qualquer efeito jurídico em situações normais de contratação, relativamente à contratação obrigatória, quer na oferta obrigatória quer na aceitação obrigatória, o silêncio não pode impedir a ocorrência do acto contratual e os consequentes efeitos do contrato;

Em termos da obrigatoriedade no conteúdo do contrato, os termos gerais contratuais em Macau excluem, desde logo, os conteúdos obrigatórios do sistema de contratação obrigatória.

Os termos gerais e o sistema contratual obrigatório têm um relacionamento paralelo, mas não inclusivo. Do ponto de vista da filosofia do direito, o sistema contratual obrigatório, muito embora seja um sistema de direito civil, não deixa de restringir o poder discricionário do próprio sujeito, constituindo esta uma restrição aos direitos pessoais do sujeito civil.

Para além disso, como a essência do sistema contratual obrigatório é o de intervir com o poder discricionário do sujeito civil, na forma de uma lei especial, existe sempre um travo do poder público por trás do sistema contratual obrigatório.

Com a liberdade contratual como transportadora e a regulação do direito público como a aplicação, os dois factores complementam-se, e, conjuntamente concretizam a igualdade substancial dos sujeitos civis.

出庭前的醫療程序：第218/211號案件中裁決的簡要說明

Vera Lúcia Raposo
University of Coimbra法律學院副教授
生物醫學法中心 - vera@fd.uc.pt
(Vieira de Almeida & Associados)律師顧問- vlr@vda.pt

1. 私人執業的醫療行為：契約內或契約外的責任；1.1. 提供醫療服務的契約；1.2. 債務人的有罪推定；2. 醫療責任：方式責任還是結果責任？；2.1. 將醫療責任設定為一種方式責任；2.2. 有罪推定和方式責任；3. 醫療責任中的不合法性和罪行；3.1. 不合法性是指違反法律規定；3.2. 違反客觀的注意職責的罪行；3.3. 概念的混亂；3.4. 本案中的非法性和罪行；4. 病人的知情同意書；4.1. 知情同意書要求的法律依據；4.2. 知情同意書規則的例外情況；4.2.1. 對知情同意書的要求；4.3.知情同意書的內容；4.3.1. 與風險有關的資訊；4.3.2. 與其它程序相關的資訊；4.4 缺乏知情同意書的後果；4.5. 知情同意的舉證責任；5. 本案的特點；5.1. 確定過敏性的測試；5.2. 選擇放射線攝影造像的方法；5.3. 放射線攝影造像的執行和隨後的過敏反應；5.4. 當缺乏方式時進行轉介的要求；5.5. 過敏性治療中的謹慎；6. 總結；參考書目

在第218/2001號案件中，澳門特別行政區中級法院（TSI）作出了一項與醫療責任相關的重要裁決；主要由於醫療責任在澳門法庭中仍屬相對未知的主題，該項裁決具有特殊的意義。

從廣義上而言，導致該裁決的情況可以描述如下：一位在腿部患有慢性靜脈曲張多年的病人（同時也患有其它病症，使該病人十分虛弱）前往鏡湖醫院就醫。在醫院，該病人獲得正常的診療，拍攝腿部血管造影並於此後接受靜脈曲張治療，但由於（本案中從未對引起的原因有任何懷疑）在對比注射法中執行的血管造影術過程中發生過敏反應而死亡。

受害人家屬提出的訴求實質如下：1）醫院選擇的血管造影方法對特定的病人不適合；2）選擇的上述方法要求在執行前進行過敏性反應測試，但醫院沒有進行該測試；3）或者，如果確有進行測試（筆者對這一點表示懷疑），則測試未能正確進行。根據上述論據，受害人家屬代表死者要求醫院提供人身傷害賠償，並且以他們的名義要求金錢及非金錢賠償。

初級法庭（TJB）開始時裁定被告醫院無罪，但經過原告上訴後，TSI的判決最終裁定醫院有罪[1]。判決書清晰表示，被告未能反駁有關執行醫療程序以及未能遵守知情同意書要求的有罪推定。

有關本項裁決的多個問題已經過全面完整的討論。因此，以下意見的目的僅是為該等討論提供補充[2]，並且對於這個複雜的民事責任領域[3]以及醫療過失的界定[4]提供一個新的觀點。

1. 私人執業的醫療行為：契約內或契約外的責任

在解決賠償要求時，出現的第一個問題是確定涉及的訴求在契約內或契約外責任下的框架，即確定將被認定為依據的契約。

對於醫療行為，比較盛行並且幾乎已經達成共識的意見認為，私人執業的醫療行為（醫生辦公室、診所或私人醫院）應依照契約責任進行分析，而具有國家衛生服務背景（公立醫院）的醫療行為則應依照契約外責任的規則分析，更準確地說，依照國家的契約責任分析[5]。

1. 由於我們尚未獲得醫療專家的意見（而且我們也不知道是否實際存在此類意見），我們只能對TSI提出的主張發表意見。因此，儘管我們可能會質疑法庭的裁定採用了什麼具體的事實，但我們主要還是依賴於法庭確定的事實。

2. 但是，有一個問題將不會討論：損害賠償權利的問題。這不是因為該問題毫無關聯，恰恰相反（要證明這問題是一項表決聲明主題的事實），這樣有利於界定分析的主題。

3. 在本項研究中，在內容相似的情況下，我們將參考葡萄牙和澳門法律體系的共同法律規定。同時，我們將提供對葡萄牙和外國案例法的一些解釋，以便為討論的問題提供一個更為全面的概覽。

4. 在本篇評論文章中，我們將多次提及“醫療過失”這個術語。我們已經對此進行過詳盡的分析（Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico...*, p. 13/21），因此，這一次我們將僅澄清醫療過失是指醫生作出的被視為不合法和應受處罰（區別於簡單的不良事件）的行為（作為或不作為）。同樣與該主題相關的，請參閱António Vaz Carneiro, “*O Erro Clínico...*”, p. 3 ff。

5. 關於這一點，儘管也有作者傾向于執行契約責任體系的觀點，但根據服從契約或事實契約關係的法律解釋（Jorge Figueiredo DIAS、Jorge

由於鏡湖醫院慈善協會是一家按照私法成立的法人，因此本案應依照契約責任的指示進行分析，這一點也由初級法庭確認並得到TSL的支持。

1.1. 提供醫療服務的契約

理論上，本案涉及的契約可能已經在病人和醫院（法人）之間簽訂，或者在病人和醫生（個人）之間簽訂，或者在病人和上述兩個實體之間簽訂，因而產生一種三角結構[6]。我們並沒有足夠的資料確定本案中存在的契約框架，但看起來契約應當是在病人和醫院之間簽訂，而醫生則作為醫院的工作主體，因為各方承擔的關係表現為此種配搭，並且在日後獲得案件裁判法庭的確認。

這是一項服務契約，依照契約規定，醫院（以及跟隨的醫生）承諾向病人提供範圍廣泛的一系列服務[7]。在這些服務中，首要的是使用其專業技術和可用的工具為病人提供必要和充分的醫療護理，或者至少紓緩他們的痛楚。同時，它還承擔一系列責任；儘管我們將這些責任描述為次要的責任，但實際上，它們對於成功履行本契約尤為重要，而且違反該等責任也將招致隨之而來的民事責任（甚至可能涉及刑事責任）：1）編寫和保留病人的臨床檔案，準確並完整地記錄所有相關資料，以便提供更好的健康護理。只要認為有需要，該等檔案就應予以保存和保護，不可被第三方獲取，特別是與病人的個人資料有關的資料，明確來說，即病人的基因和健康資料（同時在必要且遵守法定限制的情況下，允許病人查看自己的醫療檔案[8]）；2）向病人提供所有與其醫療狀況有關的相關資訊，然後獲取適當的知情同意書，此時所需遵守的條款將在下列章節中有更詳細的說明；3）保護病人不受偶發危險的傷害，例如來自其他病人的攻擊或院內感染[9]；4）保持持續瞭解最新的技術和科學創新，並且在任何干預之前做好充分準備；5）對本身的技能和知識進行自我評估，當評估結論表明涉及的醫療程序超出其可以或能夠執行的範圍時，婉言拒絕進行干預（緊急情況除外）。

1.2. 債務人的有罪推定

在具體的醫療責任案件中，各方須承擔的責任基本是相同的，無論是否存在契約[10]；可能會存在一些簡單的特殊情況，但在本案中是不相關的[11]。

然而，在法律框架方面，契約內和契約外責任之間會產生一些差別，其中一些會產生具有相關性的後果。

最具決定性的差別之一 — 在本案中也具有重要影響 — 是契約責任推定債務人有罪（澳門民法典CCM第788 / 1條；葡萄牙民法典CCPT第799 / 1條）。這表示受傷害的債權人只需要證明不合法性、造成的損害和因果關係以及存在服務契約（該契約並不需要是書面的，而且通常也不是書面的）。通過上述最後一項要素，法庭將推定造成傷害的債務人有罪，因此，後者應負責排除有罪的法律推定。TSI在當前裁決中秉持的思考正是以這樣的原則為依據，而且是正確的。

在醫療責任的特定領域中，債務人的有罪推定的應用（通常涉及任何契約責任）面對一些反對意見[12]。這些作者認為，醫療和人體具有一些特殊性，因而要求醫生表明對病人造成的損害並非其自身過錯所導致的結果會非常麻煩，特別是將要表明消極的事實[13]。但是，該項規

Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 48/50、António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas...*, p. 312），主要根據法律解決方案之間的區分無法在實際現實中找到支援，最終對於兩種情況還是共同的。 本文也為義大利法庭所接受（cf. Vincenzo Zeno-ZENCOVICH, *"Una Commedia degli Errori..."*, p.307, 308; UFFICIO DEL MASSIMARIO, *"Responsabilita Sanitary..."*, p. 12/14），如義大利最高法院在22/01/1999, no. 589案件中的裁決所示。

6. 分析私人醫療行為契約的各種可能的結構，Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 194/197。

7. Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico…*, p. 74 ff.；Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 39 ff。

8. Cf. Carla BARBOSA, *"Aspectos Jurídicos…"*, p. 107/140；André Dias PEREIRA, *"Dever de Documentação…"*, p. 9/24。

9. 論院內感染，Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 268/271。

10. 對此，請參閱里斯本上訴法庭（TRL）2007年3月22日在第5177/2006-2號案件中的裁決。

11. 如需瞭解有關契約內和契約外責任之間差別的更詳細的區分，請參閱Vera Lúcia RAPOSO，醫療行為 ..., p. 32/42。

12. 有關本項辯論的解釋，請參閱Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico...*, p. 100/105。

13. 反對在醫療責任中應用債務人的有罪推定，即使是對於契約責任，João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida…*, p. 255；Miguel Teixeira de Sousa, "O Ónus da Prova…", p. 127/132，但是這些作者承認，在本案中，要求受傷害的原告證明有罪應當更加苛刻，因為受害人由於對本主題缺乏瞭解，在證明醫生的有罪行為時很難達到司法訴訟通常所要求的嚴謹程度（Manuel do Rosário NUNES, *O Ónus da Prova…*, p. 56；Miguel Teixeira de SOUSA, "Sobre o Ónus da Prova…", p. 140, 141）。

則的表像需求程度通過將醫生的責任設定為一種純粹是方式的責任（例外情況除外）得到緩解，從而大大減弱了有罪推定的刻板之處，如我們將在下一篇文章中所見。

在葡萄牙，在最高法院（STJ）的裁決[14]之後，最新的法律體系已經於2002年起多次確認了有罪推定應用在七月的醫療責任案件中。該項裁決中提出："沒有理由不以民法典第799條第1段中規定的醫生的有罪推定為核心。這種方式是公平的，因為在該領域，醫生這一方更易於舉證。"

在現今的學說[15]和判例[16]中，這種觀點在很大程度上處於主導地位。事實上，一些法庭甚至一直認為契約責任的規則也應適用於在國家衛生服務背景下執行的醫療行為（以上述的契約服從或事實契約關係為基礎[17]），這暗示了這些關係應服從於違規債務人的有罪推定。

在其它案例中，考慮到在最大程度上保護病人，法庭承認援引契約責任以及契約外責任[18]的規則，從而使病人-筆者可以互相從最方便的方面受益，這種趨勢很明顯應予以遏止[19]。

2. 醫療責任：方式責任還是結果責任？

契約責任可以劃分為方式責任和結果責任。在第一種責任中，儘管債務人承諾盡其最大努力實現債權人所追求的目標，但並沒有責任實際達成該目標；在後者中，債務人承諾有效達成一個特定的目標，即上述的結果。因此，儘管在方式責任中，未能達成尋求的結果並不表示違反契約責任，但在結果責任中，未能達成結果的事實則表示違反契約，因為只有結果才是真正重要的。

2.1. 將醫療責任設定為一種方式責任

在醫療責任的具體領域中，結果責任僅在特定的情況下才適用[20]：當醫生在病人面前承諾達成特定結果的責任時；制作義肢；為化驗結果製作表格；純粹的美容整形手術；被認為屬於簡單的手術，即風險程度最低的手術（切除皮脂囊腫、盲腸等）；以改變性功能為目標的外科手術（切除輸精管田術、輸卵管結紮手術）。

由於本案涉及的醫療程序不屬於受限制的結果責任類別，我們必須得出結論 — 正如TSI正確得出的結論 — 該責任是一種方式責任，實際上就是醫療行為中的一般規則[21]，如最高法院在2007年的一項裁決中解釋："醫生所提供的包括了一項被稱為方式責任的責任，因為醫生並沒有承諾達成特定的結果，而是根據建議的服務，在為達成規定的相關目的時使用的方式中存在不作為或不充分。"[22]

事實上，"在我們看來，這是最明智的立

14. STJ，2002年12月17日在第02A4057號案件中的判案書。

15. 使用相關有罪推定為契約責任辯護，Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 46；Rute Teixeira PEDRO, "Da Tutela…", p. 427；André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado…*, p. 426。

16. 本項論據在多項判案書中得到支持，特別如以下引用所述："推定執行手術的手術團隊有罪，因為以上所指的該種行為固有的規則未獲得應有的遵守，因而此屬於被告的契約責任"（科英布拉上訴法庭2008年5月6日第1594/04.7TBLRA.C1號案件判案書）；"我們認為，在保持受（不）合規影響的利益的特殊尊嚴時，醫生和病人之間結構性關係的不平衡使保護該等利益存在特殊的困難。考慮到立法機關越來越以有利於受傷害一方（即弱勢契約方）的方式考慮問題，我們理解任何事情都無法證明將CC第799條第1段規定的規則棄之不顧屬合理合法行為。該規則即對債務人推定有罪"（TRL 2010年3月9日第1384/08.8TVLSB.L1-7號案件判案書）。

17. 批評公共實體責任的配置以及相關醫生的契約責任，Vera Lúcia RAPOSO, *Do ato Médico...*, p. 38："但是，在這些案例中，很難明確指出是否存在契約，因為立約方沒有選擇的自由，而是依照行政地理區劃以及國家指示直接將病人分派給特定的健康設施，從而向公民提供健康護理。"

18. 在學說中，在具體的醫療領域，Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 39/40；Luís Pires de SOUSA, "O Ónus da Prova...", p. 5, 6；承認在一般意義上依賴於兩種形式的責任，António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas...*, p. 430, 431； Paulo Mota PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, p. 411。在法律體系中，STJ 2001年6月19日在第01A1008號案件中的判決；TRL 2007年9月11日在第1360/2007-7號案件中的判案書；STJ 2010年7月10日在第1364/05.5TBBCL.G1號案件中的判決。

19. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 36。

20. Ruth Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, p. 98/102；Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 113/119；Luís Pires de SOUSA, "O Ónus da Prova…", p. 29, 30。更有爭議的說法是，專家執行的行為也被視為是結果責任，但該問題的複雜性使我們無法在本篇簡要的評論文章中解決這個問題。為此，請參閱Vera Lúcia RAPOSO, Do Ato Médico..., p. 117/118。

21. Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 45；Miguel Teixeira de SOUSA, "O Ónus da Prova…", p. 125, 156。

22. STJ 2007年9月18日第 07A2334號案件中的判案書。

場，特別是當涉及醫療領域時。在該領域存在如此多的不可控制的事件，而且如此複雜，以致於約束醫生達成特定的目標並不適當，而且成本太過高昂；我們知道，事件的責任並不僅在醫生，同時也在於可能干預該時間的多種不可控制的系列因素”[23]。

2.2. 有罪推定和方式責任

當一項責任被界定為方式責任時，似乎在舉證責任方面產生（至少在幾年前）了相關的後果。事實上，如果在一項結果責任中，未能達至該結果將導致結論認為該項責任由於債務人的疏忽行為而未能發生，而該推定在方式責任中則不存在。因此，結果責任強制對債務人進行有罪推定，但在方式責任中則不會發生。

以上是傳統的理解，並且明確允許將醫療責任視為一種契約責任的形式來考慮，因為由於它被視為（作為一項規則）僅是一種方式責任，該事實似乎使其不會招致有罪推定，有時這會使得將其契約化時不太合適。然而，事實並非盡然如此。越來越多的意見認為有罪推定也可以存在於方式責任中。簡言之，我們不能假定債務人由於未能達成結果而有罪，但債務人由於未能採取達成結果所需的最佳措施而有罪。

因此，任何醫療責任納入在契約中應受債務人有罪推定的規則支配，即使該責任僅是一項方式責任[24]，在此情況下，“須由他（筆者是指債務人）承擔舉證責任，以證明他在行為時已經盡職盡責以免除其責任，因為他/她的知識和工作的目的是提供治療而非治癒[25]。”隨之發生的是，該有罪推定的影響由於方式的不可靠性獲得接受而變得模糊，然而在以契約有罪推定為支持的結果責任中，結果責任典型存在的契約有罪推定具體化，從而為醫生-債務人帶來了更重的負擔。

因此，在目前考慮的案件中，針對契約責任推定債務人有罪；為此，法庭將假設被告未能以嚴謹和勤勉的方式行事，要求債務人對該推定進行反駁，即證明所有可用的方式均已被用於充分遵守其責任。但是，並且由於這不是一項結果責任，病人死亡的事實本身並不能證明醫院缺乏必要的謹慎，這使後者能夠輕易地從有罪推定中免除罪責。

3. 醫療責任中的不合法性和罪行

和民事責任中任何其它情況一樣，醫生的表現也要求在法庭上證明其不合法性和罪行。此時出現的主要問題是，往往兩個概念被混淆並且在使用時未加以區分。

讓我們逐個說明。

3.1. 不合法性是指違反法律規定

不合法性解釋為“違反契約規定的責任，違反披露職責、功能職責以及保護職責或違反人格權”[26]。在醫療責任領域，所有這些來自各種來源（法律本身、協定、指引、行為規範或其它與醫療行為相關的具體文件）的行為規則被稱為法律規定[27]，即界定相關行為錯誤性的醫療規則。

因此，在認為醫生的行為不合法時，僅是說病人的生命權受到侵害是不夠的。只有在病人的死亡是由於違反具體的醫療行為規則所導致時，該行為才被視為非法。可能病人恰好在此時死亡，而醫生則已經遵循了所有法律規定，病人的死亡是由於身體的衰弱（即不利事件）所導致，這在任何情況下都不能歸咎醫生。

3.2. 違反客觀的注意職責的罪行

作為一項規則，有關醫療行為的罪行屬於疏忽罪行，因為在醫生的行為中幾乎不會發現任何具有故意特徵的違法元素（故意罪行），至少基本上是這樣[28]。因此我們將主要集中討論疏忽。

---

23. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico*…, p. 119。

24. 為該立場辯護，Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 46；Rute Teixeira PEDRO, “Da Tutela…”, p. 427；André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado*…, p. 426；Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico*…, p. 45。

25. Álvaro da Cunha RODRIGUES, “Reflexões…”, p. 182, 183。有關債務人有罪推定對於方式責任的法律學應用，請參閱波爾圖法庭（TRP）2011年2月24日在第674/2001.PI號案件中所作的判決。

26. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico*…, p. 45。

27. 論法律規定，Vera Lúcia RAPOSO, Do Ato Médico…, p. 17, 18。依照Romeo Casabona Carlos的說法（Carlos ROMEO Casabona, *El Doctor y el Derecho Penal*..., p. 159 ff.）這是一整套規則、技巧或程式，適用於具有某些共同特點的情況，但從不涉及具體案件的特點，這導致在更近創建了專案法律規定（Juan Carlos SUAREZ-QUIÑONES Y FERNANDEZ, “醫療刑事責任 ...”, p. 601 ff.）。

28. 惡意醫療行為極少出現，而且即使發生該等行為，在原則上也不以醫療失誤來起訴，因為在醫療情況中，醫生並不希望實際對病人造成傷害（直接故意），或者至少接受將該後果作為實現所需目標的必要措施（間接故意）。可能發生並且經常發生

“通過採用醫療行為疏忽的一般學說，我們認為疏忽體現在違反醫生應承擔的注意職責上，因為醫生可能由於以某種方式行事而未能以另一種方式行事而受到譴責，因為一般的勝任的專業人士都將以不同的方式行事”[29]，即“代理人不僅應當知道或應當已經知道其執行的措施毫無作用，因為其擁有選擇該行為的可能性，而且還應當知道在特定的情況下，其行為可能受到異議”[30]。

各種情況下實際注意職責的劃定在很大程度上取決於該特定情況下可預見的風險的範圍以及預防該等風險的必要措施。

在此之後，可預測性對於確定注意職責就顯得特別重要[31]，以致於一切都依賴於知道哪些風險被視為是可預測的。很顯然，僅僅是發生的可能性還遠遠不夠，無論該可能性有多遠，因為我們都明白，針對任何風險提供保護的職責將遠遠超出責任的範圍，無論該風險發生的可能性有多低，但只要在理論上存在發生的可能。因此，可預測性的概念必須得到限制性的解釋，並且只有可以被視為典型的風險才可以被認為是可預測的，或者換言之，涉及的病理中通常存在的風險。只有針對這些類型的風險才有可能說醫生是否未能對這些風險保持謹慎以及其在行為中是否發生疏忽並未能遵守其應當承擔的注意職責，其行為已經偏離了一個合理謹慎的醫生應當具有的行為。為此，我們考慮一般醫生的標準。該標準體現了我們對代理人的謹慎程度加以評估時所採用的一般人的準則，如CCM第480/2條以及CCPT第487/2條所規定。

但是，風險發生的頻率不是評估注意職責的唯一標準。嚴重性、其中可能產生的損害類型、避免該風險的難易程度、代理人的特殊能力、代理人擁有的與該風險相關的特殊知識也是幫助確定一項特定的風險是否值得注意的要素，因而為代理人應承擔的與該風險相關的注意職責劃定界線[32]。

3.3. 概念的混亂

葡萄牙法律體系在醫療責任領域一直存在不合法性和罪行之間的大量混淆，特別是在國家規定的契約外責任的體制下[33]。同樣依照CCPT的規定，儘管界定似乎較為清晰，但也經常犯有這樣的錯誤。同樣的混淆在TJB裁決中出現，後來也在TSI裁決中出現[34]。

法庭本身也承認區分兩個概念的困難，如最高行政法庭（STA）的裁決中所示：“雖然不合法性和罪行屬於不同的現實情況，並且依從不同的規則，但當良好行為的職責由於實施了某項非法行為而被違反時，過失元素被稀釋到非法性中，而罪行則成為非法性的主觀方面”[35]。

這種武斷的混淆並非由於缺乏任何精確性或知識，而是由於醫療責任領域兩個概念之間存在的混亂。

看起來很難區分醫療過失非法性的原因之一是兩者的內容中包含相同的元素[36]。一方面是由於體現了非法性的法律規定最終存在於罪行中，因為一般醫生的預期行為正是醫療法律中規定的行為。另一方面，作為前述行為的結果，由於用於評估責任的注意職責也有助於證實剛剛提到的法律規定[37]。

從理論上看，它們之間的區別似乎非常清晰。對此，請參閱STA的裁決。該裁決中明確指出了各項概念的內容。在該判案書中，STA[38]裁定醫生的行為不合法，因為醫療規則要求四顆斯氏螺釘中的兩顆放置於骨折處的上方，另兩顆放置於骨折處的下方，但醫生將所有螺釘都植入骨折處。之後，法庭裁定該行為屬於有罪

的是所謂的最終故意，與這種故意相關的情況是，醫生在工作時，並未以不產生某個特定的結果為目的。

29. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 84。

30. Manuel do Rosário NUNES, *O Ónus da Prova…*, p. 50。

31. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 84, 85。

32. GuillermoPORTEROLAZCANO, “*Responsabilidad Penal Culposa…*”, p. 93。

33. 兩者均依照1967年11月27日第48051號法令以及12月31日現行第67/2007號法律。

34. 因此，在原訟判案書中有一點說道“血管造影術選擇屬於疏忽，因此是不合法和有罪的”，這近乎表示不合法性和罪行是疏忽的後果，而事實上，只有在經過有關存在不合法性的先決裁定之後進行的評估後，這才成為一種形式的罪行。 TSI也存在一些不準確性，例如其裁定認為“此時重要的是確定醫生和放射醫師是依照法律規定行事，還是相反地，在行為時發生疏忽並違反法律規定”，因此提供的印象是，當疏忽行為事實上屬於一種非法行為時，違反醫療法律的行為就成為一種疏忽行為。

35. STA1998年11月26日在第042545號案件中的判案書。

36. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 87 ff。

37. 唯一一種不是如此的情況 — 即這種關聯性僅在下列情況下被打破 — 對於一般行為存在一種規則，但在具體情況下，需要醫生執行另外一種行為，即可能要求通常情況下保持謹慎細緻的醫生偏離其一般行為規則（法律規定）並在該特定的情況下採取特殊的行為（以避免罪行）。但是，仍然可以說，醫生沒有遵守法律規定，而是被要求遵守專案法律規定，這又再一次把我們帶回到概念的連續性以及幾乎一致性的問題上。

38. STA 2004年7月8日在第01129/03號案件中的判案書。

行為，因為醫生擁有確保螺釘植入正確位置的機制（醫生擁有X光放大器）但沒有使用。或者如最高法庭在另一項裁決中所判決的，“一方面是瞭解在醫生的行為中出現了怎樣的錯誤，另一方面是看該錯誤是否應當被視為醫生的過失。[39]”

但是，在實踐中，這種區別似乎並沒有這麼明顯。

3.4. 本案中的非法性和罪行

在本案中，必須證明在通過對比注射的方式選擇慢性靜脈曲張放射造影方法時以及測試可能存在的過敏反應時是否存在非法性（將由作者證明）和罪行（在以上引用的條款中推定）[40]。

TSI認為在過敏性測試方面的違法性已經獲得證實[41]。奇怪的是，判案書並沒有明確指出該行為違法的程度，因為它僅集中於被告的罪行，明確地說，集中於主張契約有罪推定。即無法理解TSI為何裁定“檢測過敏時使用的劑量無效。”由於缺乏該結論的原因，可能會考慮其是否以測試僅未能有效檢測到過敏這一事實為依據，而事實上，此時需要更為一致的科學解釋[42]；但是，如果存在這樣的科學解釋的話，討論中卻並沒有提到。

事實上，TSI有理由觸發契約責任中產生的有罪推定，這表示法庭將首先假定債務人有罪，並由債務人反駁該項推定。但是，該項有罪推定並沒有成功被推翻。事實上，醫院未能證明本案中的過敏性測試篩選正確執行，因此，法庭認為在執行過敏性測試時存在醫療過失。由於在裁決中存在意義含糊，可能受到質疑的是，有罪推定是否事實上是可以操作的，即違法性是否在事實上獲得證明，如果沒有證明這一點，可能就無法開始進行有罪推定。

關於血管造影的技術選擇，TSI在整個裁決中從未提到是否存在醫療過失。事實上，法庭從未作任何表示以確定被告所採取的行為，即採用對比注射法而非超波，是否構成非法和疏忽行為，而是僅從缺乏向病人提供資訊的角度討論了這個問題。有意思的是，裁決的最後一個部分中說道“被告職員在選擇IODINA方法方面的罪行已經得到證實”，而事實上，並沒有任何資訊得到證實，無論是罪行還是違法性。

TSI在這些方面的沉默可能是由於，與原告已經引用的事實相反，法庭並沒有證明像病人的病理使其在接受一般測試，特別是過敏性反應測試時會遭到危險。如果病人的病理沒有使其遭受特定的危險，那麼，選擇對比法將不會構成違法和有罪的行為，因為這種輕微的死亡風險將不足以使人認為良好的醫療行為需要由於考慮到超聲方法而予以拒絕。相反，如果被認定病人的病理參與該檢查而導致的死亡風險提高了，那麼該檢查的選擇就可能已經構成了醫療過失[43]。

4. 病人的知情同意書

4.1. 知情同意書要求的法律依據

如果是在數年前，以謹慎的方式並依照技術規則執行醫療處理就足以在審判中免除醫療責任的判罪；但現在，只謹慎履行行為已經不再足夠，而是要求該行為以病人的自由和知情同意為基礎。

獲取知情同意書的規定源自澳門刑法典（CPM）第150條以及葡萄牙刑法典（CPPT）第156條、與特定醫療程序相關的具體規則、醫生法令第44 ff.條以及國際法律的一些規則（歐洲人權和生物醫學公約第5條以及歐盟基本權利憲章第3/2條）。這些規定即使對中國的情況不具備法律上的約束力，但也規定了一系列良好的醫療行為，這些行為在評估一項司法行為時是不容忽視的。

沒有適當的同意就採取行動本身就是一種對法律規定的自發違反行為 — 正如TSI的裁決中正確提及的 — 它破壞了病人的自我決定。實際上，可以證明這一點的一個事實是，在CPM或CPPT中，懲罰肆意醫療手術行為的規範（CPM第150條和CPPT第156條）都包含在與反個人自由相關的罪名下。

這一條注釋非常重要，因為它使我們意識到未經同意就執行的醫療程序違反了個人的自我決定權，而不是身體完整的權利。因此，本案中涉及的罪行是肆意醫療手術（CPM第150條和CPPT第156條），而不是攻擊的罪行（CPM第137

39. STJ 2011年9月22日在第674/2001.P L.S1號案件中的判案書。

40. 現在，我們將僅解決與醫療干預相關的方面，並且將在以後解決同意書的問題。

41. TJB並沒有認定這些證據與任何上述方面有關聯。因此，罪行的問題並沒有討論。法庭專注於將醫療責任視為一種方式責任，從而裁定被告的行為並非不合法或應受處罰（與過敏檢查或放射造影檢查本身無關）。

42. 即應有必要調查良好的醫療行為是否能夠實現通過口服以及使用該劑量的IODINA進行檢查。事實並未表明可以，也未表明不可以，而且在舉證責任的分配方面，應由作者負責證明該行為的不合法性。

43. 將加強這一點的事實是，病人已經在該醫院跟進多年，因此，醫生瞭解（或有責任已經瞭解）其醫療歷史即病理，因而將促使醫生在對待該病人時提高其注意和謹慎。

ff.條以及CPPT第143 ff.條）[44]。

兩種違反法律規定的行為 （一方面是在執行行為本身時發生的醫療過失；另一方面是缺乏同意和/或資訊 ），可能在同一種情況下彙聚，為受傷害一方要求的賠償構成兩個獨立的依據（以及兩種自發的罪行[45]）。證明這兩種違反法律規定的行為未能同時發生實際上就是醫療程序成功執行的情況(最終導致病人利益的重大改善，甚至挽救他的生命） ，並不允許忽視缺乏同意或資訊的事實（但這裡存在一些特殊情況，因為有學者認為，在拯救生命的治療中，有時違背病人明確表達的意願行事是合理的[46]，我們都對此立場表示否認[47]），另一方面，病人的同意書也不可作為給予醫生的全權委託，使其可以傷害病人的身體或健康而不受懲罰。

然而，在本案中，雖然病人提供了同意書，甚至是以書面形式提供的（即使並非必須採用書面形式，在當在法庭上用作證據時始終是最理想的[48]），但它並不是一份完全知情的同意書，即病人並未被通知存在另外一種執行血管造影術的方法，或另一種已知的方法不會帶來相關風險這一事實，而實際使用的程序可能會帶來死亡風險，雖然這種風險很低。

現在需要確定的是，在本案中是否發生了任何合理的使醫生能夠在未經病人同意或未獲得其知情同意書的情況下執行行為的情況。

4.2. 知情同意書規則的例外情況

在某些情況下，立法機關允許醫生在未經獲得事先知情同意的情況下採取行動，其依據是CPM第150/2條和CPPT第156/2條所規定的推定同[49]意的法律概念。雖然在目前討論的案件中存在實際的同意(問題不是缺失同意，而是缺失資訊)，但這種例外情況仍然適用，因為允許未經同意即採取行動的情況也允許未經提供必要資訊即採取行動。但是，在本案中，本項例外情況中所包含的緊迫性或延遲干預將導致危險的情況均不存在。

立法機關也規定了可以明確免除醫生向病人提供所有相關資訊的情況。CPM第151條和CPPT第157條最後一部分提到，醫生有責任提供資訊，“除非存在某些情況使該資訊的溝通被病人獲知後可能危害到病人的生命，或者可能對病人的身體或精神健康造成嚴重的傷害”。這種情況被稱為醫療特權[50]，它的目的是在醫生有實質性的依據擔心瞭解特定的資訊將有損於病人的健康，導致強烈的沮喪或焦慮時提供保護。請注意，僅假設資訊將導致不適是不夠的，因為我們知道，所有資訊都具有這樣的負面影響。除此以外，還必須認定為可預測預期的混亂將對病人的臨床狀況造成傷害[51]。

有時是病人要求醫生不要告知其健康狀態或其它相關資料，這種情況也使醫生免於遵守本項職責，只要該等拒絕清晰、沒有歧義並且保持最低限度的知情[52]。

在本案中，允許採用治療特權的推定並沒有得到驗證，也沒有任何線索表明病人已經要求醫生不要告知，也沒有想像到任何緊急情況允許延遲以遵守該責任。

由於本案涉及了一項診斷行為而非治療程序，可以認為對於知情同意書和資訊的要求並非必需的。但是，由於這仍然是一種醫療行為— 而且診斷行為也不可否認的屬於醫療程序

44. Cf. Vera Lúcia RAPOSO, “*Directivas Antecipadas de Vontade…*”, p. 200 e *Do Ato Médico…*, p. 170, 171。

因此，對於同意書的實質，TSI提到“排除非法行為本身的不正確性作為侵犯身體完整性的因素之一”，這一點幾乎無法理解。

45. 一方面，我們有謀殺或人身傷害的罪行；另一方面，也存在肆意醫療手術的罪行。雖然Costa Andrade (Manuel da Costa ANDRADE, “Article 156”, p. 393) 認為前者涵蓋了後者，但我們不明白如何可以發生這種情況。鑒於存在的兩種非法行為之間的依據區別，我們認為它們是完全不同的違法行為，分別與法律區別和自主權相關（Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico...*, p. 170, 171). 171）。

46. 辯護當涉及挽救病人的生命時同意書的次要性，Teresa Quintela de BRITO, “*Responsabilidade Penal dos Médicos...*”, p. 403 ff., 408 ff. 以及 “*Eutanásia Activa Directa ...*”, p. 570 ff.; Teresa Quintela de BRITO 等人, “*Crimes Contra a Vida...*”, p. 68 ff。

47. 我們已經在一些國家和國際研究中明確表達了自身對此的認同：Vera Lúcia RAPOSO, “Directivas Antecipadas de Vontade...”, p.171 ff., “生命終止時的自我決定”；“行動或不行動……”p. 379 ff.以及 *Do Ato Médico...*, p. 171 ff.。

48. 論知情同意書所要求的手續，Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 239/242。

49. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 171/173。

50. Cf. Manuel da Costa ANDRADE, “Art. 157”, p. 394/400。另請參閱Giulia SANDOR, “*Obbligo di Informazione Medica…*”, p. 529 ff。

51. 葡萄牙最高法庭已經明白，在私人醫療服務中，醫生應當承擔的告知職責應當得到合理化，因為“任何出於信任而提前選擇特定的醫生或私人診所的人士將向該醫生或診所要求“知情程度較低的資訊”，並且願意接受按相同條款接收的醫療指示，並對其選擇中的隱含意義具有相同的資訊”（STJ 2010年3月18日在第301/06.4TVPRT.P1.S1號案件中的判案書），這是一種完全荒謬的觀點，它作為一種孤立的案例出現在我們的法律體系中，我們已經明確表示了對這種觀點的完全不同意（Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 215）。

52. BGH NJW 1973, 556。

— 本項要求仍然保持其所有效力，特別是如何在本案中一樣，當我們所提及的是涉及重大風險的侵入性操作[53]時，這種情況更增加了對同意和更多資訊的需求。

4.2.1. 對知情同意書的要求

同意書必須由病人提供，未成年或無行為能力人士除外，在此情況下，同意書應由其法定代表人提供[54]。

同意還必須是當時的，即在現場提供的，除非如DAV所述依照第25/2012號法律中所指的條款提供。

此外，還要求同意書是及時的，即應提前提供資訊，以使病人能夠仔細考慮將要執行的醫療程序、其利益和風險，並且冷靜詢問醫生其可能存在的疑問[55]。

但是，在分析目前問題時，最重要的一點是其中所述的同意書應是知情的，即病人在作出決定時擁有所有被視為必需的資訊。

在本案中，實際提供了書面同意書。但是，除了書面形式本身並沒有包含所有被視為相關的資訊這一事實以外（但是嚴格地講，並不一定要包含，因為在大部分情況下並不需要書面形式），沒有證據可以表明在簽署該同意表格之前或之後發生了與病人的交談，並且該交談能夠澄清所有疑慮，這些疑慮是僅採用書面形式 — 而且往往以太過於技術化的術語書寫，使行外人士難以理解 — 所無法澄清的。簡言之，如果在簽名之後沒有真正的知情同意並轉變為一種醫生-病人關係[56]，那麼這種書面同意就仍然只是一個簽名而已。

4.2. 知情同意書的內容

當同意書包含病人能夠作出知情決定所必需的資訊時，該同意書即被視為知情同意書。對此，有關什麼資訊是必需資訊的確切定義，可能會根據具體的情況存在輕微的變化，取決於醫生所面臨的緊迫性的程度（在極度緊迫的情況下，醫生可以對必需資訊加以限制，甚至可以完全扣留這些資訊）、涉及的醫療程序的創新程度（如果是經常執行的行為，則認為病人已經對於該等行為擁有基本的瞭解）、病人對於程序的醫療需求（當涉及擇期手術例如純粹的整形手術時，應當要求對於資訊的傳輸具有特殊的嚴格性，因為病人並不存在生命或健康的風險，因此，在原則上，病人將只有在認為安全的情況下才會同意該醫療程序[57]）以及它們所帶來的風險（風險較高的程序要求資訊具有較高的準確度，特別是與風險相關的資訊）。

然而，也可以確定一系列無論如何都必須向病人傳達的資訊[58]，例如說明疾病的性質及其自然的過程、將要執行的診斷程序、治療的目的和性質、其它治療方法（特別是存在非侵入性的治療[59]）、預期的結果以及存在的風險[60]。

出於評估特定的資訊是否屬於必需的目的，需要運用的手術標準應是“合理的病人”。然而在傳統上，經常使用的標準是“合理的醫生”，即一個合理並且具有一般謹慎水準的醫生所考慮到的。但是，評估不應從醫生的角度來進行，因為醫生不是資訊的接收方。因此，現在使用的是一系列稍感興趣和知情的病人在作出決定時認為有用的資訊[61]。

在TSI所審理的案件中，有關缺乏資訊的討論主要與以下兩個問題相關：

i) 採用的程序固有的風險；

ii) 存在其它具有較低（或沒有）風險的程

53. 西班牙最高法院2012年1月3日第55/2012號案件中的判案書。

54. 除了這些情況以外，家屬不可以代表失去意識的病人作出同意，任何其他希望承擔代表權力的人員也不可以作出該等同意，除非是健康護理律師，並且依照7月16日第25/2012號法律獲得正式授權（管轄提前指令的葡萄牙法律，特別是通過生前遺囑以及任命健康護理律師的形式，並創建國家重要遺囑登記局）。有關該法律，請參閱Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 173 ss。關於提前指令的整體體制，請參閱Vera Lúcia RAPOSO, “*Directivas Antecipadas de Vontade…*”, p. 174 ff。

55. “雖然同意的最後期限根據干預的緊迫性和複雜性有所變化，但在一般情況下，可以說同意將在準備執行干預之前、在通往手術室的路上或在注射鎮靜劑後失去效力”（Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 220, 221）。Vide also André Dias PEREIRA, “*Novos Desafios…*” e ERS, *Consentimento Informado…*, p. 26 ss。

56. ERS, *Consentimento Informado…*, p. 11。

57. ERS, *Consentimento Informado…*, p. 24。批評本文，Jean-Luc FAGNART, “*Information du Patient…*”, p. 72, 73，但其方式似乎未能正確解決該問題。

58. Cfr. Jean-Luc FAGNART, “Information du Patient…”, p. 66 ss.；Markus PARZELLER等人，“病人知情……”，p. 3 ff。

59. 依照BGH NJW 1998, 1874 (1975)，僅服從是一項治療選擇也應當傳達。

60. 在這個核心之上，最近也添加了其它被認為是相關的資訊，例如存在較長的等候名單、健康專業人士的身份，特別是私人醫療行為，以及治療的價格（Jean-Luc FAGNART, “*Information du Patient…*”, p. 73/75）。

61. Cf. Jean-Luc FAGNART, “*Information du Patient…*”, p. 93/96；Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 224；James RILEY, P. Aaron BASILIUS, “*Physicians' Liability…*”, p. 26。

序。

4.3.1. 與風險有關的資訊

病人所關心的最重要的資訊之一是接受一項醫療程序（以及拒絕該醫療程序）可能帶來的風險[62]。

很顯然，並非所有風險都必須報告，如果是這樣的話 — 而且鑒於醫療總會不可避免地涉及或多或少的一些風險 — 幾乎任何人都不會在接受醫療程序了。

但是，不容置疑的是，嚴重的和可預見的風險必須向病人傳達，同時告知其發生的概率。很明顯，風險的可預測性或嚴重性無法從一般的或純粹客觀的角度評估，即同一樣風險在器官衰竭的年長病人身上發生的概率可能較高，而在健康狀況良好的年輕人身上則較為少見。此外，嚴重性也必須從病人的角度看待，因為視敏度輕微下降的可能性在一般市民身上可能幾乎可以忽略，但對於藝術品評估員或飛行員而言則極其重要[63]。

這似乎很清楚的是，罕見和小規模的風險（上述在評估風險嚴重性時存在的保護除外）無需傳達，否則可能導致整個醫療活動的癱瘓。誠然，病人的自我決定似乎支配了所有風險的分配，包括這些風險，但在這些方面執行醫療活動是不可行的。

對於非常罕見但同時又非常嚴重的風險，出現的問題更加複雜，該問題與本案中討論的情況相對應：風險非常罕見（6/100.000），但非常嚴重，因為意味著可能會發生死亡。

對於醫療資訊的疏忽，包括與風險相關的資訊疏忽，葡萄牙法庭仍然保持非常寬大的態度[64]。相比之下，其他國家的學說和判例已經考慮加強溝通的需要（上述治療特權中的保護除外）。

下一個步驟是確定在評估最不相關的風險時要求具有何種程度的可預測性。例如在法國，人們認為發生率達到1%的風險就應與病人溝通[65]。

德國法庭對此事也非常嚴格，雖然我們在證實溝通發生率所要求的百分比方面會遇到一些差異[66]。同樣的規定也適用於英國，發病率為1%到2%的嚴重併發症風險也要求進行溝通[67]。

在本案中，“死亡”風險的發生概率非常低，不足1% — 如果按6/100.000來計算的話，百分比是0.006% — 因此強制要求醫生溝通該風險將超出規定的溝通職責範圍，即使是依照最嚴格的學說也是如此。

無可否認的，有人可能會認為，既然存在死亡的風險，無論發生的概率有多小（比如0.001%）都應強制要求進行該風險的溝通。但事實上，該風險理論上的發生概率 — 而且在風險如此低的情況下，我們所討論的僅僅是一種假設 — 存在於任何及所有醫療程序中，這將要求醫生不可避免地以系統性的方式告知病人發生死亡的可能性。很明顯，如果是這樣的話，即使是一次切除指甲的操作都應當履行該職責，因為病人肯定也可能由於感染而死亡。

但是，這樣的討論已經變得不相關了，因為TSI通過對知情同意文件的分析得出結論“被告醫院的醫生披露其選擇的方法中固有的風險的職責已經得以遵守”。

4.3.2. 與其它程序相關的資訊

對於需要採用的醫療程序的選擇由醫生依照醫療行為的某一項基本原則決定。但病人獲得通知的要求以及獲得聆聽，甚至拒絕特定的程序而無需提供理由的權利，也越來越多得到確認。當發生這種情況時，醫生應尊重病人的意願。這並不表示醫生有責任採用病人要求的醫療程序，因為如果他/她相信該項行為違反法律規定或者至少違背他/她的良心，醫生可以拒絕干預，要求提出良心反對的權利，而該病人應由另一位醫生跟進[68]。

在本案中，病人似乎並沒有被告知存在其它

62. 有關對於與風險相關的資訊的要求，請參閱André Dias PEREIRA, “*Responsabilidade Médica…*”。

63. 評論這些特殊性，Jean-Luc FAGNART, “*Information du Patient…*”, p. 72。

64. 對此，請參閱最高法院於2010年所做的一項裁決，其中裁定“在經證明的具體情況下，醫生履行告知的職責 — 干預是適當的，沒有風險並且遠比不採取任何措施並讓疾病自由發展的干預方法嚴重得多”（STJ 2010年3月18日在第301/06.4TVPRT.P1.S1號案件中的判案書）。但是，在本案中，不可以發生該程度的容忍，因為該項風險被省略的程式不可以被視為一種病人身體和健康利益超出其中涉及的風險的治療方法，因為這僅僅是一項診斷行為。

65. Jean-Luc FAGNART, “*Information du Patient…*”, p. 71。

66. Chester v Afshar [2004] UKHL 41; [2005] 1 A.C. 134; [2004] 3 W.L.R。

67. Chester v Afshar [2004] UKHL 41; [2005] 1 A.C. 134; [2004] 3 W.L.R。

68. 對此，我們的STA已經確認“公共醫療機構（但同樣的主張也適用於私立機構）有責任就病人的狀況、可能的治療選擇以及狀況可能出現的近照向病人提供充分的資訊，以使病人能夠在接受和拒絕提議的護理之間作出知情選擇”（STA 2000年3月9日在第042434號案件中的判案書）。本項學說也來源於對比法。因此，智利最高法院認為違反了病人的知情同意，因為該病人未被通知其將接受的輸血並非緊迫的，因而她可以等待並接受親人的輸血。由於缺乏該資訊，倉卒的使用了第三者損血者的血液進行輸血，最終使病人感染上HIV（智利最高法院2001年10月17日裁決）。

方法，因此，沒有機會選擇採用其它方法。就像在本案中一樣，當兩種程序之間存在值得考慮的區別時，特別需要提供相關的資訊：對身體的侵擾性。因此，我們所面對的是一項違反知情同意的行為。

在本案中不可以聲稱由於已經證明兩種程序之間不存在品質和效率上的差異而排除告知病人另一種方法的責任，並因此斷定對使用方法的選擇僅是醫生的責任，無需告知病人。但是，現在的事實是，其中一種方法是侵入性的，而另一種方法則不足以證明該資訊對病人的重要性[69]。TSI對這一點正確的強調：“在為治療或醫療診斷目的執行手術時，特別是具有侵入性的手術，醫生有責任就其選擇或建議的手術固有的潛在風險告知病人，並且告知是否存在其它具有相同或相近治療或診斷效果的替代方法，以及程序中固有的對健康或生命的潛在風險，從而使病人能夠作出決定並提供真正有意識的和自由的意願”。

一旦確定該資訊應已經向病人溝通時，該資訊就應是病人所知曉的。此時產生疑問是因為病人簽署的知情同意文件中這樣寫道：“本人確認……醫生已向本人詳細解釋存在其它手術/診斷方法或治療方法，作為現選擇方法的替代，並且已告知本人其中固有的風險和牽連”（判案文書臨時所做的翻譯）。但是，TSI認為涉及的文件僅是一種預先設定好的表格，對於所有程序都沒有區別（事實上，這是葡萄牙大部分醫院採用的一種規則），這種形式尊重了提供知情同意的形式要求，但不具備實質性的意義。此類文件已經開始在各地不被採用[70]，因為它們並不被認為與醫生和病人之間真實的澄清和共用關係相對應。因此，TSI拒絕採納病人的書面同意，並且裁定 — 因為被告醫院未能依照舉證責任的規則提供相反的證據 — 病人未能獲得通知存在其它放射攝影術的程序，這一點做得非常正確。

4.4. 缺乏知情同意書的後果

簡單來說，這裡肯定存在違反知情同意的行為，但並不是因為死亡率為0.006%而省略風險告知，而是由於未能告知病人對於其臨床案例還存在另外一種程序，向病人解釋各種方法的正反方面，並使病人能夠選擇另一種程序。該資訊未能溝通，並於此後導致了醫療行為在未經病人有意識知情的情況下執行。

因此，由於本應報告到沒有報告的風險所造成的損害責任應由醫生承擔，因為這等損害是由於資訊的疏漏而導致的。應注意的是，我們多次提到死亡的風險是可以忽略不計的，但最重要的是，該風險是與侵入性程序相關的，病人以為這種侵入性程序是唯一可用的選擇，但實際上並不是[71]。

未經知情同意就執行的醫療程序會為醫生以及/或者醫療機構帶來嚴重的後果。首先，在刑事方面，負責收取同意書並提供資訊的醫生可能發生肆意執行醫療手術（CPM第150條和CPPT第156條）的罪行。

由於本案僅討論民事事務，那麼我們也將解決民事方面的問題。

在民事方面，有關知情同意的犯罪行為構成了對病人自我決定權和未提名人格權的侵犯，該等侵犯行為將招致賠償。其中包含了人身傷害，其重要性值得獲法律保護（CCM第489/1條和CCPT第496/1條），因此，不是每一項侵犯個人自我決定權的行為都應提供賠償[72]，而只有那些侵犯個人內心信念的行為，因為只有該等行為才具有必要的嚴重性[73]。在任何情況下，由於違反自我決定權所導致的非延續性損害的嚴重性應根據案件的背景評估。

除此以外，還應當加上任何由於侵犯病人的選擇自由而導致的金錢損害賠償。在本案中，假設使用超聲法製作血管造影片在成本上更加經濟，但病人並沒有被通知可採用這方法。如果是這樣的話，病人可以要求索回為檢查多付的款項。這種檢查方法被表示為唯一可行的方法，從而省略了較為便宜的方法。

如果醫療程序的唯一缺陷是缺少病人的同意，那麼這些賠償就將是病人有權獲得的損害賠償。但是，案情更加複雜，因為除了缺少病人的同意以外，最終還導致了對身體、生命或健康的損害。事實就是如此，因為按照我們的理解，如果沒有獲得病人的知情同意，醫療干預框架中產生的所有風險均由醫生承擔（在本案中由醫院承擔），因此醫生將對病人所遭受

69. 這一點增加了一項事實，即其中一種方法帶來了由於過敏性反應而死亡的風險，雖然這種風險非常低，而另一種方法則不會。我們澄清一下這個概念：如果只能使用死亡風險低至1%的對比注射法進行放射顯影，則可以被視為該風險太低，無需向病人溝通，因為嚴格來講，任何醫療程式都存在死亡的理論假設。但由於存在另外一種方法，並且不存在該風險，此時則要求向病人溝通該資訊。

70. Cf. ERS, *Consentimento Informado*…, p. 37; Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico*…, p. 246。

71. 事實如此是因為死亡的風險不需要向病人溝通，但反之，存在其它方法這一事實則是必須傳達的資訊的一部分。

72. 另請參閱Jorge Sinde MONTEIRO, Maria Manuel VELOSO, “*Portugal*”, p. 182。

73. 這種狀況特別可能在醫生故意違背病人的意願行事時發生，而對於不可能獲取回應的無意識病人或者當病人同意但沒有獲得所有相關資訊時（如在本案中），這種情況則較少發生。

的任何傷害負責，雖然如此，嚴格地說，該等損害並不是醫生的不當行為所導致的[74]。這種理論背後的概念是，病人沒有機會對涉及的醫療程序表示同意，或者，至少未能在獲取所有資訊後對其表示同意；如果能夠獲取所有資訊，病人可能已經拒絕該醫療程序並因此避免遭受該等損害[75]。

儘管同意這樣的觀點，但我們還是要增加一項告誡：在未經同意或病人不知情的背景下進行的干預中發生的風險應當由醫生承擔，但僅限於醫生有職責向病人告知的風險。相反，如果病人遭受的損害由於完全不可預測的風險所導致，並且該風險不屬於必須告知病人的風險的範圍，那麼該等損害就不再是醫生的責任[76]。

雖然醫生的責任範圍取決於應被視為由病人獲知的風險的範圍，但從這樣的主張中不可以推論認為作出賠償的責任應以有證據證明如果病人獲得所有資訊即可以拒絕該行為為條件。簡言之，所謂的假設同意[77]與免除醫生為導致的損害[78]承擔責任是沒有關聯的，這不僅是因為這是一種幾乎不可能證明的情況，而且也因為真正重要的是取消了有意識決定的可能性[79]，而不是有效決定的實質。對於這些風險，有一系列責任不應當由醫生承擔，這恰恰是因為這些風險的不可預測性，並且因為即使所有知情同意的指示均已經符合，該等風險也從未被報告，因此病人將永遠不會考慮這些風險，也不會於此後由於這些風險而拒絕醫療行為，即“如果病人遭受任何傷害，但由於醫生的不可控制和不可預見的事件所導致，而不是由於他/她的過錯所導致，那麼缺乏干預相關資訊是否將產生獲得賠償的權利，這一點仍然存疑”[80]。

4.4.1. 知情同意的舉證責任

TSI認為已經證實病人被告知了程序的風險，但未被告知除了實際執行的放射顯影方法以外還有另外一種方法。

TSI的結論的依據是，醫院未能出示證據表明向病人提供了該資訊並與此後獲得了知情同意。事實上，對該事實，應由被告（醫生或醫院）承擔舉證責任[81]。這種解決方法有三個有利的動機。首先，反駁該證據的困難 — 即證明未能提供資訊和未能獲得同意的證據 — 因為這將意味著證明一項反面的事實，通常被稱為“惡魔證據”[82]。另一方面，由於這項要求轉移給醫生，可以在醫生和病人關係中重新建立一種平等，而這種關係原本是不平等的，因為醫生擁有的知識是病人所完全不瞭解的。最後，我們必須記住，病人的同意成為醫生導致的身體干預的相關非法性的合理理由，因此，依照一般規則，應由希望為非法性提供正當理由的一方負責證明能夠證實該行為的事實（CCM第335/2條和CCPT第342/2條）。

這些規則適用於已經獲得同意的證據，或者適用於（甚至更難證明的）已經提供病人據以表示上述同意的資訊的證據。

由於任何這些事實的證據都很難實現，法庭利用了合法推定，即法官根據從已知事實中得出的結論陳述一項未知的事實。因此，如果涉及的醫院保持與病人溝通並解釋將要執行的醫療程序的慣例，那麼法庭將有確鑿的依據認為已經證實在本案中該等程序已獲得遵循。

為免除醫生由於疏於告知所應承擔的責任，聲稱即使病人被告知死亡的風險並且存在其它執行放射顯影的方法後，病人仍然將統一使用對比法進行血管造影術這一點是毫無用處的。如上所述，假設同意沒有權力排除醫生的責任（至少依照民法無法排除）。

因此，如果被告未能在本案中成功證明必要的資訊溝通，也未能證明這是鏡湖醫院的慣例，那麼將無法證明該資訊已經獲得溝通。

但是，TSI就有關同意問題的裁決產生一個疑問。在某一點，TSI結論認為“由於被告未能證明容易發生的相關情況，在該情況下可以使其職員免去履行向病人提供有關存在其它方法的資訊的責任，從而反駁對依照民法典第788條作出的有罪推定，因此我們沒有其它解決

74. 這是德國法律體系中的主導觀點，如Gottfried SCHIEMANN，“德國”，p. 123/130所證明。

75. 描述本文，Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 216 ff。

76. 表示本觀點，Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, . p. 217 ff。

77. 依照刑法中的其它合法行為理論，假設病人的同意可能具有一定的重要性（Manuel da Costa ANDRADE, “*Consentimento em Direito Penal Médico…*”, p. 133）。

78. 在偶然情況下，符合我們在案件錯誤的生命和錯誤的出生中辯護的情況，載於Vera Lúcia RAPOSO, “*As Wrong Actions no Início da Vida…*”, p. 64 ss. e, “*Responsabilidade Médica…*”, p. 88 ff。

79. 我們在此援引一個喪失機會的事實，不應是指依照機會喪失理論對這些問題調查，也不是判定該喪失的機會伴隨而來的傷害。關於反對喪失機會在這些情況中的使用，請參閱Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico…*, p. 317, 318。

80. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 218。

81. André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado…*, p. 187 ff., and “*Responsabilidade Médica…*”; Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 242/244。

82. André Dias PEREIRA, “*Responsabilidade Médica…*”。有關法律體系，請參閱STJ 2010年7月10日在第1364/05.5TBBCL.G1號案件中的判案書。

方法，只能認為被告醫院的醫生和放射醫師的行為中存在疏忽（……），因而裁定被告醫院的醫生和放射醫師在遵守契約責任中的告知職責時存在有罪瑕疵，從而產生契約民事責任”。在這一部分中，法庭將被告的契約責任和其尊重知情同意的責任混淆在一起，而尊重知情同意的責任是沒有契約來源的。因此，由於證明知情同意的問題而導致對契約債務人作出有罪推定。誠然，這些事實的證據存在於應當已經獲得同意並且提供證實該等同意的資訊的一方，但是，該解決方法的理由並不在於契約有罪的推定，而是在於以上所提供的原因。在本場合中，契約有罪推定並不完全適用，因為尊重知情同意的責任並不是建立在契約基礎之上的，否則在國家衛生服務背景下執行的醫療護理中就不會存在這種以後，因為，如我們已經看到的以及TSI在其裁決中正確注明的，這種醫療護理具有契約外的性質[83]。

也就是說，“其存在（我們主要是指書面形式的存在）並不會使起源不是契約性質的關係契約化（請參閱有關契約內和契約外責任的討論），而違反知情同意的行為也不應依照契約違約來處理。提供知情同意的責任代表了一種獨立於根據契約承擔的責任之外的責任”[84]。

5. 本案的特點

5.1. 確定過敏性的測試

在這一點上，筆者要求注意兩個事實上相矛盾的事實：一方面並沒有進行測試，另一方面測試沒有正確執行。法庭認為已經證實的是，測試實際上以口服方式執行，使用了10%的IODINA，這測試沒有檢測到任何過敏性反應，這一點與注射對比產品（歐乃派克）後實際發生的情況相反。

TJB已經確認的是，測試依照正確的程序執行，但僅由於未知的原因未能有效檢測，並因此裁定“沒有證據表明所指的先前的測試（……）是過期的，或者被告的醫生執行的方式很糟糕”並且“在使用碘方法執行診斷測試之前，被告的醫療職員採取了每一項必要的和要求的預防措施”。

TSI則得出了不同的結論，確認被告醫院的職員有罪，因為他們“在進行過敏性測試時使用了劑量上無效的IODINA”。法院認為“對於被告人員執行過敏性檢測測試時的行為，被告未能依照法律規定表現出應由的謹慎”。該結論提出了一些問題。誠然，正如TSI本身所正確提及的，“民法典第788條中規定的有罪推定是針對被告提出的，因為過敏性測試中包含了提供治療服務的契約目的。”但是，很重要的一點是，我們不應忘記，在有罪推定之前，必須證明作為先決條件的非法性。該非法性不可以假設，也不可以在有罪推定後才確定[85]。在沒有查看整個流程的完整檔案之前，討論測試中的這個方面是不明智的，但我們希望指出的是，在裁決中並沒有明確表示原告是否能夠證明不合法性。

5.2. 選擇放射線攝影造像的方法

在本案中，病人需要對慢性靜脈曲張進行放射線攝影造像，該項操作可通過超聲方法（通過菲林或直接觀察的超聲波彩色B型）或使用IODINA（注射對比產品並進行放射攝影）。

使用第二種方法並不構成醫療上的錯誤行為，存在的0.006%的風險也不會阻止其選擇，因為風險微不足道。這種方法是醫療上所接受的，而其使用也不會認為是一種不良行為。在本案中的問題是，鑒於病人的特徵，該方法是否最合適的方法。相比之下，在未經告知病人存在其它方法以及各種流程的條件的情況下而使用本方法，事實上違反了法律的規定[86]。

5.3. 放射線攝影造像的執行和隨後的過敏反應

在本案中，在評估被告對於放射線攝影過程中造成的損害所應承擔的責任時，有兩個條件需要評估：一方面，病人已經提前接受檢測潛在過敏性的測試（無論該測試執行狀況是否良好）；另一方面，病人的反應使醫生確信病人已經接受了該性質的測試，並且從未出現過任何副作用。

第一個方面可以參考一個葡萄牙案件中相似的裁決。在該案件中，病人在接受藥物後死於

83. 有關確認在沒有契約的情況下仍然存在知情同意責任，另請參閱Murielle BÉNÉJAT, *“L’Autonomie de la Responsabilité…”*, p. 198, 199。本文的司法證明可從法國Cour de Cassation 2010 年6月5日在第09-11-157號案件中的裁決中找到，該裁決由BÉNÉJAT 評注（p. 198/202）。

84. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 238。

85. 然而，在葡萄牙案例法中，存在一些通過有罪推定產生非法性推定的案例：例如，請參閱最高法院2002年12月17日在第02A4057號案件中的判案書。有關對該趨勢的批評意見，請參閱Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 48, 49。

86. 在討論醫院選擇該方法而非另一種方法的問題時，TSI將自身局限于缺乏病人的知情同意這一點，並沒有嘗試獨立於同意書之外討論選擇的IODINA方法是否謹慎以及是否符合法律規定。

過敏性休克（有意思的是，也是用於治療靜脈曲張）[87]。同樣是在該案件中，涉及的藥物之前已在該病人身上做過測試，沒有產生任何不良反應，然而在用藥之後，病人開始出現呼吸停止，但已經證實的是，測試是依照最佳醫療實踐執行的，這一事實導致醫生免於承擔責任。相反，在TSI裁決的案件中，法庭認為已經證實的是，測試未能正確執行，即由於使用的IODINA劑量不正確，但如我們所看到的，該結論缺乏必要的違法性相關理由，對被告造成不利結果。

關於第二點，應注意的是，病人保證對涉及的產品不過敏（甚至提到已經接受過類似性質的測試）這一事實極為重要，因而應承擔依照該回答執行的行為所導致的損害責任。這一概念與醫療法律的現代趨勢相似，它消除了醫生的家長式作風，同時也提高了病人自身的責任。

5.4. 當缺乏方式時進行轉介的要求

在辯論過程中，鏡湖醫院慈善協會曾表示，本案中選擇的對比注射方法是醫院中使用的唯一方法，因此，嚴格來講，並不存在其它替代方法，即沒有其它方法可供選擇。但是，缺乏材料和人力資源不可以作為醫療過失的正當理由。在開始任何治療之前，醫生（和醫院）應確保針對相關病人的情況執行更安全和更有效的程序所需的一切。如果確定執行最適當程序所需的資源（在本案中就是超聲波方法）無法取得，則病人應被轉介到其它具有更好配備的醫院，除非具備不容許進行該等延誤的緊急性質，正如TSI在其裁決中充分證明的[88]。

即使在健康中心沒有使用超聲波方法執行血管造影術，醫療團隊仍有職責告知病人存在其它方法，並且最終在病人選擇的情況下將病人轉介至可以執行上述程序的醫院。如文中其它地方已經說明的，“醫療行為在該等條件下、在當時或在該醫院的實現以及這些環境可能使病人承擔相對於執行標準模式的醫療行為更高的風險（由於缺乏合格的人員或無法處理某些儀錶或儀器）是極為重要的資訊”[89]。

5.5. 過敏性治療中的謹慎

在很多情況下，醫療過失並不是以病人以遭受的傷害為基礎，有關傷害甚至可能由於一項不良事件所導致（即醫生無法預防的不可預測的事件[90]），而是以醫生對該等事件作出反應的方式為依據的，這種情況在外科併發症或藥物過敏中並不罕見。當發生這種情況是，必須裁定醫療失誤並不在於執行的行為，而在於缺乏充分的程序糾正傷害結果。

在多年以前，TRL曾面對一項這種類型的案件。在該案件中，病人遭受的最初傷害（切斷mentoneano神經）被判斷為一件不良事故，而問題實際上在於對病人的隨後的跟進（延誤連接被切斷的神經），因此，法庭由於醫生對事故的反應方式而判定醫生有罪。該事故原本可能不會給醫生帶來指責，但醫生應採取迅速和滿意的回應[91]。

但是，鑒於在本案中並沒有確定病人的跟進措施不是最適當的，因此本問題甚至都沒有被提及。

6. 總結

鑒於上述內容，我們認為TSI在對被告定罪時做得非常好，雖然對於法庭提供的動機仍存在一些疑慮。

關於醫療行為的技術執行，定罪可以以在執行過敏性測試時存在醫療失誤為依據，這主要是因為契約有罪推定未得到反駁，但是，仍然可疑的是該行為的違法性證據，這些證據事實上應作為衡量罪行的先決條件。對於在決定採用對比注射方法進行慢性靜脈曲張放射攝影時是否也存在醫療過失的問題，我們暫不作定論，因為法庭沒有對這個假設進行充分的探討。

但是，定罪的真正依據是缺乏知情同意，因為病人沒有就可以提供的治療選擇獲得充分的告知，而這種告知構成了提供同意所需的相關資訊。因此，在程序過程中發生的損害（並不限於適當知情的同意）應屬於醫生的責任範圍之內，只要該等損害是未能充分告知的風險的具體化。相比之下，疏於告知相對於死亡風險是微不足道的，因為該風險的概率非常低，無需進行披露。

本項裁決是一個不可避免的跡象，表明在

87. TRL 2007年12 月18日在第5965/2007-5案件中的判案書。

88. 當處理在醫療機構中執行的醫療行為時，許多資源不足和技術限制的情況都屬於醫院或診所的責任範圍，而不是由醫生負責。醫生的責任是就缺乏情況提醒醫療機構，但這些提醒的有效性仍然取決於機構本身。Cf. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 21, 193 ff。

89. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 223。同樣的，請參閱Corte di Cassazione 2000年5月16日在第6318號案件中的裁決。

90. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 14/16。

91. TRL 2010年3月9日在第1384/08.8TVLSB.L1-7號案件中的判案書。

未來的數年內，醫療行為將接受嚴格的司法監管，包括民事和刑事程序。因此，我們建議所有各方增加健康護理提供者和法律服務提供者之間的對話。

參考書目

ANDRADE, Manuel da Costa - "Art. 156.", in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, (Jorge de Figueiredo DIAS coord.), Almedina, Coimbra, 1999

ANDRADE, Manuel da Costa - "Art. 157.", In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, (Jorge de Figueiredo DIAS coord.), Almedina, Coimbra, 1999

ANDRADE, Manuel da Costa - "Consentimento em Direito Penal Médico: O Consentimento Presumido", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 14, 2004

BARBOSA, Carla - "Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico", *Lex Medicinae*, 7(13), 2010

BÉNÉJAT, Murielle - "L'Autonomie de la Responsabilité Médicale Pour Défaut D'Information (Á Propos de Quelques Arrêts Rendus en 2010)", *Revue Générale de Droit Médical*, 38, Mars 2011

BRITO, Teresa Quintela de - "Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 12, 2002

BRITO, Teresa Quintela de - "Eutanásia Activa Directa e Auxílio ao Suicídio: Não Punibilidade?", *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXX, 2004

BRITO, Teresa Quintela de, et al. - "Crimes Contra a Vida: Questões Preliminares", in *Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

CARNEIRO, António Vaz - "O Erro Clínico, os Efeitos Adversos Terapêuticos e a Segurança dos Doentes: Uma Análise Baseada na Evidência Científica", *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 10, 2010

DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde - "Responsabilidade Médica em Portugal", *Boletim Ministério da Justiça*, 332, 1984

FAGNART, Jean-Luc - "Information du Patient et Responsabilité du Médecin", in *Actualités de Droit Médical (Eric THIRY coord.)*, Bruylant, Bruxelles, 2006

MONTEIRO, António Pinto - *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990

MONTEIRO, António Pinto - *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003

MONTEIRO, Jorge Sinde; VELOSO, Maria Manuel - "葡萄牙"，載於*從對比角度研究有關醫療不當行為的案例*（Michael FAURE，Helmut KOZIOL等人），Springer，Wien，紐約，2001

NUNES, Manuel do Rosário - *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Almedina, Coimbra, 2005

PARZELLER, Markus; WENK, Maren; ZEDLER, Barbara; ROTHSCHIL, Markus - "醫療干預之前和之後的病人知情和知情同意書"，*Dtsch Arztebl*, 104(9), 2007

PEDRO, Rute Teixeira - "Da Tutela do Doente Lesado - Breves Reflexões", 2008, at http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RTPedro2008.pdf (15/10/2011)

PEDRO, Rute Teixeira - *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

PEREIRA, André Dias - "Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma Perspectiva Europeia", Revista Portuguesa do Dano Corporal, ano XV, no. 16, 2006

PEREIRA, André Dias - "Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexo de Causalidade", 2008, at http://estu-

dogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf (02/11/2011)

PEREIRA, André Dias – "Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma Proposta para o Ministério Público", at https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/2525/1/Novos%20Desafios%20da%20Responsabilidade%20M%C3%A9dica-Revista%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20do%20Paran%C3%A1%20Andr%C3%A9%20Pereira.pdf (19/01/2010)

PINTO, Paulo Mota – *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1982

PORTERO LAZCANO, Guillermo – "Responsabilidad Penal Culposa del Médico: Fundamento para el Establecimiento de la Negligencia o Impericia", *Revista Latino-Americana de Derecho Médico y Medicina Legal*, 6(2), Dic. 2001 – 7(1) Junio 2002

RAPOSO, Vera Lúcia – "As Wrong Actions no Início da Vida (錯誤的概念、錯誤的出生和錯誤的生命) e a Responsabilidade Médica", *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 21, 2010

RAPOSO, Vera Lúcia – "Directivas Antecipadas de Vontade: Em Busca da Lei Perdida", *Revista do Ministério Público*, Janeiro/Março, 2011

RAPOSO, Vera Lúcia – "生命終止時的自我決定：對人類尊嚴的新理解"，載於*第三次歐洲健康法律大會 — 程序冊*，2011

RAPOSO, Vera Lúcia – "Responsabilidade Médica em sede de Diagnóstico Pré-Natal (錯誤的生命和錯誤的出生)", *Revista do Ministério Público*, 132, Out/Dez, 2012

RAPOSO, Vera Lúcia – "作為或不作為，這才是問題所在：從刑事角度看待知情同意書"，*歐洲健康法律學報*，19, 2012

RAPOSO, Vera Lúcia – *Do Ato Médico ao Problema Jurídico (Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Profissional na Jurisprudência Nacional)*, Almedina, Coimbra, 2013

RILEY Jr., James; BASILIUS, P. Aaron – "醫生對藥物商標外的處方的責任"，*血液學和腫瘤學新聞和發佈*，2007年5月/6月號

RODRIGUES, Álvaro da Cunha – "Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos", *Revista Direito e Justiça*, ano XIV, nº 3, 2000

ROMEO CASABONA, Carlos – *El Médico y el Derecho Penal I. La Actividad Curativa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981

SANDOR, Giulia – "Obbligo di Informazione Medica e Diritto Penale", *L'Indice Penale*, anno VII, n.º 2, 2004

SCHIEMANN, Gottfried – "德國"，載於*從對比角度研究有關醫療不當行為的案例* (Michael FAURE, Helmut KOZIOL等人)，Springer, Wien, 紐約，2001

SOUSA, Luís Pires de – "O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais Atinentes à Tramitação deste Tipo de Acção (Competência, Tramitação do Processo, Prova Pericial), at http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.acto.medico.pdf (28/0472011)

SOUSA, Miguel Teixeira de – "Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica", in *Direito da Saúde e Bioética* (António Marques dos SANTOS et al.), AAFDL, Lisboa, 1996

SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, Juan Carlos – "La Responsabilidad Penal Médica por el hecho Imprudente. El Error de Diagnóstico. Jurisprudencia Aplicable", *Boletín de Información*, año LXII, n.º 2056, 2008

UFFICIO DEL MASSIMARIO – "Responsabilità Sanitaria e Tutela della Salute" (a cura di Marco Rossetti), Corte Suprema di Cassazione, 2011, 2, at http://www.cortedicassazione.it/Documenti/QUADERNO%20N.2_11_11.pdf

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo – "Una Commedia degli Errori? La Responsabilità Medica Fra Illecito e Inadempimento", *Rivista di Diritto Civile*, anno LIV, n.º 3, 2008

O ACTO MÉDICO PERANTE O OLHAR JUDICIAL: BREVE APONTAMENTO À DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO N.º 218/211

Vera Lúcia Raposo
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
Centro de Direito Biomédico – vera@fd.uc.pt
Advogada-Consultora (Vieira de Almeida e Associados) – vlr@vda.pt

1. Exercício privado da medicina: responsabilidade contratual ou extracontratual; 1.1. O contrato de prestação de serviços médicos; 1.2. A presunção de culpa do devedor; 2. Obrigação médica: de meios ou de resultado?; 2.1. Configuração da obrigação médica como obrigação de meios; 2.2. Presunção de culpa e obrigação de meios; 3. Ilicitude e culpa na responsabilidade médica; 3.1. Ilicitude como violação das leges artis; 3.2. Culpa como violação do dever objectivo de cuidado; 3.3. A promiscuidade de conceitos; 3.4. A ilicitude e a culpa no caso concreto; 4. Consentimento informado do paciente; 4.1. Fundamento da exigência do consentimento informado; 4.2. Excepções à regra do consentimento informado; 4.2.1. Requisitos do consentimento informado; 4.3. Conteúdo do consentimento informado; 4.3.1. Informação relativa aos riscos; 4.3.2. Informação relativa a procedimentos alternativos; 4.4 Consequências da ausência de consentimento informado; 4.5. Ónus da prova do consentimento informado; 5. Particularidades do caso concreto; 5.1. O teste de identificação de alergias; 5.2. A escolha do método de realização da radiografia; 5.3. A execução da radiografia e subsequente reacção alérgica; 5.4. Obrigação de reenvio em caso de ausência de meios; 5.5. Diligência no tratamento da alergia; 6. Súmula; Bibliografia

No processo n.º 218/2001 o Tribunal de Segunda Instância (TSI) da Região Administrativa Especial de Macau proferiu uma importante decisão em sede de responsabilidade civil médica, cuja relevância se prende principalmente com o facto de este ser um domínio ainda relativamente desconhecido dos tribunais macaenses.

Em traços largos o cenário que conduziu a semelhante decisão pode descrever-se nos seguintes termos: um paciente que sofria há vários anos de varizes crónicas na perna (e de outras patologias que fragilizavam o seu estado de saúde) dirigiu-se ao hospital Kiang Wu, onde era habitualmente seguido, para uma angiografia às pernas e subsequente tratamento às varizes, vindo a falecer na sequência (a questão do nexo de causalidade nunca esteve em dúvida no caso) de uma reacção alérgica ocorrida no decurso da referida angiografia, realizada pelo método de injecção de contraste.

Os familiares da vítima alegaram, essencialmente, que: i) o método de realização da angiografia pelo qual o hospital optou se revelava desadequado às particularidades do paciente; ii) que, optando pelo dito método, impunha-se um teste prévio de detecção de reacções alérgicas, que não foi feito; iii) ou que, tendo sido feito (os autores parecem estar na dúvidas quanto a este aspecto), se processou de forma errada. Com base nestes argumentos requereram, em nome do falecido, uma indemnização por danos não patrimoniais, e em nome próprio uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

O Tribunal Judicial de Base (TJB) começou por absolver a Ré hospital, mas a decisão proferida pelo TSI em sede de recurso culminou na sua condenação[1]. O que resulta da decisão judicial é que a Ré não logrou rebater a presunção de culpa que sobre si recaía na execução dos actos médicos, nem deu cumprimento à obrigação de consentimento informado.

Várias questões foram discutidas nesta decisão, de forma profusa e abrangente. Por conseguinte, o comentário que se segue procurará apenas complementar a discussão[2], e contribuir com novas perspectivas para este complexo domínio da responsabilidade civil3[3] e da delimitação da falta médica[4].

1. Só nos poderemos pronunciar sobre as afirmações expedidas pelo TSI, dado que não temos acesso aos pareceres dos peritos médicos (nem sabemos se efectivamente existiram). Por conseguinte, remetemo-nos aos factos dados como provados pelo tribunal, ainda que não possamos deixar de questionar em que concretos factos terá o tribunal fundado algumas das suas conclusões.

2. Porém, há uma questão da qual não trataremos: a questão da titularidade da indemnização. Não porque seja desprovida de interesse, bem pelo contrário (a demonstrá-lo está inclusivamente o facto de ter sido objecto de uma declaração de voto), mas por razões de delimitação do tema da análise.

3. Ao longo deste estudo faremos referências conjuntas a preceitos dos ordenamentos jurídicos português e macaense, dada a similitude de conteúdos. Paralelamente daremos conta de alguma jurisprudência portuguesa e estrangeira, de modo a fornecer uma perspectiva mais global dos assuntos em discussão.

4. Várias vezes ao longo do presente comentário nos referiremos à expressão "falta médica", sobre a qual já longamente nos debruçámos (Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 13/21), pelo que neste ensejo deixamos apenas a explicitação de que se trata de um comportamento (activo ou omissivo) do médico que se considere ilícito e culposo (o que o distingue, pois, do mero incidente adverso).

1. Exercício privado da medicina: responsabilidade contratual ou extracontratual

A primeira questão que se coloca ao abordar um pedido de indemnização cível refere-se ao enquadramento do pedido em causa no âmbito da responsabilidade contratual ou no da extracontratual, isto é, em identificar um suposto contrato que lhe esteja na base.

No caso do exercício da medicina tem-se sedimentado, como posição praticamente unânime, aquela que defende que o exercício privado da medicina (num consultório, clínica ou hospital privado) deve ser analisado nos termos da responsabilidade contratual, ao passo que a prática de actos médicos no contexto do Serviço Nacional de Saúde (hospitais públicos) já será analisada segundo as regras da responsabilidade extracontratual, mais propriamente, da responsabilidade extracontratual do Estado[5].

Uma vez que a Associação de Beneficência do Hospital Kiang Wu é uma pessoa colectiva de direito privado deve o presente caso ser analisado segundo os ditames da responsabilidade contratual, como ficou firmado logo na primeira instância e corroborado pelo TSI.

1.1. O contrato de prestação de serviços médicos

Teoricamente o contrato em causa poderá ter sido celebrado entre o paciente e o hospital (pessoa colectiva) ou entre o paciente e um médico (pessoa singular), ou entre o paciente e os dois sujeitos referidos, configurando então uma estrutura triangular[6]. Não dispomos de dados suficientes para identificar a estrutura contratual existente no caso em análise, mas tudo indica que o contrato se terá celebrado entre o paciente e a instituição hospitalar, funcionando os médicos como seus comitentes, pois é assim que foi configurada a relação controvertida pelas partes, sendo posteriormente confirmada pelas instâncias judiciais que apreciaram o caso.

Trata-se de um contrato de prestação de serviços, no âmbito do qual o hospital (e, concomitantemente, os médicos) se obriga a um leque vasto e diversificado de prestações perante o paciente[7]. A principal dessas prestações consiste em fornecer a assistência médica necessária e adequada para prover à sua cura ou, pelo menos, à minoração do sofrimento que o ataca, empregando para tal os conhecimentos técnicos e os instrumentos disponíveis. Paralelamente obriga-se ainda a uma panóplia de obrigações que podemos apelidar de secundárias, mas que assumem uma importância crucial no cumprimento com êxito deste contrato, e cuja violação acarreta igualmente a concomitante responsabilidade civil (e, eventualmente, criminal): i) elaboração e conservação da ficha clínica do doente, de forma rigorosa e completa, registando todos os dados relevantes para a prestação dos melhores cuidados de saúde, a qual deve ser mantida pelo tempo que se considere necessário, e resguardada do acesso de terceiros, nomeadamente no que toda a dados pessoais do paciente, sobretudo dados genéticos e de saúde (mas obrigando-se igualmente a facultar ao paciente o acesso ao respectivo processo clínico sempre que este o requeira, ainda que com as limitações que sejam legalmente cominadas[8]); ii) fornecer ao paciente todas as informações relevantes acerca do seu estado clínico e, de seguida, obter o devido consentimento informado, nos termos que mais detalhadamente explanaremos nos pontos seguintes; iii) proteger os pacientes de perigos colaterais, tais como ataques de outros pacientes ou infecções nosocomiais[9]; iv) manter-se constantemente a par das mais recentes inovações técnicas e científicas, e preparar-se adequadamente antes de realizar qualquer intervenção; v) auto-avaliar as suas próprias capacidades e conhecimentos, escusando-se de intervir quando conclua que o acto médico em causa ultrapassa aquilo que pode e consegue fazer (salvaguardadas situações de urgência).

1.2. A presunção de culpa do devedor

No caso específico da responsabilidade médica os deveres que se impõem a cada uma das partes são praticamente os mesmos exista ou não um contrato[10], com

5. Embora haja autores que, também neste ensejo, pretendem a aplicação do regime da responsabilidade contratual, invocando figuras como o contrato de adesão ou as relações contratuais de facto (Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portuga*l, p. 48/50; António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas …*, p. 312), sobretudo alegando que a diferenciação de soluções jurídicas não encontra apoio na realidade fáctica, afinal comum a ambas as situações.

Esta tese tem também bastante acolhimento na jurisprudência italiana (cfr. Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, "Una Commedia degli Errori...", p. 307, 308; UFFICIO DEL MASSIMARIO, "Responsabilitá Sanitaria...", p. 12/14), como se comprova pela decisão da Corte di Cassazione, 22/01/1999, n.º 589.

6. Analisando as várias estruturas possíveis dos contratos de exercício privado da medicina, Vera Lúcia RAPOSO, Do Ato Médico…, p. 194/197.

7. Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico …*, p. 74 ss.; Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 39 ss.

8. Cfr. Carla BARBOSA, "Aspectos Jurídicos…", p. 107/140; André Dias PEREIRA, "Dever de Documentação…", p. 9/24.

9. Sobre as infecções nosocomiais, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 268/271.

10. Neste sentido veja-se a decisão do Tribunal de Relação de Lisboa (TRL), de 22/03/2007, processo n.º 5177/2006-2.

algumas singelas especificidades que no presente caso não relevam[11].

Porém, a nível de regime jurídico despontam diferenças entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, algumas delas de relevantes consequências.

Uma das mais decisivas – de resto, a que no caso concreto importa – é o facto de na responsabilidade contratual se presumir a culpa do devedor (artigo 788.º/1 do Código Civil macaense - CCm; artigo 799.º/1 do Código Civil português - CCpt). Significa isto que o credor-lesado apenas tem que provar a ilicitude, o dano e o nexo de causalidade, bem como a existência de um contrato de prestação de serviços (que não tem que ser escrito, e em regra nem o é), sendo que a partir deste último elemento o tribunal presumirá a culpa do devedor-lesante, cabendo seguidamente a este afastar a presunção legal de culpa que sobre si recai. Foi partindo deste mesmo princípio que o TSI raciocinou, e bem, ao longo da presente decisão.

A aplicação da presunção de culpa do devedor, típica de qualquer responsabilidade contratual, ao domínio específico da responsabilidade médica conta com alguma oposição[12]. Alegam estes autores que a medicina e o corpo humano assumem tais particularidades que se torna demasiado oneroso exigir ao médico que demonstre que o dano causado ao paciente não resultou de culpa sua, tanto mais que se trata da prova de um facto negativo[13]. Porém, a aparente exigência de semelhante regra é atenuada pela configuração da obrigação do médico como uma mera obrigação de meios, aparte as devidas excepções, o que em muito enfraquece a rigidez da presunção de culpa, como se verá no ponto seguinte.

Em Portugal a jurisprudência mais recente reiteradamente afirma a aplicação da presunção de culpa aos casos de responsabilidade contratual médica, no seguimento de uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 2002[14], segundo a qual: "[n]ão se vê assim qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no art.º 799º, nº1, do C. Civil. O que é equitativo, pois a facilidade da prova neste domínio está do lado do médico".

Esta é a posição hoje largamente dominante na doutrina[15] e na jurisprudência[16]. Aliás, alguns tribunais têm até vindo a considerar que as regras da responsabilidade contratual são igualmente aplicáveis ao exercício da medicina no âmbito do Serviço Nacional de Saúde (como base nas já referidas ideias dos contratos de adesão ou das relações contratuais de facto[17]), o que implica a sujeição destas relações à presunção de culpa do devedor inadimplente.

Noutros casos, e levando ao extremo a ideia de protecção do paciente, o tribunal admitiu a invocação conjunta de regras da responsabilidade contratual e extracontratual[18], para que o paciente-autor possa beneficiar do melhor de cada uma delas, numa tendência que nos

11. Para uma distinção mais detalhada sobre as diferenças entre responsabilidade contratual e extracontratual vide Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 32/42.

12. Dando conta desta controvérsia, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 100/105.

13. Contra a aplicação da presunção de culpa do devedor na responsabilidade médica, mesmo na contratual, João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida …*, p. 255; Miguel Teixeira de Sousa, "O Ónus da Prova …", p. 127/132, embora estes autores admitam que a prova da culpa exigida ao autor-lesado nesta sede deva ser menos exigente, dado que seria muito difícil a um lesado leigo na matéria conseguir provar a actuação culposa do médico com o grau de rigor que em regra se requer num processo judicial (Manuel do Rosário NUNES, *O Ónus da Prova …*, p. 56; Miguel Teixeira de SOUSA, "Sobre o Ónus da Prova …", p. 140, 141).

14. STJ, acórdão de 17/12/2002, processo n.º 02A4057.

15. Defendendo a responsabilidade contratual, com a conexa presunção de culpa, Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 46; Rute Teixeira PEDRO, "Da Tutela …", p. 427; André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado …*, p. 426.

16. Esta tese foi acolhida em vários acórdãos, tais como se concluiu, entre outras, a partir das seguintes citações: "presumindo-se a culpa da equipa cirúrgica que a intervencionou, porquanto não foram seguidas, como devia e podia ter acontecido, as regras inerentes a esse acto, supra referidas, donde resulta a responsabilidade contratual do Réu" (Tribunal de Relação de Coimbra -TRC, acórdão de 06/05/2008, processo n.º 1594/04.7TBLRA.C1); "Pela nossa parte, tendo presente a especial dignidade dos interesses afectados pelo (in)cumprimento, o desequilíbrio (estrutural) da relação estabelecida entre o médico e o doente, a particular dificuldade na efectivação da tutela de tais interesses, à luz das preocupações crescentes do legislador de favorecimento dos lesados, enquanto parte contratual mais débil, entendemos que nada justifica afastar a regra consagrada no art. 799º, nº1, do CC, que faz recair sobre o devedor uma presunção de culpa" (TRL, acórdão de 09/03/2010, processo n.º 1384/08.8TVLSB.L1-7).

17. Criticando a configuração da responsabilidade dos entes públicos e dos respectivos médicos como responsabilidade contratual, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 38: "Porém, é difícil apontar nestes casos a existência de um contrato, pois que não se verifica qualquer liberdade de escolha do contratante mas, simplesmente, a adscrição do paciente a um determinado estabelecimento de saúde por força de classificações geográfico-administrativas e da incumbência que cabe ao Estado de prestar cuidados de saúde aos cidadãos".

18. Na doutrina veja-se, no específico campo médico, Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 39/40; Luís Pires de SOUSA, "O Ónus da Prova …", p. 5, 6; admitindo em termos gerais o recurso a aspectos de ambas as formas de responsabilidade, António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas …*, p. 430, 431; Paulo Mota PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, p. 411.

Na jurisprudência STJ, de 19/06/2001, processo nº 01A1008; TRL, acórdão de 11/09/2007, processo nº 1360/2007-7; STJ, acórdão de 07/10/2010, processo 1364/05.5TBBCL.G1.

parece claramente de repudiar[19].

2. Obrigação médica: de meios ou de resultado?

A responsabilidade contratual cinde-se em obrigações de meios e obrigações de resultados. Enquanto nas primeiras o devedor apenas se obriga a diligenciar os seus melhores préstimos para realizar o objectivo pretendido pelo credor, sem porém se vincular a atingir efectivamente tal objectivo; já nas segundas o devedor obriga-se a efectivamente atingir uma certa finalidade, o dito resultado. Logo, enquanto na obrigação de meios a não consecução do resultado não implica, sem mais, que se conclua pela violação da obrigação contratual, já na obrigação de resultado o facto de este não se concretizar implica uma violação do contrato, dado que apenas o resultado interessa.

2.1. Configuração da obrigação médica como obrigação de meios

No domínio específico da responsabilidade médica a obrigação de resultados apenas vigora em casos delimitados[20]: quando o médico assuma perante o paciente a obrigação de atingir determinado resultado; no fabrico de próteses; no apuramento de resultados de exames laboratoriais; na cirurgia plástica puramente estética; nas cirurgias consideradas simples, isto é, com uma margem mínima de risco (remoção de quistos sebáceos, apendicite); nas intervenções cirúrgicas destinadas a modificar funções de cariz sexual (vasectomia, laqueação de trompas).

Uma vez que o acto médico em discussão no presente processo não se enquadra na restrita categoria da obrigação de resultados, teremos de concluir – como o fez, e muito bem, o TSI – que se trata de uma obrigação de meios, o que configura a regra geral na prática médica[21], como explicitou o STJ numa decisão de 2007: "[a] prestação do médico consiste na denominada obrigação de meios, pois que o médico não responde pela obtenção de um determinado resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar"[22].

De facto, "parece-nos ser esta a posição mais sensata, sobretudo quando nos reportamos ao domínio médico, onde as eventualidades não controláveis podem ser tantas e tão complexas que se revela inadequado, e demasiado oneroso, vincular o médico a atingir certo objectivo, quando se sabe que não apenas ele concorreu para a sua execução mas, pelo contrário, múltiplos e incontroláveis factores se podem intrometer nesse propósito"[23].

2.2. Presunção de culpa e obrigação de meios

A categorização de uma obrigação como sendo de meios parece acarretar (pelo menos, assim o era há alguns anos) consequências relevantes em termos de ónus da prova. De facto, se numa obrigação de resultado o fracasso do dito resultado leva a presumir que este não se concretizou por força de um acto culposo do devedor, já na obrigação de meios esta presunção não pode ter lugar. Consequentemente, nas obrigações de resultado vigora uma presunção de culpa do devedor, mas não nas obrigações de meios.

Este é o entendimento tradicional, e aquele que precisamente permitiu a consideração da responsabilidade médica como uma forma de responsabilidade contratual, pois que o facto de se traduzir (em regra) em mera obrigação de meios parece afastar a presunção de culpa própria daquela, que durante tanto tempo causou algum incómodo no momento de a contratualizar.

Porém, não é exactamente assim. Cada vez mais se firma o entendimento de que também nas obrigações de meios pode funcionar uma presunção de culpa. Simplesmente, não se presume que o devedor foi culpado por não atingir o resultado, mas sim que o devedor foi culpado por não ter diligenciado os seus melhores esforços.

Logo, qualquer obrigação médica que se funde num contrato se encontra subordinada às regras da presunção de culpa do devedor, ainda que não passe de mera obrigação de meios[24], sendo que neste caso "sobre este [o autor refere-se ao devedor] recai o ónus de prova de

19. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 36.

20. Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico…*, p. 98/102; Vera Lúcia RAPOSO, Do Ato Médico…, p. 113/119; Luís Pires de SOUSA, "O Ónus da Prova…", p. 29, 30.

De forma mais controversa, têm sigo igualmente qualificados como obrigações de resultado os actos prati\cados por médicos especialistas, mas a complexidade desta questão impede que a tratamento neste breve comentário. *Vide*, para o efeito, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 117/118.

21. Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 45; Miguel Teixeira de SOUSA, "O Ónus da Prova…", p. 125, 156.

22. Acórdão do STJ, de 18/09/2007, processo n.º 07A2334.

23. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 119.

24. Neste sentido, Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, Responsabilidade Médica em Portugal, p. 46; Rute Teixeira PEDRO, "Da Tutela…", p. 427; André Dias PEREIRA, O Consentimento Informado…, p. 426; Vera Lúcia RAPOSO, Do Ato Médico…, p. 101/103.

que agiu com a diligência e perícia devidas, se se quiser eximir à sua responsabilidade, pois o resultado do seu trabalho intelectual e manual é o próprio tratamento e não a cura"[25]. O que sucede é que os efeitos desta presunção de culpa contratual se esbatem pela aceitação da falibilidade dos meios, ao passo que quando se trate de uma obrigação de resultado ao lado da presunção de culpa contratual emerge a presunção de culpa típica das obrigações de resultados, desta forma onerado mais fortemente o médico-devedor.

Por conseguinte, no caso em juízo sobre o devedor recai a presunção de culpa própria da responsabilidade contratual, por força da qual o juiz presumirá que a Ré não actuou de forma prudente e diligente, cabendo a esta rebater essa presunção, isto é, demonstrar que se socorreu de todos os meios ao seu dispor para cumprir cabalmente a obrigação a que se tinha obrigado. Porém, e porque não é de uma obrigação de resultados que se trata, o facto de o paciente ter falecido não demonstra, sem mais, a ausência de diligência do hospital, o que permite a este último desonerar-se mais facilmente da presunção de culpa.

3. Ilicitude e culpa na responsabilidade médica

Como qualquer outra situação de responsabilidade civil, também a actuação do médico exige a demonstração em juízo da ilicitude e da culpa. O grande problema que se coloca é que não raramente ambos os conceitos são confundidos, utilizando-se indistintamente um ou outro.

Comecemos por explicitar cada um deles.

3.1. Ilicitude como violação das leges artis

A ilicitude traduz a "violação dos deveres contratualmente estipulados, da violação do dever de informação, de deveres funcionais, de deveres de protecção ou de um direito de personalidade"[26]. No domínio da responsabilidade médica todas estas regras de actuação, provindas de diversas fontes (da própria lei, protolocos, *guidelines*, códigos deontológicos, ou de outros documentos específicos atinentes ao exercício da medicina), são conhecidas como *leges artis*[27], ou seja, regras de actuação médica que delimitam a ilicitude das respectivas condutas.

Assim, não basta dizer que se violou o direito à vida do paciente para considerar a conduta do médico ilícita. Esta conduta só se torna ilícita se a morte do paciente tiver resultado da violação de uma regra específica de actuação médica. É que bem pode suceder que o paciente faleça, mas o médico tenha seguido todas as *leges artis* que no caso se impunham, sendo o falecimento uma consequência ocorrida por força das vicissitudes próprias do corpo humano (isto é, um incidente adverso), que em nada se deveu à conduta do médico.

3.2. Culpa como violação do dever objectivo de cuidado

A culpa presente na actuação médica será, em regra, uma culpa negligente, uma vez que o elemento volitivo que marca o dolo dificilmente se verificará na conduta do médico, pelo menos a título principal[28]. De modo que nos centraremos principalmente na negligência.

"Aplicando a doutrina geral do ato negligente ao ato médico concluímos que a negligência se traduz na violação do dever de cuidado que sobre o médico impende, de tal forma que se possa censurar ao médico ter agido daquela forma e não de outra, já que o profissional medianamente competente teria atuado de modo distinto"[29], ou seja, "para que haja culpa torna-se necessário que o agente não só conheça, ou tivesse que conhecer, o desvalor da acção que cometeu, como tenha a possibilidade de escolher a sua conduta e ainda que, nas circunstâncias concretas do caso, possa ser censurável a sua conduta"[30].

25. Álvaro da Cunha RODRIGUES, "Reflexões…", p. 182, 183.
Para uma aplicação jurisprudencial da presunção da culpa do devedor a uma obrigação de meios veja-se o acórdão do Tribunal de Relação do Porto (TRP), de 24/02/2011, processo n.º 674/2001. PI.

26. Vera Lúcia RAPOSO, Do Ato Médico…, p. 45.

27. Sobre as leges artis Vera Lúcia RAPOSO, Do Ato Médico…, p. 17, 18.
Segundo Carlos Romeo Casabona (Carlos ROMEO CASABONA, El Médico y el Derecho Penal…, p. 159 ss.) trata-se de um conjunto de regras, técnicas ou procedimentos aplicáveis a situações com determinadas características comuns, ainda que nunca se desligando das particularidades do caso concreto, o que levou inclusive à mais recente criação das lex artis ad hoc (Juan Carlos SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, "La Responsabilidad Penal Médica…", p. 601 ss).

28. As actuações médicas dolosas são raras, e quando ocorram não serão em princípio julgadas como uma falta médica, pois esta não se compatibiliza com situações em que o médico queira efectivamente causar um dano no paciente (dolo directo) ou, pelo menos, aceita essa consequência como passo necessário para atingir a finalidade por si almejada (dolo necessário). O que pode suceder, e sucede frequentemente, são os casos de dolo eventual, os quais dizem respeito às situações em que o médico actua sem confiar na não produção do resultado.

29. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico*…, p. 84.

30. Manuel do Rosário NUNES, *O Ónus da Prova*…, p. 50.

A delimitação dos concretos deveres de cuidado exigíveis em cada situação concreta depende, em boa medida, do leque de riscos previsíveis que nessa situação despontem e das medidas que se suponham necessárias para os evitar.

Daqui decorre que a previsibilidade é fulcral para a delimitação dos deveres de cuidado[31], pelo que tudo reside em saber que riscos se consideram previsíveis. Não basta, obviamente, a mera possibilidade de ocorrência, por mais remota que seja, pois que se assim se entendesse sobre o médico recairia o dever de se precaver contra qualquer risco - por mais improvável, desde que teoricamente possível - o que alargaria excessivamente o espectro da responsabilidade. De modo que há que interpretar restritivamente a ideia de previsibilidade, e apenas assim considerar aqueles riscos que se possam considerar típicos, no sentido de acompanharem, por via de regra, a patologia em causa. Só quanto a estes será possível afirmar que, se o médico não os acautelou, actuou de forma negligente por ter violado o dever de cuidado que sobre si impendia, e com isto se distanciou da actuação que seria esperada do médico normalmente diligente. Para este efeito reportamo-nos ao padrão do médico médio, qual concretização do critério do homem médio por via do qual se avalia a diligência do agente, como resultado do artigo 480.º/2 CCm e do artigo 487.º/2 CCpt.

Porém, a frequência de ocorrência do risco não é o único critério concretizador do dever de cuidado. Também a respectiva gravidade, o tipo de danos que dele podem advir, a maior ou menor dificuldade em os evitar, as particulares capacidades do agente, os conhecimento especiais que detenha quanto àquele risco, tudo isto são elementos que contribuem para qualificar um determinado risco como atendível ou não atendível e, consequentemente, para traçar as fronteiras do dever de cuidado exigido ao agente quanto àquele risco[32].

3.3. A promiscuidade de conceitos

A jurisprudência portuguesa tem sido profícua em confundir a ilicitude e a culpa no domínio da responsabilidade médica, sobretudo quanto apreciada à luz do regime da responsabilidade extracontratual do Estado[33]. Mas também à luz do disposto no CCpt, onde apesar de tudo a distinção parece mais nítida, se cai frequentemente neste erro distintivo. A mesma confusão nos aparece num ou noutro trecho da decisão do TJB, e posteriormente na do TSI[34].

Os próprios tribunais reconhecem a dificuldade da distinção, como decorre desta afirmação do Supremo Tribunal Administrativo (STA): "[e]mbora a ilicitude e culpa sejam realidades distintas e com regimes diferentes, quando é violado o dever de boa administração pela prática de um acto ilegal, o elemento culpa dilui-se na ilicitude, assumindo a culpa o aspecto subjectivo de ilicitude"[35].

Esta confusão dogmática não se deve a qualquer falta de precisão ou de conhecimentos, mas sim à promiscuidade que se verifica entre ambos os conceitos no campo da responsabilidade médica.

Um dos motivos pelos quais se afigura tão difícil distinguir a ilicitude da culpa médica prende-se com o facto de incluírem os mesmos elementos no respectivo conteúdo[36]. Por um lado, porque as *leges artis*, que dão corpo à ilicitude, acabam igualmente por estarem presentes na culpa, dado que o comportamento esperado do médico médio é, precisamente, aquele estipulado pelas leis da arte médica. Por outro lado, e como consequência do que ficou dito, porque o dever de cuidado usado para aferir a culpa contribui também para consubstanciar as ditas *leges artis*[37].

Teoricamente a distinção até parece clara. Veja-se para este efeito uma decisão do STA, onde nitidamente se aponta o conteúdo de cada um dos conceitos. Neste acórdão o STA[38] entendeu que o médico agira de forma ilícita na medida em que as regras médicas impunham

31. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 84, 85.

32. Guillermo PORTERO LAZCANO, "Responsabilidad Penal Culposa …", p. 93.

33. Tanto à luz do antigo Decreto-Lei n.º 48.051, de 27 de Novembro de 1967, como da actual Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

34. Assim, na decisão proferida em primeira instância diz-se, a certa altura, que "a opção pela angiografia foi negligente e, como tal ilícita e culposa", quase apresentando a ilicitude e a culpa como consequências da negligência quando, na verdade, esta é uma forma de culpa, e que só se avalia depois de a *priori* se concluir pela existência da ilicitude.

Também o TSI incorre em algumas imprecisões, como quando conclui que "[i]nteressa então apurar se os médicos e os radiologistas agiram de acordo com as *leges artis* ou pelo contrário agiram com culpa por violação das *leges artis*", dando assim a entender que a violação das leis da arte médica torna a conduta culposa quando, na verdade, a torna ilícita.

35. STA, acórdão de 26/11/1998, processo n.º 042545.

36. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 87 ss.

37. Só assim não será – isto é, esta correspectividade apenas se quebra – naqueles casos em que existe uma regra para a generalidade das actuações mas, no caso concreto, se impunha ao médico um outro comportamento, ou seja, era de esperar que o médico normalmente prudente e diligente se afastasse da regra geral de conduta (*leges artis*) e adoptasse um comportamento específico naquele caso concreto (de forma a afastar a culpa). Porém, ainda assim se pode dizer que seria expectável que ao invés de seguir as *leges artis* o médico tivesse seguido a *lex artis ad hoc*, o que de novo nos remete para a continuidade, e quase coincidência, de conceitos.

38. STA, acórdão de 08/07/2004, processo n.º 01129/03.

que dois dos quatro pinos de Schanz fossem colocados acima do foco da fractura e os restantes dois abaixo do foco, ao passo que o médico os inseriu a todos no foco da fractura. Seguidamente conclui que a conduta fora culposa porque o médico dispunha de mecanismos que lhe teriam permitido colocar os pinos da forma correta (tinha consigo um amplificador de raio X) e, no entanto, não o utilizou. Ou, como referiu o STJ numa outra decisão, "uma coisa é saber o que houve de errado na actuação do médico e outra saber se esse erro deve ser-lhe assacado a título de culpa"[39].

Porém, na prática a distinção não se revela tão evidente.

3.4. A ilicitude e a culpa no caso concreto

No caso trata-se de apurar se existe ilicitude (a provar pelos autores) e culpa (presumida no termos já referidos) na escolha do método de radiografia das varizes crónicas mediante injecção de contraste, bem como na realização do teste a possíveis reacções alérgicas[40].

O TSI considerou provada a ilicitude[41] no que toca à realização do teste às alergias. O curioso é que do acórdão não resulta em que medida terá sido tal conduta ilícita, dado que apenas se debruça sobre a culpa da Ré, precisamente para afirmar a presunção contratual de culpa. Ou seja, não se percebe porque motivo o TSI conclui que "foi administrada uma dose ineficaz na detecção de alergia". Na ausência da fundamentação desta conclusão poder-se-á cogitar se a mesma não se fundará no facto de o teste simplesmente não ter sido eficaz na detecção da alergia, quando na verdade carecia de uma explicação científica mais consistente[42], que, se existiu, não vem referida na decisão.

O TSI tem, de facto, razão, ao fazer intervir a presunção de culpa decorrente da responsabilidade contratual, o que significa que o tribunal começará por presumir a culpa do devedor, cabendo a este ilidir a presunção. Porém, esta elisão não foi feita com sucesso. De facto, não conseguiu o hospital fazer prova de que no caso concreto o despiste de alergias fora executado na forma correcta e, nesta medida, considerou-se existir uma falta médica na realização do teste de alergias. O que se questiona – porque é ambíguo na decisão- é se teria que o fazer, isto é, se de facto ficou provada a ilicitude sem a qual não se pode partir para a presunção de culpa.

No que respeita à escolha técnica do método de angiografia nunca ao longo da decisão o TSI refere se terá ou não existido falta médica, ou seja, nada disse no sentido de se concluir se constitui conduta ilícita e culposa o facto de a Ré ter optado pelo método de injecção de contraste ao invés do método ultra-sónico, e apenas tratou a questão do ponto de vista da ausência de informação ao paciente. Curiosamente, na parte final, declara "[d]emonstrada a culpa do pessoal da Ré na escolha do método IODINA", quando nada ficou demonstrado, nem quanto à culpa nem quanto à ilicitude.

Provavelmente o silêncio do TSI relativamente aos referidos aspectos deve-se ao facto de, e ao contrário do que foi invocado pelos autores, o tribunal não ter dado por provado que as patologias do paciente o colocassem em especial perigo no que respeita à realização do exame em geral e à reacção alérgica em particular. Se assim não for, então, não constituirá conduta ilícita e culposa a escolha do método de contraste, na medida em que um risco tão irrisório de morte, só por si, não é suficiente para se considerar que a boa prática médica impõe a sua rejeição em prol do método ultra-sónico. Ao invés, caso se apurasse que as patologias do paciente aumentavam o grau de risco de morte ao submeter-se àquele exame, então, a escolha do exame já poderia configuraria uma falta médica[43].

4. Consentimento informado do paciente

4.1. Fundamento da exigência do consentimento informado

Se há alguns anos atrás bastava ao médico realizar o tratamento de acordo com as regras técnicas aplicáveis e de forma diligente para estar a salvo de condenação num

39. STJ, acórdão de 22/09/2011, processo n.º 674/2001.P L.S1.

40. De momento trataremos apenas dos aspectos relativos à execução dos actos médicos, dado que do consentimento falaremos de seguida.

41. O TJB não considerou que tal prova tenha sido feita em relação a nenhum dos referidos aspectos, logo, nem sequer discutiu a questão da culpa. Este tribunal concentrou-se na configuração da obrigação médica como obrigação de meios, daí concluindo que a actuação da Ré não foi ilícita nem culposa (nem quanto à realização do exame alérgico nem quanto à realização da radiografia propriamente dita).

42. Nomeadamente, teria que se averiguar se a boa prática médica permite a realização do exame pela via oral e mediante aquela dose de IODINA. Ora, não foi demonstrado que sim, mas tão-pouco aparece demonstrado que não, sendo que em termos de distribuição do ónus da prova caberia precisamente aos autores provar a ilicitude deste acto.

43. Esta solução seria reforçada pelo facto de o paciente ser seguido desde há anos naquele hospital e de, por conseguinte, os médicos conhecerem (ou terem obrigação de conhecer) a sua história clínica, logo, as patologias de que era portador, o que levaria a reforçar os deveres de cuidado e diligência que se lhes exigiam em relação àquele paciente.

eventual processo de responsabilidade médica, hoje em dia a exímia realização do acto já não é suficiente, e mais se exige que o mesmo se funde no consentimento livre e esclarecido do paciente.

A imposição de obtenção do consentimento informado decorre do artigo 150.º do Código Penal macaense (CPm) e do artigo 156.º do Código Penal português (CPpt), de regras específicas atinentes a determinados actos médicos, dos artigos 44.º e seguintes do Estatuto da Ordem dos Médicos, e ainda de regras de direito internacional (artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina, e artigo 3.º/2/a da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) que, mesmo quando não vinculem juridicamente o estado chinês, não deixam de delinear um horizonte de boas práticas médicas que não pode ser ignorado na avaliação judicial da conduta.

A actuação sem o devido consentimento configura em si mesma uma violação autónoma das *leges artis* - como acertadamente vem referido da decisão do TSI - que atenta contra a autodeterminação do paciente, como aliás se comprova pelo facto de quer no CPm quer no CPpt a norma que pune as intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (artigo 150.º CPm e artigo 156.º CPpt) constar do título relativo aos crimes contra a liberdade pessoal.

Esta nota é assaz importante, porque nos permite perceber que o acto médico praticado sem o devido consentimento viola o direito à autodeterminação pessoal e não o seu direito à integridade física, *et pour cause* o crime em causa será o de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário (artigo 150.º CPm e artigo 156.º CPpt) e não o crime de ofensas corporais (artigos 137.º ss. CPm e artigos 143.º ss CPpt)[44].

As duas violações das *leges artis* – falta médica na execução do acto em si, por um lado; e ausência de consentimento e/ou de informação, por outro lado – podem confluir na mesma situação concreta, constituindo então dois fundamentos autónomos para a indemnização solicitada pelo lesado (bem, como dois ilícitos criminais autónomos[45]). A demonstrar que não existe coincidência entre estas duas violações das *leges artis* está precisamente o facto de o sucesso do acto médico - eventualmente causando uma melhoria significativa no bem-estar do paciente, ou mesmo salvando-lhe a vida – não permitir desconsiderar a falta de consentimento ou de informação do paciente (ainda que aqui com algumas particularidades, pois há quem entenda que no caso de *lifesavings treatments* é legítimo actuar contra a vontade expressa do paciente[46], posição que de todo repudiamos[47]); nem, por outro lado, o consentimento do paciente funciona como carta-branca para que o médico possa lesar impunemente o corpo ou a saúde daquele.

Ora, no caso concreto tudo indica que, embora tenha existido consentimento do paciente, e inclusivamente sob a forma escrita (não obrigatória, mas sempre desejável para efeitos de prova[48]) não se tratava, contudo, de um consentimento totalmente esclarecido. Nomeadamente, não terá sido o paciente informado da existência de um outro método para realizar a angiografia, nem do facto de esse outro método não comportar riscos conhecidos, ao passo que o procedimento efectivamente usado implica um risco de morte, ainda que raro.

Resta então averiguar se no caso se verificava algum dos circunstancialismos que permitem legitimamente actuar sem o consentimento do paciente ou sem o seu consentimento informado.

4.2. Excepções à regra do consentimento informado

Em certos casos o legislador admite que o médico actue sem requerer o prévio consentimento informado, à luz da figura jurídica do consentimento presumido[49], previsto no artigo 150.º/2 do CPm e no artigo 156.º/2 do CPpt. Apesar de no caso existir efectivo consentimento – pelo que a questão não se prende com a ausência de consentimento, mas sim com a ausência de informação – ainda assim esta excepção poderá funcionar, pois as situações que permitem actuar sem consentimento permitirão também actuar sem fornecer a devida informação. Porém, não se verificam as circunstâncias

44. Cfr. Vera Lúcia RAPOSO, "Directivas Antecipadas de Vontade…", p. 200 e *Do Ato Médico…*, p. 170, 171.

Logo, mal se compreende a referência do TSI à virtualidade do consentimento para "excluir ilicitude de uma operação em si ilícita por constituir uma ofensa a integridade física".

45. Por um lado, teremos um crime de homicídio ou de ofensas corporais, e por outro um crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias. Embora Costa Andrade (Manuel da Costa ANDRADE, "Art. 156º", p. 393) entenda que aqueles primeiros consomem este último não vemos como tal possa ocorrer. Dada a distinção de fundamentos entre os ilícitos típicos em presença temos defendido que se trata de violações distintas, referentes a bens jurídicos distintos e autónomos (Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 170, 171).

46. Defendendo a irrelevância do consentimento quando se trata de salvar a vida do paciente, Teresa Quintela de BRITO, "Responsabilidade Penal dos Médicos…", p. 403 ss., 408 ss. e "Eutanásia Activa Directa...", p. 570 ss.; Teresa Quintela de BRITO, et al., "Crimes Contra a Vida…", p. 68 ss.

47. Assim nos manifestámos em diversos estudos nacionais e internacionais: Vera Lúcia RAPOSO, "Directivas Antecipadas de Vontade…", p.171 ss.; "Self-Determination in the End of Life…"; "To Act or Not to Act…", p. 379 ss. e *Do Ato Médico…*, p. 171 ss.

48. Sobre as formalidades exigidas para o consentimento informado, Vera Lúcia RAPOSO, Do Ato Médico…, p. 239/242.

49. Vera Lúcia RAPOSO, Do Ato Médico…, p. 171/173.

de urgência ou de perigo no adiamento da intervenção que consubstanciam esta excepção.

O legislador prevê igualmente situações nas quais expressamente dispensa o médico de prestar ao paciente todas as informações relevantes. Refere a parte final do artigo 151.º CPm e do artigo 157.º CPpt que o médico tem o dever de prestar as informações, "salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave ofensa à saúde, física ou psíquica". Esta figura, conhecida como privilégio terapêutico[50], visa salvaguardar os casos em que o médico tema, com fundados motivos, que o conhecimento de certas informações degradará o estado de saúde do paciente, causando-lhe forte desânimo ou ansiedade. Note-se que não basta supor que a informação lhe causará incómodo, pois é sabido que todas as informações negativas têm esse efeito. Mais do que isso, revela-se necessário dar como fortemente previsível que a comoção causada prejudique efectivamente o estado clínico do paciente[51].

Outras vezes é o próprio paciente que pede ao médico para não ser informado do seu estado de saúde, nem de outros dados com este relacionados, o que também isenta o médico do cumprimento deste dever, na medida em que tal recusa seja clara, inequívoca e minimamente esclarecida[52].

No caso concreto não se verificavam os pressupostos que permitem recorrer à figura do privilégio terapêutico, nem tão-pouco há notícia de que o próprio paciente tenha solicitado ao médico que não lhe fossem comunicadas informações, nem sequer se vislumbra uma situação de urgência que permita adiar o cumprimento desta obrigação.

Uma vez que no caso se trata de um acto de diagnóstico e não de um acto terapêutico poderia pensar-se que a exigência de consentimento e de informação não se verifica. Contudo, tratando-se de actos médicos – e actos de diagnóstico são, inegavelmente, actos médicos – esta exigência mantem toda a sua valência, muito especialmente quando, como no caso, nos reportemos a procedimentos invasivos que comportam riscos relevantes[53], o que aumenta ainda mais a necessidade de consentimento e de informação.

4.2.1. Requisitos do consentimento informado

O consentimento tem que ser prestado pelo paciente, excepto tratando-se de menores ou incapazes, em que será prestado pelos respectivos representantes legais[54].

O consentimento deve também ser actual, isto é, prestado no próprio momento, exceptuando-se o consentimento manifestado na DAV nos termos da referida Lei n.º 25/2012.

Exige-se ainda que seja um consentimento atempado, o que implica que as informações sejam fornecidas com a devida antecedência, para que o paciente possa reflectir sobre o acto médico que se propõe fazer, seus benefícios e eventuais riscos, e questionar tranquilamente o médico sobre possíveis duvidas que tenha[55].

Porém, a nota mais importante para a análise da presente questão é que o dito consentimento seja esclarecido, isto é, esteja na posse de todas as informações consideradas necessárias para o paciente construir a sua vontade.

No caso concreto foi efectivamente prestado o consentimento, inclusive sob a forma escrita. Porém, para além de o próprio formulário escrito não conter todas as informações consideradas pertinentes (mas, em bom rigor, nem é necessário que as inclua, dado que tão-pouco a própria forma escrita é necessária na maior parte dos casos), sucede que nada comprova que à mera assinatura do formulário tenha antecedido ou sucedido uma

50. Cfr. Manuel da Costa ANDRADE, "Art. 157º", p. 394/400. Também Giulia SANDOR, "Obbligo di Informazione Medica …", p. 529 ss.

51. O nosso STJ já entendeu que no exercício da medicina privada o dever de informação que recai sobre o médico deve ser aligeirado, pois que "alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma «informação menos informada», predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos, com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha" (STJ, acórdão de 18/03/2010, processo n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1), posição esta totalmente absurda, que surge como caso isolado na nossa jurisprudência, e face à qual já manifestámos a nossa completa discordância (Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 215).

52. BGH NJW 1973, 556.

53. Tribunal Supremo espanhol, decisão de 03/01/2012, n.º 55/2012.

54. Exceptuando estes casos, não podem os familiares consentir em nome de um paciente inconsciente, nem o pode fazer qualquer outra pessoa que pretenda assumir poderes de representação, a não ser que se trate de um Procurador de Cuidados de Saúde, devidamente mandato à luz do regime da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho (lei portuguesa que regula as directivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital). Sobre esta Lei, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 173 ss. Sobre o regime geral das DAV's, Vera Lúcia RAPOSO, "Directivas Antecipadas de Vontade …", p. 174 ss.

55. "Embora o prazo de antecedência do consentimento varie de acordo com a urgência e a complexidade da intervenção, em termos gerais pode dizer-se que serão ineficazes consentimentos prestados imediatamente antes da intervenção, no caminho para a sala operatória ou já depois da administração de sedativos" (Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 220, 221). *Vide* também André Dias PEREIRA, "Novos Desafios …" e ERS, *Consentimento Informado …*, p. 26 ss.

conversa com o paciente, capaz de o esclarecer de todas as dúvidas que o mero documento escrito – e quantas vezes redigido em termos demasiado técnicos para um leigo o poder compreender – é incapaz de clarificar. Em suma, o formulário escrito de consentimento não passará de uma assinatura num papel se for desacompanhado do genuíno consentimento informado, o qual se traduz numa relação médico-paciente[56].

4.3 Conteúdo do consentimento informado

O consentimento será informado quando abarque as informações consideradas essenciais para o paciente poder formar a sua decisão de forma esclarecida. A delimitação exacta do que é essencial para este efeito pode sofrer pequenas variações de acordo com a situação concreta, pois depende do grau de urgência com que o médico se defronta (em situações de extrema urgência o médico pode limitar a informação ao essencial, ou mesmo de todo dispensá-la), da natureza mais ou menos inovadora do acto médico em causa (no caso de actos comummente praticados é de supor que o paciente já tem um conhecimento básicos dos mesmos), da necessidade do tratamento para o doente (assim, quando se trata de procedimento optativos, tais como cirurgias puramente estéticas, deve exigir-se um particular rigor na transmissão de informação, dado que o paciente não tem a sua vida ou saúde em risco, pelo que em princípio só se submeterá ao acto médico em causa se o considerar seguro[57]) e dos riscos que comporte (procedimentos mais arriscados exigem um maior grau de precisão nas informações, sobretudo nas relativas aos riscos).

Ainda assim, é possível identificar um leque de dados que devem ser invariavelmente transmitidos ao paciente[58], tais como a explicação da natureza da doença e sua evolução natural, o diagnóstico, o procedimento a realizar, o objectivo e a natureza do tratamento, os métodos terapêuticos alternativos (sobretudo a existência de tratamentos não invasivos[59]), os resultados esperados e os riscos presentes[60].

O critério operativo a mobilizar para efeitos de avaliar se determinada informação é ou não é essencial deve ser o do "paciente razoável". Tradicionalmente invocava-se antes o critério do "médico razoável", isto é, aquilo que um médico medianamente prudente e sensato considera relevante. Porém, esta avaliação não deve ser feita da perspectiva do médico, uma vez que não é ele o destinatário da informação, de modo que hoje em dia se opera com o leque de informações que um paciente medianamente interessado e esclarecido considera úteis com vista a tomar a sua decisão[61].

No caso discutido perante o TSI a discussão acerca da informação omitida diz respeito a duas questões:

i) Os riscos inerentes ao procedimento adoptado;

ii) A existência de um outro procedimento alternativo com menores (ou nenhum) riscos.

4.3.1. Informação relativa aos riscos

Uma das informações mais cruciais para o paciente diz respeito aos riscos[62] que este incorre ao submeter-se ao acto médico em causa (e, igualmente, ao recusá-lo).

Obviamente que nem todos os riscos têm que ser comunicados, pois se assim fosse – e atendendo a que a medicina comporta sempre e inevitavelmente riscos mais próximos ou mais longínquos – dificilmente alguém se submeteria a actos médicos.

Porém, é inquestionável que riscos previsíveis e graves têm que ser comunicados ao paciente, juntamente com a probabilidade da respectiva ocorrência. Claro que a previsibilidade ou a gravidade do risco não pode ser avaliada de uma perspectiva geral ou puramente objectiva. Isto é, um risco pode ser altamente provável no caso de um paciente idoso e em falência orgânica, mas raro num paciente jovem e em boas condições de saúde. Por outro lado, também a gravidade deve ser perspectivada do ponto de vista do paciente, pois que o risco de uma pequena diminuição da acuidade visual pode ser irrisório no comum cidadão, mas extremamente relevante no caso de um avaliador de peças de arte ou de um piloto[63].

Também parece claro que riscos raros e de diminuta importância (ainda que com a salvaguarda que acima deixámos exposta quanto à avaliação da gravidade

56. ERS, *Consentimento Informado…*, p. 11.

57. ERS, *Consentimento Informado…*, p. 24 . Criticando esta tese, Jean-Luc FAGNART, "Information du Patient…", p. 72, 73, mas de forma que nos parece não enquadrar correctamente a questão.

58. Cfr. Jean-Luc FAGNART, "Information du Patient…", p. 66 ss.; Markus PARZELLER, et al. „Patient Information…", p. 3 ss.

59. O facto de a mera observância ser uma das opções terapêuticas deve igualmente ser-lhe transmitido, segundo o BGH NJW 1998, 1874 (1975).

60. A este núcleo duro acrescentam-se ainda outras informações que nos últimos tempos têm vindo a ser consideradas relevantes, de que são exemplo a existência de listas de espera longas; a identidade do profissional de saúde, sobretudo no exercício privado da medicina; e o preço do tratamento (Jean-Luc FAGNART, "Information du Patient…", p. 73/75).

61. Cfr. Jean-Luc FAGNART, "Information du Patient…", p. 93/96 ; Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 224; James RILEY, P. Aaron BASILIUS, "Physicians' Liability…", p. 26

62. Sobre as exigências de informação quanto aos riscos, André Dias PEREIRA, "Responsabilidade Médica…".

63. Fazendo notar estas particularidades, Jean-Luc FAGNART, "Information du Patient…", p. 72.

do risco) não carecem de ser transmitidos, sob pena de paralisar toda a actividade médica. É certo que a autodeterminação do paciente parece ditar a transmissão de todos os riscos, inclusive destes, mas seria inviável exercer medicina nestes termos.

A questão mais intrincada coloca-se face a riscos muito raros, mas simultaneamente muito graves, situação esta que corresponde à discutida no presente processo: o risco era raríssimo (6/100.000), porém, gravíssimo, dado que implicava a morte.

Os tribunais portugueses são ainda bastante condescendentes com as omissões de informações médica, inclusive no que respeita aos riscos[64]. Em contrapartida, a doutrina e a jurisprudência além-fronteiras têm considerado que se impõe a necessidade de comunicação (com a única salvaguarda do já mencionado privilégio terapêutico).

O próximo passo consiste em definir qual o grau de previsibilidade exigível para considerar o risco minimamente relevante. Em França, por exemplo, considera-se que o risco de 1% de ocorrência justifica a sua comunicação[65]. Também os tribunais alemãs se se têm relevado bastante rigorosos neste ensejo, ainda que nos deparemos com discrepâncias quanto à percentagem exigível para fundamentar a comunicação da ocorrência[66]. O mesmo sucede no Reino Unido, onde riscos de ocorrência de complicações graves na ordem de 1 a 2% justificam a respectiva informação[67].

No caso em apreço a probabilidade de ocorrência do risco "morte" era extremamente reduzida, nem chegando a 1% - se era de 6/100.000 então, reportamo-nos a 0,006% - pelo que impor a comunicação de tal risco ao médico extravasa em muito os deveres de comunicação que lhe são exigidos, mesmo à luz da mais exigentes das doutrinas.

É certo que se poderia pensar que, sendo o risco a morte, qualquer probabilidade, por mínima que seja (digamos =0,001%), dita a comunicação do risco. Porém, o facto é que a hipótese teórica da sua ocorrência – e no caso de um risco tão baixo apenas dessa hipótese falamos – existe em todo e qualquer procedimento médico, pelo que obrigaria o médico a, sistemática e inevitavelmente, informar o paciente de que pode morrer, o que, já se vê, imporia este dever inclusive no mero acto de retirar uma unha, onde existe certamente a possibilidade de o paciente morrer com uma infecção.

Porém, a discussão torna-se irrelevante, na medida em que o TSI concluiu, a partir da análise do documento de consentimento informado, que "foi dado cumprimento ao dever de informação sobre os riscos inerentes ao método que os médicos do hospital da Ré escolheram".

4.3.2. Informação relativa a procedimentos alternativos

A escolha do acto médico a adoptar cabe ao médico, de acordo com um dos princípios basilares do exercício da medicina. Porém, cada vez mais se afirma a necessidade de o paciente ser informado e, mais do que isso, ouvido, podendo até rejeitar um determinado procedimento, sem sequer ser necessários alegar as razões. Quando assim suceda deve o médico respeitar a vontade do paciente. Não significa que fique vinculado a, sem mais, aplicar o acto médico requerido pelo paciente, pois se entender que tal acto viola as *leges artis* ou, pelo menos, atenta contra a sua consciência, poderá recusar-se a intervir, invocando para tal o direito à objecção de consciência, devendo passar a outro médico o seguimento do paciente[68].

No caso em análise tudo indica que o paciente não foi informado da existência do método alternativo de exame, por conseguinte, não lhe foi dada a possibilidade de adoptar por aquele outro, informação esta que se revela particularmente necessária quando se conclua, como no

64. Veja-se, a este respeito, uma decisão proferido pelo STJ em 2010, onde concluiu que "[n]as circunstâncias concretas provadas o médico cumpriu o seu dever de informar - a intervenção era a adequada, sem riscos, e bem mais grave do que fazer a intervenção era o não fazer nada, deixando a doença evoluir por si" (STJ, acórdão de 18/03/2010, processo n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1). Sucede que, no caso concreto, nem sequer poderá ter lugar um tal grau de tolerância, na medida em que o procedimento cujos riscos foram omitidos não configura um tratamento, face ao qual se pode ponderar as vantagens para o corpo e saúde do paciente em relação aos riscos co-envolvidos, mas um acto de diagnóstico.

65. Jean-Luc FAGNART, "Information du Patient…", p. 71.

66. Markus PARZELLER, et al. „Patient Information…", p. 8, 9.

67. *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41; [2005] 1 A.C. 134; [2004] 3 W.L.R.

68. A este respeito afirmou o nosso STA que "[o]s médicos dos estabelecimentos públicos de saúde [mas a mesma tese vale para aqueles dos estabelecimentos privados] têm o dever de prestar aos pacientes informação adequada sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado, em ordem a permitir-lhe uma opção esclarecida entre receber ou recusar os cuidados de saúde propostos" (STA, acórdão de 09/03/2000, processo n.º 042434).

Também no direito comparado esta doutrina ganhou raízes. Assim, o Supremo Tribunal chileno considerou existir uma violação do consentimento informado de uma paciente à qual não fora comunicado que a transfusão sanguínea a que iria ser submetida não era urgente, o que permitiria aguardar que fosse recolhido sangue a um dos seus familiares. Na ausência de tal informação precipitou-se o procedimento, utilizando-se sangue de um dador terceiro, que acabou por infectar a paciente com HIV (Tribunal Supremo chileno, decisão de 17/10/2001).

caso, que existe uma diferença atendível entre ambos os procedimentos: a nota da intrusividade corporal. Logo, configura-se aqui uma violação do consentimento informado do paciente.

Nem se alegue, para afastar a obrigação de informação deste método alternativo, que ficara provado que não se verificam diferenças de qualidade e eficácia entre ambos os procedimentos, pelo que a opção do método a utilizar cabe unicamente ao médico, sem disso ter que dar conta ao paciente. Porém, o mero facto de um deles ser invasivo e o outro não é ponderoso o bastante para justificar o relevo desta informação para o paciente[69]. Esta nota foi muito acertadamente sublinhada pelo TSI: "ao levar a cabo uma operação médica para fins curativos ou diagnósticos, especialmente de natureza invasiva, o médico tem o dever de informar o doente dos possíveis riscos inerentes à operação por ele escolhida ou sugerida e da existência ou não de outros meios alternativos ou sucedâneos com o mesmo ou quase o mesmo efeito curativo ou diagnóstico, assim como os possíveis riscos a estes inerentes para a saúde ou para a vida, por forma a habilitar o doente a tomar uma decisão e a prestar um consentimento efectivamente consciente e de livre vontade".

Depois de apurado que esta informação carecia de ser comunicada ao paciente resta saber se efectivamente o foi. A dúvida coloca-se porque no documento de consentimento informado assinado pelo paciente se pode ler: "confirmo que… …pelo médico me foi dada a explicação detalhada sobre a existência de outras operações/metódos diagnósticos ou curativos disponíveis em alternativa ao escolhido e os riscos e implicações a estes inerentes" (tradução ad hoc feita pelo relator do acórdão). Contudo, o TSI considerou que o documento em causa não passa de um formulário pré-definido, usado indistintamente para todos os procedimentos (como aliás é regra na maior dos hospitais em Portugal), que respeita a exigência formal do consentimento informado mas não o seu sentido substantivo. Documentos desta ordem têm vindo a ser rejeitados um pouco por todo o lado[70], por se entender que não lhes corresponde uma verdadeira relação médico-paciente de esclarecimento e partilha mútua. Por conseguinte, bem andou o TSI ao desconsiderar a inclusão da dita referência no documento de consentimento informado, e dar por demonstrado – uma vez que a Ré hospital não logrou fazer prova em contrário, como lhe impunham as regras do ónus da prova – que ao paciente não foi comunicada a existência de um procedimento alternativo de radiografia.

4.4. Consequências da ausência de consentimento informado

Em suma, existe certamente aqui uma violação do consentimento informado do paciente, mas esta não reside na omissão de informação do risco de 0,006% de vir a falecer, e sim no facto de não ter informado o paciente de que existia um outro procedimento possível para o seu caso clínico, explanando os prós e contras de cada um, o que permitiria ao paciente optar pelo outro procedimento. Não tendo este sido comunicado existe uma actuação não fundada no consentimento esclarecido do paciente.

Ora, os danos decorrentes de riscos que não foram comunicados mas que o deveriam ter sido - sublinhe-se, não tanto o risco ínfimo de morte, mas sobretudo o risco atinente a um procedimento invasivo que o paciente pensava ser o único possível, e afinal não o era[71] - faz correr por conta do médico os danos que resultem da referida omissão de informação, como veremos de seguida.

A prática de um acto médico sem o devido consentimento informado comporta consequências de peso para o médico e/ou para a instituição. Desde logo, em termos criminais poderá verificar-se um crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (artigo 150.º CPm e artigo 156.º CPpt) por parte do médico responsável por colher o consentimento e prestar as informações.

Uma vez que no caso apenas se discutia a questão cível, será sobre esta que nos debruçaremos.

Em termos cíveis a infracção do consentimento informado do paciente implica uma violação do seu direito a autodeterminação pessoal, um direito de personalidade inominado, cuja violação dá lugar à devida indemnização. Esta abarcará os danos não patrimoniais cuja relevância mereça a tutela do direito (artigo 489.º/1 CCm e artigo 496.º/1 CCpt), logo, nem toda a violação da autodeterminação pessoal é merecedora de indemnização[72], mas tão-só aquela que viole convicções íntimas

69. A isto acresce que um deles implica um risco de morte por reacção alérgica, ainda que ínfimo, e o outro não. Explicitemos melhor esta ideia: se apenas fosse possível realizar a radiografia mediante o método de injecção de contraste, aquele risco de morte que nem chega a um 1% pode ser considerado demasiado reduzido para exigir a sua comunicação ao paciente, porque em bom rigor a hipótese teórica de morrer existe em qualquer procedimento médico. Mas existindo um outro método em alternativa, face ao qual não se verifica tal risco, já é de exigir que esta informação seja comunicada ao paciente.

70. Cfr. ERS, Consentimento Informado…, p. 37; Vera Lúcia RAPOSO, Do Ato Médico…, p. 246.

71. Isto porque o risco de morte não carecia de ser comunicado ao paciente, mas a existência de um método alternativo já faz parte do leque de informações que deveriam ter sido transmitidas.

72. Também assim Jorge Sinde MONTEIRO, Maria Manuel VELOSO, "Portugal", p. 182.

da pessoa, pois só essa assume a gravidade requerida[73]. De qualquer forma, a gravidade do dano não patrimonial resultante da violação da autodeterminação há-de ser avaliado no contexto do caso concreto.

A estes acrescem eventuais danos patrimoniais resultantes da violação da liberdade de escolha do paciente. Suponha-se, no caso em análise, que a angiografia realizada pelo método ultra-sónico, processo de cuja existência o paciente não terá sido informado, se revelava menos custosa economicamente. Se assim for o paciente poderá reclamar a quantia que pagou a mais pela realização de um exame que lhe foi apresentado como o único viável, omitindo assim aquele outro mais barato.

Se a única mácula do acto médico for a ausência de consentimento estes serão os danos ressarcíeis. Mas o caso complexifica-se quando, além da ausência de consentimento, o paciente acabou por sofrer um dano no seu corpo, vida ou saúde. Isto porque se tem entendido que no âmbito de uma actuação sem consentimento informado todos os riscos daí emergentes correm por conta do médico (no caso, do hospital), de tal forma que este será responsabilidade pelos danos causados ao paciente, ainda que em bom rigor tais danos não tenham resultado de má-prática da sua parte[74]. A ideia subjacente a esta tese é a de que o paciente não teve oportunidade de consentir no acto médico em causa, ou pelo menos de consentir na plena posse de todas as informações, sendo que se tal se tivesse verificado poderia ter recusado o acto médico e, desta forma, não teria sofrido os referidos danos[75].

Sem deixar de concordar com esta posição, acrescentamos apenas uma ressalva: correm por conta do médico os riscos ocorridos no contexto de uma intervenção não consentida ou não informada, mas tão-só na medida em que se trate de riscos em relação aos quais impendia sobre o médico o dever de os informar. *A contrario*, se o dano sofrido pelo paciente resulta de um risco totalmente imprevisível, que não entra no leque de riscos que devem ser objecto de transmissão ao paciente, então, tal dano já não será da responsabilidade do médico[76].

Conquanto o âmbito da responsabilização do médico dependa do leque de riscos que se considere deverem ser do conhecimento do paciente, daqui não se conclua que a obrigação de indemnização fica condicionada pela prova que o paciente consiga fazer de que teria recusado o acto caso estivesse na posse de toda a informação. Em suma, o chamado consentimento hipotético não releva[77] para eximir o médico de responder pelos danos causados[78], não só porque esta é uma prova praticamente impossível de fazer, mas também porque o que releva é a anulação da possibilidade de uma decisão consciente[79], não o teor daquela que teria sido a efectiva decisão. Existe aqui uma esfera de responsabilidade - isto é, de riscos – que não devem ser arcados pelo médico precisamente por via da sua imprevisibilidade, e porque mesmo que todos os ditames do consentimento informado tivessem sido respeitados nunca tais riscos teriam sido comunicados, pelo que o paciente nunca o poderia ponderar nem, subsequentemente, rejeitar o acto médico por força de tais riscos. Isto é, "se paciente sofre um dano mas em virtude de uma ocorrência incontrolável e imprevisível para o médico, e que não resulta de qualquer falta sua, é duvidoso que a circunstância de aquela intervenção não contar com toda a informação que seria necessária fundamente o direito a uma indemnização"[80].

4.5. Ónus da prova do consentimento informado

O TSI deu por provado que o paciente foi informado dos riscos do processo, mas não da existência de um método de radiografia alternativo àquele que foi efectivamente realizado.

Esta conclusão do TSI funda-se na circunstância de não ter sido feita prova pelo hospital da prestação da informação e do subsequente consentimento informado. De facto, é sobre o réu (médico ou hospital) que recai o ónus de fazer tal prova[81]. Esta solução tem a seu favor

73. Esta é uma situação passível de ocorrer sobretudo nos casos em que o médico actua de forma consciente contra a vontade do paciente, e menos frequente quando se trate de pacientes inconscientes, em reacção aos quais não seja possível perscrutar uma vontade, ou quando o paciente consente mas sem todas as informações relevantes, como no caso em análise.

74. Esta a posição dominante na jurisprudência alemã, como nos dá conta Gottfried SCHIEMANN, "Germany", p. 123/130.

75. Descrevendo esta tese Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 216 ss.

76. Expondo esta posição, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, . p. 217 ss.

77. O consentimento hipotético do paciente já poderá assumir alguma relevância em sede criminal por força da teoria do comportamento lícito alternativo (Manuel da Costa ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico…", p. 133).

78. Na linha, aliás, do que defendemos a propósitos dos casos de *wrongful life e de wrongful birth,* em Vera Lúcia RAPOSO, "As Wrong Actions no Início da Vida…", p. 64 ss. e , "Responsabilidade Médica…", p. 88 ss.

79. O facto de invocarmos neste ensejo a perda de uma possibilidade não deve remeter a apreciação destas questões para a teoria da perda de chance, nem para a concomitante atribuição de uma indemnização pela perda de tal possibilidade. Também contra o uso da perda de chance nestas situações, Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico …*, p. 317, 318.

80. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 218

81. André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado …*, p. 187 ss., e "Responsabilidade Médica…"; Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 242/244.

três motivos. Primeiro, a dificuldade da prova contrária – isto é, a prova de que a informação não foi prestada e o consentimento não foi dado – uma vez que se trataria de fazer prova de um facto negativo, usualmente considerada uma "prova diabólica"[82]. Por outro lado, porque fazer recair esta obrigação sobre o médico funciona como meio de restabelecer uma certa paridade numa relação que é, por natureza, desigualitária, dado que os conhecimentos de que o médico dispõe estão totalmente inacessíveis ao paciente. Finalmente, tenha-se ainda em conta que o consentimento opera como causa de justificação da ilicitude da intromissão corporal praticada pelo médico, de modo que, segundo as regras gerais, caberá àquele que se quer prevalecer da causa de justificação da ilicitude fazer prova dos factos que consubstanciam a mesma (artigo 335.º/2 CCm e artigo 342.º/2 CCpt).

Estas regras valem, quer para a prova de obtenção do consentimento, quer para a (ainda mais árdua prova) de fornecimento da informação na qual se hasteia o dito consentimento.

Uma vez que a prova de qualquer destes factos é difícil de fazer os tribunais têm lançado mão de presunções judiciais, isto é, ilações que o juiz tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido. Assim, se no hospital em causa for prática habitual manter conversas com os doentes e explicar-se os actos médicos que se lhes irão aplicar, o tribunal dispõe de bases sólidas para dar por provado que também no caso concreto tal procedimento tenha sido seguido.

Para efeito de afastar a responsabilidade do médico por omissão de informação de pouco serve a alegação de que, mesmo que informado do risco de morte e da existência de um método alternativo de realizar a radiografia, ainda assim teria o paciente consentido na angiografia segundo o método de contraste. Tal como já referimos, o consentimento hipotético não tem poder para afastar a responsabilidade do médico (pelo menos não em direito civil).

Assim sendo, se a Ré não tiver logrado fazer prova da comunicação das informações exigíveis no caso concreto, nem ao menos tiver conseguido demonstrar que no Hospital de Kiang Wu esta era a prática rotineira, não haverá como provar que as ditas informações tenham sido comunicadas.

Porém, nesta questão do consentimento a decisão do TSI suscita-nos um reparo. É que a certa altura conclui o TSI que "[a] Ré, por sua vez, não demonstrou as circunstâncias susceptíveis de dispensar o seu pessoal do cumprimento do dever de prestar as tais informações, sobre a existência de um meio alternativo, ao doente, para ilidir a presunção de culpa estabelecida no artº 788º do CC, não nos resta outra solução que seja considerar que os médicos e radiologistas do hospital da Ré agiram com culpa (…) é de concluir que os médicos e radiologistas do hospital da Ré cumpriram defeituosamente com culpa o dever de informação inserido nas obrigações contratuais, o que é gerador da responsabilidade civil contratual". Neste trecho o tribunal confunde as obrigações contratuais da Ré com a sua obrigação de respeitar o consentimento informado, a qual não tem origem contratual. Por conseguinte, arrasta a presunção contratual de culpa do devedor para a questão da prova do consentimento informado. Ora, é certo que a prova destes factos incumbe àquele a quem cabia obter o consentimento e prestar as informações que o consubstanciam, porém, a razão de ser desta solução não reside na referida presunção de culpa contratual, mas sim nos motivos acima expostos.

A presunção contratual de culpa não funciona neste ensejo precisamente porque a obrigação de respeitar o consentimento informado não se funda no contrato, caso contrário tal obrigação não existiria no âmbito de cuidados médicos prestados no Serviço Nacional de Saúde que - como já se viu e o próprio TSI correctamente sublinhou na sua decisão - assumem natureza extracontratual[83].

Ou seja, "a sua existência (referimo-nos sobretudo à existência de um formulário escrito) não contratualiza uma relação que não é, na sua génese, contratual (*vide* o que ficou dito acerca da responsabilidade contratual e extracontratual), nem a violação do consentimento informado deve ser tratada nos termos de um incumprimento contratual. A obrigação de prestação do consentimento informado representa uma obrigação autónoma face à obrigação contratualmente assumida"[84].

5. Particularidades do caso concreto

5.1. O teste de identificação de alergias

Em relação a este ponto concreto os autores alegam dois factos, aliás contraditórios entre si: por um lado,

82. André Dias PEREIRA, "Responsabilidade Médica…" . Na jurisprudência veja-se o acórdão do STJ, de 07/10/2010, processo n.º 1364/05.5TBBCL.G1.

83. Também afimando a existência da obrigação de consentimento informado perante a ausência de contrato, Murielle BÉNÉJAT, "L'Autonomie de la Responsabilité…", p. 198, 199.

Uma demonstração judicial desta tese pode encontrar-se na decisão da Cour de Cassation, de 06/05/2010, n.º 09-11-157, comentada por BÉNÉJAT (p. 198/202).

84. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico…*, p. 238.

que não se realizou qualquer teste; por outro, que se realizou de forma incorrecta. O que o tribunal deu por provado foi que o teste terá sido efectivamente levado a cabo, oralmente e usando 10% de IODINA, o qual, porém, não detectou qualquer reacção alérgica, contrariamente ao que veio a suceder depois de injectado o produto de contraste (OMNIPAQUE).

O TJB dera por assente que o teste fora realizado segundo o procedimento correcto, simplesmente, por motivos que se desconhecem, não se revelou eficaz, concluindo que "não ficou provado que o referido teste prévio (…) se encontrasse em desuso ou tampouco que tivesse sido deficientemente conduzido pelos médicos da Recorrida" e que "antes de efectuar o exame de diagnóstico pelo método da iodina, o pessoal médico da recorrida tomou todas as precauções necessárias e exigíveis".

A diferente conclusão chegou o TSI, ao afirmar a culpa do pessoal do hospital da Ré "na utilização da dose quantitativamente ineficaz da IODINA no teste de detecção da alergia", por entender que "não foram demonstradas pela Ré a prudência e a diligência da actuação do seu pessoal, de acordo com a *leges artis*, na realização do teste para a detecção da alergia". Esta conclusão desperta-nos algumas hesitações. É certo que, como bem refere o próprio TSI, "vale aqui contra a Ré a presunção de culpa contida no artº 788º do CC, pois o teste de detecção da alergia integra no objecto da prestação do contrato de prestação de serviços de tratamento". Todavia, não se olvide que antes do funcionamento da presunção de culpa há que demonstrar a ilicitude que lhe serve de *a priori*, a qual não pode ser presumida nem, muito menos, decorre da presunção de culpa[85]. Não tendo acesso ao processo na íntegra seria pouco prudente debruçarmo-nos sobre este aspecto da prova, mas não queremos deixar de fazer notar que não é claro na decisão se os autores terão ou não conseguido fazer prova da ilicitude.

5.2. A escolha do método de realização da radiografia

No caso em análise o paciente necessitava de realizar uma radiografia das varizes crónicas, a qual pode ser realizada por método ultra-sónico (onda ultra sónica cor tipo-B, mediante visualização ou filmagens directas) ou pelo método de IODINA (injecção de contraste e fotografia rádio).

O uso deste segundo método não configura, de per si, uma falta médica, nem mesmo a existência do risco de 0,006% impede a sua escolha, por ser tão irrisório. Este método é aceite pela medicina, e o seu uso não revela, de *per si*, má prática. Resta saber se, no caso concreto e atentas as características do paciente, seria aquele o método mais adequado. Em contrapartida, o seu uso sem informar o paciente das alternativas existentes e das condições de cada uma delas já representa uma violação das *leges artis*[86].

5.3. A execução da radiografia e subsequente reacção alérgica

No caso concreto há duas circunstâncias a serem avaliadas no momento de aferir a responsabilidade da Ré pelos danos ocorridos durante a radiografia: por um lado, o facto de antecipadamente o paciente ter sido sujeito a um teste para detectar potenciais alergias (independentemente de saber se foi bem ou mal realizado); por outro, a resposta do paciente garantindo ao médico já ter sido sujeito a exames daquela natureza sem nunca ter sofrido qualquer efeito negativo.

O primeiro aspecto remete-nos para uma decisão semelhante da jurisprudência portuguesa, em que uma paciente faleceu na sequência de um choque anafiláctico sofrido após lhe ter sido administrado um medicamento (curiosamente, igualmente para tratamento de varizes)[87]. Também neste caso o medicamento em causa foi previamente testado na paciente, sem que tivesse produzido qualquer reacção negativa, sendo que após a administração do medicamento a paciente entrou em paragem respiratória, ficando provado que o teste fora realizado de acordo com as melhores práticas médicas, o que conduziu à absolvição do médico. Ao invés, no caso decidido pelo TSI, este tribunal deu por provado que o teste fora executado de forma inadequada, nomeadamente pela dose de IODINA utilizada – embora, como já vimos, esta conclusão careça da necessária fundamentação no que respeita à ilicitude -, conclusão esta que faz incorrer o resultado nocivo por conta da Ré.

Quanto ao segundo aspecto, sublinhe-se que é de suma importância a circunstância de o próprio paciente ter garantido não ser alérgico ao produto em causa (referindo inclusivamente que já havia sido submetido a exames de idêntica natureza), assumindo desta forma a

85. Contudo, na jurisprudência portuguesa encontram-se vários exemplos de presunções de ilicitude derivadas da presunção de culpa: veja-se, por exemplo, o acórdão do STJ, de 17/12/2002, processo n.º 02A4057. Em sentido crítico face a esta tendência, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 48, 49.

86. Ao tratar a questão da opção do hospital por aquele método e não por outro o TSI cingiu-se à ausência de informação e consentimento do paciente, sem curar de saber se, independentemente do consentimento, a escolha do método da IODINA se revelava diligente e conforme às *leges artis*.

87. TRL, acórdão de 18/12/2007, processo n.º 5965/2007-5.

responsabilidade pelos danos resultantes de actos executados com fundamento na sua resposta. Esta é uma ideia que vai ao encontro da moderna tendência do direito médico que, ao afastar o paternalismo do médico, simultaneamente reforça a auto-responsabilidade do paciente pelo seu próprio comportamento.

5.4. Obrigação de reenvio em caso de ausência de meios

A certo momento das suas alegações a Associação de Beneficência do Hospital de Kiang Wu pareceu argumentar que optara pelo método da injecção de contraste por ser este o único praticado no hospital, de modo que, em bom rigor, não existia alternativa, isto é, não poderia optar pelo outro procedimento. Porém, a falta médica não pode ser justificada pela ausência de meios materiais e humanos. Antes de iniciar qualquer tratamento deve o médico (e o Hospital) assegurar-se que tem ao seu dispor tudo o que necessita para executar o procedimento que se revela mais seguro e eficaz atendendo às condições do paciente em causa. Caso conclua que não dispõe dos recursos necessários para levar a cabo o procedimento mais adequado (que no caso seria o método ultra-sónico) deve reenviar o paciente para outro estabelecimento hospitalar melhor apetrechado, excepto se a situação de urgência não se compadecer com tal delonga, como de resto o TSI deixou bem ilustrado na sua decisão[88].

Ainda que a angiografia mediante método ultra-sónico não fosse realizada naquele estabelecimento de saúde, anda assim vinga o dever de comunicar ao paciente a existência deste outro método e, eventualmente, caso o paciente opte pelo mesmo, reencaminhá-lo para um hospital onde se realize o dito procedimento. Como já referimos noutro local, "[a] circunstância de a realização do ato médico naquelas condições, naquela altura ou naquele hospital, poderem fazer incorrer o paciente em riscos acrescidos face ao modelo padrão de realização do ato médico (por falta de pessoal especializado ou por impossibilidade de dispor de determinados instrumentos ou aparelhos) é uma informação de crucial importância"[89].

5.5. Diligência no tratamento da alergia

Muitas vezes a falta médica não radica na ocorrência do dano inicialmente sofrido pelo paciente, o qual pode até resultar de um incidente adverso (isto é, de uma ocorrência imprevisível e que o médico nem sequer poderia evitar[90]), mas sim na forma como o médico reage a essa ocorrência, situação bastante frequente em casos de complicações cirúrgicas ou de alergias medicamentosas. Quando assim suceda há que concluir que a falta médica não reside no acto praticado, mas na ausência de subsequentes procedimentos susceptíveis de corrigir o resultado lesivo.

Há um par de anos atrás o TRL defrontou-se com um caso deste tipo, no qual o dano inicial sofrido pelo paciente (corte do nervo mentoneano) foi qualificado como incidente adverso, sendo que o que se revelava problemático era o seguimento posterior do paciente (a demora na ligação do nervo cortado), tendo o tribunal condenado o médico pelo modo como reagiu a um incidente que inicialmente não lhe poderia ser imputado, mas ao qual lhe cabia dar uma resposta rápida e satisfatória[91].

Contudo, uma vez que no caso não se apurou que o seguimento do paciente não tivesse sido o mais acertado, a questão nem se coloca.

6. Súmula

Face ao exposto conclui-se que bem andou o TSI ao condenar a Ré, ainda que tenhamos algumas dúvidas quanto à motivação apresentada pelo tribunal.

No que respeita à execução técnica de actos médicos a condenação poderá fundar-se na existência de uma falta médica aquando da realização do teste de detecção de alergias, sobretudo em virtude da presunção contratual de culpa não ter logrado ser rebatida, porém, permanece dúbia a prova da ilicitude desta conduta, que na verdade funciona como prius para a aferição da culpa. Deixa-se em aberto se terá também existindo falta médica no que respeita à decisão de recorrer à radiografia das varizes crónicas pelo método da injecção de contraste, dado que esta hipótese não foi suficientemente explorada pelo tribunal.

Mas o autêntico fundamento da condenação reside na ausência de consentimento informado, uma vez que o paciente não foi cabalmente esclarecido das opções te-

88. Tratando-se de actos médicos praticados em instituições muitos dos casos de deficiências de meios e de limitações técnicas recaem sob a esfera de responsabilidade do hospital ou da clínica, e não do médico. A este último cabe alertar a instituição para a carência de meios, mas a efectivação dos mesmos cabe à própria instituição. Cfr. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 21, 193 ss.

89. Vera Lúcia RAPOSO, Do Ato Médico…, p. 223.

No mesmo sentido veja-se a decisão da Corte di Cassazione, decisão de 16/05/2000, n.º 6318.

90. Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico …*, p. 14/16.

91. TRL, acórdão de 09/03/2010, processo n.º 1384/08.8TVLSB.L1-7.

rapêuticas que estavam à sua disposição, o que configura uma informação relevante para efeitos de prestar o consentimento. Consequentemente, remete para a esfera de responsabilidade do médico os danos corridos durante um procedimento que não se funde num consentimento devidamente esclarecido, desde que tais danos sejam a concretização de um risco de carecia de ser comunicado. Em contrapartida, a omissão de informação no que toca ao risco de morte não releva, dado que a probabilidade de ocorrência de tal risco é demasiado irrisória para exigir a sua comunicação.

Esta decisão é um sinal incontornável de que nos próximos anos a prática médica será sujeito a intenso escrutínio judicial, quer em sede civil quer em sede criminal, pelo que tudo aconselha ao incremento do diálogo entre prestadores de cuidados de saúde e prestadores de serviços jurídicos.

Bibliografia

ANDRADE, Manuel da Costa - "Art. 156.º", in *Comentário Conimbricense do Código Penal,* Parte Especial, Tomo I, (Jorge de Figueiredo DIAS coord.), Almedina, Coimbra, 1999

ANDRADE, Manuel da Costa - "Art. 157.º", in *Comentário Conimbricense do Código Penal,* Parte Especial, Tomo I, (Jorge de Figueiredo DIAS coord.), Almedina, Coimbra, 1999

ANDRADE, Manuel da Costa - "Consentimento em Direito Penal Médico: O Consentimento Presumido", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* 14, 2004

BARBOSA, Carla - "Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico", *Lex Medicinae,* 7(13), 2010

BÉNÉJAT, Murielle - "L'Autonomie de la Responsabilité Médicale Pour Défaut D'Information (Á Propos de Quelques Arrêts Rendus en 2010)", *Revue Générale de Droit Médical,* 38, Mars 2011

BRITO, Teresa Quintela de - "Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* 12, 2002

BRITO, Teresa Quintela de – "Eutanásia Activa Directa e Auxílio ao Suicídio: Não Punibilidade?", *Boletim da Faculdade de Direito,* Vol. LXXX, 2004

BRITO, Teresa Quintela de, et al. - "Crimes Contra a Vida: Questões Preliminares", in Direito Penal – Parte Especial: *Lições, Estudos e Casos,* Coimbra Editora, Coimbra, 2007

CARNEIRO, António Vaz - "O Erro Clínico, os Efeitos Adversos Terapêuticos e a Segurança dos Doentes: Uma Análise Baseada na Evidência Científica", *Revista Portuguesa de Saúde Pública,* 10, 2010

DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde – "Responsabilidade Médica em Portugal", *Boletim Ministério da Justiça,* 332, 1984

FAGNART, Jean-Luc - "Information du Patient et Responsabilité du Médecin", in *Actualités de Droit Médical* (Eric THIRY coord.), Bruylant, Bruxelles, 2006

MONTEIRO, António Pinto - *Cláusula Penal e Indemnização,* Almedina, Coimbra, 1990

MONTEIRO, António Pinto - *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil,* Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003

MONTEIRO, Jorge Sinde; VELOSO, Maria Manuel - "Portugal", in *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective* (Michael FAURE, Helmut KOZIOL eds.), Springer, Wien, New York, 2001

NUNES, Manuel do Rosário - *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos,* Almedina, Coimbra, 2005

PARZELLER, Markus; WENK, Maren; ZEDLER, Barbara; ROTHSCHIL, Markus - „Patient Information and Informed Consent before and After Medical Intervention", *Dtsch Arztebl,* 104(9), 2007

PEDRO, Rute Teixeira - "Da Tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões", 2008, at http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RTPedro2008.pdf (15/10/2011)

PEDRO, Rute Teixeira - *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado,* Coimbra Editora, Coimbra, 2008

PEREIRA, André Dias - *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente,* Coimbra, Coimbra Editora, 2004

PEREIRA, André Dias - "Dever de Documentação,

Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma Perspectiva Europeia", *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano XV, n.º 16, 2006

PEREIRA, André Dias - "Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexo de Causalidade", 2008, at http://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf (02/11/2011)

PEREIRA, André Dias - "Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma Proposta para o Ministério Público", at : https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/2525/1/Novos%20Desafios%20da%20Responsabilidade%20M%C3%A9dica-Revista%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20do%20Paran%C3%A1%20Andr%C3%A9%20Pereira.pdf (19/01/2010)

PINTO, Paulo Mota - *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1982

PORTERO LAZCANO, Guillermo - "Responsabilidad Penal Culposa del Médico: Fundamento para el Establecimiento de la Negligencia o Impericia", *Revista Latino-Americana de Derecho Médico y Medicina Legal*, 6(2), Dic. 2001 – 7(1) Junio 2002

RAPOSO, Vera Lúcia - "As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica", *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 21, 2010

RAPOSO, Vera Lúcia - "Directivas Antecipadas de Vontade: Em Busca da Lei Perdida", *Revista do Ministério Público*, Janeiro/Março, 2011

RAPOSO, Vera Lúcia - "Self-Determination in the End of Life: A New Understanding of Human Dignity", in *Third European Conference on Health Law - Book of Proceedings*, 2011

RAPOSO, Vera Lúcia - "Responsabilidade Médica em sede de Diagnóstico Pré-Natal (Wrongful Life e Wrongful Birth)", *Revista do Ministério Público*, 132, Out/Dez, 2012

RAPOSO, Vera Lúcia - "To Act or Not to Act, That Is the Question: Informed Consent in a Criminal Perspective", *European Journal of Health Law*, 19, 2012

RAPOSO, Vera Lúcia - *Do Ato Médico ao Problema Jurídico (Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Profissional na Jurisprudência Nacional)*, Almedina, Coimbra, 2013

RILEY Jr., James; BASILIUS, P. Aaron - "Physicians' Liability for Off-Label Prescriptions", *Hematology and Oncology News & Issues*, May/June 2007

RODRIGUES, Álvaro da Cunha - "Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos", *Revista Direito e Justiça*, ano XIV, nº 3, 2000

ROMEO CASABONA, Carlos - *El Médico y el Derecho Penal I. La Actividad Curativa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981

SANDOR, Giulia - "Obbligo di Informazione Medica e Diritto Penale", *L'Indice Penale*, anno VII, n.º 2, 2004

SCHIEMANN, Gottfried - "Germany", in *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective* (Michael FAURE, Helmut KOZIOL eds.), Springer, Wien, New York, 2001

SOUSA, Luís Pires de - "O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais Atinentes à Tramitação deste Tipo de Acção (Competência, Tramitação do Processo, Prova Pericial), at http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.acto.medico.pdf (28/0472011)

SOUSA, Miguel Teixeira de - "Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica", in *Direito da Saúde e Bioética* (António Marques dos SANTOS et al.), AAFDL, Lisboa, 1996

SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, Juan Carlos - "La Responsabilidad Penal Médica por el hecho Imprudente. El Error de Diagnóstico. Jurisprudencia Aplicable", *Boletín de Información*, año LXII, n.º 2056, 2008

UFFICIO DEL MASSIMARIO - "Responsabilità Sanitaria e Tutela della Salute" (a cura di Marco Rossetti), Corte Suprema di Cassazione, 2011, 2, at http://www.cortedicassazione.it/Documenti/QUADERNO%20N.2_11_11.pdf (03

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo - "Una Commedia degli Errori? La Responsabilità Medica Fra Illecito e Inadempimento", *Rivista di Diritto Civile*, anno LIV, n.º 3, 2008

澳門特別行政區存款保障基金

João Calvão da Silva
葡萄牙科英布拉大學法學院正教授

1. 存款保障基金(FGD)之方向與目的:保護儲戶以及維護銀行體系之穩定;2. 存款保障基金(FGD)之目的: 受保障之無法使用的存款與不受償還保障之無法使用的存款; 2.1 存款與償還之無法得到之概念; 2.2 保障之依據存款人作出限額而非依據存款帳戶作出限額; 2.3 不受償還保障的存款; 3. 存款保障基金的性質 A) 公法人; 4. 存款保障基金的性質: B) 參加機構; 5. 存款保障基金的性質: C) 財政資源; 6. 存款保障基金的性質: D) 財產自治權.

1. 存款保障基金 (FGD)之方向與目的: 保護儲戶以及維護銀行體系之穩定

7月9日第9/2012號法律于澳門特別行政區域(RAEM)內建立了存款保障基金(FGD), 旨在于該法律權限及規定的範圍之內, 保障在遇到某信貸儲蓄機構無償還能力等情況下參與該信貸儲蓄機構之儲戶所儲蓄之錢之返還 (澳門元或其他貨幣) (第一條)[1].

眾所周知信貸機構之"*核心業務*" 在於從公眾處收得儲蓄存款或其他可償還之資金以便通過發放貸款或其他形式之融資來為自己所用, 因此*儲蓄擔保基金(FGD)建立之方向與目*的十分明晰: 為保護儲戶以及作為金融體系基石之銀行體系之穩定而努力。

事實上, 金融體系 — *不論是就客觀與物質實體方面所說的金融體系*, 即一系列原則, 規則, 制度以及金融活動之司法形式的集合, 亦或是就主觀與機構制度方面所說的金融體系, 即一系列進行金融活動之主體, 機構, 公司及組織的集合 — 都應當經由法律得到足夠的組織以及構建, 這是基於許多社會經濟治安理由, 不僅是統領經濟之社會治安, 而且是保護儲戶, 存款人, 投資者, 投保人以及保險受益人之社會治安理由。系統組織與構建之完成目的在於保障儲蓄之開展, 獲得與安全保障, 同樣也是保證採取必要之手段維護國家的經濟與社會發展。

因此, *存款保障基金(FGD)構成了金融體系調節與構建鏈上的一環* — *銀行*業之組織與規則 (信貸機構以及金融公司), *證券業*之組織與規則 (證券交易市場, 資本市場, 金融市場), 保險業之組織與規則 — 其目的在於刺激並且保證人民之儲蓄以及 (將其用於) 國家經濟和社會發展之融資[2]。

由於意識到保護存款儲蓄對於形成實現單一銀行市場之謹慎的規則是如此之重要, 同時也意識到參與保障體系之成本大大低於銀行存款之大量提取所帶來的費用, 不僅對於面臨著困難的信貸機構是如此, 對於不受傳染或者存款人對於銀行體系整體之穩固性與償債能力失去信任之多米諾效應影響之機構也是如此, 歐洲共同體 (今歐盟) 於1994年5月30日通過歐盟議會及金管局之*有關存款擔保系統*[3]之*94/19/CE號指令*, 調整后針對於成員國[4]內部法律體制。

2. 存款保障基金(FGD)之目的: 受保障之無法使用的存款與不受償還保障之無法使用的存款

2.1 存款與償還之無法得到之概念

存款保障基金 (FGD) 之目標旨在保證如儲戶在澳門特別行政區內在信貸機構進行儲蓄存款, 而其參與之信用機構對其存款以現金形式償還或者補償 (arts. 1º e 4º).

為此, 從第六條第一款引申出存款之概念:

1. 以下未作指示即被引用之條款見於9/2012號法律.

2. Cfr. João Calvão da Silva, 《銀行業, 證券業及保險業。歐洲法律與葡萄牙法律》 (*Banca, Bolsa e Seguros. Direito Europeu e Português*), Tomo I, *Parte Geral*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, 第14與 15頁.

3. 公報L135, de 31/5/1994, 第五頁. 94/19/CE 號指令經由2005年3月9日歐洲議會與委員會通過之第2005/1/CE號(JOL79, de 24/3/2005, p. 9)指令, 以及2009年3月11日歐洲議會與委員會通過之2009/14/CE號(JOL68, de 13/3/2009, p.3)指令而作出變更。

4. 在葡萄牙, 存款保障基金受到12月31日經由298/92號法令通過的信貸機構與金融公司之一般制度第一百七十三條, 第一百五十四條管理。

在啟動保障之日，受保障之存款結餘以及相應之利息（存款人在所涉及之存款機構及存款保障基金參與機構）扣除存款人對參加機構的倘有債務以及相應利息。

或者說，爲了計算債權人結餘，可運用與信貸*補償*之相關規則，通過存款保障基金，應當僅償還存在于一個帳戶中的可用資金（債權人），這些可用資金，在法律條件以及可適用之合同條件下，應當是由該無力償債之銀行來做出償還。

同樣之道理，參見94/19/CE號指令第一條第一款以及葡萄牙信貸機構與金融公司之一般制度第一百五十五條，第四款：可以理解為存款的還有來自于在某一帳戶中存在之資金或者來自于正常銀行操作產生之轉帳情況之債權人結餘，應當由符合法律條件以及可適用之合同條件之信貸機構作出償還。

在受保障之存款中同樣被覆蓋在內的還有經由記名存款證代表之資金 — 已不再是由此參加機構所發放之持有人存款證（第四條第八款）。

因此，如*存款*已到期及應付,*而未*由某一符合法律條件以及可適用之合同條件之信貸機構*作出支付，則被稱為無法使用之存款*，當特別行政區長官批准澳門金管局行政委員會之就*參加機構無法或顯示出無法向有關存款人給予償還或者信貸機構通過司法判決下宣告破產*而作出之決議（第七條第一款）。

無論是以上兩種哪一種可能性，*保障由存款保障基金依職權啟動*，對此參加信貸機構應當，在存款保障基金訂出的限期內，向其提交一份已列出澳門金管局行政委員會決議之日*受保障的存款帳戶持有人的完整清單*以及其他被要求提供的資料（第七條第二款）。

2.2 保障之依據存款人作出限額而非依據存款帳戶作出限額

每家參加存款儲蓄基金之信貸機構每名存款人的償還或補償金額上限透過行政法規訂定（第五條第一款）—經由特別行政區長官9月21日批准之23/2012號行政法規，將由存款保障基金支付的每家參加機構每名存款人的補償金額上限訂定為五萬澳門幣（第一條）。

這也就是說：存款保障基金保障由信貸機構作出依據每名存款持有人所有的現金形式的結餘的總價所作出的償還直至上限五萬澳門幣。這樣，A先生在同一個無償債能力之銀行所擁有的數個帳戶，其受保障之結餘總額加起來超過保障金額上限，也僅能獲得存款保障基金作出的五萬澳門幣的補償；*自然地*，如存款帳戶之總和（不論其類型）透過同一名存款人在此銀行受到保障不超過五萬澳門幣，存款儲蓄基金將償還所有債權人結餘的總和，包括相應的利息，不論存款數目及所處之貨幣種類（歐元，美元等）。

如屬集體帳戶之情況 — 以兩人或兩人以上之名義開設之帳戶，或者對於該帳戶兩人或兩人以上擁有權利，透過其中一人簽名（連帶帳戶）或多人簽名（聯名帳戶）而運行[5] — *各持有人獲平均補償存款*，但帳戶持有人之間另有協定且在啓動保障之日前已獲參加機構確認者除外（第六條第三款）。*而對於每名集體帳戶的共同持有人應支付的部份（聯名帳戶或連帶帳戶） 將得到保障，這一保障上限為五萬澳門幣*，因為此上限是根據無償債能力之銀行的每位存款人所定（第五條第一款）。

如帳戶持有人並非對此帳戶內存款數額的權利持有人並且此帳戶的權利持有人于特首批准金管局關於宣告存款不可使用或司法宣告破產之決議之前已被證明身份或者身份可被辨識（第七條第一款），償還或者補償應當向權利持有人作出（這意味著，*以明確的方式作出*，o art. 8º, n.º3 da Diretiva 94/19/CE e o art. 166º, n.º3, al. e)，葡萄牙信貸機構與金融公司之一般制度）。

某一不具有法律人格之公司，社團或者特殊委員會在帳戶中的存款，被視為一個整體，作為整體對待，並且被視為由一個單一的存款人作出，此舉是爲了計算補償上限，儘管該帳戶有多人作為公司合夥人，社團成員或者特殊委員會成員而對其作出使用。

由金管局指示啟動保障之日的匯率為標準將顯示為另一種貨幣形式的結餘轉換為澳門幣（第六條第三款），補償由存款保障基金以澳門幣支付（第五條第二款）。

對於向存款人所作出補償數額的訂定可以作為針對存款保障基金司法上訴之對象。而存款

5. 5 Cfr. João Calvão da Silva, 《銀行法》（*Direito Bancário*）, Almedina, Coimbra, 2002, 344頁

保障基金代位取得獲補償的存款人對相關參加機構的債權（第八條），　存款保障基金就債權享有動產一般優先受償權，其順位與《民法典》第七百三十九條a項所指的優先受償權的順位等同（第九條）。 很明顯，如發現所收到的補償金額超出應收金額，則存款人有義務在存款保障基金為此發出通知起計三十日內，將超出的不應收取的款項退還存款保障基金（第十條第一款），存款保障基金之通知將指定退還方式（第十條第二款）。

最後，我們不僅提出疑問：爲什麼要設立保障上限？

爲什麼存款保障基金無法保障參加機構所有不可使用存款之總額都得到返還？

答案顯而易見：自然地，存款保障基金沒有足夠的財力來全部地支付所有被保障系統所覆蓋的存款，而且間接地刺激存款人在選擇值得信任的信貸機構作出儲蓄時候應當仔細斟酌此信貸機構的質量。

償還不可使用存款之擔保人是存款保障基金 — 一個財產自治，自己為自己的債務負責的基金 — *而不是澳門特別行政區*。

而且這一保障由存款保障基金向不可使用之存款作出，而非向信貸機構作出。

2.3 不受償還保障的存款

以下存款被排除在存款保障基金償還保障之外（第四條）：

-由其他信貸機構建立的存款，以其自己的名義成立并自負盈虧；
-由公共實體建立的存款；
-儲蓄銀行擁有百分之五十以上的投票權（持有或者控制關係），又或該銀行通過主要參與能對企業管理產生重大影響的企業在該無償債能力之儲蓄銀行所建立的存款；
-依據金融體系制度第四十條第二款（7月5號第32/93/M號法令）規定的該無償債能力之銀行的主要股東在該銀行作出的存款；
-該無償債能力之銀行的主要股東擁有百分之五十以上的投票權（持有或者控制關係），又或通過主要參與能對企業管理產生重大影響的企業所作出的存款；
-由相應的行政管理或監察機構成員作出的存款，以及由這些成員擁有百分之五十以上的投票權（持有關係），或通過主要參與能對企業管理產生重大影響的企業所作出的存款；
-回報取決於任何動產（股票、債券、投資基金出資單位等），不動產或貴金屬的價值，而其持有人被視為投資者而非存款人的存款；

不將這些存款囊括進存款保障基金的保護範圍之內是由於將這些相應的帳戶的持有人視為不缺乏特殊保護的人之觀點。

3.存款保障基金的性質 A) 公法人

存款保障基金是“*一個具有法律人格的自治基金*”（第二條第一款），享有行政、財政及財產方面的自治權（第二條第二款）。

第24/2012號行政法規將其定義為一個*公法人*（第二條），由澳門金管局一起為其提供技術與行政輔助（9/2012號法律第四條，第二條第二款）并擁有以下機構：

行政委員會，由澳門金管局行政委員會主席統領（第十四條），而該主席負責，尤其是，執行受保障之不可使用的存款的返還與補償（第十五條第七款）；

監察委員會，由澳門金管局監察委員會主席統領並由另外兩位成員組成，其中一個是稅務局的代表，所有成員都由特首任命（第八條）；
諮詢委員會，由行政委員會成員（由行政委員會主席統領），監察委員會主席，澳門銀行公會主席，以及另外兩位由特首任命的銀行公會成員代表構成（第二十一條）。

4.存款保障基金的性質：B) 參加機構

*必須*參加存款保障基金的機構有（第三條）：
-住所設於澳門特別行政區的銀行；
-住所設於外地且獲許可在澳門特別行政區從事業務的銀行的分行；
-郵政儲金局。

上款所指機構，自第9/2012號法律生效之日起成為存款保障基金的參加機構，銀行以及其分行如在本法律生效後方獲許可，則自金管局特別登記所載之開業日起，成為存款保障基金的參加機構（第三條第二款）。

存款保障基金須於每年一月在《澳門特別行政區公報》以及至少在澳門廣泛流通的一份中文報紙及一份葡文報紙上刊登參加機構的名單

（第十一條）。

僅獲許可從事離岸業務的銀行不得參加存款保障基金（第三條第四款）。

最後，當在澳門特別行政區從事業務的許可被廢止時，參加機構退出存款保障基金（第三條第三款）。

5. 存款保障基金的性質：C） 財政資源

存款保障基金擁有以下資源（24/2012號行政法規第七條）：

- 澳門特別行政區政府的撥款，尤其是第9/2012號法律《存款保障制度》第二十二條所規定的初始撥款，免除了參加機構在法律生效次年的供款（第二十一條）；
- 對參加機構收取的年度供款（上一年受保障存款總額的百分比）及補充供款（特別情況），由行政長官批示訂定（第9/2012號法律第十二條），并由相應參加機構透過其在金管局開設的清償帳戶作出支付（第9/2012號法律第十五條）；年度供款的繳納是作為開業的前提條件（第9/2012號法律第十三條）；
- 向金管局作出的借款（第9/2012號法律第七條第三款）；
-來自作出的投資的收入；
- 對信貸機構做出的罰款（第9/2012號法律第十七條）；
- 存款保障基金代位取得存款人或者受益人行使權力時收取的數額（第9/2012號法律第八條）。
- 透過任何名義接收任何其他的的資源，即慷慨行為(第24/2012號行政法規第八條第二款)。

存款保障基金的資源運用於返還和補償受保障的存款，存款補償程序引致的開支，存款保障基金運作和職責的固有開支（第24/2012號行政法規第九條）。

使用其財政自主權，為達至本身宗旨，存款保障基金可（第24/2012號行政法規第八條）：

-以任何方式取得或轉讓權利、動產或不動產，又或對權利、動產或不動產設定負擔，包括財務出資；

-接受任何慷慨行為，但有關條件或負擔須屬適當並符合其職責；

-利用本身資源進行適當的投資；

-作出正確管理財政所需的一切行為，尤其是與本地或外地實體訂立管理合同。

6. 存款保障基金的性質：D） 財產自治權

除了行政與財政自治權，存款保障基金享有財產自治權（第 9/2012號法律第二條；第24/2012號行政法規第二條），其財產“由進行其活動時所取得的資產及承擔的債務組成”（第24/2012號行政法規第六條）。即行政法規採用了*整體財產*的概念，意指存款保障基金是所有的權利與義務或者金錢債務的持有人（主動或被動主體）- 由進行其活動時產生的司法關係形成的公法人。

此處的財產自治權是存款保障基金（公法人）*作為具有法律人格的結果*，與所謂的狹義的非具有法律人格的“獨立財產”無關 — 可參照動產投資基金或者不動產投資基金這些作為實際存在的獨立財產或者分開的財產，特別關注這些投資基金所自有的私人的債務。

存款保障基金之財產自治權是其具有法律人格的作用下產生的：作為一個公法人，存款保障基金之可用的財產部份（產生的財政資源）關於此法人之債務以及其可用財產之債務“僅向自己負責與彙報情況” (Manuel Andrade) — 對受保障存款所作出的補償或者償還以及相應的程序引致的開支，還有存款保障基金運作和職責的固有開支也是如此。

既然如此，如存款保障基金的財政資源表現出不足夠支付其自身債務，即對數家參加銀行受保障的以及無法使用的存款作出償還的開支，*澳門特別行政區或者澳門金管局對這些存款人便不存在附屬的責任*。

存款保障基金不是作為澳門特別行政區對存款人或者對那些信貸機構所提供的一個保障。透過存款保障基金能確保在參與存款保障基金的信貸機構中存在的無法使用的存款能夠獲得償還，但是並不能確保這些參加機構爲了預防存款的無法使用的償付能力與償債能力。

因此，如存款保障基金之資產無力，存款人不可控告澳門特別行政區或者澳門金管局，因為澳門特別行政區或者澳門金管局不負責為其或者其信貸機構提供缺乏的補充。

FUNDO DE GARANTIA DE DEPÓSITOS NA RAEM

João Calvão da Silva
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

1. Sentido e fim do Fundo de Garantia de Depósitos (FGD): proteção dos aforradores e da estabilidade do sistema bancário; 2.Objeto do FGD: depósitos indisponíveis garantidos e depósitos indisponíveis excluídos da garantia de reembolso; 2.1 Noção de depósito e de indisponibilidade de reembolso;2.2 Limites da garantia por depositante e não por conta de depósito; 2.3 Depósitos excluídos da garantia; 3.Natureza do FGD:A) Pessoa Coletiva de Direito Público; 4. Natureza do FGD:B) Instituições participantes; 5. Natureza do FGD: C) Recursos financeiros; 6. Natureza do FGD:D) Autonomia patrimonial.

1. Sentido e fim do Fundo de Garantia de Depósitos (FGD): proteção dos aforradores e da estabilidade do sistema bancário

A Lei n.º 9/2012, de 9 de Julho, cria no território da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) um Fundo de Garantia de Depósito (FGD), em ordem a assegurar, dentro dos limites e nos termos nela previstos, o reembolso do dinheiro (patacas ou outra moeda) depositado pelos aforradores em caso de insolvência de uma instituição de crédito depositária que nele participe (art.1º)[1].

Sabido que o "core business" das instituições de crédito consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito e outras formas de financiamento, apura-se bem o sentido e fim do FGD: concorrer para a proteção dos depositantes e a estabilidade do sistema bancário, pedras angulares do sistema financeiro como um todo.

Com efeito, o sistema financeiro — quer o sistema financeiro em sentido objetivo e material, conjunto ordenado de princípios, normas, institutos e formas jurídicas da atividade financeira, quer o sistema financeiro em sentido subjetivo e institucional, conjunto ordenado dos sujeitos, instituições, sociedades e organizações que exerçam atividades financeiras — deve ser suficientemente organizado e estruturado por lei, por razões de ordem pública económica, tanto de ordem pública de direção da economia como de ordem pública de proteção dos aforradores, depositantes, investidores e segurados ou beneficiários de seguros. Organização e estruturação sistémicas feitas de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como aplicação dos meios necessários ao desenvolvimento económico e social do país.

Deste modo, o FGD constitui um elo da cadeia de regulação ou estruturação do sistema financeiro — organização e ordenamento da Banca (instituições de crédito e sociedades financeiras), da Bolsa (mercado dos valores mobiliários, mercado de capitais ou mercado financeiro) e dos Seguros — que tem por objetivo incentivar e garantir as poupanças das pessoas e (sua aplicação em) o financiamento do desenvolvimento económico e social dos países.[2]

Consciente de que a proteção dos depósitos é tão importante quanto as regras prudenciais para a realização do mercado único bancário e de que ocusto da participação num sistema de garantia é muito inferior ao que resultaria do levantamento em massa dos depósitos bancários, não só de uma instituição de crédito em dificuldade, mas também de instituições sãs por contágio ou efeito dominó da perda de confiança dos depositantes na solidez e liquidez do sistema bancário no seu todo, a Comunidade Europeia (hoje União Europeia) aprovou a Diretiva n.º 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 1994, relativa aos sistemas de garantia de depósitos[3], transposta para os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros[4].

1. 1 São da Lei n.º9/2012 os artigos doravante citados sem qualquer indicação.

2. 2 Cfr. João Calvão da Silva, Banca, Bolsa e Seguros. Direito Europeu e Português, Tomo I, Parte Geral, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, págs. 14 e 15.

3. 3 Jornal Oficial L135, de 31/5/1994, p.5. A Diretiva 94/19/CE foi entretanto alterada pela Diretiva 2005/1/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de Março de 2005 (JOL79, de 24/3/2005, p. 9) e pela Diretiva 2009/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 2009 (JOL68, de 13/3/2009, p.3).

4. 4 Em Portugal o Fundo de Garantia de Depósitos está regulado nos arts. 154º a 173º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

2. Objeto do FGD: depósitos indisponíveis garantidos e depósitos indisponíveis excluídos da garantia de reembolso

2.1 Noção de depósito e de indisponibilidade de reembolso

O FGD tem por objeto garantir o reembolso ou a compensação de depósitos em dinheiro constituídos na RAEM em instituições de crédito que nele participam (arts. 1º e 4º).

Para o efeito, a noção de depósito retira-se do n.º1 do art.6º: saldos dos depósitos e respetivos juros garantidos (do depositante na entidade depositária em causa e participante no FGD) deduzidos das eventuais dívidas e juros respetivos do depositante para com a entidade depositária, na data de acionamento da garantia.

Ou seja, para os efeitos de cálculo de um saldo credor, aplicam-se as regras relativas à compensação de créditos, com o FGD. a dever reembolsar tão-somente as disponibilidades monetárias (credoras) existentes numa conta que, nas condições legais e contratuais aplicáveis, devam ser restituídas pelo banco insolvente em causa.

No mesmo sentido, vejam-se o art. 1º, n.º1, da Diretiva 94/19/CE e o art. 155º, n.º4, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras de Portugal: entende-se por depósito os saldos credores resultantes de fundos existentes numa conta ou de situações transitórias decorrentes de operações bancárias normais, que devam ser restituídos pela instituição de crédito nas condições legais e contratuais aplicáveis.

Nos depósitos garantidos estão abrangidos os fundos representados por certificados de depósitos bancários nominativos — já não os certificados de depósitos ao portador (art. 4º, n.º8) — emitidos pela instituição participante em causa.

Por sua vez, diz-se indisponível o depósito que, tendo-se vencido e sendo exigível, não tiver sido pago por uma instituição de crédito ao abrigodas condições legais e contratuais aplicáveis, quando o Chefe do Executivo aprovar uma deliberação do Conselho de Administração da Autoridade Monetária de Macau a considerar que o banco em causa não tem ou revela não ter a possibilidade de reembolsar os respetivos depositantes ou quando for declarada a falência da instituição de crédito por sentença judicial (art. 7º, n.º1).

Em qualquer das duas hipóteses, a garantia é acionada ex oficio pelo FDG, ao qual a instituição de crédito participante deve remeter, dentro do prazo fixado pelo Fundo, uma relação completa dos titulares dos depósitos garantidos existentes na data da deliberação do Conselho de Administração da Autoridade Monetária de Macau, bem como as demais informações que lhe forem solicitadas (art. 7º, n.º2).

2.2 Limites da garantia por depositante e não por conta de depósito

O valor máximo do reembolso ou compensação de cada depositante por instituição de crédito participante no FGD é fixado por Regulamento Administrativo (art. 5º, n.º1) — o Regulamento Administrativo n.º23/2012, aprovado em 21 de Setembro pelo Chefe do Executivo, fixa em 500.000 patacas o valor máximo da compensação a pagar pelo FGD a cada depositante por entidade participante (art. 1º).

Quer dizer: o FGD garante o reembolso, por instituição de crédito, do valor global dos saldos em dinheiro de cada titular de depósito até ao limite de 500.000 patacas. Deste modo, o senhor A que tenha várias contas de depósito no mesmo banco insolvente cuja soma dos saldos garantidos ultrapasse o valor máximo da garantia só será compensado pelo FGD em 500.000 patacas; naturaliter, se o conjunto das contas de depósito (independentemente da sua modalidade) garantidas de um mesmo depositante no banco em causa não ultrapassar as 500.000 patacas, o FGD reembolsará a totalidade dos saldos credores, neles incluídos os respetivos juros, independentemente do número de depósitos e da divisa (euro, dólar, etc.) em que estão feitos.

No caso de conta coletiva — conta aberta em nome de duas ou mais pessoas, ou sobre a qual duas ou mais pessoas têm direitos, movimentadas pela assinatura de uma (conta solidaria) ou mais (conta conjunta) de entre elas[5] — o reembolso é feito aos seus titulares por divisão em partes iguais, excepto se entre elas tiver havido acordo em contrário, confirmado pelo banco insolvente, antes da data de acionamento da garantia (art. 6º, n.º3). E a parte imputável a cada

5. 5 Cfr. João Calvão da Silva, Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2002, p. 344

um dos contitulares da conta coletiva (conjunta ou solidária) será garantida até ao limite máximo de 500.000 patacas, porquanto este limite máximo é por cada depositante na instituição de crédito insolvente (art. 5º, n.º1).

Claro está que se o titular da conta não for o titular do direito aos montantes depositados nessa conta e este tiver sido identificado ou seja identificável antes de o Chefe do Executivo aprovar a deliberação da Autoridade Monetária de Macau que declare a indisponibilidade dos depósitos ou da declaração judicial de falência (art. 7º, n.º1), o reembolso ou compensação deve ser feito ao titular do direito (neste sentido, expressis verbis, o art. 8º, n.º3 da Diretiva 94/19/CE e o art. 166º, n.º3, al. e), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras de Portugal).

Os depósitos na conta de uma sociedade, de uma associação ou comissão especial e sem personalidade jurídica são agregados e tratados como se feitos por um único depositante, para efeitos de cálculo do limite máximo compensável, apesar de à conta terem acesso várias pessoas na qualidade de sócios da sociedade, de membros da associação ou da comissão especial.

Serão convertidas em patacas, à taxa de câmbio da data de acionamento da garantia a indicar pela Autoridade Monetária de Macau, os saldos de depósitos expressos noutra moeda (art. 6º, n.º3), com a compensação a ser paga em patacas pelo FGD (art. 5º, n.º2).

A determinação do valor a compensar aos depositantes pode ser objeto de recurso judicial contra o FGD. E o Fundo fica sub-rogado nos direitos dos depositantes compensados perante a respetiva instituição de crédito (art. 8º), gozando de privilégio mobiliário geral sobre esta e a graduar juntamente com o previsto na al. a) do art. 739º do Código Civil (art.9º).

Obviamente, se a compensação recebida for superior ao montante devido, fica o depositante obrigado à restituição do indevido no prazo de 30 dias contados da notificação pelo FGD para esse efeito (art. 10º, n.º1), a qual indicará a forma da restituição (art. 10º, n.º2).

Por fim, perguntar-se-á: porquê um teto máximo de garantia?

Porque não assegura o FGD o valor total dos depósitos indisponíveis nas instituições suas participantes?

A resposta é óbvia: naturalmente, o FGD não tem património suficiente para pagar integralmente todos os depósitos abrangidos pela garantia, e indiretamente para incentivar os depositantes a ponderarem a qualidade das instituições de crédito a quem confiam as suas poupanças.

O garante do reembolso dos depósitos indisponíveis é o Fundo — património autónomo que responde só e só ele responde pelas suas dívidas — e não a Região Administrativa Especial de Macau.

E a garantia é prestada pelo FGD aos depósitos indisponíveis e não às instituições de crédito.

2.3 Depósitos excluídos da garantia

São os seguintes os depósitos excluídos da garantia de reembolso pelo FGD (art. 4º):

-Depósitos feitos por outras instituições de crédito, em seu próprio nome e por sua própria conta;

-Depósitos feitos por entidades públicas;

-Depósitos feitos por empresas em que o banco depositário insolvente detenha mais de 50% dos direitos de voto (relação de domínio ou controlo), ou em cuja gestão exerça uma influência significativa através de participação qualificada;

-Depósitos feitos por acionistas qualificados do próprio banco insolvente nos termos previstos no n.º2 do art. 40º do Regime do Sistema Financeiro (Decreto-lei n.º32/93/M, de 5 de Julho);

-Depósitos feitos por empresas em que os acionistas qualificados do próprio banco insolvente detenham mais de 50% dos direitos de voto (relação de domínio ou controlo) ou em cuja gestão exerçam uma influência significativa mediante participação qualificada;

-Depósitos feitos pelos respetivos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, bem como pelas empresas em que esses membros detenham mais de 50% dos direitos de voto (relação de domínio) ou em cuja gestão exerçam uma influência significativa através de participação qualificada;

-Depósitos cuja rentabilidade esteja dependente do valor de quaisquer valores imobiliários (ações, obrigações, unidades de participação em fundos de investimento, etc.), valores imobiliários ou metais

preciosos, sendo os seus titulares vistos como investidores e não depositantes

A não inclusão destes depósitos no perímetro de proteção do FGD repousa na ideia de não carecerem de proteção especial os titulares das respetivas contas.

3. Natureza do FGD:A) Pessoa Coletiva de Direito Público

O FGD. é "um fundo autónomo dotado de personalidade jurídica" (art. 2º, n.º1), que goza de autonomia administrativa, financeira e patrimonial (art. 2º, n.º2).

E o Regulamento Administrativo n.º 24/2012 precisa trata-se de uma pessoa coletiva de direito público (art. 2º), apoiada técnica e administrativamente pela Autoridade Monetária de Macau (art. 4º; art. 2º, n.º2, da Lei n.º9/2012), com os seguintes órgãos:

Conselho Administrativo, presidido pelo Presidente do Conselho de Administração da Autoridade Monetária de Macau (art. 14º), a quem compete, inter alia, efetuar a compensação ou reembolso dos depósitos indisponíveis garantidos (art. 15º, n.º7);

Comissão de Fiscalização, presidida pelo Presidente da Comissão de Fiscalização da Autoridade Monetária de Macau e constituída por mais dois vogais, sendo um representante da Direção dos Serviços das Finanças, todos designados pelo Chefe do Executivo (art.8º);

Conselho Consultivo, Constituído pelos membros do Conselho Administrativo (cujo Presidente preside), pelo Presidente da Comissão de Fiscalização, pelo Presidente da associação de Bancos de Macau e outros dois representantes da mesma designados pelo Chefe do Executivo (art. 21º).

4. Natureza do FGD:B) Instituições participantes

Participam obrigatoriamente no FGD (art. 3º):
- Os bancos com sede na RAEM;
-As sucursais de bancos com sede no exterior, autorizados a exercer a atividade na RAEM;
- A Caixa Económica Postal.

Estas entidades são participantes do FGD a partir da entrada em vigor da Lei 9/2012 e os bancos ou sucursais que sejam autorizados posteriormente tornar-se-ão participantes do F.G.D a partir do início de exercício de atividade constante do registo especial na Autoridade Monetária de Macau (art. 3º, n.º2).

O FGD publica a lista de participantes em Janeiro de cada ano, no Boletim Oficial da RAEM e, pelo menos, em dois jornais de grande circulação de Macau, um em língua chinesa e outro em língua portuguesa (art. 11º).

Excluídos da participação no FGD encontram-se os bancos autorizados a exercer exclusivamente a atividade em jurisdição offshore (art. 3º, n.º4).

Por último, deixarão de ser participantes do FGD as instituições de crédito que vejam revogada a autorização para o exercício da atividade na RAEM (art. 3º, n.º3).

5. Natureza do FGD: C) Recursos financeiros

O F.G.D. dispõe dos seguintes recursos (art. 7º do Regulamento Administrativo n.º24/2012):
- Dotações atribuídas pelo Governo da RAEM, nomeadamente a dotação inicial de 150.000.000 patacas prevista no art. 22º da Lei n.º9/2012, que dispensou as contribuições dos participantes no ano seguinte à entrada em vigor da lei n.º 9/2012 (art. 21º);
- As contribuições anuais (percentagem sobre o valor total dos depósitos do ano anterior garantidos) e as contribuições suplementares (em circunstancias excepcionais) cobradas às instituições participantes, fixadas por Despacho do Chefe do Executivo (art. 12º da Lei n.º 9/2012), e pagas através da conta de depósitos de liquidez da respetiva entidade participante junto da Autoridade Monetária da Macau (art. 15º da Lei n.º 9/2012); o pagamento da contribuição anual é condição do início do exercício da atividade (art. 13º, n.º1, da Lei n.º9/2012);
-Os empréstimos contraídos junto da Autoridade Monetária de Macau (art. 7º, n.º3,º da Lei n.º9/2012);
-Os rendimentos provenientes de investimentos realizados;
- As multas aplicadas às instituições de crédito (art. 17º da Lei n.º 9/2012);
- As importâncias cobradas no exercício dos direitos dos depositantes ou dos beneficiários em que o

FGD fique sub-rogado (art. 8º da Lei n.º 9/2012).

- Quaisquer outros recursos que venha a receber por qualquer título, designadamente a título de liberalidade (art. 8º, n.º2, do Regulamento Administrativo n.º 24/2012).

Os recursos do FGD destinam-se a suportar o reembolso ou compensação dos depósitos abrangidos pela garantia, os encargos com o processo de compensação de depósitos, os encargos inerentes ao funcionamento e atribuições do Fundo (art. 9º do Regulamento Administrativo n.º 24/2012).

E no uso da sua autonomia financeira, o FGD pode, na prossecução dos seus fins (art. 8º do Regulamento Administrativo n.º 24/2012):

Adquirir, alienar ou onerar, a qualquer título, direitos e bens móveis ou imóveis, incluindo participações financeiras;

-Aceitar quaisquer liberalidades, desde que as respetivas condições ou encargos sejam adequados e compatíveis com as suas atribuições;

-Realizar, com os seus recursos, investimentos adequados;

-Praticar todos os atos necessários a uma correta administração financeira, nomeadamente celebrando contratos de gestão com entidades locais ou do exterior.

6. Natureza do FGD:D) Autonomia patrimonial

A mais da autonomia administrativa e financeira, o FGD goza de autonomia patrimonial (art. 2º da Lei n.º9/2012; art. 2º do Regulamento Administrativo n.º 24/2012), sendo o seu património "constituído pelos bens adquiridos e pelas obrigações contraídas no exercício da sua atividade" (art.6º do Regulamento Administrativo n.º 24/2012). Neste sentido, o Regulamento Administrativo adopta a noção de património global, direitos e obrigações ou dívidas em dinheiro e de que é titular (sujeito ativo e passivo) o FGD. - Pessoa Coletiva de Direito Público em resultado de relações jurídicas constituídas no exercício da sua atividade.

A assinalada autonomia patrimonial é uma consequência da personalidade jurídica do FGD (Pessoa Coletiva de Direito Público), diferentemente do dito "património autónomo" stricto sensu, que não é uma pessoa jurídica — pense-se nos Fundos de Investimento Mobiliário ou nos Fundos de Investimento Imobiliário, que são verdadeiros patrimónios autónomos ou patrimónios separados, de afetação especial a dívidas próprias e privativas desses Fundos de Investimento.

No caso do FGD a autonomia patrimonial é efeito da personalidade jurídica: os elementos patrimoniais ativos (os recursos financeiros sobrevistos) da pessoa coletiva pública que é o FGD "só respondem e respondem só eles" (Manuel Andrade) pelas dívidas dessa pessoa jurídica e próprias do seu ativo patrimonial — as compensações ou reembolsos dos depósitos garantidos e correspondentes encargos processuais, bem como os demais encargos inerentes ao funcionamento e atribuições do Fundo.

Sendo assim, se os recursos financeiros do FGD se revelarem insuficientes para o pagamento das suas próprias dívidas, designadamente dos reembolsos dos depósitos garantidos e indisponíveis em vários dos bancos participantes, não existe responsabilidade subsidiária da RAEM ou da Autoridade Monetária de Macau perante os depositantes.

É que o FGD não se traduz numa garantia da RAEM aos depositantes ou às próprias instituições de crédito. Pelo FGD garante-se a compensação ou o reembolso de depósitos indisponíveis constituídos em instituições nele participantes, mas não se garante a solvabilidade e liquidez dessas instituições participantes em ordem a prevenir a indisponibilidade dos depósitos.

Consequentemente, não podem os depositantes acionar a RAEM ou a Autoridade Monetária de Macau em caso de impotência patrimonial do FGD: à RAEM ou Autoridade Monetária não cabe suprir a insuficiente solidariedade da praça financeira e suas instituições de crédito.

澳門特別行政區

澳門特別行政區
第9/2012號法律

存款保障制度

立法會根據《澳門特別行政區基本法》第七十一條（一）項，制定本法律。

第一章
一般規定

第一條
標的

本法律訂定存款保障的一般制度，以保障存款人在澳門特別行政區的澳門幣或其他外幣存款在本法律訂定的限制及範圍內獲得補償。

第二條
存款保障基金

一、為保障上條所指的存款獲得補償，設立具有法律人格的存款保障基金（下稱“存保基金”）。

二、存保基金享有行政、財政及財產方面的自治權，並由澳門金融管理局（下稱“金管局”）對其提供技術和行政輔助。

三、存保基金的組織、管理和運作，透過補充性行政法規訂定。

第三條
參加機構

一、下列參加機構必須參加存保基金：

（一）住所設於澳門特別行政區的銀行；

（二）住所設於外地且獲許可在澳門特別行政區從事業務的銀行的分行；

（三）郵政儲金局。

REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

Lei n.º 9/2012

Regime de Garantia de Depósitos

A Assembleia Legislativa decreta, nos termos da alínea 1) do artigo 71.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, para valer como lei, o seguinte:

CAPÍTULO I
Disposições gerais

Artigo 1.º
Objecto

A presente lei define o regime geral de garantia de depósitos visando assegurar, dentro dos limites e nos termos nela previstos, a compensação dos depósitos denominados em patacas ou noutra moeda, constituídos na Região Administrativa Especial de Macau, adiante designada por RAEM.

Artigo 2.º
Fundo de garantia de depósitos

1. A garantia da compensação de depósitos prevista no artigo anterior é assegurada através da criação do Fundo de Garantia de Depósitos, adiante designado por FGD, que é um fundo autónomo dotado de personalidade jurídica.

2. O FGD goza de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, e é apoiado técnica e administrativamente pela Autoridade Monetária de Macau, adiante designada por AMCM.

3. A organização, gestão e funcionamento do FGD são fixados por regulamento administrativo complementar.

Artigo 3.º
Entidades participantes

1. A participação no FGD é obrigatória para as seguintes entidades participantes:

1) Os bancos com sede na RAEM;

2) As sucursais de bancos com sede no exterior, autorizados a exercer a actividade na RAEM;

3) A Caixa Económica Postal.

二、上款所指機構，自本法律生效之日起成為存保基金的參加機構，如在本法律生效後方獲許可，則自金管局特別登記所載之開業日起，成為存保基金的參加機構。

三、當在澳門特別行政區從事業務的許可被廢止時，參加機構退出存保基金。

四、僅獲許可從事離岸業務的銀行不得參加存保基金。

第二章
保障

第四條
受保障的存款

保障涵蓋一切銀行存款，但下列者除外：

（一）由任何銀行建立的存款；

（二）由公共實體建立的存款；

（三）參加機構擁有百分之五十以上的投票權，又或能對管理產生重大影響的企業在該參加機構所建立的存款；

（四）經七月五日第32/93/M號法令核准的《金融體系法律制度》第四十條第二款規定的參加機構的主要股東在該參加機構所建立的存款；

（五）上項所指股東擁有百分之五十以上的投票權，又或能對管理產生重大影響的企業在上項所指參加機構所建立的存款；

（六）參加機構行政管理及監察機關成員，以及該等成員擁有百分之五十以上的投票權，又或能對管理產生重大影響的企業在該參加機構所建立的存款；

（七）回報取決於任何股票、債券、投資基金出資單位、貴金屬或其他金融產品、動產或不動產等有價物的價值的存款；

（八）不記名存款證。

第五條
補償限額及支付貨幣

一、每家參加機構每名存款人的補償金額上限透過補充性行政法規訂定。

二、補償由存保基金以澳門幣支付。

2. As entidades referidas no número anterior, tornam-se em entidades participantes do FGD, a partir da entrada em vigor da presente lei ou a partir do dia do início de exercício de actividade constante do registo especial na AMCM, se forem autorizadas após a entrada em vigor da presente lei.

3. As entidades participantes deixam de participar no FGD quando lhe for revogada a autorização para o exercício de actividade na RAEM.

4. Excluem-se da participação no FGD os bancos autorizados a exercer exclusivamente a actividade «offshore».

CAPÍTULO II

Da garantia

Artigo 4.º

Depósitos garantidos

A garantia abrange quaisquer depósitos bancários em dinheiro, com excepção dos seguintes:

1) Depósitos constituídos por quaisquer bancos;

2) Depósitos constituídos por entidades públicas;

3) Depósitos constituídos na entidade participante por empresas nas quais essa entidade participante detenha mais de 50% dos direitos de voto, ou em cuja gestão exerça uma influência significativa;

4) Depósitos constituídos na entidade participante por accionistas qualificados dessa entidade participante nos termos previstos no n.º 2 do artigo 40.º do Regime Jurídico do Sistema Financeiro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de Julho;

5) Depósitos constituídos na entidade participante mencionada na alínea anterior por empresas nas quais os accionistas referidos na alínea anterior detenham mais de 50% dos direitos de voto ou em cuja gestão exerçam uma influência significativa;

6) Depósitos constituídos na entidade participante pelos respectivos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, bem como pelas empresas em que esses membros detenham mais de 50% dos direitos de voto, ou em cuja gestão exerçam uma influência significativa;

7) Depósitos cuja rentabilidade esteja dependente do valor de quaisquer acções, obrigações, unidades de participação em fundos de investimento, metais preciosos ou outros produtos financeiros ou valores mobiliários ou imobiliários;

8) Certificados de depósitos bancários não nominativos.

Artigo 5.º

Limite da compensação e moeda de pagamento

1. O valor máximo da compensação de cada depositante por entidade participante é fixado por regulamento administrativo complementar.

2. A compensação é paga pelo FGD em patacas.

第六條

訂定補償金額

補償金額按照下列標準釐訂：

（一）以存款人在啓動保障之日在參加機構獲保障的存款結餘，加上計算至當日的利息及扣除存款人對參加機構的倘有債務及計算至當日的利息後的金額為準；

（二）外幣存款的結餘須按金管局釐訂的在啓動保障之日適用的匯率折算為澳門幣結餘；

（三）聯名帳戶的各持有人獲平均補償存款，但帳戶持有人之間另有協定且在啓動保障之日前已獲參加機構確認者除外。

第七條

啟動保障

一、當金管局行政委員會就參加機構無法或顯示出無法向有關存款人給予償還作出決議並經行政長官批准，又或當參加機構經法院判決宣告破產，存保基金依職權啟動本法律設立的保障。

二、上款所指的參加機構應在存保基金訂出的限期內，向其提交一份已列出啓動保障之日受保障的存款帳戶持有人的完整清單以及其他被要求提供的資料。

三、如有需要，存保基金可向金管局借款。

第八條

代位權

存保基金代位取得獲補償的存款人對相關參加機構的債權。

第九條

優先受償權

存保基金就債權享有動產一般優先受償權，其順位與《民法典》第七百三十九條a項所指的優先受償權的順位等同。

第十條

退還超出應收金額的款項

一、如發現存保基金支付的補償金額超出應收金額，則不

Artigo 6.º

Determinação do valor a compensar

Na determinação do valor a compensar são observados os seguintes critérios:

1) São levados em conta os saldos dos depósitos garantidos do depositante interessado na entidade participante em causa na data de accionamento da garantia, acrescidos dos respectivos juros contados até àquela data, deduzidos das eventuais dívidas do depositante para com a entidade participante, acrescidas dos respectivos juros;

2) São convertidos em patacas, à taxa de câmbio que for praticada na data de accionamento da garantia, a indicar pela AMCM, os saldos dos depósitos expressos noutra moeda;

3) A compensação dos depósitos em contas colectivas é feita aos seus titulares por divisão em partes iguais, excepto se entre eles tiver havido acordo em contrário, confirmado pela entidade participante, antes da data de accionamento da garantia.

Artigo 7.º

Accionamento da garantia

1. A garantia criada pela presente lei é accionada oficiosamente pelo FGD quando o Chefe do Executivo aprovar uma deliberação do Conselho de Administração da AMCM que considere que a entidade participante não tem ou revela não ter a possibilidade de reembolsar os respectivos depositantes, ou quando for declarada a falência da entidade participante por sentença judicial.

2. A entidade participante referida no número anterior deve remeter ao FGD, dentro do prazo fixado por este, uma relação completa dos titulares dos depósitos garantidos existentes na data da deliberação do Conselho de Administração da AMCM, bem como as demais informações que lhe forem solicitadas.

3. O FGD pode contrair empréstimos da AMCM quando for necessário.

Artigo 8.º

Sub-rogação de direitos

O FGD fica sub-rogado nos direitos dos depositantes compensados perante a respectiva entidade participante.

Artigo 9.º

Privilégio creditório

Os créditos do FGD gozam de privilégio mobiliário geral, sendo graduados juntamente com o previsto na alínea a) do artigo 739.º do Código Civil.

Artigo 10.º

Restituição de valor superior ao devido

1. Verificando-se que a compensação foi superior ao devido, fica o depositante indevidamente compensado obrigado à resti-

當收取補償的存款人須在存保基金為此發出通知起計三十日內，將超出的款項退還存保基金。

二、上款所指的通知應指定退還方式。

第三章
參加機構的名單及義務

第十一條
參加機構名單

一、存保基金須於每年一月在《澳門特別行政區公報》以及至少在澳門廣泛流通的一份中文報紙及一份葡文報紙上刊登參加機構的名單。

二、如參加機構名單出現任何變更，則存保基金須儘快作出上述公佈。

第十二條
年度供款及補充供款

一、參加機構須於每年一月向存保基金繳納年度供款，該供款是按上一年十月三十一日受保障存款總額乘以一個以公佈於《澳門特別行政區公報》的行政長官批示訂定的百分比計算所得。

二、上款所指的批示亦同時訂定每家參加機構的最低供款額。

三、為適用第一款的規定，參加機構應最遲於每年十一月十五日，向存保基金提供有關截至該年十月三十一日其受保障存款總額的詳盡資訊。

四、如特別情況所需，存保基金可根據公佈於《澳門特別行政區公報》的行政長官批示，要求參加機構繳納補充供款。

第十三條
特殊情況

一、本法律生效後設立或開設的參加機構，在設立或開設當年須繳納最低供款，否則不得開業。

二、已繳納供款的參加機構經合併或分立後產生的參加機構，獲免除繳納上款所指的最低供款。

三、未繳納供款的參加機構經合併或分立後產生的參加機

tuição da parte excedente no prazo de 30 dias contados da notificação do FGD para esse efeito.

2. A notificação prevista no número anterior indica qual a forma da restituição.

CAPÍTULO III
Lista e deveres das entidades participantes

Artigo 11.º
Lista das entidades participantes

1. O FGD publica a lista das entidades participantes em Janeiro de cada ano, no *Boletim Oficial* da RAEM e, pelo menos, em dois jornais de grande circulação de Macau, um em língua chinesa e outro em língua portuguesa.

2. O FGD deve efectuar com a brevidade possível a publicação de qualquer alteração da lista das entidades participantes.

Artigo 12.º
Contribuições anuais e contribuições suplementares

1. As entidades participantes devem pagar ao FGD, em Janeiro de cada ano, uma contribuição anual cujo montante consiste numa percentagem fixada por despacho do Chefe do Executivo, a publicar no *Boletim Oficial* da RAEM, sobre o valor total dos depósitos garantidos existentes no dia 31 de Outubro do ano anterior.

2. O despacho previsto no número anterior fixa igualmente o montante da contribuição mínima de cada entidade participante.

3. Para efeitos do n.º 1, as entidades participantes enviam ao FGD, até 15 de Novembro de cada ano, informação detalhada sobre os depósitos garantidos existentes em 31 de Outubro desse ano.

4. Quando circunstâncias excepcionais o justifiquem, o FGD pode exigir às entidades participantes que efectuem contribuições suplementares, nos termos a fixar por despacho do Chefe do Executivo, a publicar no *Boletim Oficial* da RAEM.

Artigo 13.º
Situações especiais

1. As entidades participantes constituídas ou estabelecidas após a entrada em vigor da presente lei devem pagar a contribuição mínima no ano da constituição ou do estabelecimento, sem o qual não podem iniciar o exercício de actividade.

2. As entidades participantes que resultem da fusão ou cisão de entidades participantes que já tenham pago a contribuição, ficam isentas do pagamento da contribuição mínima mencionada no número anterior.

3. As entidades participantes que resultem da fusão ou cisão de entidades participantes que não tenham pago a contribuição,

構，須繼承被合併或分立的參加機構的債務，按合併或分立當日獲分配的受保障存款的比例，向存保基金繳納供款。

四、在每年十月三十一日後經合併或分立而產生的參加機構，須在合併或分立的翌年一月繳納按合併或分立當日受保障存款總額計算的年度供款。

第十四條

參加機構的其他義務

所有參加機構有義務：

（一）向公眾提供關於受益人存款保障的一切重要資訊，尤其是保障範圍及補償上限；

（二）與存保基金合作，向其提供落實其宗旨所需的一切資料。

第十五條

繳納供款

參加機構透過其在金管局開立的清償帳戶向存保基金繳納供款。

第四章

處罰制度

第十六條

處罰職權

存保基金行政管理委員會具職權科處本法律規定的罰款。

第十七條

罰款

一、如參加機構未在期限內繳納年度供款或補充供款，則被科處相當於欠繳供款百分之十的罰款，但金額不低於澳門幣五千元及不高於澳門幣五十萬元。

二、上款所規定的處罰亦適用於不遵守第十二條第三款、第十三條第一款及第十四條的規定的參加機構。

三、罰款須在存保基金就處罰決定作出通知之日起計十五日內繳納，有關款項構成存保基金的收入。

四、如不自願繳納罰款，則存保基金按稅務執行程序的規

sucedem nas dívidas que as entidades participantes fundidas ou cindidas tenham para com o FGD, na proporção dos depósitos garantidos existentes nessas entidades participantes que lhes tenham cabido em resultado da cisão ou fusão.

4. As entidades participantes resultantes da fusão ou cisão realizada após 31 de Outubro de cada ano ficam obrigadas a pagar, no mês de Janeiro do ano seguinte ao da fusão ou da cisão, a contribuição anual relativa ao valor total dos depósitos garantidos existentes no dia da fusão ou da cisão.

Artigo 14.º

Outros deveres das entidades participantes

São deveres de todas as entidades participantes:

1) Prestar ao público todas as informações relevantes sobre as garantias de depósitos de que sejam beneficiários, nomeadamente sobre o âmbito dessas garantias e o montante máximo da compensação;

2) Cooperar com o FGD, prestando-lhe todas as informações necessárias à concretização dos seus fins.

Artigo 15.º

Pagamento das contribuições

O pagamento das contribuições devidas ao FGD é feito através da conta de depósitos de liquidez da respectiva entidade participante junto da AMCM.

CAPÍTULO IV

Regime sancionatório

Artigo 16.º

Competência sancionatória

A aplicação das multas previstas na presente lei é da competência do Conselho Administrativo do FGD.

Artigo 17.º

Multa

1. É punido com uma multa equivalente a 10% da contribuição em falta, mas não inferior a 5 000 patacas nem superior a 500 000 patacas, a entidade participante que não efectuar o pagamento da contribuição anual ou da contribuição suplementar devida dentro do prazo.

2. A sanção prevista no número anterior é igualmente aplicável à entidade participante que não cumpra o disposto no n.º 3 do artigo 12.º, no n.º 1 do artigo 13.º e no artigo 14.º

3. As multas devem ser pagas no prazo de 15 dias contados a partir da data da notificação da decisão sancionatória e constituem receitas do FGD.

4. Na falta de pagamento voluntário da multa, o FGD procede-se à sua cobrança coerciva nos termos do processo de execu-

定，向財政局發送處罰決定的證明，作為執行名義，進行強制徵收。

第十八條
補充法律

十月四日第52/99/M號法令《行政上之違法行為之一般制度及程序》的規定補充適用於本法律之處罰制度。

第五章
過渡及最後規定

第十九條
程序規則

一、行政長官透過公佈於《澳門特別行政區公報》之批示核准存款補償的程序規則。

二、存保基金須至少在澳門廣泛流通的一份中文報紙及一份葡文報紙上刊登上款所指的規則。

第二十條
稅務豁免

存保基金所參與的行為及所訂立的合同獲豁免繳付任何稅項、費用或手續費。

第二十一條
免除供款

參加機構於本法律生效之當年及翌年獲免除繳納本法律所規定的供款。

第二十二條
澳門特別行政區政府的撥款

澳門特別行政區政府向存保基金發放金額為澳門幣一億五千萬元的初始撥款。

第二十三條
修改《金融體系法律制度》第八十三條

經八月三日第40/99/M號法令及十月十八日第58/99/M號法令修改的七月五日第32/93/M號法令核准的《金融體系法律制度》第八十三條修改如下：

ção fiscal, mediante envio à Direcção dos Serviços de Finanças da certidão da decisão sancionatória, que serve como título executivo.

Artigo 18.º
Direito subsidiário

Aplicam-se subsidiariamente ao regime sancionatório previsto nesta lei as disposições do regime geral das infracções administrativas e respectivo procedimento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 52/99/M, de 4 de Outubro.

CAPÍTULO V
Disposições transitórias e finais

Artigo 19.º
Regras procedimentais

1. O Chefe do Executivo aprova as regras de procedimento da compensação de depósitos por despacho a publicar no *Boletim Oficial* da RAEM.

2. O FGD deve promover a publicação das regras previstas no número anterior pelo menos em dois jornais de grande circulação de Macau, um em língua chinesa e outro em língua portuguesa.

Artigo 20.º
Isenção fiscal

O FGD está isento de quaisquer impostos, taxas ou emolumentos relativamente a actos e contratos em que seja parte.

Artigo 21.º
Dispensa de contribuição

As entidades participantes ficam dispensadas do pagamento das contribuições previstas na presente lei, no ano em curso e no ano seguinte ao da entrada em vigor da presente lei.

Artigo 22.º
Dotação do governo da RAEM

O governo da RAEM contribui para o FGD com uma dotação inicial de 150 000 000 patacas.

Artigo 23.º
Alteração ao artigo 83.º do Regime Jurídico do Sistema Financeiro

O artigo 83.º do Regime Jurídico do Sistema Financeiro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 58/99/M, de 18 de Outubro, e pelo Decreto-Lei n.º 40/99/M, de 3 de Agosto, passa a ter a seguinte redacção:

"第八十三條

（範圍）

一、（…）

二、在有需要時，澳門金融管理局可行使職權，要求信用機構於澳門特別行政區備留足夠及無任何責任或負擔的資產，以確保從事業務時出現的債務獲得履行。

三、（原第二款）"

第二十四條

生效

本法律自公佈後滿九十日起生效。

二零一二年六月五日通過。

立法會主席　劉焯華

二零一二年六月二十九日簽署。

命令公佈。

行政長官　崔世安

«Artigo 83.º

(Âmbito)

1. [...].

2. No exercício das suas competências pode a AMCM, quando as circunstâncias o justifiquem, exigir às instituições de crédito que reservem bens suficientes, livres de quaisquer ónus ou encargos, e localizados na Região Administrativa Especial de Macau, para assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do exercício da sua actividade.

3. [anterior n.º 2].»

Artigo 24.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor 90 dias após a data da sua publicação.

Aprovada em 5 de Junho de 2012.

O Presidente da Assembleia Legislativa, *Lau Cheok Va.*

Assinada em 29 de Junho de 2012.

Publique-se.

O Chefe do Executivo, *Chui Sai On.*

第 34/2012 號行政命令

行政長官行使《澳門特別行政區基本法》第五十條（四）項的職權，並根據該法第八十七條第一款，第10/1999號法律第十三條，第十四條第一款、第四款及第十五條第一款的規定，發佈本行政命令。

經推薦法官的獨立委員會推薦，中級法院法官João Augusto Gonçalves Gil de Oliveira（趙約翰）、第一審法院法官Rui Carlos dos Santos Pereira Ribeiro（李宏信）及Carlos Armando da Cunha Rodrigues de Carvalho（羅達光）之聘用合同續期兩年，自二零一二年九月一日起生效。

二零一二年七月五日。

命令公佈。

行政長官　崔世安

Ordem Executiva n.º 34/2012

Usando da faculdade conferida pela alínea 4) do artigo 50.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e nos termos do parágrafo primeiro do artigo 87.º da mesma Lei, conjugados com os artigos 13.º, 14.º, n.ºs 1 e 4, e 15.º, n.º 1, da Lei n.º 10/1999, o Chefe do Executivo manda publicar a presente ordem executiva:

São renovados, pelo período de dois anos, os contratos de João Augusto Gonçalves Gil de Oliveira como Juiz do Tribunal de Segunda Instância, de Rui Carlos dos Santos Pereira Ribeiro e de Carlos Armando da Cunha Rodrigues de Carvalho como Juízes dos Tribunais de Primeira Instância, com efeitos a partir de 1 de Setembro de 2012, sob proposta da Comissão Independente responsável pela indigitação de juízes.

5 de Julho de 2012.

Publique-se.

O Chefe do Executivo, *Chui Sai On.*

第 174/2012 號行政長官批示

行政長官行使《澳門特別行政區基本法》第五十條賦予的職權，並根據經第28/2009號行政法規修訂的第6/2006號行政法規《公共財政管理制度》第四十二條及第四十三條的規定，作出本批示。

Despacho do Chefe do Executivo n.º 174/2012

Usando da faculdade conferida pelo artigo 50.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e nos termos dos artigos 42.º e 43.º do Regulamento Administrativo n.º 6/2006 (Regime de administração financeira pública), na redacção que lhe foi conferida pelo Regulamento Administrativo n.º 28/2009, o Chefe do Executivo manda:

反吸煙新法

Jorge Godinho
澳門大學法學院副教授

jgodinho@umac.mo

I. 介紹. 1 - 篇首說明; 2 - 健康權利與個人自由. II. 新法的主要方面. 3 - 吸煙; 4. 禁煙區; 5. 例外和有爭議的問題. III. 賭場. 6 - 議定解決方案; 7 - 賭場吸煙區. IV. 最後意見.

I 介紹

1. 篇首說明

在一個理想的世界中，是沒有過量、疾病或與煙草、酒精或賭博有關的不良狀況。無論是好是壞，那並不是我們生活的世界，這可以解釋為什麼人們嚴厲限制這些行為，或完全禁止，這是現在全世界的趨勢。然而，歷史昭然揭示，全面禁止也尚不為過。 事實上，禁煙可能會導致重大的社會問題，會刺激犯罪組織操控有利可圖的黑市交易。絕對禁止對整體社會將更為有害，在這種情況下，俗話說得好，藥禍甚於症。

因此，必須為這種'問題'商品或服務找到一個平衡點，而這種'問題'商品或服務應該有一個合法的開放市場，儘管事實上，它們可能會對相應的消費者和第三方造成一定程度的損害。因此，必須對消費這些商品和服務採取特殊預防措施，並給予格外小心，但這類措施不必達至家長式管制 [1]。

煙草完全屬於"危險地帶"，對人體健康造成的潛在有害影響是相當清楚的。對煙草施加越來越多的限制是現時可見的全球趨勢。這種趨勢的基石奠定於2003年世界衛生組織煙草控制框架公約[2]。眾所周知，最近澳門於5月3日通過了第5/2011號法律，這是預防和控制吸煙的法律框架，頒佈了更為嚴格的規則和程序[3]。這一正式文件的目標就是要為新法例簡單設定的解決方案簡單的提供一個概要。

2. 健康權利與個人自由

提高人口健康，即採取降低肺癌患病率的措施，是每一個政府的基本政策目標。然而，健康不能以違背個人意願的形式強加給個人。人們對自己的身體和生命有自主控制權：作為一般規則，人們可以不受干涉地對待他們的健康和生活，只要他們認為合適，但不得影響他人。根據這句名言 "每個人都有下地獄的基本權利，只要他們認為合適，但這樣做不得對別人造成傷害"。按這種方式，健康保障的理由不足以對自由施加諸多限制，而且不應該有法律全面禁止煙草的生產、銷售和消費。

但是，如果對第三方造成任何傷害，那麼政府的干預在原則上就成為合法的行為。因此，有必要在吸煙者的自由和第三方的健康權利之間找到一個平衡點。吸煙者不允許在不想吸煙者周圍吸煙，使後者被迫成為二手煙民或被動煙民。人們有權利使自己的身體健康不受第三方的影響。在這個意義上說，人們還有"不吸煙權"。

II 新法的主要方面

立法的基本問題簡單而明確。吸煙是什麼？在哪里不允許吸煙？

1. 見《一般W.A. Bogart》中的《允許但不鼓勵》。節制過度消費 ，牛津大學出版社，牛津大學，2010年，第51頁FF。
2. 2 澳門政府公報行政長官公告15/2006號，第13期，II系列，2006年3月29日，第2560 FF。
3. 這是這個問題上的調控"第三代"，前兩代分別為6月11日通過的3/83/M法律和8月19日通過的21/96/M法律。澳門這項新法律經過了一個有點複雜的立法過程。最初的法律草案於2009年12月由政府向立法會提出，經過多次修改和廣泛的辯論後，在2011年得到批准。瞭解立法會的委員會在這個問題上的意見很重要，請參閱立法會， 第二常設委員會的意見No.2/IV/2011，Proposta de lei denominada Regime de prevenção e controlo do tabagismo，2011年4月13日。澳門衛生服務責無旁貸地成為了負責技術工作的政府機構，也是向賭場實施監控和發佈技術指令的主管機關。根據針對本部門頒佈的行政長官批示第11條，請參閱附注7。

3. 吸煙

關於這個問題，新法提供了一個基本行為概念。吸煙被定義為 “吸入或呼出香煙煙霧，以及持有任何燃燒中煙草產品的行為”；見第2，4）條。

法律定義是從來都不僅是單純的理論練習：它們的目標是具體的監管，因此是以結果為導向的。在這種情況下，應該強調的是法律目的，吸煙不只是吸入或呼出香煙煙霧，也許還主要包括持有燃燒中的任何煙草產品，其中包括釋放香煙的任何情況。

因此，它是屬於針對政治立法目的定義，是為了保護第三方避開香煙。由於這個原因，是否煙霧被吸入肺部，本質上就無關重要，因為這個問題僅涉及吸煙者，而法律不是為了保護吸煙者自己。從第三方的角度而言，存在點燃的香煙、雪茄或煙斗，就足以引起香煙接觸，即使吸煙者不吸。從這個意義上說，法律禁止 “釋放香煙” 甚於 “吸煙”。

另一方面，出於同樣的理由，所謂的 “電子香煙”，只要不燃燒，就不在法律管束範圍內。只要有水蒸汽排出，就沒有理由認為，5月3日通過的第5/2011號法律的禁令包含了這種 “香煙”。

4. 禁煙區

從 “除非另有說明，否則允許吸煙” 的規定出發，這一問題是要確定禁令有效的場所或位置。 關於這個問題，不存在中間規則，只有兩個極端：要麼禁止吸煙，要麼允許吸煙。在後一種情況下，沒有任何限制條件，無論是定量或定性的（如雪茄）。

由於我們討論的是吸煙的問題，在這個問題上所採取的做法是指在使共用室內空間成為禁煙區。禁煙令顯然不包括私人領域，如住宅單位，因為這將造成政府干預個人自由和隱私和家庭領域，這是無法忍受的，儘管吸煙最終可能會使鄰里之間產生法律問題（ 1266年，《民事法典》）。

該法在第4條規定了大量無煙區清單，共32個條目，在此不再贅述。茲舉一例，多數公用室內場所包括在內：醫院、學校、工作場所、議會大樓、法院和公共行政大樓、食堂、護理安老院、銀行、餐廳和小食店、超市、港口和機場、電影院和劇院、運動場所、博物館、美容院和健身房、遊戲機中心、電梯、公共交通、計程車、等等。

為安全起見而需禁止吸煙的各種場所也嚴禁吸煙，如加油站，易燃品（如鞭炮）相關行業或樹木繁茂的地區（例如，路環島遠足小徑）。

5. 例外和有爭議的問題

這一方面的分析應該集中在有例外或特殊的規則的情況，如5月3日通過的第5/2011號法律第5條的規定。

a) 室外場地

作為一項規則，在街道上的戶外區域允許吸煙：人行道、廣場、公共道路。但也有例外。

基於健康原因設置禁煙的主要著眼點是在封閉公用區吸煙。因此，只要這些地方是露天場所，則禁令不適用，因為沒有限制不許煙霧被釋放到大氣中。法律就禁令中所述32個場所（即公共管理和工作場所建築物）中的幾乎一半明確規定這一點。於是確定哪些實際上是封閉空間內的室外區域變得相當重要，為此提供一個法律定義概念。封閉空間是指 “由牆壁、圍欄或其他表面所遮蓋和限制的空間內，設有開口，其開口整體面積小於封閉地外表面整體的50％”；見第2（12）條。

在其他情況下，室外吸煙只在嚴格條件下允許。高等教育機構在這種情況下就是頗具爭議。這裡的規則更為嚴格：在整個校園禁止吸煙，除了在室外專門為此目的而劃定區域。因此，學術機構需要採取行動，標識這種領域。禁煙令影響的評估取決於每個機構的具體劃定的吸煙區。然而，在一般情況下，可以說，在這方面法律已經有點過頭了，因為在大學和理工學院內都是成年人（教授、學生和工作人員），以及有沒有必要對香煙接觸設置如此苛刻的監管。

不過，也有某些情況下完全禁止吸煙，包括在室外空間。由公共服務管理的公園、花園和樹木繁茂的地區以及由公共管理實施安全性和監控的海灘禁止吸煙。儘管如此，在這些情況下設立或劃定吸煙區是可以預見的；見第 5（1）（5）條。在這種情況下，可以觀察到，法律已經過於苛刻，因為這些都是室外區域，而根據定義，在室外區域發生香煙接觸並不是問題。這些情況最多可以涉及清潔和整

潔問題，但一般禁止亂扔垃圾的規定就能滿意地處理這類事情。

在海灘特定情況下，人們有一個疑問，是否禁令只適用於泳客安全受公共管理的季節還是持續整個年度，安全性和沐浴區都只是季節性檢查。

儘管如此，澳門可仿效其他國家，在海灘入口免費提供塑膠煙灰缸，以防止吸煙者把煙頭埋在沙中，這樣可以相應地適當解決衛生問題。被扔棄的煙蒂與空袋、紙張、食物殘渣、或海灘和花園的任何其他垃圾並沒有什麼不同。 因此，這件事情應該只作為一個衛生問題處理。

公共泳池也有全面禁煙，這包括室外游泳池。 在 “集體公共交通的庇護處” 這項禁令也適用，“庇護處”的概念較為狹窄，跟“巴士站” 是不一樣的。

b） 旅遊部門

對於整體上構成旅遊業的重要部分的一系列商業活動，有幾項特殊的規定和安排。立法會經過辯論，最終將法律分為四類規管制度，區分如下：

1） 餐館、餐飲場所和卡拉OK
2） 賭場
3） 酒吧，桑拿浴室和按摩院
4） 酒店

1. 餐館、餐飲場所和卡拉OK全面禁煙。對於這些場所，在封閉的空間設置吸煙區沒有可能，只有可能在室外吸煙，即在空地上。這是新法推行的一項重大革新。這一規定自2012年1月1日起生效。

2. 沒有為賭場頒佈全面禁煙令。可能總面積的50%是公用的，見 5（3）條。由於其重要性，這條規定有一個延長待生效期：法律頒佈剩餘部分一年後生效，也就是2013年1月1日。稍後我們將回到這個問題上。

3. 至於酒吧、桑拿浴室和按摩院，全面禁煙，但待生效期更長：規定3年後生效，也就是2015年1月1日。

4. 作為一項規定，不允許在酒店吸煙。然而，室外、臥室內或住所內允許吸煙。 按這種方法，大廳禁止吸煙，走廊等公共區域不受特定規定的限制。雖然法律上並沒有規定，每家酒店可規定更為嚴格的方法，即指定特定的房間為無煙區[4]。

c） 禁止非本地居民入境

5月3日通過的第5/2011號法律開始實施後不久，人們提出了一個問題，是否能限制有違反禁煙的前科並拒絕不繳納罰款 （400或600澳門元不等，根據違規行為而決定[5]）的非澳門居民入境 。事實上，如果非居民被正式指控觸犯法律，事後拒絕不繳納罰款的，根據10月4日通過的52/99/M行政違反一般規定的第18條，他或她可能會被拒絕入境。在執行時，這可能意味著非居民在未來重返澳門時可能會面臨債務問題。在這種情況下，要麼是當場繳納罰款，要麼就是被拒絕入境。

III 賭場

6. 議定解決方案

澳門完全依賴於賭博行業，因此在最壞的情況下，（在財政方面而言）不能採取大致相當於關閉數家賭場的措施。突然禁止賭場吸煙，既不現實又不夠謹慎：博彩總收入將大幅減少，與對公共財政造成太大影響。

通過的法例規定，作為一項規定，屬於長期封閉空間的賭場禁止吸煙[6]。5月3日號通過的第5/2011法律規定實行全面禁煙，其中明確包括賭場，第 4（13）條。此規定於2013年1月1日起生效；第 39（2）（1）條。因此，賭場允許吸煙的時代已經結束，非吸煙區已經在自願基礎上設置。

然而，作為一個例外，按照行政長官重要公文的技術要求，允許在賭場設立面積達總公眾區域（由公眾使用的範圍）50%的吸煙區；第 5（3）條。

7. 賭場吸煙區

2012年10月下旬頒佈了技術要求，比50%

4. 這些句子的作者曾在新加坡最繁華的購物區的酒店注意到有一項條文，規定在不允許吸煙的房間內吸煙需要支付200坡紙作為“清潔費”。
5. Andreia Sofia Silva, ‘Lei do tabaco. Se não pagar a multa, não entra no território’, *Hoje Macau*, 2012年2月21日
6. 除非有戶外賭博區，但目前不存在。在拉斯維加斯有一些賭場將賭桌放置在泳池區。

的規定生效要早兩個月，同時適用於狹義賭場（有老虎機、荷官、賭桌及籌碼）和遊戲機大廳（只有老虎機及電子版賭桌遊戲）。不用作賭博的餐廳和其他場所不計入此面積；第3（2）條。

吸煙區應當張貼標籤，採用官方語言和英文規定這是吸煙者專區，吸煙區應該獨立，必須有通風系統，防止煙霧擴散到非吸煙區。

吸煙區的隔離問題和位置自然具有相當的重要性和複雜性，因為考慮到這一規定適用於非常不同的情況，包括現有的35家賭場（其中眾所周知最古老的葡京賭場，開設於1970年）和大量的老虎機遊戲廳，以及所有待建賭場和待批項目，特別是在路氹的項目。

a） 場地

法律規定提出了可能存在多個樓層的問題。因此，在多層高的賭場，吸煙區應位於較高的樓層。在單樓層賭場，吸煙區和非吸煙區應相對設立，並實行 “物理分離”，即應設有牆壁或其他 “堅硬” 屏障，以防止煙霧瀰漫至非吸煙者區。

若建築許可證在2013年1月1日前發出的，且“無法” 設立一個物理屏障（不完全清楚其中可能導致這種不可能的原因），屏障可以通過採用下文第5（3）條所列的四種可能的措施其中之一種：

1） 設立一個過渡區，配備充氣和換氣系統，空氣壓力低於非吸煙區，但高於吸煙區；
2） 安裝空氣幕系統；
3） 設立至少4米的過渡區域；
4） 設立一堵牆壁或密閉圍欄，至少2米高。

在非吸煙區設立1）和3）中提到的過渡區，不能提供賭桌或老虎機。

b） 通風

吸煙區的通風系統必須產生低於相鄰區域的負壓。如果施工許可證尚未簽發，這兩個區域的通風系統應獨立。

c） 空氣質量

設定了吸煙區的空氣品質最大參數，並規定了測量這些參數並發佈每月空氣質量報告的義務。

應該注意，參數之一涉及2.5微毫米或更小（PM 2.5）的可吸入懸浮粒子，這種粒子會危害健康。在24小時內，這種粒子所允許的最大濃度是平均0.075毫克/米3。不幸的是，根據澳門地球物理暨氣象局稱，由於空氣污染程度高，戶外超過此數值的情況在澳門很常見，澳門地球物理暨氣象局在澳門附近的多個地點進行即時測量資料，結果在網頁（www.smg.gov.mo）上每小時更新。

d） 程序和違反後果

設立吸煙區的申請，由行政長官聽取衛生局的建議後決定是否批准。不遵守適用的規定可能導致減少或取消吸煙區。

IV 最後意見

“新煙草法” 無疑是一個積極的措施，能提升生活品質，避開與煙草接觸。顯然它會帶來財務成本，其中包括可能對博彩總收入造成影響。但是，作為一個社會，這是澳門必須接受的一種成本。

在某些地點上有一些誇張，例如海灘、公園和花園，但賭場的監管似處於平衡狀態。預計這一問題將繼續發展，因為在其他國家或地區在未來幾年內，可能會採取進一步的措施，對現在部分允許的吸煙情況擴大限制，如賭場。第34條規定要每三年就此法造成的影響作出報告，特別是在賭場。可能還會有員工繼續投訴賭場的煙霧接觸[7]，還會有社會人士支持他們的做法，唯一的解決辦法，是安排工作人員在吸煙區和非吸煙區輪班。在某些情況下，可能吸煙區的煙太濃，甚至吸煙者也不願意呆在那裡。賭場自從2013年1月1日有了新法後，情況將發生一個重大的性質改變，這可能會引發激烈辯論。這些情況會時常出現，人們會監測並研究新的實情，並可能將之作為一個新的起點，而不是一次挫折。以後可以建議進一步改變，要賭場實施全面禁煙，可能會自然地取得進一步的發展。

*** ** *** ********

7. 行政長官批示296/2012第10和11條，責成衛生局“為在賭場吸煙區工作的員工預防疾病和保護健康” 頒佈技術指導和具體措施。

A NOVA LEI DO TABACO

Jorge Godinho
Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

jg.macau@gmail.com

I. Introdução. 1 - Preliminar; 2 – Direito à saúde versus direito à liberdade. II. Principais aspectos da nova lei. 3 – Fumar; 4. Locais proibidos; 5. Excepções e pontos polémicos. III. A questão dos casinos. 6 – A solução encontrada; 7 – As áreas para os fumadores nos casinos. IV. Observações finais.

I. Introdução

1. Preliminar

Num mundo ideal não existiriam excessos e situações patológicas ou danosas associadas ao tabaco, às bebidas alcoólicas e aos jogos de fortuna ou azar. Para o bem e para o mal, não é esse o mundo em que vivemos e a tendência para a aprovação de restrições mais ou menos severas a estas actividades, *maxime* proibições, é universal. Porém, a história demonstra à saciedade que as proibições não são igualmente uma solução adequada porque podem acabar por causar problemas sociais mais graves, designadamente em virtude dos incentivos que dessa forma se criam à existência de lucrativos mercados ilícitos, potencialmente atractivos para organizações criminosas. A proibição absoluta seria muito mais danosa para a sociedade no seu todo, num caso em que, na expressão popular, seria pior a emenda do que o soneto.

Há assim que encontrar um ponto de equilíbrio para estes bens ou serviços «problemáticos», que devem poder ser oferecidos de modo lícito no mercado mas que têm em si um certo grau de perigosidade para o próprio e para terceiros, pelo que o seu consumo poderá ser rodeado de especiais cautelas e restrições, posto que tal se faça sem excessos de paternalismo[1].

O tabaco situa-se de pleno nesta «zona perigosa», sendo evidente o seu potencial danoso para a saúde. Daí uma tendência mundial para a imposição de crescentes restrições, de que é pedra de toque, a nível internacional, a *Convenção Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controlo do Tabaco* de 2003[2]. Em Macau, como se sabe, foi aprovada neste sentido a Lei n.º 5/2011, de 3 de Maio, o regime de prevenção e controlo do tabagismo, que em geral trouxe normas e procedimentos de rigor acrescido [3]. Esta nótula de legislação pretende apenas dar uma visão geral do caminho percorrido e das soluções encontradas.

2. Direito à saúde versus direito à liberdade

A melhoria da saúde da população, nomeadamente através de medidas tendentes a diminuir a incidência do cancro do pulmão, é um objectivo fundamental para qualquer Governo. Mas a saúde não pode ser imposta ao indivíduo contra a sua vontade, havendo a liberdade de dispor do corpo e da própria vida: de um modo geral as pessoas são livres de lidar com o seu corpo e com a sua vida como bem entenderem, posto que não prejudiquem os outros. Na conhecida expressão, cada qual é livre de ir para o Inferno à sua maneira, desde que ao fazê-lo não cause danos a terceiros. Deste modo, a protecção da saúde não pode fundamentar limitações irrestritas à liberdade: nenhuma lei se deve propor como objectivo a eliminação completa do fabrico, comercialização e consumo de tabaco.

Já se houver dano para saúde de outrem, será em princípio legítima a intervenção do Estado. É pois necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre a li-

1. Cfr., por todos, W. A. Bogart, *Permit but discourage. Regulating excessive consumption*, OUP, Oxford, 2010, pp. 51 ss.
2. Cfr. Aviso do Chefe do Executivo n.º 15/2006, in *Boletim Oficial* n.º 13, II.ª Série, de 29 de Março de 2006, pp. 2560 ss.
3. Trata-de da «terceira geração» de legislação na matéria, após a Lei n.° 3/83/M, de 11 de Junho e a Lei n.° 21/96/M, de 19 de Agosto. A nova lei de Macau resulta de um processo legislativo algo complexo. A proposta inicial foi apresentada em Dezembro de 2009 à Assembleia Legislativa pelo Governo e, após revisões e ampla discussão, veio a ser aprovada em 2011. É fundamental a leitura do parecer da comissão da Assembleia Legislativa que se ocupou da matéria; cfr. Assembleia Legislativa, 2.ª Comissão Permanente, Parecer n.° 2/IV/2011, *Proposta de lei denominada Regime de prevenção e controlo do tabagismo*, 13 de Abril de 2011. Os Serviços de Saúde de Macau são naturalmente a entidade governamental que procedeu ao trabalho técnico de base e que é competente para a fiscalização e para a emissão de instruções técnicas para os casinos nos termos do art. 11.° do Despacho emitido para esse sector; cfr. infra, nota 7.

berdade dos fumadores e o direito à saúde de terceiros. Os fumadores não devem poder impor o seu fumo aos que não querem fumar, que assim se veriam transformados, contra a sua vontade, de «não fumadores» em «fumadores passivos». As pessoas têm o direito de não ter a sua saúde afectada por terceiros, havendo neste sentido um «direito a não fumar».

II. Principais aspectos da nova lei

As questões de base da regulação são simples e claras. O que é fumar? Onde não se pode fumar?

3. Fumar

A nova lei oferece uma definição da conduta de base neste domínio. Fumar será o «*acto de inalar ou expirar fumo do tabaco, bem como a posse de qualquer produto à base do tabaco, em combustão*»; art. 2.°, 4).

As definições legais não são nunca exercícios teóricos: visam propósitos regulatórios concretos, são finalisticamente conformadas. Neste caso importa salientar que para efeitos da lei fumar é não apenas inalar ou expirar o fumo do tabaco, mas é igualmente e talvez sobretudo a posse de qualquer produto de tabaco em *combustão*, o que abrange qualquer caso em que é produzido fumo. Trata-se de uma definição apropriada ao objectivo político-legislativo visado, o de proteger terceiros contra a exposição ao fumo do tabaco. É assim fundamentalmente irrelevante a questão de saber se há inalação do fumo para os pulmões, pois esta é uma questão que afecta o fumador apenas e a lei não visa defender o fumador contra si próprio. Do ponto de vista de terceiros basta a existência de um cigarro aceso para que haja exposição, não sendo para isso necessário que o fumador o leve à boca. Neste sentido, a lei consagra mais uma proibição de «fazer fumo» do que de fumar.

Por outro lado, e pelas mesmas razões, de fora da noção legal ficam os chamados «cigarros electrónicos» onde não ocorra combustão. Se apenas é expelido vapor de água nenhuma razão há para que estes «cigarros» se considerem abrangidos pela proibição da Lei n.º 5/2011, de 3 de Maio.

4. Locais proibidos

Partindo da regra segundo a qual é permitido fumar, salvo excepção em contrário, a questão consiste em delimitar os locais ou espaços onde vigoram proibições. Neste domínio não há regras intermédias mas apenas os dois extremos: ou é proibido fumar ou é permitido sem quaisquer limitações quantitativas ou qualitativas (p. ex., charutos).

A concretização desta problemática, de um modo geral, e porque de fumo se trata, tem como ponto de arranque o objectivo de restringir o fumo em espaços fechados de utilização colectiva. A proibição de fumar naturalmente não abrange espaços privados como fracções residenciais em propriedade horizontal, pois tal seria uma inadmissível intromissão do Estado na liberdade e na privacidade da vida pessoal e familiar, embora o fumo possa colocar questões de vizinhança (art. 1266.° do Código Civil).

A lei prevê no artigo 4.° uma lista assaz longa de locais onde é proibido fumar, com 32 entradas, que não será aqui reproduzida. Refira-se a título exemplificativo que são incluídos a maior parte dos espaços fechados de utilização colectiva: hospitais, escolas, locais de trabalho, edifícios legislativos, judiciais e da administração pública, cantinas, lares de idosos, bancos, restaurantes e casas de comidas, supermercados, portos e aeroporto, cinemas e teatros, instalações desportivas, museus, salões de beleza e ginásios, casas de jogos de diversão, elevadores, transportes públicos, táxis, entre outros.

É igualmente interdito fumar em alguns locais onde a proibição é ditada por razões de segurança como as bombas de gasolina, as fábricas onde sejam trabalhados produtos inflamáveis (p. ex., panchões) ou as zonas arborizadas (p. ex., trilhos de Coloane).

5. Excepções e pontos polémicos

A análise desta temática leva de seguida a focar a atenção nos casos em relação aos quais são previstas excepções ou regimes especiais, elencados no artigo 5.° da Lei n.º 5/2011, de 3 de Maio.

a) Zonas ao ar livre

Em regra é permitido fumar ao ar livre na rua: nos passeios, nas praças e nas vias públicas. Mas há excepções.

O ponto central da proibição ditada por razões de saúde tem que ver com o fumo em lugares fechados

de uso colectivo. Pelo que lá onde tais lugares tenham espaços ao ar livre a proibição não se aplica visto que o fumo se liberta sem restrições. A lei refere-o expressamente em relação a quase metade dos 32 locais elencados na proibição, nomeadamente nos órgãos da administração e nos locais de trabalho. Tudo passará então por distinguir fisicamente qual é *a área ao ar livre de um recinto fechado*, para o que é oferecida uma definição legal deste último conceito. Um recinto fechado será um «espaço dotado de uma cobertura e limitado por paredes, muros ou outras superfícies, com aberturas, cuja área global seja inferior a 50% da área global das faces exteriores do recinto»; art. 2.°, 12).

Outros casos há onde se admite o fumo ao ar livre apenas de modo muito restrito. É a situação, em termos algo polémicos, dos estabelecimentos de ensino superior. Neste caso a regra é muito mais restritiva, já que é em regra proibido fumar em todo o estabelecimento, salvo em zonas ao ar livre que tenham sido *especialmente delimitadas* para o efeito. Surge assim desde logo a necessidade de a instituição agir, procedendo à «demarcação» de tais zonas. Uma avaliação do alcance da proibição dependerá da delimitação que em cada estabelecimento se faça em concreto. No entanto, em geral, poder-se-á observar que a lei terá aqui ido longe demais já que a população das universidades e politécnicos é constituída por adultos (professores, alunos e funcionários) e não se vê que a protecção da exposição ao fumo exija uma regulamentação tão exigente.

Já em relação a certos casos a proibição de fumar é total e inclui mesmo espaços ao ar livre. Não é permitido fumar nos parques, nos jardins e nas zonas arborizadas geridas pelos serviços públicos e nas praias de banhos cuja segurança e fiscalização dependam de entidades públicas administrativas. No entanto, note-se que é prevista a criação ou demarcação de zonas de fumadores para estes casos; art. 5.°, n.° 1, 5). Também aqui se poderá observar que a lei terá ido longe demais já que estamos perante espaços ao ar livre, onde por definição não se coloca um problema de exposição ao fumo. Estes casos colocarão quando muito uma questão de limpeza e asseio, mas esta acha-se já tratada de modo satisfatório por via da aplicação de normas gerais sobre a proibição de lançamento de detritos para o chão. No caso particular das praias acresce a dúvida sobre se a proibição só diz respeito ao período sazonal em que é feita a gestão pública da segurança dos banhistas ou se se aplica todo o ano; dir-se-ia que a segurança e fiscalização das praias é apenas sazonal. Como quer que seja, Macau poderia seguir o exemplo de outros países e disponibilizar gratuitamente cinzeiros de plástico à entrada da praia de modo a que não ocorra a prática que consiste em enterrar os cigarros na areia, assim se resolvendo o problema de limpeza de um modo proporcional e adequado. A questão das pontas de cigarro abandonadas não é diferente da colocada pelas embalagens vazias, pelos papéis, pelos restos de comida ou quaisquer outros detritos nas praias e nos jardins. Pelo que o problema deveria ser visto apenas como uma questão de limpeza e asseio.

Há ainda uma proibição total de fumar nas piscinas públicas; depreende-se que a proibição inclui as piscinas ao ar livre. Bem como nos «abrigos afectos a veículos de transporte colectivo de passageiros»; a noção de «abrigo» é algo restrita e não abrange todas as paragens de autocarro.

b) O sector do turismo

Em relação a um conjunto de estabelecimentos comerciais que, no seu todo, constituem uma parte essencial da indústria do turismo, surgem várias regras ou mesmo regimes especiais. O debate na Assembleia Legislativa oscilou um pouco e a lei veio a consagrar quatro tipos de regimes que cabe diferenciar:

1. Restaurantes, casas de comidas e bebidas e *karaokes*
2. Casinos
3. Bares e casas de saunas e massagens
4. Hotéis

1. Ficou assente uma proibição total de fumar nos restaurantes, nas casas de comidas e bebidas e nos *karaokes*. Nestes estabelecimentos não está sequer prevista a criação de áreas em espaço fechado para fumadores, restando apenas a possibilidade de fumar em áreas ao ar livre como as esplanadas, no que constituiu uma das principais inovações introduzidas. Esta regra entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2012.

2. Para os casinos não foi consagrada uma proibição total de fumar. Podem ser criadas áreas de fumadores que ocupem até 50% do total da área destinada ao público (art. 5.°, n.° 3). Esta regra, dada a sua importância, teve uma *vacatio legis* alargada: entrou em vigor um ano após o início de vigência geral da lei, ou seja, em 1 de Janeiro de 2013. O assunto é discutido infra com mais pormenor.

3. Já para os bares e casas de saunas e massagens a proibição será total, mas com uma *vacatio* muito mais longa: a regra só entra em vigor após três anos, ou seja,

em 1 de Janeiro de 2015.

4. Em relação aos hotéis, em regra não é permitido fumar. Mas é permitido fumar em áreas ao ar livre e nos quartos ou unidades de alojamento. Deste modo, não é permitido fumar na recepção, nos corredores e em outros espaços comuns não sujeitos a regimes específicos. A lei não o refere mas entende-se que a gestão de cada unidade hoteleira poderá fazer uma aplicação mais restritiva, como é prática corrente, designando certos quartos como zona de não fumadores[4].

c) Impedimento de entrada de não residentes

Logo após a entrada em vigor da Lei n.º 5/2011, de 3 de Maio, colocou-se a questão de eventualmente poder ser impedida a entrada em Macau em virtude da violação da proibição de fumar e do não pagamento da multa, que pode ser de 400 ou 600 patacas, dependendo do local [5]. Com efeito, se um não residente for formalmente acusado de infracção e não pagar a multa, poderá ser negada a entrada na fronteira nos termos do art. 18.° do Decreto-Lei n.º 52/99/M, de 4 de Outubro, o regime geral das infracções administrativas. O que poderá significar na prática que, ao tentar entrar, o não residente será confrontado com a quantia em dívida. Neste caso, ou a paga ou a entrada será recusada.

III. A questão dos casinos

6. A solução encontrada

Macau depende totalmente do jogo e por isso não se poderia dar ao luxo de aprovar uma medida que no pior cenário poderia ser mais ou menos equivalente, em termos financeiros, ao encerramento súbito de vários casinos. Pelo que não seria realista ou prudente a proibição abrupta do tabaco nos casinos: a diminuição da receita bruta poderia ser significativa, com um impacto demasiado forte nas finanças públicas.

O regime aprovado dispõe que em regra é proibido fumar nos casinos, que são sempre espaços fechados[6]. A Lei n.º 5/2011, de 3 de Maio, impôs uma proibição de fumo em geral, que inclui explicitamente os casinos; art. 4.°, 13). Esta regra entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2013; art. 39.°, n.° 2, 1). Terminou assim a fase em que era permitido fumar em todo o casino, embora já existissem áreas de não fumadores.

No entanto, como excepção, é permitida a criação de zonas para fumadores nos casinos, até um máximo de 50% do total das áreas públicas (área a ser utilizada pelo público), de acordo com requisitos técnicos definidos por Despacho do Chefe do Executivo; art. 5.°, n.° 3.

7. As áreas para fumadores nos casinos

Os requisitos técnicos foram publicados no final de Outubro de 2012, dois meses antes da entrada em vigor da regra dos 50%[7], e aplicam-se aos casinos *stricto sensu* (com máquinas de jogo, *croupiers*, mesas de jogo e fichas) e às salas de máquinas (só com *slot machines* e versões electrónicas de jogos bancados). Os restaurantes e outras áreas não destinadas ao jogo não entram para o cálculo da área; art. 3.°, n.° 2.

As zonas de fumadores nos casinos devem ter dísticos nas línguas oficiais e em inglês indicando que se trata uma área para fumadores, ser separadas, e ter um sistema de ventilação que evite a propagação do fumo para zonas de não fumadores.

A questão da separação e localização das áreas para fumadores é naturalmente de grande importância e complexidade, dado que as regras se aplicam a situações muito díspares, incluindo 35 casinos existentes (dos quais o mais antigo é como se sabe o Casino Lisboa, que abriu em 1970) e um número importante de salas de máquinas, bem como todos os casinos a construir ou ainda sem projecto aprovado, em especial no Cotai.

a) Instalações

O regime jurídico começa por colocar a questão da eventual existência de vários pisos. Assim, nos casinos com vários andares as áreas de fumadores devem ser localizadas nos pisos superiores. Nos casinos com um único piso as áreas para fumadores e não fumadores devem estar localizados em zonas opostas e «fisicamente separadas», ou seja, deverá haver uma parede ou outra

4. O autor destas linhas teve ocasião de observar, num hotel situado na mais movimentada zona comercial de Singapura, a aposição de uma cláusula segundo a qual o fumo em quartos onde não é permitido fumar desencadeia a aplicação de uma «*cleaning fee*» de SGD 200.
5. Andreia Sofia Silva, «Lei do tabaco. Se não pagar a multa, não entra no território», in *HojeMacau*, 21 de Fevereiro de 2012.
6. A menos que tenham espaços ao ar livre, que actualmente não se sabe que existam. Tal sucede em Las Vegas, onde há casinos que colocam algumas mesas de jogo na área da piscina.
7. Despacho do Chefe do Executivo n.° 296/2012, in *Boletim Oficial*, n.° 44, de 30 de Outubro de 2012, com um anexo intitulado «Normas relativas aos requisitos a que devem obedecer as áreas para fumadores nos casinos». Todas as normas citadas sem indicação de fonte neste ponto pertencem a este Despacho.

barreira «dura» que evite a passagem do fumo.

Nos caso em que já foram emitidas licenças de obras até 1 de Janeiro de 2013 e «em que não seja possível» criar uma separação física - não sendo inteiramente claro que razões podem ditar tal impossibilidade -, a separação deverá ser efectuada através da adopção de uma de quatro possíveis medidas indicadas no n.° 3 do artigo 5.° nos seguintes termos:

1) Criação de uma área de transição com sistema de insuflação e renovação de ar e pressão atmosférica inferior à da área para não fumadores mas superior à da área para fumadores;
2) Instalação de um sistema de cortina de ar;
3) Criação de uma área de transição de, pelo menos, 4 metros;
4) Instalação de uma parede ou muro estanque com uma altura mínima de 2 metros.

As áreas de transição referidas nos pontos 1) e 3) são criadas na área de não fumadores e não podem ter mesas ou máquinas de jogo.

b) Ventilação
O sistema de ventilação em áreas de fumo deve gerar uma pressão negativa relativamente às áreas adjacentes. Caso ainda não tenha sido emitida licença de obras de construção, os sistemas de ventilação das duas áreas devem ser independentes.

c) Qualidade do ar
O despacho estabelece parâmetros máximos de qualidade do ar nas zonas de fumadores e a obrigação de os medir e de afixar mensalmente um relatório sobre a qualidade do ar.

Refira-se que um dos parâmetros diz respeito a partículas inaláveis em suspensão com 2,5 micro-milímetros (PM 2,5), as mais perigosas para a saúde. O limite máximo de concentração admitido para estas partículas é de 0,075 mg/m3 em média em períodos de 24 horas. Infelizmente em Macau é muito frequente esse valor ser excedido ao ar livre dados os elevados níveis de poluição atmosférica, de acordo com os dados da Direcção dos Serviços Meteorológicos e Geofísicos, que procedem à sua medição em tempo real em vários locais de Macau, sendo os resultados actualizados hora a hora na página dos mesmos Serviços (www.smg.gov.mo). Em Abril de 2013 foram conhecidos os resultados de várias medições da qualidade do ar efectuadas em Março. Em cerca de dois terços dos casinos os parâmetros de qualidade do ar foram excedidos.

d) Processamento e consequências do incumprimento
Os pedidos de criação de áreas de fumadores são decididos pelo Chefe do Executivo, sob proposta dos Serviços de Saúde. O incumprimento das normas aplicáveis pode determinar a redução ou o cancelamento das áreas para fumadores, que assim podem passar a ser áreas de não fumadores.

IV. Observações finais

A nova lei do tabaco é sem dúvida um passo em frente positivo, rumo a uma melhor qualidade de vida, livre da exposição ao tabaco. Tem evidentemente custos financeiros, nomeadamente um possível impacto na receita bruta do jogo. Mas este é um custo que, a verificar-se, Macau deve ainda assim aceitar, enquanto sociedade.

Há alguns exageros em certos pontos, como nas praias, parques e jardins, mas a regulamentação para os casinos parece equilibrada. É de prever que a matéria continue a evoluir, tal como noutros países ou regiões, e que dentro de alguns anos seja dado mais um passo, com mais um alargamento das restrições ao tabaco a casos que por ora ainda estão parcialmente de fora, como os casinos. O art. 34.° exige um relatório sobre o impacto da lei, especialmente nos casinos, a cada três anos. É de prever que as queixas dos trabalhadores dos casinos sobre a exposição ao fumo continuem[8], e que haja pressão social em seu apoio; a única solução no momento consiste em rodar os funcionários entre as zonas com e sem fumo. Talvez ocorra em alguns casos que as zonas de fumadores tenham tanto fumo que nem os fumadores lá gostem de permanecer. Com a nova lei sobre os casinos, a partir de 1 Janeiro de 2013, a situação será uma alteração qualitativa de tomo, um reinício das discussões. Como sempre acontece nestas situações, a nova realidade será então acompanhada, estudada e provavelmente tida como um novo ponto de partida, que não deverá ser um retrocesso. Poderão ser propostas novas mudanças mais tarde, sendo natural que se possa continuar a caminhada rumo a uma proibição total do fumo nos casinos.

8. Está prevista nos arts. 10.° e 11.° do Despacho do Chefe do Executivo n.° 296/2012 a possibilidade de emissão pelos Serviços de Saúde de instruções técnicas e ainda de medidas específicas «destinadas à prevenção da doença e à protecção saúde dos trabalhadores que exerçam a sua actividade nas áreas para fumadores dos casinos». Cfr. o Despacho dos Serviços de Saúde n.º 16/SS/2012, in *Boletim Oficial*, n.° 44, II.ª Série, 31 de Outubro de 2012, pp. 13344 ss.

澳 門 特 別 行 政 區
第 5/2011 號法律

預防及控制吸煙制度

立法會根據《澳門特別行政區基本法》第七十一條（一）項，制定本法律。

第一章
一般規定

第一條
範圍及目的

一、本法律訂定澳門特別行政區預防及控制吸煙制度。

二、預防及控制吸煙制度的主要目的是：

（一）防止接觸煙草煙霧；

（二）規範煙草製品的成分；

（三）規範關於煙草製品的資訊；

（四）宣傳及教育公眾健康意識；

（五）禁止煙草廣告、促銷及贊助；

（六）訂定降低煙草需求及供應的措施。

第二條
定義

為適用本法律，下列用詞的定義為：

（一）“健康警語”是指置於煙草包裝表面最顯眼處的關於使用煙草會對健康造成危害的忠告；

REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

Lei n.º 5/2011

Regime de prevenção e controlo do tabagismo

A Assembleia Legislativa decreta, nos termos da alínea 1) do artigo 71.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, para valer como lei, o seguinte:

CAPÍTULO I
Disposições gerais

Artigo 1.º
Âmbito e objectivos

1. A presente lei define o regime de prevenção e controlo do tabagismo na Região Administrativa Especial de Macau, adiante designada por RAEM.

2. O regime de prevenção e controlo do tabagismo tem como objectivos, em especial, assegurar:

1) A protecção contra a exposição ao fumo do tabaco;

2) A regulamentação da composição dos produtos do tabaco;

3) A regulamentação das informações a prestar sobre os produtos do tabaco;

4) A sensibilização e educação para a saúde;

5) A proibição da publicidade ao tabaco, bem como da sua promoção e patrocínio;

6) A definição das medidas de redução da procura e oferta do tabaco.

Artigo 2.º
Definições

Para os efeitos do disposto na presente lei, entende-se por:

1) «Advertência sanitária», o aviso relativo aos prejuízos para a saúde decorrentes do uso do tabaco, a apor nas faces mais visíveis das embalagens de tabaco;

（二）“焦油或濃縮物”是指抽煙時所產生的不含尼古丁的脫水濃縮物；

（三）“煙草包裝”是指供零售煙草製品之用的任何形式的獨立包裝及外包裝，但透明薄膜除外；

（四）“吸煙”是指吸入或呼出煙草的煙霧，以及管有任何燃着的以煙草製成的製品；

（五）“煙草業”是指煙草製品的生產商、批發商及進口商；

（六）“配料”是指任何用於製造或配製煙草製品的、不屬煙草植物的葉或其他天然部分或未經加工部分且存在於最終製成品中的物質或成分，不論其形態為何，包括紙、濾嘴、顏料及黏合劑；

（七）“工作地點”是指員工在僱主直接或間接管理下工作的地方；

（八）“尼古丁”是指煙鹼的生物鹼；

（九）“煙草製品”是指全部或部分以煙葉作為原材料製成的、供抽吸、鼻吸、吸吮或咀嚼的製品，不論當中的煙草有否經基因改造；

（十）“口服煙草製品”是指全部或部分以煙草製成的、呈粉末狀、微粒狀或兩者混合狀，尤其是以獨立劑量包裝、以有孔袋包裝或類似食物包裝的口服製品，但供抽吸或咀嚼的製品除外；

（十一）“煙草廣告”是指公共或私人實體在商業、工業、手工業或自由職業活動範圍內進行的、旨在直接或間接促銷煙草製品或促進煙草消費的任何形式的宣傳活動；

（十二）“室內場所”是指設有上蓋並以牆壁、圍牆或其他表面圍成且設有開口處的整個空間，而其各開口處的面積之和小於有關場所各外表面積之和的百分之五十；

（十三）“資訊公司的服務”是指應服務相對人的獨立請求而透過電子途徑向其提供的遠距離的任何收費服務；

（十四）“廣告媒介”是指用作傳送廣告信息的工具；

（十五）“煙草”是指煙草及生煙草植物的葉、葉的部分或葉脈，不論是以捲煙、小雪茄或雪茄的形式銷售，又或經切碎製成卷狀、條狀、薄片狀、立方體或片狀，或經製成粉末狀或顆粒狀，以供煙斗或手捲煙之用；

2) «Alcatrão ou condensado», o condensado de fumo bruto anidro e isento de nicotina;

3) «Embalagem de tabaco», qualquer forma de embalagem individual e qualquer embalagem exterior utilizada na venda a retalho de produtos do tabaco, com excepção das sobre-embalagens transparentes;

4) «Fumar», acto de inalar ou expirar fumo do tabaco, bem como a posse de qualquer produto à base do tabaco, em combustão;

5) «Indústria de tabaco», as empresas de fabrico e de distribuição, por grosso, de produtos do tabaco, bem como os importadores de tais produtos;

6) «Ingrediente», qualquer substância ou componente, que não as folhas e outras partes naturais ou não transformadas da planta do tabaco, utilizado no fabrico ou na preparação de um produto do tabaco e presente no produto final, ainda que em forma alterada, incluindo o papel, o filtro, as tintas e os adesivos;

7) «Local de trabalho», lugar onde o trabalhador se encontra e em que esteja, directa ou indirectamente, sujeito ao controlo do empregador;

8) «Nicotina», os alcalóides nicotínicos;

9) «Produtos do tabaco», os produtos fabricados, total ou parcialmente, a partir de folhas de tabaco, geneticamente modificado ou não, enquanto matéria-prima, e destinados a serem fumados, inalados, aspirados ou mascados;

10) «Produtos do tabaco para uso oral», os produtos que se destinam a uso oral constituídos total ou parcialmente por tabaco sob a forma de pó ou de partículas finas ou qualquer combinação destas formas, nomeadamente os que se apresentam em doses individuais ou pacotes porosos ou sob forma que evoque um género alimentício, com excepção dos produtos para fumar ou mascar;

11) «Publicidade ao tabaco», qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de promover um produto do tabaco ou o seu consumo;

12) «Recinto fechado», espaço dotado de uma cobertura e limitado por paredes, muros ou outras superfícies, com aberturas, cuja área global seja inferior a 50% da área global das faces exteriores do recinto;

13) «Serviço da sociedade da informação», qualquer serviço prestado à distância, por via electrónica, mediante pedido individual de um destinatário de serviços e contra pagamento de um preço;

14) «Suporte publicitário», o veículo utilizado para a transmissão da mensagem publicitária;

15) «Tabaco», as folhas, parte das folhas e nervuras das plantas *Nicotina tabacum L.* e *Nicotina rustica L.*, quer sejam comercializadas sob a forma de cigarro, cigarrilha ou charuto, quer picadas para cachimbo ou para a feitura manual de cigarros, seja com a forma de rolo, barra, lâmina, cubo ou placa ou reduzidas a pó ou a grãos;

（十六）“透過電視媒介銷售煙草製品”是指透過電視頻道向公眾推銷捲煙或其他製品，並以有償方式提供該等製品；

（十七）“使用煙草”是指抽吸、鼻吸、吸吮或咀嚼以煙草為主要成分的製品。

第二章
煙草消費的限制

第三條
一般原則

本章的規定旨在對供集體使用的室內場所及本法律規定的其他地點的煙草消費訂定限制，以防止接觸煙草煙霧。

第四條
在特定地點禁止吸煙

在下列地點禁止吸煙：

（一）提供衛生護理的場所，尤其是醫院、診所、衛生中心、醫務所、救護站、化驗所、藥房及提供無須醫生處方的藥物的地點；

（二）為未滿十八歲人士而設的地點，尤其是幼兒院、托兒所及其他幼兒護理場所、兒童及青年院舍、休閒活動中心、度假屋、度假營及其他同類場所；

（三）小學及中學教育場所；

（四）易燃產品銷售場所及燃料供應地點；

（五）生產、使用或以任何方式利用易燃的物料或產品的生產或工業單位；

（六）高等教育場所及職業培訓中心；

（七）立法機關、司法機關、行政當局部門或機構的所在地；

（八）工作地點；

（九）公共及私人實體內專供其人員使用的飯堂及食堂；

（十）老人院舍、殘疾人士院舍、日間中心、社區中心、庇護工場、康復中心及戒毒戒酒收容單位；

（十一）酒店場所；

16) «Televenda de produtos do tabaco», a difusão de ofertas ao público, realizada por canais televisivos, com vista ao fornecimento de cigarros ou outros produtos, mediante remuneração;

17) «Uso de tabaco», o acto de fumar, inalar, aspirar ou mascar produtos à base de tabaco.

CAPÍTULO II
Limitações ao consumo de tabaco

Artigo 3.º
Princípio geral

O disposto no presente capítulo visa estabelecer limitações ao consumo de tabaco em recintos fechados destinados a utilização colectiva e em outros locais determinados por esta lei, de forma a garantir a protecção contra a exposição ao fumo do tabaco.

Artigo 4.º
Proibição de fumar em determinados locais

É proibido fumar:

1) Nos estabelecimentos onde sejam prestados cuidados de saúde, nomeadamente hospitais, clínicas, centros de saúde, consultórios médicos, postos de socorros, laboratórios, farmácias e locais onde se dispensem medicamentos não sujeitos a receita médica;

2) Nos locais destinados a menores de 18 anos, nomeadamente infantários, creches e outros estabelecimentos de assistência infantil, lares de infância e juventude, centros de ocupação de tempos livres, colónias e campos de férias e demais estabelecimentos similares;

3) Nos estabelecimentos de ensino primário e secundário;

4) Nos estabelecimentos que comercializem produtos inflamáveis e nos locais de abastecimento de combustíveis;

5) Nas unidades fabris ou industriais que produzam, utilizem ou façam, por qualquer modo, aproveitamento de materiais ou produtos inflamáveis;

6) Nos estabelecimentos de ensino superior e centros de formação profissional;

7) Nos locais onde estejam instalados órgãos legislativos e judiciais, bem como serviços e organismos da Administração Pública;

8) Nos locais de trabalho;

9) Nas cantinas e nos refeitórios de entidades públicas e privadas destinados exclusivamente ao respectivo pessoal;

10) Nos lares para idosos, lares para deficientes, centros de dia, centros comunitários, oficinas de trabalho protegido, centros de reabilitação e unidades de internamento e de apoio a toxicodependentes e alcoólicos;

11) Nos estabelecimentos hoteleiros;

（十二）餐廳、飲食場所、飲料場所及卡拉OK場所；

（十三）娛樂場；

（十四）酒吧、舞廳、蒸汽浴室及按摩院；

（十五）銀行機構，包括放置自動櫃員機的室內場所；

（十六）百貨公司、購物商場、超級市場、街市及商店；

（十七）港口、機場及鐵路設施；

（十八）設有上蓋的集體客運車輛總站；

（十九）集體客運車輛候車亭；

（二十）電影院、劇院、表演室、表演場所以及其他推廣藝術及表演的地點；

（二十一）屬公共部門管理的公園、花園及綠化區；

（二十二）體育設施；

（二十三）由公共行政實體負責維持安全和監管的泳灘；

（二十四）公共泳池；

（二十五）博物館、藏品陳列館、文化中心、檔案室、圖書館、會議室、閱覽室及展覽室；

（二十六）屬健康俱樂部類型的場所、健身院、健美院、理髮店、髮型屋及美容院；

（二十七）遊戲機中心、桌球室、保齡球場及網吧；

（二十八）升降機、扶手電梯及同類設施，行人天橋及行人隧道；

（二十九）集體客運的車輛及船隻、電動纜車；

（三十）的士、救傷車及運送病人的車輛；

（三十一）設有上蓋的停車場；

（三十二）不屬以上各項所指的其他供集體使用的室內場所。

第五條

例外

一、在下列地點允許吸煙：

（一）上條（七）至（十）、（十二）至（十七）、（二十）、（二十五）至（二十七）及（三十一）項所指地點的室外範圍；

12) Nos estabelecimentos de restauração, de comidas, de bebidas e do tipo «*karaoke*»;

13) Nos casinos;

14) Nos bares, salas de dança, estabelecimentos de saunas e de massagens;

15) Nas instituições bancárias, incluindo os recintos fechados das redes de levantamento automático de dinheiro;

16) Nas grandes superfícies comerciais, estabelecimentos comerciais, supermercados, mercados e lojas de venda;

17) Nas instalações portuárias, aeroportuárias e ferroviárias;

18) Nos terminais cobertos afectos a veículos de transporte colectivo de passageiros;

19) Nos abrigos afectos a veículos de transporte colectivo de passageiros;

20) Nos cinemas, teatros, salas e recintos de espectáculos e noutros locais destinados à difusão das artes e do espectáculo;

21) Nos parques, jardins e zonas arborizadas geridos pelos serviços públicos;

22) Nas instalações desportivas;

23) Nas praias de banhos cuja segurança e fiscalização dependam de entidades públicas administrativas;

24) Nas piscinas públicas;

25) Nos museus, colecções visitáveis, centros culturais, arquivos, bibliotecas, salas de conferência, salas de leitura e de exposição;

26) Nos estabelecimentos do tipo «*health club*», ginásios de musculação ou de manutenção, barbearias, cabeleireiros e salões de beleza;

27) Nos estabelecimentos onde se exploram máquinas de diversão e jogos em vídeo, em que funcionam jogos de bilhar e de «*bowling*» e nos cibercafés;

28) Nos elevadores, ascensores e similares e nas passagens superiores e inferiores, para peões;

29) Nos veículos e embarcações afectos ao transporte colectivo de passageiros e nos teleféricos;

30) Nos táxis, ambulâncias e veículos de transporte de doentes;

31) Nos parques de estacionamento cobertos;

32) Em qualquer outro recinto fechado destinado a utilização colectiva que não os referidos nas alíneas anteriores.

Artigo 5.º

Excepções

1. É admitido fumar:

1) Nas áreas ao ar livre inseridas nos locais referidos nas alíneas 7) a 10), 12) a 17), 20), 25) a 27) e 31) do artigo anterior;

（二）上條（六）項所指的高等教育場所及非供未滿十八歲人士入讀的職業培訓中心內明確劃為允許吸煙的室外範圍；

（三）上條（十一）項所指地點的室外範圍及所設的住宿單位或房間；

（四）上條（十七）項所指機場設施的吸煙室；

（五）上條（二十一）及（二十三）項所指地點內明確劃為允許吸煙的區域；

（六）在監獄供囚犯使用且由獄長明確劃為允許吸煙的區域；

（七）專門售賣煙草製品的場所的吸煙室；

（八）非經營煙草製品零售業務的煙草生產企業或營業處的吸煙室。

二、上款（四）、（七）及（八）項所指吸煙室應符合由行政長官以公佈於《澳門特別行政區公報》的批示訂定的要求。

三、在上條（十三）項所指地點，可設立不超過公眾使用區域總面積百分之五十的吸煙區，但吸煙區須符合由行政長官以公佈於《澳門特別行政區公報》的批示訂定的要求。

第六條
標誌

一、有關實體須在第四條所指禁止吸煙的地點的顯眼處張貼面積不小於十五厘米乘二十厘米或二十厘米乘九厘米的式樣經行政法規核准的標誌。

二、在上款所指標誌之下，須以中文及葡文註明違法吸煙者可被科處的最高罰款的金額。

三、上款所指的最高罰款金額還應以英文表述。

第七條
責任

一、負責管理本法律所指地點的公共或私人實體應確保第四條至第六條的規定得到遵守。

2) Nas áreas ao ar livre expressamente delimitadas para o efeito dos estabelecimentos de ensino superior e, desde que não sejam frequentados por menores de 18 anos, dos centros de formação profissional referidos na alínea 6) do artigo anterior;

3) Nas áreas ao ar livre e nas unidades ou quartos de alojamento situados nos locais referidos na alínea 11) do artigo anterior;

4) Nas salas de fumadores das instalações aeroportuárias referidas na alínea 17) do artigo anterior;

5) Nas áreas expressamente delimitadas para o efeito dos locais mencionados nas alíneas 21) e 23) do artigo anterior;

6) Nas áreas destinadas aos reclusos expressamente delimitadas para o efeito pelos directores dos estabelecimentos prisionais;

7) Nas salas de fumadores dos estabelecimentos de venda exclusiva de produtos do tabaco;

8) Nas salas de fumadores das empresas fabricantes ou dos locais de comércio de produtos do tabaco que não exerçam actividades de venda a retalho desses produtos.

2. As salas de fumadores referidas nas alíneas 4), 7) e 8) do número anterior devem satisfazer os requisitos a fixar por despacho do Chefe do Executivo a publicar no *Boletim Oficial* da RAEM.

3. É admitida a criação de áreas para fumadores nos locais referidos na alínea 13) do artigo anterior, até um máximo de 50% do total da área destinada ao público, desde que satisfaçam os requisitos a fixar por despacho do Chefe do Executivo a publicar no *Boletim Oficial* da RAEM.

Artigo 6.º
Sinalização

1. A interdição de fumar no interior dos locais referidos no artigo 4.º deve ser assinalada, de forma visível, pelas respectivas entidades, mediante a afixação de dísticos com as dimensões mínimas de 15 cm x 20 cm ou 20 cm x 9 cm, conformes, respectivamente, aos modelos a aprovar por regulamento administrativo.

2. Por baixo dos dísticos referidos no número anterior deve apor-se o montante, nas línguas chinesa e portuguesa, da multa máxima aplicável aos fumadores que violem a proibição de fumar.

3. O montante da multa máxima referido no número anterior deve constar também na língua inglesa.

Artigo 7.º
Responsabilidade

1. As entidades públicas ou privadas que tenham a seu cargo os locais a que se refere a presente lei devem assegurar o cumprimento do disposto nos artigos 4.º a 6.º

二、上款所指實體如發現違反第四條的規定的情況，應命令有關吸煙者停止吸煙；如吸煙者不遵從，應召喚主管的行政當局或警察當局。

三、第四條所指地點的所有使用者均有權要求吸煙者停止吸煙，並可為此召喚上款所指當局。

第三章

煙草製品所含物質的成分及其測量

第八條

捲煙中的焦油最高含量

在澳門特別行政區銷售或製造的捲煙的焦油含量不得超過每根十七毫克。

第九條

測量及檢測

煙草製品的焦油、尼古丁或其他物質的含量由衛生局負責測量及檢測。

第十條

關於煙草製品的資訊

一、煙草製品的生產商或進口商應按照社會文化司司長以批示訂定的條件，將其煙草製品的清單送交衛生局，其內應指明每個商標及種類的煙草製品在生產過程中使用的配料及其份量。

二、對於將投放市場的新煙草製品，上款所指的清單應在該製品於澳門特別行政區售賣最少一個月前送交。

三、第一款所指清單，以及按照第九條規定進行的測量或檢測的結果，由衛生局向消費者公佈，但屬生產秘密的特別產品配方的資料除外。

四、為適用上款的規定，煙草製品的生產商或進口商應詳細說明其認為不應公佈的屬生產秘密的資料。

2. Sempre que se verifique a violação ao disposto no artigo 4.º, as entidades referidas no número anterior devem determinar aos fumadores que se abstenham de fumar e, caso estes não cumpram, chamar as autoridades administrativas competentes ou policiais.

3. Todos os utentes dos locais referidos no artigo 4.º têm o direito de exigir que o fumador se abstenha de fumar, podendo, para o efeito, chamar as autoridades referidas no número anterior.

CAPÍTULO III

Composição e medição das substâncias contidas em produtos do tabaco

Artigo 8.º

Teor máximo de alcatrão dos cigarros

Os cigarros comercializados ou fabricados na RAEM não podem ter teor superior a 17 mg de alcatrão por cigarro.

Artigo 9.º

Medição e testes

As medições e testes dos teores de alcatrão, de nicotina ou de outras substâncias dos produtos do tabaco são efectuadas pelos Serviços de Saúde.

Artigo 10.º

Informações relativas aos produtos do tabaco

1. Os fabricantes ou importadores de produtos do tabaco devem apresentar aos Serviços de Saúde, nos termos a definir por despacho do Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, a lista dos ingredientes e respectivas quantidades utilizados no seu fabrico, por marca e tipo individuais.

2. Para os novos produtos a introduzir no mercado, a lista referida no número anterior deve ser apresentada até um mês antes da sua comercialização na RAEM.

3. A lista referida no n.º 1, bem como os resultados das medições ou testes efectuados nos termos do artigo 9.º, são divulgados pelos Serviços de Saúde aos consumidores, com salvaguarda das informações relativas a fórmulas de produtos específicos que constituam segredo de fabrico.

4. Para os efeitos previstos no número anterior, os fabricantes ou importadores de produtos do tabaco devem especificar as informações que entendam não dever ser divulgadas, por constituírem segredo de fabrico.

第四章
煙草製品的標籤及包裝

第十一條
標籤

一、所有捲煙獨立包裝上的兩個最大表面應印上任一經行政法規核准的式樣。

二、上款所指各式樣均由圖案、健康警語、衛生局戒煙專科門診的電話號碼及焦油、尼古丁含量的表述組成。

三、所有雪茄、煙斗煙草、捲煙煙草及小雪茄的獨立包裝上的兩個最大表面應印上任一經行政法規核准的式樣。

四、上款所指各式樣均由圖案、健康警語、衛生局戒煙專科門診的電話號碼組成。

五、獨立包裝及零售產品的任何外包裝上均須印上本條所指式樣，但透明薄膜除外。

六、每連續最多十二個月的期間內，第一款所指各式樣應印於相關包裝上。

七、上款規定經作出適當配合後，亦適用於其他煙草製品。

八、本條所指式樣應以不褪色的方式印刷，且不得被其他表述或圖案遮掩、覆蓋或分隔。

九、第一款及第三款所指獨立包裝的兩個最大表面的其中一面應印上有關式樣的中文本，而另一面則應印上葡文本，式樣的印刷位置須與包裝的下邊界平行，但不影響第十一款規定的適用。

十、按照上款規定印於獨立包裝上的式樣應至少佔有關表面百分之五十的面積。

十一、單支雪茄的獨立包裝的其中一個最大表面應印上任一經核准的式樣的中文本及葡文本。

十二、屬非捲煙的煙草製品，得以自黏紙將有關式樣貼於獨立包裝上，只要該等自黏紙能牢固地黏貼即可。

CAPÍTULO IV
Rotulagem e embalagem de produtos do tabaco

Artigo 11.º
Rotulagem

1. As duas faces maiores de todas as unidades de embalagem dos cigarros devem apresentar um dos modelos a aprovar por regulamento administrativo.

2. Cada modelo referido no número anterior é composto por um desenho, uma advertência sanitária, o número de telefone para consultas externas especializadas de cessação tabágica dos Serviços de Saúde e a indicação dos teores de alcatrão e de nicotina.

3. As duas faces maiores de todas as unidades de embalagem de charutos, de tabaco de cachimbo, de tabaco de cigarros e de cigarrilhas devem apresentar um dos modelos a aprovar por regulamento administrativo.

4. Cada modelo referido no número anterior é composto por um desenho e uma advertência sanitária, o número de telefone para consultas externas especializadas de cessação tabágica dos Serviços de Saúde.

5. Os modelos referidos no presente artigo devem constar das unidades de embalagem e de qualquer embalagem exterior utilizada na venda a retalho do produto, excluindo as sobre-embalagens transparentes.

6. Cada modelo referido no n.º 1 deve ser impresso na respectiva embalagem, durante um período contínuo máximo de 12 meses.

7. O disposto no número anterior aplica-se, com as devidas adaptações, a outros produtos do tabaco.

8. A impressão dos modelos referidos no presente artigo deve ser feita de modo indelével, não dissimulado, velado ou separado por outras indicações ou imagens.

9. Sem prejuízo do disposto no n.º 11, deve ser impressa a versão chinesa do modelo numa das duas faces maiores das unidades de embalagem referidos nos n.os 1 e 3 e a versão portuguesa noutra, devendo o modelo ser impresso, paralelamente ao bordo inferior da embalagem.

10. O modelo a ser impresso nos termos do número anterior deve cobrir pelo menos 50% da área externa da superfície correspondente da unidade de embalagem de tabaco em que é impresso.

11. Numa das faces maiores das unidades de embalagem que contêm apenas um charuto devem ser impressas as versões chinesa e portuguesa de qualquer um dos modelos a aprovar.

12. No caso de produtos do tabaco que não os cigarros, os respectivos modelos podem ser apostos por meio de autocolantes, desde que estes sejam firmemente apostos nas unidades de embalagem.

十三、除以上各款所規定的要求外，尚應在各獨立包裝上印上其批號或等同的編號，以確保可識別生產地及生產時間。

第十二條
包裝

捲煙不得以少於二十根的獨立包裝銷售。

第十三條
禁用的名稱

一、在煙草製品的包裝上不得使用暗示本煙草製品較其他煙草製品危害小的字句、名稱、商標、圖形或其他標誌。

二、上款規定不適用於在本法律公佈之日，已依規範作工業產權登記，並已在澳門特別行政區市場流通的煙草製品上使用的商業識別標誌。

第五章
煙草製品的銷售

第十四條
禁止銷售煙草製品

一、屬下列情況，禁止銷售煙草製品：

（一）向未滿十八歲人士銷售；

（二）在第四條（一）至（三）、（六）、（九）、（十）、（二十二）、（二十四）及（二十七）項所指地點銷售；

（三）以任何購買者可自行直接選取煙草製品的方式銷售，尤其是以售貨架形式銷售；

（四）透過電視媒介銷售；

（五）透過其他無法辨認購買者年齡的遠距離途徑銷售，尤其是互聯網及郵遞。

二、為遵守上款（一）項所指的禁止，銷售煙草製品者必須採取下列措施：

（一）對購買者年齡有懷疑時，銷售前應要求其出示身份證明文件；

（二）在銷售煙草製品的地點以顯眼方式張貼式樣經核准的告示。

13. Para além das exigências previstas nos números anteriores, deve ainda constar de cada embalagem o respectivo número de lote ou equivalente, de modo a permitir identificar o local e o momento de produção.

Artigo 12.º
Embalagem

Cada embalagem de cigarros só pode ser comercializada contendo um mínimo de 20 unidades.

Artigo 13.º
Denominações proibidas

1. Não podem ser utilizados em embalagens de produtos do tabaco textos, designações, marcas e símbolos figurativos ou outros sinais que sugiram que um determinado produto é menos prejudicial do que os outros.

2. Exceptua-se do disposto no número anterior a utilização dos sinais distintivos do comércio que à data da publicação da presente lei estejam regularmente registados como propriedade industrial e já estejam a ser utilizados em produtos do tabaco em circulação no mercado da RAEM.

CAPÍTULO V
Venda de produtos do tabaco

Artigo 14.º
Proibição de venda de produtos do tabaco

1. É proibida a venda de produtos do tabaco:

1) A menores de 18 anos;

2) Nos locais a que se referem as alíneas 1) a 3), 6), 9), 10), 22), 24) e 27) do artigo 4.º;

3) Por meios que os tornem directamente acessíveis aos compradores, nomeadamente através de expositores;

4) Através de televenda;

5) Através de outros meios à distância em que não seja possível identificar a idade dos compradores, nomeadamente a *Internet* e o correio postal.

2. Para os efeitos da proibição prevista na alínea 1) do número anterior, os vendedores de produtos do tabaco devem adoptar as seguintes medidas:

1) Exigir a exibição de documento de identificação previamente ao acto da venda, sempre que existam dúvidas acerca da idade do comprador;

2) Afixar, de forma visível, nos locais de venda de produtos do tabaco, o aviso conforme ao modelo a aprovar.

三、拒絕出示上款（一）項所指文件者，推定為未成年人。

四、禁止由未滿十八歲人士銷售煙草製品。

五、禁止銷售煙草製品推廣裝。

第十五條
供口服或鼻吸的煙草

禁止售賣供口服或鼻吸的煙草。

第十六條
自動售煙機

禁止引進或使用自動售煙機。

第六章
煙草及煙草製品的廣告、促銷及贊助

第十七條
廣告及促銷

一、禁止任何形式的煙草及煙草製品的廣告及促銷，包括透過廣告媒介或資訊公司的服務以隱晦、掩飾及暗示的方式製作的廣告，但第二款至第七款及第十款規定的情況除外。

二、上款規定不適用於在銷售煙草製品的地點放置的煙草製品價格標記及價格牌。

三、上款所指價格標記僅應載有有關煙草製品的名稱及價格，且其面積不得大於在同一地點內銷售的任何其他商品的價格標記的面積，亦不得大於五十平方厘米。

四、第二款所指的價格牌須符合下列要求：

（一）僅載有在有關地點內銷售的煙草製品的名稱及價格，且每一製品的名稱及價格的表述所佔的面積不得大於上款所指的面積，但不影響（三）項規定的適用；

（二）面積不得大於一千五百平方厘米；

（三）載明式樣經核准的告示，該告示應至少佔價格牌百分之二十的面積。

3. A recusa de exibição do documento referido na alínea 1) do número anterior faz presumir a menoridade do interessado.

4. É proibida a venda de produtos do tabaco por menores de 18 anos.

5. É proibida a comercialização de embalagens promocionais de produtos do tabaco.

Artigo 15.º
Tabacos destinados ao uso oral ou a serem inalados

É proibida a comercialização de tabacos destinados ao uso oral ou a serem inalados.

Artigo 16.º
Máquinas de venda automática de produtos do tabaco

É proibida a introdução ou utilização de máquinas de venda automática de produtos do tabaco.

CAPÍTULO VI
Publicidade, promoção e patrocínio de tabaco e de produtos do tabaco

Artigo 17.º
Publicidade e promoção

1. São proibidas todas as formas de publicidade e promoção ao tabaco e aos produtos do tabaco, incluindo a publicidade oculta, dissimulada e subliminar, através de suportes publicitários ou serviços da sociedade da informação, salvo o disposto nos n.os 2 a 7 e 10.

2. O disposto no número anterior não é aplicável ao marcador de preços e ao quadro de preços de produtos do tabaco, colocados nos locais da sua venda.

3. O marcador de preços referido no número anterior deve apenas conter o nome e o preço do produto, não podendo a sua superfície ser superior à do marcador de preços de quaisquer outros produtos à venda no mesmo local nem, em caso algum, ultrapassar os 50 cm^2.

4. O quadro de preços referido no n.º 2 deve reunir os seguintes requisitos:

1) Conter apenas os nomes e preços dos produtos do tabaco à venda no local, não devendo a referência a cada nome e respectivo preço ocupar uma superfície de dimensão superior à prevista no número anterior, sem prejuízo do disposto na alínea 3);

2) Ter uma superfície não superior a 1 500 cm^2;

3) Conter o aviso conforme ao modelo a aprovar, devendo o aviso cobrir, pelo menos, 20% da superfície do quadro.

五、在專門售賣煙草製品的場所，可放置一份載有在該場所內銷售的製品的名稱及價格的目錄。

六、第一款規定不適用於煙草製品生產或批發場所內的廣告，只要在有關場所外不能看見該等廣告。

七、屬印刷品或其他印刷媒體的廣告，僅可刊登於以煙草貿易專業人士為對象的刊物或煙草業界企業的內部刊物內。

八、禁止免費派發或促銷煙草製品或任何旨在直接或間接促銷煙草製品的消費品。

九、禁止任何直接或間接與煙草製品的生產、分銷或銷售有關的企業派發宣傳贈品、給予獎賞或舉行比賽，即使該等活動專為吸煙者而設亦然。

十、禁止任何以公眾為銷售對象的煙草製品促銷活動，但專為煙草貿易專業人士而設的促銷活動除外。

十一、除煙草製品及相關標籤外，禁止在煙草製品的包裝內或外包裝上，又或在兩者之間加入獎券或其他非包裝之物。

5. Nos estabelecimentos de venda exclusiva de produtos do tabaco, pode ser colocado um catálogo que contenha os nomes e preços dos produtos à venda.

6. O disposto no n.º 1 não é aplicável à publicidade usada em estabelecimentos de fabrico e de venda por grosso de produtos do tabaco, desde que esta não seja visível no seu exterior.

7. A publicidade na imprensa e noutros meios de comunicação impressos só é permitida em publicações destinadas exclusivamente aos profissionais do comércio do tabaco ou em publicações internas das empresas do sector do tabaco.

8. É proibida a distribuição gratuita ou a venda promocional de produtos do tabaco ou de quaisquer bens de consumo, que visem, ou tenham por efeito directo ou indirecto, a promoção desses produtos.

9. É proibida a distribuição de brindes promocionais, atribuição de prémios ou a realização de concursos, ainda que exclusivamente destinados a fumadores, por parte de empresas directa ou indirectamente relacionadas com o fabrico, a distribuição ou a venda de produtos do tabaco.

10. É apenas admitida a promoção de produtos do tabaco quando esta se destine exclusivamente aos profissionais do comércio do tabaco e seja realizada fora do âmbito da actividade de venda ao público.

11. É proibida a introdução de cupões ou outros elementos estranhos nas embalagens e sobre-embalagens de produtos do tabaco, ou entre estas e aquelas, para além do próprio produto do tabaco e respectiva rotulagem.

第十八條
以消費品作廣告

一、在廣告活動中，禁止將煙草製品的名稱、商標、標誌或其他識別標誌加入非屬煙草製品的消費品中。

二、使用與煙草製品相同的名稱或商標的財貨及服務，只要符合下列要件，不適用上款所指的禁止：

（一）其銷售或贊助並非與煙草製品的銷售有關；

（二）使用該等名稱及商標的方式明顯有別於煙草製品的名稱或商標的使用方式。

三、禁止生產及銷售呈煙草製品狀或帶有煙草商標識別標誌的遊戲用具、玩具、電子遊戲、食品或糖果。

四、上款規定不適用於在本法律公佈之日，外觀已依規範作工業品設計或新型登記，並已在澳門特別行政區市場流通的遊戲用具、玩具、電子遊戲、食品或糖果。

Artigo 18.º
Publicidade em objectos de consumo

1. Em acções publicitárias, é proibido colocar nomes, marcas e emblemas ou outros sinais distintivos de um produto do tabaco em objectos de consumo que não sejam os próprios produtos do tabaco.

2. Exceptuam-se da proibição prevista no número anterior os bens e serviços que façam uso de nomes ou marcas idênticos aos de produtos do tabaco, desde que preenchidos os seguintes requisitos:

1) A sua venda ou patrocínio não estejam relacionados com a venda de produtos do tabaco;

2) A utilização de tais nomes e marcas seja claramente distinta da dos nomes e marcas de produtos do tabaco.

3. É proibido o fabrico e a comercialização de jogos, brinquedos, jogos electrónicos, alimentos ou guloseimas com a forma de produtos do tabaco, ou com sinais distintivos de marcas de tabaco.

4. Exceptuam-se do número anterior os jogos, os brinquedos, os jogos electrónicos, os alimentos ou as guloseimas cuja aparência exterior, à data da publicação da presente lei, esteja regularmente registada como desenho ou modelo industrial e que se encontrem já em circulação no mercado da RAEM.

第十九條

贊助

禁止為達到直接或間接促銷某煙草製品或促進該製品的消費的效果或預期效果而對某一事件、活動、個人、視聽作品、電台或電視節目提供任何形式的公共或私人的贊助或捐獻，尤其是由經營生產、分銷或銷售煙草製品的企業提供的贊助或捐獻。

第七章

吸煙的預防及控制措施

第二十條

資訊宣傳活動

禁止由煙草製品的生產、分銷、附屬企業或同類企業舉辦或贊助旨在直接或間接傳達吸煙資訊及預防吸煙的宣傳活動或其他活動。

第二十一條

健康資訊及教育

一、澳門特別行政區政府，尤其屬衛生、教育、青年、體育、消費者保護、環境、勞動、經濟及文化範疇的部門，應向市民推廣相關訊息，並致力創造有利於預防及控制吸煙的條件。

二、提供衛生護理服務的實體，不論其法律性質為何，尤其是醫院、診所、醫務所及藥房，均應透過為一般市民或特定組別，特別是兒童、青年、孕婦、父母、育齡婦女、病人、教師及其他員工而設的運動、計劃及活動，推動及支持向市民提供關於煙草消費的危害及戒煙的重要性的健康資訊及教育。

三、各教育場所，不論其學生年齡及學制為何，亦應推動及支持提供關於健康的資訊及教育。

第二十二條

戒煙門診

衛生局應透過轄下部門設立協助有意戒煙者的專科門診。

Artigo 19.º

Patrocínio

É proibida qualquer forma de patrocínio ou contribuição pública ou privada, nomeadamente por parte de empresas cuja actividade seja o fabrico, a distribuição ou a venda de produtos do tabaco, destinado a um evento, uma actividade, um indivíduo, uma obra audiovisual, um programa radiofónico ou televisivo, que tenha por efeito ou efeito provável a promoção directa ou indirecta de um produto do tabaco ou do seu consumo.

CAPÍTULO VII

Medidas de prevenção e controlo do tabagismo

Artigo 20.º

Campanhas de informação

São proibidas campanhas ou outras iniciativas promovidas ou patrocinadas pelas empresas produtoras, distribuidoras, subsidiárias ou afins, de produtos do tabaco, que visem, directa ou indirectamente, a informação e a prevenção do tabagismo.

Artigo 21.º

Informação e educação para a saúde

1. O Governo da RAEM, nomeadamente os serviços das áreas da saúde, da educação, da juventude, do desporto, da defesa do consumidor, do ambiente, do trabalho, da economia e da cultura, devem promover a informação dos cidadãos e contribuir para a criação de condições favoráveis à prevenção e ao controlo do tabagismo.

2. As entidades prestadoras de cuidados de saúde, independentemente da sua natureza jurídica, nomeadamente hospitais, clínicas, consultórios médicos e farmácias, devem promover e apoiar a informação e a educação para a saúde dos cidadãos relativamente aos malefícios decorrentes do consumo de tabaco e à importância da cessação tabágica, através de campanhas, programas e iniciativas destinadas à população em geral ou a grupos específicos, designadamente crianças e jovens, grávidas, pais, mulheres em idade fértil, pessoas doentes, professores e outros trabalhadores.

3. Os estabelecimentos de ensino, independentemente da idade dos alunos e do grau de escolaridade, devem também promover e apoiar a informação e a educação para a saúde.

Artigo 22.º

Consultas externas de cessação tabágica

Os Serviços de Saúde devem criar consultas externas especializadas de apoio aos fumadores que pretendam deixar de fumar, através dos serviços subordinados que os integram.

第八章
處罰制度

第二十三條
違法行為

一、違反第四條、第五條第二款、第六條、第八條、第十條至第二十條的規定的行為，構成行政違法行為，並科以下罰款：

（一）在第四條（六）至（三十二）項所指禁止吸煙地點吸煙，科澳門幣四百元罰款；

（二）在第四條（一）至（五）項所指禁止吸煙地點吸煙，科澳門幣六百元罰款；

（三）私人場所的所有人、法人、不合規範設立的法人或無法律人格的社團違反第十四條第一款（二）至（五）項、第四款及第五款規定者，科澳門幣二千元罰款；

（四）銷售不符合第十一條及第十二條規定的標籤及包裝要求的煙草製品者，科澳門幣二千元罰款；

（五）銷售供口服或鼻吸的煙草製品者，科澳門幣二千元罰款；

（六）私人場所的所有人、法人、不合規範設立的法人或無法律人格的社團違反第十四條第一款（一）項規定者，科澳門幣三千元罰款；

（七）私人實體違反第五條第二款、第六條、第十四條第二款（二）項、第十六條至第二十條規定者，科處澳門幣一萬元至十萬元罰款；

（八）公共實體違反第六條規定者，科澳門幣一萬元至十萬元罰款；

（九）煙草業違反第八條、第十條第一款及第二款、第十一條至第十三條及第十五條規定者，科澳門幣一萬元至十萬元罰款。

二、過失行為亦予處罰。

第二十四條
附加處罰

因違反第八條及第十一條至第十八條規定而被扣押的製品及物件，可宣告撥歸澳門特別行政區所有，且可命令將之銷毀。

CAPÍTULO VIII
Regime sancionatório

Artigo 23.º
Infracções

1. Constituem infracções administrativas as infracções ao artigo 4.º, n.º 2 do artigo 5.º, artigo 6.º, artigo 8.º e artigos 10.º a 20.º, as quais são sancionadas com as seguintes multas:

1) 400 patacas, para quem fume nos locais referidos nas alíneas 6) a 32) do artigo 4.º;

2) 600 patacas, para quem fume nos locais referidos nas alíneas 1) a 5) do artigo 4.º;

3) 2 000 patacas, para os proprietários dos estabelecimentos privados, pessoas colectivas, ainda que irregularmente constituídas, ou associações sem personalidade jurídica que violem o disposto nas alíneas 2) a 5) do n.º 1 e n.ºs 4 e 5 do artigo 14.º;

4) 2 000 patacas, para quem venda produtos do tabaco que não estejam conformes com os requisitos de rotulagem e embalagem previstos nos artigos 11.º e 12.º;

5) 2 000 patacas, para quem venda produtos do tabaco destinados ao uso oral ou a inalação;

6) 3 000 patacas, para os proprietários dos estabelecimentos privados, pessoas colectivas, ainda que irregularmente constituídas, ou associações sem personalidade jurídica que violem o disposto na alínea 1) do n.º 1 do artigo 14.º;

7) De 10 000 a 100 000 patacas, para as entidades privadas que violem o disposto no n.º 2 do artigo 5.º, artigo 6.º, alínea 2) do n.º 2 do artigo 14.º e artigos 16.º a 20.º;

8) De 10 000 a 100 000 patacas, para as entidades públicas que violem o disposto no artigo 6.º;

9) De 10 000 a 100 000 patacas, para a indústria de tabaco que viole o disposto no artigo 8.º, n.ºs 1 e 2 do artigo 10.º, artigos 11.º a 13.º e artigo 15.º

2. A negligência é punível.

Artigo 24.º
Sanções acessórias

Os produtos e objectos apreendidos por violação do artigo 8.º e artigos 11.º a 18.º podem ser declarados perdidos a favor da RAEM e pode ser ordenada a sua destruição.

第二十五條

職權

科處第二十三條所定的罰款及第二十四條所定的附加處罰，屬衛生局局長的職權。

第二十六條

罰款的歸屬

因違反本法律而實施制裁的罰款所得，全數歸衛生局所有。

第二十七條

連帶責任

一、如違法者為公法人或私法人，則其領導機關據位人須對繳付罰款負連帶責任。

二、如違法者為無法律人格的社團，罰款以該社團的共同財產繳付；如無共同財產或共同財產不足，則以每一社員的財產按連帶責任制度繳付。

三、廣告代理機構、推銷者、生產商、公共實體及私人實體如違反第十七條、第十八條或第十九條的規定，須對繳付罰款負連帶責任。

四、場所或機構的負責人，如作出第二十三條第一款（七）項所指的違法行為，須對繳付罰款負連帶責任。

五、自動售煙機的所有權人及設有自動售煙機的地點的管理人，如違反第十六條的規定，須對繳付罰款負連帶責任。

第二十八條

監察

一、衛生局、民政總署、博彩監察協調局及治安警察局在所屬職責範圍內，具職權監察對本法律的遵守情況，但不影響第七條規定的適用。

二、非屬治安警察局的監察人員享有公共當局的權力，並可依法要求治安警察局提供必要的合作，尤其在執行職務時遇到反對或抗拒的情況。

Artigo 25.º

Competência

A aplicação das multas e das sanções acessórias previstas nos artigos 23.º e 24.º é da competência do director dos Serviços de Saúde.

Artigo 26.º

Destino das multas

As multas resultantes das sanções aplicadas em violação da presente lei revertem integralmente para os Serviços de Saúde.

Artigo 27.º

Responsabilidade solidária

1. Quando o infractor for uma pessoa colectiva, pública ou privada, respondem solidariamente pelo pagamento da multa, os titulares do órgão de direcção.

2. Quando o infractor for uma associação sem personalidade jurídica, responde pelo pagamento da multa o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados.

3. As agências de publicidade, os promotores, os fabricantes e as entidades públicas e privadas, quando violem o disposto nos artigos 17.º, 18.º ou 19.º, são solidariamente responsáveis pelo pagamento da multa.

4. Os responsáveis dos estabelecimentos ou instituições, quando pratiquem as infracções referidas na alínea 7) do n.º 1 do artigo 23.º, são solidariamente responsáveis pelo pagamento da multa.

5. Os proprietários das máquinas de venda automática de produtos do tabaco e os responsáveis pela gestão dos locais onde estão colocadas, quando violem o disposto no artigo 16.º, são solidariamente responsáveis pelo pagamento da multa.

Artigo 28.º

Fiscalização

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 7.º, a fiscalização do cumprimento do disposto na presente lei compete, no âmbito das respectivas atribuições, aos Serviços de Saúde, ao Instituto para os Assuntos Cívicos e Municipais, à Direcção de Inspecção e Coordenação de Jogos e ao Corpo de Polícia de Segurança Pública, adiante designado por CPSP.

2. Os agentes de fiscalização, que não sejam do CPSP, gozam de poderes de autoridade pública, podendo solicitar ao CPSP, nos termos da lei, a colaboração que se mostre necessária, nomeadamente nos casos de oposição ou resistência ao exercício das suas funções.

三、上款所指人員在執行職務時，可採取以下措施或行動：

（一）依法進入法定禁止吸煙地點；

（二）命令吸煙者停止吸煙，要求吸煙者提供其姓名及地址並出示身份證明文件；如違法者拒絕停止吸煙或提供該等資料，應要求治安警察局提供合作；

（三）屬違反第八條、第十一條至第十五條規定的情況，可保全性扣押有關煙草製品；

（四）屬違反第十六條規定的情況，可保全性扣押有關自動售煙機；

（五）屬違反第十七條規定的情況，可保全性扣押有關廣告媒介；

（六）屬違反第十八條規定的情況，可保全性扣押有關消費品；

（七）如作出認為煙草製品廣告的支架或廣告媒介屬違法的確定性處罰決定，則將之拆除及銷毀。

四、因採取上款（七）項所指措施而導致的費用，由違法者承擔。

五、凡不遵從第三款（二）項所指命令者，構成普通違令罪。

六、只要監察人員要求，公共或私人實體必須在本法律的範圍內提供合作，尤其是在控煙聯合行動方面。

第二十九條
程序步驟

一、上條第一款所指實體在其職責範圍內具職權提起行政違法程序。

二、為產生適當效果，上條第一款所指實體以外的其他實體如發現違反本法律的行為，須通知衛生局。

三、監察人員如目睹違法行為或有足夠跡象顯示存在違法行為時，可即時提起處罰程序，編製控訴書及將控訴內容通知違法者、違法實體負責人或經濟活動參與人的在場受託人。

四、在處罰程序中，有關通知按被通知人指定的地址，以單掛號信寄出，寄出三日後即推定被通知人接獲通知。如第三日非為工作日，則推定在緊隨該日的首個工作日接獲通知。

3. Os agentes referidos no número anterior podem, no exercício das suas funções, adoptar as seguintes medidas ou acções:

1) Entrar, nos termos legais, nos locais onde legalmente é proibido fumar;

2) Ordenar ao fumador que se abstenha de fumar e que forneça o nome, o endereço e apresente o seu documento de identificação, devendo solicitar a colaboração do CPSP caso o infractor se recusar a abster-se de fumar ou a prestar aquelas informações;

3) Proceder à apreensão cautelar dos produtos do tabaco, no caso de violação dos artigos 8.º e artigos 11.º a 15.º;

4) Proceder à apreensão cautelar das máquinas de venda automática de produtos do tabaco, no caso de violação do artigo 16.º;

5) Proceder à apreensão cautelar dos meios publicitários, no caso de violação do artigo 17.º;

6) Proceder à apreensão cautelar dos objectos de consumo, no caso de violação do artigo 18.º;

7) Remover e destruir a estrutura ou o suporte publicitário dos produtos do tabaco, quando for tomada a decisão sancionatória definitiva que os considere ilegais.

4. Os encargos resultantes da adopção das medidas previstas na alínea 7) do número anterior são suportados pelo infractor.

5. Quem não obedecer à ordem referida na alínea 2) do n.º 3, incorre no crime de desobediência simples.

6. As entidades públicas ou privadas são obrigadas a prestar colaboração no âmbito da presente lei sempre que solicitadas pelo pessoal de fiscalização, nomeadamente nas operações conjuntas de controlo do tabagismo.

Artigo 29.º

Tramitação processual

1. Compete às entidades referidas no n.º 1 do artigo anterior, no âmbito das respectivas atribuições, a instrução dos processos por infracções administrativas.

2. As infracções ao disposto na presente lei, verificadas por outras entidades que não as referidas no n.º 1 do artigo anterior, são comunicadas aos Serviços de Saúde, para os devidos efeitos.

3. Se um agente de fiscalização presenciar infracção ou dela houver indícios bastantes, pode ser imediatamente instruído o procedimento sancionatório, bem como deduzida e notificada a acusação ao infractor, ao responsável da entidade infractora ou ao comissário do agente económico presente no local.

4. As notificações feitas para o endereço indicado pelo próprio notificando, no âmbito do procedimento sancionatório, por carta registada sem aviso de recepção, presumem-se realizadas no terceiro dia posterior ao do registo, ou no primeiro dia útil seguinte nos casos em que o referido terceiro dia não seja dia útil.

五、如利害關係人身處澳門特別行政區以外地方，上款所指期間自《行政程序法典》第七十五條所定延期期間屆滿後起計。

六、僅在因可歸咎於郵政服務的事由而令被通知人在推定已作通知的日期後才收到通知的情況下，被通知人方可推翻第四款所指的推定。

七、應自接獲科處罰款的處罰決定的通知之日起三十日內繳付罰款。

第三十條
保全性扣押

一、監察人員可作出本法律第二十八條第三款（三）至（六）項規定的保全性扣押。

二、當處罰程序的確定性決定尚未作出時，被扣押的製品及物件由作出扣押的實體保管。

三、如違法者導致本條第一款所指的保全性扣押未能執行，則罰款下限等同於製品或物件價值，而罰款上限等同於製品或物件價值的兩倍。

第三十一條
決定

一、確定性的行政處罰決定可命令將所扣押的製品或物件歸澳門特別行政區所有，以及將之出售或銷毀。

二、如行政決定確定性認定不存在行政違法行為，則須通知利害關係人領取按照上條規定被扣押的製品或物件。

三、如領取期限屆滿後六個月內，製品或物件仍未被領取，則執行保全性扣押的實體可命令將之出售或銷毀。

第三十二條
自願繳付罰款

一、屬第二十三條第一款（一）至（六）項所指罰款，可自接獲控訴通知之日起十五日內自願繳付。

二、自願繳付第二十三條第一款（五）項規定的罰款並不導致有權領取按照第二十八條第三款（三）項的規定被扣押的產品。

5. Se os interessados se encontrarem fora da RAEM, o prazo indicado no número anterior somente se inicia depois de decorridos os prazos de dilação previstos no artigo 75.º do Código do Procedimento Administrativo.

6. A presunção prevista no n.º 4 só pode ser ilidida pelo notificado quando a recepção da notificação ocorra em data posterior à presumida, por razões imputáveis aos serviços postais.

7. Havendo decisão sancionatória que aplique multa, esta deve ser paga no prazo de 30 dias, contado a partir da data da notificação da decisão.

Artigo 30.º

Apreensão cautelar

1. Os agentes de fiscalização podem proceder à apreensão cautelar prevista nas alíneas 3) a 6) do n.º 3 do artigo 28.º da presente lei.

2. Enquanto não for proferida decisão definitiva sobre o processo sancionatório os produtos e objectos apreendidos ficam à guarda da entidade que procedeu à apreensão.

3. Quando a apreensão cautelar prevista no n.º 1 do presente artigo for frustrada pelo infractor, este é punido com multa de limite mínimo igual ao valor dos produtos ou objectos e limite máximo de valor igual ao dobro do valor dos produtos ou objectos.

Artigo 31.º

Decisão

1. A decisão administrativa sancionatória definitiva pode determinar a perda a favor da RAEM dos produtos ou objectos apreendidos e a sua venda ou destruição.

2. Quando a decisão administrativa conclua em definitivo pela inexistência de infracção administrativa, o interessado é notificado para proceder ao levantamento dos produtos ou objectos apreendidos nos termos do artigo anterior.

3. Decorridos 6 meses sobre o prazo fixado para o levantamento, sem que os produtos ou objectos sejam levantados, a entidade que procedeu à apreensão cautelar pode ordenar a sua venda ou a sua destruição.

Artigo 32.º

Pagamento voluntário

1. O pagamento voluntário, no prazo de 15 dias a contar da data da notificação da acusação, é admissível nas multas previstas nas alíneas 1) a 6) do n.º 1 do artigo 23.º

2. O pagamento voluntário da multa prevista na alínea 5) do n.º 1 do artigo 23.º não implica o direito ao levantamento dos produtos apreendidos nos termos da alínea 3) do n.º 3 do artigo 28.º

三、在第一款所指期間內，被控訴人可作出辯護或繳付罰款，如繳付罰款，則僅須繳付罰款金額的一半。

四、屬第一款所指期間屆滿仍未自願繳付罰款亦未作出辯護的情況，須由預審員採取查明是否存在違法行為的適當措施，以及編製有關建議書，並送交衛生局局長決定是否科處處罰。

第九章
最後及過渡規定

第三十三條
補充法例

凡本法律未作特別規定者，均補充適用訂定行政上的違法行為的一般制度及程序的法例以及《行政程序法典》的規定。

第三十四條
跟進及評估報告

一、衛生局負責跟進澳門特別行政區煙草消費的情況，以便能提出關於預防及控制吸煙方面的適當修訂建議。

二、為評估本法律的效果，尤其是在娛樂場內的效果，衛生局須在其生效後每三年編製一份載有上款所指資料的報告。

第三十五條
經許可的商用名稱

一、在本法律生效之日，如煙草製品所使用的名稱暗示該煙草製品對健康的危害較小，只要註明由行政長官以公佈於《澳門特別行政區公報》的批示訂定的特別警語，則可繼續銷售。

二、自本法律公佈之日起，不容許將類似名稱用於澳門特別行政區市場的新製品。

第三十六條
移除廣告

在澳門特別行政區展示的帶有宣傳煙草製品的掩飾圖象或

3. No prazo previsto no n.º 1, pode o acusado apresentar defesa ou proceder ao pagamento da multa, sendo, neste último caso, a mesma reduzida a metade do seu valor.

4. Decorrido o prazo previsto no n.º 1 e não havendo pagamento voluntário nem apresentação de defesa, são realizadas diligências com vista ao apuramento da existência de infracção e elaborada proposta de decisão pelo instrutor, que é submetida à apreciação do director dos Serviços de Saúde para aplicação da sanção.

CAPÍTULO IX
Disposições finais e transitórias

Artigo 33.º
Legislação subsidiária

A tudo o que não esteja especialmente previsto na presente lei, aplica-se, subsidiariamente, o disposto na legislação que define o regime geral das infracções administrativas e o respectivo procedimento e no Código do Procedimento Administrativo.

Artigo 34.º
Relatório de acompanhamento e avaliação

1. Os Serviços de Saúde asseguram o acompanhamento do consumo de tabaco na RAEM a fim de permitir propor alterações adequadas à prevenção e controlo do tabagismo.

2. Com o objectivo de avaliar o impacto da presente lei, designadamente nos casinos, os Serviços de Saúde, elaboram um relatório contendo os elementos referidos no número anterior, em cada três anos sobre a data da sua entrada em vigor.

Artigo 35.º
Designações comerciais autorizadas

1. Os produtos do tabaco que, à data da entrada em vigor da presente lei, utilizem designações que sugiram que o produto é menos prejudicial à saúde, podem continuar a ser vendidos desde que acompanhados de advertência especial a definir por despacho do Chefe do Executivo a publicar no *Boletim Oficial* da RAEM.

2. A partir da data da publicação da presente lei não é permitida no mercado da RAEM a utilização de designações análogas em novos produtos.

Artigo 36.º
Remoção de publicidade

Os suportes publicitários expostos na RAEM, que contenham imagens ou outros meios dissimuladores que explorem a

其他掩飾方式的廣告媒介，應由相關發准照實體在本法律公佈之日起九十日內移除。

第三十七條
娛樂場的吸煙區

一、本法律第五條第三款所指娛樂場吸煙區，應在本法律生效後一年內設立。

二、在娛樂場供非吸煙者使用的區域內，禁止吸煙。

三、違反上款規定構成行政違法行為，科以澳門幣四百元罰款，經適當配合後，適用本法律第八章所規定的處罰制度。

第三十八條
廢止

廢止經十二月三十日第27/96/M號法律及八月十一日第10/97/M號法律修改的八月十九日第21/96/M號法律《吸煙的預防及限制制度》。

第三十九條
生效

一、本法律自二零一二年一月一日起生效。

二、上款規定不適用於下列情況：

（一）在第四條（十三）項所指地點禁止吸煙的規定，自上款所指日期起計一年後生效；

（二）在第四條（十四）項所指地點禁止吸煙的規定，自上款所指日期起計三年後生效；

（三）有關不符合本法律所定的焦油最高含量、標籤、包裝及名稱方面要件的煙草製品禁止銷售的規定，自上款所指日期起計一年後生效。

二零一一年四月十八日通過。

立法會主席　劉焯華

二零一一年四月二十五日簽署。

命令公佈。

行政長官　崔世安

publicidade aos produtos do tabaco, devem ser removidos pela respectiva entidade licenciadora no prazo de 90 dias a contar da data da publicação da presente lei.

Artigo 37.º

Áreas para fumadores nos casinos

1. As áreas para fumadores nos casinos, referidas no n.º 3 do artigo 5.º da presente lei, devem ser criadas no prazo de um ano a contar da data da sua entrada em vigor.

2. Nas áreas para não fumadores dos casinos é proibido fumar.

3. A violação do disposto no número anterior constitui infracção administrativa sancionada com uma multa de 400 patacas, sendo aplicável, com as devidas adaptações, o Regime Sancionatório previsto no Capítulo VIII da presente lei.

Artigo 38.º

Revogação

É revogada a Lei n.º 21/96/M, de 19 de Agosto (Regime de prevenção e limitação do tabagismo), com as alterações introduzidas pelas Lei n.º 27/96/M, de 30 de Dezembro, e Lei n.º 10/97/M, de 11 de Agosto.

Artigo 39.º

Entrada em vigor

1. A presente lei entra em vigor no dia 1 de Janeiro de 2012.

2. Exceptua-se do disposto no número anterior:

1) A proibição de fumar nos locais previstos na alínea 13) do artigo 4.º, cuja disposição entra em vigor um ano após a data referida no número anterior;

2) A proibição de fumar nos locais previstos na alínea 14) do artigo 4.º, cuja disposição entra em vigor três anos após a data referida no número anterior;

3) A proibição da venda de produtos do tabaco que não estejam em conformidade com os requisitos previstos na presente lei em matéria de teor máximo de alcatrão, rotulagem, embalagem e denominações, cujas disposições entram em vigor um ano após a data referida no número anterior.

Aprovada em 18 de Abril de 2011.

O Presidente da Assembleia Legislativa, *Lau Cheok Va.*

Assinada em 25 de Abril de 2011.

Publique-se.

O Chefe do Executivo, *Chui Sai On.*

官樂怡基金會
FUNDAÇÃO RUI CUNHA
Por Macau, Mais e Melhor. 為澳門，無私奉獻，精益求精

Ano 1º
Abril 2013

Nº 1