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

6

第三年 | ANO 3

FICHA TÉCNICA 技術資料表 技術資料表

Título
Legisiuris de Macau em Revista

CRED-DM
Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau
www.creddm.org

Fundação Rui Cunha
www.ruicunha.org

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 Torrão, Cristina Ferreira; Diana Alfafar

Tradução
Zhen Yishu (Teresa)

Design e Paginação
FRC Global Communication Ltd,
Carlos Canhita, Célia Brás e João Ruivo

Contactos
Telefone - (853) 28923288;
e-mail - cred-dm@fundacao-rc.org

Correio
CRED-DM - Publicações,
Fundação Rui Cunha
Avenida da Praia Grande, n.749 - R/C, RAEM, China

Produção
Fundação Rui Cunha

Sede: Administração e Publicidade
Av. da Praia Grande, n.749 - R/C, RAEM, China

Propriedade/Editora
Fundação Rui Cunha

Preços em Macau
MOP 80.00

Tiragem
200 exemplares

Data
Dezembro 2015

ISSN
2307-9312

澳門雜誌Legisiuris

CRED-DM
澳門法律反思研究及傳播中心
網址：www.creddm.org

官樂怡基金會
網址：www.ruicunha.org

行政委員會
RuiCunha (主席);
Rui Pedro Cunha, João Tubal Gonçalves (副主席);
Isabel Cunha , Connie Kong (委員)

執行總監
郭麗茹 (filipa@fundacao-rc.org)

編輯委員會
Jorge Godinho,
郭麗茹 (執行編輯)

本期合作者
Jorge Godinho; João Torrão; Cristina Ferreira; Diana Alfafar

翻譯

鎮一姝

平面設計
FRC Global Communication Ltd,
Carlos Canhita, Célia Brás e João Ruivo

聯係方式
電話 (853) 28923288;
郵箱 cred-dm@fundacao-rc.org

郵寄
中國澳門南灣大馬路749號地下
官樂怡基金會
澳門法律反思研究及傳播中心出版社

出版
官樂怡基金會

行政部及廣告部
中國澳門南灣大馬路749號地下

版權/出版社
官樂怡基金會

澳門售價
澳門幣 $80.00

發行量
200本

日期
2015年12月

國際標準刊號
2307-9312

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

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

ISSN 2307-9312
9 772307 931004

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

6

第三年 | ANO 3

ÍNDICE

NOTA DE ABERTURA 7

DOUTRINA 9

JORGE GODINHO

DO FANTAN AO BACARÁ:
A EVOLUÇÃO DOS JOGOS DE FORTUNA OU AZAR EM MACAU 11

JURISPRUDÊNCIA 33

JOÃO TORRÃO

RETRIBUIÇÃO POR TRABALHO PRESTADO EM DIA DE DESCANSO SEMANAL 35

CRISTINA FERREIRA

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TUI N.º 2/2004 SOBRE A POSIÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL NA HIERARQUIA DAS FONTES DE DIREITO NA RAEM 55

LEGISLAÇÃO COMENTADA

LEGISLAÇÃO COMENTADA 73

DIANA ALFAFAR

DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM MACAU 75

VARIA 87

JORGE GODINHO

COMO ESCOLHER UMA UNIVERSIDADE? 89

索引

序言 93

學說 97

JORGE GODINHO

從"番攤"到"百家樂":澳門幸運博彩的發展 99

司法見解 115

JOÃO TORRÃO

每週休息日工作之報酬 117

CRISTINA FERREIRA

對第2/2004號終審法院合議庭裁判中有關國際公約在澳門特別行政區法源層級中的地位作出之評論 129

立法評論 143

DIANA ALFAFAR

澳門的《競爭法》 145

不同的聲音 155

JORGE GODINHO

如何選擇大學? 157

NOTA DE ABERTURA

Em plena quadra festiva e no final de mais um ano, eis que colocamos à estampa mais um número da nossa Legisiuris, desta feita o número 6.

Nesta edição, contamos com o contributo do Professor Jorge Godinho, que escreve na Secção de Doutrina, o artigo *Do Fantan ao Bacara – A evolução dos jogos de fortuna e azar em Macau.*

No que à Secção de Jurisprudência diz respeito, temos um artigo do Senhor Dr. João Torrão, intitulado *Retribuição por trabalho prestado em dia de descanso semanal*, e um outro da Senhora Dra. Cristina Ferreira, cujo título é *Comentário ao Acórdão do TUI n.2/2004, sobre a posição do direito internacional convencional na hierarquia das fontes de Direito na RAEM*.

Para a Secção de Legislação Comentada contamos com um artigo da autoria da Senhora Dra. Diana Alfafar, intitulado *Direito a Concorrência em Macau*.

Neste número acrescentamos uma Secção Extra, à qual chamamos Varia, e cujo conteúdo é preenchido por um segundo artigo do Senhor Professor Jorge Godinho, intitulado *Como escolher uma Universidade*.

A todos os que contribuiram para a concretização de mais esta edição da Legisiuris, o nosso penhorado agradecimento.

Fazendo votos para que esta edição corresponda às expectativas, ficamos, como sempre, a aguardar comentários, sugestões e/ou artigos para publicação em cred-dm@fundacao-rc.org

Em nome de toda a equipa do CRED-DM, votos de Boas Leituras e Festas Felizes!

FELIZ NATAL E UM PRÓSPERO 2016!

Filipa Guadalupe

Coordenadora CRED-DM

Fundação Rui Cunha

DOUTRINA

DO FANTAN AO BACARÁ:
A EVOLUÇÃO DOS JOGOS DE FORTUNA OU AZAR EM MACAU

JORGE GODINHO[1]
Doutor e Mestre em Direito
jg.macau@gmail.com

I. Introdução

1. O jogo em geral

Este texto procura oferecer uma panorâmica sobre a história dos principais jogos de fortuna ou azar que são objecto de exploração comercial, em Macau, autorizada por lei e efectivada por meio de licenças ou contratos administrativos. É uma área em que Macau é líder mundial e tem uma história longa e riquíssima — de 1849 a 1999 sob administração portuguesa, desde então como Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China.

O jogo, em sentido amplo, é aqui entendido, em chave jurídica, como o conjunto formado por todas as lotarias, jogos e apostas em cujo desfecho são arriscados bens patrimoniais. Trata-se, na expressão popular, do «jogo a dinheiro», que tem na sua raiz uma base contratual. Embora possa assumir as mais variadas formas concretas, o jogo a dinheiro, para o Direito, integra dois elementos fundamentais: por um lado consiste numa realidade lúdica, ou seja, num jogo em sentido objectivo; por outro lado, configura um negócio jurídico patrimonial.

Em termos teóricos, os jogos são factos institucionais. Os jogos apoiam-se em objectos próprios, concebidos ou usados para o efeito. Os objectos de jogo são meros instrumentos, ou seja, são uma realidade em bruto: um dado de seis faces, um baralho de 52 cartas, uma tômbola ou um conjunto de pedras de Mahjong. Estes objectos não são já um qualquer jogo. É necessário que, com base no estabelecimento de certos procedimentos, resultados ou combinações, se criem os jogos, através da definição de um conjunto de regras aplicáveis, aceites pelos participantes[2].

---

1 Doutor e Mestre em Direito. Professor Visitante da Faculdade de Direito e da Faculdade de Gestão de Empresas da Universidade de Macau (jgodinho@umac.mo ; jg.macau@gmail.com). Versão desenvolvida da comunicação apresentada nas III Jornadas de História dos Jogos em Portugal, Lisboa, Outubro de 2014.

2 João Pedro Neto e Jorge Nuno Silva, Jogos. Histórias de família, Gradiva, Lisboa, 2006, referindo-se aos jogos de tabuleiro, escrevem: «Não há limite às possibilidades de jogos e regras diferentes, elas dependem somente da imaginação dos seus inventores e do muito trabalho de experimentação necessário para conseguir um conjunto de restrições que resultem num bom jogo. (…) A ligação e a dependência entre as diversas peças, o equilíbrio entre os exércitos adversários, a clareza e a profundidade de uma partida são factores que muito contribuem para a sobrevivência de um jogo, bem como para o agrado de quem o estuda e joga. Os seres humanos são impacientes por natureza e, sem uma diversidade inteligente, um jogo de tabuleiro que procure estimular o intelecto não se torna atractivo»; p. 11. Estas considerações são tecidas a propósito de jogos que não se praticam normalmente por dinheiro mas apenas por prazer intelectual e passatempo. Os jogos a dinheiro contrastam em larga medida com o que se acabou de mencionar, por serem normalmente de extrema simplicidade e muito rápidos, algo «pobres» em sentido intelectual: o centro de gravidade é o dinheiro que se ganha ou perde e não a «trama» ou estratégia do jogo em si. Muitos não comportam qualquer interacção e dependem totalmente da sorte.

2. Tipologias

O jogo a dinheiro é um domínio extremamente amplo e dinâmico. É assim necessário, para desbravar caminho, traçar algumas divisões.

Para o efeito, é indispensável recordar a separação conceptual, jurídica e interdisciplinar que está na base dos regimes legais sobre jogo a dinheiro. Esta separação fundamental faz-se entre três grandes domínios: jogos de fortuna ou azar, lotarias e apostas. Cada um destes termos comporta subdivisões, em que não importa agora entrar, bastando por agora assinalar que os jogos de fortuna ou azar autorizados coincidem hoje com os que se jogam nos casinos. Os seus traços essenciais são conhecidos. São contratos aleatórios, de resultado não previsível, em que o que uma parte ganha é o que a outra perde. São jogos bancados, ou seja, contratos entre duas partes, o organizador (o casino) e o jogador, em que o jogador joga contra o casino[3], existindo uma vantagem (*house advantage*) matemática a favor da empresa organizadora, que em princípio lhe assegura lucros — e receitas fiscais ao Estado[4]. A esmagadora maioria dos jogos de casino depende 100% da sorte, salvo em alguns casos como o Blackjack ou Vinte e Um, onde há uma componente de perícia.

Em 1961 a lei de Macau, na esteira da lei portuguesa de 1927, definiu os jogos de fortuna ou azar como abrangendo os jogos que dependem exclusivamente da sorte[5]. A definição foi em 2001 alargada aos jogos «em que o resultado é contingente por depender exclusiva ou principalmente da sorte do jogador»[6].

A função do conceito de jogo de fortuna ou azar é sobretudo administrativa e penal. Serve para delimitar o âmbito de uma das formas de jogo autorizado: o conjunto de jogos que só pode ser explorado nos casinos por via de concessão administrativa. Serve ainda, de modo simétrico, em matéria penal, na proibição da «exploração de jogo de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados».

Os jogos de fortuna ou azar são oferecidos de três modos fundamentais: em mesas de jogo; através de máquinas de jogo; por uma via híbrida.

As mesas de jogo são operadas por um *croupier* ou *dealer*, um empregado do casino que executa o jogo e faz os pagamentos e recebimentos.

Os jogos de mesa são muito variados. Em macau coexistem jogos de origem chinesa com outros de origem europeia ou norte-americana. Os jogos ocidentais mais conhecidos são o Bacará, o Blackjack (ou Vinte e Um) e a Roleta. Quase todos estes jogos dependem totalmente da sorte enquanto outros (poucos) têm uma componente de perícia. Muitos outros são operados, conforme é adiante referido.

As máquinas de jogo têm grande variedade e incluem desde logo a *slot machine* clássica com três ou mais cilindros com símbolos que cabe alinhar para obter o pagamento de um prémio

3 Salvo os casos do Poker Texas Hold'em e do Mahjong, que não são jogos bancados, mas sim jogos em que o casino não é parte.

4 Cfr. Robert Hannum e Anthony Cabot, *Practical casino math*, 2.ª ed., Las Vegas NV, Trace Publications, 2005; Stewarth N. Ethier e William R. Eadington (eds.), *Optimal play. Mathematical studies of games and gambling*, Institute for the Study of Commercial Gaming, Reno NV, 2007.

5 O diploma legislativo n.º 1496, de 4 de Julho de 1961 (Governador Silvério Marques) veio dispor: «*Denominam-se de fortuna ou azar os jogos cujos resultados são contingentes, por dependerem exclusivamente da sorte.*» (art. 1). A Lei n.º 6/82/M, de 29 de Maio, manteve a mesma redacção.

6 Lei n.º 16/2001, de 24 de Setembro, art. 2.º, n.º 1, 3).

ou mesmo um *jackpot*[7]; e ainda as máquinas que oferecem versões electrónicas de jogos bancados.

Em anos recentes surgiram formas híbridas, em que um *croupier* executa numa mesa o jogo para múltiplos jogadores, que colocam as suas apostas através de terminais electrónicos. Por esta via, um ou vários *croupiers* podem ter à sua frente dezenas ou mesmo centenas de terminais. Daí que esta forma de jogo, que surge nas estatísticas oficiais desde 2010 (sob a designação «*live multi game*»)[8], seja por vezes conhecida como um «estádio».

3. Traços gerais e condicionantes da evolução

Em Macau, os jogos de fortuna ou azar legalizados têm uma longa história, de 1849 aos nossos dias, que assenta em elementos culturais milenares. A regulamentação moderna dos jogos de fortuna ou azar em Macau existe ininterruptamente desde meados do século XIX, começando com o jogo do Fantan.

Neste período de tempo, qualquer história moderna de Macau deve ser vista em conexão com a chegada por mar no século XVI e estabelecimento dos portugueses[9] e as escolhas políticas feitas pelas suas administrações em interacção com as autoridades chinesas e a comunidade chinesa, no contexto regional[10]. Uma dessas decisões foi a autorização, regulamentação e tributação de várias formas de jogo.

Macau foi durante muito tempo uma jurisdição de jogo pioneira, tal como o Mónaco. No entanto, a grande tendência histórica é no sentido do crescimento do jogo autorizado e, inversamente, da diminuição do jogo proibido. A história revela uma evolução de séculos no sentido

7 A matéria escapa ao centro de interesses deste texto, que reside nos jogos de mesa. Diga-se apenas que uma *slot machine* é um aparelho automático de jogo que atribui prémios com base na obtenção de combinações de símbolos. Foi inventada nos Estados Unidos no final do século XIX. A primeira versão de base mecânica, de 1891, era uma adaptação do *Poker* com um baralho de cartas em 5 cilindros com 10 cada, sendo removidas duas cartas; teve imediato sucesso mas era demasiado complexa e não fazia pagamentos. Pouco depois, em 1895, surgiu a máquina que ficou conhecida como *Liberty Bell*, com três cilindros e só cinco símbolos (os quatro naipes e o sino), com pagamento automático do prémio. O fabricante líder foi durante muitos anos a Mills Novelty Company. Outras máquinas pagavam em pastilhas elásticas do sabor indicado, dando origem à tradição das *fruit machines*, como ainda são conhecidas as máquinas em alguns países. Esta invenção deu origem a toda uma indústria de máquinas de jogo. Na década de 1960 surgiu a máquina electromecânica, que tornou desnecessário puxar a alavanca lateral, bastando carregar num botão. Na década de 1970 surgiu a *slot machine* de base informática, com programação de computador e resultados exibidos num monitor. As máquinas podem exigir um montante de aposta variável, mas normalmente permitem jogar com montantes muito baixos.

8 Cfr. infra a tabela com as receitas dos vários jogos.

9 Sobre a história de Macau antes da chegada dos portugueses, cfr. Zhidong Hao, *Macau. History and culture*, Hong Kong University Press, Hong Kong, 2011, pp. 12 ss.

10 O almirante chinês Zheng (1371–1433) chegou à costa oriental de África na sua quarta viagem (1413-15) enquanto que os portugueses tomaram Ceuta em 1415, tendo a armada partido de Lagos; cfr. Rui Manuel Loureiro, *Lagos e os descobrimentos até 1460*, Câmara Municipal de Lagos, Lagos, 2008 (reimpressão da edição de 1991), p. 39 ss. Gil Eanes dobrou o cabo Bojador em 1434. No ano anterior, o almirante Zheng He, na sua sétima e última viagem, tinha chegado próximo do canal de Moçambique; cfr. Wang Jienan, *Zheng He's voyages to the Western oceans*, China Intercontinental Press, Pequim, 2010 (tradução de Ego), p. 90. A diplomacia e exploração marítima chinesa parou nessa altura; para uma discussão das razões respectivas, cfr. C. P. Fitzgerald, *The southern expansion of the Chinese people*, White Lotus, Banguecoque, 1972, pp. 100 ss. Assim, as frotas das duas nações nunca se cruzaram no Índico nessa era. Os portugueses tomaram Malaca e chegaram ao Sião (Tailândia) em 1511. Cfr. Francisco Bethencourt e Diogo Ramada Curto (eds.), *Portuguese oceanic expansion 1400-1800*, Cambridge University Press, Nova Iorque, 2007; Peter Borschberg, *Hugo Grotius, the Portuguese and free trade in the East Indies*, National University of Singapore Press, Singapura, 2011.

de uma progressiva tolerância do jogo a dinheiro entre privados, bem como uma crescente aceitação do jogo organizado. Trata-se de um movimento que em muitos países se fez de avanços e recuos mais ou menos pendulares entre a proibição absoluta, a proibição não aplicada resultando numa permissão informal, a tolerância calculada e a permissão formal.

É o caso dos Estados Unidos, onde I. Nelson Rose observou a existência de três vagas sucessivas de legalização e proibição do jogo[11]. Ocorreram movimentos legislativos pendulares análogos em França[12] e no Brasil[13]. O mesmo sucedeu no caso da China: com efeito, no que toca a aspectos com directa relação com Macau, é de referir que foram numerosas as oscilações da política pública sobre o jogo a dinheiro na província de Cantão no período final da dinastia *Qing* (1644-1911) e no período republicano na primeira metade do século XX[14]. Com a implantação da República Popular da China em 1949 foi decretada uma proibição total dos jogos de fortuna ou azar, mas posteriormente foram criadas duas lotarias. Assiste-se actualmente a uma rápida expansão regional do jogo autorizado, com destaque especial para Singapura[15] e para Taiwan[16], com perspectivas igualmente no Japão[17]. Há por outro lado uma expansão global do jogo organizado oferecido através da internet, que foi objecto de regulamentação em Portugal em 2015.

A evolução geral do jogo autorizado em Macau é muito pouco acidentada, senão mesmo linear. A partir do início do século XIX foram progressivamente tipificadas e autorizadas várias formas de jogo e, diferentemente do que ocorreu noutros sistemas jurídicos, não houve de seguida recuos

11 Cfr. I. Nelson Rose, «The legalization and control of casino gambling», in *Fordham urban law review*, vol. 8(2), 1979, pp. 245 ss.; cfr., por último, I. Walter T. Champion Jr. e I. Nelson Rose, *Gaming law in a nutshell*, West, St. Paul MN, 2012, pp. 42 ss.

12 Jean-Louis Harouel, «De François Ier au pari en ligne, histoire du jeu en France», in *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionelles et politiques*, n.° 139, 2011, p. 5 ss.; Jean-Baptiste Darracq, *L'état et le jeu. Étude de droit français*, Presses Universitaires d'Aix-Maseille, Aix-en-Provence, 2008, pp. 53 ss.

13 O hotel Copacabana Palace, no Rio de Janeiro, foi inaugurado em 1923, com um casino, seguindo a tradição europeia de desenvolver o turismo e procurar atrair visitantes às estâncias balneares e termais. Foi decretada uma proibição do jogo pelo Decreto-Lei n.º 9215, de 30 de Abril de 1946, do Presidente Eurico Gaspar Dutra, que levou na altura ao encerramento de cerca de 70 casinos e a muitos despedimentos. No seu preâmbulo é possível ler que «a repressão aos jogos de azar é um imperativo da consciência universal», que «a legislação penal de todos os povos cultos contém preceitos tendentes a esse fim», que «a tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro e contrária à prática e à exploração e jogos de azar» e que «das excepções abertas à lei geral, decorreram abusos nocivos à moral e aos bons costumes». Em anos recentes têm surgido iniciativas legislativas no sentido de inverter a situação. De 1993 a 2004 foram autorizados bingos, um sector que teve um crescimento enorme mas foi interrompido abruptamente dando origem a múltiplas controvérsias jurídicas.

14 Cfr. Virgil Ho, *Understanding Canton. Rethinking popular culture in the Republican period*, OUP, Oxford, 2005, pp. 156 ss.

15 Cfr. Derek da Cunha, *Singapore places its bets. Casinos, foreign talent and the remaking of a city-state*, Straits Times Press, Singapura, 2010, pp. 21 ss. O processo começou com um anúncio ministerial no parlamento em Março de 2004, passou pela aprovação do *Casino Control Act* em 2006 e culminou na abertura de dois «*integrated resorts*» de largas dimensões em 2010, o Marina Bay Sands (explorado pela Las Vegas Sands) e o Resorts World Sentosa (explorado pela Genting Berhad).

16 Em 2009 foi aprovado o *Offshore Islands Development Act*, que veio apontar para a construção de casinos apenas nas ilhas secundárias do arquipélago e não na Formosa, sendo necessária a aprovação em referendo pelos habitantes de tais ilhas. O primeiro referendo, realizado nas ilhas Pescadores (Penghu), em 2009, fracassou. O primeiro casino de Taiwan poderá abrir em Matsu, que aprovou a medida em referendo em 2012.

17 Em Dezembro de 2013 foi iniciado no parlamento japonês um processo legislativo que poderá conduzir à legalização de casinos, com a respectiva abertura a ter lugar eventualmente ainda antes da realização dos Jogos Olímpicos de 2020 em Tóquio, embora tal não seja certo. Cfr., em detalhe, Jorge Godinho, «A abertura de casinos no Japão: um desafio para Macau?», in *Legisiuris de Macau em Revista*, ano 2, n.º 4, 2014, pp. 29 ss.

do poder político nessas decisões que conduzissem a uma posterior ilegalização.

Saliente-se ainda que um outro traço geral da evolução ocorrida é que Macau tem nesta matéria um percurso único e autónomo, ou seja, uma trajectória que pouco tem em comum com a regulamentação do jogo em Portugal até 1999 ou na China depois dessa data, tendo feito uma gestão do sector que teve em conta as especificidades locais e regionais, não se aplicando automaticamente outros modelos.

Há assim considerações financeiras determinantes, sendo o papel do Estado muito significativo, já que autoriza e como tal delimita o que é possível jogar de modo lícito. Os operadores, naturalmente, procuram os jogos que geram mais receitas.

A história dos jogos de fortuna ou azar pode ser dividida em três períodos:

a) A era do Fantan (1849-1961);

b) A introdução de jogos ocidentais pela STDM (1962-c1976);

c) A era do Bacará (desde c1976).

II. O Fantan

4. Ferreira do Amaral, o *founding father*

O primeiro período na história dos jogos de fortuna ou azar, bastante longo, é caracterizado pela autorização, regulamentação e tributação da operação comercial de um único jogo, o Fantan — o jogo chinês favorito durante mais de um século. Legalmente oferecido continuamente desde 1849, é de longe o jogo mais antigo e durante muitos anos foi sinónimo de jogos de fortuna ou azar em geral. O Fantan espalhou-se com as comunidades chinesas por todo o mundo, designadamente nos Estados Unidos[18], e foi um dos jogos permitidos no Nevada em 1931[19].

A sua autorização deve-se ao Governador Ferreira do Amaral (g. 1846-1849)[20], unanimemente considerado pelos historiadores de Macau como uma figura essencial e de viragem. Com ele findaram três séculos de jurisdição mista, de convivência de autoridades chinesas e portuguesas, e começou o período colonial.

Porém, nos relatos desta época só os aspectos político-constitucionais são normalmente salientados. A natureza das mudanças económicas ocorridas tende a ser omitida, do que resulta uma visão incompleta de como tal viragem se deu perante a concorrência esmagadora dos britânicos em Hong Kong.

---

18 Cfr. Stewart Culin, *The gambling games of the Chinese in America*, University of Pennsylvania Press, Filadélfia PA, 1891.

19 David Schwartz, *Roll the bones. The history of gambling*, Gotham Books, Nova Iorque NY, 2006, p. 355. O Fantan foi um dos jogos especificamente proibidos após a corrida do ouro na Califórnia em 1885; *California Penal Code*, § 330.

20 É conhecido o seu papel na imposição da soberania portuguesa e na adopção de importantes medidas: o não pagamento do foro do chão, a abertura do porto ao comércio com todas as nações e o fecho das alfândegas chinesa e portuguesa, a ocupação das ilhas, o lançamento de novos impostos, a efectiva redução do Senado a um município (já prevista na lei), entre outras medidas controversas de um líder de personalidade forte e abrasiva, que enfrentou muitas resistências. E que pagou por isso com a vida. Para um sumário da sua acção, cfr. Jorge Santos Alves e António Vasconcelos de Saldanha (coords.), *Governadores de Macau*, Livros do Oriente, Macau, 2013, pp. 210 ss. Para uma análise desenvolvida, cfr. António Vasconcelos de Saldanha, «"Um estabelecimento a refundir e criar de novo". Macau e a política externa portuguesa na China (1842-1853)», in António Vasconcelos de Saldanha, *Estudos sobre as relações luso-chinesas*, ISCSP e Instituto Cultural de Macau, Lisboa, 1996, pp. 173 ss.

Na historiografia da acção de Ferreira do Amaral fica sempre na sombra o seu papel de fundador dos jogos chineses legalizados em Macau. É algo que cabe salientar, a par das suas outras importantes medidas.

No tempo de Amaral esperava-se ainda contrariar os nefastos efeitos da criação bem perto de um estabelecimento inglês permanente. Tal não aconteceu. A partir de 1846-49, e apesar da abertura do porto, o comércio não renasceu. Em vez disso, Macau sobreviveu e tornou-se financeiramente auto-suficiente na base da lotaria Pacapio, do jogo do Fantan, do ópio e do tráfico de "*coolies*". Este modelo económico imprevisto teve grande sucesso: os défices desapareceram em poucos anos. A refundação económica deu-se na base do jogo e de indústrias menos recomendáveis. Não havia outra alternativa.

Consideramos que o Governador Ferreira do Amaral é o "pai fundador" da indústria do jogo: autorizou a exploração comercial da lotaria chinesa Pacapio e do jogo chinês de fortuna ou azar Fantan, que sobrevivem até hoje. No entanto, numa omissão flagrante, o seu papel na legalização do jogo não tem sido enfatizado[21].

No seu primeiro ano de mandato, em Janeiro de 1847, Amaral autorizou a lotaria Pacapio, que então se jogava de forma ilegal. A base da decisão não é conhecida mas pode ser reconstruída: a problemática da legalização do jogo é relativamente imutável. O jogo é normalmente legalizado durante graves crises económicas. Como noutros lugares e épocas, perante uma procura sustentada ter-se-á considerado que a proibição seria inexequível na prática, moralmente duvidosa e indesejável dos pontos de vista fiscal e da segurança. Com a proibição o jogo continuaria de modo ilegal, gerando criminalidade. Pelo que o razoável seria autorizar, regulamentar e tributar o jogo, como um exclusivo permitido a particulares, a título temporário, gerador de receitas. Acresce que já existia a lotaria da Santa Casa da Misericórdia de Macau[22], que funcionava no Natal.

O Fantan veio de seguida, em Abril de 1849. Sendo um jogo bancado, operado de modo contínuo, é mais viciante e nele se pode perder muito mais do que numa lotaria. Mas também pode fornecer maiores lucros e impostos do que o Pacapio, como sucedeu. Uma vez permitido o Pacapio, vistos os seus resultados, quebrada a resistência moral ou religiosa, e criadas estruturas e procedimentos, terá sido iniciada uma dinâmica para a legalização: seria inaceitável ter lado a lado uma lotaria Pacapio legal e um jogo ilegal de Fantan.

O Pacapio e o Fantan continuam, quase 170 anos depois; o Fantan em 2014 teve mais um recorde de receitas. A sua permissão por Ferreira do Amaral é outra razão pela qual o seu lugar na história de Macau é incontornável.

5. O jogo

O Fantan teve diversos regulamentos ao longo da história[23]. É um puro jogo de fortuna ou azar, que não requer qualquer perícia[24]. Uma pequena pilha de botões é coberta ou «cortada»

21 Procurámos colmatar esta lacuna em Jorge Godinho, «A history of games of chance in Macau: Part 2 — The foundation of the Macau gaming industry», in *Gaming Law Review and Economics*, vol. 17(2), Março de 2013, pp. 107 ss.

22 Cfr. Leonor Diaz de Seabra, *A Misericórdia de Macau (séculos XVI a XIX). Irmandade, poder e caridade na idade do comércio*, Universidade de Macau e Universidade do Porto, Macau, 2011.

23 O actual regulamento consta do Despacho Regulamentar Externo do Secretário para a Economia e Finanças n.º 58/2004, in *Boletim Oficial*, I.ª Série, n.º 20, 17 de Maio de 2004, pp. 716 s.

24 Cfr. Xavier Paulès, «Gambling in China reconsidered: *fantan* in south China during the early twentieth century», in *International Journal of Asian Studies*, vol. 7(2), 2010, pp. 179 ss.

pelo *croupier* com uma campânula, de modo a que fique escondido um número desconhecido ou aleatório de botões.

A aposta incide sobre a questão de saber quantos botões permanecerão na mesa depois de todos os que foram cobertos terem sido removidos em grupos de quatro: 1, 2, 3 ou 4[25]. A utilização de uma vareta longa e fina e não das mãos do *dealer* aumenta a transparência da contagem, de modo que não exista possibilidade de qualquer fraude. A aposta num dos números paga 3 para 1. Há diversas combinações de apostas com *odds* mais baixas, de modo não muito diferente da Roleta.

Até 1961 a casa ficava com uma comissão de 10%, às vezes 8%. A comissão baixou para 5% em 1962, valor que se aplica ainda hoje[26]. O funcionamento do jogo é simples e requer apenas os botões, uma campânula para cobrir os botões, uma vareta para os separar e capitais suficientes.

6. A exploração do Fantan

O Fantan jogava-se em instalações conhecidas precisamente como *casas de Fantan*[27] — e não em «casinos», de só se pode falar a partir de 1962. Muitos operadores foram autorizados no decurso de mais de um século a fazer a sua exploração. A autorização era feita quase sempre numa base anual de 1849 a 1889, mas passou a ser por períodos mais longos, até seis anos, de 1889 em diante. A exploração foi feita sempre em monopólio (regime de exclusivo), salvo dois curtos períodos em que houve concorrência (regime de licença). As receitas arrecadadas pelo Governo aumentaram de forma constante no longo prazo, salvo algumas descidas temporárias.

O negócio do Fantan esteve primeiro centrado na área do Porto Interior, perto do bazar, na Rua das Estalagens e da Rua da Felicidade. No século XX, após a abertura da Avenida Almeida Ribeiro, o principal local passou a ser o Hotel Central. A última operadora deste período foi a Tai Heng Lda que, através de numerosas renovações, deteve o monopólio de forma ininterrupta de 1937 até 1961. Tornou-se numa empresa muito grande, oferecendo uma gama de serviços, incluindo transportes, hotelaria, restaurantes, bares, entretenimento e jogo — tal como ocorreria com a STDM após 1962, que viria a essencialmente copiar o modelo de negócio.

Uma tabela publicada no Boletim Oficial de Macau em 1859[28] fornece detalhes sobre a arrematação do Fantan na primeira década de operação, incluindo a receita arrecadada, e merece ser transcrita na íntegra.

---

25 Nos termos do regulamento oficial, «*O jogo consiste em adivinhar o número final de botões resultante da divisão, quatro a quatro, dos botões cobertos pela campânula metálica. Quando o resultado final da operação for 0 (zero) entende-se que este resultado corresponde a quatro*» (art. 3.º).

26 Nos termos do regulamento oficial, «*Cinco por cento dos prémios revertem a favor da banca*» (art. 9.º).

27 Cfr. Filipe Emídio de Paiva, *Um marinheiro em Macau - 1903, álbum de viagem*, Museu Marítimo de Macau, que relata a viagem do autor nesse ano, com belas aguarelas e fotografias muito nítidas. A célebre aguarela de uma casa de Fantan de primeira classe, com dois andares, consta da p. 84. Esta ilustração documenta uma visível diferença entre o ambiente aristocrático do primeiro andar, de onde as apostas desciam por meio de pequenas cestas, e o ambiente popular do piso térreo.

28 Junta da Fazenda Pública, *Mapa demonstrativo das arrematações do jogo do Fantan desde a criação do exclusivo*, in *Boletim Oficial*, 21 de Maio de 1859, n.º 30, p. 1. Cfr. ainda Luís Quental, «O Fantan em Macau no século XIX», in *Revista Macau*, série II, n.º 4, 1992, pp. 84 ss.

Ano	Quantia (patacas)[29]	Nome do arrematante	Observações
1849	$80	China [chinês de nome não registado]	Não foi por arrematação, mas sim pela licença concedida pelo Exmo. Governador da Província o Conselheiro Amaral.
1849/50	1,820	Dito	Dito dito pelo Conselho do Governo.
1850/51	11,920	China Mestrinho	Em leilão pela Procuratura à razão de $1,000 por mês, pelo tempo de um ano. O china arrematante não cumpriu o contrato até ao fim do prazo por ter fugido.
1851/52	12,000	Nicolau Tolentino Fernandes	Em leilão público perante a Junta da Fazenda, sendo Governador o Exmo. Conselheiro Cardoso.
1852/53	9,720	Dito	Idem dito dito sendo Governador o Exmo. Conselheiro Guimarães. Foi duas vezes à praça, em 6 e 10 de Julho.
1853/54	10,920	Dito	Idem dito dito. Foi três vezes à praça, em 28 de Junho, 5 e 11 de Julho.
1854/55	9,720	Dito	Idem dito dito. Foi duas vezes à praça, em 4 e 8 de Julho.
1855/56 **1856/57** **1857/58**	12,060 12,060 23,940[30]	Dito	Idem dito dito por três anos a $12,060 por ano, que dão $36,180. Em sessão da Junta da Fazenda de 13 de Dezembro de 1854 houve proposta do China Ahoi para ficar com este exclusivo por tempo de três anos, oferecendo $900 por mês, a mesma Junta mandou fazer aviso público para quem quisesse tomar o dito exclusivo para mais de $900 por mês, dirigisse a sua proposta à dita Junta até 31 do referido mês de Dezembro, seguindo-se a arrematação em 2 de Janeiro de 1855; e chegou o china a oferecer $1,000, e Nicolau Tolentino Fernandes $1,005 por mês.
1858/59	84,000	Chiong Ahoi	Idem em leilão público perante a Junta da Fazenda, sendo Governador o Exmo. Conselheiro Guimarães.

A arrematação do exclusivo do Fantan era feita pela Junta da Fazenda, a administração fiscal. De 1850 até 1877 a metodologia utilizada para a arrematação dos exclusivos foi o leilão público e aberto, com preço ascendente. Num procedimento desta índole os licitantes presentes na sala têm acesso a vasta informação: podem ver quem está a fazer lances, podem ver que valores estão a ser oferecidos e, claro, podem reagir de imediato, de acordo com as circunstâncias[31].

Após a ocorrência de casos de conluio entre os licitantes (com vista a manter o preço artificialmente baixo), o método foi alterado: passou a ser um leilão mediante a apresentação de propostas em carta fechada. Num processo desta índole, os licitantes não têm maneira de saber quem está a fazer ofertas ou mesmo quantos interessados existem, não sabem que montantes estão a ser oferecidos e só podem oferecer uma vez. Comum a ambos os métodos era, naturalmente, a noção de que o exclusivo, em princípio, deveria ser atribuído a quem oferecesse o maior lance, desde que todos os restantes requisitos estivessem cumpridos. Num leilão por meio de propostas em carta fechada a sessão pública é muito mais simples e consiste essencialmente apenas na abertura

29 Estava em uso na época a indicação das milésimas, que optámos por omitir.

30 Em nota a este valor, diz-se: «Posto que este exclusivo fora arrematado por 3 anos à razão de $12,060 por ano, rendeu de 1857 a 1858 $23,940 por se ter concedido ao arrematante, por despacho da Junta da Fazenda Pública de 22 de Setembro de 1857, o ter abertas mais casa de jogo do que era lícito pelo contrato, pagando na proporção pelo excesso». Com efeito, foi pago quase o dobro. Nas condições para 1858/59 foi estabelecido que se o arrematante pretender operar mais do que as 20 mesas de Fantan previstas deveria solicitar autorização e, se autorizado, pagar uma quantia proporcional à renda paga pelas 20 mesas; Aviso da Junta da Fazenda, in *Boletim Oficial*, 29 de Maio de 1858, n.º 31, p. 121. Cfr. Luís Quental, «O Fantan em Macau no século XIX», in *Revista Macau*, Série II, n.º 4, 1992, pp. 84 ss.

31 Os leilões são estudados pela teoria dos jogos, e há uma literatura considerável sobre a sua eficácia.

das propostas e na determinação de qual tem o maior valor, na verificação da existência de fiador idóneo, salvo no caso raro de existirem duas ou mais propostas do mesmo valor, em que teria lugar um leilão aberto entre os licitantes empatados[32].

A hasta pública era geralmente anunciada com algumas semanas de antecedência, de acordo com o procedimento comum para todos os exclusivos, por meio de avisos, em português e chinês, afixados nos locais de estilo. Eram por vezes publicados no Boletim Oficial, mas nem sempre, até a publicação se ter tornado obrigatória pelo Regulamento da Fazenda de 1901.

7. Rejeição de outros jogos chineses

Se o domínio do Fantan não oferecia contestação, outros foram-se afirmando, em especial o Cussec, um jogo de dados chinês que desde há décadas se jogava tradicionalmente apenas durante os dias das festividades do ano novo lunar[33]. Em 1931 a sociedade Iün Iün Lda requereu autorização para operar o Cussec e o Pai Kao regularmente no Hotel Central. Este pedido gerou um debate complexo. Tendo sido submetido a Lisboa, o ministro do ultramar decidiu-se pelo indeferimento[34].

Outros jogos poderiam gerar alguma concorrência aos exclusivos existentes, pelo que eram por vezes suscitadas objecções por parte dos arrematantes dos exclusivos, nomeadamente do Fantan. Em 1917 o Sr. Kou Ho Neng apresentou queixa contra um «jogo da bola» que se jogava com 99 bolas em que o maior prémio era um anel de ouro no valor de 6 patacas. Analisada a questão, concluíu-se que não havia base jurídica para reclamar contra um tal jogo. Com efeito, o exclusivo do Fantan destinava-se a operar um jogo apenas, embora as condições contratuais proibissem a concorrência mais directa, como o Cussec e jogos de dados similares[35].

32 A este propósito, fala-se na seguinte história: «*The story goes that on one occasion the usual sealed tenders were to be opened by Mr. Lobo. One only had up to then been presented, that of the Company which had held the concession for many years. At the last moment another envelope was presented, to the consternation of the Concessionary Company who asked for another five minutes, at the end of which they entered a tender for an extra quarter million. Mr. Lobo then drew from the other envelope a blank sheet of paper and blandly remarked that evidently the Company was not finding taxation too heavy. This story at least deserves to be true*»; Colin Day and Richard Garrett (eds.)*, The Lone Flag: Memoir of the British Consul in Macao during World War II, John Pownall Reeves*, Royal Asiatic Society Hong Kong Studies Series, Hong Kong University Press, Hong Kong, 2015, p. 41.

33 Cfr. p. ex. o anúncio da Junta da Fazenda sobre o direito de estabelecer mesas de *Cluclu* de 25 Janeiro a 1 de Fevereiro de 1895 nas ruas do bairro chinês, in *Boletim Oficial*, n.º 51, 22 de Dezembro de 1894, p. 627. A atmosfera que se vivia nas ruas, 50 anos mais tarde, foi descrita em Jaime do Inso, *Cenas da vida de Macau*, 2.ª ed., Instituto Cultural, Macau, 1997 (reedição da ed. de 1941), pp. 29 ss.

34 Doc. MO/AH/AC/SA/01/13369 (todos os documentos com referências iniciadas por MO/AH pertencem ao Arquivo Histórico de Macau; cfr. www.archives.gov.mo).

35 Doc. MO/AH/AC/SA/01/06028. A Polícia informou que esse jogo pode de facto prejudicar mas sempre existiu sem reclamação de outros, e a condição 11 do contrato então em vigor só falava em jogos de dados.

8. Tentativas de introduzir jogos ocidentais

Duvidou-se durante bastante tempo sobre se seria de alargar a exploração a outros jogos. No que toca a jogos ocidentais, no início do século XX tiveram lugar várias tentativas por parte de europeus de obter um exclusivo, que seria operado em paralelo com o Fantan.

Em 1904, o belga Alexander Vanderstar requereu autorização para operar um *Kursaal*, no que foi rapidamente seguido ainda no mesmo ano por outro requerente do exclusivo dos jogos europeus, John S. Barnes. Os pedidos foram rejeitados em Lisboa devido ao receio de que ocorresse um impacto negativo sobre a exploração do Fantan, que funcionava bastante bem[36].

Em 1911 o francês A. Vernon solicitou o exclusivo de todos os jogos — chineses e europeus —, mas o ministro do ultramar em Lisboa, concordando com o parecer do Conselho Colonial, rejeitou o pedido[37].

Várias operações ilegais foram documentadas, no que seria certamente um problema recorrente. Jogou-se Cussec e Roleta no Hotel Bela Vista em 1913[38]. Jogou-se ilegalmente Fantan no navio Hoi Wa da carreira entre Macau e Cantão em 1915[39]. Em 1921 o Sr. Kou Ho Neng reclamou contra um jogo de tômbola[40].

Em Dezembro de 1928 Li Chai Tong da sociedade Chap Foc Ltd reclamou para o Governador contra a Roleta e jogos de fortuna ou azar similares, tendo obtido a resposta algo lacónica de que tais jogos eram absolutamente proibidos e o arrematante poderia ajudar a polícia na sua repressão prestando informações sobre os infractores[41].

Durante um certo período na década de 1930 a Roleta foi jogada na ilha da Taipa numa área conhecida como «Costa de Jade»[42].

A política de que os jogos ocidentais eram pura e simplesmente não autorizados manteve-se sempre, mesmo durante a segunda guerra mundial[43]. Mas após o desaparecimento das incertezas políticas das décadas de 1940 e 1950, esta orientação tornava-se cada vez mais arcaica e teria de mudar mais tarde ou mais cedo.

---

36 Cfr. Beatriz Basto da Silva, *Cronologia da história de Macau*, vol. 4, século XX, DSEJ, Macau, 1997, p. 34.

37 Doc. MO/AH/AC/SA/01/03683.

38 Doc. MO/AH/AC/SA/01/04216. O gerente inglês do Hotel Bela Vista terá sido «*chased out of the enclave when the police rumbled the clandestine roulette parties he was holding there*»: Phillipe Pons, *Macao*, Hong Kong University Press, Hong Kong, 2002 (trad. do original francês de 1999 por Sara h Adams), p. 20.

39 Doc. MO/AH/AC/SA/01/05011.

40 Doc. MO/AH/AC/SA/01/08367.

41 Doc. MO/AH/AC/SA/01/12235.

42 Beatriz Basto da Silva, *Cronologia da história de Macau*, vol. 4 (como na nota 35), p. 250; A. H. de Oliveira Marques (dir.), *História dos portugueses no extremo oriente*, vol. 4, Fundação Oriente, Lisboa, 2003, p. 398.

43 Cfr. João Botas, *Macau 1937-1945. Os anos da guerra*, Instituto Internacional de Macau, Macau, 2012, pp. 129 ss.

III. Blackjack e Roleta

9. A revolução de Silvério Marques

Em 1962 os jogos ocidentais — incluindo o Blackjack, a Roleta e o Bacará — foram finalmente introduzidos a título permanente, depois de uma resistência de décadas. O processo não deixou de ser rodeado de fortes dúvidas sobre se os jogadores chineses teriam verdadeiramente interesse em jogos «estrangeiros». Foi ponderada a criação de duas concessões, uma para jogos chineses e outra para jogos europeus, mas no final optou-se por uma apenas.

Foi assim operada uma mudança radical de paradigma na indústria dos jogos de fortuna ou azar, levada a cabo pela mão firme do Governador Jaime Silvério Marques (g. 1959-1962)[44]. Em 1961 foi lançado um concurso público em moldes actualizados e muito mais exigentes, inspirados no regime português de 1927[45], com vista à atribuição de uma concessão administrativa em regime de exclusivo com uma série de obrigações específicas, com vista a desenvolver o turismo, em especial a obrigação de construir e operar um casino-hotel.

O conceito de um estabelecimento que oferece uma variedade de jogos de fortuna ou azar — um casino —, foi finalmente introduzido.

A Tai Heng Lda concorreu, mas veio a perder para uma nova empresa que ofereceu uma receita muito maior ao Governo, a Sociedade de Turismo e Diversões de Macau (STDM), de Stanley Ho, Henry Fok, Teddy Ip e Yip On. A STDM iniciou as suas operações em instalações temporárias, na zona da piscina municipal no Tap Seac, onde mais tarde seria construído o Hotel Estoril. Também adaptou um batelão para servir de casino flutuante, posteriormente substituído pelo casino Macau Palace. No ano de 1963 o Hotel Estoril e a casa de jogo Kam Pek abriram as portas.

10. A introdução de jogos ocidentais

Dando início a uma tradição legislativa que consiste em nomear os jogos especificamente autorizados, a lei de 1961[46] veio prever os seguintes jogos de fortuna ou azar, por esta ordem:

1) Jogos chineses: Fantan; Cussec;

2) Jogos europeus: Bacará «chemin de fer»; Bacará com dois tabuleiros, de banca aberta;

---

44 Sobre os tumultuosos factos da transição, que não cabe aqui desenvolver, cfr. Moisés Silva Fernandes, *Macau na política externa chinesa 1949-1979*, ICS, Lisboa, 2006, pp. 91 ss.; Jorge Santos Alves e António Vasconcelos de Saldanha (coords.), *Governadores de Macau* (como na nota 19), 2013, pp. 416 ss.; Vasco Silvério Marques e Aníbal Mesquita Borges, *O ouro no eixo Hong Kong/Macau (1946-1973)*, Instituto Português do Oriente, 2012, pp. 275 ss.

45 Os jogos de fortuna ou azar autorizados começaram muito tardiamente em Portugal — só em 1927, já sob o Estado Novo — com a publicação do Decreto n.° 14.643, de 3 de Dezembro de 1927, e subsequente atribuição de concessões em várias cidades costeiras e turísticas a empresas com um exclusivo em cada zona de jogo. Em pormenor sobre as várias tentativas de legalização dos jogos de fortuna ou azar, cfr. Irene Vaquinhas, *Nome de código "33856". Os "jogos de fortuna ou azar" em Portugal entre a repressão e a tolerância (de finais do século XIX a 1927)*, Livros Horizonte, Lisboa, 2006; José Pereira Deus e António Jorge Lé, *O jogo em Portugal*, Minerva, Coimbra, 2001, pp. 27 ss.

46 Diploma Legislativo n.º 1496, in *Boletim Oficial*, n.º 26, 4 de Julho de 1961, pp. 795 ss.

Bacará com dois tabuleiros, de banca ilimitada; Banca Francesa; Boule; Ecarté; Roleta; Trinta e Quarenta.

O Blackjack e o Craps não figuravam desta lista inicial mas foram aditados pelo diploma que, no início de 1964, aprovou os regulamentos oficiais dos jogos [47].

Numa medida destinada a atrair mais jogadores, a comissão sobre o Fantan foi reduzida para 5%[48]. Apesar desta medida, restava saber qual seria o impacto das muitas novidades que assim tinham sido introduzidas, naquela que foi a alteração mais profunda que a indústria do jogo de Macau alguma vez conheceu.

11. Cussec, Sic Bo, Big and Small

A primeira grande novidade foi o Cussec, igualmente conhecido por uma variedade de designações: Sic Bo, Big and Small, Tai Siu (grande e pequeno). Durante o século XIX era conhecido ainda, por onomatopeia, como Clu-clu, devido ao som produzido pelos três dados quando são agitados, mas o termo entrou em desuso.

Assim, o Cussec, que durante décadas foi apenas uma tradição do Ano Novo Lunar, em 1962 passou a ser explorado de modo permanente[49].

É também oferecido em versão electrónica, geralmente em mesas de 8 ou 6 jogadores. Joga-se com três dados e deriva o seu nome da aposta básica sobre se o resultado será «pequeno» (de 4 a 10, excluindo a tripla 3) ou «grande» (de 11 a 17, excluindo a tripla 18) [50]. Outras apostas possíveis são o par, o ímpar, o total da soma dos dados, ou as triplas.

O Cussec é desde 2005 o mais popular jogo chinês de dados[51] e o segundo jogo com mais procura, só superado pelo Bacará.

47 *Regulamento dos Jogos Chineses e Europeus*, aprovado pela Portaria n.º 7461, de 1 de Fevereiro de 1964, in *Boletim Oficial*, n.º 5, pp. 123 ss.

48 *Regulamento dos Jogos Chineses e Europeus*, art. 5.º, parágrafo único. A tributação da indústria do jogo continuou até 1976 a ser feita na base de uma renda anual fixa, pelo que o impacto financeiro desta descida em 1962 se reflectiu sobre a concessionária e não sobre as receitas do Governo. Só mais tarde começou a tributação com base na receita bruta.

49 O actual regulamento oficial foi aprovado em 2004, com uma alteração em 2006: Despacho Regulamentar Externo do Secretário para a Economia e Finanças n.º 57/2004, conforme alterado pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 69/2006. Este regulamento revogou um outro que tinha sido aprovado no ano anterior pelo Despacho Regulamentar Externo do Secretário para a Economia e Finanças n.º 31/2003. O anterior regulamento tinha sido aprovado pela Portaria n.º 223/75, de 20 de Dezembro, que veio dar nova numeração e redacção aos artigos 8° a 15° do Regulamento dos Jogos Chineses e Europeus, aprovado pela Portaria n° 7461, de 1 de Fevereiro de 1964.

50 Cfr. uma análise da matemática do Cussec em Robert Hannum e Anthony Cabot, *Practical casino math* (como na nota 3), 2005, pp. 115 ss.

51 Na última década, um outro jogo chinês de dados, o Peixe-Camarão-Caranguejo (*Fish-Prawn-Crab*) entrou em decadência acentuada e em 2014 desapareceu mesmos dos casinos de Macau.

12. Blackjack

O Blackjack é um jogo bem conhecido, pelo que não são necessários grandes desenvolvimentos. Uma sua característica fundamental reside no facto de que não é um puro jogo de fortuna ou azar, já que comporta elementos de perícia.

Com efeito, trata-se de um jogo em que foi desenvolvida e apurada uma estratégia adaptativa própria, destinada a maximizar as probabilidades de ganho por parte do jogador, a chamada «*basic strategy*». No entanto, mesmo que seguida à risca, uma tal estratégia não permite superar a vantagem da casa, invertendo-a a favor do jogador. Assim sendo, o Blackjack deve ser considerado como um jogo sobretudo de fortuna ou azar.

Por outro lado, este jogo tornou-se particularmente famoso em virtude da questão da possibilidade de proceder à contagem das cartas (*card counting*). Trata-se de um procedimento baseado em análise matemática e probabilística que, em suma, permite identificar os momentos em que a «contagem» (a *house advantage*) é favorável ao jogador, nos quais este deve variar (aumentar) o montante da aposta[52].

O início da década de 1960, em que o Blackjack foi autorizado em Macau, coincidiu com a descoberta e apuramento das técnicas de contagem de cartas (contando cincos, dezenas, ou com o sistema de pontos que conta todas as cartas). O *card counting* tornou-se popular e fez grandes manchetes dos jornais nos Estados Unidos[53], uma fama que perdura até hoje, em livros e filmes[54]. Deve observar-se que em Macau o *card counting* é eliminado pelo facto de que as cartas jogadas em cada mão regressam imediatamente a um baralhador automático. O regulamento oficial permite jogar com um baralho ou até seis baralhos. O regulamento não impõe o uso do baralhador, mas uma observação de alguns casinos de Macau mostra que as mesas de Blackjack usam-no sempre. Onde seja usado sempre um baralhador-distribuidor automático o *card counting* não pode ter lugar, por impossibilidade física: nada há para contar visto que as cartas são sempre totalmente baralhadas após cada jogada, sendo cada jogada 100% aleatória.

O regulamento official do Blackjack ou Vinte e Um actualmente em vigor foi aprovado em 2009[55]. Em anos recentes o Blackjack tem-se mantido como o terceiro jogo mais popular, logo após o Bacará e o Cussec.

---

52 Cfr. a obra clássica de Edward Thorp, *Beat the dealer. A winning strategy for the game of twenty-one*, 2.ª ed., Vintage Books, Nova Iorque NY, 1966 (a primeira ed. é de 1962), que menciona Macau como um dos lugares onde é possível jogar Blackjack. Para uma contextualização da obra matemática de Ed Thorp, que evoluiu posteriormente para os mercados financeiros, cfr. James Weatherall, *The physics of Wall Street: A brief history of predicting the unpredictable*, Houghton Mifflin Harcourt, Nova Iorque NY, 2013, capítulo 4.

53 O tema deu origem a múltiplas disputas jurídicas, em que não cabe agora entrar; cfr. a obra fundamental de I. Nelson Rose e Robert A. Loeb, *Blackjack and the law*, RGE Publishing, Oakland CA, 1998. Cfr. ainda Andrew Chan e Peter Tcheong, *Blackjack*, IPM, Macau, 2011.

54 Nomeadamente 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 NY, 2002, posteriormente adaptado para o cinema em 2008 no filme *21*, com Kevin Spacey (www.sonypictures.com/homevideo/21). O que mostra uma vez mais o forte poder sugestivo e mediático da ideia de ganhar dinheiro de um modo supostamente fácil.

55 Por Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 57/2009. Veio substituir o regulamento anterior, que tinha sido aprovado por Despacho Regulamentar Externo do Secretário para a Economia e Finanças n.º 56/2004. Entre 1964 e 2004 o regulamento conheceu múltiplas alterações.

13. Roleta

A Roleta é um jogo de fortuna ou azar extremamente bem conhecido, pelo que não cabe aqui desenvolver o tema [56]. Começou oficialmente a ser jogada em 1962, tendo atraído os high rollers[57]. É verdadeiramente um clássico, fascinante, que sempre teve seguidores e penetrou na cultura geral, de tal modo que a palavra roleta, em sentido figurado, é sinónimo de resultado aleatório.

14. A evolução

As fontes sobre a evolução do sector do jogo após 1962 são escassas, não estando disponíveis dados quantitativos. Tudo indica, no entanto, que apesar de a comissão do Fantan ter sido reduzida para 5 %, a introdução dos jogos europeus foi um grande e imediato sucesso.

Há relatos não confirmados de que a STDM terá tido algumas dificuldades financeiras nos seus anos iniciais, ou seja, terá perdido algum dinheiro. Como quer que seja, qualquer casino novo, com *croupiers* inexperientes[58], é geralmente alvo de tentativas de fraude e batota, e os jogos ocidentais eram novidades absolutas em Macau.

O Blackjack (em geral) e a Roleta (que passou a ser o jogo preferido dos *high rollers*) foram os jogos mais populares nos anos iniciais da STDM, de 1962 até meados da década de 1970[59], altura em que o Bacará se tornou no jogo mais importante.

56 O regulamento actual consta do Despacho Regulamentar Externo do Secretário para a Economia e Finanças n.º 60/2004, in *Boletim Oficial*, I.ª Série, n.º 20, 17 de Maio de 2004, pp. 721 ss. Há regulamentos anteriores de 2003, 1988, 1975 e o já referido regulamento de 1964. Em Macau joga-se com um zero, e não com dois (0 e 00), o que reduz a *house advantage*, que ainda assim é relativamente elevada e muito superior à do Bacará.

57 B. Okuley e F. King-Poole, *Gamblers guide to Macao*, South China Morning Post Limited, Hong Kong, 1979, p. 52, indicavam em 1979 que «*When the STDM took charge back in 1962 Blackjack caught on almost immediately as the most heavily played game of them all, but at first it was Roulette, not Baccarat, that attracted the biggest of the big spenders*».

58 Se é certo que muitos *croupiers* transitaram em 1962 da Tai Heng para a STDM, a verdade é que a sua experiência em jogos europeus seria provavelmente nula.

59 B. Okuley e F. King-Poole, *Gamblers guide to Macao*, South China Morning Post Limited, Hong Kong, 1979, p. 33. Trata-se de um guia para jogadores; nele se escreve: «*From the early days of STDM, Blackjack has been by far the most popular game in its domain — so popular that at certain times of the day or week it is all but impossible to get a seat at the tables anywhere in the enclave*».

IV. A irresistível ascensão do Bacará

15. O jogo do Bacará

Como vimos, o Bacará começou a ser operado, pela STDM, em 1962. Tratou-se de uma novidade absoluta, não havendo qualquer registo da sua operação, mesmo se ilegal, anterior a essa data. Nos primeiros anos o poder de atracção de jogadores não terá sido muito significativo[60].

Trata-se de um jogo bastante simples, que depende 100% da sorte. Consiste num confronto entre dois jogadores abstractos, o Banker e o Player. O frequentador do casino pode apostar num ou noutro, bem como no empate. São distribuídas duas cartas a cada um e, em certos casos, uma terceira, de acordo com regras fixas. O vencedor é o que se aproximar mais de uma soma de nove, sendo descartados os resultados que excedem este valor (10 equivale a 0, 11 a 1, etc) e as figuras (que valem zero) [61]. As apostas vencedoras no Banker pagam uma comissão de 5%, por terem uma vantagem. As regras do jogo são as mesmas para o mercado de massas e para o sector VIP. Uma alteração regulamentar de 2007 criou uma importante variação: o «Bacará sem comissão», que suprime a comissão de 5% à custa de uma modificação de um dos pagamentos, o que resulta num jogo mais rápido e com uma *house advantage* ligeiramente mais favorável ao casino.

O enorme sucesso deste jogo é devida a vários factores. Em primeiro lugar, é um jogo muito simples, que não requer quaisquer decisões por parte do jogador para além de escolher onde apostar e qual o montante da aposta. Em segundo lugar, tem uma vantagem da casa muito baixa, o que contribui para que seja visto como um jogo «justo»[62]. Em terceiro lugar, é um jogo mais rápido do que o Fantan. Em quarto lugar, tendo em conta a sua configuração permite que os jogadores participem nas apostas em grupo, nomeadamente na sequência dos palpites de um «jogador líder» com «mão quente», uma dinâmica comummente observada no mercado de massas e que é muito antiga[63]. Há ainda o factor psicológico que consiste em permitir que o jogador vire as cartas, o chamado *card squeezing*, que normalmente é feito de modo demorado e intenso. Este «privilégio», que dá uma (falsa) sensação de controlo do jogo, por costume é concedido ao jogador que fez a maior aposta[64]. Também são oferecidas versões electrónicas do Baccará, em «estádios» por vezes com grande número de lugares (dezenas ou mesmo mais de uma centena).

---

60 Segundo dois autores, «[Baccarat] got off to a slow sta*rt in the sixties*»; B. Okuley e F. King-Poole, *Gamblers guide to Macao* (como na nota 57), p. 44.

61 O actual regulamento do Bacará foi aprovado pelo Despacho Regulamentar Externo do Secretário para a Economia e Finanças n.º 55/2004, in *Boletim Oficial*, I.ª Série, n.º 20, 17 de Maio de 2004, pp. 699 ss. (com várias alterações subsequentes).

62 Embora evidentemente tenha sempre de haver uma vantagem da casa, no Bacará esta é provavelmente a mais baixa de todos os jogos de casino; cfr. Robert Hannum e Anthony Cabot, *Practical casino math* (como na nota 3), 2005, pp. 99 ss.

63 Com efeito, o fenómeno foi observado mesmo antes da legalização do Fantan; cfr. Cfr. *Chinese Repository*, vol. 10(8), Agosto de 1841, p. 474. Um relatório de autor anónimo descreve o Fantan como «*a very common game*» e acrescenta: «*One reason of the popularity of the game is perhaps owing to the ease of playing it, the difficulty of deception, and the number of persons who can play at once — all of them the same variety, or each taking a different one. Ten, twenty and more men are all seen around a table* (…)». A referência a «*the same variety*» parece aludir à prática que consiste em um número significativo de jogadores fazerem exactamente a mesma aposta contra a casa — uma prática que ainda hoje pode ser regularmente observada no Bacará nos casinos de Macau, e pela qual o jogo é vivido em grupo.

64 Em detalhe, Pai Yao, «Card squeezing play», in *World Gaming Magazine*, 2010 (disponível em www.worldgamingmag.com/en/gaming/baccarat/item/90-baccarat-squeeze-play).

16. A irresistível ascensão

Com a abertura do Hotel e Casino Lisboa em 1970, dotado de 600 quartos e uma ampla área de jogo, teve início uma forte expansão e transformação da indústria — e da própria cidade, já que o centro de gravidade do jogo se mudou para a Praia Grande e para a zona do Porto Exterior. A icónica arquitectura do tecto, em forma de roleta, encarnou a chegada dos jogos ocidentais e da sempre peculiar ou mesmo extravagante forma dos edifícios que albergam casinos. Foi considerado como um estabelecimento de luxo e um dos principais atractivos turísticos, que criou um efeito «*must see*», desde logo em Hong Kong. Embora a expressão não fosse usada na altura (falava-se em «complexo turístico»), foi o primeiro «*resort* integrado» de Macau[65].

Como resultado, a STDM começou a encaixar lucros muito significativos. Os dados são confidenciais, mas tudo aponta nesse sentido, desde logo o facto de que passou a ser difícil, nesse período, adquirir bilhetes da carreira marítima entre Hong Kong e Macau, por os barcos andarem com frequência cheios[66].

Na sequência do 25 de Abril de 1974, o novo Governador José Eduardo Garcia Leandro (g. 1974-1979)[67] levou a cabo uma agressiva renegociação da concessão, entre Outubro de 1975 e Abril de 1976, tendo em vista aumentar a tributação da concessionária.

Na altura, de acordo com cálculos do Governo, a STDM pagava ao Governo cerca de 9 milhões de patacas por ano, sendo 7 milhões em dinheiro e 2 milhões contabilizados como o custo dos serviços de dragagem. A primeira proposta do Governo, em 1975, foi a de que a concessionária passaria a pagar cento e vinte milhões de patacas, um montante que seria ajustado anualmente de acordo com a evolução das receitas. Esta proposta foi recebida com algum choque: alegadamente Stanley Ho terá perguntado se não haveria um zero a mais nos documentos da proposta governamental. Não importa aqui documentar com toda a minúcia a complexa e prolongada negociação e resultante subida da receita fiscal, que foi muito pronunciada[68].

Para os propósitos deste texto importa sobretudo salientar que perante o enorme aumento de impostos que de facto ocorreu, a STDM se terá visto forçada a encontrar novas e adicionais formas de trabalhar, buscando mais jogadores e usando angariadores. É então que terão iniciado uma colaboração com os chamados *jin-ke*[69], cujo trabalho, de acordo com a literatura existente, se centrava exclusivamente no Bacará. Por seu turno, a operação de *junkets* com jogadores VIP

65 Sobre esta temática, cfr. William Eadington e Meighan Doyle (eds.), *Integrated resort casinos. Implications for economic growth and social impacts*, Institute for the Study of Gambling and Commercial Gaming, Reno NV, 2009.

66 O que deu origem a actividades especulativas, a que se procurou obstar por via do Diploma Legislativo n.º 1840, de 23 de Janeiro de 1971, que criminalizou venda ou revenda de bilhetes por quantias superiores ao custo. O diploma actual que regula a matéria é o Decreto-Lei n.º 30/92/M, de 22 de Junho, na redacção da Lei n.º 7/96/M, de 22 de Julho.

67 Jorge Santos Alves e António Vasconcelos de Saldanha (coords.), *Governadores de Macau* (como na nota 19), pp. 443 ss.

68 Em pormenor, Garcia Leandro, *Macau nos anos da revolução portuguesa 1974-1979*, Gradiva, 2011, pp. 187 ss.

69 Com base num desvio da actividade de especuladores de bilhetes de transportes marítimos. Cfr. Wuyi Wang e William Eadington, «The VIP-room contractual system and Macao's traditional casino industry», in *China: an international journal*, vol. 6(2), 2008, pp. 237 ss.

começou em 1976[70], centrada no Bacará. O passo seguinte foi a contratação de salas VIP em parceria com outros operadores. O resultado destas várias estratégias convergiu num forte crescimento do Bacará, que de 41% da receita bruta em 1977 passou para 68% (sendo 44% da receita gerada pelo Bacará VIP: apenas quatro mesas de jogo) em 1984[71].

Culminando esta evolução, entre 1977 e 1984 passou a ser dividido, para fins regulamentares, estatísticos e fiscais entre «Bacará mercado de massas» e «Bacará VIP». Em termos quantitativos, o enorme crescimento da indústria dos jogos de fortuna ou azar de Macau nos últimos anos, se tem é certo sido transversal, com todos os principais jogos a crescer, tem assentado sobretudo num crescimento fenomenal do Bacará VIP, que tem gerado várias vezes mais receitas do que o mercado de massas.

17. Poker e Craps

A análise da evolução na última década exige um relance sobre dois jogos que foram re/introduzidos por via sobretudo da influência exercida pelos novos operadores de Las Vegas: o Poker na variante Texas hold'em (que começou em 2008) e o Craps (desde 2007).

O Poker é um clássico americano, que tem crescido bastante nos últimos anos, designadamente em virtude da cobertura televisiva, que passou a ter grande audiência a partir do momento em que ao espectador foi dada a possibilidade de visualizar as duas cartas escondidas de cada jogador, permitindo assim todo um acompanhamento e comentário, com conhecimento de causa, das reacções e apostas feitas por cada um dos jogadores sentados à mesa. Por outro lado, ocorreu um crescimento explosivo deste jogo na internet. O poker desenvolveu toda uma cultura e muitas das suas expressões ingressaram no vocabulário geral, como «*poker face*» ou «*all in*».

A Lei n.° 16/2001, de 24 de Setembro, não se referiu ao Poker Texas Hold'em. O seu ingresso no jogo autorizado de Macau, como jogo de fortuna ou azar, com a consequência de que cai no

70 O primeiro grupo de jogadores VIP consistiu em 20 jogadores vindos da Tailândia, em 1976. O facto foi- nos confirmado pessoalmente por um executivo chinês que trabalhava então na STDM, que prefere manter o anonimato. Por outro lado, em 1985, de acordo com o Governo de Macau, «A quase totalidade dos 'high-rollers' que visitam Macau estão integrados em "junkets". A companhia [STDM] vende "junkets" na Tailândia e em Hong Kong através de "junket promoters". Dos cerca de 15 biliões de "chips" "junket" vendidas em 1984 cerca de 40% foram para tailandeses sendo as restantes vendidas sobretudo a chineses de Hong Kong, alguns japoneses, indonésios, etc. Os "junket promoters" são remunerados através de uma comissão sobre o valor das "chips" vendidas.»; cfr. Inspecção dos Contratos de Jogos, O *jogo em Macau*, Governo de Macau, Macau, 1985, p. 61.

71 António Pinho, «Gambling in Macau», in Rolf D. Cremer, *Macau. City of commerce and culture*, University of East Asia Press, Hong Kong, 1987, p. 251. cfr. Inspecção dos Contratos de Jogos, O *jogo em Macau*, Governo de Macau, Macau, 1985, p. 61.

âmbito dos casinos, deu-se através da aprovação do respectivo regulamento[72].

Apesar de um início relativamente visível, as receitas do Poker não «descolaram», não tendo nunca conseguido superar o clássico Fantan, por exemplo. A evolução da receita revela algum sucesso, mas nada de sensacional. O que, na maioria das leituras, tem que ver com o facto de o Poker atrair apenas jogadores mais jovens. No Poker há uma confrontação directa entre os jogadores, que jogam entre si, não sendo um jogo bancado, e este tipo de confronto é algo que a cultura chinesa tradicional procura evitar.

Quanto ao Craps, já tinha sido regulamentado em 1964 mas na realidade não teve muita adesão[73]. A sua reintrodução na última década a seguiu uma trajectória semelhante ao Poker, mas com receitas inferiores. O jogo de dados preferido dos chineses continua a ser, de longe, o Cussec.

V. Notas finais

18. O período actual

A concessão do monopólio à STDM, feita inicialmente por 8 anos, foi prorrogada quatro vezes e durou um total de 40 anos e três meses. Expirou em 31 de Março de 2002. No seu final não houve uma ruptura brusca como tinha acontecido no final de 1961. Os 11 casinos que a STDM explorava à data do final da concessão, continuaram sob a Sociedade de Jogos de Macau SA, uma das três concessionárias actuais.

O período actual caracteriza-se pela introdução de concorrência entre várias concessionárias de jogos de fortuna ou azar em regime de oligopólio, com grandes investimentos, um enorme crescimento do mercado baseado principalmente no turismo proveniente da China continental, e ainda a importância dos promotores de jogo e do crédito para jogo[74], num quadro social de maior aceitabilidade dos jogos de fortuna ou azar. Mas a relativa abertura e enorme expansão do mercado e das receitas não provocou grandes alterações nos jogos oferecidos. Pelo contrário, o domínio absoluto do Bacará acentuou-se. Convirá neste ponto ter presentes os dados mais recentes das respectivas receitas[75].

72 A matéria é no mínimo discutível. Muitos autores entendem que se trata sobretudo um jogo de perícia, em que o conhecimento da base matemática e a combatividade psicológica (a capacidade de fazer *bluff* com sucesso, a perspicácia na observação e na leitura das situações e dos sinais emitidos pelos outros jogadores, entre outros factores), determinam muitas vezes quem ganha, e nem sempre ou nem tanto a questão de saber quem tem as melhores cartas na mão. De resto, em muitos casos o jogo termina sem que seja feito o confronto directo entras as cartas de cada jogador com vista a determinar quem de facto tem a mão mais forte, devido a que todos menos um recuaram (*fold*) e decidiram não arriscar esse confronto. As cartas são no final recolhidas e a questão de saber quem tinha as melhores cartas fica em muitos casos por esclarecer, sendo este, claro está, um dos aspectos essenciais deste jogo, que o furta a tratamentos matemáticos exaustivos já que entram em jogo aspectos psicológicos e subjectivos. Razão pela qual o organizador não é parte no jogo. A questão de saber se se trata de um jogo de fortuna ou azar tem igualmente relevância penal.

73 B. Okuley e F. King-Poole, *Gamblers guide to Macao* (como na nota 57), p. 51, escrevendo em 1979, indicavam que no Casino Lisboa, nessa altura só havia uma mesa de Craps, «*situated in the less active upstairs casino, and it is rarely in use, usually only when there are a group of Americans or American-influenced Orientals or Europeans in town*».

74 Jorge Godinho, «Credit for gaming in Macau», in *Gaming Law Review and Economics*, vol. 10(4), 2006, pp. 363 ss.

75 Fonte: Direcção de Inspecção e Coordenação de Jogos, Governo de Macau. O mini Bacará passou a ser somado ao Bacará em 2009. A parte final da tabela indica os jogos que já não se praticaram em 2014 mas que foram oferecidos na última década. O número em destaque é o valor mais alto.

©	*Jogo*	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
1	Bacará VIP	22178	29783	28864	36783	55762	73772	79834	135648	196126	210850	238524	212535
2	Bacará	3102	5617	9929	11526	16211	21052	25498	34917	48669	66251	91599	106527
	Mini Bacará	-	363	519	385	304	212	-	-	-	-	-	-
3	Máquinas de jogo	236	640	1250	2053	3594	5653	6503	8618	11425	13244	14384	14444
4	Cussec	682	1212	1526	1923	2755	3043	2826	3555	4774	5546	6756	7583
5	Blackjack	637	1211	1459	1622	1917	2247	1903	2290	2712	2950	3052	2933
6	Live multi game	-	-	-	-	-	-	-	153	311	895	1487	2256
7	Stud Poker	16	337	522	556	750	925	938	1060	1309	1472	1661	1581
8	Roleta	47	128	186	248	371	693	694	672	783	892	940	1028
9	Fortune 3 Card Poker	-	-	-	-	-	-	55	109	141	206	407	595
10	Bacará de 3 cartas	153	225	257	247	231	209	184	219	281	347	414	538
11	Fantan	136	147	143	145	164	190	174	183	211	249	290	314
12	Desafio ao casino	-	-	-	0.1	61	185	164	157	226	246	293	267
13	Texas Holdem Poker	-	-	-	-	-	54	146	216	277	289	270	257
14	Poker de 3 cartas	185	199	172	128	114	73	94	131	191	211	222	215
15	Craps	-	-	-	-	9	89	92	163	151	137	145	162
16	Mahjong	-	-	-	-	-	9	27	34	70	203	165	132
17	Pai Kao	149	136	95	76	77	54	44	86	114	87	96	122
18	Roda da Sorte	7	32	39	27	17	21	25	32	35	35	24	19
19	Mahjong Pai Kao	54	35	6	4	3	2	0	-	-	5	8	12
20	Tômbola	1.6	1.3	1.2	2.0	2.0	1.8	2	2	1	1	1	2
-	Boule	4.2	5.7	0.2	-	-	-	-	-	-	-	-	-
-	Makcca-rat	-	-	-	-	9	16	8	4	4	-	-	-
-	Peixe/ Camarão/ Caran-guejo	1071	1295	1053	874	654	264	152	93	51	22	9	-
-	Pachinko	8	8	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-
-	Poker de Futebol	4	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
-	Q Poker	-	-	24	24	20	7	5	1	-	-	-	-
-	Dragão Fénix	-	-	-	-	-	-	-	0	5	1	-	-
-	Fortuna 8	-	-	-	-	-	-	3	-	-	-	-	-

19. Continuidade do Fantan no Bacará

Em síntese conclusiva, pode dizer-se que a existência de procura sustentada de vários tipos de jogos de fortuna ou azar é um elemento permanente na cultura chinesa, com milhares de anos. O sul da China e o sudeste da Ásia têm sido descritos como uma «cintura de jogo» (*gambling belt*) ou a região do mundo onde há maiores níveis de propensão para o jogo[76]. Existe uma preferência nítida por jogos de pura sorte.

A dinâmica dos jogos é uma matéria pouco conhecida. Se até 1961 só havia um jogo, desde então o mercado é livre no sentido de que a lei não exige a oferta de certos jogos ou uma variedade mínima. O mercado decide que jogos são oferecidos — o que expõe os jogos mais «frágeis» ao risco de extinção, como tem de resto sucedido[77]. Deste modo, as decisões dos gestores das empresas de jogo assumem uma relevância evidente. Se é certo que essas decisões são confidenciais por natureza, e certamente requerem algum grau de experimentação, o resultado é público e está espelhado nas estatísticas gerais.

Como vimos, a evolução de mais de 160 anos centra-se em dois jogos apenas; os anos de 1962 a cerca de 1976[78] acabaram por ser como que um período de transição entre o Fantan e o Bacará, no qual se afirmaram, apenas durante alguns anos, a Roleta no mercado VIP e o Blackjack no mercado de massas. É no fundo um mercado conservador, onde não é fácil inovar. Operar casinos em Macau hoje é sobretudo operar Bacará, em boas condições, e com uma rede eficiente de promotores de jogo e de sistemas de crédito para jogo.

O grande dado é obviamente a enorme força do Bacará, e o seu sucesso pode ser visto em larga medida como uma continuação do sucesso do Fantan, um facto para que contribuem factores culturais e psicológicos, como o papel relevante da superstição e da irracionalidade sobre o conhecimento da matemática, ou a desconfiança das máquinas, bem como bastantes semelhanças e pontos de contacto entre os dois jogos[79]. A estes factores culturais acresceram poderosos factores económicos, organizacionais e de gestão: a STDM/SJM e as actuais concessionárias souberam estruturar e desenvolver em redor do Bacará toda uma complexa operação de *marketing* dos casinos, e de conquista de novos jogadores, com recurso a vários tipos de agentes (promotores de jogo) e mesmo parcerias para a exploração de salas VIP ou casinos[80].

---

76 Cfr. Desmond Lam, *The world of Chinese gambling*, Peacock Pub., Norwood, South Australia, 2009, pp. 17 ss.; John Price, «Gambling in traditional Asia», in *Anthropologica* (nova série), vol. 14(2), 1972, pp. 157 ss.

77 Podemos observar que nos últimos anos desapareceram jogos como o Pachinko, o Boule e o Peixe-Camarão-Caranguejo. A investigação da dinâmica deste domínio de modo sistemático está por fazer.

78 A data é aproximada. É fixada pela revisão do contrato de concessão da STDM que então entrou em vigor e que, como vimos, elevou bastante a tributação, o que terá sido o principal factor que precipitou a evolução subsequente.

79 Neste sentido, em detalhe, Xavier Paulès, «Les limites de l'influence du modèle de Las Vegas dans l'offre de jeux de hasard à Macao: apports d'une mise en perspective historique» in Études Chinoises, vol. XXXIII-2, 2014, pp. 129 ss., sem porém atender a uma série de desenvolvimentos e inovações, de natureza organizativa e económico-financeira, que, a somar aos factores culturais, muito contribuíram para a explosão do Bacará.

80 O tema não pode aqui ser desenvolvido; para acenos, nomeadamente a questão fundamental do uso de programas de «fichas mortas» no Bacará, cfr. Jim Kilby, Jim Fox e Anthony Lucas, *Casino operations management*, Wiley, Hoboken NJ , 2004, pp. 267 ss.; Robert C. Hannum and Sudhir H. 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.

JURISPRUDÊNCIA

RETRIBUIÇÃO POR TRABALHO PRESTADO EM DIA DE DESCANSO SEMANAL

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM, DE 14/05/2015 - PROCESSO Nº 224/15

JOÃO ANTÓNIO VALENTE TORRÃO [1,2]
Juiz Conselheiro (Jubilado) do STA de Portugal
j_torrao@hotmail.com

Sumário:

1. A questão apreciada e decidida no acórdão.

2. Algumas considerações sobre o descanso semanal.

2.1. Significado e evolução do conceito de descanso semanal.

2.2. Referência ao descanso semanal na legislação portuguesa e em Convenções Internacionais.

3. O descanso semanal na legislação portuguesa recente

4. Evolução da legislação de Macau em matéria de descanso semanal.

5. Considerações finais.

6. Conclusões.

Sumário e texto do acórdão

Recurso em matéria Laboral

Processo n.º 224/2015

Data: 14/Maio/2015

Tribunal da Segunda Instância da RAEM

Relator: João Gil de Oliveira

SUMÁRIO:

1. O trabalho prestado em dia descanso semanal deverá ser pago pelo dobro da retribuição

1 Juiz Conselheiro (Jubilado) do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal.

2 O autor exerceu funções de juiz de direito no Tribunal do Trabalho de Lisboa durante vários anos (e também no anterior Tribunal de Competência Genérica de Macau, como juiz de direito e presidente de tribunal colectivo).

normal, não se podendo ficcionar que o trabalhador já recebeu um dia de salário por integrado no seu salário mensal.

2. A não se entender desta forma teríamos que a remuneração de um dia de descanso não era minimamente compensatória de um esforço acrescido de quem trabalhe em dia de descanso semanal em relação àqueles que ficassem a descansar ao fim de uma semana de trabalho. Estes ganhariam, por ficarem a descansar, um dia de trabalho; os outros, por trabalharem nesse dia especial não ganhariam mais do que um dia de trabalho normal.

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

I – RELATÓRIO

A, Autor nos autos à margem identificados, mais bem identificado nos autos, inconformado com a sentença proferida em acção laboral movida por si contra a empregadora **B**, discordando da fórmula relativa à compensação do trabalho em dias de descanso semanal, dela vem recorrer, alegando em síntese conclusiva:

1. Versa o presente recurso sobre a parte da douta Sentença na qual foi julgada parcialmente improcedente ao Recorrente a atribuição de uma compensação devida pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal na medida de um dia de salário em dobro.

2. Porém, ao condenar a Recorrida a pagar ao Recorrente apenas o equivalente a um dia de trabalho (em singelo) pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal, o Tribunal a quo procedeu a uma não correcta aplicação do disposto na al. a) do n.º 6 do artigo 17.° do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, pelo que a decisão deve ser julgada nula e substituída por outra que condene a Ré em conformidade com o disposto na referida Lei Laboral.

3.Com efeito, resulta do referido preceito que o trabalho prestado em dia de descanso semanal deverá ser remunerado pelo dobro do salário normal, entendido enquanto duas vezes a retribuição normal, por cada dia de descanso semanal prestado.

4. Do mesmo modo, ao condenar a Recorrida a pagar ao Recorrente apenas e tão-só um dia de salário em singelo, o Tribunal a quo desviou-se da interpretação que tem vindo a ser seguida pelo Tribunal de Segunda Instância sobre a mesma questão de direito, no sentido de entender que a compensação do trabalho prestado em dia de descanso semanal deverá ser feita em respeito à seguinte fórmula: (salário diário X nº de dias de descanso não gozados X 2);

5.De onde, resultando que o Recorrente prestou trabalho durante todos os dias de descanso semanal durante toda a relação de trabalho, deve a Recorrida ser condenada a pagar ao Recorrente a quantia de ***MOP$154,340.00*** *a título do dobro do salário - e não só de apenas MOP$77,170.00, correspondente a um dia de salário em singelo conforme resulta da decisão ora posta em crise, acrescido de juros legais até integral e efectivo pagamento.*

Nestes termos e nos de mais de Direito que V. Exas. encarregar-se-ão de suprir, deve a Sentença na parte em que condena a Recorrida a pagar ao Recorrente apenas o equivalente a um dia de retribuição em singelo, ser julgada nula e substituída por outra que atenda ao pedido tal

qual supra formulado, assim se fazendo a já costumada JUSTIÇA!

B Limitada, R. nos autos em epígrafe, contra-alega, defendendo a bondade do decidido.

Foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Vêm provados os factos seguintes:

"-Entre 24 de Setembro de 1996 a 31 de Maio de 2008, o Autor prestou para a Ré funções de "guarda de segurança". (alínea A) dos factos assentes)

-Entre o referido período, o Autor trabalhou sobre as ordens, direcção, instruções e fiscalização da Ré. (alíneas B) dos factos assentes)

-A Ré sempre fixou o local, o período e o horário de trabalho do Autor de acordo com as necessidades. (alínea C) dos factos assentes)

-O Autor sempre respeitou os períodos e horários de trabalho fixados pela Ré, e sempre prestou trabalho nos locais indicados pela Ré. (alínea D) dos factos assentes)

-Ao longo de toda a relação laboral a Ré sempre pagou ao Autor uma quantia fixa mensal, acrescida de uma quantia variável determinada em função do número de horas de trabalho extraordinário efectivamente prestadas pelo Autor. (alínea E) dos factos assentes)

- Durante a relação de trabalho o Autor auferiu da Ré a título de salário anual e de salário normal diário, as quantias que abaixo se discriminam (Cfr. fls. 9, Certidão de Rendimentos -Imposto Profissional, que se junta e se dá por reproduzido para todos os legais efeitos):

Ano	*Salário anual*	*Salário normal diário (A)*
1996	*16183*	*180*
1997	*49347*	*137*
1998	*50540*	*140*
1999	*51168*	*142*
2000	*47360*	*132*
2001	*54295*	*151*
2002	*44340*	*123*
2003	*48109*	*134*
2004	*45037*	*125*
2005	*48837*	*136*
2006	*54563*	*152*
2007	*85762*	*238*

(alínea F) dos factos assentes)

-Para além das referidas quantias, o Autor não auferiu quaisquer outras por parte da Ré, ou de qualquer outra entidade patronal. (alínea G) dos factos assentes)

-Enquanto trabalhador não residente, o Autor apenas estava autorizado a exercer a sua actividade profissional para a Ré. (alínea H) dos factos assentes)

-Entre 24 de Setembro de 1996 a 31 de Dezembro de 2007 e excepto durante o período compreendido entre 08/09/2000 a 16/07/2001, a Ré nunca atribuiu ao Autor um qualquer acréscimo salarial pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal. (alínea I) dos factos assentes)

-Entre 1 de Julho de 1999 e 31 de Dezembro de 2007 e excepto o período compreendido entre 08 de Setembro de 2000 e 16 de Julho de 2001, o Autor prestou trabalho em todos dias de descanso semanal com excepção de 5 dias no ano de 2002, 2 dias em 2005, 4 dias em 2006, e 4 dias em 2007. (alínea J) dos factos assentes)

-Entre 24 de Setembro de 1996 a 30 de Junho de 1999, a Ré nunca fixou ao Autor, em cada período de sete dias, um período de descanso de vinte e quatro horas consecutivas, sem prejuízo da correspondente retribuição. (Resposta ao quesito 1º da base instrutória)

-Entre 24 de Setembro de 1996 a 30 de Junho de 1999, por solicitação da Ré o Autor prestou trabalho todos os dias da semana, de modo a garantir o contínuo e diário funcionamento da actividade da Ré. (Resposta ao quesito 2° da base instrutória)

-Entre 24 de Setembro de 1996 a 31 de Dezembro de 2007 e excepto durante o período compreendido entre 08/09/2000 a 16/07/2001, a Ré nunca fixou ao Autor um outro dia de descanso compensatório, em virtude do trabalho prestado em dia de descanso semanal. (Resposta ao quesito 3° da base instrutória)

-O trabalho que prestou em dias de descanso semanal foi remunerado pela R. com o valor de um salário diário, em singelo. (Quesito 8° da base instrutória, aceite pelas partes).”

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa unicamente por determinar qual a forma de apuramento da quantia devida ao trabalhador como compensação pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal, já que defende a recorrente que a mesma nunca poderá ser superior a um único dia de descanso semanal porquanto o mesmo já terá recebido outro tanto a esse título.

2.Trata-se de matéria já sobejamente debatida, sendo pacífica a solução adoptada neste tribunal, no sentido de que o trabalho prestado em dia de descanso semanal deverá ser pago pelo dobro da retribuição normal, não se podendo ficcionar que o trabalhador já recebeu um dia de salário por integrado no seu salário mensal.

Não se pode dizer que o recorrente recebeu em singelo a retribuição pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal, na medida em que o seu salário era mensal e se foi trabalhar não foi remunerado por isso. O montante do seu salário ao fim do mês contemplava todos os dias e pode até dizer-se que era pago também enquanto estava a descansar ou devia descansar. Forçando a nota, dir-se-á que era pago para não trabalhar. Se trabalhou, tem que ser compensado por isso e é aí que a lei estabelece o correspondente ao dobro do montante de um dia de trabalho, não se podendo abater um montante ficcionado e remuneratório do dia de descanso.

A não se entender desta forma teríamos que a remuneração de um dia de descanso não era

minimamente compensatória de um esforço acrescido de quem trabalhe em dia de descanso semanal em relação àqueles que ficassem a descansar ao fim de uma semana de trabalho. Estes ganhariam, por ficarem a descansar, um dia de trabalho; os outros, por trabalharem nesse dia especial não ganhariam mais do que um dia de trabalho normal.

O pagamento de tal trabalho em dobro não traduz qualquer errada interpretação do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril.

Com efeito, a fórmula correcta para retribuir o trabalho prestado pelo recorrente em dia de descanso semanal é a seguinte: *"2X o salário diário X o número de dias de prestação de trabalho em dia de descanso semanal, sem ter em consideração o dia de trabalho prestado"*, tal como concluído pelo Tribunal a quo.

O Autor pretende ser indemnizado pelos dias de descanso semanal que não gozou e não se pode considerar que já foi compensado por isso. Não, ele, enquanto pago ao mês, foi pago exactamente para não trabalhar, pelo que não se pode dizer que esse trabalho já foi pago em singelo. Não se podem confundir retribuições que assumem natureza diferente.

O artigo 17.° do Decreto-Lei nº 24/89/M de 03 de Abril dispõe, no seu n. ° 1, que *todos os trabalhadores têm direito a gozar, em cada período de sete dias, um período de descanso de vinte e quatro horas consecutivas, sem prejuízo da correspondente retribuição, calculada nos termos do disposto sob o artigo.*

3. Sobre o tema transcrevemos até, com a devida vénia, o que exarado ficou no acórdão deste TSI, n.º 780/2007, já acima referido:

"O mesmo é dizer que "o Autor tem direito de receber, por cada dia de descanso semanal não gozado, o dobro da retribuição normal, para além do singelo já recebido".

Na vigência do DL nº. 24/89/M

Vale aqui o disposto no art. 17º, nºs.1, 4 e 6, al. a).

Assim:

N.1: Tem o trabalhador direito a gozar um dia de descanso semanal, sem perda da correspondente remuneração ("sem prejuízo da correspondente remuneração").

N.4: Mas, se trabalhar nesse dia, fica com direito a gozar outro dia de descanso compensatório e, ainda,

N.6: Receberá em dobro da retribuição normal o serviço que prestar em dia de descanso semanal.

Ora, como o trabalhador trabalhou o dia de descanso semanal terá direito ao dobro do que receberia, mesmo sem trabalhar (nº. 6, al. a)).

Na 1ª perspectiva acima avançada, se o empregador pagou o devido (pagou o dia de descanso), falta pagar o prestado. E como o prestado é pago em dobro, tem o empregador que pagar duas vezes a "retribuição normal" (o diploma não diz o que seja retribuição normal, mas entende-se que se refira ao valor remuneratório correspondente a cada dia de descanso, que por sua vez corresponde a um trinta avos do salário mensal).

Na 2ª perspectiva, se se entender que o empregador pagou um dia de salário pelo serviço prestado, continuam em falta:

- Um dia de salário (por conta do dobro fixado na lei), e ainda,

- O devido (o valor de cada dia de descanso, que não podia ser descontado, face ao artº. 26º, nº. 1);

Portanto, a fórmula será sempre: AxBx2."

De onde se conclui que, para além do pagamento do trabalho efectivamente prestado pelo recorrente em dia de descanso semanal, a recorrida não pagou ao seu trabalhador outro qualquer acréscimo salarial, em violação ao disposto no referido preceito legal, tal como decidido pelo Tribunal a quo.

O trabalhador deve assim ser compensado a esse título com o montante de MOP $ 154.340,00.

4. Acresce ainda o salário pelo dia compensatório não gozado, como contemplado na sentença, questão que não é discutida nas doutas alegações de recurso, razão por que, tudo visto e ponderadas as razões aduzidas, somos a manter o que doutamente ficou decidido.

IV -DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em concederprovimento ao recurso e, em consequência, revogando a decisão recorrida, condena-se a Ré B, Lda. a pagar ao A. a quantia de MOP$154,340,00 (cento e cinquenta e quatro mil trezentos e quarenta patacas), a título de compensação pelo não gozo dos descansos semanais, no mais se mantendo o decidido.

Custas pela recorrida em ambas as instâncias

Macau, 14 de Maio de 2015,

João A. G. Gil de Oliveira

Ho Wai Neng

José Cândido de Pinho

1. A questão apreciada e decidida no acórdão

Conforme resulta do teor do acórdão (fls. 6), o objecto do recurso consistia unicamente em "*determinar qual a forma de pagamento da quantia devida ao trabalhador como compensação pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal, já que defende a recorrente que a mesma nunca poderia ser superior a um único dia de descanso semanal, porquanto o mesmo já teria recebido outro tanto a esse título".* [3]

3 Embora em 1ª instância a Ré tivesse também sido condenada a pagar ao recorrido os salários relativos a dias compensatórios não gozados, a verdade é que, não tendo havido recurso da decisão de 1ª instância nessa parte, a decisão transitou, não podendo o tribunal de recurso, sob pena de nulidade por excesso de pronúncia, conhecer dessa questão (artº 571º, nº 1, alínea d) do CPCM),

O acórdão decidiu, na sequência de jurisprudência reiterada e pacífica do mesmo Tribunal, [4] no sentido de que a "*fórmula correcta para retribuir o trabalho prestado pelo recorrido em dia de descanso semanal é a seguinte: 2X o salário diário X o número de dias de prestação de trabalho em dia de descanso semanal, sem ter em consideração o dia de trabalho prestado*".

Antes de apreciarmos se a decisão, em nossa opinião, colhe o apoio legal, iremos tecer algumas considerações sobre o descanso semanal obrigatório, nomeadamente o seu sentido histórico, seu significado e a sua regulamentação legal em Portugal e em Macau em tempos próximos da publicação do Decreto-Lei nº 24/98/M, de 3 de Abril, aplicável ao caso concreto.

2. Algumas considerações sobre o descanso semanal

2.1. Significado e evolução do conceito de descanso semanal

A prática do descanso semanal é muito antiga tendo raízes judaico-cristãs [5] e, por isso mesmo, o dia de descanso semanal obrigatório em grande parte dos países é o domingo. [6]

O dia de descanso semanal destina-se a permitir ao trabalhador retemperar as suas forças, dedicar-se à família, participar em manifestações cívicas ou culturais, enfim ele representa a concretização do direito ao repouso e aos lazeres consagrado no artº 59º, nº 1, alínea d) da CRPortuguesa. [7]

Este direito ao repouso e aos lazeres, embora não afirmado de forma tão expressa, está também consagrado no artº 39º da Lei Básica da RAEM, segundo o qual "*O bem-estar e a garantia de aposentação dos trabalhadores são legalmente protegidos*". Ora, o direito ao descanso semanal representa a concretização desse bem-estar ao permitir ao trabalhador recuperar, após cada período de trabalho semanal, o seu equilíbrio físico, psicológico, praticar desporto ou outras activida-des

4 Sobre esta mesma questão foram proferidas pelo mesmo Tribunal e no mesmo sentido, dezenas de acórdãos, dos quais destacamos apenas os mais recentes, proferidos nos Processos nºs 61/2014, 89/2014, 627/2014, 189/2014, 171/2014, 380/2014, 383/2014, 207/2015, 223/2015, 155/2015, 204/2015, 157/2015, 158/2015, 153/2015, 193/2015, 206/2015, 37/2015, 108/2015, 167/2015, 85/2015, 125/2015 e 195/2015.

5 Segue-se aqui o exemplo de Deus, a que se refere a Bíblia, segundo o qual Deus criou o mundo em seis dias e descansou no sétimo dia (Génesis 2:1.34).

6 Assim sucede em Portugal, embora nos termos do actual artº 232º, nº 2 do Código do Trabalho, esse dia possa deixar de ser o domingo, quer nos casos previstos em legislação especial, quer quando o trabalhador presta actividade:
a) Em empresa ou sector de empresa dispensado de encerrar ou suspender o funcionamento um dia completo por semana, ou que seja obrigado a encerrar ou a suspender o funcionamento em dia diverso do domingo;
b) Em empresa ou sector de empresa cujo funcionamento não possa ser interrompido;
c) Em actividade que deva ter lugar em dia de descanso dos restantes trabalhadores;
d) Em actividade de vigilância ou limpeza;
e) Em exposição ou feira.

7 "**1.** Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: **d)** Ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas;"

culturais ou dedicar-se à famíla, etc.. [8]

Este direito ao repouso é tão relevante que só em casos excepcionais se permite o trabalho nestes dias, como veremos, sendo ainda certo que também só raramente é permitida a substituição do descanso por remuneração.

Com A. Monteiro Fernandes [9] podemos afirmar que "*O direito ao descanso semanal "*prescrito por lei*"" constitui um elemento essencial das relações de trabalho como meio de protecção de bens jurídicos primordiais que o desenvolvimento dessas relações é susceptível de pôr em causa (a integridade psico-física e a liberdade pessoal do trabalhador): ele representa, em suma, uma típica corporização do direito constitucional "*ao repouso e aos lazeres*" (hoje consagrado no artº 59º/1d) da CRP. Nenhuma relação de trabalho subordinado é concebível, em condições de licitude, sem que no seu conteúdo se compreenda esse direito. Por isso é o repouso, o não-trabalho, que, em termos infungíveis, aí se visa: não é, em geral, aceite pela lei a conversão do descanso em equivalente pecuniário*".[10]

2.2. Referência ao descanso semanal na legislação portuguesa e em Conven-ções Internacionais.

Em Portugal foi o Decreto de 3 de Agosto de 1907 que, pela primeira vez, impôs o descanso semanal no comércio e na indústria. Porém, este regime ficava dependente de regulamentação municipal e da escolha do dia da semana pelos patrões e não sobreviveu ao governo de João Franco. [11]

Entretanto, outros diplomas se lhe seguiram, estabelecendo a duração do traba-lho.[12]

A nível internacional o descanso semanal obrigatório foi sendo consagrado em vários diplomas. Assim:

1º) Declaração Universal dos Direitos Humanos

"*Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente a uma limitação da duração do trabalho e a férias pagas*". (artº 24º)

2º) Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais [13]

"Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial:

---

8 De qualquer forma, sempre este direito seria aplicável na RAEM por força do artº 40º da mesma Lei, que estabelece o seguinte: "*As disposições, que sejam aplicáveis a Macau, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como das convenções internacionais de trabalho, continuam a vigorar e são aplicadas mediante leis da Região Administrativa Especial de Macau*." Portanto, este direito tem por fonte a Lei Básica, com referência a estes diplomas e aos diplomas emanados dos órgãos próprios da RAEM.

9 Direito do Trabalho – 15ª edição, pág. 428.

10 Diferente do descanso semanal obrigatório é o chamado descanso complementar traduzido na atribuição de um período de repouso complementar semanal de um dia (semana americana) ou de meio-dia (semana inglesa). Estes períodos gozam de regime diverso do do descanso obrigatório, quer em termos de remuneração, quer de compensação, uma vez que aqui já não está propriamente em causa a garantia do repouso, antes visando assegurar ao trabalhador tempo livre adicional para o lazer.

11 Fundação Mário Soares - Arquivo e Bilioteca - www.fmsoares.pt

12 Para uma indicação desses diplomas v. Jorge Leite - Direito do Trabalho - Vol. II, nota de rodapé de págs. 131/132

13 V. o artº 40º da Lei Básica da RAEM.

d) Repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas bem como remuneração nos dias de feriados públicos". (artº 7º)

3º) Carta Social Europeia adoptada em Estrasburgo em 03.05.1999

"Com vista a assegurar o exercício efectivo do direito a condições de trabalho justas, as Partes comprometem-se:

5) A assegurar um descanso semanal que coincida, tanto quanto possível, com o dia da semana reconhecido como dia de descanso pela tradição ou pelos usos do país ou região". (artº 2º 5))

4º) Convenção da OIT (Organização Internacional do Trabalho) nº 14, de 1921 [14]

"1.Todo o pessoal ocupado em qualquer estabelecimento industrial, público ou privado ou nas suas dependências, deverá, salvas as excepções previstas nos artigos seguintes, ser beneficiado no decurso de cada período de sete dias, com um repouso, ao menos de 24 horas.

2.Esse prazo será concedido, quando possível, ao mesmo tempo a todo o pessoal de cada estabelecimento.

*3.Coincidirá, quando possível, com os dias consagrados pela tradição ou costume do país ou região" (*artº 2º)

A Convenção nº 106, de 1957, manteve no seu artº 6º a mesma filosofia, com diferente redacção do nº 1 e aditamento de um nº 4 do seguinte teor:

"*As tradições e os usos das minorias religiosas serão respeitados, sempre que possível".* [15]

3. O descanso semanal na legislação portuguesa recente

3.1. O acórdão em anotação decidiu a questão suscitada pela recorrente unicamente com base na interpretação literal do artº 17º do Decreto-Lei nº 24/89/M.

Cremos, no entanto, que embora, aparentemente, a questão seja simples, [16] se impõe também a interpretação recorrendo aos elementos histórico, sistemático e teleológico.

É que, acompanhando Baptista Machado [17] diremos que "*as mais das vezes a norma é produto de uma evolução histórica de certo regime jurídico pelo que o conhecimento dessa evolução é susceptível de lançar luz sobre o sentido da norma, pois nos faz compreender o que pretendeu o*

14 V. o artº 40º da Lei Básica da RAEM

15 Sobre a aplicação destas Convenções na RAEM v. o Aviso do Chefe do Executivo nº 64/2001 (Convenção nº 106 sobre o Descanso Semanal no Comércio e Escritórios) e Aviso do Chefe do Executivo nº 12/2002 (Convenção relativa à aplicação do Descanso Semanal nos Estabelecimentos Industriais).

16 "*Não devemos contentar-nos com a clareza aparente, que pode ser ilusória. Quantas vezes se lê um texto que se diria redigido em português cristalino, que se julga, portanto, de entendimento muito fácil, mas depois faz-se a sua análise mais demorada e chega-se à conclusão de que no seu espírito se comportam aspectos não expressos na sua letra ou, ao contrário, se não contemplam realidades nestas contidas"* - Inocêncio Galvão Teles - Introdução ao Estudo do Direito, 11ª edição, Coimbra, pág. 238.

17 Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 13ª reimpressão, Almedina, pág.184.

legislador com a fórmula ou com a alteração legislativa introduzida".

Importa, assim, referir os textos legislativas sobre a matéria vigentes em Portugal por altura da publicação do Decreto-Lei nº 24/89/M, bem como a legislação vigente em Macau que antecedeu este diploma; há ainda que proceder à análise de outras normas deste diploma que nos ajudem a interpretar o citado artº 17º.

3.2. A Lei do Contrato Individual do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 49.408, de 24 de Novembro de 1969, remeteu para legislação especial os limites máximos dos períodos normais de trabalho, [18] bem como o trabalho nocturno.

Essa regulamentação veio a ser efectuada pelo Decreto-Lei nº 409/71, de 27 de Setembro, cujos artºs 35º, 41º e 42º, estabeleceram, respectivamente, o seguinte:

"Artigo 35.º

(Encerramento semanal)

1. Os estabelecimentos comerciais e industriais devem encerrar ou suspender a sua laboração um dia completo por semana, que será normalmente o domingo. [19]

2. A determinação do dia de encerramento ou da suspensão de laboração nos casos em que esse dia não seja o domingo compete às câmaras municipais, depois de ouvidos os organismos corporativos interessados, e está sujeita à aprovação do I. N. T. P.

3. Nos dias considerados como feriados obrigatórios têm de encerrar ou suspender a laboração todas as actividades que não sejam permitidas aos domingos.

Artigo 41.º

(Trabalho prestado no dia de descanso semanal)

1. Os trabalhadores só podem trabalhar no dia de descanso semanal:

a) Quando, em face de circunstâncias excepcionais, a entidade patronal tenha sido, para esse efeito, previamente autorizada;

b) Em casos de força maior cuja ocorrência deverá ser comunicada ao I. N. T. P. no prazo de quarenta e oito horas.

2. Os trabalhadores que tenham trabalhado no dia de descanso semanal têm direito a um dia completo de descanso num dos três dias seguintes.

Artigo 42.º

(Retribuição do trabalho prestado em dias de descanso)

1. O trabalho prestado no dia de descanso semanal e nos feriados obrigatórios, bem como

18 O artº 45º, nº 1 definia o período normal de trabalho como "*o número de horas de trabalho que o trabalhador se obrigou a prestar".*

19 O artº 37º, porém, consagrava excepções relativamente à obrigatoriedade do domingo como dia de descanso semanal.

no dia ou meio-dia de descanso [20] *concedidos pelos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, por despachos do Ministro das Corporações e Previdência Social e pelos contratos individuais de trabalho, será pago pelo dobro da retribuição normal.* [21]

2. As entidades patronais deverão possuir um registo de horas de trabalho prestado nos dias referidos no número anterior onde, antes do início da prestação, serão anotadas as horas previstas de começo e termo do trabalho e os dias de descanso a gozar em substituição do dia de descanso semanal."

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 421/83, de 2 de Dezembro, veio regulamentar a mesma matéria, dele se destacando os seguintes preceitos:

Artigo 6.º

(Formalidades)

1 - A prestação de trabalho suplementar tem de ser prévia e expressamente determinada pela entidade empregadora, sob pena de não ser exigível o respectivo pagamento.

2 - A prestação de trabalho suplementar em dia de descanso, obrigatório ou complementar, em dia feriado e nos casos previstos no n.º 2 do artigo 4.º deverá ser comunicada à Inspecção-Geral do Trabalho no prazo de 48 horas.

3 - No primeiro mês de cada trimestre deve a entidade empregadora enviar à Inspecção-Geral do Trabalho a relação nominal dos trabalhadores que efectuaram trabalho suplementar durante o trimestre anterior, com discriminação do número de horas prestadas ao abrigo do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 4.º, visada pela comissão de trabalhadores.

Artigo 7.º

(Remuneração)

1 - O trabalho suplementar prestado em dia normal de trabalho será remunerado com os seguintes acréscimos mínimos:

a) 50% da retribuição normal na primeira hora;

b) 75% da retribuição normal nas horas ou fracções subsequentes.

2 - O trabalho suplementar prestado em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, e em dia feriado será remunerado com o acréscimo mínimo de 100% da retribuição normal.

20 Este diploma veio também consagrar pela primeira vez em Portugal o regime das chamadas «*semana-inglesa*» e «*semana-americana*», designando-se estes períodos como de descanso semanal complementar.

21 "Pela expressão «*dobro da retribuição normal*» tem de entender-se o equivalente a 100% da mesma, e não o acréscimo do dobro a essa retribuição (cfr. os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Dezembro de 1974, 22 de Junho de 1976, 6 de Julho de 1976 e 14 de Dezembro de 1976, na ADSTA 159.°, pág. 415, 176.°/177.°, pág. 1164, 178.°, pág. 1325, e 182.°, pág. 1940, respectivamente)" - Acórdão do STJ, de 27.01.1989 –Processo nº 001992 – BMJ nº 38, pág. 473.

Artigo 9.º

(Descanso compensatório)

1 - Nas empresas com mais de 10 trabalhadores, a prestação de trabalho suplementar em dia útil, em dia de descanso semanal complementar e em dia feriado confere aos trabalhadores o direito a um descanso compensatório remunerado, correspondente a 25% das horas de trabalho suplementar realizado.

2 - O descanso compensatório vence-se quando perfizer um número de horas igual ao período normal de trabalho diário e deve ser gozado num dos 30 dias seguintes.

3 - Nos casos de prestação de trabalho em dia de descanso semanal obrigatório, o trabalhador terá direito a um dia de descanso compensatório remunerado, a gozar num dos 3 dias úteis seguintes.

4 - Na falta de acordo, o dia do descanso compensatório será fixado pela entidade empregadora.

Dos diplomas e normas transcritas podemos, desde já, retirar as seguintes conclusões:

1ª) O trabalho prestado em dia de descanso semanal (maxime em dia de descanso semanal obrigatório) é de carácter excepcional, não podendo servir para as empresas poderem aumentar a sua produção à custa do sacrifício do descanso dos seus trabalhadores, nem para estes verem os seus proventos acrescidos por força do recurso sistemático ao trabalho nestes dias. [22], [23]

2ª) Nos casos de prestação de trabalho em dia de descanso semanal obrigatório, o trabalhador terá direito a um dia de descanso compensatório, a gozar num dos 3 dias úteis seguintes, sob pena de multa. [24]

3ª) O trabalho prestado em dia de descanso semanal obrigatório é remunerado "*pelo dobro da retribuição normal*" (DL nº 409/71) ou "*com o acréscimo mínimo de 100% da retribuição normal*", o que significa que, no mínimo, a remuneração a pagar será sempre a equivalente ao dobro da retribuição diária normal do trabalhador.

4. Evolução da legislação de Macau em matéria de descanso semanal.

O artº 17º do Decreto-Lei nº 101/84/M, de 25 de Agosto, [25]que antecedeu o Decreto-Lei nº 24/89/M, de 3 de Abril, aplicável ao caso concreto, estabelecia o seguinte:

"1. Todos os trabalhadores têm o direito a gozar, em cada período de sete dias, um período de descanso de vinte e quatro horas consecutivas.

22 Fica assim reforçada a ideia de que o descanso semanal obrigatório se destina mesmo ao repouso do trabalhador.

23 Assim, o trabalho em dia de descanso semanal obrigatório só era autorizado nos casos referidos no artº 41º do DL nº 409/71 e 4º do DL nº 421/83.

24 Dia este que não era remunerado na vigência do DL nº 409/71, mas passou a sê-lo na vigência do DL 421/83 (v. artºs 41º, nº 2 e 9º, nº 3, respectivamente).

25 Aprovado quando já estava em vigor em Portugal o Decreto-Lei nº 421/83, de 2 de Dezembro, cujas normas relevantes para o caso ficaram acima transcritas.

2. O período de descanso de cada trabalhador será fixado pelo empregador, com devida antecedência, de acordo com as exigências de funcionamento da empresa.

3. Os trabalhadores só poderão ser chamados a prestar trabalho nos respectivos períodos de descanso semanal:

a) Quando os empregadores estejam na eminência de prejuízos importantes ou se verifiquem casos de força maior;

b) Quando os empregadores tenham de fazer face a acréscimos de trabalho não previsíveis ou não atendíveis pela admissão de outros trabalhadores;

c) Quando a prestação de trabalho seja indispensável e insubstituível para garantir a continuidade do funcionamento da empresa.

4. Nos casos de prestação de trabalho em período de descanso semanal, o trabalhador tem direito a um outro dia de descanso compensatório a gozar dentro dos 30 dias seguintes ao da prestação de trabalho.

5. A observância do direito consagrado no n.º 1 não prejudica a faculdade do trabalhador prestar serviço voluntário em dia de descanso semanal, não podendo, no entanto, a isso ser obrigado."

O artº 28º, nº 1 do mesmo diploma, por sua vez, dizia o seguinte: "*1. Para os trabalhadores que auferem um salário mensal ou referido a determinado período de tempo, o respectivo montante inclui o valor dos salários dos períodos de descanso semanal e anual e dos feriados obrigatórios, não podendo sofrer qualquer dedução pelo facto de não prestação de trabalho nesses períodos".*

Este Decreto-Lei foi revogado pelo artº 56º do Decreto-Lei nº 24/89/M, de 3 de Abril, cujo artº 17º veio estipular o seguinte:

"1. Todos os trabalhadores têm o direito a gozar, em cada período de sete dias, um período de descanso de vinte e quatro horas consecutivas, sem prejuízo da correspondente retribuição*, calculada nos termos do disposto sob o artigo 26.º*

2. O período de descanso semanal de cada trabalhador será fixado pelo empregador, com devida antecedência, de acordo com as exigências do funcionamento da empresa.

3. Os trabalhadores só poderão ser chamados a prestar trabalho nos respectivos períodos de descanso semanal:

a) Quando os empregadores estejam na eminência de prejuízos importantes ou se verifiquem casos de força maior;

b) Quando os empregadores tenham de fazer face a acréscimos de trabalho não previsíveis ou não atendíveis pela admissão de outros trabalhadores;

c) Quando a prestação de trabalho seja indispensável e insubstituível para garantir a continuidade do funcionamento da empresa.

4. Nos casos de prestação de trabalho em período de descanso semanal, o trabalhador tem direito a um outro dia de descanso compensatório *a gozar dentro dos trinta dias seguintes ao da prestação de trabalho e que será imediatamente fixado.*[26]

26 Embora, ao contrário do que sucedia com o artº 9º, nº 3 do DL nº 421/83 acima transcrito, em que se dizia expressamente que o dia de descanso compensatório era remunerado, nada se diga neste número, tem de entender-se que, por aplicação da doutrina do nº 1, este dia também é remunerado, nos mesmos termos do dia do descanso semanal.

5. A observância do direito consagrado no n.º 1 não prejudica a faculdade de o trabalhador prestar serviço voluntário em dia de descanso semanal, não podendo, no entanto, a isso ser obrigado".

6. O trabalho prestado nos termos do número anterior dá direito ao trabalhador a ser pago pelo dobro da retribuição normal.

O artigo único do Decreto-Lei nº 32/90, de 9 de Julho viria dar nova redacção ao nº 6, do seguinte teor:

"*6. O trabalho prestado em dia de descanso semanal deve ser pago:*

a) Aos trabalhadores que auferem salário mensal, pelo dobro da retribuição normal; [27]

b) Aos trabalhadores que auferem salário determinado em função do resultado efectivamente produzido ou do período de trabalho efectivamente prestado, pelo montante acordado com os empregadores, com observância dos limites estabelecidos nos usos e costumes."

Temos então que, a partir da entrada em vigor deste diploma, o trabalho prestado em dias de descanso semanal obrigatório passou a ser pago pelo valor do dobro da retribuição diária normalmente auferida pelo trabalhador. [28]

5. Considerações finais

5.1. Aqui chegados, verificamos então que foi intenção do legislador (quer na legislação portuguesa, quer na de Macau - a que ao caso presente interessa) remunerar o trabalho prestado em dia de descanso semanal de forma diversa do trabalho prestado no horário normal de trabalho.

Essa intenção, não manifestada no Decreto-Lei nº 101/84/M, em que o trabalho prestado em dia de descanso semanal apenas conferia o direito a um outro dia de descanso compensatório a gozar dentro dos 30 dias seguintes ao da prestação de trabalho, passou a ficar claramente expressa no nº 6 do artº 17º do Decreto-Lei nº 24/89/M (posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 32/90/M, de 9 de Julho). E tal dia de trabalho passou a ser remunerado, no caso de trabalhadores auferindo salário mensal, pelo dobro da retribuição normal, ou seja, tudo se passa como se, por esse dia de trabalho, o trabalhador recebesse dois salários.

Mas se a esta conclusão chegamos sem dificuldade pela análise das normas anteriormente transcritas - em especial o citado nº 6 do artº 17º - teremos de recorrer a outras normas do mesmo diploma para concluir se foi ou não intenção do legislador descontar nesse montante o valor já recebido em singelo pelo trabalhador por força do disposto no artº 17º, nº 1 do Decreto -Lei nº 24/89/M (v. também o anterior artº 28º do Decreto-Lei nº 101/84/M).

---

27 De notar que o legislador, utilizou aqui o termo "*dobro*" e "*não acréscimo*", termo então já usado em Portugal no Decreto-Lei 421/83. O legislador da RAEM viria, no entanto, a usar este termo para exprimir a mesma realidade no artº 43º, nº 2 da Lei nº 7/2008, de 18 de Agosto.

28 A calcular de acordo com a retribuição mensal encontrada nos termos definidos no artº 26º do mesmo diploma.

Vejamos então.

"*1. Todos os trabalhadores têm o direito a gozar, em cada período de sete dias, um período de descanso de vinte e quatro horas consecutivas, sem prejuízo da correspondente retribuição, calculada nos termos do disposto sob o artigo 26.º*"- artº 17º, nº 1 do Decreto-Lei nº 24/89/M

Quer isto dizer que no dia de descanso semanal o trabalhador aufere a retribuição que teria se estivesse a trabalhar. Como bem se expressa no acórdão, o trabalhador nesse dia "é pago para não trabalhar".

Mas, se trabalhar nesse dia, a remuneração equivalerá ao salário de dois dias.

Neste caso, o trabalhador recebe o dobro do salário diário mas fica ainda com direito a outro dia de descanso compensatório a gozar dentro dos trinta dias seguintes ao da prestação de trabalho e que será imediatamente fixado (nº 4 do mesmo artº 17º).

Ora, como não podia deixar de ser, este dia de descanso compensatório tem a mesma natureza do dia de descanso semanal e, por conseguinte, o trabalhador mantém o direito à retribuição que o nº 1 acima transcrito lhe confere.

Deste modo, o trabalhador, se gozar o seu dia de descanso compensatório, terá direito também à retribuição que lhe corresponderia.

Estamos então perante distintas questões, que não se confundem:

a) A do pagamento por trabalho prestado em dia de descanso semanal;

b) A da remuneração devida em dia de descanso semanal.

Estas remunerações cumulam-se, por força da lei, assim se tendo decidido no acórdão em análise seguindo, como se referiu, doutrina pacífica e reiterada do mesmo Tribunal. Outro entendimento, aliás, ofenderia o disposto no artº 26º, nº 1 do Decreto-Lei nº 24/89/M. [29]

5.2. Para terminar, apenas uma nota final.

No acórdão escreveu-se o seguinte: "*A não se entender desta forma teríamos que a remuneração de um dia de descanso não era minimamente compensatória de um esforço acrescido de quem trabalhe em dia de descanso semanal em relação àqueles que ficassem a descansar ao fim de uma semana de trabalho. Estes ganhariam, por ficarem a descansar, um dia de trabalho; os outros, por trabalharem nesse dia especial não ganhariam mais do que um dia de trabalho normal* ".

---

29 O Tribunal de Última Instância da RAEM conheceu da remuneração prestada em dia de descanso semanal relativamente a casos em que os trabalhadores eram pagos em função do período de trabalho efectivamente prestado (V. Acórdãos de 27.01.2010 - Processo n.º 40/2009, de 22/11/2007 - Processo n.º 29/2007, de 21/09/07 - Processo n.º 28/2007 e de 27.02.2008 -Processo n.º 58/2007). Aí se reconheceu também o direito desses trabalhadores à retribuição pelo dobro, mas, se bem interpretamos esses acórdãos, entendeu-se que nesse valor deveria ser descontado o já pago anteriormente em singelo.
Com efeito, do acórdão de 27.02.2008 -Processo n.º 58/2007 ficou escrito, para além do mais, o seguinte:
"*Mas já tem razão a ré ao dizer que o autor já recebeu o salário normal correspondente ao trabalho nesses dias de descanso, pelo que, agora, só tem direito a outro tanto, e não em dobro, como se decidiu no Acórdão recorrido, que não explica, aliás, porque não levou em conta o salário já pago. É que está em causa o pagamento do trabalho em dia de descanso semanal, pelo dobro da retribuição normal, mas o autor foi pago já em singelo".*
Parece, assim, seguir-se doutrina diversa da do TSI, também por nós defendida, nos termos acima expostos. Ora, a ser esse tal entendimento, com o devido respeito, o mesmo não colhe o apoio legal, violando também o princípio da igualdade constante do artº 25º da Lei Básica, já que embora possa ser diverso o montante a receber em função do disposto nas alíneas a) e b) do nº 6 do artº 17º do DL nº 24/89/M, não existe distinção quanto aos direito ao descanso semanal nem quanto ao descanso compensatório pelo facto de a remuneração ser paga mensalmente ou em função do período de trabalho efectivamente prestado (v. nºs 1 e 4 do mesmo artigo).

Por outro lado, importa aqui considerar também o conteúdo do voto de vencido aposto pelo Mmº Juiz Drº. Tong Hio Fong nos acórdãos sobre esta questão em que teve intervenção, do seguinte teor: (*Votei vencido quanto à fórmula adoptada na compensação do trabalho prestado em dias de descanso semanal, por entender que, sendo o trabalho prestado nesses dias pago pelo "*dobro da retribuição*", este "*dobro*" é constituído por um dia de salário normal mais um dia de acréscimo.*

Provado que o Autor ora recorrente já recebeu da Ré ora sua entidade patronal o salário diário em singelo, para efeitos de cálculo do valor da compensação do trabalho prestado em dias de descanso semanal, terá que deduzir esse montante pago em singelo, sob pena de estar o Autor a ser pago, não pelo dobro, mas pelo triplo do valor diário, ao que acresce ainda o dia de descanso compensatório, o Autor estar a ser pago pelo quádruplo do valor diário.).

Ora, com o devido respeito, esta argumentação não é convincente já que cabe ao legislador fixar a remuneração e os critérios da sua fixação, sendo irrelevante para efeitos de interpretação e aplicação do direito estabelecer as conclusões apontadas.

Repare-se, por exemplo, que na vigência do Decreto-Lei nº 101/84/M o trabalho prestado em dia de descanso semanal era remunerado como dia normal de trabalho, apenas conferindo ao trabalhador o direito a descanso compensatório (não remunerado).

Também no actual Código do Trabalho Português o dia de descanso semanal não é remunerado. [30]

O trabalho em dias de descanso semanal está sujeito a regras limitadas e por isso, pode ou não ser prestado e pode ou não ser remunerado de acordo com as opções do legislador. O descanso semanal visa a garantia do direito ao repouso e, por isso, nem as entidades patronais podem exigir trabalho nesse dia apenas para aumentar a produção, nem os trabalhadores podem renunciar, sem mais, ao descanso semanal para aumentar o seu salário.[31]

No que respeita ao descanso semanal, ao pagamento do trabalho prestado nesse dia e ao descanso compensatório podemos dizer que o legislador de Macau é até mais generoso do que outros sistemas jurídicos.

E, atento este regime, pode suceder que o trabalhador venha a receber o quádruplo do salário em situações como a do caso que o acórdão foi chamado a decidir, tal como se refere no douto voto de vencido acima transcrito.

Com efeito, se o trabalhador prestar trabalho no dia do seu descanso semanal tem direito ao dobro do salário, conforme acima referido e claramente resulta da lei.

Mas, desde logo, tem também direito a descanso compensatório também remune-rado.

Ora, se este descanso não for respeitado - como foi o caso presente - o trabalhador ficará sem direito ao descanso.

Será então que o infractor fica apenas sujeito à sanção administrativa legalmente prevista para essa violação? [32]

---

30 Neste sentido v. A. Monteiro Fernandes – Direito do Trabalho, 15ª edição, págs. 425/426 e Menezes Leitão - Direito do Trabalho, Almedina, 2012-3ª edição, pág. 274.

31 Embora, no que ao trabalhador respeita, esta regra esteja um pouco mitigada pelo nº 5 do DL nº 24/89/M, segundo o qual o trabalhador pode prestar serviço voluntário em dia de descanso semanal, não podendo, no entanto, a isso ser obrigado.

32 Artigo 50º, nº 1, alínea c) do DL nº 24/89/M, de 3 de Abril.

Não nos parece.

É certo que o artº 17º do Decreto-Lei nº 24/89/M não estabelece quais as consequências, relativamente ao trabalhador, da violação do direito ao descanso compensatório (v. o seu nº 4).[33], [34]

Mas isso não significa que o trabalhador fique desprotegido e não possa aplicar-se o mesmo regime do pagamento do trabalho em dia de descanso semanal obrigatório.

Decidindo questão idêntica, no acórdão do STJ de Portugal, de 26.03.2008 – Processo nº 08S09, escreveu-se o seguinte:

"No caso em apreço, o autor pediu o pagamento da retribuição correspondente aos dias de descanso compensatório que não gozou e as instâncias reconheceram-lhe esse direito e, nessa parte, as suas decisões não foram questionadas pela ré. Pelo contrário, nas suas alegações, a ré expressamente reconhece que o autor tem direito a receber a dita retribuição. Entende, porém, que essa retribuição deve ser paga em singelo. Ora, como é óbvio, acrescentamos nós, não podia ser de outra forma. Na verdade, se o autor não gozou os dias de descanso compensatório a que tinha direito, teremos de concluir que trabalhou nesses dias. E, tendo trabalhado, recebeu, naturalmente, a retribuição correspondente a esses dias de trabalho (o autor reconhece implicitamente esse pagamento), embora sem o acréscimo legal, como a ré também reconhece. E, deste modo, é evidente que o que lhe falta receber é tão-somente o referido acréscimo".

Do mesmo modo, escreveu-se no acórdão da Relação de Lisboa de 29.01.2014 – Processo nº 737/12.1TTLSB.L1-4:

"Sendo certo que o A. trabalhou quando deveria gozar o descanso compensatório e, naturalmente, que foi pago por esses dias de trabalho (consideração que assente no reconhecimento implícito desse pagamento por parte do A., pois nada reclamou a propósito), então o que lhe falta pagar é (apenas) o acréscimo legal de 100% estabelecido na lei, correspondente a esses dias …"

Temos então que estes arestos adoptaram o entendimento de que, nos casos em que o trabalhador não gozou o descanso compensatório por nesse dia ter trabalhado - situação que ocorre no caso do acórdão em anotação - tudo se passa como se estivéssemos perante trabalho prestado em dia de descanso semanal obrigatório. Quer dizer, o trabalho prestado em dia compensatório deste deve ser pago com a mesma remuneração. [35]

Situação diversa do que sucederia se o trabalhador tivesse gozado o dia compensatório referido no prazo referido no artº 17º, nº 4 do DL 24/89/M, em que apenas receberia a retribuição

---

33 O mesmo, sucedendo, aliás, com a legislação portuguesa acima referida, disso mesmo dando conta a jurisprudência - neste sentido v. os acórdãos do STJ, de de 27.01.1989 – Processo nº 001992 – BMJ nº 38, pág. 473 e de 26.03.2008 - Processo nº 08S09 e da Relação de Liosboa, de 29.01.2014 – Processo nº 737/12.1TTLSB.L1-4.

34 Ao contrário do que sucede com a violação do direito ao descanso anual, estabelecendo o artº 24º do mesmo diploma o seguinte:" *O empregador que impedir o trabalhador de gozar o período de descanso anual pagará ao trabalhador, a título de indemnização, o triplo da retribuição correspondente ao tempo de descanso que deixou de gozar.* "

35 Aliás, esta situação está hoje expressamente prevista no artº 43º, nº 4 da Lei nº 7/2008, de 18.08.2008, segundo o qual: "*Caso não goze o dia de descanso compensatório previsto no número anterior, o trabalhador tem direito a: 1) Auferir um acréscimo de um dia de remuneração de base, para os trabalhadores que auferem uma retribuição mensal*". É certo que a referência a número anterior poderia dar a entender que só no caso de trabalho solicitado pelo trabalhador, nos termos do nº 3, daria direito a esta remuneração. Mas esta norma tem de referir-se a todo o trabalho prestado em dia de descanso compensatório, sob pena de grave incongruência: é que se o trabalhador fosse obrigado a prestar o trabalho (nº 1) teria uma remuneração, se fosse prestado a seu pedido, teria outra. Não pode ter sido essa a intenção do legislador, antes nos parecendo que onde se refere "*número anterior*" se pretende referir **"números anteriores**".

correspondente já incluída no seu salário mensal.

Deste modo, podemos distinguir as seguintes situações:

a) Se o trabalhador prestou trabalho em dia de descanso semanal obrigatório e gozou no prazo legal o descanso compensatório, tem direito ao dobro da retribuição pela prestação daquele trabalho e à retribuição em singelo correspondente ao salário do dia de repouso (artºs 17º, nºs 1, 4 e 6 do DL 24/89/M).[36]

b) Se o trabalhador prestou trabalho em dia de descanso semanal obrigatório e não gozou no prazo legal o descanso compensatório, por ter também trabalhado nesse dia, há que aplicar o regime do nº 6 do artº 17º DL 24/89/M, por estarmos ainda perante trabalho prestado em dia de descanso semanal obrigatório. Deste modo, por esses dois dias, receberá o equivalente a quatro dias de remuneração, sem prejuízo da remuneração a que teria direito pelo dia de descanso semanal, se o tivesse gozado, como era de lei. Portanto, o dia de descanso é sempre remunerado. Se for prestado trabalho este tem de ser pago pelo dobro da retribuição normal, quer seja o dia de descanso obrigatório, quer o dia de descanso compensatório.

Conclusões:

1ª) O descanso semanal constitui um direito dos trabalhadores por conta de outrem, consagrado na maioria das legislações e em Convenções Internacionais, estando presente na legislação da RAEM, bem como na Lei Básica.

2ª) Este direito insere-se no direito ao repouso dos trabalhadores, destinando-se a propiciar a recuperação física e psicológica após uma semana de trabalho, bem como a permitir que nesse dia possam dedicar-se à família, actividades culturais e recreativas, etc.

3ª) À data dos factos constantes do acórdão em anotação estava em vigor o Decreto-Lei 24/89/M, cujo artº 17º, nº 6 determinava que o trabalho prestado em dia de descanso semanal deveria ser pago, quanto aos trabalhadores que auferissem salário mensal, pelo dobro da retribuição normal.

4ª) Isto sem prejuízo de o dia de descanso semanal ser também remunerado (artº 17º, nº 1 do mesmo diploma) e de o trabalhador gozar de um dia de descanso compensatório, se trabalhasse naquele dia, *a gozar dentro dos trinta dias seguintes ao da prestação de trabalho e que seria imediatamente fixado* (artº 17º, nº 4).

5ª) No caso de o trabalhador também trabalhar no dia de descanso compensatório, por aplicação do mesmo regime estabelecido no nº 6 do artº 17º, este dia deveria também ser pago em dobro, sem prejuízo de ao trabalhador ser devido o montante a que teria direito pelo descanso semanal.

6ª) Em consequência, e distinguindo, como fez o acórdão, entre remuneração devida pelo direito ao descanso e remuneração devida pelo direito ao pagamento do trabalho prestado nos dias de descanso semanal e compensatório, não há que descontar nestes valores o recebido no

36 Nesta última situação, porém, este valor está já incluído na retribuição mensal, pelo que o trabalhador não tem direito a exigir o respectivo montante, caso tenha recebido o seu salário correspondente (v. o artº 26º citado)

salário mensal a título de direito ao descanso (v. artºs 17º, nº 1 e 26º nº 1 do citado diploma).

7ª) Por tudo o que ficou dito, parece-nos que o tribunal decidiu bem ao não admitir o desconto do valor já recebido a título de descanso semanal no salário mensal, no valor devido a título de trabalho prestado nesse dia.

RAEM, Julho de 2015

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TUI N.° 2/2004 SOBRE A POSIÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL NA HIERARQUIA DAS FONTES DE DIREITO NA RAEM

ILDA CRISTINA FERREIRA
Doutoranda em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito
The University of Hong Kong, Hong Kong

1. Introdução

A questão do posicionamento do direito internacional convencional[1] na hierarquia das fontes do Direito (*ius essendi*)[2] na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) tem vindo a ser alvo de algum debate doutinário,[3] bem como de decisões judiciais distintas quanto ao seu fundamento legal. É em relação a estas últimas que se centra este comentário.

Da análise da jurisprudência do Tribunal de Segunda Instância (TSI) podemos verificar uma uniformidade quanto à base jurídica que fundamenta o Primado do direito internacional convencional sobre o direito ordinário. Com efeito, o TSI tem fundamentado a supremacia dos instrumentos jurídicos internacionais convencionais *vis a vis* o direito interno ordinário, ao abrigo

1 Referimo-nos ao direito emergente de tratados solenes ou acordos internacionais, bem como a actos jurídicos unilaterais com força obrigatória geral emanados de órgãos internacionais, tais como as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, ao abrigo do Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas. O termo, por nós, empregue compreende todo o *direito internacional positivo.*

2 Referimo-nos, naturalmente, às fontes *imediatas* ou *primárias* de Direito.

3 *Vide*, *inter alia*, JORGE OLIVEIRA, "*O ordenamento jurídico de Macau no contexto da Lei Básica*", *paper* apresentado no Colóquio realizado pela AAM (13 e 20 de Novembro de 1991), págs.35ss, JORGE COSTA OLIVEIRA, JESSICA REBELO LEÃO, PAULO CARDINAL E PAULO PEREIRA VIDAL, "An Outline of the Macau Legal System", *Hong Kong Law Journal*, Vol. 23, Part 3, 1993, págs. 357-394, págs.361-364, PAULO CARDINAL,"A questão da continuidade dos instrumentos de direito internacional aplicáveis a Macau*", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano V, n.º 11, Macau, 2001, 97-105, PATRÍCIA FERREIRA, "*Algumas Questões acerca da Aplicação do Direito Internacional na Região Administrativa Especial de Macau,"* Curso de Produção Legislativa, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2002, WANG XI'AN, "Certas questões relativas à aplicação de convenções internacionais nas Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau*", Revista Administração*, n.º 65, vol. XVII, 2004-3.º, 825-846, ANTÓNIO KATCHI, "*As Fontes do Direito em Macau*", Teses e Estudos, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006 pág. 446 e ss., FILIPA DELGADO, "Algumas notas sobre o Estatuto Jurídico Internacional na RAEM", *Repertório de Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, págs. 105-117, BACELAR GOUVEIA, "*Fontes de Direito e Direitos Fundamentais em Macau*", *in* II Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau, Direitos Fundamentais – Consolidação e Perspectivas de Evolução, 20-22/10/2008, LOK WAI KIN, "A Lei Básica e o problema da aplicação das convenções internacionais em Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XIII, n.º 27, Macau, 2009, 65-75, LIU GAOLONG, "A Aplicação e Efeito do Direito Internacional em Macau – Comentário ao Processo n.° 2/2004 do Tribunal de Última Instância, *Boletim da Faculdade de Direito da UMAC,* n.° 28, UMAC, 2009, págs.49-61, VASCO FONG, "The Ranking of the International Law in the Framework of "The Basic Law of the Macao SAR of the People's Republic of China" and the Introspection on the Perplexities of Fundamental Rights", *in One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Jorge Oliveira e Paulo Cardinal (Ed.), Springer, 2009, pág. 593-606, pág. 602-604. ILDA CRISTINA FERREIRA, "The Macau SAR Legal System, Is the EU Law a Source of Inspiration for Macau Lawmakers?", "*Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal law*", J.Godinho (Eds.), LexisNexis, Hong Kong, 2010, 39-66.

do n.° 3 do art. 1.° do Código Civil de Macau (CC),[4] enquanto que o Tribunal de Última Instância (TUI), perfilhando outro entendimento, justifica, no Acórdão n.° 2/2004,[5] essa supremacia à luz do art. 138.° da Lei Básica da RAEM (LB).

O Acórdão n.° 2/2004 do TUI apresenta um leque de argumentos, do nosso prisma, algo criativos e até polémicos no que atine à base legal que consubstancia o princípio do Primado do direito internacional convencional na ordem interna, distanciando-se das decisões proferidas pelo TSI. Tal facto é merecedor de assento e de reflexão já que um conflito de interpretação entre as duas instâncias judiciais que ocupam o lugar cimeiro da organização judiciária de Macau pode prejudicar o correcto enquadramento *jus*-positivo do direito internacional na nossa ordem jurídica.

2. O Acórdão n.° 2/2004, de 2 de Junho, do TUI

O TUI analisa a posição hierárquica do direito internacional convencional na ordem jurídica da RAEM no âmbito de um recurso jurisdicional em matéria cível relativo à aplicação da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças[6] (taxas de juro e sua aplicação) em confronto com o art. 5° do Decreto-Lei n.° 40/99/M e o art. 569.°, n.° 2 do Código Comercial.

No Acórdão, o TUI, conclui que:

"I – Tendo a lei apenas força hierárquica inferior às normas constitucionais, só estas podem conferir às convenções internacionais força hierárquica superior às leis, pelo que o n.° 3 do art. 1° do Código Civil não tem qualquer eficácia na parte em que confere às convenções internacionais força hierárquica superior às leis.

II – As convenções internacionais, a que se refere o 1.° período do 2° parágrafo do art. 138.° da Lei Básica, que vigoravam em Macau antes de 19 de Dezembro de 1999 e que continuaram a vigorar após esta data e em que a República Popular da China não é parte, têm valor hierárquico superior às leis internas."

III- O art. 5° do Decreto-Lei n.° 40/99/M contraria o n.° 2 do art. 48° da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças, pelo que os tribunais devem recusar a sua aplicação.

IV – A Lei Uniforme sobre Letras e Livranças vigora em Macau ininterruptamente desde 8 de Fevereiro de 1960. (...)". [7]

4 *Vide* decisões do TSI relativas aos processos n.° 173/2002, n.°174/2002, n.° 49/2003, n.°129/2003, n.°153/2003, n.° 164/2003, n.° 221/2003 e n.° 301/2003.
Disponíveis em: *http://www.court.gov.mo/pt/subpage/researchjudgments?court=tsi*.

5 Disponível em: *http://www.court.gov.mo/sentence/pt-53590d0a72513.pdf.*

6 A Lei Uniforme das Letras e Livranças vigora em Macau desde a sua publicação no Boletim Oficial de Macau, n.° 6, de 8 de Fevereiro de 1960, tendo sido posteriormente incorporado no Código Comercial de Macau (Decreto-Lei n.°. 40/99/M)..A República Popular da China (RPC) não era Parte da Convenção à data da reassumpção de soberania sobre o território de Macau, pelo que acordou com o Governo Português na continuidade da aplicação da Convenção em Macau depois de 19 de Dezembro de 1999, tendo para o efeito notificado o Secretário-Geral das Nações Unidas, enquanto entidade depositária, dessa assumpção de responsabilidades relativamente à RAEM (cfr. art. 138°, 2° parág., da LB).

7 Pág. 11 do Acórdão n.° 2/2004.

Analisaremos de seguida os argumentos proferidos pelo TUI que sustentaram as conclusões *supra.*

2.1. A posição ou valor do direito internacional convencional na hierarquia das fontes de Direito da RAEM

No dito Acórdão, o TUI conclui que o direito internacional convencional prevalece sobre o direito ordinário e é hierarquicamente inferior à Lei Básica, em virtude de esta ser uma lei de natureza constitucional.[8] Pese embora o raciocínio do TUI circunscrever-se à análise de convenções internacionais que já se encontravam em vigor na RAEM antes da reassumpção do exercício de soberania de Macau pela China (20 de Dezembro de 1999) e de continuarem a vigorar depois dessa data, em conformidade com o disposto no 1.° período do 2° parág. do art. 138.° da LB, concordamos com a conclusão final do TUI relativa ao valor *supra-legal e infra-constitucional* das convenções na ordem interna da RAEM. Contudo, o mesmo já não podemos firmar quanto aos seus fundamentos legais.

2.2. Da ineficácia do n.° 3 do art. 1.° do Código Civil de Macau (CC)

De acordo com o TUI, o n.° 3, do art. 1.° do CC que consagra o princípio do Primado do direito internacional convencional sobre o direito ordinário é *ineficaz* "(...) *na parte que confere às convenções internacionais força hierárquica superior às leis*", porquanto nenhuma norma jurídica pode "(…) *conferir a outra norma ou a um conjunto de normas, força hierárquica superior à sua própria*". Isto é, "(...) *um regulamento administrativo não pode criar ou conferir a uma fonte de direito força hierárquica superior à do regulamento administrativo*".[9]

Alega o TUI que esta é uma questão eminentemente constitucional, sendo tal *asserção inquestionável na doutrina*, razão pela qual *só* a lei fundamental pode outorgar valor supra-legal ao direito internacional convencional.[10] Logo, o CC aprovado por Decreto-Lei, direito ordinário, não pode conferir ou reconhecer valor hierárquico superior a outra fonte de Direito - direito internacional convencional - em relação a si mesmo. Culminando com a afirmação que o preceito

8 "*A Lei Básica tem valor constitucional e consequentemente prevalece sobre todas as leis*.", *vide* parág. 136, do *Core Document* da RPC (HRI/CORE/1/Add.21/Rev2, 11 de Junho de 2001), submetido ao Alto-comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (*Office of United Nations High Commissioner for Human Rights*). Este Documento constitui a parte geral de todos os relatórios da RPC relativos à aplicação dos diversos instrumentos internacionais sobre Direitos Humanos no seu território nacional. É um retrato-sumário da situação política, sócio-económica, geográfica, demográfica da China, incluindo das suas Regiões Administrativas Especiais. Disponível em: *http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nst.* Sobre o valor constitucional da RAEM, *vide inter alia*, EDUARDO CABRITA, "Limites de natureza internacional e constitucional à autonomia da R.A.E.M.", pág. 177, YASH GAI, "A transferência de soberania e a democratização de Hong Kong e Macau" pág. 239 e FRANCISCO GONÇALVES PEREIRA, "Lei Básica: o modelo convencional e a prática constituinte", pág. 248, todos *in* "As Leis Básicas: Problemas e Perspectiva", *Revista Jurídica de Macau*, 1999; FONG MAN CHONG, "Alguns aspectos em torno da vigência da Lei Básica na fase inicial (II) – reflexões sobre a aplicação do Direito internacional na RAEM" *in Revista Administração*, n.° 62, Vol.XVI, 2003, pág. 1262, BACELAR GOUVEIA, "*Macau no Direito Constitucional de Língua Portuguesa*", *in* III Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Sentido e Importância do Direito Comparado no âmbito do Princípio "Um País, Dois Sistemas", 20-21/01/2011, págs. 22 e *ss,* PANG JIAYING, "On the Ultimate Authority of the Constitution of the People's Republic of China in the Special Administratives Regions", *in Academic Journal of "One Country, Two Systems*", Vol. III, Dezembro, 2013, págs.111-119, págs.112-113.

9 Pág. 11 do Acórdão n.° 2/2004.

10 O TUI cita, entre outros, AZEVEDO SOARES, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, P.LARDY *in* pág. 12 do Acórdão n.° 2/2004.

legal supra-citado não passa "*(...) de uma declaração de boas intenções do legislador ordinário, em matéria da competência do legislador constitucional (...)*".[11]

Ora, parece ser pacífico e consensual na comunidade jurídica que a solução ideal em termos de política-constitucional e de técnica-legislativa é tratar esta matéria em sede de lei constitucional. O problema é, precisamente, suscitado aquando do silêncio do texto constitucional, como é o caso da LB da RAEM. *Quid iuris*? E, aqui, divergimos cabalmente da conclusão do douto Tribunal sobre a ineficácia do n.° 3 do art. 1.° do CC, bem como da respectiva fundamentação jurídica.

É nossa humilde opinião que o n.° 3 do art. 1.° do CC é um preceito legal válido e eficaz que consagra um princípio geral do ordenamento jurídico da RAEM. Baseamos a nossa posição em três dispositivos: i) na doutrina, ii) na *praxis* de outros ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica análogos aos da RAEM (comumente designados por 'jurisdições civilistas' (*civil law*)), e iii) nas características do edifício jurídico-normativo da RAEM e dos seus princípios enformadores.

A modalidade de inserção do direito internacional nas ordens jurídicas internas e a fixação do seu valor na hierarquia das fontes de Direito depende dos valores, princípios e exigências técnico-constitucionais de um dado ordenamento jurídico, sendo paradigmático nas jurisdições romano-germânicas a fixação da posição do direito internacional geral[12] e convencional na Lei Fundamental.

Cabe à lei constitucional enquanto lei estruturante de um Estado de Direito, no vértice da pirâmide normativa, definir a relevância que o direito internacional ocupa no espaço jurídico interno, tal sucede, por exemplo, nas Constituições Francesa,[13] Italiana,[14] Portuguesa,[15] Países Baixos,[16] Alemã,[17] Grega,[18] Angolana,[19] Moçambicana[20] e Cabo-Verdiana.[21] É, pois, às normas constitucionais que compete outorgar valor infra-legal, supra-legal ou mesmo supra-constitucional às normas convencionais estabelecendo concomitantemente uma hierarquia das fontes de Direito

11 Pág. 13 do Acórdão n.° 2/2004.

12 Entende-se por Direito internacional ou comum: o costume internacional, as normas de *ius cogens* e os princípios gerais de direito internacional.

13 Cfr. Art. 55.º (valor supra legal dos tratados).

14 Cfr. Art. 10.º (omissa, quanto à posição e valor das convenções, mas refere que o ordenamento jurídico italiano é conforme com as normas reconhecidas de direito internacional).

15 Cfr. Art. 8.º (omissa, quanto à posição e valor das convenções, mas refere que as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português).

16 Cfr. Art. 91.º, n.º 3 (valor supra-constitucional dos tratados).

17 Cfr. Art. 25.º (valor supra legal dos tratados).

18 Cfr. Art. 28.º, n.º 1 (valor supra legal dos tratados).

19 Cfr. Art. 13.º, n.º 1 (omissa).

20 Cfr. Art. 18.º, n.º 2 (valor supra legal dos tratados).

21 Cfr. Art. 12.º, n.º 4 (valor supra legal dos tratados).

na ordem jurídica interna.[22]

Porém, esta *asserção não constitui um axioma inabalável*, principalmente se considerarmos que algumas Constituições europeias são *omissas* quanto à posição que o direito internacional *convencional* ocupa na hierarquia das suas fontes, como é o caso de Portugal e de Itália. [23] Ou seja, não obstante tratar-se de uma questão do foro *eminentemente constitucional* e de ser pacífico na doutrina que a *solução ideal*, em termos de técnica legislativa, é a previsão normativa da relação das fontes *iuris essendi* na lei fundamental, a prática revela que tal não sucede em todas as jurisdições.

A título de exemplo, veja-se o caso da Constituição Portuguesa (CRP) que não dispõe de um preceito constitucional que refira *expressa e inequivocamente* esta matéria. O art. 8.º da CRP apenas define os termos de aplicação (*recepção*) do direito internacional em Portugal, quer seja consuetudinário, convencional ou derivado de organizações internacionais,[24] não fixando qualquer posição hierárquica sobre o valor dessas fontes em relação às fontes de origem interna, inclusive à própria CRP. [25]

Neste contexto, de notar o comentário crítico de André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros ao referirem que: "*Deveria ser a própria Constituição a dispor sobre esta matéria, e no mesmo artigo 8°, a exemplo do que acontece, por exemplo com as Constituições francesa, grega e com a Lei fundamental alemã. Mas não o faz, deixando assim a decisão da questão à opinião, necessariamente falível, da doutrina e da jurisprudência, e legando a estes uma dificuldade que competia ao legislador constituinte evitar*."[26]

Do exposto, podemos desde já inferir que o silêncio da LB em relação a esta matéria não

---

22 Um sistema monista defende a unidade sistemática entre as normas de direito internacional e as normas de direito interno, articulando de forma coerente a multiplicidade de fontes jurídicas que compõem o seu universo jurídico. Esta unidade sistemática pode traduzir-se num sistema monista *com primado do direito interno* (onde em caso de conflito prevalece o direito interno) ou um sistema monista *com primado do direito internacional* (onde em caso de conflito prevalece o direito internacional). Um sistema monista *com primado do direito internacional* pode ainda distinguir-se em monismo *radical* e monismo *moderado* (ou mitigado). Em traços gerais, o *monismo moderado* reconhece a supremacia do direito internacional sobre o direito interno embora subordinado ao direito constitucional (*ie*. supra-legal e infra-constitucional). Diferentemente, o *monismo radical* defende a primazia das normas de direito internacional sobre todas as normas de direito interno *inclusive* as de natureza constitucional (estas não podem contrariar as normas internacionais, *ie.* valor supra-constitucional). De frisar que um sistema monista *com primado do direito interno* significa na realidade a negação (da relevância) do próprio direito internacional na ordem interna em virtude de ter valor infra-legal. Sobre este assunto, *vide* AZEVEDO SOARES, "*Lições de Direito Internacional Público*", Coimbra Editora, 4ª edição, 1988, págs. 63-76 ou JORGE MIRANDA, "*Curso de Direito Internacional Público*", Principia, 2006, 3ª edição, págs. 139-185.

23 *Vide* n/notas 14 e 15.

24 "*As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português*" (n.º 2) e as "*As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos"* (n.º 3).

25 Este artigo trata da recepção/vigência do direito internacional na ordem interna, fazendo menção clara que este é *parte integrante* do ordenamento jurídico português (*sistema monista*) e que o direito internacional convencional, concluídas as formalidades necessárias quanto à sua ratificação ou nos termos dos tratados constitutivos, vigora na ordem interna após *publicação.* Todavia, é entendimento da doutrina que o facto de a CRP prever a fiscalização da constitucionalidade dos tratados (da sua conformidade com a CRP) *permite inferir* que o direito internacional convencional *tem valor infra-constitucional* (mas supra-legal) na ordem jurídica portuguesa (sistema monista moderado).

26 ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, "*Manual de Direito Internacional Público*"**,** Almedina, 1995, 3ª Edição, pág. 116.

constitui um caso isolado ou *sui generis*. [27]

Na ausência de previsão normativa constitucional sobre a hierarquia das fontes de Direito, fica ao jurisconsulto a inglória tarefa de interpretar e analisar de forma coerente, integrada e sistemática o tecido jurídico que enforma a sua ordem interna tendo por base os valores e princípios gerais que lhe subjazem. Neste sentido, é indiscutível na doutrina que, perante o vazio normativo constitucional, a consagração desta matéria tenha sido (seja) feita na lei ordinária, mais concretamente no *corpus iuris civilis.*[28] Dispositivo normativo que por razões de tradição jurídica civilista encerra em si os princípios gerais basilares de Direito que norteiam um dado ordenamento jurídico, nomeadamente no que concerne às fontes de Direito, às normas de interpretação e integração das leis e à aplicação da lei no tempo. Baptista Machado chega a defender que "*as normas aí estabelecidas são normas sobre normas*", constituindo no seu corpo uma "*teoria geral da lei*".[29]

O papel de direito geral ou comum que o CC desempenha no quadro jurídico-legal de uma jurisdição é sobejamente reconhecido em virtude de incorporar regras que não obstante serem dotadas de valor normativo são simultaneamente um *acervo de normas e princípios gerais materiais indistintamente aplicáveis quer ao direito privado quer ao direito público*.[30] Pelo que a inserção sistemática das fontes de Direito no CC, enquanto alicerce jurídico-normativo de uma ordem interna, é característico das jurisdições da família romano-germânica *da qual a RAEM não é excepção*. Ignorar a natureza destas normas do CC peca, no nosso entender, por um excesso de formalismo.

Reza o art. 1.° do CC, no Livro I, Parte Geral, Título I "Das Leis, sua interpretação e aplicação", Capítulo I, sobre as "Fontes do Direito", o seguinte:

"Artigo 1.º

(Fontes imediatas)

1. *São fontes imediatas do direito as leis.*

2. *(…).*

3. *As convenções internacionais aplicáveis em Macau prevalecem sobre as leis ordinárias."*

Este preceito normativo enumera duas fontes *ius essendi*, uma de origem interna e outra de origem externa, consagrando de *forma expressa e inequívoca* o princípio geral do Primado do direito internacional convencional sobre o direito ordinário. Daqui decorre que as normas convencionais ao surgirem num plano hierarquicamente superior vis a vis as normas ordinárias,

27 Não obstante existirem várias disposições constitucionais na LB que fazem menção expressa ao direito internacional convencional, tais como: os art.s 40.º, 136.º e 138.º. A Lei n.° 13/2009, sobre o Regime de Enquadramento das Fontes Normativas Internas, como o próprio título indica, circunscreve-se ao direito de origem interna.

28 CASTRO MENDES, "*Introdução ao Estudo do Direito*", Lisboa, 1984, págs. 197-198 e 236, BAPTISTA MACHADO, "*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*", Almedina 1989, págs 104-105, OLIVEIRA ASCENSÃO, "*O Direito – Introdução e Teoria Geral*", Almedina, 1997, pág.339.

29 *Ibid*, BAPTISTA MACHADO.

30 *Ibid,* BAPTISTA MACHADO, CASTRO MENDES e OLIVEIRA ASCENSÃO, págs 279 e 584.

estas últimas não podem, em caso de conflito, prevalecer (*lex superior derogat legi inferiori*) ou revogar as primeiras (*lex posterior derogat legi priori*). [31]

O reconhecimento do direito internacional convencional enquanto fonte imediata de Direito é, ainda, reiterado no n.° 1 do art. 4.° do mesmo Código ao dispor que "*A lei, independentemente da sua fonte, (…)*" só entra em vigor após a publicação em BO, sendo este acto condição de eficácia do instrumento jurídico na ordem interna da RAEM.

Dificuldades acrescidas são, no entanto, colocadas nas mãos da doutrina e da jurisprudência, como referem André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros, quando o *corpus iuris civilis* também é omisso em relação a esta matéria, como é o caso do Código Civil Português ao não fazer qualquer referência ao *direito nascido de fonte internacional* no elenco das fontes de Direito (art.s 1.° a 4.°).[32] Comenta, ainda, a este propósito, Oliveira Ascensão que a enumeração das fontes de Direito no Código Civil não tem de ser *taxativa*[33], pelo que podemos inferir *a contrario* não existir qualquer obstáculo jurídico-formal à sua inserção naquele cânone normativo.

Em sentido contrário, advoga Bacelar Gouveia (relativamente a Macau) que "*Tudo estaria bem para esta perspectiva do CCM se ao mesmo fosse reconhecida qualquer primazia definitória na estruturação do Ordenamento Jurídico. Mas não se pode esquecer que esta função só pode existir aos textos com função constitucional e esse decerto não será o papel de uma legislação civil: é àquela que cumpre, de entre múltiplas outras tarefas, a definição das fontes normativas relevantes para a construção de uma certa Ordem Jurídica. Naturalmente que esse empenho não cabe a nenhum Código Civil, que além de não possuir força jurídico-hierárquica que somente um texto constitucional pode ter, forçosamente oferece uma visão muito estrita, por se limitar ao Direito Civil como ramo jurídico, por mais geral e comum que seja. Qualquer Código Civil – por muito que isso custe aos civilistas dizê-lo – é sempre e tão-só um Código Civil, não se podendo dele esperar aquilo que ele nunca poderá dar, sob pena da subversão do Estado de Direito na Idade Contemporânea e em cujo nome se fez a revolução constitucional*". [34]

Sobre os argumentos de Bacelar Gouveia, cujo entendimento vai ao encontro do douto Acórdão do TUI, estamos em crer, com o devido respeito, que esta é uma visão demasiado redutora da Parte Geral do CC no que concerne aos *princípios gerais materiais* nele consagrados a par de padecer de uma desvalorização do legado jurídico-normativo deste cânone na RAEM no contexto dos princípios fundacionais da ordem jurídica da RAEM, em particular, o *princípio da continuidade* (cujo significado será ainda aqui abordado).

Pese embora a relevância deste debate doutrinário, importa aqui retirar o essencial e concluir que, distintamente do legislador português, o legislador de Macau clarificou *ab initio* a

---

31 Para que um tratado vigore na ordem interna é necessário que as suas disposições não possam ser revogadas por qualquer acto normativo interno posterior, e que o Estado Parte suspenda as leis ordinárias com ele conflituantes. Tal condição resulta da própria *essência* do Direito internacional e da sua vigência na ordem interna. Logo, este é *materialmente superior* à lei ordinária anterior e posterior. Os Estados ao decidirem *por sua iniciativa* ser Parte de uma dada convenção internacional assumem perante a comunidade internacional os compromissos decorrentes da sua aplicação na respectiva ordem interna (direitos e *obrigações*), mormente a adequação do seu ordenamento jurídico às normas internacionais. Esta vinculação obedece a princípios universalmente reconhecidos (*ius cogens*), designadamente o princípio do livre consentimento e da liberdade negocial, o princípio da boa fé e o princípio *pacta sunt servanda* (cfr. preâmbulo e art. 26.° da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados). Estipula, ainda, o art. 27.° desta Convenção que "*Uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar a não execução de um Tratado".*

32 *Ob.cit. nota 26*, págs. 116 e 117.

33 O*b.cit. nota 28*, págs. 279 e 584.

34 O*b.cit. nota 3*, págs.15-16.

posição hierárquica do direito internacional convencional na sua ordem jurídica no n.º 3, art.1.º do CC, não existindo, como já mencionado, em termos doutrinários, nenhum obstáculo do ponto de vista jurídico-formal.

Acresce, por outro lado, que em termos de *praxis* legislativa, a solução preconizada no CC não difere da do Interior da China que no *silêncio* da Constituição dispôs na lei sobre os "Princípios Gerais do Direito Civil" (lei ordinária) a prevalência das normas internacionais convencionais sobre as leis civis da China (cfr. parág. 2, do art. 142.°).[35] Outra situação similar, contrariando o argumento aduzido pelo TUI, é a Constituição dos Países Baixos que prevê expressamente a supremacia dos tratados sobre as normas constitucionais. [36]

Estes dois exemplos revelam que o argumento de que "*Tendo a lei força hierárquica inferior às normas constitucionais, só estas podem conferir às convenções internacionais força hierárquica superior às leis*" não colhe. [37]

Por último, esta questão não pode ser debatida sem se ter presente o *logos* do tecido jurídico, por outras palavras, os valores, princípios e normas gerais que enformam e caracterizam o edifício jurídico-legal da RAEM. E, neste âmbito, estamos a referir-nos aos princípios estruturantes sobre os quais assenta o estatuto jurídico-político da RAEM e a sua LB: "*Um País, Dois Sistemas*",[38]

35 "*Em caso de contradição entre as disposições de tratado internacional regularmente ratificado pela China e as disposições das leis civis da China, prevalecem as primeiras, salvo em matérias em que a RPC tenha formulado reservas.* (tradução nosssa). Disponível em: *http://en.chinacourt.org/public/detail.php?id=2696.*

36 *Vide*, n/nota 16, art. 91.°, n.°3: "*Qualquer disposição do tratado que conflitue ou seja desconforme com a Constituição pode ser aprovada pelo Parlamento por maioria qualificada de dois terços*." (tradução nossa).

37 Porém, é um argumento válido quando nos referimos ao escalonamento das fontes normativas decorrentes do processo legislativo interno – de actos que se inserem no âmbito da mesma fonte de direito (*vide* Lei n.° 13/2009).Como refere, MARCELO REBELO DE SOUSA, resulta da necessidade de estabelecer uma hierarquia lógico-normativa no leque de actos normativos emanados da(s) autoridade(s) dotada(s) de poder legislativo, *in* "*Introdução ao Estudo do Direito*", MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, Lex, 2000, pág. 177 e segs.

38 Cfr. Preâmbulo da Declaração Conjunta Sino-Portuguesa e da LB. Princípio desenvolvido por DENG XIAO PING "*Um País, Dois Sistemas*" no seio de uma estratégia política que tinha como objectivo principal a reunificação nacional da China com a reintegração da Ilha Formosa (Taiwan) à Mãe Pátria (*vide* preâmbulo da Constituição da RPC). Este princípio foi posteriormente plasmado na Declaração Conjunta Sino-Britânica sobre a transferência de soberania de Hong Kong e na Declaração Conjunta Sino-Portuguesa sobre a transferência de soberania de Macau. O princípio pressupõe a possibilidade de um Estado encerrar em si mais do que um modelo económico e social, atendendo às circunstâncias específicas de cada região do seu território, ao atribuindo-lhes um elevado grau de autonomia. Por outras palavras, a possibilidade de coexistirem dentro do mesmo Estado soberano, um sistema socialista mo interior do seu território e de um sistema capitalista nas suas regiões especiais, *i.e* Um País, Dois Sistemas. A solução constitucional preconizada no art. 31.º da Constituição da RPC ao estatuir que "*O Estado pode criar regiões administrativas especiais sempre que necessário. Os regimes a instituir nas regiões administrativas especiais deverão ser definidos por lei a decretar pela Assembleia Popular Nacional à luz das condições específicas existentes*", conjugado com o seu parág. 13 do art. 62.º ao possibilitar a criação de regiões com sistemas de organização próprios, traduz precisamente esta fórmula. Excertos disponíveis em: *http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2004-02/19/content_307590.htm*. *Vide,* entre outros*,* YASH GAI, "A transferência de soberania e a democratização de Hong Kong e Macau", págs 187-244 e ALBERT H.Y.CHEN, "O Conceito de "Um País, Dois Sistemas" e a sua aplicação a Hong Kong, Taiwan e Macau", págs 253-260, ambos *in As Leis Básicas,* op.cit. nota 8, WANG ZHENMIN, "*Um País, Dois Sistemas" e a Lei Básica de Macau*", comunicação apresentada na Assembleia Legislativa de Macau, Macau, 2007, DONG LIKUN, "On the Core Requiremenrs of teh "One Country, Two Sytems" Policy", *in Academic Journal of "One Country, Two Systems*", Vol. III, December 2013, págs. 65-75.

autonomia[39] e continuidade, [40] princípios igualmente vertidos na Declaração Conjunta Sino-Portuguesa.

O princípio da continuidade do ordenamento jurídico da RAEM encontra-se plasmado em diversos artigos da LB, *inter alia*, art.s 5.°, 8.°, 11.°, 18.°, n.° 1, 19.°, n.° 2, 40.°,[41] 138.°, n.° 2, e 145.°, n.° 2. Este determina a continuidade do *modus vivendi* e *operandi* da sociedade de Macau por um período de 50 anos, incluindo a manutenção do seu quadro jurídico-legal. Reza, em especial, o art. 8.° que:

"*As leis, os decretos-leis, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei ou no que for sujeito a emendas em conformidade com os procedimentos legais, pelo órgão legislativo ou por outros órgãos competentes da Região Administrativa Especial de Macau*."

A *ratio* deste princípio é assegurar a continuidade do ordenamento jurídico de Macau, estribada no primado da certeza e da segurança jurídicas. Este princípio não se reconduz somente à manutenção das leis (*em sentido formal*) salvo no que contrariar a LB, *mas sim a todo o alicerce jurídico-normativo (em sentido material)* enformado em valores e princípios gerais. [42]

Como refere Paulo Cardinal, "*O limite à plenitude do princípio da continuidade não poderá reconduzir-se tão-somente à tese da manutenção das leis salvo no que contrariar a Lei Básica ou no que for sujeito a alterações posteriores por via normativa, isto é leis da RAEM, por exemplo, sob pena de, como se pode antever, levar a um total esvaziamento daquele princípio reitor e consequente inutilidade. Quanto a nós, há que admitir a possibilidade de introdução daquelas alterações não sendo, no entanto, admissível que essas alterações consubstanciem mudanças básicas com isto se pretendendo significar que os princípios gerais enformadores da ordem jurídica de Macau não podem ser inobservados bem como os regimes jurídicos – por exemplo dos direitos fundamentais em geral e de cada direito em si mesmo – não podendo ter a sua ratio desvirtuada ou aniquilada ou, por outras palavras, o conteúdo essencial de determinado regime jurídico terá de ser respeitado e mantido*." [43]

---

39 Cfr. Art.s 2 e 3.º da LB. A RAEM é dotada de um alto grau de autonomia, ao ser-lhe conferido dotada de poderes executivo, legislativo e judicial independentes, *incluindo o de julgamento em última instância e ao ser governada pelas suas gentes*. *Vide* Declaração- Conjunta articulados 2 e 3.

40 Cfr. Art. 5.º da LB. *Vide* Declaração-Conjunta articulado 4.

41 Importa aqui fazer uma breve nota sobre o art. 40.º e a distinta posição hierárquico-normativa que o PIDCP, PIDESC e Convenções da OIT ocupam no quadro do direito convencional da RAEM. Estes instrumentos têm um valor hierárquico superior às demais convenções em virtude da sua consagração constitucional, isto é, fazem parte do catálogo de Direitos Fundamentais da LB. Embora a LB adopte um sistema de cláusula aberta e de direitos dispersos - direitos fundamentais materialmente constitucionais mas que não estão enumerados na LB -, os direitos consagrados nestes instrumentos jurídicos internacionais têm valor constitucional e não podem ser restringidos excepto nos casos previstos por lei. Mais, há direitos que são inderrogáveis mesmo em caso de estado de emergência (art. 4.º, n.º 2, do PIDCP)

42 *Vide* JORGE OLIVEIRA, ILDA CRISTINA FERREIRA, págs. 39-66, ob. cit.nota 3, PAULO CARDINAL, "The Judicial Guaranteed of Fundamental Rights in the Macau Legal System – a Parcours under the focus of Continuity and of Autonomy", págs. 221-269 e BACELAR GOUVEIA, "The Fundamental Rights in Macao", págs. 695-714, ambos *in One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution*, *Essays on Macau's Autonomy after the Reasumption of Sovereignty by China*, op. cit. nota 3.

43 "Os Direitos Fundamentais em Macau no quadro da transição: Algumas considerações", Cuestiones Constitutionales, México, 2006, págs. 155-195, págs. 164-165. Do mesmo autor, "Continuity and Autonomy – Leading Principles Shaping the Fundamental Rights Constitutional System in the Macau Special Administrative Region", La Cienza del Derecho Procesal Constitutional, Estudios en homenaje a Hèctor Fix-Zamudio, México, 2008, págs. 251-303 ambos *in* Paulo Cardinal, "*Estudos de Direitos Fundamentais – no contexto da JusMacau*", Fundação Rui Cunha, CREDM, 2015.

Isto significa que a RAEM mantém as características e elementos-tipo da família de direito romano-germânica,[44] perfilhando um *sistema monista moderado*,[45] bem como todos os princípios *materiais* alicerces do seu ordenamento jurídico mesmo que não especificamente determinados ou formalmente plasmados.

De sublinhar, neste âmbito, o Acórdão n.° 301/2003, de Abril de 2004, do TSI ao reforçar esta ideia da *tradição jurídica*: *"Além disso, como se sabe, é por tradição da nossa ordem jurídica que vem regulada no Código Civil a matéria das fontes de direito. Ora, a favor do nosso entendimento, o Código Civil estabelece no seu artº 1º/3 que "as convenções internacionais aplicáveis em Macau prevalecem sobre as leis ordinárias". Portanto, apesar do aparente silêncio da Lei Básica sobre o problema do grau hierárquico que deve ser reconhecido às convenções internacionais aplicáveis em Macau, o certo é que permanece inalterada a doutrina (já dominante antes de 20 de Dezembro de 1999, embora num quadro constitucional diferente) que defende a consagração implícita da natureza supralegal dessas convenções (nesse sentido, cf. Fong Man Chong, in*《基本法》實施初期點滴*), artigo publicado de uma Edição Especial dedicada ao 10º Aniversário da Associação dos Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, p. 42 [pg.8-9]. (...) "Na eventualidade de um conflito entre o direito internacional resultante das convenções e o direito interno, as convenções internacionais aplicáveis à RAEM prevalecem sobre a lei ordinária interna",*

44 Cfr. parág. 241 do Core Document da RPC: **"***Um dos pilares fundamentais do sistema legal de Macau, que se baseia na família do direito romano-germânico, é precisamente o de que o direito internacional e o direito interno fazem parte da mesma ordem jurídica operando simultaneamente quanto às mesmas matérias." Vide*, *inter alia,* PAULA CORREIA, "O Sistema Jurídico de Macau: Uma Perspectiva de Direito Comparado", *Repertório de Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, págs.17-44 ou JORGE GODINHO, "A família jurídica romano-germânica e o sistema jurídico de Macau" (versão preliminar), *in* III Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Sentido e Importância do Direito Comparado no âmbito do Princípio "Um País, Dois Sistemas", 20-21/01/2011, págs.21 e *ss*.

45 *Vide* n/nota 21. Liu Gaolong também aborda a polémica doutrinária em torno do art. 40.º da LB, ob cit. nota 3. Alguns autores sustentam que a RAEM alterou as suas características do até então sistema monista moderado para um sistema semi-dualista, em virtude do art. 40.º da LB ser decalcado do art. 39.º da Lei Básica da RAEHK, jurisdição de matriz anglo-saxónica e como tal dualista. Para estes autores, a partir do dia 20 de Dezembro de 1999, passaram a coexistir dois sistemas na RAEM - um dualista para os Pactos e Convenções da OIT, previstos no art. 40.º, e outro monista para o restante direito internacional convencional. A nossa posição é diametralmente oposta. Entendemos que o art. 40.º da Lei Básica deve ser interpretado à luz dos princípios gerais da RAEM, *maxime* o princípio da continuidade do ordenamento jurídico quer na sua acepção formal quer material, incluindo a manutenção das suas características-base, e das normas de interpretação que subjazem a esse mesmo sistema. Nestes termos, da leitura do art. 40.º apenas podemos inferir que os Pactos e as Convenções da OIT, porquanto ao consagrarem um conjunto de normas programáticas (*non-self executing*), dependem da adopção de legislação interna para que sejam *efectivamente* aplicados. Caso perfilhássemos a tese de que existe um verdadeiro 'transplante' de uma norma dualista no sistema monista de Macau então ter-se-iam verificado outros 'passos' típicos dos sistemas dualistas. Relembre-se que a inserção de uma cláusula de incorporação ou de transformação implica a conversão do direito internacional convencional em direito interno ou local. O facto de ainda não se ter verificado a *republicação* do PIDCP, do PIDESC e das Convenções da OIT em acto normativo interno – característica estrutural dos sistemas dualistas –, podemos, sem margem de dúvida, afirmar categoricamente que essa transformação para a ordem interna não se operou. Com efeito, apenas e tão-só nessa circunstância é que poderíamos admitir uma 'genuína' assimilação de elementos dualistas no ordenamento jurídico da RAEM. Na realidade, o que testemunhamos é a continuidade da inter-relação dessas normas de natureza internacional com as normas internas, assegurando a necessária unidade e coerência sistemática da ordem jurídica da RAEM. *Vide* ILDA CRISTINA FERREIRA, "*A Protecção dos Direitos Sociais no Contexto dos Instrumentos Internacionais Aplicáveis em Macau*", III Conferência Internacional sobre "As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global – Direitos Sociais", UMAC, Macau (2-3/12/2010), pág.8 (a ser publicado)

princípio que decorre expressamente do n.º 1 do artigo 3.° (...)" [46]

Igualmente, no sentido da manutenção do primazia das convenções sobre o direito ordinário à luz do princípio da continuidade, Katchi, ao referir que: "*Em Macau, ela faz parte* [posição hierárquica perante as leis ordinárias] *de um costume constitucional preservado ao abrigo do princípio da continuidade jurídica material e acha-se expressamente enunciada no artigo 1.°/3 do Código Civil*". [47]

A manutenção deste princípio geral é reiterado de forma sistemática nos relatórios internacionais da China sobre os Direitos Humanos nas Nações Unidas,[48] e no *Core Document* da RPC relativamente à RAEM.[49] A China afirma no parág. 245 deste Documento que: "*Na eventualidade de um conflito entre o direito internacional e o direito interno, as convenções internacionais aplicáveis na RAEM prevalecem sobre a lei ordinária interna (número 3 do artigo 1. do Código Civil)*." De frisar que o *Core Document* tem valor de declaração unilateral, pelo que a informação nele contida só deixará de ter validade na esfera internacional quando for expressamente retirada ou substituída pela China através de novo instrumento.[50]

2.3. O primado do direito internacional convencional decorre do art. 138.º da Lei Básica da RAEM

Com base na premissa de que o Primado do direito internacional convencional sobre o direito ordinário só pode resultar da lei fundamental, na falta de norma expressa na LB sobre a matéria, o TUI recorre a outros dispositivos constitucionais. Nestes termos, infere o TUI que o princípio relativo à posição do direito internacional convencional nas fontes de Direito decorre do art. 138.° da LB.

Alega o TUI que: "*No tocante aos tratados mencionados no art.138.º - acordos em que a RPC é parte e acordos em que a RPC ainda não é parte, mas que já vigoravam em Macau em 19 de Dezembro de 1999 – a sua aplicação é decidida pelo Governo Popular Central. Tal decisão nunca cabe aos órgãos da RAEM. Ora, daqui resulta uma supremacia das normas das convenções internacionais, em termos legislativos, sobre as fontes internas da RAEM. A entender-se de outra maneira, ou seja, a entender-se que estas convenções internacionais e as fontes internas teriam igual posição hierárquica, isto significaria que as convenções poderiam revogar ou alterar a lei interna e poderiam ser por esta revogadas ou alteradas, por aplicação do princípio de que a lei (ou*

---

46 Págs. 26-30. Disponível em: *http://www.court.gov.mo/sentence/pt-53590d33591ce.pdf* Também neste sentido, LIU GAOLONG, "*Não existe nenhuma regra geral na Lei Básica da Região Administrativa Especial. No entanto, de acordo com a Declaração Conjunta celebrada entre a China e Portugal e o artigo 5 da Lei Básica da Região Administrativa Especial é garantido que Macau permanecerá com o sistema legal vigente. Assim sendo, pode-se concluir que a aplicação do direito internacional e dos tratados conforme era feita antes da reunificação terá permanecido na RAEM.*', ob.cit.nota 3, pág. 50.

47 Ob.cit. nota 3, pág. 448.

48 Relatórios da China sobre a aplicação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Convenção Internacional sobre todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contras as Mulheres e a Convenção sobre os Direitos da Criança *in Revista Jurídica de Macau*, Números Especiais, 2006, 2007, 2008, 2010.

49 *Vide* n/nota 8. *Vide* também parág. 80, da versão complememtar do *Core Document* de 2010 (HRI/CORE/CHN-MAC/2010) ao mencionar: "*Além disso, importa ainda relembrar que o direito internacional aplicável na RAEM é directamente integrado na ordem interna e prevalece sobre o direito ordinário*" (tradução nossa). Disponível em: *http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=HRI%2fCORE%2fCHN-MAC%2f2010*

50 *Vide P*ATRÍCIA FERREIRA, op. cit. nota 3, pág. 18.

a norma) posterior derroga a anterior.

Ora este sistema violaria o princípio acima referido e constante da Lei Básica, de que nas matérias de Estado, tais como as relações externas, a RAEM não goza de autonomia, cabendo a sua condução ao Governo Popular Central. Não podem, pois, os órgãos normativos da RAEM revogar normas constantes de acordos internacionais, pois, de outra forma, estar-se-ia a violar as competências do Governo Popular Central constantes da mesma norma. Logo, a posição hierárquica entre as convenções internacionais mencionadas no art.138º da Lei Básica e as fontes de direito internas da RAEM, leis, regulamentos, etc, é a de supremacia das primeiras, relativamente a estas últimas." [51]

Não obstante a hábil argumentação do TUI, não conseguimos, salvo o devido respeito, descortinar neste dispositivo constitucional o valor supra-legal das normas convencionais. Mesmo que admitíssemos tal raciocínio, como aplicá-lo em áreas onde a RAEM tem autonomia externa, ou seja, é sujeito pleno de direito internacional, como é o caso dos acordos celebrados à luz do art. 136.º da LB[52] ou mesmo dos acordos de cooperação judiciária (art. 94.º da LB) ou de abolição de vistos (art. 140.º da LB)?

Ao defender que os acordos são superiores porque são aprovados e decididos pelo Governo Popular Central (GPC) e que desse facto "*resulta uma supremacia das normas das convenções internacionais, em termos legislativos, sobre as fontes internas da RAEM*" não podendo as mesmas ser contrariadas por lei ordinária, o TUI não nos elucida como é que podemos aplicar esse mesmo raciocínio em relação aos acordos em que a RAEM tem competência externa. Terão estes acordos de ser validados pelo GPC para terem força hierárquica superior à lei ordinária? Terão estes acordos o mesmo valor hierárquico da lei ordinária enquanto não forem ratificados pelo GPC? Poderão estes, durante esse período ou a qualquer momento, ser revogados por lei ordinária (*lex posterior derogat legi priori*)? E o que dizer *mutatis mutandis* relativamente aos acordos em que é necessária autorização do GPC mas são acordos locais porque negociados, celebrados e adoptados segundo o direito interno (por ex. de cooperação judiciária, cfr. art. 94.º da LB)?

Mais, serão igualmente ineficazes todos os preceitos legais de natureza ordinária onde se reconhece *expressamente* o valor superior hierárquico das convenções em relação às matérias em apreço? Veja-se a título de exemplo, a Lei da Cooperação Judiciária em Matéria Penal (Lei n.º 6/2006, art. 4.º), a Lei da Salvaguarda do Património Cultural (Lei n.º 11/2013, art. 3.º, n.º 2), Código Penal (art. 5.º, n.º 2), Código Processo Penal (art. 213.º). De acordo com os argumentos do TUI, só podemos concluir que o legislador ordinário "*continua cheio de boas intenções*"…….

Salvo melhor opinião, estamos em crer que o *rationale* do art. 138.º da LB prende-se com outros conceitos e matérias de direito internacional público, mais precisamente, com a personalidade e capacidade jurídica internacional (nomeadamente a capacidade de vinculação externa) e com a recepção e aplicação do direito internacional *convencional* na RAEM.

No nosso entender, a leitura e interpretação do art. 138.º da LB não pode ser dissociada da do parág. 1 do art. 13.º da LB que consagra o princípio geral do trato internacional. Este artigo dispõe que compete ao GPC tratar das relações externas da RAEM - *ius tractum e ius legationis*.

Determinada a entidade responsável pela representação externa, urge definir o *modus operandi*, isto é, o modo como se processa o exercício dessa competência aos níveis interno e

51 Págs. 16-17 do Acórdão n.º 2/2004.

52 Não obstante os limites autonómicos, a RAEM e dotada em determinadas matérias de autonomia externa (cfr. art. 13.º, parág. 3 conjugado com o art.º 136.º da LB).

externo.

O art. 138.° consagra justamente o *processo de consulta interna da RPC sobre a conveniência (ou não) da extensão da aplicação de um acordo internacional na RAEM*. Este mecanismo de consulta é obrigatório e insere-se no conjunto de diligências internas que o GPC terá de proceder relativamente às suas RAEs de Macau e Hong Kong.

Concluídos os procedimentos internos, seguem-se os trâmites para o processo de vinculação externa da RPC, em conformidade com a Lei sobre os Procedimentos para a Conclusão de Tratados da RPC[53] e a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (art.s 14.º a 16.º e 29.º). Neste processo, o GPC, no exercício das suas capacidades de representação externa, notifica as diversas entidades depositárias da assumpção de responsabilidades de direitos e obrigações decorrentes da aplicação dos acordos na RAEM.

Na realidade, o parág. 1 do art. 13.º e art. 138.º da LB não são mais do que a expressão máxima de um dos corolários do exercício de poder de soberania de um Estado: *a condução das relações externas*.[54]

Inferir que destas duas normas é possível extrair o Primado do direito internacional convencional ou uma hierarquia das fontes de Direito, parece-nos uma interpretação que extravasa o sentido da lei (*ratio legis*) e o pensamento do legislador (*mens legislatoris*) .

No Acordão n.º 301/2003, o TSI corrobora a nossa interpretação ao afirmar que "(*...) até porque é o art.º 138.º da própria Lei Básica que estabelece as circunstâncias e pressupostos de cuja verificação depende a aplicação de acordos internacionais na R.A.E.M. (....)*. Ainda neste parágrafo, o TSI alude ao princípio da soberania e ao valor supra-legal que implicitamente deve ser conferido ao direito convencional: "*Por força do princípio da soberania, parece inquestionável que o direito internacional convencional é direito de grau inferior à Lei Básica (....). Assim, uma das manifestações da assunção pelo Governo Central dessa responsabilidade nas condições previstas no art.º 138.º da Lei Básica deveria traduzir-se na omissão, quer por parte da Governo Central quer pela R.A.E.M., da produção normativa na ordem interna contrária ao teor da Convenção, o que desde logo, por um lado, afasta qualquer ideia da paridade hierárquico-normativa entre o direito convencional e os actos legislativos ordinários e, por outro, aponta implicitamente o valor supralegal do direito.*" [55]

A divergência da jurisprudência sobre o fundamento jurídico relativa à prevalência do direito convencional é, em nossa opinião, relevante e não pode ser ignorada atento o (reconhecido) papel que a jurisprudência e a doutrina ocupam no desenvolvimento e consolidação do Direito.[56] Este papel não deve ser olvidado.

---

53 De acordo com art. 3.º desta Lei, são definidas as competências em matéria de vinculação externa, nomeadamente o poder do Conselho de Estado (GPC) para negociar e concluir acordos multilaterais e bilaterais, do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional para decidir sobre a ratificação e revogação de tratados importantes com outros Estados, do Presidente da RPC para ratificar e assinar, do Ministério dos Negócios Estrangeiros para conduzir os assuntos externos sobre a liderança do Conselho de Estado. Disponível em: *http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383893.htm*.

54 A par da defesa (*ius bellum),* art.14.º da LB.

55 Págs.7-8 do Acórdão n.º 301/2003.

56 Relembre-se que nos termos do art. 19.º, parágrafo 2, os tribunais da RAEM têm jurisdição sobre todas as causas judiciais impostas pelo ordenamento jurídico e pelos princípios anteriormente vigentes, significando, no nosso entender, à luz do princípio da continuidade, que os tribunais estão igualmente vinculados aos princípios previamente vigentes e que é seu dever salvaguarda-los e decidir em consonância a fim de garantir a integridade do sistema jurídico da RAEM.

O risco de interpretações erróneas e/ou elações à margem de uma leitura lógico-sistemática do tecido jurídico da RAEM deve ser igualmente ponderado na medida em que contribuí para a distorção ou fractura da *identitatis* do ordenamento jurídico da RAEM, bem como para a desvalorização da acepção material do princípio da continuidade, tal como formulado à luz do princípio "Um País, Dois Sistemas.[57]

Liu Gaolong ao fazer um comentário ao Acórdão em apreço conclui que existem em Macau três tipos de tratados com três níveis de aplicação, logo com efeitos diversos. Diz Liu Gaolong que "*O Tribunal de Última Instância de Macau (...) decidiu (...) que a relação entre os tratados e o direito interno de Macau deveria estar regulada na Constituição e não na Lei Básica de Macau nem no Código Civil de Macau. No entanto, como não existem regras na Lei Básica de Macau sobre o efeito do direito internacional na ordem jurídica interna, temos que fazer uma análise abrangente sobre cada tipo de tratado, partindo das perspectivas históricas e actuais dos sistemas jurídicos e da teoria geral do direito internacional*". [58]

O autor distingue entre: i) tratados de interesse nacional como a defesa, diplomacia e "*(...) que estão ao mesmo nível das leis nacionais e, certamente, sobrepõem-se às leis internas de Macau*". Ou seja, tratados que nem sequer passam pelo processo de consulta previsto no art. 138.º;[59] ii) tratados gerais sobre matérias sociais, económicas e culturais ao abrigo do art. 138.º. O autor refere, neste contexto, a interpretação do TSI sobre a aplicação do art.1.º, n.º 3, do CC, norma posteriormente "revogada" pelo Acórdão do TUI, e utiliza o argumento jurídico-político do TUI. Isto é, tratados aprovados pelo Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional ou pelo GPC, que *emanam do Governo Central*, são superiores à lei local. Estes actos "*são altamente autoritários*", pelo que não devem ser revogados ou modificados pela lei local. Todavia, este poder não é absoluto, admite o autor, porque há um mecanismo de consulta que deve ser observado nos termos do art.138.º;[60] iii) tratados celebrados pela RAEM no âmbito da autonomia externa que lhe foi conferida (cfr. parág. 3 do art. 13.º conjugado com o art. 136.º da LB). Aqui, o autor explica que os acordos 'locais' têm um efeito ou valor jurídico diferente embora não desenvolva nem seja conclusivo em relação a este assunto. Para o autor, os tratados são "*normalmente (...) ratificados pelo órgão legislativo de cada Estado (...).De acordo com as disposições da Lei Básica de Macau, o Governo de Macau é totalmente responsável pela celebração de tratados (...) como não há diferença entre a aprovação e ratificação em termos de procedimentos de celebração de tratados, é muito difícil saber o efeito de cada tipo de tratados de acordo com o princípio geral*

57 *"(...) todavia este princípio não se afirma como absoluto, tal significando que o princípio da continuidade não deve ser encarado como significando intangibilidade. E não se postula como sinónimo de intangibilidade porquanto assim o pretenderam as partes contratantes por forma a evitar um indesejável esclerosamento do ordenamento jurídico de Macau. Na verdade, esta característica de elasticidade, ainda que limitada, do princípio da continuidade constitui-se como uma garantia mais à efectiva sobrevivência do ordenamento jurídico já que lhe permite, sem abdicar contudo das suas características essenciais, adaptar-se ao evoluir natural imprevisível do sistema social em que se insere*", PAULO CARDINAL, op. cit. nota 45, pág. 164.

58 Ob.cit. nota 3, págs.55 e ss..

59 Por exemplo: as Convenções sobre as Relações Diplomáticas ou as Convenções de Genebra e respectivos Protocolos, ou a Carta das Nações Unidas ou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Não obstante concordar com o autor que o processo de consulta relativamente a estas convenções é uma mera formalidade, em virtude de o Governo da RAEM em nada poder discordar ou dispor sobre questões de política externa ou de defesa nacional, à semelhança de determinadas reservas efectuadas pelo GPC, estas convenções, à semelhança das leis nacionais, para vigorarem na RAEM (eficácia jurídica) devem ser publicadas no BO da RAEM (tal como as leis nacionais são publicadas no Anexo III da LB e no BO da RAEM (cfr. parág.2 e 3 do art. 18.º e Anexo III da LB)).

60 Ob.cit. nota 3, pág.57. *Vide* n/nota anterior, também estes tratados têm de ser publicados em BO para produzirem efeitos na ordem jurídica interna.

acima exposto." [61] Esta circunstância torna-se ainda menos clara quando o autor menciona os acordos internacionais celebrados pela RAEM com a autorização do GPC (ex: acordos sobre vistos, aviação civil, cooperação judiciária), e comenta que "*Aparentemente, o efeito destes tratados é diferente dos tratados celebrados com base no art. 136.º da Lei Básica de Macau e superior à legislação interna aprovada pela Assembleia Legislativa de Macau*." [62]

A ideia de *layers* ou graus de efeitos de acordos internacionais que têm o mesmo valor jurídico (e efeito) é bastante controversa e distante da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados (cfr. art.s. 3.º, 24.º, 26.º e 30.º). A prevalecer esta corrente, corre-se o risco, de se começar a distinguir e a valorar (ou melhor, desvalorar) os efeitos jurídicos dos 'acordos locais' da RAEM quando estes, segundo o direito internacional público, têm o mesmo valor jurídico que um acordo ratificado pelo GPC e aplicável na RAEM.

Entendemos, pois face ao que precede, que o argumento jurídico-político elaborado pelo TUI não foi o mais feliz para a comunidade jurídica da RAEM.

2.4. A recepção e aplicação (vigência) do direito internacional convencional na RAEM.

A recepção e a aplicação do direito internacional convencional depende de publicação para vigorar em Macau. Uma vez publicados no BO da RAEM, os acordos *entram imediata e automaticamente em vigor na ordem jurídica interna*.[63]

Este postulado decorre do n.º 3 do art. 1.º do CC conjugado com o seu art. 4.º ao dispor, como já referido, que "*a lei, independentemente da sua fonte, só se torna obrigatória depois de publicada em Boletim Oficial (..)*". Esta condição de eficácia é reiterada na Lei n.º 3/1999, Lei sobre a Publicação e Formulário dos Diplomas, ao estipular o dever de publicação dos acordos no BO (art.s 3.º e 5.º). [64]

Aliás, como menciona o Acórdão do TSI n.° 301/2003 que reproduz o parág. 246 do Core Document da RPC: "*Uma pedra angular do sistema legal de Macau é o princípio da publicidade das leis. Nestes termos o n.° 6 do artigo 3.° e os n.°s 1 e 2 do artigo 5.° da Lei n.° 3/1999, de 20 de Dezembro, estabelecem a obrigação de publicar no Boletim Oficial os acordos internacionais aplicáveis na RAEM*". [65]

61 *Ibid*, págs.60-61.

62 *Ibid.*

63 Também no parág. 243 do *Core Document* da RPC: "*Os acordos internacionais regularmente ratificados ou aprovados pela República Popular da China, ou no caso dos domínios apropriados supra mencionados pelo Chefe do Executivo, uma vez publicados no Boletim Oficial integram imediata e automaticamente a ordem jurídica da RAEM. Não há necessidade de incorporar o direito internacional no direito interno com vista à sua aplicação*", ob.cit. nota 8**.**

64 A competência da publicação dos acordos internacionais é do Chefe Executivo (art. 6.º da Lei n.º 3/1999).

65 Pág. 28 do Acórdão n.º 301/2003.

Em jeito de conclusão

1. O TUI fundamenta a primazia das convenções sobre o direito ordinário com uma interpretação *sui generis* do art. 138.° da LB no seu Acórdão n.° 2/2004 distanciando-se, claramente, dos argumentos que subjazem às decisões do TSI (art.1°, n.° 3, do CC);

2. O leque de argumentos do TUI, no que atine à base legal que consubstancia o princípio do Primado do direito internacional convencional na ordem interna, é controverso e merecedor de reflexão porquanto a jurisprudência tem um papel essencial no desenvolvimento e consolidação do Direito em Macau;

3. Com base na premissa de que o Primado do direito internacional convencional só pode derivar da lei fundamental, na falta de norma expressa na LB sobre a matéria, o TUI justifica, ao abrigo do seu art. 138.°, que os acordos são superiores porque ao serem aprovados e decididos pelo GPC, essas normas convencionais estão *ab initio* imbuídas de uma supremacia que não pode ser contrariada por lei ordinária;

4. A *ratio* do art. 138.° da LB, no nosso entender, prende-se com o *princípio do trato internacional* (art. 13.°, n.° 1, da LB) e o exercício dessa competência externa em relação à RAE, *i.e*., com a personalidade e capacidade jurídica internacional (nomeadamente a capacidade de vinculação externa) e com a recepção e aplicação do direito internacional convencional na RAEM (art. 138.°);

5. Mais, contrariamente ao raciocínio do TUI, entendemos que a solução preconizada no artigo 1°, n.° 3, do CC não é nem aberrante nem ineficaz;

6. Não obstante tratar-se de uma questão do foro *eminentemente constitucional* e de ser pacífico na doutrina que a *solução ideal*, em termos de técnica legislativa, é a previsão normativa da relação das fontes *iuris essendi* na lei fundamental, é também pacífico na doutrina que na ausência de norma constitucional sobre esta matéria, a mesma seja regulada no *corpus iuris civilis;*

7. Cânone normativo que, por razões de tradição jurídica civilista, encerra em si uma miríade de disposições que são *princípios gerais materiais de Direito enformadores do ordenamento jurídico indistintamente aplicáveis quer ao direito privado quer ao direito público,* nomeadamente no que concerne às fontes de Direito, às normas de interpretação e integração das leis e à aplicação da lei no tempo;

8. O valor supra-legal do direito internacional convencional e infra-constitucional é ainda uma característica do ordenamento jurídico da RAEM resultante da sua matriz portuguesa, sendo um *princípio geral do Direito da RAEM e preservado à luz do princípio da continuidade*;

9. Os princípios estruturantes sobre os quais a assenta o estatuto jurídico-político da RAEM e a sua LB, igualmente vertidos na DC, reconhecem e valorizam os valores, princípios e normas gerais que enformam e caracterizam o edifício jurídico-legal da RAEM (*ius identitatis*).

10. Acresce, por outro lado, que em termos de *praxis* legislativa, a solução preconizada no CC não difere da do Interior da China ou de outras jurisdições civilistas, pelo que a *RAEM não é excepção;*

11. Por último, em nossa opinião, a RAEM é dotada de uma situação jurídico-política única - à luz do princípio "Um País, Dois Sistemas, de um valioso património *jus*-normativo e de uma realidade jurídica que se quer dinâmica e actual, contudo é responsabilidade do operador do Direito da RAEM assegurar a necessária unidade e coerência sistemática desse tecido jurídico, contribuindo para a sua consolidação e desenvolvimento, pelo que, um conflito de interpretação entre as duas instâncias judiciais que ocupam o lugar cimeiro da organização judiciária de Macau pode, sem prejuízo de outro entendimento, prejudicar o correcto enquadramento *jus*-positivo do direito internacional na ordem jurídica da RAEM.

Maio de 2015

Autora: Ilda Cristina Ferreira

Doutoranda em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito, The University of Hong Kong, Hong Kong. Regente da Cadeira de Direito Internacional Público, da Licenciatura em Direito, em língua portuguesa da Faculdade d Direito, da Universidade de Macau, em tempo parcial, nos anos lectivos de 2010/2011 a 2013/2014. Endereço Electrónico: ildacristinaferreira@yahoo.com.mo

O presente texto é da exclusiva responsabilidade da autora, não podendo as opiniões nele expressas ser imputadas a qualquer outra pessoa ou entidade.

LEGISLAÇÃO COMENTADA

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM MACAU

DIANA ALFAFAR[1]
Advogada na DSL Lawyers
dianaalfafar@gmail.com

I. Introdução

O reconhecimento da importância do Direito da Concorrência é hoje praticamente universal. A adopção de legislações de protecção da concorrência proliferou por todo o mundo, tal como a criação de autoridades reguladoras da concorrência ou o reforço dos poderes das autoridades já existentes nas várias jurisdições. Macau é um caso raro de jurisdição que tem deixado estas preocupações para segundo plano, não só por ainda não ter adoptado uma lei da concorrência, como também pelo facto de as escassas normas de protecção da concorrência existentes parecerem estar esquecidas por entre as páginas do Código Comercial e de diplomas avulsos, sem que alguém se aperceba realmente da sua existência. Em consequência, a força executória destas normas é pouco significativa.

O Governo de Macau tem sofrido pressões externas para criar um quadro legislativo adequado à protecção da concorrência. Uma das prioridades proclamadas pela União Europeia (doravante, "UE") para Macau no Relatório Anual do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Macau relativo ao ano de 2014 é precisamente a exploração da convergência regulatória em áreas como a política de concorrência[2]. Vincent Piket, o Chefe de Gabinete da UE em Hong Kong e Macau, aquando da apresentação da agenda europeia para a Região Especial Administrativa de Macau em Novembro de 2014 afirmou que "Macau é uma economia pequena, razão mais do que suficiente para ter um enquadramento legal para a concorrência apropriado à sua economia; é bom para as firmas e para o consumidor", tendo acrescentado que a UE pode partilhar o conhecimento que tem desta área para ajudar na implementação de uma lei da concorrência, à semelhança do que foi feito em Hong Kong em 2012[3].

Também a Organização Mundial do Comércio (OMC) tem salientado a insuficiência da legislação da concorrência em Macau, cujas normas mais relevantes se encontram dispersas pelo Código Comercial e em diplomas especificamente aplicáveis a determinados sectores da economia[4].

---

1 Advogada na DSL Lawyers, Mestre em Direito e pós-graduada em Direito da Concorrência, colaborou durante 3 anos no Departamento de Direito da Concorrência da SRS Advogados, em Lisboa, e é autora de diversos artigos publicados na área do Direito da Concorrência.

2 O Relatório Anual do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Macau relativo ao ano de 2014, emitido a 24 de Abril de 2015, encontra-se disponível online em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=JOIN:2015:13:FIN&rid=1.

3 Vide notícia publicada no jornal Tribuna de Macau a 28-11-2014, disponível online em http://jtm.com.mo/local/ue-exorta-macau-ter-lei-da-concorrencia/.

4 Como é salientado no Relatório da OMC sobre Macau - *Trade Policy Review* de 2013, a legislação de protecção da concorrência de Macau mantém-se inalterada desde a data do último relatório da OMC de 2007: "*There is no comprehensive law on competition policies. Relevant provisions are scattered throughout the Commercial Code, and other sector-specific regulations and rules*". O Relatório encontra-se disponível online em https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp381_e.htm.

Apesar das pressões internacionais para que o Governo de Macau dê a devida prioridade a esta matéria, e de as jurisdições mais próximas de Macau já contarem com políticas da concorrência estruturadas e consistentes (falamos da Região Administrativa Especial de Hong Kong e da República Popular da China), o Governo da RAEM ainda não reconheceu como prioritária a adopção de uma lei da concorrência, justificando a adequação da legislação em vigor com a pequena escala da economia local e o predomínio das pequenas e médias empresas na Região.

Passemos então a conhecer as principais normas de Direito da Concorrência vigentes em Macau e a forma como estas devem ser interpretadas e aplicadas, socorrendo-nos de critérios definidos em outras jurisdições com uma maior cultura nesta área, de modo a promover o seu uso da forma mais apropriada no sistema jurídico de Macau. Em seguida, avaliaremos se estas normas efectivamente constituem um quadro legislativo de protecção da concorrência suficientemente eficaz - como sustenta o Governo de Macau -, que apenas deverá ser mais amplamente conhecido e accionado; ou se, tal como é advertido pela UE e pela OMC, a legislação em vigor é insuficiente e requer uma reforma urgente.

II. A proibição das práticas restritivas da concorrência na legislação de Macau

2.1 O artigo 153.º do Código Comercial

Existe no Código Comercial de Macau um pequeno conjunto de normas de Direito da Concorrência. Estas encontram-se no Capítulo 1 do Título X - "Concorrência entre Empresários" - e são aplicáveis a todos os sectores da economia com excepção dos sectores regulados por normas especiais, como é o caso do jogo. Destaca-se a disposição constante do artigo 153.º, que assume uma posição central na proibição das práticas restritivas da concorrência:

"Artigo 153.º

(Limites legais)

1. A concorrência entre empresários deve desenvolver-se por forma a não lesar os interesses da economia do Território e nos limites estabelecidos na lei.

2. São proibidos todos os acordos e práticas que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, sem prejuízo do disposto em disposições especiais".

Nos termos do n.º 2, é pressuposto da ilicitude que o acordo ou prática tenha por *objecto* ou *efeito* impedir, falsear ou restringir a concorrência. Isto significa que os acordos ou práticas que contenham restrições mais graves cujo objectivo seja inequivocamente o de impedir, falsear ou restringir a concorrência estarão automaticamente abrangidos nesta proibição, ainda que não tenham tido qualquer execução. Já quando o objecto da prática ou acordo não seja claramente anticoncorrencial, será necessário averiguar se dessa prática ou acordo poderão surgir efeitos negativos para a concorrência por forma a aferir a sua ilegalidade[5].

Podemos retirar alguns exemplos de práticas abrangidas nesta proibição das normas da Lei da Concorrência Portuguesa (artigo 9.º) e do Tratado sobre o Funcionamento da União Euro-

5 Vide Gonçalo Anastácio, anotação ao artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, in "*Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*", Almedina, 2012, p. 498.

peia (artigo 101.º), cujas versões anteriores serviram de base à redacção do artigo 153.º [6]. Temos assim o seguinte elenco exemplificativo das práticas anticoncorrenciais proibidas:

- Fixação, de forma directa e indirecta, dos preços de compra ou de venda, ou de quaisquer outras condições de transacção;

- Limitação ou controlo da produção, distribuição, desenvolvimento técnico ou dos investimentos;

- Repartição dos mercados ou das fontes de abastecimento;

- Aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

- Subordinação da celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

A prática anticoncorrencial considerada mais grave é o cartel, que consiste num acordo entre empresas com actividades concorrentes com vista a restringir a concorrência e obter assim um controlo mais eficaz do respectivo mercado. Um cartel pode assumir várias formas mas relaciona-se frequentemente com a fixação dos preços de venda ou aumento desses preços, restrições de vendas ou de capacidade de produção, partilha de mercados ou de consumidores ou conluio noutras condições comerciais para a venda de produtos ou serviços[7]. Nestes casos, basta a comprovação do objecto ou objectivo anticoncorrencial para invalidar o acordo ou prática, sendo supérflua a análise dos seus efeitos na estrutura concorrencial do mercado[8]. A estas práticas ou acordos entre duas ou mais empresas que exercem as suas actividades ao mesmo nível da produção ou da cadeia de distribuição (de que é exemplo o cartel), dá-se o nome de "restrições horizontais".

Com uma gravidade não tão evidente temos as "restrições verticais" - acordos ou práticas entre duas ou mais empresas que exercem, cada uma delas, as suas actividades a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição. Os acordos de distribuição entre fabricantes e grossistas ou retalhistas são exemplos típicos de acordos verticais. Aqueles que se limitam a determinar o preço e a quantidade numa transacção de compra e venda específica normalmente não são restritivos da concorrência[9]. Contudo, pode verificar-se uma restrição à concorrência se o acordo contiver restrições relativas ao fornecedor ou ao comprador.

a) Restrições verticais: a análise da estrutura do mercado para a determinação dos efeitos negativos para a concorrência

O primeiro passo para avaliar se uma prática ou acordo vertical restringe efectivamente a concorrência é determinar a estrutura do mercado e o poder de mercado de que as empresas envolvidas nessa prática ou acordo beneficiam. Se estas empresas tiverem um poder de mercado reduzido, é provável que as práticas restritivas que adoptem não tenham relevância suficiente

---

6 A actual Lei da Concorrência Portuguesa, Lei n.º 19/2012, revogou a Lei n.º 18/2003, que por sua vez revogou o Decreto-lei n.º 371/93. Este último diploma influenciou directamente a redacção do artigo 153.º do Código Comercial de Macau. A Legislação de Direito da Concorrência Portuguesa, por sua vez, baseou-se na Legislação Europeia de Direito da Concorrência.

7 Para uma melhor explicação do que se entende por "cartel", consultar a página web da Autoridade da Concorrência Portuguesa disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx.

8 *Vide* Miguel Gorjão-Henriques e Catarina Anastácio, comentário ao artigo 9.º da Lei da Concorrência, in "*Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*", Almedina, 2013, p. 96.

9 O artigo 154.º define os limites da legalidade dos acordos ou práticas que restrinjam a concorrência entre empresários mas que não sejam proibidos nos termos do n.º 2 do artigo 153.º. Estes acordos ou práticas deverão ser circunscritos a determinada área ou actividade e, caso as partes não estabeleçam limites temporais para os mesmos, deverão ser limitados a um período de 5 anos.

para produzir efeitos anticoncorrenciais. Por outro lado, considera-se que um acordo ou prática é susceptível de ter efeitos anticoncorrenciais significativos quando, pelo menos, uma das partes tem ou obtém um certo grau de poder de mercado e esse acordo ou prática contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder de mercado, permitindo-lhe explorá-lo a seu favor.

Para definir a estrutura do mercado recorre-se em primeiro lugar à determinação do mercado relevante em que as empresas envolvidas e as suas empresas concorrentes actuam. Definido o mercado relevante, calculam-se as quotas de mercado dessas empresas, que constituem um bom indício do seu poder de mercado[10].

Na determinação do mercado relevante, importa considerar especificamente o (i) *mercado do produto relevante*, que inclui "*quaisquer bens ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelos compradores devido às suas características, preço e utilização pretendida*". Aqui, recorre-se sobretudo ao critério da substituibilidade na perspectiva dos compradores.

Paralelamente, há que definir o (ii) *mercado geográfico relevante,* que compreende "*a área em que as empresas em causa fornecem e adquirem os bens ou serviços relevantes, em que as condições de concorrência são suficientemente homogéneas e que pode distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido, em especial, ao facto de as condições de concorrência serem consideravelmente distintas nessas áreas*"[11].

As quotas de mercado das empresas são calculadas por referência ao mercado relevante previamente definido, devendo esse cálculo basear-se, em princípio, em dados quantitativos ou, se tais dados não se encontrarem disponíveis, podem ser utilizadas estimativas devidamente fundamentadas, com base nomeadamente em dados sobre os volumes transaccionados.

As características específicas da prática ou do acordo também devem ser objecto de avaliação - nomeadamente a duração dessa prática ou acordo e a existência de cláusulas de exclusividade -, por forma a verificar a sua potencialidade para produzir efeitos anticoncorrenciais. Uma prática ou acordo será tanto mais apta a criar efeitos restritivos da concorrência quanto maior for a sua duração; acordos exclusivos são geralmente mais gravosos para a concorrência que acordos não exclusivos.

b) As consequências estabelecidas na lei para as práticas e acordos proibidos

A consequência legal para a infracção às práticas proibidas no artigo 153.º do Código Comercial encontra-se estabelecida no n.º1 do artigo 154.º do mesmo diploma e é a nulidade.

O Código Comercial não prevê qualquer multa ou infracção administrativa para a violação da proibição dos acordos ou práticas restritivas da concorrência. Tão pouco existe uma entidade administrativa que esteja a cargo da supervisão e sancionamento das violações a estas normas.

Teoricamente, estas normas poderão sempre ser accionadas pelos concorrentes das empresas participantes do acordo ou prática restritiva, por empresas que contratem com estas últimas ou pelos consumidores que se sintam lesados e que pretendam reclamar indemnizações em acções de responsabilidade civil extracontratual (artigos 477.º e seguintes do Código Civil). Porém, para além de esta hipótese ser poucas vezes aconselhada pelos advogados de Macau, devido a uma falta de cultura de Direito da Concorrência na Região, é natural que, pelo menos as peque-

10 As quotas de mercado são um bom indicativo do poder de mercado das empresas, que se traduz na "*capacidade das empresas de manter os preços acima dos níveis concorrenciais ou de manter a produção, em termos de quantidade e qualidade dos produtos e variedade ou inovação, abaixo de níveis concorrências durante um período de tempo não desprezável*", cfr. Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais.

11 Estes métodos de apreciação dos efeitos anticoncorrenciais das restrições verticais foram estudados pela Comissão Europeia com muita profundidade e, por isso, na falta de doutrina e jurisprudência em Macau sobre esta problemática, socorremo-nos do método exaustivamente descrito nas Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais, disponível online em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:cc0007

nas e médias empresas e os consumidores que tencionem recorrer à vida judicial para reclamar indemnizações, ao equacionarem os custos que terão de suportar, nomeadamente com despesas judicias e honorários dos advogados, e as dificuldades em provar os danos e os lucros cessantes directamente causados por aquelas infracções (o que fica a cargo de quem alega o direito à indemnização), acabem desmotivados e desistam de propor a acção.

2.2 O artigo 21.º da Lei n.º 16/2001

Em Agosto de 2001, a Assembleia Legislativa de Macau aprovou o Regime Jurídico da exploração dos jogos de fortuna ou azar em casinos – Lei n.º 16/2001, abrindo caminho à liberalização parcial da indústria do jogo, até aí explorada em regime de monopólio pela concessionária Sociedade de Turismo e Diversões de Macau (STDM). O concurso público regido pelo Regulamento Administrativo n.º 26/2001 atribui três concessões de jogo às seguintes empresas: Sociedade de Jogos de Macau (SJM), Galaxy Casino, S.A. (Galaxy) e Wynn Resorts (Macau) S.A. (Wynn). Mais tarde foi permitido a estas concessionárias realizar sub-concessões, surgindo novos operadores no mercado - o Venetian Macau S.A (Venetian), o MGM Grand Paradise, S.A. (MGM) e a Melco PBL Jogos (Macau) S.A. (Melco) – desenhando uma estrutura de mercado da indústria do jogo que é a que temos ainda hoje.

O artigo 21.º da Lei n.º 16/2001 contém normas de Direito da Concorrência dirigidas especificamente ao sector do jogo:

"Artigo 21.º

Proibição de práticas restritivas da concorrência

1. As concessionárias exercem a sua actividade em concorrência sã e leal, com respeito pelos princípios inerentes a uma economia de mercado.

2. O Governo trata todas as concessionárias de forma não discriminatória e assegura o cumprimento das normas visando a defesa da concorrência, nomeadamente a existência de uma concorrência sã e leal entre as concessionárias.

3. São proibidos os acordos e as práticas concertadas, qualquer que seja a forma que revistam, entre as concessionárias ou sociedades pertencentes aos respectivos grupos, que sejam susceptíveis de impedir, restringir ou falsear a concorrência entre as concessionárias.

4. É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais concessionárias, de uma posição dominante no mercado ou numa parte substancial deste, que seja susceptível de impedir, restringir ou falsear a concorrência entre as concessionárias.

5. Excepto nos casos em que sejam expressamente declarados justificados por despacho do Chefe do Executivo, os acordos, decisões, práticas ou factos proibidos pelos n.os 3 e 4 são nulos.

6. A violação ao disposto no presente artigo constitui infracção administrativa, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal que lhe possa estar subjacente".

O n.º 3 do artigo 21.º é a disposição central de proibição de práticas restritivas da concorrência e limita-se a proibir os cartéis entre as concessionárias de jogo. É de notar que, embora esta disposição se refira à concorrência entre as concessionárias, ela limita-se a regular a concorrência em relação aos jogos de fortuna e azar. Assim, a concorrência entre as concessionárias em outros sectores, como na hotelaria, restauração e lojas de luxo está sujeitas às normas do Código Comercial, e não às do artigo 21.º da Lei n.º 16/2001.

Em relação à cartelização, há que esclarecer que a mera verificação de paralelismo de

comportamentos não é, naturalmente, suficiente para concluir pela existência de uma prática concertada, podendo existir outras explicações plausíveis para a conduta em causa[12]. Para haver ilicitude, tem que haver prova de que tal paralelismo resulta de uma concertação de vontades dos interessados. Por exemplo, no sector do jogo, os produtos das diferentes concessionárias (o Baracá, o Black Jack, etc.) são praticamente todos iguais e os seus preços são fixos, o que resulta muito provavelmente da estrutura semelhante dos custos dos mesmos ou da forte concorrência entre as concessionárias, e não necessariamente de um cartel[13].

Também aqui a consequência para as concessionárias que desrespeitem o n.º 3 do artigo 21.º é a nulidade do acordo ou prática concertada, a não ser que o mesmo seja expressamente declarado justificado por despacho do Chefe do Executivo (n.º 5 do artigo 21.º).

Ademais, o n.º 6 do artigo 21.º estabelece que as referidas práticas na indústria do jogo constituem infracção administrativa, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil ou criminal que possa estar em causa. A entidade com competência para fiscalizar e aplicar multas às infracções administrativas previstas na Lei do Jogo é a Direcção de Inspecção e Coordenação de Jogos (DICJ).

Segundo o artigo 43.º, n.º 2, estas infracções regem-se pelo disposto no Decreto-Lei n.º 52/99/M, de 4 de Outubro – o "Regime Geral das Infracções Administrativas e respectivo Procedimento" – e as respectivas sanções devem ser impostas pelo Governo. Não obstante, até hoje não foi adoptado nenhum diploma que crie as referidas sanções, pelo que as infracções em causa permanecem sem qualquer disposição realmente dissuasora destas práticas anticoncorrenciais.

III. O abuso de posição dominante na legislação de Macau

O n.º 4 do artigo 21.º da Lei n.º 16/2001 proíbe "*a exploração abusiva, por uma ou mais concessionárias, de uma posição dominante no mercado ou numa parte substancial deste, que seja susceptível de impedir, restringir ou falsear a concorrência entre as concessionárias*".

Entende-se que uma empresa que tenha posição dominante no mercado deverá ter a responsabilidade acrescida de não permitir que a sua conduta obste a uma concorrência efectiva e não falseada no mercado. O mesmo se passa com empresas que, associadas, conseguiriam alcançar essa mesma posição dominante[14].

Mas o que é uma posição dominante e como aferi-la?

As antecedentes leis da concorrência portuguesas definiam o conceito de posição dominante, clarificando que detém posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço "*a empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes*", bem como "*duas ou mais empresas que actuem concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros*" (artigo 3.º, n.º 2 do antigo Decreto-lei n.º 371/93 e artigo 6.º da anterior lei da concorrência - Lei n.º 18/2003).

12 Vide Gonçalo Anastácio, anotação ao artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, in "*Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*", Almedina, 2012, p. 497.

13 Vide Wang Chang Bin, "*Comentário sobre a Lei da Concorrência nos Jogos de Macau"*, in Administração n.º 87, vol. XXIII, 2010-1-º, p. 157.

14 *Vide* Orientações da Comissão Europeia sobre as prioridades na aplicação do artigo 82.º to Tratado CE [102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

O facto de deter uma posição dominante faz com que a empresa não sofra a pressão concorrencial e, consequentemente, que as suas decisões sejam em grande medida insensíveis às acções e reacções dos concorrentes, clientes e mesmo dos consumidores[15].

É normalmente através da determinação das quotas de mercado das empresas que se determina a estrutura do mercado e a importância relativa das empresas que nele operam, sendo desta forma possível avaliar se alguma delas detém a tal posição dominante. Quanto mais elevada for a quota de mercado e quanto mais longo for o período de tempo durante o qual esta é mantida, maior será a probabilidade de esse facto constituir um sinal preliminar importante da existência de posição dominante[16]. Para referência, o Tribunal de Justiça da União pronunciou-se sobre esta questão e entendeu que uma quota de 50% constitui uma presunção ilidível de posição dominante[17], enquanto que, segundo a Comissão Europeia, será pouco provável que uma empresa com uma quota de mercado inferior a 40% tenha uma posição dominante[18].

a) A determinação do mercado relevante para avaliação de uma posição dominante

O abuso de posição dominante é aferido em relação a um determinado mercado relevante, que compreende o mercado relevante do produto e o mercado relevante a nível geográfico. Em relação ao mercado geográfico relevante, poderemos ter o mercado circunscrito a Macau, ao Sudeste Asiático ou até ao Mundo inteiro, dependendo da área de actuação da empresa e da área em que actuam os seus concorrentes. Quanto à indústria do jogo, pelo menos quando esteja em causa o mercado geográfico circunscrito a Macau, muito provavelmente nenhuma das seis concessionárias de jogo deterá uma posição no mercado muito superior às demais. Pode, no entanto, haver uma ou outra concessionária que detenha uma posição dominante em relação a determinado produto, como o "Bacará", o "Black Jack" ou as máquinas de jogo ou "slot machines" no mercado de Macau, mas ao mesmo tempo ter um peso pouco considerável à escala mundial[19]. Em abstracto, considera-se que o mercado do jogo em Macau pode ser dividido nos seguintes sub-mercados: mercado das salas VIP, mercado das salas de jogo para o público e mercado das "slot machines"[20].

b) Indícios de uma posição dominante

Um factor importante a considerar na verificação da existência de uma posição dominante é a existência de barreiras à entrada. Uma empresa com uma quota de mercado não muito elevada poderá ter uma posição dominante caso haja fortes barreiras à entrada naquele mercado, i.é., condicionalismos que impeçam outras empresas de entrar no mercado para concorrerem com as empresas que nele actuam. As barreiras à entrada podem assumir diferentes formas, podem ser barreiras jurídicas como a regulação de um sector ou vantagens específicas da empresa em posição dominante, tais como economias de escala e de gama, acesso privilegiado a meios de produção ou recursos naturais essenciais tecnologias importantes ou uma rede estabelecida de

15 *Vide* Gonçalo Anastácio, comentário ao artigo 11.º da Lei da Concorrência, in "*Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*", Almedina, 2013, p. 136.

16 *Vide* Gonçalo Anastácio, comentário ao artigo 11.º da Lei da Concorrência, cit., p. 136.

17 Vide Acórdão do Tribunal de Justiça de 3.7.1991, C-62/86, Akzo c. Comissão,

18 Vide Orientações da Comissão Europeia sobre as prioridades, cit. §14.

19 A prática corrente para a determinação do mercado relevante é o teste SSNIP – "*Small but Significant and Non-transitory Increase in Price*". Para uma explicação acerca do funcionamento deste teste *vide* Andrea Amelio e Daniel Donath, "Market definition in recente EC merger investigations: The role of empirical analysis", in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, n.º 3-2009, disponível online em http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/merger_investigations.pdf

20 Vide Wang, cit., p. 165.

distribuição e venda[21].

O sector do jogo é um exemplo claro de um mercado com grandes barreiras à entrada, por força dos condicionalismos de uma regulação rigorosa, bem como das avultadas quantias que é necessário despender para entrar em concorrência com as empresas já instaladas.

c) Os tipos de abusos de posição dominante

Apurada uma posição dominante no mercado, há que aferir se a empresa comete efectivamente um abuso, i.e., se a sua conduta é ilícita por ser apta a impedir, restringir ou falsear a concorrência.

É de notar que a detenção de uma posição dominante, por si só, naturalmente não implica ilicitude. Aliás, uma empresa geralmente atinge uma posição de dominância do mercado pela sua capacidade de inovação e gestão, o que, numa economia de mercado, lhe confere até um acrescido mérito.

Tomando novamente por referência a legislação portuguesa e europeia, extraímos as práticas qualificadas naqueles ordenamentos como abusivas quando praticadas por empresas com posição dominante:

i) Imposição, de forma direita ou indirecta, de preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas – abusos de exploração;

ii) A limitação da produção, distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores – abusos de exclusão;

iii) Aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência – abusos de discriminação;

iv) Subordinação da celebração de contratos à aceitação, por parte de outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos – abusos de *tying*[22].

A consequência para o abuso de posição dominante é, desde logo, a nulidade, a não ser que a mesma seja expressamente declarada justificada por despacho do Chefe do Executivo (n.º 5 do artigo 21.º). Também neste caso acresce a infracção administrativa e a eventual responsabilidade civil ou criminal, apesar de ainda não ter sido adoptado nenhum diploma que estabeleça a sanção aplicável a esta infracção (vide 2.2, último parágrafo, supra).

3.1 A obrigação de contratar para empresas monopolistas

O artigo 155.º do Código Comercial estabelece o seguinte:

"Artigo 155.º

(Obrigação de contratar)

Quem exerce uma empresa em condições de monopólio legal tem a obrigação de contratar com quem lhe requeira as prestações que constituem o objecto da empresa, observando o

21 Vide Orientações da Comissão Europeia sobre as prioridades, cit. §17.

22 Esta lista é meramente exemplificativa. Para uma referência mais abrangente das práticas que constituem abuso de posição dominante e para uma descrição das mesmas, vide Orientações da Comissão Europeia sobre as prioridades, cit., e Nuno Ruiz, anotação ao artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, in "*Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*", Almedina, 2012 e Gonçalo Anastácio, comentário ao artigo 11.º da Lei da Concorrência, cit.

princípio da igualdade de tratamento".

Esta disposição, aplicável a todos os sectores da economia com excepção dos sectores regulados por normas especiais, apenas limita a acção das empresas que detenham um monopólio legal (como é, ainda hoje, o caso da Companhia de Eletricidade de Macau). A única prática que está vedada a estas empresas é a recusa a contratar. Nestes termos, qualquer empresa que detenha uma posição dominante fora dos sectores que contam com normas especiais, como o sector do jogo, mas que não tenha o monopólio dessa actividade em Macau, está livre de "abusar" da sua posição dominante, não lhe sendo imposta qualquer restrição. Ora, esta situação representa um grande perigo para as empresas que queiram entrar em determinados mercados, principalmente naqueles com barreiras à entrada e, acima de tudo, para os consumidores, que ficarão à mercê das práticas anticoncorrenciais que as empresas com um elevado poder de mercado entendam levar a cabo sem qualquer constrangimento legal.

Ademais, a recusa a contratar por parte da empresa monopolista não está sujeita a qualquer infracção administrativa, sendo a única consequência para este "abuso" a obrigação de contratar.

IV. As insuficiências da legislação da concorrência de Macau. Sugestões de reflexão

Ao analisarmos as normas de Direito da Concorrência disponíveis na legislação de Macau, identificámos nelas algumas deficiências, nomeadamente quanto à força executória e incentivo ao seu cumprimento, que sistematizamos nos seguintes pontos:

I. A consequência legal para a infracção às disposições de Direito da Concorrência do Código Comercial resume-se à nulidade. Uma prática ou acordo restritivo da concorrência que seja declarado nulo, será tido como não assinado. Se tal acordo constar de uma cláusula contratual, esta será tida por não incluída no contrato. Mas se, por exemplo, um acordo entre empresas for declarado nulo apenas dois anos depois de ter sido inicialmente executado, os efeitos produzidos por esse acordo já poderão ser irreversíveis. E as empresas que actuaram concertadamente de forma a limitar a concorrência entre si já terão beneficiado das vantagens associadas à sua prática ilegal durante um certo período de tempo, sabendo que não correriam o risco de vir a sofrer qualquer outra consequência que pudesse ser realmente dissuasora da prática concertada (como uma multa no valor de uma importante percentagem do seu volume de negócios, à semelhança da sanção prevista na lei da concorrência portuguesa para este tipo de infracções23). Podemos dizer que este é um caso em que o "crime" verdadeiramente compensa.

II. O único incentivo para accionar do n.º 2 do artigo 153.º nos Tribunais seria a possibilidade de obter indemnizações em acções de responsabilidade civil por actos ilícitos, intentadas pelos concorrentes das empresas que estejam em infracção, pelas empresas que com elas contratem ou pelos consumidores, a quem cabe o ónus da prova. Mas mesmo esta opção tem uma viabilidade questionável, pois será **extremamente difícil a uma empresa ou consumidor provar quantitativamente os prejuízos sofridos e os lucros que deixou de obter em virtude da prática ilícita para poder reclamar o pagamento de uma indemnização.** Esta dificuldade, associada aos custos inerentes ao recurso à via judicial (nomeadamente em tempo, despesas judicias e honorários dos

23 Na legislação portuguesa, o limite da coima é de 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, artigo 69.º, n.º 2 da Lei 19/2012.

advogados), é altamente desmotivador da propositura da acção.

III. Não existe qualquer norma que proíba o abuso de posição dominante, à semelhança do n.º 4 do artigo 21.º da Lei 16/2001, fora dos sectores regulados. O Código Comercial apenas veda às empresas monopolistas a recusa a contratar. Assim, uma empresa que não esteja sujeita a normas especiais de regulação e detenha uma posição dominante num determinado mercado, mas não o seu monopólio, está livre de "abusar" dessa sua posição dominante, não lhe sendo imposta qualquer restrição neste sentido. Esta situação deixa as empresas que queiram entrar em certos mercados (principalmente naqueles com barreiras à entrada), bem como quem queira contratar com as empresas com posição dominante e, sobretudo, os consumidores, à mercê das práticas anticoncorrenciais que essas empresas entendam levar a cabo sem qualquer constrangimento legal.

IV. No que diz respeito à Lei n.º 16/2001, é de louvar a iniciativa do legislador ter qualificado a violações às disposições de Direito da Concorrência no sector do jogo como infracções administrativas (artigo 21.º, n.º 6). Mas, **ficou a faltar legislar em cumprimento do n.º 2 do artigo 43.º, que estabelece que as sanções àquelas infracções serão impostas pelo Governo.** Ora, sem uma sanção prevista na lei, não pode a DICJ aplicar qualquer multa aos infractores e, desta forma, apenas resta a possibilidade de invocar a nulidade da prática concertada que, como vimos, não é uma consequência suficientemente dissuasora.Prova da falta de força executória do artigo 21.º é o facto de não se conhecer nenhum caso em que alguma das concessionárias tenha sido sancionada por infracções àquela norma.

V. Por fim, é de salientar o facto de **nem a DICJ, nem os Tribunais de Macau, terem qualquer experiência na aplicação do Direito da Concorrência.** Também os juristas da RAEM pouca importância têm dado a estas normas, talvez por não estarem familiarizados com a temática, ou por não verem a via da responsabilidade civil como uma hipótese de reacção apta a proteger os interesses dos seus clientes que sejam prejudicados pelas restrições ilegais à concorrência.

Aderimos, pois, à posição da UE e da OMC de que as normas de Direito da Concorrência vigentes em Macau não cumprem de forma adequada o seu propósito, carecendo de uma reforma legislativa urgente.

É, pois, essencial criar infracções administrativas verdadeiramente dissuasoras para as empresas que desrespeitem as normas de Direito da Concorrência, tanto do Código Comercial, como da Lei n.º 16/2001, e atribuir o poder de receber queixas da prática destas infracções, bem como de proceder à investigação e sancionamento destas práticas, a uma autoridade administrativa na dependência da Direcção dos Serviços de Economia, que fique incumbida da protecção da concorrência. Impõe-se igualmente a extensão da proibição do abuso de posição dominante aplicável ao sector do jogo aos restantes sectores da economia em substituição da disposição do artigo 155.º do Código Comercial.

Numa jurisdição com uma falta de cultura de concorrência como Macau, em que as disposições de Direito da Concorrência são demasiado simplistas, é natural que nem as autoridades administrativas, nem os Tribunais, nem os juristas saibam como interpretar e aplicar tais normas. Por este motivo, seria de adoptar uma lei da concorrência que concretizasse os comandos estabelecidos naquelas disposições ou, pelo menos, que as autoridades administrativas incumbidas de zelar pelo seu cumprimento elaborassem linhas de orientação quanto à forma como elas devem ser interpretadas e aplicadas e as publicassem para que as mesmas se tornassem conhecidas do público.

VARIA

COMO ESCOLHER UMA UNIVERSIDADE?

JORGE GODINHO
Doutor e Mestre em Direito
jg.macau@gmail.com

[DESTAQUE: A opção sobre como orientar e investir na própria formação académica é talvez uma das mais importantes e decisivas. Dela depende todo um futuro profissional]

O presente texto é a versão revista e ampliada de uma breve intervenção num colóquio de divulgação do Instituto Universitário Europeu de Florença junto de potenciais interessados, para o qual a organização me solicitou um curto testemunho. Surgiu assim o estímulo para passar ao papel a minha experiência pessoal e algumas ideias sobre formação superior que defendo há vários anos.

A formação universitária coloca os potenciais alunos perante a necessidade de tomar decisões difíceis, a começar pela escolha da Universidade, uma opção que se repete nos três graus académicos universitários — a licenciatura, o mestrado e o doutoramento. É claro que um jovem de 18 anos que entra no ensino universitário de modo algum pode ter uma visão cabal do que o espera e sobre como deverá desenvolver um percurso de muitos anos. Mas se ao iniciar uma licenciatura o aluno ainda nada sabe sobre o domínio científico que irá estudar, nos passos seguintes, ou seja, ao escolher onde desenvolver investigação de mestrado e de doutoramento, está já em condições de tomar uma decisão autónoma, plenamente informada.

Sobre esta matéria gostaria de afirmar uma tese de base: num mundo ideal não deveria ser possível obter os três graus académicos sempre na mesma Faculdade. A exposição a diferentes meios académicos seria necessária. É claro que na maior parte dos casos não há condições para que tal aconteça por razões perfeitamente legítimas de ordem económica, pessoal, familiar, profissional, geográfica ou outras. Há ainda a tendência natural para permanecer num meio que já é bem conhecido e com o qual se desenvolveu uma ligação emocional e "de escola": para quase todos, a "minha" Faculdade é aquela onde a licenciatura foi obtida, e nela tendem a ficar. Mas não é errado tentar ampliar as perspectivas e navegar outras águas. Longe disso.

O meu testemunho é o de quem teve a felicidade de trilhar três meios académicos assaz diversos, devido a um conjunto de circunstâncias pessoais e profissionais voláteis e provavelmente irrepetíveis. Digo "felicidade" porque este encadeamento se deu de forma não inteiramente planeada.

Obtive a licenciatura na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Entre tantas outras, não esqueço as admiráveis aulas do Professor Jorge Miranda. A formação jurídica que me foi transmitida em Lisboa teve um cunho prático muito forte. E porque não? O Direito é uma ciência pragmática, que se destina a resolver com equilíbrio problemas concretos de pessoas reais.

Anos depois, no mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Macau, que tem uma forte ligação à Faculdade de Direito de Coimbra, tive o privilégio de ter aulas com vultos de que só conhecia os escritos, como os Professores Orlando de Carvalho ou Antunes Varela, para citar os que já não estão entre nós. Tive o prazer de ter como supervisor o Professor Costa Andrade, sobre quem me faltam as palavras de elogio. Pude então verdadeiramente entender quão diversa mas não menos interessante é a formação de Coimbra, de cunho mais teórico. Na

realidade, não há nada mais prático do que uma boa teoria.

Em 2000, concretizando uma ideia antiga, ingressei no programa de doutoramento do Departamento de Direito do Instituto Universitário Europeu de Florença. Tive o prazer de ter como supervisor o Professor Jean-Victor Louis, um dos nomes mais célebres do direito europeu. Encontrei no Instituto exactamente o que os prospectos anunciavam: um ensino europeu, internacional, comparado, contextual e interdisciplinar de excelência. O Direito não se resume ao que está nos tratados internacionais, nas constituições e nos códigos e tem que ser visto no seu contexto político, económico e social.

Se hoje me perguntarem qual destes três elementos formativos foi o mais importante, não tenho uma resposta. Todos são fundamentais, mas nenhum "formatou" de modo fechado a minha maneira de encarar as questões jurídicas. Se não tivesse um ou dois deles, estaria menos preparado: teria menos perspectivas de abordagem dos problemas e um mais fraco entendimento das metodologias de trabalho. Considero que tive imensa fortuna, já que me foi dada a oportunidade de obter uma formação jurídica verdadeiramente completa. Mas, como resultado, não tenho uma Universidade que seja «a minha». O que não me preocupa particularmente: vejo com prazer que todas têm rankings muito elevados e em todas elas me sinto em casa.

Em geral, diria que a opção sobre como orientar e investir na própria formação académica é talvez uma das mais importantes e decisivas. Dela depende todo um futuro profissional. Creio que, podendo fazê-lo, o candidato deve procurar percorrer vários meios académicos: deve buscar o conhecimento onde ele está e alargar horizontes. Deve querer estudar nas melhores universidades e trabalhar com os melhores professores, mesmo que tal possa significar colocar-se sob uma pressão muito elevada num ambiente à partida desconhecido.

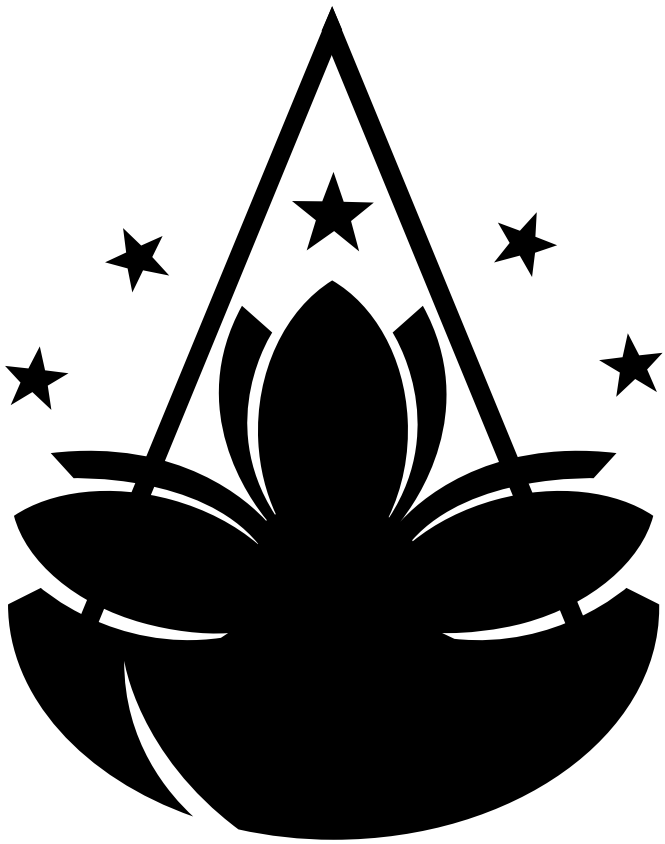
De um ponto de vista mais prático é fundamental que estejam reunidas várias condições de base, que se aplicam a quaisquer estudos universitários, a começar por seriedade e dedicação. E, em todo o caso, como nada na vida é perfeito, pode haver preços a pagar por trilhar um caminho diversificado.

Em primeiro lugar, tem de haver uma efectiva disponibilidade pessoal para estar numa Universidade situada noutra cidade ou noutro país pelo tempo necessário, normalmente vários anos. Se o candidato pensa andar em deslocações constantes, passando o mínimo de tempo possível nessa cidade, sem estabilizar e sem verdadeiramente viver o ambiente académico, ou pensa fazer várias coisas ao mesmo tempo, creio que não há seriedade.

Em segundo lugar, não basta estar fisicamente na cidade. No tempo actual, em virtude da facilidade das telecomunicações, muitos investigadores trabalham a maior parte do tempo em casa. Continuo a achar que há que estar na Universidade todos os dias. É lá que estão reunidas as condições ideais de trabalho, é lá que o supervisor, os professores, os outros investigadores, os professores visitantes, os colegas de outros departamentos ou outras faculdades, e tantos outros, podem ser encontrados. Refiro-me em especial às bibliotecas, que devem ser o local de trabalho durante os anos necessários à conclusão de uma tese e que, para mim, são a sede de qualquer trabalho de investigação.

The last but not the least, o fundamental, que quase seria desnecessário mencionar: deve haver uma ideia muito clara sobre qual é a área em que se pretende trabalhar. Não vale a pena iniciar estudos aprofundados, nem devem ser admitidos candidatos, onde só exista uma intuição vaga ou preliminar de qual é efectivamente a investigação que se pretende levar a cabo. É necessário ter ideias sólidas, claras, exequíveis e pertinentes.

É evidente que uma vida académica movimentada tem custos e implica uma logística complexa e outros preços pessoais ou profissionais, que podem eventualmente ser altos. Um mestrado ou um doutoramento numa Universidade diferente da de origem é um investimento com alguns riscos, mas apesar de tudo inteiramente justificado. Como tantas importantes decisões da vida, esta são escolhas individuais e solitárias, que só se fazem uma vez.



序言

時光飛逝，轉眼間，我們又要迎來新的一年。在歡樂的聖誕節和新年氛圍里，我們給您獻上新的一期《澳門雜誌》。

在本期雜誌中，我們將在“學說”板塊通過Jorge Godinho的文章——《從“番攤”到“百家樂”—澳門幸運博彩的發展》了解到這一領域的歷史變遷；在“司法見解”板塊，我們可以讀到另外兩篇法律佳作： João Torrão的《每週休息日工作之報酬》以及Cristina Ferreira的《對第2/2004號終審法院合議庭裁判中有關國際公約在澳門特別行政區法源層級中的地位作出之評論》；在“立法評論”板塊，我們邀請到Diana Alfafar為我們撰寫了《澳門的競爭法》一文。

此外，我們還增加了一個新的板塊——“不同的聲音”，Jorge Godinho 教授的《如何選擇大學》一文將讓我們受益匪淺。

衷心感謝所有為本期雜誌付出努力的人士！

同時，我們真誠地希望本期雜誌能不負眾望！如您有任何評論、建議或想在我們的雜誌上發表您的親筆之作，請聯繫cred-dm@fundacao-rc.org。

在此，我僅代表澳門法律反思研究及傳播中心的所有成員，祝願大家閱讀愉快！

祝大家聖誕快樂！祝福大家新的一年順心如意！

官樂怡基金會
澳門法律反思研究及傳播中心協調員
郭麗茹

學說

從“番攤”到“百家樂”：澳門幸運博彩的發展

JORGE GODINHO
法律博士及專家
jg.macau@gmail.com [1]

I. 引言

1. 一般博彩

本文試圖就澳門商業開發中的主要幸運博彩的發展作出概述。根據法律發放幸運博彩經營許可，并透過準照或行政合同生效。澳門在此方面是世界的領軍人物，享有悠久且豐富的歷史—1849年至1999年間隸屬葡萄牙統治，1999年之後命名為中華人民共和國澳門特別行政區。

從廣義及法律核心層面理解，賭博為所有彩票、博彩或其他以財產作為賭注的統稱。而在通俗意義上係指“金錢的賭博”，以合同作為其基礎。儘管可包含多種具體形式，法律中的“金錢賭博”涉及到兩大基本元素：一方面，是客觀意義上的娛樂性質；另一方面，構成一世襲性的法律行為。

在理論方面 ，博彩屬體制性的內容，建立於本身之物、為相關效力批給之物或使用之物之上。相關物件單純指未經過任何加工的設備，：六面骰子、一副紙牌、用於抽獎的實物或一套麻將牌；並非隨意進行賭博，有必要設立相應的程序、結果或約定，訂立可使參與者接受的一系列可適用的規則[2]。

2.類型

博彩是一塊極其寬泛且活躍的領域，為開拓相關的發展道路，有必要作出某些區分。

法律在此方面作出兩大劃分：一方面，係考驗技藝、能力或學識的遊戲；另一方面，係廣義上的幸運博彩。

廣義上的幸運博彩又可分為三大領域。以相關法律及適用法規為基礎劃分為：狹義上的幸運博彩、彩票及賭注。

幸運博彩在狹義上係指在娛樂場進行的賭博，其根本內容是廣為人知的：射倖合同—其結果不可預知，其中一方從另一方獲取利益； 桌面遊戲—組織者（娛樂場）及賭博者之間簽訂合同，賭博者“對戰”

---

1 法律博士、學者，澳門大學法學院及公司管理學院訪問教授 (jgodinho@umac.mo ; jg.macau@gmail.com)。本文以作者於2014年10月葡萄牙里斯本的第三場“博彩歷史”之研討會上的發言為基礎作出擴充。

2 João Pedro Neto及Jorge Nuno Silva所著《博彩—家族的歷史》，p. 11，其中提到桌面上的賭博：“博彩及其規定可存在無限制的可能性， 僅僅取決於其創造者的想像力及針對為實現良好賭博而設立的一系列限制條件展開的試驗工作。（……）不同部份彼此關聯并相互依賴，在博彩中出現的對立行為、每一局的明確性及不可測性之間取得平衡，這些是促成博彩業繼續存在的重要因素，同時亦為研究博彩及賭博的人士提供了便利。人類的本性是急躁的，在智力上并不存在極大的區別，欲促進智力發展的棋盤遊戲并不會因此具有吸引力。”該些見解是針對僅為智力娛樂及消遣時間而設計的遊戲，而非金錢賭博，兩者在很大程度上是不同的，後者一般極其快速簡單，并未牽涉到智力層面，其核心在於金錢的輸贏，而非遊戲中的“陰謀”或策略，大部份無需任何互動，完全取決於運氣。

娛樂場[3]，賭場本身享有優勢(house advantage)，在根本上確保自身獲利—以及國家的稅收[4]。絕大部份賭博百分之百取決於運氣，某些情況，諸如廿一點或稱黑傑克（Blackjack）除外，在該些特例中存在技能因素。

1961年，澳門根據葡萄牙1927年的法律，將幸運博彩定義為完全取決於運氣的賭博[5]。2001年將此定義擴充至“完全取決或主要取決於賭博者運氣且結果具有不確定性的賭博”[6]。

幸運博彩的概念功能尤其體現在行政及刑事方面，用以劃分獲許可的博彩的範疇：僅可透過行政許可方得在娛樂場經營的一系列博彩。在刑事方面，同樣用以禁止“在依法許可進行博彩之外的地方經營幸運博彩”。

幸運博彩以三種基本形式進行：賭桌、賭博機或混合方式。

賭桌由荷官操作，他們是娛樂場的工作人員，負責展開博彩程序、支付與收取。

桌面遊戲多種多樣。在澳門同時存在中國式及歐洲式或美國式的遊戲。最知名的西方遊戲為百家樂、廿一點以及輪盤賭。該些遊戲幾乎都取決於運氣，僅少數涉及到技能。其餘大部份遊戲係上文提到的人為操作類型。

賭博機種類繁多，其中包括配有三個或更多個帶有符號的轉軸的經典老虎機，根據轉軸上排成一行的符號獲得相應獎勵，甚至是大獎[7]；除此之外，還有提供電子版桌面遊戲的機器。

在最近幾年，出現了混合形式，荷官可在同一張桌上負責多個玩家的遊戲程序，玩家可通過各電子終端投注。因而，一個或多個荷官面前可設有數十個甚至上百個端口該類遊戲自2010年出現在官方統計中，命名為“多種現場遊戲”（live multi game）[8]，有時被視為“體育場”。

3.發展過程簡介及其中的制約因素

澳門的合法幸運博彩歷史悠久，從1849年一直發展到今日。在十九世紀中期，就開始對“番攤”進行規範，之後持續不斷地針對幸運博彩作出規定。當前，有關澳門的所有現代歷史都應被視為與十六世紀葡萄牙人的到來有關[9]，通過葡萄牙當局與中國當局以及中國社會的互動作出的政治決定亦對歷史產生了影

3 德州拿住撲克（Poker Texas Hold’em）以及麻將除外，它們並非桌面遊戲，娛樂場不參與其中。

4 參見 Robert Hannum 及 Anthony Cabot所著《實用賭場算數》（Practical casino math），第二版，2005；以及Stewarth N. Ethier 及 William R. Eadington所著《最佳遊戲—遊戲及賭博的數學研究》（Optimal play. Mathematical studies of games and gambling），商業賭博研究所， Reno NV, 2007。

5 1961年7月4日第1496號法律文件（當時總督為Silvério Marques）作出如下規定：結果不可確定且完全取決於運氣的博彩稱之為幸運博彩（第1條）。5月29日第6/82/M號法律保留了該定義。

6 9月24日第16/2001號法律第2條1、3款。

7 該方面內容與本文的核心內容無關，本文著重介紹桌面遊戲。老虎機是根據符號的相符程度自動出獎的機器。十九世紀末美國發明了老虎機。1891年首先出現的基礎版本是將一副撲克牌分別置於五個轉軸上，每個轉軸十張牌，多出的兩張牌不用；該機器很快就大受歡迎，但過於複雜且不作出支付。隨後在1895年，出現了一種名為“自由鐘”的機器，設有三個轉軸，但僅帶有五種標誌（紙牌的四種花色以及一個鐘），自動出獎。在多年內Mills Novelty 公司一直是老虎機的主要生產商。其他一些機器透過指定味道的口香糖作出支付，由此產生了“水果機”，在其他一些國家同樣很出名。這些機器的發明開啟了整個賭博機業。在1960年代出現了一種電動機器，無需拉動側杆，只需按下按鈕即可。在1970年出現了由電腦操作的老虎機，應用相關的電腦程序，結果會在屏幕上顯示。這些機器的投注額可多變，一般情況下可投注極少的金額。

8 參見下文多種遊戲的收入表格。

9 有關澳門在葡萄牙人到來之前的歷史，參見郝志東所著《澳門的歷史與文化》，香港大學出版社，2011，P 12及續後。

響[10]。其中一個決定，便是對多種形式的博彩的許可、規範以及徵稅。

正如摩納哥一樣，澳門在很長一段時間內一直是博彩領域的先驅。博彩經營許可不斷增加，被禁止的博彩類型日趨減少。這一發展事態體現出了對私人之間的賭博的逐漸包容、對有組織賭博的逐步接受，以及很多國家在絕對禁止、不適用之禁止引致出的非正式許可、有限度的包容以及正式許可之間的搖擺不定。

美國正是這樣一種情況。I. Nelson Rose 注意到在博彩立法及博彩禁止方面連續存在的三個漏洞[11]。法國[12] 和巴西[13]在（博彩）立法方面同樣舉棋不定。 中國也不例外：與澳門產生直接關聯的是在清朝末年(1644-1911)以及二十世紀上半葉，廣東省針對賭博制定的公正政策經歷了百般變動[14]。1949年中華人民共和國成立之後，頒佈了幸運博彩的完全禁令，但隨後出現了兩種彩票。當下，賭博合法的區域快速增多，尤其突出的是新加坡[15] 以及臺灣[16]，日本也呈現出同樣的趨勢[17]。而通過網絡進行的有組織賭博亦在全球範圍內蔓延，2015年葡萄牙便將此種賭博作為規範目標。

澳門博彩許可的整體演變，即便非直線式發展，也可視為平穩發展。從十九世紀初開始，逐步訂立并許可多種類型的博彩。不同於其他法制，在該方面作出的政治決定從未退讓，因而不會在之後引致非法現象。

需著重指出的是，澳門在此方面的發展是獨特且自主的，與1999年之前葡萄牙在此方面的規範或1999年之後中國在此方面的規範十分不同，考慮到其地區特性，不會自動採用其他模式。

---

10 中國的航海家鄭和(1371－1433)第四次下西洋(1413-15) 到達非洲的東岸，而葡萄牙艦隊從拉各斯（尼日利亞）出發於1415年佔領休達（西班牙）；參見Rui Manuel Loureiro所著《拉各斯及1460年之前的大發現》（Lagos e os descobrimentos até 1460），2008 (1991年再次印刷)，p. 39 及續後。吉爾· 埃納斯（葡萄牙航海家）於1434年繞過博日阿多爾角。在前一年，鄭和第七次下西洋，到達靠近莫桑比克海峽的位置；參見Wang Jienan所著《鄭和的西方遠航》（Zheng He’s voyages to the Western oceans），2010 ，P90。 中國的航海探索在當時因多種原因停止，參見 C. P. Fitzgerald所著《中國人民的南部開拓》（ The southern expansion of the Chinese people） ， 1972， p100 及續後。因而，在那個年代，兩國的船隊從未在印度海洋相遇。 1511年葡萄牙人佔領了馬六甲并到達泰國 。參見Francisco Bethencourt 及Diogo Ramada Curto 所著《1400至1800年間葡萄牙人的航海大冒險》（Portuguese oceanic expansion 1400-1800），2007； Peter Borschberg及 Hugo Grotius所著《在東印度群島的葡萄牙人及其開展的自由貿易》（ the Portuguese and free trade in the East Indies），2011。

11 參見 I. Nelson Rose所著《有關娛樂城賭博的立法及管控》（«The legalization and control of casino gambling»），《福特漢姆城市法修訂》第八卷，1979，P245及續後；參見I. Walter T. Champion Jr. 及 I. Nelson Rose所著《博彩法簡介》（Gaming law in a nutshell），2012, P42及續後。

12 Pouvoirs. Revue française d’études constitutionelles et politiques, n.° 139, 2011, p. 5及續後，Jean-Louis Harouel所著«De François Ier au pari en ligne, histoire du jeu en France»； Jean-Baptiste Darracq所著《L’état et le jeu. Étude de droit français》, Presses Universitaires d’Aix-Maseille, Aix-en-Provence, 2008, pp. 53及續後。

13 裡約熱內盧的Copacabana Palace酒店於1923年建成，按照歐洲旅遊的發展傳統並且爲了吸引遊客前來泡溫泉，酒店里還設有娛樂場。Eurico Gaspar Dutra總統於1946年4月30日第9215號法令中發出博彩禁令，因此在當時導致了大約70家娛樂場關閉，致使許多人喪失工作。從法令的序言部份可看出：“打擊賭博必須引起普遍關注、有教養的人民的刑法應訂立帶有此種目的規定、巴西人民的法律道德傳統及宗教傳統反對賭博的行為及經營、因一般法中的特例而產生了道德及良好風俗的濫用現象”。在近幾年的立法中，開始出現試圖改變該種狀況的規定。1993年至2004年間賓果聽（bingo）獲許可運營，該行業發展極為迅速，但之後因導致了無數法律糾紛，被勒令停運。

14 參見 Virgil Ho, Understanding Canton. Rethinking popular culture in the Republican period, OUP, Oxford, 2005, p156及續後。

15 參見 Derek da Cunha, Singapore places its bets. Casinos, foreign talent and the remaking of a city-state, Straits Times Press, Singapura, 2010, p21 及續後。整個程序始於2004年3月議會上的一則部長級公告，之後於2006年核准了《賭場管制法案》（Casino Control Act ），2010年兩個大型綜合度假村的出現將整個程序推向高峰—由拉斯維加斯金沙經營的Marina Bay Sands 以及由雲頂集團（Genting Berhad）經營的Resorts World Sentosa。

16 2009年核准《近海島嶼發展法案》（Offshore Islands Development Act），指出僅在小島上建立娛樂場，而非在臺灣本島，此外相關島的居民還須進行公投表決。2009年，首輪在澎湖島進行的公投以失敗告終。臺灣的首家娛樂場很可能將在馬祖島落成，該島於2012年的公投中通過建立娛樂場計劃。

17 2013年12月日本國會啟動了將娛樂場合法化的立法程序，很可能在2020年東京奧林匹克運動會開始之前建成娛樂場，但仍不確定。具體內容參見Jorge Godinho所著《日本開設娛樂場：澳門面臨的一項挑戰？》，2014年《澳門雜誌》第4期，P29及續後。

亦須考慮到財政因素。國家在掌控博彩的合法形式方面起到相當重要的作用，而經營者自然會尋求可創造更多收益的博彩。

幸運博彩的歷史發展可分為三個時期：

a) “番攤”時期(1849-1961)；

b) 澳門旅遊娛樂股份有限公司引進西方博彩(1962-c1976)；

c) “百家樂”時期(始於 c1976)。

II.番攤

4. Ferreira do Amaral—開創者

最初，幸運博彩的顯著特點是對唯一一種博彩的商業經營發放許可、作出規範并徵稅，該種博彩便是“番攤”—在一個多世紀里是中國人最愛的博彩類型。“番攤”從1849年開始便合法存在，在數年內一直被視為類似於一般幸運博彩。中國人將“番攤”傳播到世界各地，尤其受到美國人的歡迎[18]，在1931年成為內華達州批准經營的博彩類型之一[19]。

在Ferreira do Amaral擔任總督時期 (g. 1846-1849)[20]針對“番攤”發出許可，他被澳門的歷史學家們一致視為轉折點的關鍵人物。他為三世紀的混合管轄權及中葡當局共存奠定了基礎，并開啟了殖民時代。

然而，在當時的歷史記載中，一般僅突出了憲政方面的內容，卻忽視了經濟方面的轉變，因此在這樣一種不完整的（歷史）視野中，看不到當初澳門在面對英國人在香港的壓倒性競爭時出現的這一轉變。歷史資料在描述Ferreira do Amaral 採取的措施時，一直忽略了其將中國博彩在澳門合法化的部份，但有必要突出該些內容。

在Amaral 執政時期，人們希望能控制因英國人在附近的長期統治產生的不良影響，但並未如其所願。1846至1849年間，儘管開放了港口，商業依然衰落如初。但澳門渡過了這一困難時期，基於白鴿票投注站、“番攤”、鴉片以及販賣苦力，澳門在財政方面得以自給自足。這一意外出現的經濟模式獲得了巨大的成功—在短短幾年內消除了赤字。只有以博彩業和其他並非值得推薦的行業為基礎重建經濟，別無他選。

在我們看來， Ferreira do Amaral是博彩業的創立者：他批准了中國的白鴿票投注站以及中國的幸運博彩“番攤”（在澳門） 的商業經營—時至今日依然存在，但其在博彩立法方面起到的作用卻明顯被（歷史）忽略[21]。

---

18 參見 Stewart Culin所著《The gambling games of the Chinese in America》, 賓夕法尼亞大學出版社 ，費城，1891。

19 參見David Schwartz所著《Roll the bones. The history of gambling》，2006, p. 355。繼1885年加利福尼亞州的淘金熱之後，“番攤”成為特別禁止的博彩形式之一；《加利福尼亞刑法典》§ 330。

20 因其在實施葡萄牙主權及重要的措施中起到的作用而廣為人知：取消地租、為與所有國家建立商業往來開放港口、關閉中國及葡萄牙海關關口、佔領島嶼、訂立新的稅收、將市議會降為市政廳（已作出相關法律規定）等，作為一位個性強硬的領導人，他制定的措施受到爭議和抵制，并為此付出了生命的代價。有關其行為的簡介，參見Jorge Santos Alves 及 António Vasconcelos de Saldanha 所著《澳門總督》（Governadores de Macau），澳門東方書籍出版社，2013，p 210 及續後。對此進一步的分析，參見António Vasconcelos de Saldanha所著《中葡關係研究》（Estudos sobre as relações luso-chinesas）P173及續後，“重鑄及重建之地—澳門及葡萄牙在中國的對外政策(1842-1853)”。

21 《博彩法修訂及經濟》（Gaming Law Review and Economics）第十七卷第二期，2013年3月，P107及續後，Jorge Godinho所著《A history of games of chance in Macau: Part 2 — The foundation of the Macau gaming industry》。

在Amaral 執政的第一年，他於1847年1月對白鴿票投注站發放了經營許可，在此之前該種博彩形式并不合法。Amaral或許是以博彩的合法性問題相對不變為依據作出這一決定。一般情況下，在出現嚴重的經濟危機的時候，會使博彩合法化。正如在其他地方或其他時期出現的情況一樣，面對持續不斷的需求，尤其從稅收及安全角度看，禁止（博彩）在實際中行不通，同時在道德層面受到質疑，并不受歡迎。因相關禁令，博彩繼續以非法形式存在，由此導致了犯罪。合理做法應當是批准博彩并對此作出規範及徵稅，在短期內使該收入來源成為特例。當時澳門仁慈堂已設有一投注站[22]，於聖誕期間對外營業。

隨後於1849年4月出現了“番攤”。作為一項可持續進行的桌面遊戲，“番攤”會引人上癮，較投注站而言，會輸掉更多的錢，但可比白鴿票帶來更多的利潤及稅收—事實已證明如此。繼白鴿票獲得許可之後，其成效促使打破了道德或宗教方面的堅持，建立起相關的架構及程序，并推動了相應的立法：若白鴿票投注站得合法經營，而“番攤”卻觸犯法律，這是不會為社會所接受的。

白鴿票和番攤在之後的將近170年內持續存在，2014年“番攤”更是創出又一收入新高。Ferreira do Amaral在此方面批出的許可是其在澳門歷史中佔有不可動搖的位置的另一大原因。

5. 博彩

針對“番攤”曾訂立了多項法規[23]。 “番攤”是一項簡單的幸運博彩，無需任何技能[24]。荷官用一鐘形罩蓋住一堆鈕釦狀物，以便不暴露其數量。

其規則為將蓋住的鈕釦狀物每次移去四個之後猜測剩餘多少：1、2、3或4，直至最後所有鈕釦狀物都被移出[25]。後來，荷官可用細長的棍杆代替手，因而增強了計數的透明性，避免詐騙的出現。其賠率為一賠三。存在基數較低的投注的多種結合形式，同輪盤賭有相似之處。

1961年之前收取10%佣金，偶爾出現8%的情況，1962年降低至5%，直至今日這一比例維持不變[26]。其程序易於操作，僅需鈕釦狀物、一個遮蓋籌碼的鐘形罩、分開鈕釦狀物的長棍以及足夠的現金

6. 番攤的經營

進行番攤的場所廣為人知，稱之為“番攤房”[27] — 而非“賭場”，僅從1962年開始稱為“賭場”。在一個多世紀內，許多經營者被許可經營“番攤”，從1849至1889年間批出的許可有效期為一年，但從1889年開始延長至六年。該行業始終被壟斷（獨家經營制），僅在兩個很短的時期內出現了競爭（準照制）。長期以來政府收益不斷增加，僅在短期內出現過跌幅。

---

22 參見 Leonor Diaz de Seabra所著《澳門慈善（十六至十九世紀）--仁慈堂慈善會—貿易時代的力量和關愛》，澳門大學及波爾圖大學出版，2011。

23 2004年5月17日第一組公報第20期P716上刊登的第58/2004號經濟財政司司長對外規範性批示中訂立了在此方面現時適用的規定。

24 參見《國際亞洲研究雜誌》（International Journal of Asian Studies）2010年第七卷第二期P179及續後，Xavier Paulès所著«Gambling in China reconsidered: fantan in south China during the early twentieth century》。

25 根據法律規定， “博彩方式是猜出以四粒為一皮分開用金屬鐘形罩蓋着的鈕子最後剩下的鈕子數目。如到最後並沒有剩下鈕子（零粒），則視該局開出的號碼為四”（第3條）。

26 根據法律規定，“場方抽取賠率百分之五作抽水”（第9條）。

27 參見 Filipe Emídio de Paiva所著《一個在澳門的水手—1903，旅行相冊》（Um marinheiro em Macau - 1903, álbum de viagem），其中講述了作者在當年的旅行經歷，并配以精美的水彩畫及清晰的照片。在第84頁中展示了一幅兩層樓高的頭等番攤房的水彩畫，在第一層通過籃筐投注，盡顯貴族氛圍，與底層的平民氣氛形成明顯對比。

最初番攤集中在內港進行，靠近草堆街及福隆新街的百貨中心。在二十世紀，亞美打利庇盧大馬路開通之後，主要地點轉為市中心的酒店。當時最後一家經營者為泰興有限公司，在1937年至1961年間，通過無數次整修，該公司一直壟斷該行業，并轉變為一間大型公司，提供一系列服務，包括交通、住宿、餐廳、酒吧、娛樂及賭博—正如1962年之後澳門旅遊娛樂股份有限公司的情況一樣，基本上複製了之前的營業模式。

1859年澳門公報上刊登的一張表格28 提供了有關番攤在前十年的具體運營情況，包括所獲收入，在此有必要完整列出。

年份	金額 (澳門元) [29]	競買人名	備註
1849	$80	中國（未記載中文名）	未通過拍賣獲得，而是由當時的總督Amaral先生發出準照。
1849/50	1,820	同上	由政府委員會發出準照。
1850/51	11,920	中國Mestrinho	在委託拍賣會上以每月1000澳門元拍下，持續一年，但競買人在合同期結束前逃走，未履行合同中的規定。
1851/52	12,000	Nicolau Tolentino Fernandes	在由財政委員會負責的公開拍賣會上拍得，當時總督為Cardoso。
1852/53	9,720	同上	在拍賣會上拍得，當時的總督為Guimarães，分別於7月6日及10日參加拍賣會。
1853/54	10,920	同上	同上，Guimarães分別於6月28日、7月5、11日參加拍賣會。
1854/55	9,720	同上	同上，Guimarães分別於7月4、8日參加拍賣會。
1855/56 1856/57 1857/58	12.060 12.060 23.940[30]	同上	每年12,060 澳門元，三年 共36,180澳門元。在1854年12月13日財政委員會舉辦的拍賣會上，中方提出在三年內保留獨家經營權，每月供900澳門元。財政委員會命令發出公告，欲以每月超過900澳門元獲得獨家經營權者，於12月31日之前向財政委員會提交其申請。拍賣會將於1855年1月2日舉行。最終中方報價1000澳門元，而Nicolau Tolentino Fernandes 報價1,005 澳門元。
1858/59	84,000	Chiong Ahoi	在財政委員會負責的公開拍賣會上獲得，當時總督為Guimarães先生。

由稅收管理層—財政委員會進行番攤獨家經營權的拍賣。從1850年至1877年，在公開拍賣會上拍賣獨家經營權，拍賣價格呈上升趨勢。通過該種程序，競買者可獲得大量信息：出價者及其報價數額，并可根據情況採取及時行動[31]。

在競買者之間展開競爭之後（旨在人為降低價格），改變（拍賣）方式：轉為將報價置於密封信封

28 財政委員會，番攤競買報表，刊登於1859年5月21日第30期公報P1；此外，參見1992年第四期第二組《澳門雜誌》（Revista Macau）P84及續後，Luís Quental所著《十九世紀澳門的番攤業》。

29 當時計數到千分之一，在此我們忽略不計。

30 有關該數值："該獨家經營權以總計三年、每年12,060澳門元獲得；1857年至1858透過財政委員會於1857年9月22日作出的批示，競買人以23,940澳門元獲得；根據合同規定合法開設另一家番攤房并按照比例支付超出部份" 。為此，支付額增至將近（原先的）雙倍。1858至1859年間，若競買人欲經營超過20張番攤桌，則應申請許可；若經批准，則可按照20張番攤桌支付金額的比例作出相應支付。1858年5月29日第31號公報P121財政局公告。參見1992年第四期第二組P84及續後，Luís Quental所著《十九世紀澳門的番攤業》。

31 博彩理論對拍賣作出研究，有一部重要的文學作品就提到拍賣的效力。

中，因而競買者無從知曉報價者及其數量，亦不清楚報價數額，而競買者本身僅有一次報價機會。對兩種方式而言，在原則上獨家經營權應授予出價最高者，但同時須滿足其他要件。以密封信出價的拍賣更易操作，僅需打開信封選出出價最高者，確定 合適的擔保人即可，若存在兩個或兩個以上的相同報價，則該些報價者將展開公開報價[32]。

通常根據適用於所有獨家經營權的通用程序，提前幾周在慣常地點張貼中葡文通告，以此宣告拍賣會。在1901年財政規章中規定必須刊登該類通告之前，僅偶爾在公報上刊登通告。

7.拒絕其他中式博彩

若未對番攤提出任何爭議，其他遊戲，尤其是骰寶（Cussec），數十年來僅在慶祝農曆新年期間作為傳統遊戲出現[33]。 1931年Iün Iün 有限公司申請在新中央酒店定期經營骰寶及牌九，這一申請引致熱烈爭論。遵照里斯本的意見，海外部部長決定拒絕這一申請[34]。

其他類型的博彩可在獨家經營權方面引致某些競爭，有時因獨家經營權的競買者會產生一定的阻礙，在番攤中尤其明顯。1917年Kou Ho Neng投訴球賽，這是一項存在99個球狀物的遊戲，頭等獎為價值六澳門幣的金戒指。相關問題經分析之後，此投訴被認為不存在任何法律依據。合同中禁止展開直接競爭，如在骰寶及其他類似性質的遊戲中，但訂立番攤獨家經營權的目的正是單獨經營一項遊戲[35]。

8.嘗試引進西方博彩

在相當長的時間裡人們曾質疑過是否有必要經營其他類型的博彩。二十世紀初，歐洲人曾多次嘗試獲得獨家經營權，同番攤一樣經營。

1904年比利時人Alexander Vanderstar申請經營Kursaal娛樂場，隨後（同一年）John S. Barnes很快提出獨家經營歐洲博彩的申請。里斯本因擔心當時收效甚佳的番攤會受到不良影響，拒絕了該些請求[36]。

1911 年法國人 A. Vernon申請所有博彩—中式及歐式的獨家經營權，但位於里斯本的海外部部長同意殖民地委員會的意見，拒絕了該申請[37]。

---

32 在此引述一個與此有關的故事：“The story goes that on one occasion the usual sealed tenders were to be opened by Mr. Lobo. One only had up to then been presented, that of the Company which had held the concession for many years. At the last moment another envelope was presented, to the consternation of the Concessionary Company who asked for another five minutes, at the end of which they entered a tender for an extra quarter million. Mr. Lobo then drew from the other envelope a blank sheet of paper and blandly remarked that evidently the Company was not finding taxation too heavy. This story at least deserves to be true”； Colin Day 以及Richard Garrett 所著《 The Lone Flag: Memoir of the British Consul in Macao during World War II, John Pownall Reeves》，香港大學出版社， 2015，P41。

33 參見財政委員會於1894年12月22日第51號公報P627上刊登的有關從1895年1月25日至2月1日在唐人街開設轉轉賭桌（Cluclu）權利的通告。Jaime do Inso在其《澳門生活面貌》（Cenas da vida de Macau），第二版，1997，P29及續後中提到了50年之後該些街道的模樣。

34 Doc. MO/AH/AC/SA/01/13369（所有標有MO/AH字樣的文件均來源於澳門歷史文檔庫；參見www.archives.gov.mo）。

35 Doc. MO/AH/AC/SA/01/06028。警方稱事實上該遊戲可產生不良影響，但始終未有人對其提出異議；當時生效的合同第11條僅提到了骰子遊戲。

36 參見 Beatriz Basto da Silva所著《澳門歷史年鑑》（Cronologia da história de Macau），第四卷，澳門教育暨青年局出版，1997，P34。

37 Doc. MO/AH/AC/SA/01/03683。

當時記載了多項違法經營，必然是一個經常出現的問題。 1913年峰景酒店經營骰寶及輪盤賭[38]。1915年從澳門到廣東的Hoi Wa號船艦上，出現了違法番攤[39]。1921年Kou Ho 抗議實物抽獎[40]。

1928年12月Chap Foc有限公司的Li Chai Tong 向政府舉報輪盤賭及類似的幸運博彩，之後政府作出簡短迴應，認為該類博彩是絕對禁止的，競買者可向警察提供相關信息以幫助警察抓獲違法者[41]。

在1930年的一段時間內，在氹仔名為“翡翠海岸”的知名地，人們玩起了輪盤賭[42]。

（在當時）始終實行不授予西方博彩經營權的政策，即使在世界二戰期間亦然[43]。1940年至1950年期間的政治不確定性消失之後，這一政策越來越顯落後，遲早須作出變更。

III. 廿一點（Blackjack）和輪盤賭（Roleta）

9. Silvério Marques領導的變革

經過數十年的抵制，最終於1962年引進包括廿一點（Blackjack）、輪盤賭（Roleta）及百家樂（Bacará）在內的西方博彩并得以長期經營，由此引發了一連串的強烈質疑—中國賭客們是否將真正對“外國”遊戲感興趣？雖然曾經考慮針對中式博彩及歐式博彩分別建立一種特許，但最終僅選擇了一種。

在該背景下，總督Jaime Silvério Marques (g. 1959-1962)為幸運博彩業模式帶來了鉅變[44]。1961年，受葡萄牙1927年相關制度的啓發，更新了當時的博彩模式并以更加苛刻的要求舉辦了一場公開競標[45]，根據附帶有一系列特殊義務的獨家經營權的制度發放行政許可，從而發展旅遊業，其中 一項突出義務便是建立并經營一酒店式賭場。

最終便引進了可提供多種幸運博彩的場所的概念—娛樂場。

Tai Heng有限公司參與了競標，但最終敗給了另一間向政府報價甚高的新公司—由何鴻燊、霍英東、葉德利及葉漢經營的澳門旅遊娛樂有限公司，該公司在經營初期將塔石的市政游泳池區作為臨時經

38 Doc. MO/AH/AC/SA/01/04216。峰景酒店的英國籍經理“被警察發現其秘密舉辦的聚會時，很可能被驅逐出境”（《chased out of the enclave when the police rumbled the clandestine roulette parties he was holding there》）— 參見Phillipe Pons 所著《澳門》（Macao），香港大學出版社，2002,P20(1999 年Sarah Adams翻譯了法文原文)。

39 Doc. MO/AH/AC/SA/01/05011.

40 Doc. MO/AH/AC/SA/01/08367.

41 Doc. MO/AH/AC/SA/01/12235。

42 參見Beatriz Basto da Silva所著《澳門歷史年鑑》（Cronologia da história de Macau），第四卷（同上第36註解）， p 250 ； A. H. de Oliveira Marques ，《葡萄牙人在遠東創造的歷史》（História dos portugueses no extremo oriente），第四卷，P398。

43 參見 João Botas所著《澳門1937-1945—戰爭年代》（Macau 1937-1945. Os anos da guerra），P129及續後。

44 有關過渡時期的動亂情勢，在此不作深入探討，參見Moisés Silva Fernandes所著《中國對外政策下的澳門1949-1979》（ Macau na política externa chinesa 1949-1979）p 91及續後； Jorge Santos Alves 及 António Vasconcelos de Saldanha 所著《澳門的歷代總督》（ Governadores de Macau ）P416及續後； Vasco Silvério Marques 及Aníbal Mesquita Borges所著《中心軸上的黃金—香港和澳門（1946-1973）》（ O ouro no eixo Hong Kong/Macau (1946-1973)），P275及續後。

45 葡萄牙很晚才發出幸運博彩的經營許可—直到1927年，才頒佈了1927年12月3日第14.643號法令，隨後在多個沿海城市及旅遊城市向有關公司授予博彩的獨家經營權。關於在幸運博彩立法方面多次作出的嘗試的具體情況，參見 Irene Vaquinhas所著《 Nome de código “33856”. Os “jogos de fortuna ou azar” em Portugal entre a repressão e a tolerância (de finais do século XIX a 1927) 》， 里斯本，2006；José Pereira Deus及 António Jorge Lé所著《O jogo em Portugal》 ，2001，P27及續後。

營點，之後在該處建立了愛都酒店。亦曾在駁船上開設流動賭場，隨後被澳門皇宮娛樂場取代。 1963 年愛都酒店及金碧賭場開張。

10.引入西方博彩

1961頒佈的法律開啟了對博彩特別授權的立法傳統[46] ，規定了以下博彩類型：

1) 中式博彩：番攤、骰寶；

2) 歐式博彩："鐵路"百家樂（chemin de fer）； 設有兩張檯證的開放式博彩檯；設有兩張檯證的無限制博彩檯；法式博彩檯；廿五門；Ecarté; 輪盤; 三十及四十.

最初，廿一點（Blackjack）及花旗骰（Craps）未被列入法規中，但在1964年初核准的官方博彩規章中被提到[47]。

為吸引更多的賭客，番攤的佣金率被降至5%[48]。除該項措施外，由其他逐步引進的新內容所產生的影響尚不清楚，但最深入的轉變出現在博彩業。

11. Cussec—骰寶, 買大小

首先出現的新事物便是Cussec ，同時亦被稱為骰寶或買大小。十九世紀，因晃動骰子時產生的聲音而將該遊戲形象地稱為"Clu-clu"，但之後被棄用。

骰寶曾在數十年內僅作為農曆新年的傳統出現，從1962年開始便被持續經營[49]。

該遊戲亦設有電子版本，一般八名或六名賭客共用一賭桌。用三個骰子進行賭博，其賭注是買骰子點數的大小（總點數4至10稱為小，但3除外，11至17成為大，但18除外）[50]。還可押單、雙、點數相加計算或任意三顆骰子之特定三個點數。

從2005年開始骰寶成為中國最受歡迎的骰子遊戲[51] 以及第二大高需求的博彩，僅次於百家樂。

12. 廿一點（Blackjack）

廿一點（Blackjack）是一項廣為人知的遊戲，在此就無需作過多介紹。其一大基本特徵即須運用到技巧，而非一項單純的幸運博彩。

---

46 1961年7月4日第26號公報，P795及續後，第1496號法規。

47 1964年第五期公報，P123及續後，1964年2月1日第7461號訓令核准的《中式博彩及歐式博彩之規章》。

48 《中式博彩及歐式博彩之規章》第五條。在1976年之前，基於每年固定收益對博彩業徵稅，1962年的收益減少未對政府收入造成影響，但被特許人受到牽連。直到後來才基於總收入對博彩業徵稅。

49 當前實行的正式規章在2004年獲核准，之後在2006年作出相關變更：第57/2004號經濟財政司司長對外規範性批示，由第69/2006號經濟財政司司長批示作出變更。現時實行的規章廢除了在前一年由第31/2003號經濟財政司司長對外規範性批示核准的規章。前一項規章由12月20日第223/75號訓令核准，對1964年2月1日第7461號訓令核准的《中式博彩及歐式博彩之規章》第8至15條重新進行了排序及內容編排。

50 參見Robert Hannum及 Anthony Cabot所著《實用賭場算數》（Practical casino math），2005， P115及續後。

51 在最後的十年，另一名為"魚-蝦-蟹"的中式骰子遊戲呈現明顯衰退，2014年在澳門的賭場內不復存在。

該遊戲確實擁有其自身的隨機應變的策略，從而使得博彩者儘可能多地獲利，該策略稱之為“基本策略”（basic strategy）。儘管原本照搬該策略，賭場的利益仍處於首要位置，而賭客不享有優勢。由此看來，該遊戲應被視為一項幸運博彩。

此外，該遊戲因其可計牌（算牌法card counting）而尤其出名，這是基於數學及概率分析進行的一項程序，博彩者可判斷其本身何時處於優勢位置，從而改變（增加）其投注額[52]。

在1960年代初期，澳門批准了廿一點遊戲的經營，當時正逢出現算牌的技巧并對該技巧作出優化（以五張或十張計數，或是透過計數所有牌的積分制度進行）。一時間，“算牌法”受到大家追捧，成為美國各大報紙的頭條新聞[53]，直至今日仍在各種書籍及電影中出現[54]。需要注意到的是，在澳門可即刻自動洗牌，因而取消了“算牌法”。官方規定可使用一副牌或最多六副牌，並未強制使用洗牌機，但澳門的某些賭場中設置的廿一點賭桌一直都使用洗牌機。若洗派牌均為自動進行，則不得使用“算牌法”，這是因為在每輪遊戲結束之後均為自動洗牌，百分之百的隨機性，未剩下可用以計數的多餘牌。

2009年核准了現時生效的有關廿一點（Blackjack）的規章制度[55]。最近幾年，廿一點是列於百家樂及骰寶之後的第三大最受歡迎的賭博遊戲。

13.輪盤賭（Roleta）

輪盤賭是一項尤其出名的幸運博彩，因此在這裡不深入介紹[56]。從1962年起，正式開始經營輪盤賭，吸引了一批“狂賭者”（high rollers）[57]。這一項堪稱經典且極具吸引力的遊戲，始終擁有其追隨者，并滲入到大眾文化中，由此“輪盤賭”被視為“隨機結果”的同義詞。

14. 發展歷程

有關在1962年之後博彩業的發展情況的資料極其缺乏，因而難以獲得相關的數據。儘管番攤的佣金降至5%，但引進的歐式博彩亦獲得了成功。

有並不確鑿的資料顯示，澳門旅遊娛樂有限公司在其經營初期遇到財政上的困難，出現了一定的

52 參見 Edward Thorp的經典著作 《Beat the dealer. A winning strategy for the game of twenty-one》，第二版，1996年，其中提到了可進行21點遊戲的地點之一—澳門。Ed Thorp的這一部算數作品之後在金融市場上得到推廣，James Weatherall在其著作《The physics of Wall Street: A brief history of predicting the unpredictable》第四章將Ed Thorp這部作品的內容具體展現出來。

53 這一話題引發了無數法律紛爭，在此不適合作出相關討論；參見I. Nelson Rose 及 Robert A. Loeb所著《Blackjack and the law》，1998；以及Andrew Chan e及Peter Tcheong所著《 Blackjack》， 2011。

54 尤其突出的是Ben Mezrich的著作《 Bringing down the house: the inside story of six MIT students who took Vegas for millions》，2002，之後於2008年被改編為電影 “21” (www.sonypictures.com/homevideo/21)，由此再次說明所謂的快捷獲利的觀念能夠起到相當大的啓發作用并強有力地推動媒體的傳播。

55 第57/2009號經濟財政司司長批示取代了之前由第56/2004號經濟財政司司長對外規範性批示的規章核准的規章。從1964年至2004年之間對規章作出多次變更。

56 2004年5月17日第20期第1組公報P721及續後，第60/2004號經濟財政司司長對外規範性批示中訂立了當前施行的規章。之前的規章分別於2003年、1988年、1975年及1964年制定。澳門的輪盤賭以一個零進行，而不是兩個零，因此降低了賭場的優勢，但即使這樣，賭場佔到的優勢仍相當大，且遠遠高於百家樂。

57 B. Okuley 及F. King-Poole所著《 Gamblers guide to Macao 》P52，其中寫道«When the STDM took charge back in 1962 Blackjack caught on almost immediately as the most heavily played game of them all, but at first it was Roulette, not Baccarat, that attracted the biggest of the big spenders»。

經濟損失。對任一新建立的賭場而言，其荷官并不具備充足的經驗58，因而一般會成為欺詐及欺騙行為的操縱目標。西方博彩對澳門來說是絕對的新鮮事物。

在澳門旅遊娛樂有限公司的經營初期，從1962年至1970年中期，廿一點和輪盤賭（狂賭客的最愛遊戲）是最受歡迎的兩大博彩[59]，而從1970年中期開始，百家樂成為最重要的博彩。

IV. 百家樂的崛起勢不可擋

15. 百家樂

澳門旅遊娛樂有限公司從1962年開始經營百家樂。這項博彩絕對是一個新事物，在此之前，即使屬違反法律，亦從未有過相關經營記錄。在最初幾年，百家樂對賭客的吸引力並不十分顯著60。

百家樂是一種十分簡單的博彩，百分之百取決於運氣。兩家—莊家和閒家之間進行對抗，亦可和局。一次一張向兩家派牌，在某些情況中，根據固定規定，亦可派給第三人。玩家手中總點數最接近9者勝，若超過此點數則進行銷牌（例如，10點相當於0點，11點相當于1點，以此類推），人形紙牌作零點計[61]。勝出的莊家支付5%的佣金。大眾市場及貴賓廳適用同樣的規定。2007年在規範方面作出一重要的調整：在“無須支付佣金的百家樂”中，通過調整其中一項支付以代替被取消的5%的佣金，因而博彩可更快速進行，場方亦稍占優勢。

該項博彩之所以能取得巨大成功，歸功於以下幾大因素。首先，它是一項極其簡單的博彩，除投注之外，博彩者無需作出其他決定；第二，場方所佔優勢十分小，因而可將該博彩視為“公正博彩”[62]；第三，該博彩較番攤更為快速；第四，投注可以分組的形式進行，博彩者可跟隨一位頗有經驗的“博彩主力”投注，這種情況在大眾市場上已是很早就出現的常象[63]。此外，還存在一心理因素—博彩者可翻牌，稱之為“card squeezing”，通常耗時較長且進展激烈。投注最高的博彩者可享有的這一習慣性“優勢”會使人產生一種控制博彩的錯覺[64]。亦存在電子版本的百家樂遊戲，在“運動場內”設置相當多的（電子遊戲）位置

58 在1962年確實有很多荷官從泰興公司跳槽到澳門旅遊娛樂有限公司，但該些荷官在歐洲博彩方面很可能沒有任何經驗。

59 B. Okuley 及F. King-Poole所著《 Gamblers guide to Macao》，1979，p. 33。 這是一篇博彩者指南，其中寫道： «From the early days of STDM, Blackjack has been by far the most popular game in its domain — so popular that at certain times of the day or week it is all but impossible to get a seat at the tables anywhere in the enclave»。

60 根據兩位作者所著 «[Baccarat] got off to a slow start in the sixties»； B. Okuley 及F. King-Poole所著《 Gamblers guide to Macao 》（同第59註解）
p 44。

61 2004年5月17日第20期第1組公報P699及續後，第55/2004號經濟財政司司長對外規範性批示中核准了當前施行的百家樂規章（之後多次作出變更）。

62 儘管場方始終明顯處於優勢位置，但百家樂可能是所有類型的博彩中場方優勢最弱的一種；參見 Robert Hannum 及 Anthony Cabot所著《 Practical casino math》，2005, p99及續後。

63 在番攤被合法化之前就出現了該種現象；參見1841年8月《Chinese Repository》，第十卷（第八期），P474。一名匿名作者在報告中將番攤描述為“a very common game”并補充道：“One reason of the popularity of the game is perhaps owing to the ease of playing it, the difficulty of deception, and the number of persons who can play at once — all of them the same variety, or each taking a different one. Ten, twenty and more men are all seen around a table (…)”。其中提到的“the same variety”似乎是暗示有相當多的博彩者作出相同的投注以對抗場方—這一現象至今在澳門賭場的百家樂中仍頻繁出現，也因此在其中出現分組。

64 詳細內容參見 《世界博彩雜誌》2010（World Gaming Magazine）中Pai Yao所著《翻牌遊戲》（Card squeezing play）（查閱www.worldgamingmag.com/en/gaming/baccarat/item/90-baccarat-squeeze-play）。

（幾十個，甚至超過一百個）。

16. 勢不可擋的崛起

隨著1970年葡京酒店的開業—提供600個房間以及一大型賭博區，博彩業開始出現強勢擴張及巨大轉變，城市也隨之飛速發展，博彩集中地轉至南灣及外港區域。輪盤賭桌式的標誌性屋頂設計昭示了西方遊戲的到來，突顯了賭場外圍建築的獨特甚至誇張的造型。葡京酒店被視為一座豪華建築物，也是主要的旅遊景點之一，很快在香港製造出一種“必看”效應。儘管在當時並未將其稱為“一體化度假酒店”，但葡京酒店確實是澳門的首家此類性質的酒店[65]。

澳門旅遊娛樂有限公司開始獲得相當可觀的收益，但之後因為來往香港和澳門的輪船經常滿載，購買船票變成一件難事，為博彩獲利設置了門檻[66] 。

1974年4月25日新上任的總督José Eduardo Garcia Leandro (g. 1974-1979)[67]針對1975年10月至1976年4月的特許權再次作出激烈談判，以便增加對被特許人的徵稅額。

當時，根據政府的計算，澳門旅遊娛樂有限公司每年向政府支付約九百萬澳門幣， 其中七百萬為現金，兩百萬作為疏浚服務的支出。1975年政府訂立了首個提案，被特許人將支付1.2億澳門幣，每年將根據收入的具體情況調整該數額。這一提案受到對抗：何鴻燊質疑在政府提案中（的數額）是否不應多出一個零。在此可提供這一複雜且漫長的談判及之後出現的十分顯著的稅收增長的有關資料[68]。

出於本文的目的，有必要特別強調一點，即面對當時稅收的大幅增長，澳門旅遊娛樂有限公司不得不尋求新的經營方式，吸引更多的博彩者并聘用更多的博彩中介人。從那時起就開始與JinKe合作[69]，根據有關的文學作品，該些人的工作範圍主要集中在百家樂。從1976年開始出現貴賓室博彩中介人[70]，同樣集中在百家樂。接下來採取的行動便是同其他經營者合作，為貴賓室招聘中介人。（澳門旅遊娛樂有限公司）實行的多項策略促成了百家樂在七十年代末期的的強勢發展，收入從1977年的37%增至1985年的65%[71]。

在發展的高峰期，出於規範、統計及稅收的目的，在“大眾百家樂”及“貴賓室”之間作出劃分。就數量而言，澳門幸運博彩業在近些年迅猛發展，所有主要類型的博彩均稱增長態勢，整體橫向發展，但尤其集中在百家樂貴賓室，其收入為大眾百家樂收入的數倍。

---

65 有關該方面內容，參見William Eadington 及Meighan Doyle 所著《 Integrated resort casinos. Implications for economic growth and social impacts》，Institute for the Study of Gambling and Commercial Gaming， Reno NV， 2009。

66 由此導致了投機倒把的現象，1971年1月23日第1840號立法性法規試圖制止這一現象，根據該法規，以高出原價售賣或倒賣船票者將被定罪。現時由7月22日第7/96/M號法律作出修訂的6月22日第30/92/M號法令對此方面作出規範。

67 Jorge Santos Alves 及António Vasconcelos de Saldanha 所著《澳門歷代總督》（Governadores de Macau ）P443及續後。

68 詳情參見Garcia Leandro所著《1974-1979葡萄牙革命時代的澳門》（Macau nos anos da revolução portuguesa 1974-1979），Gradiva， 2011，P187及續後。

69 以船票的投機倒把活動為基礎。參見第六卷第二期《China: an international journal》，2008，P237及續後，王五一及William Eadington所著 «The VIP-room contractual system and Macao’s traditional casino industry»。

70 首批博彩貴賓是1976年來自泰國的20名博彩者——這是當時在澳門旅遊娛樂有限公司工作的一名中國高官親口向我們講述的，但未透露其姓名。

71 引自《Macau. City of commerce and culture》，1987，P251，António Pinho所著 «Gambling in Macau»。

17. 撲克（Poker）和花旗骰（Craps）

在博彩后十年的發展中，兩種遊戲較為突出，它們在來自拉斯維加斯的新的博彩經營者們的影響下被引進（或再次引進）澳門：於2008年開始的德州撲克（Texas hold' em）和從2007年開始的花旗骰。

撲克是一項經典的美國遊戲，在最近幾年發展相當快，尤其歸因於相關的電視節目，自從電視觀眾得以看到博彩者手中隱藏的撲克牌之後，收視率大大上漲，觀眾可跟隨整個過程，看到坐在桌旁的博彩者的反應和作出的投注，并發表自己的評論。同時，該項遊戲在互聯網上也呈現出爆炸式發展的態勢。 撲克建立了其自身文化，有關該項遊戲的用語也被收錄進一般詞彙表，如“撲克臉”（poker face）、“全押”（all in）。

9月24日第16/2001號法律未提到德州撲克。透過相應的規章，該項遊戲得以作為幸運博彩被列入在澳門許可經營的博彩中[72]。

儘管撲克的初期顯有成效，但並未像經典的“番攤”一樣“騰飛”。其帶來的收入說明了一定的成功，但還未達到十分顯著的效果。在大部份有關此遊戲的文章中提到，這一結果應與撲克遊戲僅僅吸引了較為年輕的博彩者有關。在撲克遊戲中，博彩者可直接進行對抗，但該種文化為中國傳統文化所排斥。

有關花旗骰遊戲，1964年已對其作出規範，但事實上並未獲得很多反響[73]。在最後十年再次引入該遊戲，以類似於撲克的方式發展，但並未獲得更高的收入。骰寶依然是中國人最青睞的骰子遊戲。

V.總結

18. 當前階段

澳門旅遊娛樂有限公司的獨家經營權，從最初的八年開始，之後續期四次，共歷時四十年零三個月，於2002年3月31日到期。在其末期，並未同1961年末期一樣出現急速中斷。由該公司經營的11家賭場在特許權有效期的最後階段，繼續由當前為三大博彩特許權所有人之一的澳門博彩有限公司經營。

當前，根據寡頭壟斷制，在多個幸運博彩承批人之間展開競爭。在幸運博彩越來越受歡迎的社會背景下，投入鉅資，主要以來自中國大陸的遊客為基礎的市場發展迅猛，同時博彩中介人及博彩信貸亦起到重要的作用[74]。然而，市場的開放和高度擴張以及收入的巨增並未對博彩造成重大影響，相反，百家樂的絕對“統治”得以突顯。在此有必要提供相關收入的最新數據[75]。

---

72 在此方面鮮見爭議。很多人將其視為一種技巧性博彩，基礎算數知識以及心理承受能力（能夠成功地虛張聲勢、能夠敏銳地觀察并解讀局勢以及理解從其他博彩者發出的信號等）在很多情況中決定了勝負，是否獲得好牌並非始終或在很大程度上決定勝負。很多時候，遊戲並非以博彩者手中牌的直接抗衡結束，所有人都不願意冒險作出這樣一種對抗。在最後時刻收牌，但在很多情況中，不清楚最好的牌花落誰家，這顯然是遊戲的根本性內容之一，但細密的算數逃避了這一問題，同時在遊戲中還滲入了心理因素及主觀因素。基於該些原因，遊戲的組織者不參與遊戲。該項遊戲是否屬幸運博彩的問題亦牽涉到刑事層面。

73 B. Okuley 及 F. King-Poole所著《 Gamblers guide to Macao》，P51，其中提到當時在葡京酒店僅設有一張花旗骰賭桌：“situated in the less active upstairs casino, and it is rarely in use, usually only when there are a group of Americans or American-influenced Orientals or Europeans in town”。

74 參見《博彩法修訂及經濟》（Gaming Law Review and Economics），第十卷第四期，2006，P363及續後，Jorge Godinho所著«澳門的博彩信貸»（Credit for gaming in Macau）。

75 來源：澳門政府博彩監察協調局。迷你百家樂遊戲於2009年被納入百家樂中。表格的最後一部份顯示了於2014年停止經營但在最後十年又開始經營的博彩。重點標出的數字為最高值。

	博彩	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
1	百家樂VIP	22178	29783	28864	36783	55762	73772	79834	135648	196126	210850	238524	212535
2	百家樂	3102	5617	9929	11526	16211	21052	25498	34917	48669	66251	91599	106527
	迷你百家樂	-	363	519	385	304	212	-	-	-	-	-	-
3	老虎機	236	640	1250	2053	3594	5653	6503	8618	11425	13244	14384	14444
4	骰寶（Cussec）	682	1212	1526	1923	2755	3043	2826	3555	4774	5546	6756	7583
5	廿一點（Blackjack）	637	1211	1459	1622	1917	2247	1903	2290	2712	2950	3052	2933
6	Live multi game	-	-	-	-	-	-	-	153	311	895	1487	2256
7	梭哈撲克（Stud Poker）	16	337	522	556	750	925	938	1060	1309	1472	1661	1581
8	輪盤賭（Roleta）	47	128	186	248	371	693	694	672	783	892	940	1028
9	幸運富貴三寶（Fortune 3 Card Poker）	-	-	-	-	-	-	55	109	141	206	407	595
10	三公百家樂	153	225	257	247	231	209	184	219	281	347	414	538
11	番攤	136	147	143	145	164	190	174	183	211	249	290	314
12	娛樂場面臨的挑戰	-	-	-	0.1	61	185	164	157	226	246	293	267
13	德州撲克（Texas Holdem Poker）	-	-	-	-	-	54	146	216	277	289	270	257
14	富貴三公	185	199	172	128	114	73	94	131	191	211	222	215
15	花旗骰	-	-	-	-	9	89	92	163	151	137	145	162
16	麻雀	-	-	-	-	-	9	27	34	70	203	165	132
17	牌九	149	136	95	76	77	54	44	86	114	87	96	122
18	幸運轉盤	7	32	39	27	17	21	25	32	35	35	24	19
19	麻雀牌九	54	35	6	4	3	2	0	-	-	5	8	12
20	泵波拿	1.6	1.3	1.2	2.0	2.0	1.8	2	2	1	1	1	2
-	廿五門	4.2	5.7	0.2	-	-	-	-	-	-	-	-	-
-	萬家樂（Makccarat）	-	-	-	-	9	16	8	4	4	-	-	-

-	魚蝦蟹	1071	1295	1053	874	654	264	152	93	51	22	9	-
-	彈子機	8	8	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-
-	足球撲克	4	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
-	Q撲克	-	-	24	24	20	7	5	1	-	-	-	-
-	龍鳳斗	-	-	-	-	-	-	-	0	5	1	-	-
-	幸運8	-	-	-	-	-	-	3	-	-	-	-	-

19. “番攤”在“百家樂”中的延續

總而言之，對多種幸運博彩的持續需求始終存在於中國上千年的文化中。中國的南方及東南亞地區被描述為“博彩的紐帶”或被稱為博彩業發展水平最高的地區[76]。純粹憑藉運氣的博彩明顯受到更多的青睞。

博彩的發展動態是一塊鮮為人知的領域。在1961年之前僅存在一種博彩，從1961年開始市場開放，法律不再僅批准特定的博彩或限制博彩類型。而是由市場決定一從而暴露出很可能消失的最“弱勢”的博彩類型，正如之後出現的情況一樣 [77]。由此看來，博彩公司管理者的決策具有突出的重大意義。儘管該些決策就其性質而言屬保密內容，但肯定需要實施一定程度的試驗，以一般統計數據公開并說明其效果。

正如我們所看到的一樣，160多年的發展僅僅集中在兩大博彩：1962年至1976年左右[78] 是從番攤到百家樂的過渡期。歸根結底，這是一個保守的市場，改革並不容易。百家樂是現今澳門賭場的主要博彩類型，發展良好，并擁有高效的博彩中介人網絡及博彩信貸系統。

大額投注明顯成為了百家樂發展的強大推力，其成功在很大程度上可被視為番攤所獲成功的延續，而促成這一局面的正是相關的文化因素及心理因素，例如迷信、不合邏輯的數學知識、對機器的不信任以及兩種博彩之間存在的極大的相似之處及連接點[79]。除該些文化因素之外，還存在強大的經濟、組織及管理因素：澳門旅遊娛樂有限公司、澳門博彩有限公司及現在的博彩承批公司能夠以百家樂為中心建立并發展複雜的博彩市場，并通過多種博彩中介人及貴賓室或賭場的合作經營，吸引新一批博彩者[80]。

76 參見Desmond Lam所著《中國的博彩世界》（ The world of Chinese gambling）， P19及續後，2009；《人類學》（Anthropologica），第十四卷第二期，1972，P157及續後， John Price所著《傳統亞洲的博彩》（Gambling in traditional Asia）。

77 我們可注意到，在最近幾年，一些博彩已經消失，如日式彈子機（Pachinko）、廿五門（Boule）以及魚蝦蟹。對該方面的發展動態有待作出系統研究。

78 接近該日期。在修訂澳門旅遊娛樂有限公司的承批合之同時提高了徵稅額，這是之後（博彩業）加快發展的一大因素。

79 詳細內容，參見 《Études Chinoises》第三十三卷第二期，2014，P129及續後，Xavier Paulès所著«Les limites de l’influence du modèle de Las Vegas dans l’offre de jeux de hasard à Macao: apports d’une mise en perspective historique» ，但未提到組織及經濟財政性質的發展及改革，這些因素極大地促進了百家樂的迅猛發展。

80 在此不便深入研究這一話題；有關在百家樂中使用“泥碼”的關鍵性問題，參見Jim Kilby、 Jim Fox 及 Anthony Lucas所著《Casino operations management》，2004， p 267 及續後； 《International Gambling Studies》，第四卷第一期，2004，P33及續後，Robert C. Hannum 及Sudhir H. Kale所著《 mathematics and marketing of dead chip programmes: finding and keeping the edge》。

司法見解部分

每週休息日工作之報酬

對澳門特別行政區中級法院2015年5月14日第224/15 號卷宗之合議庭裁判作出之評論

JOÃO ANTÓNIO VALENTE TORRÃO[1,2]
葡萄牙最高行政法院法官（已退休）
j_torrao@hotmail.com

概要：

1.在合議庭裁判中分析的問題及作出的判決。

2.對“每週休息日”的思考。

2.1.“每週休息日”的含義及概念演變。

2.2.葡萄牙法規及國際公約中有關“每週休息日”的規定。

3. 葡萄牙最新立法中針對“每週休息日”作出的規定。

4.澳門在“每週休息日”方面的立法演變。

5.最後的思考。

6.總結。

合議庭裁判內容簡述

勞動訴訟

第224/2015號卷宗

2015年5月14日

澳門特別行政區中級法院

裁判書製作人: João Gil de Oliveira

簡述：

1.應就每週休息日工作支付正常報酬的雙倍，不得視為工作者的月薪中已包括該天的工資。

1 葡萄牙最高行政法院法官（已退休）。

2 作者曾連續多年在里斯本勞動法院擔任法官（亦曾在澳門普通權限法院擔任法官及合議庭主席）。

2.倘若不以此種方式理解，則認為，較週末休息者而言，一天休息的報酬根本不能成為對工作者於每週休息日提供額外工作的補償。於週末休息的工作者可（照常）收取日薪；而於每週休息日工作者僅額外獲得平常日薪。[3]

1. 在合議庭裁判中分析的問題及作出的判決

根據合議庭裁判(六頁)，上訴的標的僅在於“確定就僱員因在每週休息日工作而應獲之補償作出相應支付之方式，這是因為上訴人認為相應補償報酬不應高於每週休息日所獲報酬”[4]

經法院引述相關司法見解并達成一致意見[5]，在合議庭裁判中決定“向被上訴人就其在每週休息日的工作支付相應報酬的正確方式為:2 X日薪X於每週休息日工作之天數，而不考慮工作之日”。

在分析上述裁判是否擁有法律基礎之前，我們將首先討論每週強制性休息日，尤其是其歷史、含義以及在鄰近4月3日第24/98/M號法令頒佈的日期內葡萄牙與澳門所作出的法律規範於具體案件中的適用。

2. 對“每週休息日”的思考

2.1. “每週休息日”的含義及概念演變

“每週休息日”起源於猶太教和基督教，在很早之前就已經出現，[6] 因此，大部份國家將週日定為每週強制性休息日。[7] “每週休息日”旨在使勞動者恢復精力、專注於家庭生活、參加公民活動或文化活

3 在評論部份已涉及到該合議庭裁判的相關內容，因而在此未提供合議庭裁判的完整翻譯。

4 儘管在初級法院的判決中，被告被判處向被上訴人支付其未獲得的補償報酬，但事實上，在未針對初級法院的相關決定提出上訴的情況下，裁判轉為確定，上訴法院不得審理此裁判，否則其判決將因過當起訴無效。

5 同一法院就此問題在數十項合議庭裁判中表達了同樣的觀點，其中最近的合議庭裁判分別為： 61/2014, 89/2014, 627/2014, 189/2014, 171/2014, 380/2014, 383/2014, 207/2015, 223/2015, 155/2015, 204/2015, 157/2015, 158/2015, 153/2015, 193/2015, 206/2015, 37/2015, 108/2015, 167/2015, 85/2015, 125/2015 以及195/2015。

6 在這裡引述《聖經》中有關上帝的故事，其中提到“上帝用了六天的時間建造了世界，在第七天休息” (Génesis 2:1.34)。

7 根據葡萄牙《勞動法典》第232條第2款規定，在特殊法律規定的情況中或勞工應工作的情況中，這一天可不被視為週日：
a)無須在每週某天全天停止或中止營運的公司或公司部門，或須在除週日以外的任一天停止或中止營運的公司或公司部門；
b) 營運不得被中止的公司或公司部門；
c) 須於休息日工作的工作者；
d)看守或清潔工作；
e) 展覽或集市。

動，總之它代表了在《葡萄牙共和國憲法》第59條第1款d項中規定的休息及休閒權利的實現。[8]

儘管未明確提出休息及休閒的權利，但在《澳門特別行政區基本法》第39條中規定了“勞工的福利待遇和退休保障受法律保護”。“每週休息權”是“福利”的具體體現，使得勞工在每週工作一段時間之後可恢復其身理、心理的平衡，進行體育運動、參加文化活動、陪伴家人等。[9]

這一休息權是極其重要的，僅在特殊情況中允許在休息日工作，亦很少允許以報酬彌補休息。

A. Monteiro Fernandes [10] 認為“法律中規定的每週休息權是勞動關係中的一大根本內容，是對可受到勞動關係發展影響的根本法益（精神及身體完整性、工作者的個人自由）的保護：總而言之，是憲法中‘休息及休閒權’（現今由《葡萄牙共和國憲法》第59條第1款d項規定）的典型體現。未包含“休閒及休閒權”的僱傭關係是不合法的，該權利是以“休息、不工作”為目標，在一般情況下，法律不允許將休息轉換為相應的金錢報酬”。[11]

2.2.葡萄牙法規及國際公約中的“每週休息日”

葡萄牙於1907年8月3日頒佈的法令首次規定了商業及工業中的每週休息日。然而，這一制度的執行取決於市級規範以及僱主選定的每週休息日，因而，在João Franco 政府之後未能得以繼續施行。 [12]

之後的法規針對工作時間作出相應規定。[13]

在國際方面，多項法規訂立了“每週強制休息日”，如下：

1º)《世界人權宣言》

“人人有享有休息及休閒的權利，尤其是合理限制的工作時間和定期帶薪休假”。 (第24條)

---

8 “1.所有工作者，無論其為何種年齡、性別、種族、公民身份、來源地、宗教、政治信仰或意識形態，均有權利享有: d)休息及休閒、工作的最長時間、每週休息及階段性的帶薪假期。”

9 根據《基本法》第40條規定，該項權利始終適用於澳門特別行政區，規定如下：“《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會與文化權利的國際公約》和《國際勞工公約》適用於澳門的有關規定繼續有效，透過澳門特別行政區的法律予以實施。” 因此，該項權利來源於《基本法》，并在上述法規及由澳門特別行政區的相關機構頒佈的法規中出現。

10 《勞動法》—第十五版，P428。

11 補充性休息與每週強制性休息不同，前者是指每週以一天（美國星期）或半天（英國星期）的時間作為補充休息日。有關該方面的規範制度，無論是在報酬方面還是補償方面，均不同於強制性休息，其目的並非為確保休息，而是保障僱員享有額外的休閒時間。

12 馬里奧·蘇亞雷斯（Mário Soares）基金會 – 檔案室和圖書館- www.fmsoares.pt。

13 有關此類法規，參見Jorge Leite 所著《勞動法》，第二卷，P131-132腳註。

2º)《經濟、社會和文化權利國際公約》[14]

本公約締約國承認人人有權享受公正或良好的工作條件，特別要保證：

d) “休息、閒暇和工作時間的合理限制，定期帶薪休假以及公共假日報酬”。 (第7條)

3º)於1999年5月3日在斯特拉斯堡通過的《歐洲社會憲章》

“為保障有效行使享受公平的工作條件的權利，各締約國須做到：

5)儘可能確保每週休息日與由國家或地區的傳統習俗確定的每週休息日相符”。 (第2條第5款)

4º)1921年《國際勞工組織第14號公約》[15]

“1.凡公營或私營的工業企業或其任何分部所僱用的全體職工，除以下各條所規定的例外情況，均應於每七日的期間內享有連續至少二十四小時的休息時間。

2.此項休息時間應儘可能同時給予各企業的全體職工。

3.若可能，此項休息時間應與本國或當地的風俗相符合”（第2條）

1957年第106號公約第6條延續了相同的理念，僅在第1款中出現不同的規定，并在第4條中作出如下補充：

“若可能，始終尊重宗教少數派的傳統及習俗”。[16]

3. 最新葡萄牙立法中的“每週休息日”

3.1.合議庭裁判僅以第24/89/M號法令第17條的字面釋義為基礎，針對上訴人提出的問題作出裁判。

儘管問題很簡單，[17] 但涉及到歷史、體系及目的論。

Baptista Machado [18] 認為“在很多情況中，規範是法制歷史演變的成果，對這一演變過程的認識會影響到對該法規的理解，這是因為可透過該過程明白立法者制定相關法規或作出變更的意圖”。

14 參見《澳門特別行政區基本法》第40條。

15 參見《澳門特別行政區基本法》第40條。

16 有關該些公約在澳門特別行政區的適用，參見第64/2001號行政長官公告（《在商業和辦公室中實行每週休息公約》第106條），以及第12/2002號行政長官公告（《工業企業中實行每週休息公約》）。

17 “我們不應集中在明顯體現出的含義上，這很可能是一種錯覺。 我們閱讀過很多自稱以葡語清楚表述的文章，因而可視為極易理解的文章，但之後卻花費很長時間對其作出分析并得出最終結論：文章所反射出的某些精神層面并未在其文字中明確表達出，或相反，未對其中包含的事實作出思考” ——Inocêncio Galvão Teles所著《法律研究導論》（Introdução ao Estudo do Direito），第十一版，科英布拉，P238 。

18 《Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador》，第十三次印刷，Almedina，P184。

有必要引述第24/89/M號法令頒佈之時在葡萄牙生效的相關法規以及在此之前澳門施行的法規。同時還要對該法令中的其他規定作出分析，以便幫助理解上述的第17條規定。

3.2. 1969年9月24日第 49.408號法令核准《個人勞動合同法》，此法規將正常工作的最長時間[19] 以及夜間工作交由特殊法規作出有關規範。

透過9月27日第409/71號法令開始實施上述規範，法令第35、41及42條分別作出如下規定：

“第35條

(每週關閉)

1.商業場所及工業場所應於每週某一日（一般為週日）全天停止或中止其內工作。[20]

2.在非週日之日停止或中止工作的情況中，由市政廳聽取相關利益機構的意見，并須獲得葡萄牙全國勞動及公積金研究院（INTP）的批准。

3.在強制性假日中，應停止或中止不允許在週日進行的所有活動。

第41條

(每週休息日工作)

1.僅在下列情況下，僱員可在每週休息日工作：

a)在特殊情況中，僱主實體為此獲得許可；

b)若發生不可抗力的情況，則應在48小時內通知葡萄牙全國勞動及公積金研究院（INTP）。

2.在每週休息日工作的僱員有權在接下來三天的任一天全天休息。

第42條

(休息日工作之報酬)

1.僱員在每週休息日、強制性假日以及一天或半天休息日[21]（由對勞動作出統一規範的法律文件、企業及社會公積金部長作出的批示以及個人勞動合同批出）工作，將獲得正常報酬的雙倍報酬。 [22]

---

19 第45條第1款將“工作的正常時間”定義為“僱員須提供的工作時數”。

20 第37條規定了將週日作為每週強制性休息日的特殊情況。

21 這是葡萄牙首次在法規中建立所謂的“英式工作周”和“美式工作周”制度，將相關時間稱為“補充性週末休息”。

22 “應將‘正常報酬的雙倍’等同視為‘正常報酬的百分之百（額外報酬）’，而非‘正常報酬雙倍的額外報酬’（引自高等行政法院於1974年12月10日、1976年6月22日、1976年7月6日以及1976年12月14日作出的合議庭裁判，分別參見合議庭裁判159.° p415、176.°/177.° p1164、178.° p1325以及182.° p1940）” ——最高法院於1989年1月27日作出的合議庭裁判（第001992號卷宗，《司法部公報》 nº 38, p473）。

2.僱主實體應記錄在上述情況中工作的時間；在開始該類工作之前，應註明開始及結束工作的預計時間以及代替每週休息日的休息日。”

之後， 12月2日第421/83號法令對此方面再次作出規範，突出內容如下:

第6條

(程序)

1 -僱主實體應預先明確說明增補性工作，否則（僱員）將不得要求獲得相應的報酬。

2 -應於48小時內，就在強制性休息日、補充性休息日、假日或第4條第2款規定的情況中提供增補性工作通知勞動監察總局。

3 -在每季度的第一個月，僱主實體應向勞動監察總局呈交在前一季度提供增補性工作的僱員名單，并分別說明由勞動者委員會作出區分的第4條第1款及第2款中規定的工作時數。

第7條

(報酬)

1 - 僱員在正常工作日提供增補性工作，將根據下列最低額外報酬比例獲得相應報酬：

a)第一個小時為正常報酬的百分之五十；

b) 在之後的時間內為正常報酬的百分之七十五。

2 -僱員在每週休息日、強制性休息日、補充性休息日或假日提供工作，則其獲得之額外報酬至少等同於正常報酬。

第9條

(補償休息)

1 -在擁有超過十名僱員的企業中，於工作日、每週補充性休息日或假日提供增補性工作的僱員有權享受有薪補償休息，休息時間為增補性工作時間的百分之二十五。

2 - 在等同於每日工作的正常時間結束之時，中止補償休息，應在之後的三十日內享受補償休息。

3 -在每週強制休息日提供工作的僱員，將有權在之後的三日內享受有薪補償休假。

4 -若未能達成協議，則由僱主實體確定補償休息日。

從上述的法規中，我們可得出以下結論：

1ª)在每週休息日（主要是每週強制性休息日）提供工作屬一種特殊情況，企業不得犧牲僱員的休

息時間以提高企業產量，僱員亦不得利用此種情況的工作獲得額外收入。[23, 24]

2ª)於每週強制性休息日提供工作的僱員將有權在之後的連續三個工作日內享受補償休假，否則（企業）將被處以罰款。[25]

3ª)在每週強制性休息日提供工作的僱員將獲得“平常報酬的雙倍報酬”（第409/71號法令）或“至少等同於平常報酬的額外報酬”，亦即相應報酬至少為僱員每日正常報酬的雙倍。

4.澳門在“每週休息日”方面的立法演變

於4月3日第24/89/M號法令之前頒佈的8月25日第101/84/M號法令第17條，[26]在此方面作出如下規定：

“1. 所有工作者在每七天期有權享受連續二十四小時的休息。

2.每一工作者的休息期間，將按機構的活動需求，由僱主作適當的事先訂定。

3.享受每周休息期的工作者，只限在下列情況方得被通知提供服務：

a)倘僱主面臨重大的損失或出現不可抗力的情況；

b)倘僱主須面對不可預料的，或透過雇用其他工作者亦不能應付的工作的增加；

c)倘提供服務對確保機構活動的持續係不可缺少及不可代替者。

4.在每周休息期內提供服務時，工作者在提供服務後三十天期內，有權享受補假一天。

5.對第一款所指權利的遵守，不妨礙工作者在每周休息日提供自願服務的可能，但不得被強迫作出服務。”

第28條第1款規定如下：“1.對收取月薪或與若干時間有關之工資的工作者，有關金額包括每周休息、每年假期及強制性假日工資的數值，不能因在該等期間不提供服務而受任何扣除”。

4月3日第24/89/M號法令第56條廢止上述法令，前者第17條規定如下：

“1.所有工作者在每七天期有權享受連續二十四小時的休息時間，但不妨礙其收受按照第廿六條規定計算的回報。

2. 每一工作者的周假，將按機構的活動需求，由僱主作適當的事先訂定。

---

23 以此強調“每週強制性休息”即指僱員之休息。

24 因此，僅在第409/71號法令第41條及第 421/83號法令第4條列出的情況中方得於每週強制性休息日工作。

25 第409/71號法令未提到該種情況，但出現在第 421/83號法令中（分別參見第41條第2款及第9條第3款）。

26 該法令被核准之時，12月2日第421/83號法令已在葡萄牙施行，上文已提到後者的相關規定。

3. 享受周假的工作者，只限在下列情況方得被通知提供服務：

a)倘僱主面臨重大的損失或出現不可抗力的情況；

b)倘僱主須面對不可預料的，或透過僱用其他工作者亦不能應付的工作的增加；

c) 倘提供服務對確保機構活動的持續係不可缺少及不可代替者。

4.在周假內提供服務時，工作者在提供服務後三十天期內，有權享受立即訂定的補假一天。[27]

5.對第一款所指權利的遵守，不妨礙工作者在每周休息日提供自願服務的可能，但不得被強迫作出服務。

6.在每周休息日提供工作之工作者有權收取平常報酬的雙倍。”

7月9日第32/90號法令對第6款作出如下修改：

“6.倘在每週休息日提供工作，應支付：

a)平常報酬的雙倍予收取月薪的工作者； [28]

b)按照風俗習慣所定範圍而與僱主協定的金額，予收取按照實際生產結果或實際提供工作時間而定工資的工作者。”

自該法規生效開始，工作者因其每週強制休息日之工作有權收取平常工作報酬的雙倍。[29]

5.最後的思考

5.1.我們可看出，無論是葡萄牙還是澳門的立法者，其意圖均在於以不同於平常工作所獲報酬的方式提供每週休息日工作的相應報酬。

第101/84/M號法令未體現出這一意圖， 其中規定於每週休息日提供工作者僅有權在隨後的三十日內享受補假；而第24/89/M 號法令第17條第6款（之後被7月9日第32/90/M號法令修改）明確表明了這一意圖。由此在每週休息日工作的工作者可獲相應報酬，收取月薪的工作者可獲平常報酬的雙倍， 亦即，因在該日提供工作，工作者可獲得兩份薪水。

透過分析上文列出的條例—尤其是第17條第6款，我們可輕鬆得出結論，但我們需透過同一法規的其他規定來分析立法者的意圖是否為在上述的報酬中扣除工作者根據第24/89/M號法令第17條第1款規定（同時參見第101/84/M號法令第28條）已獲工資之數額。

---

27 上文提到的第421/83 號法令第9條第3款明確規定在補假期間亦獲發報酬，而在本款中未提到該點，則透過適用第1款的法學理論，應認為根據每週休息日報酬的相關規定，在補假期間同樣獲發報酬。

28 需要注意的是，立法者在此的用詞是“雙倍”以及“非額外增加”，這樣的用語已經在葡萄牙第421/83號法令中出現過。澳門的立法者於8月18日第7/2008號法律第43條第2款中透過相同的用詞說明同一事實。

29 根據同一法規第26條針對每月報酬訂立的相關規定計算。

我們來看：

“1. 所有工作者在每七天期有權享受連續二十四小時的休息時間，但不妨礙其收受按照第廿六條規定計算的回報”-第 24/89/M號法令第17條第1款

意即工作者在每週休息日獲得薪酬，等同於其在當日工作，正如合議庭裁判中明確提到“工作者未工作而獲得報酬”。

倘若在當日工作，則相應報酬為平常每日工資的雙倍。

在此情況中，工作者收受平常每日工資雙倍的報酬，同時亦有權在提供工作之後的三十日內享受立即訂定的補假一天（第17條第4款）。

鑒於補假與每週休息日的性質相同，因此工作者有權收受上述第1款中提到的報酬。

由此看來，倘若工作者享有補假，則亦有權獲得相應的報酬。

我們現在討論的是不同的問題：

a)因每週休息日工作而獲得之報酬；

b) 每週休息日相應的報酬。

上述報酬依據法律的相關規定疊加，在本文分析的合議庭裁判中，根據由同一法院達成共識并重申的法學理論作出決定。（在此方面的）另一種觀點則違反了第24/89/M 號法令第26條第1款規定。[30]

5.2. 在合議庭裁判中提到：“倘若不以此種方式理解，則認為，較週末休息者而言，一天休息的報酬根本不能成為對工作者於每週休息日提供額外工作的補償。於週末休息的工作者可（照常）收取日薪；而於每週休息日工作者僅額外獲得平常日薪”。

唐曉峰法官在其參與的有關該問題的合議庭裁判的投票中落敗：“在關於每週休息日提供工作的報酬給付方式方面，我的投票落敗，在我看來因每週休息日提供工作而獲得“雙倍報酬”，這一“雙倍”應由平常日薪與另一補償構成。

已證實被告（原告之僱主實體）已向原告（上訴人）一次支付日薪，在計算因每週休息日工作而作出補償之金額之時，應扣除之前已一次支付的金額，否則原告將獲得日薪的三倍薪酬，而非兩倍，再加上補休，原告實際上獲得的是日薪的四倍薪酬。”

對此理由我們表示尊重，但這一理由並不具有說服力，因為是由立法者訂立相關報酬及確立相應標準，而上述的總結在解釋及適用法律方面並不能起到一定的作用。

在第101/84/M號法令施行期間，每週休息日工作的報酬等同於平常工作日的報酬，工作者僅可享有不帶薪的補償休假權。

---

30 澳門特別行政區終審法院審理了一宗有關每週休息日之薪酬的案件，其中根據僱員實際工作時間支付工資（參見2010年1月27日的合議庭裁判 —— n.º 40/2009, 22/11/2007 ；n.º 29/2007, 21/09/07； n.º 28/2007，27/02/2008 以及 n.º 58/2007)。該些合議庭裁判均認可僱員獲得雙倍報酬的權利，但若仔細分析，則會明白其中的含義——在（雙倍報酬的）數額中應扣除之前已支付的基本薪酬。

2008年2月27日第58/2007號合議庭裁判中提到：

“但被告下列所言是有理由：原告已收取與那些休息日工作的相應的正常工資，因此，現在只是有權收取款項相同的另一份，而不是如在被上訴之裁判內所決定的那樣是雙倍。被上訴裁判也沒有解釋為何不考慮已經支付的工資。因為所涉及的是在每週休息日工作的報酬以正常回報之雙倍支付，但原告已收取了基本薪酬”。

該觀點似乎區別於上文所述的中級法院的法學理論（亦是我們所贊成的）。我們對此種理解表示尊重，但其觀點違背了《基本法》第25條規定的平等原則；儘管根據第24/89/M號法令第17條第6款 a及b項的規定，獲得的（報酬）金額可不同，但因每月支付薪酬或根據實際工作時間支付薪酬，在每週休息權與補償休息權之間不存在差異（參見同條規定第1及第4款）。

目前實行的《葡萄牙勞動法典》規定，（工作者）在每週休息日不獲發報酬。[31] 。

由於每週休息日的工作受到規定的限制，因此由立法者決定是否可於每週休息日工作以及是否可獲得相應的報酬。 “每週休息“旨在確保休息權的實現，因此僱主實體不得以提高產量為目的要求（僱員）在當日提供工作，僱員亦不得以獲得更多薪水為目的拒絕在當日休息。[32]

在每週休息、每週休息日工作的報酬以及補償休假方面，我們可以看出澳門的立法者較其他法制的立法者而言更為慷慨。

鑒於這樣一種制度，在本文分析的合議庭裁判中出現的需作出決定的情況中，工作者可能會獲得（每日報酬的）四倍報酬，在上述的落敗票中也提到了這一點。

因而，根據上文所述及法律明確的規定，工作者若在其每週休息日工作，則有權獲得雙倍薪水。

同時，工作者亦有權享有帶薪補償休假。

若侵犯該休息權——正如本文提到的情況——工作者將被剝奪休息權。

相關的違法者將僅僅受到法律針對此種侵犯情況訂立的行政處罰嗎? [33]

我們的答案是否定的。

第24/89/M 號法令第17條未就侵犯工作者之補償休假權規定相應後果（參見第4條）。[34, 35]

但這并不說明僱員不受到保護以及不可適用與每週強制休息日工作有關的報酬給付制度。

葡萄牙最高法院於2008年3月26日在有關第08S09號卷宗的合議庭裁判中提到：

“在本案中，原告請求支付相當於其未享受之補償休假的報酬，初級和中級法院亦認可這一權利，被告亦未對法院作出之決定提出質疑并在其理由陳述部份明確承認了原告有權獲得上述報酬，但認為只應為此支付一次的報酬。很明顯不得採用其他方式。事實上，若原告未享受其有權獲得的補償休假，那麼我們可以認為原告在該期間工作，自然獲得相應的報酬（原告默認了該報酬的給付），但未依法獲得補償，被告亦承認了這一點。由此看來，其未獲得的明顯僅僅是補償的部份。”

里斯本關係法庭於2014年1月29日作出的有關第737/12.1TTLSB.L1-4號卷宗的合議庭裁判中提到：

---

31 在此方面，參見A. Monteiro Fernandes 所著《勞工法》（Direito do Trabalho），第十五版， P 425/426 以及 Menezes Leitão 所著《勞工法》（Direito do Trabalho）， Almedina， 2012年第三版， P 274。

32 儘管第24/89/M號法令第 5 條規定工作者可於每週休息日自願提供工作，稍微放寬了對工作者的規定，但不可強迫工作者於每週休息日工作。

33 4月3日第24/89/M號法令第50條第 1 款C項。

34 在上文所述的葡萄牙法規之後訂立這一規定，司法見解中亦涉及到此規定，參見最高 法院的合議庭裁判：1989年1月27日第 001992號卷宗，《司法部公報》 nº 38, p473；2008年3月26日第 08S09號卷宗以及里斯本關係法院 2014年1月29日第737/12.1TTLSB.L1-4號卷宗。

35 在侵犯年假權方面，同一法規中第24條規定：“阻止工作者享受年假之僱主，將以賠償名義給與工作者相當於不能享受假期時間之三倍報酬”。

“可以確定的是原告在其應享受補償休假的期間提供了工作，因此自然因該期間的工作而獲得相應的報酬（基於原告未提出任何聲明異議，即默認該報酬的支付，合議庭得出這一結論），原告未獲得的（僅僅）是法律規定的相當於該期間的（平常工作報酬的）百分之百的補償報酬……” 。

我們可從上述判決看出，若工作者於補償休假之日工作（合議庭裁判在註解中說明的情況），則視為在每週強制休息日工作。亦即，若工作者於補償休假之日提供工作，則應獲得相同的報酬。[36]

不同的是，若工作者已享受第24/89/M號法令第17條第4款提到的補償休假，則僅將獲得已包含於其月薪中的相應報酬。

我們可以區分以下幾種情況：

a)若工作者於每週強制休息日工作且在法定期間內享受補償休假，則有權因此工作獲得（平常報酬的）雙倍報酬以及相當於休息日日薪的單獨報酬（第號法令第17條第1、4及6條）。[37]

b)若工作者於每週強制休息日工作但未在法定期間內享受因此工作獲得的補償休假，則因在補償休假日工作，適用第24/89/M號法令第17條第6款的規定。工作者將因兩天的工作獲得四天補償休假，且在其之前享有每週休息日的報酬的情況下，繼續獲得該報酬（正如法律所規定）。因此，工作者始終可於休息日獲得報酬。若工作者於休息日工作，無論是強制休息日，或是補償休假日，都應獲得平常報酬的雙倍報酬。

總結：

1ª)為他人利益的工作者享有每週休息的權利，這是在大部份法規及國際公約中訂立的權利。澳門特別行政區的《基本法》及其他法規亦對此作出規定。

2ª) 這一權利屬於工作者的休息權，旨在於一週工作之後幫助身心恢復，並使得工作者可潛心於家庭生活、參加文娛活動等。

3ª)在合議庭裁判於註解中引述相關事實之時，第24/89/M號法令已生效，其中第17條第6款規定工作者因於每週休息日工作應獲得相應報酬，收取月薪的工作者應獲得平常報酬的雙倍。

4ª)但這不妨礙工作者獲取每週休息日的相應報酬（同一法令第17條第1款）以及因於該天工作享有一天補償休假——“在提供工作後三十天期內，有權享受立即訂定的補假一天”（第17條第4款）。

5ª)若工作者於補償休假之日工作，則透過適用第17條第6款規定，將獲得雙倍報酬，但不妨礙收取其有權獲得的每週休息日的相應報酬。

6ª)因而，因休息權而獲得的報酬不同於因每週休息日及補償休假日工作而收取的報酬，不應在後者中扣除前者的相應數額（同一法令第17條第1款，第26條第1款）。

7ª)根據上文所述，我們認為法院作出的判決是正確的——不可從月薪中扣除因每週休息日工作而獲得的相應報酬。

2015年7 月，於澳門特別行政區

---

36 2008年8月18日第7/2008號法律第43條第4款就此種情況明確作出規定：“若工作者未享受前一款規定的補償休假，則有權1）額外獲得一日基本薪酬（收取月薪之工作者）” 。引述該條規定係爲了說明僅當由工作者本身根據第3款規定提出工作的請求，方有權獲得這一報酬，但該工作僅限於補償休假日提供，否則將導致（前後）嚴重矛盾： 若工作者被強迫提供工作（第1條），則將獲得相應的報酬；若由工作者自己提出工作的請求，則將獲得另一種報酬。在我們看來，“前一款”似乎意指“前幾款”，但這並非是立法者的意圖。

37 在後一種情況中，其相應報酬已包含於月薪中，因此工作者若已收取相應的工資，則無權要求獲得該報酬（上述第26條）。

對第2/2004號終審法院合議庭裁判中有關國際公約在澳門特別行政區法源層級中的地位作出之評論

CRISTINA FERREIRA
Doutoranda em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito
香港大學法學院公共國際法博士
ildacristinaferreira@yahoo.com.mo

1.概要

國際公約[1]在澳門特別行政區法源層級中的地位(ius essendi)[2] 一直以來都是法學理論中的爭論點[3]，根據相關的法律依據作出的不同的司法裁判亦是討論的熱點，本篇評論正是圍繞有關裁判展開。

通過分析終審法院的這一司法見解，我們可發現在國際公約高於一般法律的法律依據方面所達成的共識。中級法院根據澳門《民法典》第1條第3款規定[4] 說明了國際公約具有高於一般內部法的位階，而終審法院則根據《澳門特別行政區基本法》第138條規定，於第2/2004號合議庭裁判[5] 中證明了國際公約的更高位階。

終審法院於第2/2004號合議庭裁判中列出了一系列理據。在我們看來，該法院就國際公約在內部法中

1 該處係指重大條約或國際協議中的法律規定，以及由國際機構採取的具有一般強制性的單邊法律行為，例如根據《聯合國憲章》第七章規定作出的《聯合國安理會決議》。本文提到的國際公約屬國際成文法。

2 係指法律的“直接淵源”或“最初來源”。

3 參見JORGE OLIVEIRA所著《在基本法框架中的澳門法制》，P35及續後，該文章係用於1991年10月13日至20日由澳門律師公會舉辦的研討會；JORGE COSTA OLIVEIRA、 JESSICA REBELO LEÃO、PAULO CARDINAL 及 PAULO PEREIRA VIDAL所著《AN OUTLINE OF THE MACAU LEGAL SYSTEM》，發表于HONG KONG LAW JOURNAL，1993，第23卷，第三部份，P357-394及P361-364；《澳門大學法學院公報》，第五年度，第11期，P97-105，PAULO CARDINAL所著《A QUESTÃO DA CONTINUIDADE DOS INSTRUMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL APLICÁVEIS A MACAU》；澳門法律及司法培訓中心，2002年立法課程，PATRÍCIA FERREIRA所著《ALGUMAS QUESTÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU》；《行政雜誌》， N.º 65, VOL. XVII, 2004-3.º, 825-846， WANG XI’AN所著《有關國際公約在香港及澳門兩大特別行政區的適用問題》； 澳門大學法學院《論文及研究》，2006，P446及續後，ANTÓNIO KATCHI所著《AS FONTES DO DIREITO EM MACAU》；澳門大學法學院，《澳門法律彙編》，2007，P105-117 FILIPA DELGADO所著《ALGUMAS NOTAS SOBRE O ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL NA RAEM》；20-22/10/2008，第二場“澳門立法會權利及公民身份，基本權利—加強及發展展望”研討會，BACELAR GOUVEIA所著《FONTES DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MACAU》；《澳門大學法學院公報》， 2009, 第八年度第27期，P65-75，LOK WAI KIN所著《基本法及國際公約在澳門的適用問題》；《澳門大學法學院公報》，第28期，2009，P49-61 LIU GAOLONG所著《國際法在澳門的適用及影響—對終審法院第2/2004號訴訟作出之評論》 ；《ONE COUNTRY, TWO SYSTEMS, THREE LEGAL ORDERS – PERSPECTIVES OF EVOLUTION, ESSAYS ON MACAU’S AUTONOMY AFTER THE RESUMPTION OF SOVEREIGNTY BY CHINA》，2009, P593-606及 P602-604，VASCO FONG所著《THE RANKING OF THE INTERNATIONAL LAW IN THE FRAMEWORK OF “THE BASIC LAW OF THE MACAO SAR OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA” AND THE INTROSPECTION ON THE PERPLEXITIES OF FUNDAMENTAL RIGHTS》；《MACAU CIVIL, COMMERCIAL, CONSTITUTIONAL AND CRIMINAL LAW》，2010, P39-66，ILDA CRISTINA FERREIRA所著《THE MACAU SAR LEGAL SYSTEM, IS THE EU LAW A SOURCE OF INSPIRATION FOR MACAU LAWMAKERS?》。

4 參見中級法院於 n.° 173/2002, n.°174/2002, n.° 49/2003, n.°129/2003, n.°153/2003, n.° 164/2003, n.° 221/2003 及 n.° 301/2003卷宗中作出之裁判。
可查閱 http://www.court.gov.mo/pt/subpage/researchjudgments?court=tsi。

5 可查閱 http://www.court.gov.mo/sentence/pt-53590d0a72513.pd。.

所處的首要地位的相關原則提出的法律依據具有創造力，甚至會引起爭議，不同於中級法院作出的裁判。這樣一種現象值得審視和反思。兩大法院處於澳門司法機構的頂層位置，在其之間產生的認知衝突會破壞國際公約在我們現行法規中所建立的良好法律架構。

2. 終審法院6月2日第2/2004號合議庭裁判

在一項民事司法訴訟中，《匯票和本票統一法》[6] 的相關規定（利率及其適用）與第40/99/M號法令第5條及《商法典》第569條第2款相抵觸，終審法院就此對國際公約在澳門法源層級中的地位作出分析。

在合議庭裁判中，終審法院總結認為：

"I － 法律僅具有低於憲制性法律的位階效力，僅後者可賦予國際公約高於法律的位階效力，而《商法典》第1條第3款在賦予國際公約高於法律的位階方面不具備任何效力。

II －《基本法》第138條第2款首句提到的中華人民共和國未參加的國際公約，於1999年12月19日之前在澳門生效，之後繼續適用；該些公約具有高於內部法的位階。"

III-第40/99/M號法令第5條違反了《匯票和本票統一法》第48條第2款的規定，因此各法院應拒絕適用第40/99/M號法令第5條規定。

IV-《匯票和本票統一法》於1960年2月8日開始在澳門持續生效"。[7]

接下來我們分析終審法院就其上述結論提出之理據。

2.1.國際公約在澳門特別行政區法源層級中的地位及價值

在上述合議庭裁判中，終審法院認為國際公約高於一般法，但《基本法》屬憲制性法律，因而國際公約次於《基本法》。[8] 終審法院侷限於分析澳門特別行政區迴歸中國（1999年12月20日）之前就已在澳門生效的國際公約（之後根據《基本法》第138條第2款規定繼續生效），我們同意該法院提出的國際公約在澳門內部法制中高於一般法但次於憲法的結論，但我們不認同該法院提出的法律依據。

---

6 《匯票和本票統一法》自1960年2月8日刊登于澳門公報上開始在澳門實行，之後被納入《澳門商法典》（第40/99/M號法令）。在澳門迴歸中國之前，中華人民共和國未參加該公約，但從1999年12月19日之後該公約可繼續適用於澳門特別行政區；聯合國秘書長作為公約的保管人，需就澳門所承擔的責任對其作出通知（參見《基本法》第138條第2節）。

7 第2/2004號合議庭裁判P11。

8 中華人民共和國核心文件 (HRI/CORE/1/Add.21/Rev2， 2001年6月11日)，第136節，"《基本法》具有憲制性價值，因此高於所有法律" ，該文件被提交於聯合國人權事務高級專員辦公室，係中華人民共和國就在其國內適用多種有關人權的國際性協議作出的所有報告的總介， 對包括兩大特別行政區在內的全中國的政治、社會經濟、地理以及人口現狀進行了簡要介紹，可查閱 http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nst。有關澳門特別行政區的憲制性價值，參見EDUARDO CABRITA所著《澳門特別行政區自治權受到的國際性及憲制性限制》(Limites de natureza internacional e constitucional à autonomia da R.A.E.M) p177， YASH GAI所著《香港及澳門的主權移交和民主化》，p239以及FRANCISCO GONÇALVES PEREIRA所著《<基本法>：公約模式及實踐內容》（Lei Básica: o modelo convencional e a prática constituinte）p248，該些文章均來源於1999年《澳門司法雜誌》中的"基本法：問題及展望"；《行政雜誌》，2003，第62期，第十六卷，P1262，FONG MAN CHONG所著《在基本法施行初期出現的某些情況（II）--對國際法在澳門特別行政區適用情況的反思》； "澳門立法會法律及公民身份第三場研討會—比較法在一國兩制原則下的意義及重要性"，20-21/01/2011, p22及續後，BACELAR GOUVEIA所著《葡文憲制性法律中的澳門》（MACAU NO DIREITO CONSTITUCIONAL DE LÍNGUA PORTUGUESA）；《ACADEMIC JOURNAL OF "ONE COUNTRY, TWO SYSTEMS》2013年12月第三卷，P111-119，P112-113，PANG JIAYING所著《 ON THE ULTIMATE AUTHORITY OF THECONSTITUTION OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA IN THE SPECIAL ADMINISTRATIVES REGIONS》。

2.2.澳門《民法典》第3條第1款不產生法律效力

終審法院認為《民法典》第3條第1款規定的國際協約優於普通法律之原則“在賦予國際公約高於法律的位階方面不具備效力”，這是因為任一法規均不得賦予另一項或一組規範高於其本身的法源位階”，例如“一項行政法規不得設定或賦予一項法源高於行政法規的位階”。[9]

終審法院認為這是一個“完全憲制性的問題”，“這是法學理論中不可質疑的結論”，因此“僅根本大法可賦予國際公約高於一般法的價值”。[10] 由於《民法典》是由法令核准的，因此不得賦予國際公約高於其他法源的位階。法院最後作出結論，認為上述法規（《民法典》第1條第3款）“在憲制性立法者的職權事宜方面，僅屬普通立法者表達的良好意願”。[11]

法律界似乎達成一致共識，認為在憲政及立法技術性方面的問題，最佳解決方法是以憲制性法律為根基，但該類規定又引致了相關問題，正如澳門的《基本法》一樣。那么法律又是如何規定的呢（Quid iuris）？在此對於終審法院提出的《民法典》第1條第3款無效的觀點以及相應的法律依據，我們持完全反對的態度。

依個人淺見，《民法典》第1條第3款規定了澳門特別行政區法制的一般原則，是一項有效規定。就此，有如下三大依據：i)法學理論；ii)其他羅馬--日耳曼法系的規定與澳門法規類似（一般稱為“民事法律”（民法））；iii).澳門法規的構造特性及其原則。

國際法被納入內部法的模式及其在法源中的位階取決於相應法律的價值、原則及憲制性技術要求，例如，在羅馬及日耳曼法系中，確定了一般國際法[12]及國際公約法在《基本法》中的地位。

作為法治國家的結構化法律，處於規範金字塔頂端的憲制性法律應決定國際法在內部法中的重要性，正如法國[13]、 意大利[14] 、葡萄牙[15] 、荷蘭[16]、德國[17]、 希臘[18] 、安哥拉[19]、莫桑比克[20]以及佛得角[21]的憲法。憲制性法規需賦予國際性法規次於一般法律、高於一般法律或優於憲法的價值，在內部法制中劃分

9 第2/2004號合議庭裁判P11。

10 終審法院第2/2004號合議庭裁判，P12，引自AZEVEDO SOARES, GOMES CANOTILHO E及VITAL MOREIRA, P.LARDY所著文章 。

11 第2/2004號合議庭裁判P13 。

12 將以下內容視為國際法或一般法：國際慣例、強制法規定以及國際法的一般原則。

13 參見 Art. 55.º 。

14 參見Art. 10.º 。

15 參見 Art. 8.º 。

16 參見Art. 91.º, n.º 3 。

17 參見Art. 25.º 。

18 參見Art. 28.º, n.º 1 。

19 參見Art. 13.º, n.º 1 。

20 參見Art. 18.º, n.º 2 。

21 參見 Art. 12.º, n.º 4 。

各法源的位階。[22]

然而，這一結論並非是不可動搖的公理，某些歐洲憲法並未提到公約性的國際法律在其法源位階中所處地位，正如葡萄牙及意大利的情況[23]，儘管是明顯涉及到憲法管轄範圍的問題，且在法學理論中就理想解決方案達成一致共識，即就立法技術而言，在根本法中規範各法源（iuris essendi）的關係，但實際卻證明了并非所有地區均採用了這樣一種做法。

以《葡萄牙憲法》為例，其中對此方面內容未具體且明確地作出規定。第八條僅規定了國際法在葡萄牙的適用情況，包括習慣法、公約或來源於國際組織的相關法律，[24] 但未確定該些法源相對於包括《憲法》在內的內部法所處的位階。[25]

André Gonçalves Pereira 及 Fausto Quadros對此作出批判性評論：“應在《憲法》第八條中對此方面作出規定，參照法國、希臘的憲法及德國的根本大法中的相應內容，但（在葡萄牙憲法中）未出現該類規定，將問題遺留給經不起考驗的法學理論和司法見解解決，而在該兩大領域出現了立法者需避免的障礙。”[26]

根據上文所述，我們可看到，《基本法》在此方面的不明確規定並非是唯一一種情況，亦非是首先出現的情況（ sui generis）。[27]

在缺少有關法源所處位階的憲制性規定的情況下，由法學家以其需遵守的一般價值及原則為基礎，連貫、完整且系統地闡釋并分析構成內部制度的法律框架。在法學理論中，因憲法規定的不足，毫無疑問會認為在一般法（即《民法典》）中已對此方面的問題作出規定[28]。在民事法律傳統中，法規涵蓋了指引法規根本性的一般原則，尤其是在法源、對法律的闡釋及統一以及適用適時的法律方面。Baptista Machado 認為“其中訂立的規定是針對規定作出的規定”，由此構成“法律的一般理論”。[29]

《民法典》不僅涵蓋了規範性規定，同時亦訂立了對司法及公法均適用的一般實質性準則及原

22 一元制制度主張系統性統一國際法規定及內部法規定，從而使得構成法律整體的多種法源有序相連。這樣一種系統性統一可被視為“內部法優先”的一元制度（在兩種法相抵觸的情況中，內部法屬最高法）或“國際法優先”的一元制度（在兩種法相抵觸的情況中，國際法屬最高法）。一種以國際法為首的一元制度區別於激進一元論及現代一元論（或減弱的一元論）一般來講，即使內部法屬憲制性法律，現代一元論仍然認為國際法高於內部法；而激進一元論認為國際法高於包括憲制性法在內的所有內部法。需要強調的是，在“內部法屬最高法”的一元制中，否定了國際法在內部法中的重要性。有關該方面內容，參見AZEVEDO SOARE所著《國際公法課程》（Lições de Direito Internacional Público），科英布拉出版社，第四版，1988，P63-76；JORGE MIRANDA所著《國際公法課程》（Curso de Direito Internacional Público），2006，第三版，P 139-185。

23 參見第14 及15註解。

24 “经正式批准或认可的国际协约之连续性准则，自正式公布后即在国内适用，并在有效期内，葡萄牙受其约束”(第二款)；“葡萄牙所属之特定国际组织所规定的准则，将根据有关协定的明确规定在国内立即执行”（第三款）。.

25 該款規定涉及到的是國際法在內部法規下的實施情況，明確說明國際法是葡萄牙法制（一元制）的“組成部份”，而國際協約法，在其獲得批准所需之程序結束之後或根據憲制性條約規定，自公佈后在國內法制中生效。然而，在法學理論中認為，葡萄牙憲法規定對（國際）協約的合憲性（與葡萄牙憲法的一致性）作出審查，由這一事實可推定在葡萄牙法制（現代一元制）中國際協約法低於憲法但高於一般法。

26 ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA 及 FAUSTO DE QUADROS所著《國際公法手冊》（MANUAL DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO）, ALMEDINA，1995，第三版，P116。

27 儘管在《基本法》中有多項規定明確提到國際協約法，例如第40、136及138條，但第13/2009號法律一關於訂立內部規範的法律制度，僅涉及到內部法律。

28 CASTRO MENDES所著《法律研究之導論》（INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO），里斯本，1984，P197-198 及P236； BAPTISTA MACHADO所著《法律及正當論題之導論》，（INTRODUÇÃO AO DIREITO E AO DISCURSO LEGITIMADOR），1989，P104-105以及OLIVEIRA ASCENSÃO所著《法律--導論及一般理論》（O DIREITO – INTRODUÇÃO E TEORIA GERAL），1997， P339。

29 同上， BAPTISTA MACHADO。

則，因此該法典在法律及司法框架中所起到的“一般法”的作用獲得普遍認可。[30] 各法源作為內部法的規範性基礎而被納入《民法典》，這是羅馬及日耳曼系法的一大特點，澳門特別行政區亦非例外。在我們看來，若忽略《民法典》的相關規定的本質，會導致過多的形式主義。

《民法典》在其第1條中規定：

“第1條

(直接淵源)

1.法律為法的直接淵源。

2.(…)。

3.適用於澳門之國際協約優於普通法律。”

這一規範性規定列出了兩大ius essendi法源--內部法及外部法，並明確且清晰地訂立了國際協約優於普通法的一般原則。因而國際協約的位階高於一般法，在相抵觸的情況中，一般法不具有高於國際協約的位階(lex superior derogat legi inferiori)，亦不得廢除國際協約法(lex posterior derogat legi priori)。31

《民法典》在其第4條第1款中強調了“國際協約為法律的直接淵源”這一點，其中規定“ 法律僅在《澳門政府公報》上公佈后方具約束力，而不受其淵源影響”，該規定係法律文件在澳門內部法制中生效的條件。

正如 André Gonçalves Pereira 及 Fausto Quadros所提到的，若《民法典》在此方面亦未作出規定，法學理論和司法見解會面臨越來越多的阻礙。《葡萄牙民法典》在列出法源的時候就未提到“來自國際法源的法律” （第4條第1款）。[32] Oliveira Ascensão 就此作出評論，認為無須在《民法典》中明確列出各法源[33]，因而我們可從相反層面（a contrario）推斷出在將法源納入《民法典》方面不存在任何形式上的法律障礙。

相反， Bacelar Gouveia 認為“若《澳門民法典》在法制結構中享有一定的優先權，那麼所有相關的觀點就是正確的。但不要忘記僅在憲制性文本內中存在該種規定，而非在民法中：在憲制性法中訂立了多項內容，其中便包括確定一特定法制結構的法源。此項工作自然無需由任一民法典完成，民法典不具有僅憲制性法規享有的法律位階，其涉及的範圍極其有限，內容更為籠統。任一民法典始終僅僅是一項民法典，不能期待它超越其力所能及的範圍，否則當代的法制國家將出現動亂，也將以法制國家的名義引起以一場憲政革命”。[34]

Bacelar Gouveia提出的觀點與終審法院作出的判決相符，對此我們表示尊重，但在我們看來，這是對《民法典》中以一般實質原則為主要內容的總則作出的過分狹隘的理解，並且在澳門法制基本原則的背景下，尤其是“延續性原則”（我們將在下文提到該原則的含義），貶低了這一規範性法律遺產的價值。

---

30 同上 ，BAPTISTA MACHADO, CASTRO MENDES 及 OLIVEIRA ASCENSÃO所著P 279 及 584。

31 一項（國際）協議若要在內部法制中生效，其條例應不得被任一內部規定廢除，成員國應中止與其產生衝突的一般法律規定，這是由國際法本質及其在內部法制中的實行所決定的。因而國際法在實質上高於之前或之後訂立的一般法。主動加入某一國際協約的成員國，在國際社會中應履行有關在其內部法中適用該國際協約的權利及義務，尤其是調整其內部法制規定以符合相關的國際規定。這一關係遵循了眾所周知的原則（ius cogens），例如自主決定及談判自由原則、善意原則及有約必守原則（pacta sunt servanda）（參見《維也納條約法公約》第26條序言）。《維也納條約法公約》第27條規定“成員國不得引用其內部法中的規定以說明不施行協約中規定的原因” “。

32 同第26註解，p 279 及 584。

33 同第28註解， p279 及 584。

34 同第 3註解，p15-16。

儘管在法學理論中對此展開了激烈討論，在此有必要提煉出本質內容并作出總結：與葡萄牙立法者不同的是，澳門立法者從一開始（ab initio） 就在《民法典》第1條第3款中明確指出了國際公約法在其內部法制中的位階，就法學理論而言，不存在任何形式上的法律障礙。

事實上，《民法典》（澳門）的規定與中國大陸的規定並無區別，在《憲法》未作出相關規定的情況下，在有關“民法一般原則”的法（一般法）中指出國際協約性規定高於中國的民法規定（第142條第2款）。[35]另一種類似情況，同樣反對終審法院的觀點，荷蘭在其《憲法》中明確規定“協約性規定高於憲制性規定”。[36]

上述兩例說明了“因一般法的位階低於憲法，因此僅憲法可賦予國際協約性規定高於一般法的位階”的觀點並不成立。[37]

若法律結構中未出現“理法”，即構成并體現澳門特別行政區法律框架的一般價值、原則及條例，那麼是不得對該問題展開討論的。就本文而言，係指建立澳門特別行政區法律政治框架以及訂立《基本法》的基礎—結構化原則：一國兩制、[38] 自治權[39] 以及延續性[40] ，該些原則同樣被列入《中葡共同宣言》中。

澳門法制的連續性原則體現在《基本法》的多條規定中，例如，第5、8、11條，第18條第1款，第19條第2款、第40條[41] 、第138條第2款及第145條第2款。該原則決定了澳門社會在五十年之內延續之前的生活方式（modus vivendi）及特殊的行為方式（operandi），包括澳門的法制框架。《基本法》在其第8條中特別提到：

> “澳門原有的法律、法令、行政法規或其他規範性文件，除同本法相抵觸或經澳門特別行政區的立法機關或其他有關機關依照法定程序作出修改外，予以保留。”

該原則旨在基於法律的明確性及安全性的優勢之上，保證澳門法制的連續性。這一原則不僅用於維護除與《基本法》相抵觸之外的法律（表面形式），更涉及到所有透過一般價值和原則而建立的法律規範

---

35 “若由中國正式認可的國際協約中的規定與中國民法的規定相抵觸，則優先適用前者規定，中國作出保留的部份除外”。可查看http://en.chinacourt.org/public/detail.php?id=2696。

36 參見第16註解，第91條第3款： 任何違反憲法的條約條款須獲得議會三分之二多數贊成方得通過。

37 當我們對來自內部立法程序的法源（或同一法源中的各條例）進行分級時，這一理據是有效的（參見第13/2009號法律）。在MARCELO REBELO DE SOUSA 及SOFIA GALVÃO所著的《法律研究導論》P177及續後中提到有必要針對由具有立法權利的當局制定的條例建立一合理的規範性位階結構。

38 引自《中葡共同宣言》及《基本法》序言。鄧小平提出的“一國兩制”原則，該政治策略主要目標在於統一中國及臺灣迴歸祖國（參見《中華人民共和國憲法》序言）。之後在有關移交香港主權的《中英聯合聲明》及有關移交澳門主權的《中葡聯合聲明》中體現出這一原則。根據該原則，中國不僅可保持其內部的經濟及社會模式，亦可依照不同地區的特殊情況授予相關地區高度自治權；除此之外，可在一個主權國家的大陸地區實行社會主義制度，而在其特別行政區實行資本主義制度，意即“一國兩制”。對此《中華人民共和國憲法》在其第31條中規定“國家在必要時得建立特別行政區。在特別行政區實行的制度按照具體情況由人民代表大會以法律規定”，結合其第62條第13款的“特別行政區的設立及其制度”，明確闡釋了“一國兩制”這一模式。參見http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2004-02/19/content_307590.htm，以及 YASH GAI所著《香港及澳門的主權移交及民主化》，P187-244 以及ALBERT H.Y.CHEN所著《一國兩制的概念及其在香港、臺灣和澳門的實踐》P 253-260，兩篇文章均源自註解8中的《基本法》； 2007年，WANG ZHENMIN於澳門立法會上的發言 《一國兩制及澳門的基本法》；《ACADEMIC JOURNAL OF “ONE COUNTRY, TWO SYSTEMS”》2013年12月第三卷，P65-75, DONG LIKUN所著《ON THE CORE REQUIREMENRS OF TEH “ONE COUNTRY, TWO SYTEMS” POLICY》。

39 引自《基本法》第2、3條。澳門特別行政區享有高度自治權，擁有獨立行政權、立法權及司法權，包括由澳門人領導的終審法院。參見《中葡共同宣言》第2、3條。

40 引自《基本法》第5條，參見《中葡共同宣言》第4條。

41 有必要在此簡要介紹第40條規定及《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會及文化權利國際公約》以及《國際勞工組織公約》在澳門特別行政區公約法框架中所處之規範性位階。該些文件因涉及到《基本法》中的根本權利，所以較其他公約而言，具有更高的位階。儘管《基本法》適用了一多種權利的開放式條款制度—未在《基本法》中列出的憲制性的基本權利，在該些國際法律文件中規定的權利不得受到限制，法律規定的情況除外；但某些權利即使在緊急情況中亦不得被廢除（《公民權利和政治權利國際公約》第4條第2款）以及“本公約締約國依法律公約條例或習俗而承認或存在之任何基本人權，不得藉口本公約未予確認或確認之範圍狹隘，而加以限制或減免義務”（《公民權利及政治權利國際公約》第5條第2款）。

性基礎（實質層面）。[42]

Paulo Cardinal提到“對延續性原則的限制不能僅體現在維護除與《基本法》相抵觸的法律之外的法或經之後規範性變更的法的方面，意即澳門特別行政區的各法，否則將可能導致該首要原則完全喪失其可靠性，最終不具備任何效力。我們必須承認的一點是，引入相關變更並非意味著該些內容會構成根本改變，而是試圖說明構成澳門法制的一般原則及法律不得被忽視，例如，一般性的基本權利及其中的每一項權利的一般原則，不得貶低或消減其價值，換言之，應尊重并保持特定法制的根本性內容。”[43]（我們自行加上的下劃線）。

由此說明澳門保持了羅馬—日耳曼法系的特性及典型元素，[44]採納了現代一元論制[45]以及作為法制根基的實質性原則，即使該些內容未被專門訂立或正式成形，亦然。

在此方面，中級法院於2004年4月在第301/2003號卷宗的合議庭裁判中著重強調了“法律傳統”這一概念：“此外，正如所知，出於本地法律秩序之傳統，法律淵源事項由《民法典》規範。《民法典》第1條第3款有利於我們的觀點，它規定：“適用於澳門之國際協約優先於普通法律”。雖然《澳門特別行政區基本法》明顯未涉及適用於澳門之國際協議應予承認的等級層次問題，但肯定的是，主張默認此等協議的超法律性的學說維持不變（雖然該些學說處於不同的憲法框架，但在1999年12月20日前已占主導地位）。（在此方面，參閱馮文莊：《<基本法>實施初期點滴》一文，發表於《澳門大學法學院學生會十周年紀念特刊》，第42頁）。”（``````）“若源自公約的國際法與內部法發生衝突，則適用於澳門特別行政區的國際公約優先於一般內部法。第3條第1款明確規定了這一原則（``````）”（我們自行加上的下劃線）。[46]

根據持續性原則，（國際）公約法繼續優於一般法，對此Katchi提到：“在澳門，它（國際公約法）是在實質持續性的法律原則下受到保護的憲法傳統的一部份，《民法典》第3條第1款已明確規定了這一點

---

42 參見第3註解中JORGE OLIVEIRA及ILDA CRISTINA FERREIRA 所著，P39-66；《One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Essays on Macau’s Autonomy after the Reasumption of Sovereignty by China》p221-269 ，PAULO CARDINAL所著《The Judicial Guaranteed of Fundamental Rights in the Macau Legal System – a Parcours under the focus of Continuity and of Autonomy》以及p695-714，BACELAR GOUVEIA所著《 The Fundamental Rights in Macao》。

43 《澳門在過渡階段中的基本權利——一些思考》， 2006，p155-195， p164-165以及《Continuity and Autonomy – Leading Principles Shaping the Fundamental Rights Constitutional System in the Macau Special Administrative Region》，2008， p251-303，兩篇文章均源自 PAULO CARDINAL所著《在法制澳門背景下對基本權利的研究》。

44 引自中華人民共和國核心文件第 241條：“基於羅馬--日耳曼法系而建立的澳門法律制度，其一大基本支柱應為：在同一法律體系中，國際法與內部法一起規範同一領域”。參見澳門大學法學院，2007，《澳門法律彙編》，P17-44，PAULA CORREI所著《澳門法制一對比較法的展望》以及《第三場澳門立法會法律及公民大會—在一國兩制原則下，比較法的意義及重要性》，P21及續後，JORGE GODINHO所著《羅馬-日耳曼法系與澳門法制》（初稿）。

45 參見第21註解，Liu Gaolong也圍繞《基本法》第40條規定提到引起爭議的法學理論。因澳門《基本法》第40條規定是對源自盎格魯撒克遜法系且屬二元論性質的香港澳門特別行政區《基本法》第39條規定依葫蘆畫瓢，一些學者認為澳門改變了其現代一元論制度的特點，而轉變為半二元論制。在該些學者看來，從1999年12月20日開始，在澳門同時出現兩種制度—根據第40條規定，適用於國際勞工組織協議及公約的二元論制度以及適用於其他國際公約法的一元論制度。但我們持完全相反的觀點。應根據《基本法》的一般原則闡釋其第40條規定，主要是澳門法制的持續性原則，包括基本特點的保留以及該制度中的釋義性規定。從第40條規定，我們僅可推斷出國際勞工組織的協議及公約在訂立一系列綱要性規範（non-self executing）之時，其有效實施取決於內部法規的適用。若我們認可二元論規定被“移植”進澳門一元論制度的觀點，則應體現出二元論制度的其他典型特徵。一項條款的併入或變更意味著將國際公約法轉化為內部法或當地法。從未在內部規範性文件中（二元論制度的構造特點）再次頒佈《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會及文化權利國際公約》以及《國際勞工組織公約》，由此我們可以確信這一向內部制度的轉變並未實現。因而僅在該情況中可認可在澳門法制中存在二元論元素的“單純”同化。事實上，我們所看到的是該些規定（國際性規定）繼續與內部規定產生關聯，以此確保澳門法制必要的統一及系統性連貫， 但並未喪失其國際性特徵。參見澳門大學第三屆“全球背景下的澳門法制改革—社會權利之國際研討會”（2-3/12/2010），P8，ILDA CRISTINA FERREIRA所著《在澳門適用國際該規定的大背景下對社會權利的保護》（A Protecção dos Direitos Sociais no Contexto dos Instrumentos Internacionais Aplicáveis em Macau）（仍未出版）。

46 P26-30，可於 http://www.court.gov.mo/sentence/pt-53590d33591ce.pdf 查看。在此方面， LIU GAOLONG提到：“在《澳門特別行政區基本法》中不存在任一一般規則，但根據《中葡共同聲明》以及《澳門特別行政區基本法》第5條規定，保留澳門的現行法制。因此，可總結認為在澳門迴歸中國之前適用的國際法以及協約繼續在澳門實行。” 同第3註解，P50。

（``````）。”（我們自行加上的下劃線）。[47]

中國在有關聯合國人權的國際報告[48] 以及有關澳門特別行政區的中華人民共和國核心文件[49] 中系統性地重申了這一一般原則的保留。中國在其核心文件第245條中提到：“若國際法與內部法發生衝突，適用於澳門特別行政區的國際公約優先於內部一般法（《民法典》第1條第3款）”。需要注意的是，“核心文件”具有單邊聲明的價值，因此僅當中國在新的文件中明確廢除或取代其中的內容，相關規定才終止在國際範圍內生效。[50]

2.3.《澳門特別行政區基本法》第138條規定的國際協議的優越性

基於僅可由根本大法規定國際協議優於一般法的前提，在《基本法》對此未明確作出規定的情況下，終審法院適用了其他憲制性規定，根據該些規定，終審法院推斷出《基本法》第138條規定了有關國際公約法在法源中所處位階的原則。

終審法院認為：“第138條所涉及的國際公約—— 中華人民共和國已參加以及尚未參加但於1999年12月19日在澳門適用 —— 在澳門特別行政區的適用是由中央政府決定的。這樣的決定從來就不是由澳門特別行政區機構作出。由此可以肯定得出，在法源位階上，上述提到的國際公約中的各項規定高於澳門特區內部的其他法源。如換一種理解，即如認為該等國際公約與澳門特別行政區其他法源處於同等位階，也就意味著，透過適用後法（或規範）廢除前法的原則，該等國際協議可廢除或變更特區法律，而特區法律也可廢除或變更該等國際協議。

那麼，這種制度將會違反上面提到的載於《基本法》中的原則，涉及如對外事務等屬於國家職權方面，澳門特別行政區不享有自治權，而是由中央人民政府處理。因此，澳門特別行政區的立法機關不得廢除國際公約中的規定，否則，會以另一種方式侵犯《基本法》中屬於中央人民政府的職權。因而，《基本法》第138條提到的國際公約與澳門特別行政區內部法源，即法律、行政法規等的位階上，前者優於後者。”（我們自行加上的下劃線）。[51]

儘管終審法院機智地提出這樣一種理據，我們在表示尊重的同時卻不能認同公約所具備的超法律價值。即便我們對其作出的推理表示認同，那麼如何在澳門特別行政區享有對外自治權的區域（即澳門完全成為主體的國際法領域）適用該推理？例如以《基本法》第136條規定訂立的協議、司法合作協議（《基本法》第94條）或免除簽證協議為根據。[52]

在主張“因由中央人民政府核准并決定有關協議，所以該些協議處於更高位置，並由此導致了國際公約較澳門的內部法源而言，具有絕對的權威”之時，一般法不得與國際公約相抵觸。終審法院並未闡明如何適用這一有關澳門享有對外權限的協議的推論。將由中央人民政府決定該些協議具有高於一般法的位階？若中央人民政府未作出認可，該些協議是否將具有與一般法相同的位階？在某一階段，一般法是

47 同第3註解，p448。

48 中國就《公民權利及政治權利國際公約》、《經濟、社會及文化國際公約》、《一切種族歧視形式國際公約》、《消除對婦女一切歧視形式國際公約》以及《兒童權利國際公約》作出的報告，參見《澳門法律雜誌》，2006、 2007、2008以及2010。

49 參見第8註解以及2010年《核心文件》第80條完整版本（HRI/CORE/CHN-MAC/2010)） ，其中提到：“除此之外還需指出，適用於澳門特別行政區的國際法直接被納入內部法制中并優於一般法。”
參見http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=HRI%2fCORE%2fCHN-MAC%2f2010

50 同第3註解， PATRÍCIA FERREIRA所著，P18。

51 第2/2004號合議庭裁判P16-17。

52 儘管對澳門享有的自治權設有限制條件，澳門在特定的領域仍享有對外自治權（引自《基本法》第13條第3款，結合第136條）。

否可廢除該些協議（lex posterior derogat legi priori）？而對於須獲得中央人民政府的核准但因根據內部法談判、訂立并適用而屬地區協議的規定，又應作何種闡釋（例如《基本法》第94條有關司法合作的規定）？

此外，所有明確被視為較本文討論的公約具有更高位階的一般法規是否也同樣無效呢？ 例如，《刑事司法互助法》（第6/2006號法律第4條）、《文化遺產保護法》（第11/2013號法律第3條第2款）、《刑法典》（第5條第2款）以及《刑事訴訟法典》（第213條）。根據終審法院提出的論據，我們僅可總結得出一般法的立法者“繼續滿懷善意”……。

除非出現更好的觀點，現在我們堅信《基本法》第138條規定建立在國際公共法的其他概念及事宜之上，具體來講即人格及國際司法能力（尤其是連接外界的能力），以及國際公約法在澳門特別行政區的認可及適用情況。

在我們看來，不能脫離訂立國際協議一般原則的《基本法》第13條第1款規定來理解《基本法》第138條規定，在前一項規定中指出，由中央人民政府處理澳門特別行政區的對外關係-- ius tractum 及 ius legationis.

在確定負責對外代表的實體之後，急需確定modus operandi，即在內部及外部層面實施這一權限的方式。

第138條合理規定了中華人民共和國就是否適宜將國際協議適用於澳門特別行政區而展開的內部徵詢的程序。該徵詢機制屬強制性并被納入中央人民政府對其港澳特別行政區須採取的內部措施的體系之中。

在內部程序結束之後，根據《中華人民共和國條約訂立之程序法》[53]的相關規定以及《維也納條約法公約》（第14至16條及第29條）開始實施對外程序。在此程序中，中央人民政府為實行對外代表權，對因在澳門特別行政區適用條約而產生的權利及義務的相應執行實體作出通知。

事實上，《基本法》第13條第1款及第138條規定僅僅是對國家實施主權的推論之一的極致體現：對外關係的駕馭。[54]

從上述兩大規定可推斷得出國際公約法的優越性或法源的位階，這在我們看來是一種可透露出法律意圖（ratio legis）及立法者思維（mens legislatoris）的理解。

在第301/2003號合議庭裁判中，中級法院強化了我們的觀點：“（……）因為《基本法》第138條所訂立的情況及前提條件是否成立取決於國際條約在澳門特別行政區的適用（……）。”在同一段中，中級法院提到主權原則及默認應賦予國際法的超法律價值：“因主權原則之效力，似乎可以確定國際公約法處於《基本法》之下（……）。因而，對於《基本法》第138條規定的中央政府需承擔的責任， 應理解為中央政府及澳門特別行政區均未針對內部法制與公約相抵觸的情況訂立相應的規定，因此， 一方面，摒棄了任一就國際公約法與內部法律文件作出位階對比的想法 ， 另一方面，默認了法（國際公約法）的超法律價值。”（我們自行加上的下劃線）。 [55]

司法見解在針對國際公約法更具優勢而提出的法律依據方面產生了分歧，在我們看來，這一分歧是具有重要意義的；鑒於司法見解及法學理論在法的發展及鞏固中起到的不容輕視的作用，這一分歧亦

53 根據該法的第3條規定，確定了在對外關係方面的權限，尤其是國務院（中央人民政府）享有談判并訂立雙邊及單邊條約的權利、人民大會常務委員會享有核准及廢除與其他國家簽訂的重要條約的決定權、中華人民共和國主席享有批准并簽署的權利以及外交部享有處理有關國務院領導的對外事務的權利。參http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383893.htm.

54 《基本法》第14條，連同“防衛”（ius bellum）。

55 第301/2003號合議庭裁判P7-8。

不得被忽視。[56]

在澳門法律框架中出現的錯誤詮釋以及（或者）（對法規的理解）上升到一邏輯性的系統解讀層面，對此同樣須慎重對待，以免造成對澳門法制identitatis的曲解或法律體系的斷裂，亦避免貶低根據“一國兩制”原則訂立的澳門特別行政區持續性原則。[57]

Liu Gaolong 在對本文分析的合議庭裁判作出評論總結時認為澳門存在三種不同適用層面且效果各異的條約。他提出“澳門終審法院（……）認為（……）條約與澳門內部法之間的關係應由《憲法》作出相應規定，而非在《澳門基本法》或《澳門民法典》中。然而，在《澳門基本法》中未針對國際法在內部法制中的效力作出規定，因此基於法制的歷史觀及現時觀以及國際法的一般理論，我們需要對每一種條約作出全面分析”。（我們自行加上的下劃線）。[58]

作者作出以下區分：i)涉及國家利益的條約，例如國防、外交以及“（……）同國家法律處於同一層次且必定高於澳門內部法的條約”，亦即，無須經過第138條規定的徵詢程序的條約；[59] ii) 根據第138條規定，涉及到社會、經濟及文化的一般條約。在此方面，作者提到了中級法院就《民法典》第1條第3款的適用作出的闡釋，之後該款規定被終審法院在其合議庭裁判中“廢除”，作者亦適用了終審法院提出的法律政治論據—由全國人民代表大會常務委員會或中央人民政府核准的來自中央政府的條約高於區域法。該些法律文件具有“極高的權威”，因此不得被區域法廢除或變更。然而，作者認為這一權利並非絕對，因為根據第138條規定，應遵守有關徵詢機制的規定；[60] iii) 由澳門特別行政區在其對外自主權範圍內簽訂的條約（《基本法》第13條第3段，結合第136條）。作者解釋道，區域法具有不同的法律效力及價值。在作者看來，條約“一般經由各國家的法律機構核准（……），根據《澳門基本法》的規定，澳門政府完全負責協約的簽訂（……），因為與簽訂條約程序有關的核准及批准並無差別，難以根據上述的一般原則明確每一種條約的效力。”[61] 當作者提到由澳門特別行政區在中央人民政府的許可下簽訂的國際條約（例如有關簽證、民航及司法合作的條約），就更令人費解了；此外，作者評論道“很明顯，該些條約不同於基於《基本法》第136條規定訂立的條約，並且優於由澳門立法會核准的內部法規”。[62]

關於具有相同法律價值（及效力）的國際條約起到的效力處於何種層面，爭議頗多且偏離《維也納條約法公約》（參見第3、24、26及30條）。根據國際公法，澳門特別行政區的“地區協議”與由中央人民政府批准且在澳門適用的協議具有相同的法律價值；當對後者的法律效力作出區分及價值衡量（更准確地說，貶低價值）的行為成為一種潮流且逐漸盛行的時候，風險就出現了。

在我們看來，終審法院提出的法律及政治依據對澳門的法律界而言並非是最有利的。

---

56 根據第19條第2段規定，澳門特別行政區法院對原有法律制度及原則下的所有案件均有審判權。在我們看來，這一規定意味著根據持續性原則，法院同樣受制於原有的原則，并有義務維護該些原則，根據相關規定作出決定以便確保澳門特別行政區法制的完整性。

57 “（……）然而，這一原則並非絕對，不應將持續性原則視為一種不可觸犯的原則。因為締約方不希望在澳門法制中出現僵化停滯的情況，所以未意圖將這一原則視為“不可觸犯”的近義詞。事實上，持續性原則的這一彈性特點，儘管受到限制，但保障了法制的實際生效—該法制使得上述原則在保留其根本特徵的情況下，自然發展并融入其所處的社會制度中”，引自第45註解，PAULO CARDINAL所著P164。

58 引自第3註解，p55及續後。

59 例如：《外交關係公約》、《日內瓦公約》及相關議定書、《聯合國憲章》或《維也納條約法公約》。儘管我們同意作者的觀點—對該些公約的查詢程序僅僅是一種形式而已，但鑒於澳門特別行政區政府不得就對外政治或國家防衛的問題提出反對或作出安排，應同國家法律一樣在澳門特別行政區的公報上刊登上述公約以便其得以在澳門生效（正如在澳門特別行政區《基本法》附件三及公報上刊登國家法律（參見《基本法》第18條第2、3段及附件三））。

60 同註解3，P57。見上一註解，該些條約亦須於公報上刊登以便在內部法制中生效。

61 同上 p60-61。

62 同上。

2.4.國際公約法在澳門特別行政區的接納及適用(生效)情況

國際公約法的接納及適用取決於其在澳門的頒佈。相關條約一旦於澳門特別行政區的《公報》刊登,則即刻自動在澳門內部法制中生效。[63]

這一原則來自《民法典》第1條第3款,結合其第4條,正如上文提到的"一項法,無論是何種法源,僅在《公報》上刊登之後方變為強制實施(……)"(我們自行加上的下劃線)。第3/1999號法核准了《法規的公佈與格式》,在規定"須於《公報》上刊登相關協議"之時(第3至5條),重申了上述條件的效力。[64]

中級法院在第301/2003號合議庭裁判中再次提到了中華人民共和國核心文件第246條的相關內容:"澳門法制的一大基石是刊登法律的原則。根據12月20日第3/1999號法律第3條第6款及第5條第1、2款規定,訂立了在公報上刊登適用於澳門特別行政區的國際協議的義務"(我們自行加上的下劃線)。+

總結

1) 終審法院在其第2/2004號合議庭裁判中引述了《基本法》第138條原文以說明(國際)公約優於一般法,但這一理據明顯偏離了中級法院在其裁判中提出的理據(《民法典》第1條第3款);

2) 終審法院提出的理據涉及到構成國際公約法在內部法制中的優越性原則的法律基礎,其理據內容充滿爭議性并值得反思,司法見解在澳門法律的發展及鞏固中起到至關重要的作用;

3) 基於僅可由根本大法規定國際公約法的優越性的前提,在《基本法》未對此方面作出明確規定的情況下,終審法院根據其第138條規定說明相關條約具有更高位階,這是因為該些公約規定在由中央人民政府核准并作出決定之時,已經在初始(ab initio)就具備了不得被一般法抵觸的至高無上的地位;

4) 在我們看來,《基本法》第138條牽涉到"國際條約原則"(《基本法》第13條第1款)以及有關澳門特別行政區對外權限的實施,換言之,即關乎到人格及國際法律能力(尤其是對外關係的能力)以及國際公約法在澳門特別行政區的接納及適用(第138條);

5) 與終審法院的裁判相反,我們認為《民法典》第1條第3款既非錯誤亦非無效;

6) 儘管屬一"高度憲法性"問題,儘管在法學理論中就"最佳解決方案"達成一致共識,但就立法技術而言,屬對根本大法中法源(iuris essendi)關係的規範性規定,在不存在該方面的憲法性規定的情況下,法學理論中未出現爭議,而《民法典》對此作出相關規定;

7) 因民事法律傳統的原因,規範性原則在其內部規定了大量"在司法及公法中均適用的、構成法制的一般實質性原則",尤其涉及到法源、法律的闡釋及整合以及法律的適時適用;

8) 國際公約法高於一般法但低於憲法的價值是澳門特別行政區法制的一大特徵,來源於其根基--葡萄牙法制,屬澳門特別行政區法律的一大基本原則,并根據"持續性原則"得以保留;

9) 作為澳門特別行政區的法律政治章程及《基本法》建立的基礎、亦在《中葡共同宣言》中體現出的結構性原則,認可并提升了構成澳門法律架構的突出的一般價值、原則及準則(ius identitatis)。

---

63 中華人民共和國核心文件第243條規定:"由中華人名共和國正式批准或核准的國際協議,或在上述的由行政長官在其適當權限範圍之內批准或核准的國際協議,一旦在《公報》上刊登,即刻自動被納入澳門特別行政區的法制中。無須為適用國際法而將其納入內部法中",參見第8註解。

64 刊登國際協議的權限為行政長官所有(第3/1999號法律第6條)。

10) 此外，就立法傳統而言，《民法典》中的規定與中國大陸或其他民事法律中的有關規定一致，因此澳門並非是一特例；

11) 最後，在我們看來，根據“一國兩制”原則，澳門特別行政區享有獨一的法律政治地位，同時還擁有寶貴的法律規範性遺產并展現出一高效的法律現狀；澳門法律的管理者有責任確保澳門法制的必要統一及系統連貫，以此促進法律的強化及發展。因此，處於澳門司法組織頂端的兩大法院在對法律的詮釋中產生的衝突，會破壞國際法在澳門法制中建立的起到積極作用的法律框架。

2015年 5月

作者：Ilda Cristina Ferreira

香港大學法學院國際公法博士。2010/2011 及 2013/2014年度擔任澳門大學法學院國際公法課程兼職教授。

電郵： ildacristinaferreira@yahoo.com.mo

本文僅代表作者本人觀點，與其他人士或單位無關。

立法評論

澳門的《競爭法》

DIANA ALFAFAR[1]

澳門方盛律師事務所律師
競爭法研究生
dianaalfafar@gmail.com

1. 前言

現今，《競爭法》的重要性獲得了包括未實行市場經濟的國家或地區在內的普遍認同。在世界範圍內適用有關保護競爭的法律，例如建立規管競爭的當局或加強在各地區已建立的當局所享有的權利，以此確保法律的有效實施。當前在全球出現了統一競爭法的趨勢。

然而，澳門卻將該領域的有關問題置於次要位置，這不僅僅是因為在澳門還未適用《競爭法》，亦是因為《商法典》及專門的法律中極其缺少有關保護競爭的規定。因而，相關規定實際上並不具有執行力。

外界一直向澳門政府施加壓力，督促其建立一保護競爭的適當的法律框架。在歐洲議會及歐盟委員會發佈的有關2014年澳門的年度報告中特別指出，在如競爭政策的多個領域中應尋求規範的統一2。歐盟駐港澳辦公室主任Vincent Piket 於2014年11月介紹歐盟在澳門特別行政區的工作任務之時提到："澳門是一個小型經濟體，因此有充足的理由就競爭建立一適合其經濟的法律框架；這對企業及消費者來說都是有利的" ，此外還補充道："歐盟可分享其在此領域的經驗，同2012年在香港的做法一樣，幫助澳門實施這一競爭法"3。

世貿組織亦指出澳門在《競爭法》方面的不足，有關的規定分佈在《商法典》及專門適用於特定經濟領域的法律文件中4。

儘管國際施加壓力促使澳門對此領域給予應有的重視以及澳門的鄰近地區（香港特別行政區及中華人民共和國）均已制定了結構化且穩固的競爭政策，澳門仍未將《競爭法》的適用擺在優先位置，認為現行法律適合當地的小規模經濟以及佔大多數的中小型企業。

接下來我們將了解澳門現行的競爭法規及闡釋與適用該些法規的正確方式，並列舉出由其他地區訂立且歷史悠久的準則，以最恰當的方式促進該些準則在澳門法制中的適用。隨後，我們將分析該些規定是否真正構建起一足夠高效的保護競爭的法律框架一同澳門政府提到的一樣，這一框架應更廣泛地被了解並付諸于實施。如歐盟和世貿組織所述，現行法律還存在缺陷，急需施行改革。

---

1 方盛律師事務所律師，競爭法碩士，曾在里斯本SRS律師事務所競爭法部門工作，已發表多篇有關競爭法的文章。.

2 歐洲議會及理事會於2015年4月24日發佈了2014年度有關澳門的年度報告，可查閱http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=JOIN:2015:13:FIN&rid=1。

3 參見2014年11月28日澳門《Tribuna》報紙上刊登的新聞，可查閱http://jtm.com.mo/local/ue-exorta-macau-ter-lei-da-concorrencia/。

4 世貿組織在其有關澳門的報告（TradePolicyReview de 2013）中強調，從世貿組織於2007年作出最後一份報告直至現在，澳門在保護競爭方面的立法一直保持不變："Thereis no comprehensivelawoncompetition policies. Relevant provisions are scattered throughout the Commercial Code, and other sector-specific regulations and rules。" 相關報告可查閱 https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp381_e.htm。

2. 澳門法律所禁止之限制競爭之做法

2.1. 《商法典》第153條

《澳門商法典》第十編第一章，題為“企業主之間之競爭”，適用於除博彩業（在該領域適用專門的規定）之外的所有經濟領域，其中第153條集中在禁止限制競爭的做法方面：

“第153條

(法定限制)

1.企業主之間之競爭，應在法律所規定之限制之內以不損害本地區經濟利益之方式為之。

2.禁止一切目的或效果為阻止競爭、違背競爭規則或限制競爭之協議及做法，但不影響特別規定之適用”。

根據第二條規定，目的或效果為禁止競爭、違背競爭規則或限制競爭的協議或做法屬違法前提，亦即包含有最嚴格的限制條件且明確旨在禁止競爭、違背競爭規則或限制競爭的協議或做法均自動被列入該禁止之中，即使未被執行，亦然。若相關做法或協議並未明確顯示其反競爭之目的，則須確認該做法或協議是否會對競爭產生負面影響，由此確定其違法性5。

葡萄牙《競爭法》（第9條）及《關於歐盟運作的條約》（第101條）舉例說明了某些被禁止的做法，該些規定的舊版本是修訂第153條規定的基礎6。以下舉例說明禁止作出的反競爭行為：

- 直接或間接地實行不公平的購買或銷售價格，或其他不公平的交易條件；

- 限制或控制生產、流通、技術發展或投資；

- 劃分市場或供應源；

- 在相同的交易情形下，對交易對方當事人實行不同的交易條件，因而置其於不利的競爭地位；

- 在簽訂合同之時，附加與合同之標的在本質上或商業用途上無關聯的義務。

將“卡特爾”（cartel）視為最嚴重的反競爭做法，這是由存在競爭的公司簽訂、旨在限制競爭並更高效地掌控相應市場的一種協議。該協議可呈現多種形式，但經常體現為訂立或提升售價、對銷售或生產能力設定限制條件、共享市場或消費者，或是在其他商業銷售條件或商業服務條件方面聯合行動7。在此類情況中，需證實反競爭的目的，以使得相關協議或做法無效，而無需對其在市場競爭中的影響作出分析8。在兩家或多家企業之間，就在同一生產水平或流通鏈展開相關活動而簽署的協議或實施的行為，稱之為“橫向限制”。

---

5 參見《對<里斯本條約>作出之評註》，Almedina ，2012， P498，Gonçalo Anastácio對《里斯本條約》第101條有關歐盟運作作出之評註。

6 現時實施的《葡萄牙競爭法》—第19/2012號法律，廢除了第18/2003號法律，後者廢除了第371/93號法令，該法令直接影響到《澳門商法典》第153條的修訂。葡萄牙《競爭法》以歐洲《競爭法》為基礎建立。

7 有關對 “cartel”更好的解釋，參見葡萄牙競爭管理局的網頁http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx。

8 參見《競爭法—科英布拉人對此作出之評論》，Almedina ，2013，P96，Miguel Gorjão Henriques 及 Catarina Anastácio對《競爭法》第9條規定作出之評論。

另一種情況——“縱向限制”，不會引致十分嚴重的後果。 兩間或多間企業在不同的生產水平或流通鏈中展開各自的活動，在該些公司之間簽署的協議或作出的行為稱之為“縱向限制”。在生產商與批發商或零售商之間簽訂的分銷協議就是“縱向協議”的典型情況。僅限於在特殊的買賣交易中確定價格及數量的協議一般不屬於限制競爭的協議9。但若協議中涵蓋了有關賣方或買方的限制條件，則屬對競爭的限制。

a) ***縱向限制：對市場結構作出分析，以便確定對競爭造成的負面影響。***

在分析一項行為或縱向協議是否真正影響到競爭之時，首先應確定市場結構及相關企業具備的市場力量。若企業的市場力量減弱，則其採取的限制性做法可能不足以導致反競爭的效果。 另一方面，若某一方具備一定程度的市場力量且相關協議或做法促成了這一市場力量的建立、維持或加強，則該協議或做法可造成顯著的反競爭效果。

為確定市場結構，需確定相應的市場，其中涉及到的企業及競爭企業將相應的市場份額作為行動的目標，市場份額有力說明了該些公司的市場力量10。

在確定相應的市場方面，須特別考慮到以下內容(i)相應的產品市場，包括“所有因其特徵、價格或用途被買方視為可交換或可替代的產品或服務”，尤其對買方而言，可適用“替代標準”。

同時，亦須確定(ii)相應的“地域市場“，包括“相關企業提供並獲得相應產品或服務的地域，該些地域的競爭條件十分相似，不同於競爭條件參差不齊的鄰近地區”11。

由預先確定的市場計算企業的市場份額。原則上應基於定量數據進行計算，若無法獲取該些數據，則可經適當證明後作出估算—可將有關交易量的數據作為估算的基礎。

相關做法或協議的具體特點亦應成為分析的標的—尤其是其持續時間以及訂立的專門條款，以便證實其導致反競爭效果的潛在可能性。一種做法或一項協議的持續時間越長，則越可能對競爭產生限制性影響。專門協議較非專門協議而言，對競爭產生的影響通常更為嚴重。

b) ***法律就被禁止的做法及協議規定之相應後果***

《商法典》未針對違反限制競爭的協議或做法的禁止規定而訂立任一罰款或行政處分，亦未設立一負責監督或處罰該類違法行為的行政實體。

從理論上講，參與限制性協議或做法的企業的競爭者、與參與企業簽訂合同的企業或自認為受到傷害且欲提出非合同民事責任訴訟以要求賠償的消費者可採用上述規定（《民法典》第477條及續後），但澳門的律師很少建議此類做法，除此之外，因澳門缺乏競爭法的相關文化，中小型企業與消費者自然會試圖通過法律途徑要求獲得賠償，但考慮到需要承擔的費用，尤其是司法費和律師費，以及在證明由相關違法行為直接引起的損害及利益損失的過程中所存在的困難（由要求賠償者證明），最終失去動力並放棄訴訟。

2.2. 第 16/2001號法律第21條

2001年8月澳門立法會核准第16/2001號法律《娛樂場幸運博彩經營法律制度》，放寬對博彩業的限制，而在此之前實行澳門旅遊娛樂有限公司的專營制度。根據第26/2001號行政規章展開的公開競投將博彩的經營許可批給以下三大公司：澳門博彩公司、銀河娛樂場及永利度假酒店。之後批准上述特許經營

9 第154條為使限制企業主之間競爭的協議或做法合法而訂立了限制條件，第153條第2款並未在此方面作出禁止。該些協議或做法應限於某一領域或某種業務，若協議各方均未訂出相應期間，則其有效期僅為五年。

10 市場份額有力說明了企業的市場力量，即“在一定的時間內，企業將價格維持在競爭水平以上或將產品數量及質量、生產類型或創新維持在競爭水平以下的能力”；引自歐盟委員會《關於縱向限制的指引》。

11 歐盟委員會針對縱向限制所導致的反競爭後果的分析方式作出極其深入的研究，因此，在澳門缺少此方面的理論及司法見解的情況下，我們引用歐盟委員會《有關縱向限制的指引》中詳細說明的方式，可查閱網頁 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:cc0007。

人可轉批給經營權，因而在市場上出現了新的（博彩）經營者—澳門威尼斯人股份有限公司、美高梅股份有限公司以及澳門新濠博亞博彩有限公司—由此建立起現今博彩業的架構。

第16/2001號法律第21條特別指向博彩業的競爭：

“第21條

禁止作出限制競爭之行為

1. 承批公司應遵守市場經濟所固有之原則，在良性及公平競爭下從事其業務。

2.政府以一視同仁之態度對待所有承批公司，並確保遵守規定以保障競爭，尤其是在各承批公司之間的良性及公平競爭。

3. 禁止承批公司之間或屬於有關集團之公司之間以任何方式商定之、能對承批公司之間之競爭造成阻礙、限制或破壞之協議或行為。

4.禁止一間或一間以上之承批公司不當利用在整個市場或在市場內相當部分所佔之主導地位，以阻礙、限制或破壞承批公司之間之競爭。

5.第三款及第四款所禁止之協議、決定、行為或事實均為無效，但透過行政長官批示明確宣示具說明理由之情況者除外。

6.違反本條規定，構成行政上之違法行為，但不妨礙追究有關之民事或刑事責任。”。

第21條第3款是禁止作出限制競爭之行為的集中規定，侷限於禁止博彩承批公司之間出現“卡特爾”現象。

需要指出的是，儘管該規定涉及到承批公司之間的競爭，但僅針對博彩業中的競爭作出規範。因此，其他行業的承批人之間的競爭，例如在酒店業、餐飲業及奢侈品商店之間存在的競爭，則由《商法典》中的相關規定規範，而非第16/2001號法律第21條。

在“卡特爾”方面，需要闡明的是，僅發現相符的行為並不足以認為存在已達成協議的做法，對於相關行為可作出另一種合理的解釋12。可證明上述的相符性來源於相關利益人意願的一致性。例如，在博彩業中，不同承批人的產品（百家樂、廿一點等）實際上是一樣的，並且價格固定，這很可能是因為產品成本相似或承批人之間激烈的競爭，而並不一定是因為“卡特爾”協議13。

承批公司若違反第21條第3條規定，則會導致達成約定的協議或行為無效，行政長官透過批示明確說明理由的情況除外（第21條第5款）。

此外，第21條第6款規定上述提到的在博彩業的相關做法構成行政違法行為，但不妨礙追究有關民事或刑事責任。博彩監督協調局有權限監督並對博彩法中規定的行政違法行為實施罰款。

根據第43條第2款規定，相關違法行為由10月4日第52/99/M號法令（《行政違法行為之一般制度及程序》）作出規範，而相應的處罰由政府實施。直到現在仍未適用—訂立上述懲罰的法律，因此相關違法行為繼續存在，而缺少可阻嚇博彩承批人相關行為的規定。

12 參見《對<里斯本條約>作出之評註》，Almedina ，2012，P497，Gonçalo Anastácio對條約第101條有關歐盟運作的規定所作註解。

13 參見《行政》第87期，第二十三卷，2010-1-º，P157, Wang Chang Bin所著《對澳門博彩競爭法作出之評論》。

3. 澳門法規中的"濫用主導地位"

第16/2001號法律第21條第4款禁止"一間或一間以上之承批公司不當利用在整個市場或在市場內相當部分所佔之主導地位，以阻礙、限制或破壞承批公司之間之競爭" 。

某些公司因在市場上享有主導地位而擔負更多責任—其行為不能阻礙或破壞市場上的有效競爭。對於可獲得這一市場主導地位的聯合公司來說，同樣應履行該責任14。

那麼，何為主導地位？該如何定義它？

葡萄牙在以前的《競爭法》中對"主導地位"作出解釋—在特定的商品或服務市場中佔據主導地位的是"在一市場中未面臨激烈競爭或較其競爭者而言處於優勢地位的一間公司"以及"在一市場中聯合行動並且未面臨激烈競爭或較第三方而言處於優勢地位的兩間或多間公司"(第371/93號法令第3條第2款及第18/2003號法律第6條)。

處於主導地位的公司不會面臨競爭壓力，因而其作出的大部份決定不會考慮到競爭者、客戶甚至普通消費者的行動及反應15。

一般情況下，透過確定企業的市場份額來決定市場架構及相應企業的重要性，以此判斷在特定市場中營運的企業是否處於主導地位。企業的市場份額越大且維持時間越長，則越可能說明該企業佔有主導地位16。歐盟法院在此方面認為"企業若佔有50%市場份額則處於主導地位"的推定是可以被反駁的17，歐盟委員會認為市場份額低於40%的企業基本不可能佔據主導地位18。

a) 確定相應的市場以判斷主導地位

應在相應的市場中討論對主導地位的不當利用，該市場係相關的產品市場或地域市場。就地域市場而言，我們可以澳門、東南亞或全球市場為例，取決於企業展開業務的地域及其競爭者所處地域。在博彩業方面，尤其是澳門市場，很可能在六間博彩承批公司之中未出現一佔據主導地位的公司，但就某一種產品而言，例如百家樂、廿一點、賭博機或老虎機，存在起到主導作用的公司，並且在世界範圍內享有稍突出的地位19。在抽象意義上，澳門博彩市場可被分為以下幾大市場：貴賓廳市場、公共博彩聽市場及老虎機市場20。

b) 主導地位的體現

---

14 參見歐盟委員會《有關對佔據主導地位的企業作出的濫用行為適用歐盟條約第82條的優先權的指引》。

15 參見《競爭法—科英布拉人對此作出之評論》，Almedina ，2013，P136，Gonçalo Anastácio對《競爭法》第11條作出之評論。

16 參見，同上，P136，Gonçalo Anastácio對《競爭法》第11條作出之評論。

17 參見歐盟法院1991年7月3日第C-62/86號合議庭裁判。

18 參見歐盟委員會《有關優先權的指引》第14章節。

19 在確定相應的市場方面，最常見的做法是 SSNIP 測試－"Small but Significant and Non-transitory Increase in Price"（假定壟斷者測試）。對該測試的說明，參見《Concurrences. Revuedesdroits de la concurrence》, n.º 3-2009，AndreaAmelio 及Daniel Donath 所著《Marketdefinition in recente EC mergerinvestigations: The role ofempiricalanalysis》，可查閱em http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/merger_investigations.pdf。

20 參見 Wang著作（同第13註解） p. 165。

在證明主導地位之時考慮到的一大重要因素是市場的進入壁壘。若一企業在相關市場中並未佔有極大份額，而該市場設有極高的進入壁壘，亦即設有限制條件以阻止其他企業進入該市場並與在該市場中營運的企業展開競爭，則上述企業可處於主導地位。進入壁壘可呈現多種形式，例如對某一行業的法律規範，或是對處於主導地位的企業的特殊優待，例如在規模經濟及範圍經濟中，可優先獲得至關重要的生產資源或自然資源、重要的技術或商品流動及銷售網絡，此外，進入壁壘亦可體現在高成本方面21。

在設有極高進入壁壘的市場中，博彩業正是一大顯著範例。在該行業中，因嚴格的規管而產生了多種限制條件，同時須擁有龐大的市場份額以便與已建立的公司展開競爭。

c) **濫用主導地位的多種形式**

在證明某一企業處於市場主導地位之後，應證實其是否真正濫用這一地位，例如其行為因可阻礙、限制或破壞競爭而屬非法行為。

應注意的是，處於主導地位並不能說明違法。企業一般憑藉其創新及管理能力而得以佔據市場的主導地位，這在市場經濟中賦予了該企業更多的價值。

再次參考葡萄牙及歐洲的相關立法，在其法規中列舉出被視為處於主導地位的企業濫用該種地位的行為，如下：

i) 直接或間接地實行不公平的購買或銷售價格，或其他不公平的交易條件—剝削行為；

ii) 限制生產、市場或技術發展，從而損害消費者利益– 排他行為；

iii) 在相同的交易情形下，對交易對方當事人實行不同的交易條件，因而置其於不利的競爭地位 – 歧視行為;

iv) 要求對方當事人接受與合同主體在本質上或商業慣例上無關聯的附加義務，作為簽訂合同的前提條件—搭售（ tying）行為22。

再次強調，若濫用主導地位，則會導致無效，行政長官透過批示明確說明的情況除外(第21條第5款)。濫用主導地位亦會構成行政違法行為，最終須承擔民事或刑事責任，但現時仍未就該種違法行為訂立可適用的懲處（參見2.2，最後一段）。

3.1. 專營公司之訂立合同之義務

《商法典》第155條規定如下：

“第155條

(訂立合同之義務)

以法定專營制度經營企業者，必須與向其要求提供企業所營事業之服務之人訂立合同，且須遵守平等對待原則”。

21 參見歐盟委員會《有關優先權的指引》，第十七章節。

22 在此僅舉例說明。有關對濫用主導地位的做法更為全面的描述，參見歐盟委員會《有關優先權的指引》。引自《對<里斯本條約>作出之評註》，Almedina，2012，Nuno Ruiz對條約第102條有關歐盟運作情況作出之評註，以及Gonçalo Anastácio對《競爭法》第11條作出之評論。

該款規定適用於除博彩業之外的所有經濟領域，但僅限於以法定專營制度經營的企業（例如澳門的電力公司）。拒絕簽訂合同是唯一一種對該些企業造成阻礙的情況。根據規定，在博彩業之外的領域佔有主導地位、但未在澳門專營相關業務的任一企業可自由“濫用”其主導地位，不受任何限制。然而，這對希望進入特定市場（主要是設有進入壁壘的市場）的企業構成一大危險，而消費者也將任由擁有強大市場力量的企業擺佈—該些企業在不受任何法律限制的情況下作出的反競爭行為亦對消費者亦構成一大危險。

專營企業拒絕簽訂合同的行為不會構成行政違法，唯一的後果是必須與向其要求提供企業所營事業之服務之人或實體訂立合同。

4. 澳門在競爭方面立法的不足之處。相關建議

在對澳門法律中有關競爭的規定作出分析之時，可發現其中存在的某些缺陷，尤其是其執行力以及在實施方面的促進工作。在下文中我們系統列出相關內容：

I. **違反《商法典》中有關競爭的規定將導致無效。**限制競爭的做法或協議若被宣稱無效，則將該協議視為未被簽署。若協議中包含合同條款，則該款規定將不被列入合同中。若企業之間簽訂的協議僅在執行的兩年之後便被宣告無效，則該協議已產生的效力不可逆轉。企業一致行動以限制在其之間出現的競爭，在一定的時間內該些企業可從其非法行為中獲利，而不會面臨對其一致行動可產生阻嚇效力的後果（例如，葡萄牙《競爭法》對此類違法行為規定的懲處是根據其業務量的一大百分比實行相應的罰款23）。 我們可將其視為一種因“犯罪”而真正作出彌補的情況。

II. 第153條第2款中規定可透過民事責任訴訟獲得賠償，這是可促進行動的唯一規定。違法企業的競爭者、與違法企業簽訂合同的企業以及消費者均可提出上述訴訟，但須作出相應證明。然而，對該訴訟的可行性仍存有疑問，**企業或消費者為獲得賠償，就其因相關違法行為而遭受的損害及利益損失作出定量證明，這是極其困難的**，牽涉到司法訴訟費用的支出（尤其是司法費及律師費），極大地阻礙了訴訟的提起。

III. **同第16/2001號法律第21條第4款相似，未針對博彩業之外的領域訂立任何禁止濫用主導地位的規定。**《商法典》僅禁止專營企業拒絕簽訂合同，因此，除博彩業的承批公司之外，在特定市場佔據主導地位但非專營的企業，可自由“濫用”其主導地位，而不受到任何限制，這使得該些企業可在不受法律約束的情況下作出反競爭的行為，任意操控欲進入相關市場（主要是設有進入壁壘的市場）的企業以及欲與處於主導地位的企業簽訂合同者（尤其是消費者）。

IV. 在第16/2001號法律中，立法者將博彩業中違反有關競爭規定的行為定為行政違法行為（第21條第6款），這是值得讚賞的，**但仍未針對第43條第2款（規定由政府執行行政違法行為的懲罰措施）的實施作出相應規定。**在法律未訂立處罰規定的情況下，博彩監察協調局不得對違法者實施任何罰款，因此，僅可導致一致行動的無效，但不足以產生阻嚇效力。未曾出現承批人因違反相關規定而獲懲處的案例，由此證明了缺乏第21條規定的執行力。

V. **無論是博彩監察協調局，還是澳門各大法院，在《競爭法》方面均欠缺經驗。**澳門的法學家亦很少關注此方面的規定，這或許是因為不熟悉該方面的內容，又或許是因為他們並不認為透過民事責任訴訟可保護因非法限制競爭而遭受損害的客戶的利益。

---

23 葡萄牙法規--第19/2012號法律第69條第2款規定，罰鍰最多為在競爭管理當局作出最終決定之前最後一筆營業額的10%。

我們贊同歐盟及世貿組織的觀點—澳門現行的《競爭法》並未適當地實現其規定的目的，立法亟待改革。

因此，最關鍵的是針對違反《商法典》及第16/2001號法律中有關競爭的規定的企業，訂立真正具有阻嚇力的行政違法規定；將相關權利賦予一隸屬經濟局、負責保護競爭的行政實體以接收對違法行為的投訴並對此展開調查及作出相應懲處。同樣，有關濫用主導地位的禁止規定應延伸至除博彩業以外、其他可替代《商法典》第155條（專營領域）的經濟領域。在同澳門一樣缺少競爭文化的地區，有關競爭的規定相當簡潔概括，無論是行政當局、法院，亦或是法學家們，自然無法闡釋並適用該些規定。因此，理想的做法是訂立一《競爭法》以將上述規定付諸實施，或負責實施規定的行政當局就應如何闡釋並適用該些規定制定指引並將其公佈，以便公眾普遍獲知。

不同的聲音

如何選擇大學？

JORGE GODINHO
法律博士及專家
jg.macau@gmail.com

[關鍵點： 如何確定學術培訓方向，如何投身於該領域，或許是我們所面臨的最重要且最關鍵的抉擇之一，也決定了我們將來的職業生涯。]

此前在推廣介紹位於佛儸倫薩的歐洲大學學院的座談會上，我作出一個簡短的發言，本篇文章正是該發言的修改及擴充版本。當時應主辦方的要求，我決定談談我的個人經歷以及多年以來我在高等教育方面所認同的觀點。

在大學教育方面，準大學生們需要作出艱難的選擇，首先從選擇大學開始，這就涉及到大學教育的三個層次——本科、碩士和博士。開始接受大學教育的18歲年輕人，當然可以對接下來幾年的學習生涯畫出一個基本的框架—他所期待的成果以及實現目標的方式。如果在開始本科學習之時，學生對之後將要研究的領域還一無所知，那麼在接下來的學習過程中，就會慢慢有所了解并能自主決定將來在何地進行碩士及博士的學習。

在這一方面，我想提出一個基本觀點：在現實社會中，不太可能在同一大學獲得上述三個學位，有必要體驗不同的學術環境。當然，在很多情況中，出於完全合理的經濟、個人、家庭、職業、地理原因或其他因素，不具備相關的條件來受到不同學術環境的燻陶。此外，我們會自然希望繼續留在熟悉的環境里，我們已經和這個地方建立了情感關聯，在我們心中也產生了“母校情結”。幾乎對我們所有人來說，大學是我們本科學習的地方，我們更想留在那裡。但從另一方面來講，在新的環境中拓寬自己的視野也不失為一個明智的選擇。

在我看來，因一系列的個人因素和不穩定的職業變數，能在不同的環境中獲得三個層次的學歷，是一件幸福的事。我將之稱為“幸福”，是因為這一發展過程是完全在計劃之外進行的。

我在里斯本大學法學院獲得了本科學士學位。在那麼多的課堂中，我始終記得Jorge Miranda 教授為我們帶來的精彩授課。當時接受到的法律專業教育在我心中烙下了深刻的印記。但爲什麼我沒有繼續留在那裡呢？因為法律是一門很務實的學科，旨在以一種平衡的方式解決現實社會中人們面臨的具體問題。

數年之後，在澳門大學的法學院，我開始了碩士學習。澳門大學法學院與科英布拉大學法學院建立了密切的聯繫。那些之前僅拜讀過其著作的大人物，比如Orlando de Carvalho 教授和Antunes Varela教授，我有幸獲得他們的傳授。之後Costa Andrade 教授又成為了我的導師，這讓我十分高興，對于這位德高望重的教授，已經沒有任何讚美之詞足以去形容他了。我真正見識到科英布拉大學不同於其他大學的教育，它更偏向於理論方向，但又不失趣味。事實上，沒有什麼比一項出色的理論來得更實際。

為實現早就醞釀好的想法，我在2000年進入佛儸倫薩歐洲大學學院法律系開始深造博士學位。很榮幸，歐洲法律界最出名的人物之一——Jean-Victor Louis 教授成為了我的導師。在學院里，我深切體會到了其介紹中所寫道的：卓越的歐洲式、國際化、比較性、連貫性且跨學科的教育。法律不僅僅侷限於國際條約、憲法規章或法典中，而應在政治、經濟和社會框架中有所體現。

如果今天有人問我在這三個層次的學歷中，哪一個更顯重要，我是給不出答案的，這三個階段

都起到了根本性的作用，但都沒有以一種封閉性的方式培養我解決法律問題的思維。如果缺少其中一個或兩個階段，我就不會為我的職業生涯作出如此充分的準備，我在處理問題方面的視野將變得狹隘，也不能透徹地理解工作的方法論。有機會獲得真正完整的法律教育，我已經收穫了大量的財富。然而，沒有一所大學可以稱之為“我的”大學，但這並非是我的特別關注點。我很高興看到這三所大學都處於很高的地位，無論身在何所大學，都會有一種賓至如歸的感覺。

總之，如何選擇自己的學術培訓方向，如何投身於該領域，或許是最重要且最關鍵的抉擇之一，這決定了將來的職業生涯。我認為，只要情況允許，大學申請者應試著體驗不同的教學環境：應在所處的環境里拓展眼界並增長見識。即便剛開始在一個陌生的環境會承受極其沉重的壓力，都應懷有在最好的大學就讀並受教於最優秀的老師的願望。

從更實際的角度來看，至關重要的是，要具備任一種大學學習所需的基本條件，首先便是嚴謹的態度和奮鬥的精神。正如在生活中沒有完美的事物一樣，在任何情況中，都可能因為不同的發展方向而付出一定的代價。

首先，個人應當可以在幾年的時間內置身於另一城市或另一國家的大學學習。如果大學申請者想不斷地轉移地點，儘可能縮短停留在一個城市的時間，不想安定下來，也沒有真正體驗到學術氛圍，或是想在同一時間著手多件事，我相信他並沒有在認真對待。

第二，僅僅身處相關的城市是不夠的。當前，電信方便了我們的生活，很多研究者大部份時間在家裡工作。但我依然認為應當把地點放在大學裡，因為那裡提供了工作的理想條件，我們可以在那裡找到導師、教授、其他研究者、來訪教授、其他院系的學生以及另外一些人。我要特別提到圖書館，我們應當在那裡潛心創作論文，而對我來說，也是任何研究的工作基地。

最後但並非最不重要的是，也是最根本的一點，幾乎不用提出來： 應當十分清楚自己想從事的領域。無需深入研究，但若申請人對於想展開的研究毫無概念或僅有一個最基本的認識，他們是不應該被錄取的。頭腦中的想法應當是堅固、清晰、可行且適當的。

確實需要為忙碌的學習生活付出一定的代價，個人生活亦或是工作，都會有犧牲，很可能是極大的犧牲。在非本科畢業的大學就讀碩士或博士會帶有一定的風險，但無論如何，是完全合情合理的。和生活中其他重要的抉擇一樣，這些選擇也是個人單獨作出的，而且，只有一次選擇。

www.creddm.org

O CRED-DM é uma unidade orgânica da Fundação Rui Cunha, tendo por escopo principal a coordenação de todos os meios afectos à investigação do Direito de Macau dentro da sua singularidade, de forma a contribuir para a criação, preservação e divulgação da doutrina e jurisprudência da RAEM.

CRED-DM作為官樂怡基金會的一個組織單位，其宗旨在於協調所有虔誠的方法以研究澳門法律的獨特性，并致力於澳門特別行政區的學說及司法見解的創造、維護及傳播。

官樂怡基金會
FUNDAÇÃO RUI CUNHA
Por Macau, Mais e Melhor 為澳門 · 為私自都 · 理益求精
www.ruicunha.org

ISSN 2307-9312
9 772307 931004